

UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS

Faculdade de Direito

Marcel Martins Torres

**AUTOEXECUTORIEDADE DOS ATOS ADMINISTRATIVOS: conformação e
limites, segundo o sistema jurídico brasileiro**

Belo Horizonte

2021

Marcel Martins Torres

Autoexecutoriedade dos Atos Administrativos: conformação e limites, segundo o sistema jurídico brasileiro

Monografia apresentada à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais como requisito parcial para a obtenção do título de Especialista em Direito Administrativo

Orientador: Prof. Florivaldo Dutra de Araújo

Belo Horizonte

2021

Ficha catalográfica elaborada pela bibliotecária Meire Luciane Lorena Queiroz - CRB-6/2233.

T693a	Torres, Marcel Martins Autoexecutoriedade dos atos administrativos [manuscrito]: conformação e limites, segundo o sistema jurídico brasileiro / Marcel Martins Torres. - 2021. 48 f. Monografia (especialização) - Universidade Federal de Minas Gerais, Faculdade de Direito. Bibliografia: f. 45 - 48. 1. Direito administrativo - Brasil. 2. Proporcionalidade (Direito). 3. Atos administrativos. I. Araújo, Florivaldo Dutra de. II. Universidade Federal de Minas Gerais - Faculdade de Direito. III. Título. CDU: 35.077.2(81)
-------	---



UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS
FACULDADE DE DIREITO
CURSO DE ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO ADMINISTRATIVO

FOLHA DE APROVAÇÃO

Autoexecutoriedade dos Atos Administrativos: conformação e limites, segundo o sistema jurídico brasileiro

MARCEL MARTINS TORRES

Monografia submetida à Banca Examinadora designada pelo Colegiado do Curso de ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO ADMINISTRATIVO, como requisito para obtenção do certificado de Especialista em DIREITO ADMINISTRATIVO, área de concentração DIREITO ADMINISTRATIVO.

Aprovada em 13 de setembro de 2021, pela banca constituída pelos membros:

Prof. Florivaldo Dutra de Araujo - Orientador
Universidade Federal de Minas Gerais

Prof.^a Maria Tereza Fonseca Dias
Universidade Federal de Minas Gerais

Prof.^a Maria Fernanda Pires de Carvalho Pereira
Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

Belo Horizonte, 13 de setembro de 2021.



Documento assinado eletronicamente por **Maria Tereza Fonseca Dias, Professora do Magistério Superior**, em 14/09/2021, às 09:15, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 5º do [Decreto nº 10.543, de 13 de novembro de 2020](#).



Documento assinado eletronicamente por **Florivaldo Dutra de Araujo, Professor do Magistério Superior**, em 14/09/2021, às 09:32, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 5º do [Decreto nº 10.543, de 13 de novembro de 2020](#).



Documento assinado eletronicamente por **Maria Fernanda Pires de Carvalho Pereira, Usuário Externo**, em 16/09/2021, às 16:04, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 5º do [Decreto nº 10.543, de 13 de novembro de 2020](#).



A autenticidade deste documento pode ser conferida no site https://sei.ufmg.br/sei/controlador_externo.php?acao=documento_conferir&id_orgao_acesso_externo=0, informando o código verificador **0959334** e o código CRC **6E0EF94D**.

RESUMO

O presente trabalho tem como objeto de estudo a autoexecutoriedade dos atos administrativos segundo a ordem constitucional brasileira. Busca-se, por conseguinte, analisar os limites existentes para atribuição da competência executória à Administração, identificando-se as hipóteses nas quais está legitimada a adotar diretamente medidas coercitivas em face do administrado, sem a necessidade de recorrer ao Poder Judiciário. Realiza-se a análise do modelo de separação de poderes concebido pela constituição, das normas constitucionais incidentes, sobretudo os direitos e garantias fundamentais assegurados e dos critérios tradicionalmente defendidos pela doutrina para a existência do atributo. A autoexecutoriedade é imprescindível para a consecução de determinadas atividades administrativas, sob pena de frustrar certas competências e bens tutelados. No entanto, a adoção da medida implica restrição ao devido processo legal, que possui no processo judicial sua maior amplitude. Para a consecução do trabalho será realizada a análise de estudos doutrinários e das normas jurídicas constitucionais e infraconstitucionais incidentes, adotando-se como raciocínio sobre a aplicação das normas jurídicas a doutrina de Humberto Ávila, que aponta a proporcionalidade como um postulado normativo de aplicação. Propõe-se como modelo adequado para a legítima atribuição da competência executiva, além da previsão legal, que a medida satisfaça determinada atribuição constitucional, atendendo-a de modo proporcional em cotejo com o princípio do devido processo legal.

Palavras-chave: Ato Administrativo. Autoexecutoriedade. Proporcionalidade.

RESUMEN

El presente trabajo tiene como objeto de estudio la ejecutoriedad de los actos administrativos en conformidad con el orden constitucional brasileño. Se buscan los límites existentes para atribuir la ejecutoriedad, identificando la hipótesis en que la Administración está legitimada para adoptar medidas coercitivas contra el administrado, sin recurrir al Poder Judicial. Se analiza el modelo de separación de poderes concebido por la constitución, las normas constitucionales aplicables, especialmente los derechos y garantías fundamentales y los criterios defendidos por la doctrina para la existencia del atributo. La ejecutoriedad es imprescindible para la realización de determinadas actividades administrativas, so pena de haber perjuicio a los bienes protegidos. Todavía, la medida implica restricciones al debido proceso legal, que en el proceso judicial tiene mayor alcance. Para la consecución del trabajo se analizarán estudios doctrinales y las normas jurídicas constitucionales e infraconstitucionales incidentes, adoptando como raciocinio sobre la aplicación de las normas jurídicas la doctrina de Humberto Ávila, que apunta la proporcionalidad como un postulado normativo de aplicación. Se propone como modelo adecuado para atribución de la ejecutoriedad que exista previsión legal y que la medida coercitiva satisfaga una determinada atribución constitucional, cumpliéndola de modo proporcional a la vista del debido proceso legal.

Palabras-clave: Acto Administrativo. Ejecutoriedad. Proporcionalidad.

SUMÁRIO

1 - INTRODUÇÃO.....	6
2 - FUNÇÕES ESTATAIS E VIAS JURÍDICAS DE ATUAÇÃO ADMINISTRATIVA	9
3 - ATO ADMINISTRATIVO E RELAÇÃO JURÍDICO-ADMINISTRATIVA	16
3.1 - Concepções clássicas do Ato Administrativo	16
3.2 - Conceito contemporâneo e a relação jurídico-administrativa.....	19
3.3 - Atributos dos atos administrativos	21
4 - GARANTIAS CONSTITUCIONAIS DOS ADMINISTRADOS E O POSTULADO NORMATIVO DA PROPORCIONALIDADE	26
5 - LIMITES DA AUTOEXECUTORIEDADE.....	31
5.1 - Critério da discricionariedade legislativa.....	31
5.2 - Critério da urgência da adoção da medida	32
5.3 - Critério da relação especial de sujeição	33
5.4 - A executoriedade como medida proporcional prevista em lei	35
6 - O PROJETO DE LEI Nº 4.257/2019 - EXECUÇÃO FISCAL ADMINISTRATIVA.....	40
7 - CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	43
REFERÊNCIAS	45

1 INTRODUÇÃO

Apresentada como um dos atributos dos atos administrativos, a autoexecutoriedade consiste na possibilidade da Administração valer-se diretamente dos meios coercitivos para vencer as resistências e obter do sujeito passivo a prestação devida. Nesse sentido, afirmar a existência da autoexecutoriedade dos atos administrativos, ou de alguns deles, é asseverar que a Administração pode em determinadas circunstâncias, sem recorrer ao Poder Judiciário, implementar materialmente suas pretensões¹, mesmo diante da oposição e resistência do administrado.

Aos particulares, por outro lado, como regra, refuta-se a possibilidade do uso da força para fazer valer suas pretensões e direitos, sendo restritas as hipóteses nas quais a autotutela é uma forma legítima de resolução de conflitos. Deve o particular recorrer ao Poder Judiciário, que, no exercício da função jurisdicional, obedecidos os princípios constitucionais regentes e respeitadas as garantias fundamentais dos cidadãos, solucionará a lide e procederá à execução, adotando as medidas para a satisfação do direito reconhecido.

A origem da autoexecutoriedade está associada às formulações primitivas dos atos administrativos, com características autoritárias, quando ainda incipiente o reconhecimento dos direitos e garantias fundamentais dos administrados, cujo estudo foi ampliado consideravelmente ao longo do século XX, modificando por completo a relação Administração-administrado. Nesse sentido, verificou-se ao longo das últimas décadas esforços doutrinários para reconhecer os limites à autoexecutoriedade, sendo apontados, entre outros, a necessidade de previsão legal ou a configuração de situações de urgência na adoção da medida pela própria Administração.

Além do reconhecimento dos direitos e garantias fundamentais dos administrados, oponíveis em face do Estado, a discussão quanto à autoexecutoriedade perpassa pela conformação da função administrativa contemporaneamente, exigindo-se cada vez mais uma atuação ativa, eficiente e independente, sem indevidas interferências dos demais Poderes.

O presente trabalho, portanto, inserido neste contexto, busca analisar a autoexecutoriedade dos atos administrativos diante da ordem constitucional de 1988, notadamente diante da positivação do rol de direitos e garantias fundamentais e da separação dos poderes concebida. Propõe-se como critério para a outorga da autoexecutoriedade a

¹ Bandeira de Mello, enfatizando as lições de Cammeo, ressalta que apesar de comumente ser afirmada a executoriedade como um atributo do ato administrativo, refere-se, propriamente, à pretensão jurídica. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 33 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2016. p. 433.

previsão em lei e a observância do postulado da proporcionalidade. Como teste do modelo proposto ao controle da autoexecutoriedade, será realizado o estudo quanto à constitucionalidade do Projeto de Lei nº 4.257/2019, que propõe a execução fiscal extrajudicial de alguns tributos, analisando-se a viabilidade da própria Administração adotar diretamente as medidas restritivas do patrimônio do particular com o propósito de cobrar os tributos que lhes são devidos.

No primeiro capítulo, será empreendido o estudo quanto à conformação das funções estatais, pressuposto para a análise da autoexecutoriedade. A existência e os limites do atributo configuram áreas de incerteza entre as funções jurisdicional e administrativa, ensejando dúvidas, em diversas situações, quanto à legitimidade da atuação direta da Administração ou a necessidade de recorrer ao Poder Judiciário². Ao mesmo tempo que a execução via processo jurisdicional representa uma garantia de maior proteção ao executado, em especial de garantias fundamentais, à Administração devem ser asseguradas vias de ação ágeis e eficazes em determinadas matérias, sob pena de comprometer o seu regular funcionamento e frustrar as suas missões constitucionais.

O segundo capítulo analisa o ato administrativo, que conserva grande relevância como um dos principais mecanismos de atuação da Administração. Busca-se a origem da autoexecutoriedade e as influências das concepções clássicas sobre as definições contemporâneas desta via jurídica de ação. Em seguida, defende-se o estudo do ato administrativo como constitutiva de relações jurídico-administrativas, permitindo compreender a posição jurídica dos sujeitos de direitos que a compõe, a existência de direitos subjetivos e de obrigações públicas e a regência pelo direito público.

No terceiro capítulo realiza-se a análise sobre o postulado normativo da proporcionalidade, imprescindível para a aplicação dos princípios jurídicos. A análise do postulado será realizada em cotejo com as garantias e direitos fundamentais assegurados pela Constituição de 1988, notadamente o devido processo legal e a legalidade, que devem nortear a atividade estatal, fornecendo os limites constitucionais à outorga da autoexecutoriedade.

Em seguida, no quarto capítulo, aprofunda-se a análise da autoexecutoriedade, buscando sistematizar os critérios apontados pela doutrina para a legitimidade da ação

² Sobre a dúvida que muitas vezes recai sobre o administrador, assevera Regis Fernandes: “É comum que a Administração Pública duvidando de sua própria competência solicite ao Judiciário, a execução de seus atos. É manifesta sua fragilidade. Os atos administrativos têm força de se imporem aos administrados sem qualquer manifestação do Judiciário. Apenas o medo e o comportamento temeroso da Administração é que a obrigam a se utilizar do Judiciário para executar suas manifestações. Independe de qualquer reforço externo.” OLIVEIRA, Regis Fernandes de. **Ato administrativo**. 6 ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 49.

administrativa executória. Neste capítulo, são apresentadas críticas aos critérios tradicionais e defende-se como o modelo adequado, segundo a ordem constitucional, a observância pela administração da legalidade e o atendimento à proporcionalidade diante dos direitos e garantias restringidos, possibilitando, por conseguinte, o controle jurisdicional das leis atribuidoras da autoexecutoriedade.

No quinto capítulo será realizada a análise da constitucionalidade do Projeto de Lei nº 4.257/2019, que propõe a introdução da execução fiscal extrajudicial de alguns tributos.

2 FUNÇÕES ESTATAIS E VIAS JURÍDICAS DE ATUAÇÃO ADMINISTRATIVA

A análise das funções estatais e das formas de manifestação do Estado constituem o pressuposto para o estudo dos atos administrativos e de seus atributos, permitindo a sistematização desses atos em cotejo com as várias formas de se exercer as atividades estatais.

Seguindo a tradicional separação dos Poderes, a Constituição de 1988 previu a existência dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, órgãos independentes e harmônicos entre si. Este dispositivo trata dos três grandes conjuntos de órgãos estatais, cada conjunto encarregado de uma função estatal precípua. Nesse sentido, ao Legislativo incumbe principalmente a função legislativa, ao Poder Executivo a administrativa e ao Poder Judiciário a jurisdicional.

