



COORDENAÇÃO GERAL

Celso Fernandes Campilongo

Alvaro de Azevedo Gonzaga

André Luiz Freire

ENCICLOPÉDIA JURÍDICA DA PUCSP

TOMO 2

DIREITO ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL

2ª Edição

COORDENAÇÃO DO TOMO 2

Vidal Serrano Nunes Júnior

Maurício Zockun

Carolina Zancaner Zockun

André Luiz Freire

Editora PUCSP

São Paulo

2022

ENCICLOPÉDIA JURÍDICA DA PUCSP
DIREITO ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO

DIRETOR
Vidal Serrano Nunes Júnior
DIRETORA ADJUNTA
Julcira Maria de Mello Vianna
Lisboa

ENCICLOPÉDIA JURÍDICA DA PUCSP | ISBN 978-85-60453-35-1

<https://enciclopediajuridica.pucsp.br>

CONSELHO EDITORIAL

Celso Antônio Bandeira de Mello
Elizabeth Nazar Carrazza
Fábio Ulhoa Coelho
Fernando Menezes de Almeida
Guilherme Nucci
Luiz Alberto David Araújo
Luiz Edson Fachin
Marco Antonio Marques da Silva
Maria Helena Diniz
Nelson Nery Júnior

Oswaldo Duek Marques
Paulo de Barros Carvalho
Raffaele De Giorgi
Ronaldo Porto Macedo Júnior
Roque Antonio Carrazza
Rosa Maria de Andrade Nery
Rui da Cunha Martins
Tercio Sampaio Ferraz Junior
Teresa Celina de Arruda Alvim
Wagner Balera

TOMO DE DIREITO ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL | ISBN 978-85-60453-62-7

A Enciclopédia Jurídica é editada pela PUCSP

Enciclopédia Jurídica da PUCSP, tomo II (recurso eletrônico)

: direito administrativo e constitucional / coords. Vidal Serrano Nunes Júnior, Maurício Zockun, Carolina Zancaner Zockun, André Luiz Freire – 2. ed. – São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2022

Recurso eletrônico World Wide Web

Bibliografia.

O Projeto Enciclopédia Jurídica da PUCSP propõe a elaboração de doze tomos.

1. Direito - Enciclopédia. I. Campilongo, Celso Fernandes. II. Gonzaga, Alvaro. III. Freire, André Luiz. IV. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

ATRIBUTOS DO ATO ADMINISTRATIVO

Ricardo Marcondes Martins

INTRODUÇÃO

Os atos administrativos possuem qualidades normativas que os particularizam: são normas estatais, dotadas, por isso, de prerrogativas que os atos privados não possuem. Essas qualidades ou particularidades são chamadas, no Direito Administrativo, de atributos. O tema é repleto de controvérsias. Há quem considere que eles se restringem a apenas uma parcela de atos: os restritivos de direitos. Inexiste, ademais, consenso sobre quais são os atributos. Em relação aos atributos aceitos pela maioria da doutrina, há questões espinhosas. É, por exemplo, bastante controverso saber quando cessa a presunção de legitimidade. Também é problemático identificar quando está e quando não está presente a executoriedade. Pretende-se, aqui, da forma mais didática possível, examinar a teoria dos atributos, sem desconsiderar as principais divergências sobre o tema.

SUMÁRIO

| | |
|---|----|
| Introdução..... | 2 |
| 1. Conceito, fundamento e extensão | 3 |
| 2. Presunção de legitimidade..... | 7 |
| 3. Imperatividade..... | 16 |
| 4. Executoriedade..... | 20 |
| 4.1. Executoriedade em sentido amplo e exigibilidade..... | 20 |
| 4.2. Executoriedade em sentido estrito..... | 23 |
| 5. Tipicidade..... | 33 |
| Referências | 35 |

1. CONCEITO, FUNDAMENTO E EXTENSÃO

A soberania estatal é o *fundamento jurídico* de um dos efeitos da *regra da supremacia do interesse público sobre o privado*: a posição de *supremacia* da Administração Pública.¹ Os *atributos* do ato, qualidades das normas jurídicas editadas pela Administração, são desdobramentos da posição de supremacia. São eles que distinguem os atos administrativos dos atos privados: a) presunção de legitimidade; b) imperatividade; c) executoriedade em sentido amplo; d) executoriedade em sentido estrito; e) tipicidade. São próprios do ato administrativo e, portanto, não estão presentes no *fato administrativo* e, por conseguinte, no *ato administrativo inexistente*.

Segundo a classificação de Celso Antônio Bandeira de Mello, aqui acolhida, enquanto os fatos administrativos são acontecimentos do mundo