Por meio da função legislativa há a inovação do direito positivo, é a atividade estatal criadora de normas jurídicas originárias, isto é, prevê por primeiro direitos e obrigações em determinado ordenamento. Como aponta Seabra Fagundes, “a função legislativa liga-se aos fenômenos de formação do Direito, enquanto as outras duas, administrativa e jurisdicional, se prendem à fase de sua realização”³.

Verifica-se, pois, como ressaltando ao final por Seabra Fagundes, que as demais funções, segundo a doutrina tradicional, caracterizam-se por concretizar o direito, destituídas do caráter inovador⁴. Há, nessa medida, segundo sustenta o jurista, similaridade entre as funções administrativa e jurisdicional, que comporiam o grupo das funções executivas⁵.

Deve-se pontuar, no entanto, que apesar de tal concepção ser compatível com grande parte da atuação das funções administrativa e jurisdicional, comumente exercidas no âmbito infralegal, hodiernamente, diante do status da norma constitucional e seus efeitos irradiadores, não é precisa a afirmação que se limitam a concretizar o direito legislado. Efetivam, na realidade, o direito positivo, sobretudo as normas constitucionais. Assim justifica-se, por exemplo, o controle de constitucionalidade das leis realizado pelo Poder Judiciário e atuação da Administração com fundamento direto na constituição, sem a intermediação legal.

³ FAGUNDES, Miguel Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário**. 6 ed. rev. e atualizada. São Paulo: Saraiva, 1984. p. 2.

⁴ Bandeira de Mello, na definição das funções estatais resalta como característica da função legislativa a inovação da ordem jurídica, exercida com fundamento direto na constituição, enquanto a função administrativa é exercício por comandos infralegais e, excepcionalmente, com fundamento direto na Constituição. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 33 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2016. p. 36.

⁵ FAGUNDES, Miguel Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário**. 6 ed. rev. e atualizada. São Paulo: Saraiva, 1984. p. 4.

Ao presente trabalho interessa traçar com maior precisão as diferenças entre tais funções denominadas de executivas, na medida em que a autoexecutoriedade dos atos administrativos é um ponto na fronteira das duas funções.

A função jurisdicional possui como característica principal a definitividade de suas decisões, obtida por meio da coisa julgada, essencial à segurança jurídica. Como conceitua Daniel Neves “a jurisdição pode ser entendida como a atuação estatal visando à aplicação do direito objetivo ao caso concreto, resolvendo-se com definitividade uma situação de crise jurídica e gerando com tal solução a pacificação social”⁶.

Outrora, em organizações sociais menos organizadas, a violação a direitos ensejava a repressão individual pelo próprio lesado, valendo-se da autotutela como a regra para a proteção de seus interesses e direitos. Em um Estado organizado juridicamente, no entanto, a proteção dos direitos subjetivos e a efetivação da ordem jurídica interessa ao Estado, a quem compete interpretar e aplicar o direito objetivo no caso concreto levado a sua apreciação⁷.

Ricardo Marcondes Martins, ao conceituar a função jurisdicional, enfatiza o caráter definitivo quanto à interpretação do direito, asseverando que a função “verifica, quando provocada pelo exercício do direito de ação, se o Direito foi bem interpretado seja pelo agente público seja pelo particular. Sua missão é dar a última palavra sobre a interpretação jurídica”⁸. Desta forma, como pontua Martins, as ponderações realizadas, pela Administração Pública, pelo particular e até mesmo pelo Legislador poderão ser apreciadas pelo Poder Judiciário⁹, que terá a palavra final quanto à interpretação da ordem jurídica.

Importante ressaltar que ao lado da atividade interpretativa e aplicativa, exteriorizada pela edição do ato normativo concreto, sob a forma de decisão, sentença ou acórdão, a jurisdição abrange a atividade satisfativa, isto é, além da atividade cognoscitiva, também deve

⁶ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil** – Volume único. 12 ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2019. p. 59.

⁷ “Com o fortalecimento do Estado e com o aperfeiçoamento do verdadeiro Estado de Direito, a justiça privada, já desacreditada por sua impotência, foi substituída pela Justiça Pública ou Justiça Oficial.

O Estado moderno, então, assumiu para si o encargo e o monopólio de definir o direito concretamente aplicável diante das situações litigiosas, bem como o de realizar esse mesmo direito, se a parte recalcitrante recusar-se a cumprir espontaneamente o comando concreto da lei.

Somente em casos emergenciais, expressamente ressalvados pelo legislador, é que subsistem alguns resquícios da justiça privada, capazes de legitimar, ainda hoje, a defesa dos direitos subjetivos pelas próprias mãos da parte, como se dá com a legítima defesa (CC de 2002, art. 188, I), com a apreensão do objeto sujeito a penhor legal (CC de 2002, arts. 1.467 a 1.472) e com o desforço imediato no esbulho possessório (CC de 2002, art. 1.210, § 1º)”. THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil – Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum** – vol. I. 57 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 101-102.

⁸ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; MARTINS, Ricardo Marcondes. **Tratado de direito administrativo: ato administrativo e procedimento administrativo**. 2 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 81.

⁹ Ibid. p. 81.

ter em vista, como assevera Daniel Neves¹⁰, a *juris-satisfação*. Deve tutelar concretamente a prestação material reconhecida pela norma judicial, a ser obtida pela atividade de execução¹¹, valendo-se de meios coercitivos para que o demandado cumpra a obrigação reconhecida.

Por meio da execução ou cumprimento da sentença serão, efetivamente, praticados os atos coercitivos em face da liberdade e da propriedade do requerido que se furte em cumprir a determinação judicial, como a realização de penhoras, bloqueios de contas bancárias, buscas e apreensões, entre outras medidas.

O exercício da função jurisdicional, por conseguinte, dado o seu caráter definitivo e invasivo da esfera jurídica dos sujeitos, figurando o meio legítimo para o uso da coerção em face do indivíduo insubmisso à ordem jurídica, deve se pautar por princípios e regras específicos e rigorosos, aptos a garantir um processo justo e efetivo. Desta forma, a jurisdição se pauta pelo devido processo legal, pela imparcialidade do julgador, assegura a ampla defesa e o contraditório, consistindo, ademais, em uma atividade estritamente vinculada.

Na mesma linha defendida por Martins¹², ao juiz não são conferidas margens de liberdade para decisão, discricionariedade¹³, que não opta entre indiferentes jurídicos para decidir, mas realiza atividade interpretativa do direito. Não compete ao juiz realizar qualquer juízo de conveniência e oportunidade, mas julgar estritamente segundo a ordem jurídica visando a melhor interpretação possível¹⁴.

Apresentados os traços fundamentais da função jurisdicional, define-se, tradicionalmente, a função administrativa de modo residual, isto é, compreendida como a função executiva que não é a jurisdicional. Isso decorre da amplitude da função

¹⁰ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil** – Volume único. 12 ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2019.

¹¹ “Reconhece ainda essa nova visão da jurisdição que não adianta somente a edição da norma jurídica (jurisdição), sendo necessário tutelar concretamente o direito material, o que se fará pela execução (juris-satisfação)” NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil** – Volume único. 12 ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2019. p. 60.

¹² BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; MARTINS, Ricardo Marcondes. **Tratado de direito administrativo: ato administrativo e procedimento administrativo**. 2 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

¹³ Sobre a discricionariedade, precisa a definição de Florivaldo Dutra de Araújo: “a discricionariedade caracterizará um aspecto do ato administrativo se a norma de direito positivo regulá-lo de modo a indicar que, na apreciação do direito e das circunstâncias em que este se faz aplicável, está o administrador diante de número determinado ou indeterminado de opções que se caracterizam como indiferentes jurídicos, ou seja, ao direito é irrelevante que o administrador adote esta ou aquela alternativa”. ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. Discricionariedade e motivação do ato administrativo. In: **Temas de direito administrativo: estudos em homenagem ao Professor Paulo Neves de Carvalho**. Coordenador Sergio Mourão Corrêa Lima. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 116.

¹⁴ No mesmo sentido defendido por Florivaldo Dutra de Araújo, entende-se que a interpretação não implica discricionariedade, pois consiste no “processo pelo qual o intérprete atribui à norma o sentido que entende o mais adequado para regular uma situação, segundo o método da razoabilidade.” Ibid. p. 123.

administrativa, compreendendo o exercício de atividades estatais de natureza díspares, tornando difícil uma conceituação precisa que abranja todas as manifestações da administração pública.

Essa compreensão residual da Administração, como destaca Schmidt-Assmann, cumpre um papel importante na teoria da separação dos poderes e na afirmação de garantias dos cidadãos, concebendo uma atividade que é exercida sob a orientação legislativa e submetida ao controle pelo judiciário¹⁵. Contudo, enfatiza Schmidt-Assmann, deve-se ter em vista que a relação com a lei não é a mesma em todas as atividades da Administração. Em algumas circunstâncias há uma submissão estrita; em outras o legislador limita-se a fornecer os objetivos e diretivas amplas, abrindo-se caminho para a autonomia da ação administrativa¹⁶.

Nesse sentido, a atuação administrativa comporta diferentes graus de vinculação e de discricionariedade, havendo áreas nas quais o mister administrativo é exercido de maneira subsuntiva e outras que conferem ao administrador maior liberdade para condução e implementação de programas e projetos, razão por que a chefia do Poder Executivo é um cargo eletivo.

Além de diferentes graus de vinculação à lei, a atividade administrativa comporta diversos níveis de regramento pelo direito público, havendo atividades regidas, predominantemente, por este regime, enquanto outras estão em maior extensão submetidas ao direito privado. Há atividades administrativas que importam em restrição à liberdade e propriedade dos cidadãos, enquanto outras conferem vantagens ao administrado.

O estudo a respeito da autoexecutoriedade deve ter em vista, inicialmente, tal peculiaridade, a diversidade de atividades e de regimes a que está submetida a administração pública, além dos diferentes graus em que tais atividades condicionam direitos fundamentais dos cidadãos.

¹⁵ SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard. Cuestiones fundamentales sobre la reforma de la teoría general del derecho administrativo. Necesidad de innovación y presupuestos metodológicos. In: BARNES VÁZQUEZ, Javier (Coord.). **Innovación y reforma en el derecho administrativo**. Disponível em: <http://es.globallawpress.org/wp-content/uploads/capitulo-eberhard.pdf>. p. 40.

¹⁶ “*En ese sentido, en efecto, el Ejecutivo constituye un poder que actúa con cierta autonomía, de acuerdo con sus propios criterios de racionalidad. La dirección del poder ejecutivo a través del Parlamento y el control que ejerce el poder jurisdiccional sobre los actos de aquél, aunque constituyan elementos esenciales, no agotan, sin embargo, las funciones y los objetivos del Derecho Administrativo. Se trata en realidad de comprender y construir la idea de la autonomía de la Administración con toda la potencialidad que ello encierra, de explorar la autoprogramación y el control. [...] Y es que el Derecho Administrativo se caracteriza por una suerte de coexistencia de distintas formas de sintetizar modelos diversos: la Administración se mueve en diversos escenarios, que van desde la subsunción inmediata y casi mecánica de los dictados de la ley, hasta el desarrollo creativo de previsiones legales que tan sólo establecen los objetivos y fines genéricos que hayan de satisfacerse, dejando a la elección de aquélla el modo y los medios*”. Ibid. p. 41.

Retomando-se a comparação entre as funções administrativa e jurisdicional, como ressaltado, a doutrina tradicional as equipara quanto à produção do direito, destituídas que são da originalidade, sendo exercidas, em maior extensão, sob o amparo da norma legislada, regulando situações jurídicas concretas¹⁷. Dada tal semelhança, são realizados paralelos entre os atos jurídicos editados no exercício de tais funções, notadamente entre o ato administrativo, por muito tempo considerado a via típica de ação da Administração, com a sentença, provimento jurisdicional.

Hartmut Maurer aponta as diferenças existentes entre os dois atos jurídicos, que revelam, na realidade, as distinções existentes entre as funções estatais correlatas. Ressalta o jurista:

- a) A sentença tem por objeto a resolução vinculativa e definitiva de um conflito jurídico no interesse da paz jurídica. O ato administrativo é, ao contrário, um meio de configuração, preponderantemente orientado para o futuro, da administração ativa.
- b) A sentença é, conforme isso, somente decisão jurídica, enquanto o ato administrativo – no quadro do direito – também pode ser determinado por considerações de conformidade com a realidade.
- c) O tribunal decide como instância desinteressada e neutra sobre um conflito jurídico entre dois partidos. A autoridade, ao contrário, decide as questões administrativas a ela confiadas e é, nesse aspecto, órgão decisor e ‘partido’, simultaneamente.
- d) O tribunal pode-se tornar ativo somente por solicitação, a autoridade pode, em muitos casos, (também) de ofício.
- e) O procedimento judicial é configurado formalmente e dotado com numerosas garantias de procedimento para garantir uma decisão objetivamente correta. O procedimento administrativo realiza-se ao contrário – no interesse de uma administração rápida e conforme a finalidade –, em geral, sem forma e somente é determinada por poucas garantias de procedimento¹⁸

O primeiro aspecto destacado refere-se à definitividade atribuída ao provimento jurisdicional, possuindo como finalidade a pacificação da situação conflituosa, característica enfatizada anteriormente e essencial à definição da função jurisdicional. A atuação administrativa, por outro lado, ressalta o jurista, possui um caráter prospectivo, visando alterar a realidade, não se pautando pelo conflito. A Administração possui papel central na condução do Estado, na implementação de políticas públicas, na persecução de inúmeros objetivos que, em último fim, visam atender ao bem-estar dos cidadãos e ao desenvolvimento nacional.

Ponto de maior relevo das distinções apresentadas por Maurer consiste na arguida neutralidade da função jurisdicional, enquanto a administração pública é dotada de

¹⁷ Hartmut Maurer ressalta quanto à semelhança entre os atos: “O ato administrativo é – como a sentença judicial – um ato de conhecimento jurídico, uma vez que determina o que, no caso particular, é de direito”. MAURER, Hartmut. **Direito Administrativo Geral**. 14 ed. Trad. Luis Afonso Heck. São Paulo: Manole, 2006. p. 236.

¹⁸ Ibid. p. 236-237.

parcialidade. Na doutrina pátria, a parcialidade da Administração é apontada por Couto e Silva, ao asseverar:

A função administrativa é exercida com parcialidade. Enquanto a função judiciária é neutra ou *en quelque façon nulle*, como dizia Montesquieu, pois o juiz é imparcial e só procede mediante provocação dos interessados, o administrador público toma iniciativas destinadas a ter projeções no futuro, pelas modificações que introduz na realidade, no vasto horizonte por onde se espraia o interesse público¹⁹.

O reconhecimento da parcialidade da Administração, que efetivamente ocupa um dos polos nas relações jurídico-administrativas, titularizando direitos e obrigações, como será analisado com maior profundidade à frente, é essencial para se analisar os atributos dos atos administrativos. Em um sistema jurídico que prima pelo devido processo legal, a imparcialidade é essencial àquele que decidirá situações jurídicas conflituosas e determinará medidas restritivas de direitos fundamentais.

Por fim, ainda quanto às distinções entre os atos administrativos e as sentenças, Hartmut Maurer destaca a atuação, em regra, de ofício pela Administração, enquanto o juiz se manifesta mediante provocação. Ademais, ressalta o jurista as numerosas garantias presentes no procedimento jurisdicional, enquanto no processo administrativo são reduzidas, pois o procedimento se pauta pela celeridade.

Delimitadas as funções administrativa e jurisdicional, importante ao estudo da autoexecutoriedade a análise das vias de manifestação da Administração. Como destacado anteriormente, múltiplas são as atividades administrativas, compreendendo limitações à liberdade e à propriedade dos particulares, prestação de serviços públicos aos administrados, intervenção no domínio econômico, fomento da atuação dos particulares, além do exercício de atividades acessórias. Corolário da multiplicidade das atividades, à disposição da Administração estão diferentes instrumentos de ação, as vias técnico-jurídicas de atuação²⁰.

Como asseverado anteriormente, a administração pública pode estar submetida a dois regimes distintos: o *direito público*, abrangendo as normas especiais derogatórias do direito comum, isto é, não incidentes nas relações entre os particulares, e o *direito privado*, compreendendo as mesmas normas jurídicas que regem os particulares.

Embora haja autores que compreendem ser os dois regimes objeto do Direito Administrativo, importante a delimitação do objeto da disciplina. O Direito Administrativo,

¹⁹ COUTO E SILVA, Almiro do. **Conceitos Fundamentais do Direito no Estado Constitucional**. São Paulo: Malheiros Editores, 2015. p. 163.

²⁰ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 33 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2016.

na realidade, ocupa-se do estudo de duas espécies de normas, (a) as normas especiais que regem a atividade administrativa, compondo o denominado regime jurídico-administrativo, e (b) uma segunda espécie de normas, que não orientam diretamente a administração pública, mas servem para delimitar a incidência do regime privado. Como exemplo dessa segunda categoria, possível citar os dispositivos da Lei 13.303/2016 que determinam a aplicação da Lei 6.404/1976 (Lei das Sociedades Anônimas) no que concerne à organização das sociedades de economia mista.

Essa distinção é importante para afastar, da análise do presente trabalho, os atos de direito privado praticados no exercício da atividade administrativa. Interessa apenas os atos regidos pelo direito público e que compõem, como apresenta Bandeira de Mello, as vias técnico-jurídicas de atuação. O jurista apresenta cinco vias que estariam à disposição da Administração para consecução de seu mister: os regulamentos, os atos administrativos, os procedimentos administrativos, a licitação e os contratos administrativos²¹.

Entre as vias apontadas acima, o presente trabalho destina-se ao aprofundamento dos atos administrativos, cujos contornos serão analisados com maior densidade no capítulo subsequente.

²¹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 33 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2016. p. 349-350.

3 ATO ADMINISTRATIVO E RELAÇÃO JURÍDICO-ADMINISTRATIVA

O ato administrativo, como tantos outros institutos do Direito Administrativo, passou por modificações substanciais ao longo do desenvolvimento dos Estados e da dogmática jurídico-administrativa. No presente capítulo, busca-se uma breve retrospectiva do ato administrativo, que outrora ocupou a posição de manifestação preferencial da Administração e até mesmo critério do Direito Administrativo²², buscando contextualizar as definições contemporâneas dos atos administrativos e as críticas aos poderes e atributos conferidos à ação administrativa.

3.1 Concepções clássicas do Ato Administrativo

O surgimento do ato administrativo está vinculado à gênese do Direito Administrativo no contexto francês pós-revolucionário, envolvido está, por conseguinte, na mesma contradição.

Segundo a versão idealizada, pautada pelos valores e ideologias defendidas pelos movimentos revolucionários liberais do final do século XVIII, o advento do Direito Administrativo está vinculado a mudanças paradigmáticas ocorridas com a derrubada do Estado Absolutista e a afirmação de uma nova organização estatal²³, erigida sob a legalidade, a separação dos poderes e a afirmação dos direitos fundamentais. Segundo tal compreensão, o Direito Administrativo emerge como o regime especial a normatizar uma das funções estatais específicas, estando subordinado à legalidade, resguardando as garantias individuais dos cidadãos e submetida a controle.

Por outro lado, há a versão que aponta o pecado original do Direito Administrativo, funcionando como mecanismo de conservação de práticas autoritárias do Antigo Regime, agora em benefício da nova classe social que emergira da Revolução. O Direito Administrativo, segundo a versão, teria instaurado um regime especial preocupado com os

²² SILVA afirma que no período do Estado liberal, ao longo do século XIX, o ato administrativo foi a abóboda da catedral da dogmática do direito administrativo. SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. **Em busca do acto administrativo perdido**. Coimbra: Almedina, 2003.

²³ Berthélemy, no prefácio da obra de Otto Mayer, versão em francês, ressalta as bases do Direito Administrativo moderno, com a afirmação do regime das leis em substituição do Estado de Polícia. MAYER, Otto. **Le droit administratif allemand**. Tome 1. Paris: V. Giard & E. Brière, 1903. Disponível em: <https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k1186673f>.

poderes da Administração, conferindo-lhe privilégios, além de deixá-la imune ao controle pelos juízes²⁴.

O ato administrativo desenvolvido nesse período histórico, está, igualmente, envolto na mesma contradição. Como afirma Silva, representou, a um só tempo, garantia ao administrado, pois concebido sob os auspícios do Estado de Direito, ensejando, ademais, a possibilidade de controle. Por outro lado, foram a ele atribuídas características autoritárias, conferindo posição privilegiada à Administração. Em suas palavras, leciona Silva a respeito da conformação do ato administrativo nesse primeiro momento, no período do Estado Liberal:

O modo normal (praticamente exclusivo) de actuação da Administração Pública era o acto administrativo. Ele era visto como uma manifestação autoritária do poder estadual relativamente a um particular determinado. [...] O acto administrativo vai, então, procurar conciliar uma vertente autoritária, de exercício de um poder do Estado, com uma vertente de garantia dos cidadãos, decorrente do princípio da legalidade, reproduzindo assim, a este nível, aquele compromisso que estava subjacente ao conceito liberal de Estado. Eis-nos, pois, aqui também perante uma dupla função do conceito de acto administrativo, enquanto acto de autoridade e instrumento de garantia dos cidadãos²⁵.

[...]

No Estado liberal, o conceito de acto administrativo que emerge do contencioso administrativo apresenta, portanto, uma ‘função dupla’ (ironizando, eu diria, uma vez mais, que faz ‘jogo duplo’, qual ‘espião que veio do frio’). Por um lado, ele é visto como um ‘privilégio da Administração’, manifestação do poder administrativo no caso concreto, um acto unilateral cujos efeitos são susceptíveis de ser imposto aos particulares por via coativa. Por outro lado, ele constitui um instrumento de garantia dos particulares, na medida em que abre a via de acesso à Justiça, permitindo a defesa dos privados relativamente às actuações administrativas lesivas dos seus direitos²⁶.

No que concerne às formulações clássicas de ato administrativo, elaboradas nesse contexto embrionário do Direito Administrativo, destacam-se duas concepções que exercem influência sobre a compreensão contemporânea. Na doutrina francesa, Maurice Hauriou, defensor da *puissance publique* como critério do Direito Administrativo, conceituou o ato

²⁴ “O surgimento do direito administrativo, e de suas categorias jurídicas peculiares (supremacia do interesse público, prerrogativas da Administração, discricionariedade, insindicabilidade do mérito administrativo, dentre outras), representou antes uma forma de reprodução e sobrevivência das práticas administrativas do Antigo Regime que a sua superação. A juridicização embrionária da Administração Pública não logrou subordiná-la ao direito; ao revés, serviu-lhe apenas de revestimento e aparato retórico para sua perpetuação fora da esfera de controle dos cidadãos”. BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. – 3^a ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. p. 11.

²⁵ SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. **Em busca do acto administrativo perdido**. Coimbra: Almedina, 2003. p. 40

²⁶ Ibid. p. 45-46

administrativo como uma decisão executória com o propósito de produzir efeitos jurídicos²⁷. O jurista francês ressalta a importância de cada elemento da definição, afirmando ser uma decisão²⁸, pois consiste em uma manifestação positiva de vontade da autoridade administrativa. Quanto à executoriedade, assevera que o ato necessariamente produz efeitos de forma imediata em face de terceiros ou em face da própria administração. Por fim, ressalta a produção de efeitos jurídicos, na medida em que implica alteração na situação jurídica da administração ou de terceiros.

A outra concepção clássica, formulada por Otto Mayer, assevera que o ato administrativo consiste no ato da Administração que determina o direito no caso individual²⁹. Comparando o ato administrativo à sentença judicial, reconhece o jurista a necessidade da Administração adotar as medidas necessárias à implementação da decisão.

Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da Silva é preciso ao analisar as duas concepções clássicas, que, segundo aponta, aproximam-se quanto à compreensão de que o ato administrativo manifesta o poder administrativo, sendo emitido unilateralmente pela autoridade, dotado de força executiva e impositiva em face de terceiros. As concepções diferenciam-se, continua o jurista, na medida em que Hauriou centrou a análise no elemento volitivo para produção do ato, aproximando os atos administrativos dos negócios jurídicos privados, enquanto Otto Mayer, compreende o ato administrativo como uma sentença judicial, consiste na aplicação do direito ao caso concreto³⁰.

²⁷ “*L’acte d’administration est une décision exécutoire, prise au nom d’une personne administrative par un représentant légal, en vue de produire un effet de droit et qui, par conséquent, est relative à l’exercice d’un droit.*” HAURIOU, Maurice. **Précis de droit administratif: contenant le droit public et le droit administratif**. 2^a ed. Paris: L. Larose et Forcel, 1893. Disponível em: <https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k6525766p>. p. 185.

²⁸ *Ibid.*

²⁹ “*L’acte administratif est un acte d’autorité émanant de l’administration, acte qui détermine, vis-à-vis du sujet, ce qui, pour lui, doit être de droit dans le cas individuel*” MAYER, Otto. **Le droit administratif allemand**. Tome 1. Paris: V. Giard & E. Brière, 1903. Disponível em: <https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k1186673f>. p. 120.

³⁰ “Elemento comum a essas duas matrizes teóricas é a ideia do acto como exercício do poder administrativo. Diferente é o modo como esse poder é configurado: em HAURIOU, trata-se de um acto produtor de efeitos jurídicos, aplicáveis de forma autoritária, e é realçado o aspecto voluntário da conduta; em OTTO MAYER, está-se perante um acto de definição do direito aplicável a um particular, pelo que o aspecto voluntário carece de autonomia. Explicando um pouco melhor, no pensamento de HAURIOU, o poder é uma realidade (de certa maneira, exterior) que acresce a uma conduta voluntária, enquanto que, na noção de MAYER, o poder é um elemento constitutivo do próprio acto de determinação do direito aplicável. [...]”

Em qualquer das suas versões, no entanto <<a noção de acto administrativo corresponde à lógica de funcionamento da Administração do Estado liberal pedia para uma noção autoritária>>. Isso é patente não só no que respeita à eficácia unilateral da decisão, como também pela importância que é dada aos poderes de execução forçada dos actos pela própria Administração. E, relativamente a este último aspecto, ambas as noções clássicas de acto administrativo remetiam implícita ou expressamente para a ideia de execução forçada.

No pensamento de OTTO MAYER, a noção de execução forçada resultava implicitamente da assimilação do acto à sentença. Tanto o acto administrativo como a sentença judicial constituíam manifestações do poder do Estado, decisões de definição do direito aplicável a uma situação individual. [...]

Esses modelos de compreensão do ato administrativo, sustenta Silva³¹, apesar de adequações sofridas, influenciam os conceitos contemporâneos de ato administrativo.

3.2 Conceito contemporâneo e a relação jurídico-administrativa

Destaque-se, inicialmente, a multiplicidade de definições de ato administrativo existentes na atualidade, havendo algumas mais ampliativas e outras mais restritivas. Adota-se a definição apresentada por Florivaldo Dutra de Araújo, ao conceituar como:

a manifestação de vontade do Estado ou de quem lhe faça as vezes, expedida em nível infralegal, sob o regime de direito público e sujeito a controle de legalidade por órgão jurisdicional, com a finalidade de criar situações individuais ou concorrer para a formação destas³²

Observa-se, segundo a definição exposta acima, que os atos administrativos constituem manifestação de vontade do Estado. Como destaca Odete Medauar, apesar da conexão com os atos privados, deve-se ressaltar que a vontade, nesse caso, não está inspirada no fator psíquico ou subjetivo do agente, mas “expressam momento objetivo de avaliação dos interesses em confronto ou do interesse público e dos seus efeitos acarretados no todo³³”. Considerando a existência de uma relação de administração³⁴, ao se editar o ato administrativo, não está o agente no exercício da autonomia privada, mas jungido às finalidades que inspiram a atuação.

Importante ressaltar que o ato administrativo é regido pelo direito público e está sujeito a controle pelo Poder Judiciário.

A definição contempla ainda a finalidade dos atos administrativos, destinados a criar situações individuais ou, ao menos, concorrer para a criação. Quanto a este aspecto, Vasco

Em HAURIUO, encontra-se uma referência directa à ideia de execução forçosa no próprio conceito de acto administrativo. SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. **Em busca do acto administrativo perdido**. Coimbra: Almedina, 2003. p. 66-68.

³¹ SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. **Em busca do acto administrativo perdido**. Coimbra: Almedina, 2003.

³² ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. **Motivação e Controle do Ato Administrativo**. 2 ed. rev. ampl. atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 53.

³³ MEDAUAR, Odete. Ato administrativo: origem, concepções, abrangência. In: MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Vitor Rhein (Coords). **Os caminhos do ato administrativo**. São Paulo: ED. RT, 2011. p. 28.

³⁴ LIMA, Ruy Cirne. **Princípios de Direito Administrativo**. 7 ed. revista e reelaborada por Paulo Alberto Pasqualini. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

Manuel defende que a maior parte das situações jurídicas criadas são, na realidade, relações jurídico-administrativas³⁵.

No que concerne às relações jurídicas-administrativas, interessante mencionar a definição apresentada por Sérvulo Correia, ao defini-las como

um sistema complexo de situações jurídicas activas e passivas interligadas, regidas pelo Direito Administrativo e tituladas por entidades incumbidas do exercício de uma actividade específica da função administrativa e por particulares ou apenas por diversos pólos finais de imputação pertencentes à própria Administração³⁶.

A compreensão de que o ato administrativo é o fato jurígeno da relação jurídico-administrativa mostra-se adequada para o entendimento de uma gama enorme de situações, abarcando todas as hipóteses nas quais haja o reconhecimento da autoexecutoriedade, razão por que a adoção do modelo de análise segundo a teoria da relação jurídica é adequada.

Nesse sentido o ato administrativo é um dos atos jurídicos capazes de criar concretamente um vínculo jurídico entre a Administração e outros sujeitos de direito, compreendidos aqui não apenas os administrados, mas também sujeitos internos à Administração, como as entidades da Administração Indireta ou os servidores. Como vínculo jurídico entenda-se, a partir da edição do ato, a atribuição às partes de direitos públicos subjetivos e as correlatas obrigações públicas³⁷.

A adoção da relação jurídica para compreender esses fenômenos jurídicos é relevante, como aponta Silva, na medida em que confere aos ocupantes da relação o status de sujeitos de direito, e não objetos da atuação da Administração. Por conseguinte, explica-se os direitos extroversos da Administração não como um poder fático, mas como “o exercício de um poder jurídico³⁸” que deverá atentar-se aos direitos subjetivos assegurados aos administrados pela ordem constitucional e pelas leis em geral.

Essa compreensão é adequada, portanto, por atribuir aos administrados a posição de sujeitos de direito, sendo toda a relação regada pelo direito. Ademais, ressalte-se a posição da

³⁵ SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. **Em busca do acto administrativo perdido**. Coimbra: Almedina, 2003. p. 175.

³⁶ CORREIA, José Manuel Sérvulo. **As relações jurídicas administrativas de prestação de cuidados de saúde**. Disponível em: <https://www.icjp.pt/sites/default/files/media/616-923.pdf>. p. 8.

³⁷ “Só no direito positivo podem as obrigações públicas encontrar a sua fonte primária. As que nele não forem buscar a sua origem serão ilegítimas, pois que o Estado não tem direitos, nem poder, fora da ordem jurídica. Em alguns casos, a obrigação pública nasce unicamente da lei. Noutros casos, o texto legal é a fonte mediata, vindo o ato administrativo como fonte direta”. FAGUNDES, Miguel Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário**. 6 ed. rev. e atualizada. São Paulo: Saraiva, 1984. p. 176-177.

³⁸ SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. **Em busca do acto administrativo perdido**. Coimbra: Almedina, 2003. p. 187.

Administração como parte na relação, ou seja, titulariza direitos públicos subjetivos e obrigações públicas. Essa posição reforça o caráter parcial da Administração na consecução das suas atividades.

3.3 Atributos dos atos administrativos

Os atos administrativos são atos, como exposto anteriormente, regidos pelo Direito Público, regime caracterizado por conter normas exorbitantes do direito comum, conferindo à Administração determinadas prerrogativas ou impondo-lhe sujeições. A doutrina tradicional, sob essa ótica, ao lecionar sobre os atos administrativos, apresenta os seus atributos, características próprias inexistentes nos atos privados, pois corolários da supremacia do interesse público. São apontados como atributos a presunção de legitimidade, imperatividade, exigibilidade e autoexecutoriedade (executoriedade).

A presunção de legitimidade dos atos administrativos é entendida por Bandeira de Mello como “a qualidade, que reveste tais atos, de se presumirem verdadeiros e conformes ao Direito, até prova em contrário”³⁹. Observa-se que o conceito de presunção de legitimidade afirmado por Bandeira de Mello é amplo; Di Pietro, por outro lado, distingue a presunção de legitimidade da presunção de veracidade. Enquanto a primeira se restringe à presunção de conformidade do ato editado com a lei, a segunda refere-se aos fatos, isto é, “presumem-se verdadeiros os fatos alegados pela Administração”⁴⁰.

Vitor Schirato⁴¹, em estudo sobre os atributos dos atos administrativos, apresenta críticas à visão tradicional. Em relação à presunção de legitimidade, aponta, com fundamento no art. 219 do Código Civil, que a presunção relativa de legitimidade não é característica exclusiva dos atos administrativos, mas de todos os atos jurídicos, inclusive os atos privados. Ademais, acrescenta o jurista que, no contexto atual, no qual se prima pela processualidade, não basta ao ato administrativo afirmar a presunção de legitimidade ou de veracidade, mas estas devem ser efetivamente constatadas ao longo do procedimento administrativo, quando os elementos serão apreciados sob o crivo do contraditório⁴².

³⁹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 33 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2016. p. 431.

⁴⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 33 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 239.

⁴¹ SCHIRATO, Vitor Rhein. Repensando a pertinência dos atributos dos atos administrativos. In: MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Vitor Rhein (Coords). **Os caminhos do ato administrativo**. São Paulo: ED. RT, 2011. p. 130

⁴² Em suas palavras, assevera Schirato: “[...] em um contexto de ato administrativo como resultado de um processo administrativo, não há legitimidade ou veracidade que possam ser presumidas, posto que estas têm que

A doutrina tradicional aponta como atributos dos atos administrativos também a imperatividade e a exigibilidade, referentes à possibilidade de se constituir obrigações em face de terceiros de modo unilateral pela Administração, impondo-se independentemente do consentimento do administrado e sendo exigíveis a despeito da manifestação do Poder Judiciário.

No que concerne à imperatividade, Schirato⁴³ também se insurge em face da afirmação de que seja um atributo dos atos administrativos, pois diante da multiplicidade de atuações da Administração, nem todos os atos possuem tal característica. Ademais, ressalta o jurista que até mesmo nas relações tipicamente autoritárias da Administração, como a atuação sancionatória, atualmente há a utilização de mecanismos consensuais. Como decorrência, afasta a exigibilidade como atributo dos atos administrativos, pois estaria presente apenas naqueles imperativos, e, como defende, nem todos os atos são imperativos.

Por último, defende a doutrina tradicional a existência do atributo da autoexecutoriedade, consistente na possibilidade da Administração valer-se diretamente dos meios coercitivos para exigir a obrigação do sujeito passivo, independentemente da provocação do Poder Judiciário⁴⁴. Sobre o fundamento da autoexecutoriedade, Seabra Fagundes é preciso ao asseverar:

Tendo em vista os superiores, impessoais e complexos interesses, que à Administração cumpre satisfazer e tutelar, não seria possível equipará-la ao indivíduo, no que concerne à atuação dos direitos subjetivos. A atividade administrativa resultaria inútil o mais das vezes e interesses dos mais relevantes seriam preteridos irremediavelmente se, à simples oposição do sujeito passivo das obrigações públicas, carecesse o administrador de meios coercitivos imediatos a removê-la.⁴⁵

Portanto, decorre da natureza de algumas atividades exercidas pela Administração, sobretudo aquelas envolvendo o poder de polícia, a necessidade da adoção imediata de

decorrer dos elementos colhidos e produzidos ao longo do respectivo processo, com integral respeito aos direitos fundamentais do contraditório e da ampla defesa”. SCHIRATO, Vitor Rhein. Repensando a pertinência dos atributos dos atos administrativos. In: MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Vitor Rhein (Coords). **Os caminhos do ato administrativo**. São Paulo: ED. RT, 2011. p. 130.

⁴³ SCHIRATO, Vitor Rhein. Repensando a pertinência dos atributos dos atos administrativos. In: MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Vitor Rhein (Coords). **Os caminhos do ato administrativo**. São Paulo: ED. RT, 2011.

⁴⁴ Sobre o atributo afirma Hartmut Maurer: “A autoridade pode mesmo impor, por meio de coerção, suas exigências determinadas por ato administrativo. O ato administrativo é título executivo. Enquanto o cidadão, se ele quer impor suas exigências diante de um outro cidadão ou diante da administração, deve recorrer aos tribunais e conquistar disputando um título executivo, pode a autoridade, em virtude de seu ato administrativo, proceder mesmo por meio de coerção contra o cidadão”. MAURER, Hartmut. **Elementos de Direito Administrativo Alemão**. Tradução de Dr. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2001. p. 98.

⁴⁵ FAGUNDES, Miguel Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário**. 6 ed. rev. e atualizada. São Paulo: Saraiva, 1984. p. 183-184.

medidas coercitivas para cumprir a determinação estatal, mesmo diante da oposição do sujeito passivo, sob pena de prejudicar o bem jurídico tutelado pela ação administrativa, restando inútil esta atividade.

Nesse sentido, por exemplo, no exercício das atividades de fiscalização sanitária, constatadas irregularidades graves em estabelecimentos que comprometam a saúde dos consumidores, é dever da Administração adotar as medidas para a suspensão das atividades, inclusive com a interdição do local, prescindível acionar o Poder Judiciário para adotar tais medidas. Igualmente, havendo uma edificação realizada pelo particular em desconformidade com o direito urbanístico e que coloque em risco a segurança, autoriza-se a Administração a adotar medidas, como embargo da obra e até mesmo a demolição administrativa.

Seabra Fagundes menciona a existência de dois meios de coerção: o direto e o indireto. O primeiro consistiria no uso da força para compelir o administrado ao cumprimento da obrigação tal qual estipulada, sendo mais fáceis quanto às obrigações de não fazer e de dar. Por outro lado, com o uso da coerção indireta, a Administração agrava a obrigação principal ou cria novos deveres ao administrado, em caráter intimidatório, para compelir o sujeito passivo a cumprir a obrigação principal⁴⁶.

Cumprir observar, todavia, que nem sempre os ditos meios indiretos serão autoexecutórios. A imposição de uma multa por exemplo, diante do inadimplemento de um tributo, não autoriza a Administração a executá-la diretamente, na realidade, tal qual a obrigação principal, demandará o acionamento do Poder Judiciário, via execução fiscal para a satisfação do crédito.

Citou-se a multa como exemplo de medida de coerção indireta, pois é o meio comumente empregado pela Administração, imposta aos contribuintes que não pagam o tributo até o vencimento, aos administrados que descumprem as normas de polícia administrativa ou se negam a adotar as medidas impostas pela Administração para a adequação, por exemplo.

Com propriedade, Bandeira de Mello assevera que a exigibilidade do ato administrativo autoriza a adoção das medidas indiretas para induzir o cumprimento da obrigação principal, enquanto a autoexecutoriedade refere-se à adoção das medidas materiais em desfavor do administrado. Assim resume o jurista:

⁴⁶ FAGUNDES, Miguel Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário**. 6 ed. rev. e atualizada. São Paulo: Saraiva, 1984. p. 181.

Sintetizando: graças à exigibilidade, a Administração pode valer-se de meios indiretos que induzirão o administrado a atender ao comando imperativo. Graças à executoriedade, quando esta exista, a Administração pode ir além, isto é, pode satisfazer diretamente sua pretensão jurídica compelindo materialmente o administrado, por meios próprios e sem necessidade de ordem judicial para proceder a esta compulsão. Quer-se dizer: pela exigibilidade pode-se induzir à obediência, pela executoriedade pode-se compelir, constringer fisicamente⁴⁷.

É verdade que algumas leis conferem às medidas indiretas a autoexecutoriedade, isto é, a possibilidade da Administração adotar as medidas coercitivas para cumpri-las. Cite-se, por exemplo, a possibilidade de remoção dos veículos não licenciados em virtude do inadimplemento do IPVA e multas de trânsito. A vedação do licenciamento e a consequente remoção do veículo apreendido configuram medidas indiretas que visam compelir o contribuinte a adimplir a obrigação de pagar os tributos e as multas. Embora não possa a Administração executar diretamente os débitos, devendo recorrer à execução fiscal, pode negar o licenciamento anual e apreender o veículo, conforme disposto no art. 131, §2º e 230, V da Lei nº 9.503/1997.

Deve-se mencionar, quanto à constitucionalidade da autoexecutoriedade de medidas indiretas, o entendimento do Supremo Tribunal Federal que, em alguns casos, veda a imposição das denominadas sanções políticas. Consideram-se sanções políticas, como afirmou o Min. Edson Fachin no julgamento do RE nº 647.885, as “restrições estatais no exercício da atividade tributante que culminam por inviabilizar injustificadamente o exercício pleno de atividade econômica ou profissional pelo sujeito passivo da obrigação tributária”⁴⁸.

Segundo a jurisprudência do tribunal⁴⁹, são vedadas a adoção de medidas coercitivas indiretas que impliquem a suspensão de atividades econômicas ou apreensão de bens dos contribuintes inadimplentes, na medida em que implicam a restrição de direitos fundamentais, notadamente a liberdade e a propriedade, de forma desproporcional. Misabel Derzi também é enfática ao rechaçar tais expedientes indiretos de cobrança, asseverando que:

⁴⁷ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 33 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2016. p. 432.

⁴⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 647.885**. Tribunal Pleno. Relator: Min. Edson Fachin. Data de julgamento: 27/04/2020. Publicado em 19/05/2020. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=752690906>. p. 348.

⁴⁹ A matéria encontra-se pacificada por meio de duas súmulas: nº 70 “É inadmissível a interdição de estabelecimento como meio coercitivo para a cobrança de tributo” BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula nº 70**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2194>. Acesso em 01 set 2021. nº 323 – “É inadmissível a apreensão de mercadorias como meio coercitivo para pagamento de tributos”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula nº 323**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2136>. Acesso em 01 set 2021.

não configuram garantias, privilégios ou preferências do crédito tributário, apenas abuso e arbítrio, ofensa à impessoalidade e à moralidade administrativa. Verdadeiro excesso de exação, uma vez que muitas dessas medidas trazem prejuízos muito maiores aos contribuintes do que o próprio tributo exigido (devida ou indevidamente)⁵⁰.

Por fim, conclui-se que diante do descumprimento da obrigação pelo sujeito passivo, há três mecanismos distintos para a Administração exigir o cumprimento: adoção direta da medida de coerção material para o cumprimento da obrigação principal (autoexecutoriedade); imposição de nova obrigação, como medida indireta de coerção executável pela própria Administração (autoexecutoriedade); acionamento do Poder Judiciário, pois há hipóteses nas quais nem a obrigação principal, nem a medida de coerção indireta poderão ser executadas diretamente.

⁵⁰ BALEEIRO, Aliomar. DERZI, Misabel Abreu Machado. **Direito Tributário Brasileiro**. 14 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 1419.

4 GARANTIAS CONSTITUCIONAIS DOS ADMINISTRADOS E O POSTULADO NORMATIVO DA PROPORCIONALIDADE

No capítulo anterior foi apresentado um panorama dos atos administrativos, especificamente o atributo da autoexecutoriedade, que confere à Administração a possibilidade de adotar, diretamente, medidas coercitivas para obter a prestação do sujeito passivo. Com o propósito de buscar os limites a que está submetido o mencionado atributo, neste capítulo será realizado o estudo das garantias e princípios constitucionais incidentes, bem como o método adequado para a interpretação destes casos complexos, que envolvem a confluência de diversas normas, sobretudo principiológicas.

Importante, para a análise da matéria, retomar as lições de Humberto Ávila sobre as normas jurídicas. Conforme sistematiza o jurista, há duas espécies de normas de primeiro grau: as regras e os princípios. A distinção entre essas duas espécies é bem exposta pelo jurista, ao asseverar:

As regras podem ser dissociadas dos princípios quanto ao modo como prescrevem o comportamento. As regras são normas imediatamente descritivas, na medida em que estabelecem obrigações, permissões e proibições mediante a descrição da conduta a ser cumprida. Os princípios são normas imediatamente finalísticas, já que estabelecem um estado de coisas cuja promoção gradual depende dos efeitos decorrentes da adoção de comportamentos a ela necessários. Os princípios são normas cuja qualidade frontal é, justamente, a determinação da realização de um fim juridicamente relevante, ao passo que característica dianteira das regras é a previsão do comportamento⁵¹.

A respeito dos princípios, é importante consignar que, na linha defendida por Ávila, são normas jurídicas e, por conseguinte, tornam obrigatórias ou proibidas determinadas condutas. No entanto, diversamente das regras, a estrutura normativa dos princípios não aponta para uma conduta específica, mas para uma finalidade, um estado de coisas a ser perseguido, tornando obrigatórias as condutas que conduzem a tal fim e proibidas as condutas que afastam⁵².

A positivação de princípios na ordem jurídica, dada essa estrutura normativa peculiar, ressalta Ávila, implica a realização de um juízo de adequação das condutas que contribuem

⁵¹ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 19 ed. rev e atual. São Paulo: Malheiros, 2019. p. 227-228.

⁵² Em suas palavras, assevera Ávila: “A Constituição Brasileira instituiu vários princípios. Um princípio é uma norma que aponta para um estado ideal de coisas a ser promovido, sem, no entanto, indicar os comportamentos cuja adoção irá contribuir para a promoção gradual desse ideal. Embora não descreva quais comportamentos devem ser adotados, a mera instituição de um princípio, portanto, já impõe a adoção daquelas condutas adequadas e indispensáveis à sua promoção” ÁVILA, Humberto. O que é o “devido processo legal”?. In: DIDIER JR., Fredie (Coor.). **Teoria do Processo: panorama doutrinário mundial**. Salvador: Editora JusPODIVM, 2010. Capítulo XVIII, p. 353-362. Vol. 2. p. 353-354.

para a satisfação do estado de coisas⁵³. A adequação dos meios – assevera o jurista – “exige uma relação empírica entre o meio e o fim: o meio deve levar à realização do fim. Isso exige que o administrador utilize um meio cuja eficácia (e não o meio, ele próprio) possa contribuir para a promoção gradual do fim.”⁵⁴

Seguindo a análise desenvolvida por Ávila⁵⁵, considerando a positivação de diversos princípios na ordem constitucional, por vezes a adoção de determinada conduta contribui para a satisfação de um princípio, mas restringe outro. Nesse cenário, defende o jurista que outra decorrência da positivação dos princípios é a exigência de que as condutas sejam necessárias e proporcionais.

Sob a ótica da necessidade, afirma o jurista que “envolve a verificação da existência de meios que sejam alternativos àqueles inicialmente escolhido pelo Poder Legislativo ou Poder Executivo, e que possam promover igualmente o fim sem restringir, na mesma intensidade, os direitos fundamentais afetados”⁵⁶. Quanto à proporcionalidade em sentido estrito, “exige a comparação entre a importância da realização do fim e a intensidade da restrição aos direitos fundamentais”⁵⁷ e continua mais à frente “o meio será desproporcional se a importância do fim não justificar a intensidade da restrição dos direitos fundamentais”⁵⁸.

Verifica-se, portanto, que a positivação de princípios na ordem jurídica determina a adoção de condutas adequadas, necessárias e proporcionais para a satisfação de determinado princípio, em cotejo com os demais princípios e garantias fundamentais.

Nesse sentido, como assevera Ávila, como a proporcionalidade é uma norma de segundo grau, um postulado normativo de aplicação⁵⁹, só é violada reflexivamente, diretamente são violados as garantias e os princípios indevidamente restringidos.

Justifica-se essa introdução teórica quanto à aplicação dos princípios e o postulado normativo da proporcionalidade na medida em que a autoexecutoriedade dos atos

⁵³ ÁVILA, Humberto. O que é o “devido processo legal”?. In: DIDIER JR., Fredie (Coor.). **Teoria do Processo: panorama doutrinário mundial**. Salvador: Editora JusPODIVM, 2010. Capítulo XVIII, p. 353-362. Vol. 2.

⁵⁴ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 19 ed. rev e atual. São Paulo: Malheiros, 2019. p. 210.

⁵⁵ ÁVILA, Humberto. O que é o “devido processo legal”?. In: DIDIER JR., Fredie (Coor.). **Teoria do Processo: panorama doutrinário mundial**. Salvador: Editora JusPODIVM, 2010. Capítulo XVIII, p. 353-362. Vol. 2

⁵⁶ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 19 ed. rev e atual. São Paulo: Malheiros, 2019. p. 217.

⁵⁷ Ibid. p. 220.

⁵⁸ Ibid. p. 230.

⁵⁹ “Os postulados normativos aplicativos são normas imediatamente metódicas que instituem os critérios de aplicação de outras normas situadas no plano do objeto da aplicação. Assim, qualificam-se como normas sobre a aplicação de outras normas, isto é, como metanormas. Daí se dizer que se qualificam como normas de segundo grau. Nesse sentido, sempre que se está diante de um postulado normativo, há uma diretriz metódica que se dirige ao intérprete relativamente à interpretação de outras normas”. Ibid. p. 164.

administrativos, ao mesmo tempo, concretiza preceitos constitucionais, atribuidores de competência à Administração e que determinam uma ação eficiente, mas também implica restrições a princípios e garantias fundamentais dos indivíduos.

A justificativa para a existência da autoexecutoriedade reside nas finalidades e objetivos perseguidos pela Administração constitucionalmente positivados, muitos exigindo uma atuação proativa, célere e eficiente.

Como exemplo, pode-se citar a competência concorrente dos entes federados para a proteção da saúde dos cidadãos (art. 23, II da CR/88) que envolve, entre outras, as atividades de vigilância sanitária, manifestação da polícia administrativa. Nesse sentido, visando tutelar o direito à saúde e à vida dos cidadãos, a Administração deve fiscalizar estabelecimentos comerciais que vendem gêneros alimentícios e, constatada a insalubridade e o risco aos bens tutelados, deve adotar as medidas necessárias para cessar os riscos, como o fechamento do estabelecimento ou o recolhimento dos produtos, independentemente da anuência do administrado ou acionamento do Poder Judiciário.

No que concerne às garantias e direitos fundamentais dos administrados atingidos, o principal é o devido processo legal. A Constituição de 1988 dispõe no art. 5º, LIV que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”⁶⁰. Humberto Ávila, em estudo sobre o referido princípio, destaca a impropriedade de alguns doutrinadores, que distinguem duas acepções do princípio: uma vertente substantiva, exigindo a proporcionalidade e razoabilidade das decisões, e outra vertente, procedimental, indicativa da necessidade do processo ser justo e adequado⁶¹.

Segundo Ávila, o princípio do devido processo legal restringe-se à vertente procedimental, pois os deveres de proporcionalidade e razoabilidade encontram fundamento em outros dispositivos da Constituição, notadamente no princípio da igualdade e da liberdade.

Sobre o devido processo legal, com precisão, assevera que “deve haver um processo; ele deve ser justo; e deve ser compatível com o ordenamento jurídico, especialmente com os direitos fundamentais”⁶². Detendo a natureza normativa de princípio, por conseguinte, conforme a teoria de Ávila, o devido processo legal indica um estado de proteção aos direitos fundamentais, de modo que devem ser adotadas as medidas que contribuam para esse estado.

⁶⁰ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 01 set 2021

⁶¹ ÁVILA, Humberto. O que é o “devido processo legal”?. In: DIDIER JR., Fredie (Coor.). **Teoria do Processo: panorama doutrinário mundial**. Salvador: Editora JusPODIVM, 2010. Capítulo XVIII, p. 353-362. Vol. 2. p. 353.

⁶² Ibid. p. 360.

Ricardo Marcondes Martins, em estudo sobre o art. 5º, LIV, da CR/88, defende que o constituinte, ao especificar o devido processo legal, está se referindo ao processo judicial, com todas as garantias inerentes ao exercício da jurisdição. Em suas palavras:

A compreensão dessa assertiva depende da correta exegese do inc. LIV do art. 5º da CF/1988, segundo o qual, ninguém será privado de sua liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal. Conforme bem indica a literalidade da expressão (supra, Cap. I-3), ‘processo legal devido’ não é o devido a título de lei, mas a título de justiça. A expressão ‘justo processo do Direito’ revela seu real significado: trata-se de um processo legal que seja considerado justo; de um processo em que estejam presentes todas as garantias exigidas pela humanidade para que um processo seja justo; garantias essas consistentes nos princípios processuais do processo jurisdicional.⁶³

Com razão Martins, ao asseverar que o processo jurisdicional, como ressaltado no primeiro capítulo, assegura mais garantias aos administrados, entre elas a imparcialidade do decisor.

Desta forma, como regra geral, a forma legítima para o Estado impor medidas coercitivas que afetam a liberdade e a propriedade dos cidadãos é por meio do processo jurisdicional, sendo, ademais, o modo exclusivo de tornar definitiva a interpretação e aplicação do Direito, considerando a positivação da inafastabilidade do Poder Judiciário.

No que concerne ao entendimento do autor ao defender que o inciso LIV do art. 5º informa a existência do devido processo legal apenas no processo jurisdicional, deve-se fazer algumas ressalvas. Embora seja a regra o acionamento da jurisdição para a restrição da liberdade e propriedade dos particulares, considerando ser o mais garantista e que efetivamente assegura a justiça e a preservação dos direitos dos demandados, há situações nas quais a urgência na adoção da medida restritiva impede o prévio recurso ao Poder Judiciário para a implementação da medida, sob pena de comprometimento de outros princípios constitucionais e bens jurídicos tutelados, como a vida, a segurança e a saúde

Nestes casos, excepcionais, embora seja prescindível o acionamento do Poder Judiciário, a Administração não estará dispensada de seguir o devido processo legal. É verdade que ele não terá as mesmas garantias do processo judicial, mas deve se pautar pelo maior número de garantias possíveis, obedecendo, por conseguinte, o rito legalmente estabelecido, assegurando ao administrado, por exemplo, a ampla defesa e o contraditório, ainda que posteriormente à medida restritiva.

⁶³ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; MARTINS, Ricardo Marcondes. **Tratado de direito administrativo: ato administrativo e procedimento administrativo**. 2 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 232.

Em tais hipóteses, nas quais há necessidade de se afastar a execução das medidas via jurisdição, que melhor atende ao princípio do devido processo legal, a legitimidade da autoexecutoriedade deve ser analisada em cada situação, com base no postulado da proporcionalidade.

A medida deve, pois, revelar-se adequada para a satisfação dos princípios ou bens tutelados, deve ser necessária, e deter a proporcionalidade em sentido estrito, diante das vantagens da adoção da medida em detrimento da redução das garantias, em especial do devido processo legal.

Além da incidência do princípio do devido processo legal, a discussão quanto à autoexecutoriedade perpassa pela positivação da legalidade e da liberdade dos cidadãos. Comumente é afirmado que ao particular é permitido agir segundo a sua vontade, no exercício da liberdade, desde que não afronte os preceitos legais. Desta forma, a lei serve como limite da liberdade do indivíduo. Tal entendimento encontra amparo no texto constitucional, ao positivizar no art. 5º, II que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”⁶⁴.

Nesse sentido, necessária a previsão legal para que haja condicionamentos e restrições à liberdade e à propriedade dos cidadãos.

Como destacado anteriormente, a legalidade não vincula a Administração da mesma forma, pois diante das diversas atividades das quais está encarregada e considerando a independência do Poder Executivo, há áreas nas quais o Executivo tem ampla margem para atuação e condução das atividades, servindo a lei como direcionamento genérico, enquanto em outros segmentos há uma vinculação restrita.

Nas hipóteses de condicionamentos da liberdade e da propriedade dos cidadãos, não há como afastar a exigência de lei, diante da expressa previsão constitucional. Ademais, tal exigência não pode nem mesmo ser afastada sob o argumento da urgência da adoção da medida, pois o sistema constitucional consagra instrumentos próprios para satisfazer a legalidade nestes casos, prevendo, por exemplo, a possibilidade de edição de medidas provisórias, com a mesma força de lei e que geram seus efeitos imediatamente, instrumento à disposição do Poder Executivo.

⁶⁴ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 01 set 2021

5 LIMITES DA AUTOEXECUTORIEDADE

Apesar de ser comumente afirmada a autoexecutoriedade como um dos atributos dos atos administrativos, a doutrina reconhece que a adoção de medidas coercitivas diretamente pela Administração não é cabível em qualquer hipótese, apontando alguns critérios para a identificação de quando a Administração poderá, por sua própria ação, concretizar os atos administrativos.

Neste capítulo serão apresentados alguns critérios e situações que são apontados pela doutrina como ensejadores da autoexecutoriedade dos atos administrativos. Antes, interessante mencionar a distinção apresentada por Martins entre a autoexecutoriedade em sentido amplo e em sentido estrito, de modo a precisar conceito.

Conforme aponta Martins a autoexecutoriedade em sentido amplo refere-se à “possibilidade de execução material do ato pela própria Administração”⁶⁵, enquanto em sentido restrito a autoexecutoriedade trata da “possibilidade de coação material do destinatário do ato para que cumpra o dever a ele imposto, também pela própria Administração”⁶⁶.

O presente trabalho analisa a autoexecutoriedade sob o sentido estrito, pressupondo a resistência do sujeito passivo em cumprir a determinação da Administração, investigando-se as hipóteses nas quais a Administração poderá se valer da coerção para o cumprimento.

5.1 Critério da discricionariedade legislativa

Ancorado nas ideias da supremacia do interesse público, que outorga à Administração um regime derogatório, e da submissão da Administração à legalidade, alguns juristas apontam que a autoexecutoriedade estará presente nos atos administrativos quando houver lei outorgando tal possibilidade.

Nesse sentido, por exemplo, apontam a previsão legislativa como medida suficiente para que os atos administrativos sejam autoexecutórios os professores Cretella Junior⁶⁷,

⁶⁵ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; MARTINS, Ricardo Marcondes. **Tratado de direito administrativo: ato administrativo e procedimento administrativo**. 2 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 225.

⁶⁶ Ibid. p. 225.

⁶⁷ “Em três casos, pode a Administração recorrer à execução forçada: 1.º - quando há autorização do legislador; 2.º - quando inexistente outra via jurídica; 3.º - em casos de urgência, motivada por qualquer causa, como, por exemplo, perigo iminente, necessidade pública urgente. CRETELLA JUNIOR, Jose. Executoriedade do ato administrativo unilateral. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, v. 71. P. 16-28, jan. mar. 1963. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/issue/view/1493> Acesso em: mai. 2021. p. 24.

Bandeira de Mello⁶⁸ e Di Pietro⁶⁹. Observa-se que tais doutrinadores reconhecem a previsão legislativa como um dos critérios, admitindo outras hipóteses, como será analisado em seguida.

Diversamente, Seabra Fagundes defende, em uma visão mais restritiva, a inafastabilidade da previsão legal, rechaçando qualquer hipótese na qual a execução forçada não esteja prevista em norma legal. Assim assevera:

Pode-se dizer que em nosso sistema jurídico, havendo choque entre as atividades da Administração Pública e os direitos do indivíduo, só se permite àquela o uso de poderes expressos na lei. Não há lugar para controvérsia: a execução administrativa forçada depende, em cada caso, de permissão ou autorização legal.

Como norma genérica, seguindo a melhor doutrina, poder-se-á admitir que caiba quando for imprescindível e urgente obter a prestação. Mas o legislador, como é desnecessário acentuar, não está adstrito a tal critério, que, sendo o melhor, não é o único. Um exemplo típico de execução ex officio, sem esse caráter de urgência e imprescindibilidade, e sim, por discricção do legislador, nos oferece o Decreto-lei n. 1.168, de 22 de março de 1938, que faz descontar em folha, do vencimento do funcionário, o imposto de renda como devido e não pago pontualmente (art. 28, parágrafo único)⁷⁰.

Nesse sentido, observa-se a defesa da legalidade e o reconhecimento de discricionariedade do legislador em prever as situações nas quais a própria Administração poderá adotar as medidas para a execução de seus atos. Apesar de reconhecer a discricionariedade administrativa, Seabra Fagundes apresenta seu posicionamento quanto ao critério adequado que deveria ser observado pelo legislador, adotando a autoexecutoriedade diante da urgência e imprescindibilidade da medida.

5.2 Critério da urgência da adoção da medida

⁶⁸ “No Direito Administrativo a exigibilidade e a executoriedade, ao contrário do Direito Privado, são muito comuns. A exigibilidade é a regra e a executoriedade existe nas seguintes hipóteses:

a) quando a lei prevê expressamente, que é o caso óbvio;

[...]” BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 33 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2016. p. 434.

⁶⁹ “No Direito Administrativo, a autoexecutoriedade não existe, também em todos os atos administrativos; ela só é possível:

1. quando expressamente prevista em lei. Em matéria de contrato, por exemplo, a Administração Pública dispõe de várias medidas autoexecutórias, como a retenção da caução, a utilização dos equipamentos e instalações do contratado para dar continuidade à execução do contrato, a encampação etc.; também em matéria de polícia administrativa, a lei prevê medidas autoexecutórias, como a apreensão de mercadorias, o fechamento de casas noturnas, a cassação de licença para dirigir” DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 33 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 242.

⁷⁰ FAGUNDES, Miguel Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário**. 6 ed. rev. e atualizada. São Paulo: Saraiva, 1984. p. 184-185.

Segundo o entendimento da doutrina tradicional, inserindo-se Di Pietro⁷¹ e Bandeira de Mello⁷², seria possível a atuação imediata da Administração, adotando as medidas coercitivas diretamente, sem recorrer ao Poder Judiciário, quando houver urgência na medida. Nesses casos, a previsão legal da medida revela-se prescindível. Segundo sustenta Aline Klein, ao tratar da autoexecutoriedade nos atos de polícia administrativa, a adoção da medida coercitiva diretamente pela Administração sem a previsão legal circunscreve-se aos “casos em que não há alternativa juridicamente viável para se assegurar o interesse coletivo, sendo necessária a implementação imediata da medida de polícia.”⁷³.

Como apresentado no tópico antecedente, Seabra Fagundes defende que a urgência seja apreciada pelo Legislador e utilizada como critério para a previsão da autoexecutoriedade na lei, imprescindível a previsão legal.

5.3 Critério da relação especial de sujeição

Outro critério apresentado para a identificação dos atos administrativos detentores do atributo da autoexecutoriedade retoma um conceito clássico do Direito Administrativo: *a relação especial de sujeição*.

O Direito Administrativo, por si, implica a existência de normas jurídicas exorbitantes do direito comum, não aplicáveis às relações entre os particulares. A relação especial de sujeição foi desenvolvida para designar determinadas relações estabelecidas pela Administração nas quais as prerrogativas administrativas se sobrepunham de maneira especial. Como bem leciona Silva:

Para a doutrina clássica, há que se distinguir entre a relação (geral) de poder, em que se encontram todos os indivíduos perante a Administração Pública, e a relação

⁷¹ “2. quando se trata de medida urgente que, caso não adotada de imediato, possa ocasionar prejuízo maior para o interesse público; isso acontece no âmbito também da polícia administrativa, podendo-se citar, como exemplo, 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 pessoas e coisas” DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 33 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 242.

⁷² “quando a executoriedade é condição indispensável à eficaz garantia do interesse público confiado pela lei à Administração; isto é, nas situações em que, se não for utilizada, haverá grave comprometimento do interesse que incumbe à Administração assegurar. Isto ocorre nos casos em que a medida é urgente e não há via jurídica de igual eficácia à disposição da Administração para atingir o fim tutelado pelo Direito, sendo impossível, pena de frustração dele, aguardar a tramitação de uma medida judicial. Nestes casos entende-se que a autorização para executoriedade está implícita no sistema legal, pois é em decorrência dele que a Administração deve garantir a proteção ao bem jurídico posto em risco”. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 33 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2016. p. 434.

⁷³ KLEIN, Aline Lícia. MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Tratado de direito administrativo: funções administrativas do Estado**. 2ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 352.

especial de poder, específica daqueles privados que se encontram numa posição de particular intimidade com os poderes administrativos, em virtude da sua situação especial em face da Administração. [...]

Os particulares, em certas situações de grande dependência perante os poderes públicos (v.g. presos, estudantes de estabelecimentos públicos, doentes de casas de saúde e hospitais públicos, funcionários públicos) eram considerados como integrando o ‘domínio interno’ da Administração, pelo que essas relações especiais de poder ficavam subtraídas aos direitos fundamentais, à reserva de lei, e à proteção jurisdicional⁷⁴.

Valendo-se dessa tradicional distinção entre as relações gerais de sujeição e as relações especiais, Ricardo Marcondes Martins aponta que elas fornecem um indicativo, critério, para identificar quando o ato administrativo será dotado de autoexecutoriedade. Assevera Martins:

Para resolver esse problema, deve-se atentar para o conceito da relação especial de sujeição: em muitas hipóteses o administrado se insere numa relação específica com a Administração, diversa da que ela tem com a generalidade das pessoas. Caso típico é o dos agentes públicos, que apresentam – a relação é de apresentação e não de representação – a Administração, mas o conceito não se restringe a eles; abrange, v.g., os presidiários, os estudantes de uma universidade pública etc. Em todas as relações especiais de sujeição, regra geral, os atos administrativos gozam de executoriedade no sentido estrito, ainda que não haja previsão legal. Assim, por exemplo, o agente público e o concessionário, por participarem de uma relação especial de sujeição, podem ser coagidos materialmente sem necessidade de recurso ao Judiciário. Com efeito: a Administração não precisa recorrer ao Judiciário para intervir numa concessionária de serviço público, nem para demitir ou suspender um servidor. Enfim, nas relações especiais de sujeição a executoriedade em sentido estrito é a regra, existe independente de previsão legal.

Nos casos em que a obrigação de dar, fazer ou não fazer é imposta ao administrado que não esteja em relação especial de sujeição, a executoriedade em sentido estrito é excepcional: só é admitida se for indispensável à eficaz concretização do princípio incidente ou, em outras palavras, se a tutela do bem jurídico exigir a imediata atuação do Estado⁷⁵.

Portanto, sob esse raciocínio, caso se trate de uma relação especial de sujeição, a regra é que os atos administrativos são autoexecutórios, inclusive sendo dispensável a previsão legislativa. Por outro lado, nas relações gerais de sujeição, incidindo o art. 5º, LIV, da Constituição, que, segundo sustenta o autor, exige o devido processo jurisdicional para a

⁷⁴ SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. **Em busca do acto administrativo perdido**. Coimbra: Almedina, 2003. p. 59-60.

⁷⁵ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; MARTINS, Ricardo Marcondes. **Tratado de direito administrativo: ato administrativo e procedimento administrativo**. 2 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 231.

restrição da liberdade e da propriedade do cidadão, a autoexecutoriedade é a exceção. Nesse sentido, haveria, como regra, a necessidade de acionar o Poder Judiciário⁷⁶.

Verifica-se neste último caso, no tocante à relação geral de sujeição, o entendimento do autor quanto à possibilidade do controle de constitucionalidade das leis que atribuem a autoexecutoriedade, concluindo que o legislador “quando arbitrariamente impõe a executoriedade na relação geral de sujeição, vale dizer, sem que ela seja necessária para a adequada tutela do bem jurídico protegido pela Administração, incide em evidente inconstitucionalidade”⁷⁷.

5.4 A executoriedade como medida proporcional prevista em lei

Com relação ao primeiro critério, da discricionariedade legislativa, deve-se ressaltar que a previsão legislativa não pode servir como critério para identificar as hipóteses de cabimento da autoexecutoriedade. Consiste, na realidade, em pressuposto para o atributo.

O legislador não é livre para prever a autoexecutoriedade em qualquer circunstância⁷⁸, considerando, como exposto no capítulo antecedente, as restrições aos direitos e garantias dos indivíduos impostas, notadamente ao devido processo legal, que encontra na jurisdição a mais ampla proteção aos direitos. A função jurisdicional, efetivamente, resguarda a esfera jurídica das partes, sendo a decisão proferida por um juiz competente, imparcial, assegurando às partes efetivo contraditório e ampla defesa.

Nem todas as garantias são asseguradas pela Administração em sua atuação, na medida em que ocupa o polo da relação jurídica material, titularizando direitos e obrigações em face do requerido, o que, por conseguinte, afasta a imparcialidade na atuação.

⁷⁶ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; MARTINS, Ricardo Marcondes. **Tratado de direito administrativo: ato administrativo e procedimento administrativo**. 2 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 232.

⁷⁷ Ibid. p. 233.

⁷⁸ Também neste sentido está a doutrina de Agustín Gordillo, ao dispor: “*La regla general es que las intervenciones sobre la propiedad o la libertad de los individuos no las puede disponer ni menos actuar la administración, sino que debe hacerlo la justicia. Hay y habrá excepciones a esta regla, qué duda puede existir: pero no se puede perder el punto de partida de que son excepciones en derecho administrativo. Por supuesto que para que haya una excepción a la regla nos es suficiente con establecerla por vía legislativa, como se ha pretendido últimamente en materia fiscal, facultado a la administración tributaria a actuar por sí y ante sí respecto al derecho de propiedad de los contribuyentes*”. GORDILLO, Agustín. **Tratado de Derecho Administrativo – Tomo 3: El Acto Administrativo**. 10 ed. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2011.p. V-27.

Portanto, considerando a positivação, pela constituição, do devido processo legal para a interferência sobre a liberdade e a propriedade dos cidadãos, a restrição desse direito não é mero exercício de discricionariedade pelo legislador. Devem ser concretamente ponderadas as normas atendidas, bem como aquelas restringidas pela conduta que se quer implementar.

Com relação ao segundo critério apresentado, urgência da medida, a incompatibilidade com a ordem constitucional revela-se com a defesa da prescindibilidade da previsão legal. Como já reconhecido em Seabra Fagundes, a previsão legal é pressuposto inafastável.

A necessidade de previsão legal, segundo a ordem constitucional, decorre não apenas do princípio da liberdade do cidadão, positivada no art. 5º, II, exigindo lei para que o cidadão seja obrigado a fazer ou deixar de fazer algo. Soma-se a esse fundamento o princípio da legalidade, que rege a administração pública. Ora, ante a ausência de previsão legal, sequer haveria um agente competente para adotar a ação coercitiva, na medida em que os cargos e as respectivas atribuições são previstos em lei. Nesse sentido, ao menos as leis que criam os cargos devem estabelecer as competências para atuação coercitiva dos agentes públicos.

A afirmação da necessidade de previsão legal para que a Administração, legitimamente, adote diretamente as medidas coercitivas não implica a submissão ao princípio da tipicidade, isto é, a obrigatoriedade do legislador esgotar taxativamente em lei todas as medidas concretas a serem adotadas pelo agente público.

O princípio da segurança jurídica, de fato, é atendido quando a lei, expressamente, prevê as medidas coercitivas, permitindo aos administrados o conhecimento das medidas a que estão sujeitos, bem como assegurando um agir uniforme e eficiente pela Administração.

No entanto, como assevera Ávila, é preciso distinguir o texto normativo da norma propriamente. Como afirma o jurista, as “normas não são textos nem o conjunto deles, mas os sentidos reconstruídos a partir da interpretação sistemática dos textos normativos⁷⁹”. Destaca Ávila, que esta reconstrução efetuada pelo intérprete para a obtenção das normas não é realizada de maneira livre, mas deve atender aos fins do ordenamento, aos valores consagrados e aos bens jurídicos tutelados⁸⁰. Nesse cenário, para a interpretação dos textos normativos é de suma importância o atendimento do princípio da finalidade, a análise a partir dos objetivos e propósitos almejados. Como bem explicita Bandeira de Mello:

⁷⁹ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 19 ed. rev e atual. São Paulo: Malheiros, 2019. p. 50.

⁸⁰ “O ordenamento jurídico estabelece a realização de fins, a preservação de valores e a manutenção ou busca de determinados bens jurídicos essenciais à realização daqueles fins e à preservação desses valores. O intérprete não pode desprezar esses pontos de partida”. Ibid. p. 54-55

Encarta-se no princípio da legalidade o princípio da finalidade. Não se compreende uma lei, não se entende uma norma, sem entender qual o seu objetivo. Donde, também não se aplica uma lei corretamente se o ato de aplicação carecer de sintonia com o escopo por ela visado. Implementar uma regra de Direito não é homenagear exteriormente sua dicção, mas dar satisfação a seus propósitos. Logo, só se cumpre a legalidade quando se atende à sua finalidade⁸¹.

Deste modo, ainda que a lei não preveja expressamente determinada medida autoexecutória, ela poderá ser legitimamente obtida por meio da interpretação da lei atribuidora de competências administrativas, na medida em que atende às finalidades legais. Tais hipóteses constituem, como corretamente assevera Agustín Gordillo, os casos de autorização razoavelmente implícita⁸².

Alguns doutrinadores apontam a possibilidade de serem conferidas margens de discricionariedade no exercício do poder de polícia da Administração. Segundo afirma Aline Klein “não é viável que o Legislativo esgote toda a regulação necessária para o exercício das atividades de polícia, determinando previamente todas as circunstâncias e instrumentos a serem utilizados”⁸³. Essa constatação, contudo, não significa a existência de discricionariedade administrativa.

O poder de polícia e a autoexecutoriedade implicam limitações aos direitos fundamentais e, por isso, o agente, quando não encontrar na lei a expressa delimitação da conduta, deve adotar a medida que gera a menor restrição ao direito fundamental. Portanto, diante da autorização implícita, o agente não atua com liberdade, antes, busca satisfazer a competência legal com a menor restrição aos direitos fundamentais, sendo a medida adotada passível de controle pelo Poder Judiciário.

Ilustrativamente, no contexto atual da pandemia COVID-19 foi editada pela União a Lei nº 13.979/2020⁸⁴ que, entre outras medidas, previu de forma genérica a possibilidade de determinação compulsória da vacinação (art. 3º, III, d). No âmbito do Município do Rio de

⁸¹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 33 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2016. p. 80.

⁸² “*Por el contrario, varios autores entendemos que dicho principio no existe y que sólo cuando el orden jurídico la autorice expresamente o en forma razonablemente implícita y para los casos concretos y específicos en que ello ocurra, o categorías muy puntuales de casos, tendrá la administración el uso de la coerción para lograr ella misma y por sí sola el cumplimiento de sus actos, debiendo en los demás casos solicitar judicialmente la ejecución coactiva del acto*”. GORDILLO, Agustín. **Tratado de Derecho Administrativo – Tomo 3: El Acto Administrativo**. 10 ed. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2011. p. V-28.

⁸³ KLEIN, Aline Lícia. MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Tratado de direito administrativo: funções administrativas do Estado**. 2ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 340.

⁸⁴ BRASIL. **Lei nº 13.979 de 6 de fevereiro de 2020**. Dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/113979.htm. Acesso em 03 set 2021.

Janeiro, foi editado pelo Prefeito o Decreto nº 49.335/2021⁸⁵, que, diante das competências atribuídas para o combate da pandemia, estabeleceu a obrigatoriedade dos cidadãos apresentarem o cartão de vacinação para acessarem locais de uso coletivo. Caso não apresentem, poderão ser impedidos de acessar os locais. Observa-se que a medida atende à finalidade, pois compele o cidadão a se vacinar e, ao mesmo tempo, não recorre a outros meios mais invasivos e gravosos, como por exemplo a utilização da força.

Deve-se acrescentar, por fim, em relação às autorizações implícitas que, como regra geral, em atendimento ao princípio da segurança jurídica, o legislador deve buscar precisar, sempre que possível, as hipóteses nas quais será cabível a autoexecutoriedade. Na esfera administrativa, do mesmo modo, visando à segurança jurídica, imperativo que chefe do Poder Executivo edite regulamentos precisando as medidas e o procedimento para implementação.

Retomando os critérios apresentados pela doutrina para a atribuição da autoexecutoriedade, o terceiro, que aponta o préstimo da relação especial de sujeição, também se revela inadequado. Como aponta Odete Medauar, a relação especial de sujeição enquadra-se como um conceito clássico que atualmente é obsoleto e superado⁸⁶. Ainda que as relações travadas no interior da administração possam ser caracterizadas por normas próprias e específicas, não há como afastar o direito da regência de tais relações, nem negar aos cidadãos dela integrantes, como, por exemplo, os servidores públicos, as garantias e direitos fundamentais⁸⁷.

Desta forma, expostos os problemas dos critérios normalmente apresentados, defende-se que o pressuposto para atribuição da autoexecutoriedade a determinados atos é a previsão em lei que, diante dos princípios jurídicos envolvidos, revela-se proporcional. Isso significa que, necessariamente, o ato editado pela Administração deve encontrar amparo em norma constitucional, atender a uma finalidade constitucional, o que não é difícil, posto que a

⁸⁵ RIO DE JANEIRO. **Decreto Rio nº 49335 de 26 de agosto de 2021**. Dispõe como medida sanitária de caráter excepcional, sobre a obrigatoriedade de comprovação da vacinação contra COVID-19, para o acesso e a permanência nos estabelecimentos e locais que menciona, e dá outras providências. Disponível em: <https://doweb.rio.rj.gov.br/portal/visualizacoes/pdf/5071/#/p:4/e:5071>. Acesso em 03 set 2021.

⁸⁶ Em suas palavras: “Mostra-se evidente a plena superação da categoria, no atual cenário em que são reconhecidos direitos a todo e qualquer integrante da sociedade, em que reinam direitos fundamentais, direitos ao contraditório e ampla defesa, além de outros aspectos relativos às inovações do Estado e do Direito Administrativo. Daí a pertinência da sua rejeição na doutrina afinada ao contemporâneo”. MEDAUAR, Odete. **O direito administrativo em evolução**. 3ª ed. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2017. p. 382.

⁸⁷ “Com isso não deve ser impugnado, que essas relações realmente mostram certas peculiaridades e correspondentemente a essas peculiaridades também carecem de regulações especiais. Mas essas regulações devem – como também de costume – corresponder completamente às exigências estatal-jurídicas, especialmente, ser promulgada por lei ou com base em uma lei e estar de acordo completamente com os direitos fundamentais”. MAURER, Hartmut. **Direito Administrativo Geral**. 14 ed. Trad. Luis Afonso Heck. São Paulo: Manole, 2006. p. 197.

Constituição de 1988 é analítica e minuciosa em atribuir competências aos entes federados, de modo que a atuação da Administração estará sempre satisfazendo algum preceito constitucional.

Contudo, como ressaltado, a autoexecutoriedade implica restrição do direito ao devido processo legal, pois o sujeito passivo terá sua liberdade ou propriedade atingidos sem que todas as garantias previstas para o processo judicial lhes sejam assegurados.

Nesse sentido, a situação deverá ser concretamente analisada de modo que a autoexecutoriedade será cabível se for medida adequada, necessária e proporcional em sentido estrito.

Será adequada a ação coercitiva da Administração que cumpra a competência que lhe tenha sido outorgada pela constituição e seja medida apta a resguardar determinado bem jurídico, como a saúde ou a segurança.

Além de adequada, deve ser a menos invasiva entre as alternativas que satisfaçam a competência. Isto é, se houver um meio menos gravoso ao sujeito passivo para o cumprimento da obrigação, esta via deve prevalecer.

Por fim, a medida deverá observar a proporcionalidade em sentido estrito. Por conseguinte, o proveito deve se sobrepor às restrições causadas ao devido processo legal.

O desrespeito a uma destas vertentes do postulado da proporcionalidade implica constatar que a atribuição da autoexecutoriedade em determinada circunstância não atende a finalidade constitucional perseguida (adequação); que existe outra forma menos gravosa de atender à finalidade, isto é, que implica menor restrição ao devido processo legal (necessidade); ou então que a restrição provocada pela adoção da autoexecutoriedade vulnera de forma exorbitante o devido processo legal se comparado com a satisfação da finalidade constitucional a que a conduta visa promover (proporcionalidade).

Por conseguinte, não obedecidas tais vertentes, a atribuição da autoexecutoriedade, seja expressa ou implicitamente pelo legislador, acarretará indevida e ilegítima restrição ao devido processo legal, ocasionando, por conseguinte, a inconstitucionalidade da medida.

Nesse sentido, abre-se ao Poder Judiciário a possibilidade de realizar o controle de constitucionalidade das leis que conferem a autoexecutoriedade aos atos administrativos, bem como das medidas adotadas concretamente pela Administração com fundamento na lei.

6 O PROJETO DE LEI Nº 4.257/2019 - EXECUÇÃO FISCAL ADMINISTRATIVA

O Projeto de Lei nº 4.257/2019 foi apresentado pelo Senador Antônio Anastasia e propõe alterações na Lei 6.830/1980, com a introdução da execução fiscal administrativa. Pelo texto da proposta, constata-se que o procedimento de cobrança extrajudicial seria restrito a alguns tributos, notadamente os que possuem fatos geradores atrelados à propriedade de bens móveis e imóveis.

Desta forma, o primeiro aspecto a se observar são os tributos que se sujeitarão à cobrança extrajudicial e que, pelo projeto, seriam as contribuições de melhoria (art. 145, III da CR/88), o ITR (art. 153, VI da CR/88), o IPVA (art. 155, III da CR/88), o IPTU (art. 156, I da CR/88), além de taxas cujos fatos geradores estejam atrelados a direitos reais sobre veículos e imóveis⁸⁸.

O procedimento administrativo de cobrança dos tributos iniciaria com a formalização da execução mediante a notificação do devedor, conferindo-lhe prazo de 30 dias para efetuar o pagamento do débito, devidamente constituído e inscrito em dívida ativa. Constatado o não pagamento, deverá a Fazenda Pública realizar a lavratura de termo de penhora, a ser averbado no cartório de imóveis e nos departamentos de trânsito.

Realizada a penhora, o projeto prevê nova notificação do devedor, informando-lhe sobre o valor da avaliação do bem e concedendo mais 30 dias para a efetuação do pagamento. Neste prazo é possível que o contribuinte apresente embargos à penhora.

Após o transcurso do prazo de 30 dias, sem a realização do pagamento ou a apresentação de embargos à penhora, estará a Administração autorizada a realizar o leilão do bem.

Atualmente, para a cobrança dos seus créditos, a Fazenda Pública deve realizar a inscrição em dívida ativa e emitir a respectiva certidão, título executivo extrajudicial, que instruirá a ação de execução fiscal que tramitará no Poder Judiciário.

⁸⁸ Assim dispõe o projeto de Lei: “Art. 41-A. Para proceder à cobrança da dívida ativa de tributos instituídos com fundamento nos arts. 145, III, 153, VI, 155, III, e 156, I, da Constituição Federal, além das taxas devidas em função da propriedade, do usufruto ou da posse de bem imóvel passível de alienação ou em razão da propriedade de veículo, a Fazenda Pública pode optar pela execução extrajudicial, na forma dos arts. 31 a 38 do Decreto-Lei nº 70, de 21 de novembro de 1966, observadas as regras específicas definidas nesta Lei.” BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei nº 4.257 de 2019**. Modifica a Lei nº 6.830, de 22 de setembro de 1980, para instituir a execução fiscal administrativa e a arbitragem tributária, nas hipóteses que especifica. Autoria do Senador Antonio Anastasia. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/137914>. p. 3.

O juiz, por conseguinte, após analisar a regularidade do título, eventualmente a existência de prescrição ou decadência, determinará a citação do executado e, em caso de não pagamento, determinará as medidas constritivas, como a penhora sobre bens do devedor, para a satisfação do débito.

Verifica-se, pois, pelo modelo atualmente vigente para a satisfação dos créditos públicos, a incidência do controle preventivo efetivado pelo Poder Judiciário. O magistrado, por conseguinte, terceiro imparcial à relação material estabelecida, analisará a validade do título, a ocorrência da decadência ou da prescrição, a legitimidade das partes e eventuais vícios, para posteriormente determinar as medidas constritivas do patrimônio, que do mesmo modo serão determinadas pelo magistrado e por ele controladas.

A instituição da execução fiscal administrativa retira esse controle prévio realizado pelo Poder Judiciário sobre a validade e regularidade da cobrança, autorizando o credor, que normalmente constituiu e apurou o valor devido de forma unilateral, a realizar os atos constritivos do patrimônio do devedor.

Seabra Fagundes ressaltava que o procedimento executivo para cobrança, tal qual previsto na lei, configurava uma garantia do contribuinte diante dos privilégios que são atribuídos ao ordenamento para a constituição do crédito fiscal. Em suas palavras:

Ante esse agravamento dos privilégios fiscais, a sumária execução judicial da dívida ativa das pessoas jurídicas de direito político (e das a elas equiparadas) é menos um privilégio outorgado a tais credores do que uma via de amparo do indivíduo contra excessos e erros tributários da autoridade administrativa. A sua utilização significando a impossibilidade de obter *ex officio* a prestação pecuniária, implica, ao mesmo tempo, dar ao contribuinte oportunidade para impugnar o ato administrativo por via jurisdicional. A via da execução fiscal passa a ser um elemento de restrição ao Fisco e amparo ao indivíduo, pela remessa da relação de direito ao prévio exame do Poder Judiciário.⁸⁹

Segundo o critério sustentado no capítulo antecedente, a possibilidade da Administração atuar diretamente com medidas coercitivas em face do administrado para satisfação da obrigação reconhecida pressupõe, inicialmente, a existência de lei. Quanto a esse pressuposto, a eventual aprovação do projeto de lei satisfaria.

Não basta a existência de lei. A medida autoexecutória deve atender à sua finalidade instituidora – atendendo a um princípio ou competência constitucionalmente previsto – de

⁸⁹ FAGUNDES, Miguel Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário**. 6 ed. rev. e atualizada. São Paulo: Saraiva, 1984. p. 270.

modo proporcional em relação aos princípios e garantias em relação aos quais a adoção da medida implicará restrição.

Nesse sentido, deve-se destacar que o tributo constitui a mais importante receita dos Estados contemporâneos, viabilizando, por conseguinte, todas as demais atividades estatais. A importância do tributo, inclusive, é ressaltada pelo texto constitucional ao positivá-lo no art. 37, XXII, que:

as administrações tributárias da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, atividades essenciais ao funcionamento do Estado, exercidas por servidores de carreiras específicas, terão recursos prioritários para a realização de suas atividades e atuação de forma integrada, inclusive com o compartilhamento de cadastros e de informações fiscais, na forma de lei ou convênio⁹⁰.

O dispositivo ressalta a importância dos tributos, havendo, inclusive, a previsão de determinadas prerrogativas no exercício da atividade de tributação, que além da prioridade de recursos, pode compartilhar informações com outras entidades públicas visando à eficiência da administração tributária.

Verifica-se, pois, que a atividade de cobrança dos tributos possui fundamento constitucional, que a reputa como atividade essencial. Assim, atende-se o primeiro requisito do critério adotado para a legitimidade da autoexecutoriedade, pois a medida satisfaz um preceito constitucional. De fato, a execução fiscal extrajudicial se revela uma medida adequada à competência constitucionalmente prevista, pois, assim como a execução fiscal por via judicial, o fim será alcançado, localizando bens do devedor e realizando as medidas constritivas para a satisfação do crédito tributário.

Contudo, além da adequação da medida, devem ser analisadas a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito, eixos sobre os quais a legitimidade é contestada.

A existência do atual modelo de execução fiscal revela que a adoção da execução extrajudicial não é imprescindível, isto é, existe outro mecanismo menos gravoso ao contribuinte e que compreende a maior gama de garantias, o processo jurisdicional.

Deve-se destacar, ademais, que os tributos indicados pelo Projeto de Lei para a execução extrajudicial, por envolverem direitos reais sobre imóveis, podem, no caso concreto, envolver a discussão quanto ao direito fundamental à moradia.

Desta forma, entende-se que o modelo de execução fiscal extrajudicial se revela incompatível, restringindo, de modo desproporcional, o princípio do devido processo legal.

⁹⁰ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 01 set 2021

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

As funções jurisdicional e administrativa, imbuídas do propósito de concretizar a ordem jurídica, são exercidas de modo diverso. A jurisdição possui como característica primordial a definitividade da interpretação e aplicação do direito, legítimo mecanismo do uso da coerção ao indivíduo que se furta em cumprir a ordem jurídica. Normalmente é exercida em situações de conflito, tendo compromisso com a segurança jurídica e a pacificação social, garantindo aos jurisdicionados mais amplos direitos e garantias.

Por outro lado, na concretização da ordem jurídica, a Administração tem um papel prospectivo e ativo, age de ofício para atender às demandas coletivas e competências constitucionalmente determinadas. A Administração, diversamente da jurisdição, não se pauta pela imparcialidade, na medida em que efetivamente titulariza direitos e obrigações em face de terceiros, atuando parcialmente na persecução dos interesses que legitimamente lhes são atribuídos.

Dada a diversidade de atividades que lhes são atribuídas, a Administração possui diversos mecanismos de atuação, entre eles destacando-se o ato administrativo, que já ocupou posição central na dogmática do Direito Administrativo. Da concepção clássica ainda subsistem, nas definições contemporâneas, resquícios de uma visão autoritária e impositiva dos atos administrativos, notadamente na previsão irrefletida dos atributos. Entre os atributos afirmados está a autoexecutoriedade, que consiste na possibilidade do ato ser implementado em desfavor do sujeito passivo, valendo-se a Administração de meios coercitivos, sem o acionamento do Poder Judiciário.

A autoexecutoriedade encontra fundamento nas competências que são atribuídas à Administração pela Constituição e que demandam uma atuação célere, sob o risco de frustrar os bens tutelados. Contudo, a sua previsão implica restrição ao direito fundamental ao devido processo legal, que encontra no processo jurisdicional maior amplitude, asseguradas garantias inexistentes no procedimento administrativo. Nesse sentido, imperiosa a observância do postulado da proporcionalidade.

Pressuposto para a existência da autoexecutoriedade é a previsão legal da medida, constituindo, ao mesmo tempo, garantia dos cidadãos e condição para atribuição da competência à Administração. Ademais, a medida adotada deve satisfazer uma competência constitucionalmente atribuída à Administração e, em cotejo com as restrições impostas ao devido processo legal, revelar-se, concretamente, adequada, necessária e proporcional. Caso

infrinja tais pressupostos, a medida autoexecutória implicará afronta ao devido processo legal, ensejando, por conseguinte, vício por inconstitucionalidade, controlável pelo Poder Judiciário.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. Discricionariedade e motivação do ato administrativo. In: **Temas de direito administrativo: estudos em homenagem ao Professor Paulo Neves de Carvalho**. Coordenador Sergio Mourão Corrêa Lima. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. **Motivação e Controle do Ato Administrativo**. 2 ed. rev. ampl. atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

ÁVILA, Humberto. O que é o “devido processo legal”?. In: DIDIER JR., Fredie (Coor.). **Teoria do Processo: panorama doutrinário mundial**. Salvador: Editora JusPODIVM, 2010. Capítulo XVIII, p. 353-362. Vol. 2.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 19 ed. rev e atual. São Paulo: Malheiros, 2019.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; MARTINS, Ricardo Marcondes. **Tratado de direito administrativo: ato administrativo e procedimento administrativo**. 2 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

BALEEIRO, Aliomar. DERZI, Misabel Abreu Machado. **Direito Tributário Brasileiro**. 14 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 33 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2016.

BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. – 3ª ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 01 set 2021.

BRASIL. **Lei nº 9.503 de 23 de setembro de 1997**. Institui o Código de Trânsito Brasileiro. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19503compilado.htm. Acesso em 01 set 2021.

BRASIL. **Lei nº 13.979 de 6 de fevereiro de 2020**. Dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/113979.htm. Acesso em 03 set 2021.

BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei nº 4.257 de 2019**. Modifica a Lei nº 6.830, de 22 de setembro de 1980, para instituir a execução fiscal administrativa e a arbitragem tributária,

nas hipóteses que especifica. Aatoria do Senador Antonio Anastasia. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/137914>. Acesso em 01 set 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 647.885**. Tribunal Pleno. Relator: Min. Edson Fachin. Data de julgamento: 27/04/2020. Publicado em 19/05/2020. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=752690906>. Acesso em 01 set 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula nº 70**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2194>. Acesso em 01 set 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula nº 323**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2136>. Acesso em 01 set 2021.

CORREIA, José Manuel Sérvulo. **As relações jurídicas administrativas de prestação de cuidados de saúde**. Disponível em: <https://www.icjp.pt/sites/default/files/media/616-923.pdf>. Acesso em 01 set 2021.

COUTO E SILVA, Almiro do. **Conceitos Fundamentais do Direito no Estado Constitucional**. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

CRETELLA JUNIOR, Jose. Executoriedade do ato administrativo unilateral. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, v. 71. P. 16-28, jan. mar. 1963. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/issue/view/1493> Acesso em: mai. 2021.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 33 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

FAGUNDES, Miguel Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário**. 6 ed. rev. e atualizada. São Paulo: Saraiva, 1984.

GORDILLO, Agustín. **Tratado de Derecho Administrativo – Tomo 3: El Acto Administrativo**. 10 ed. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2011.

HAURIOU, Maurice. **Précis de droit administratif: contenant le droit public et le droit administratif**. 2ª ed. Paris: L. Larose et Forcel, 1893. Disponível em: <https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k6525766p>.

KLEIN, Aline Lícia. MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Tratado de direito administrativo: funções administrativas do Estado**. 2ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

LIMA, Ruy Cirne. **Princípios de Direito Administrativo**. 7 ed. revista e reelaborada por Paulo Alberto Pasqualini. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

MAURER, Hartmut. **Direito Administrativo Geral**. 14 ed. Trad. Luis Afonso Heck. São Paulo: Manole, 2006.

MAURER, Hartmut. **Elementos de Direito Administrativo Alemão**. Tradução de Dr. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2001.

MAYER, Otto. *Le droit administratif allemand*. Tome 1. Paris: V. Giard & E. Brière, 1903. Disponível em: <https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k1186673f>.

MEDAUAR, Odete. Ato administrativo: origem, concepções, abrangência. In: MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Vitor Rhein (Coords). **Os caminhos do ato administrativo**. São Paulo: ED. RT, 2011.

MEDAUAR, Odete. **O direito administrativo em evolução**. 3ª ed. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2017.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil – Volume único**. 12 ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2019.

OLIVEIRA, Regis Fernandes de. **Ato administrativo**. 6 ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

RIO DE JANEIRO. **Decreto Rio nº 49335 de 26 de agosto de 2021**. Dispõe como medida sanitária de caráter excepcional, sobre a obrigatoriedade de comprovação da vacinação contra COVID-19, para o acesso e a permanência nos estabelecimentos e locais que menciona, e dá outras providências. Disponível em:

<https://doweb.rio.rj.gov.br/portal/visualizacoes/pdf/5071/#/p:4/e:5071>. Acesso em 03 set 2021.

SCHIRATO, Vitor Rhein. Repensando a pertinência dos atributos dos atos administrativos. In: MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Vitor Rhein (Coords). **Os caminhos do ato administrativo**. São Paulo: ED. RT, 2011.

SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard. Cuestiones fundamentales sobre la reforma de la teoría general del derecho administrativo. Necesidad de innovación y presupuestos metodológicos. In: BARNES VÁZQUEZ, Javier (Coord.). **Innovación y reforma en el derecho administrativo**. Disponível em: <http://es.globallawpress.org/wp-content/uploads/capitulo-eberhard.pdf>

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

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil – Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum** – vol. I. 57 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.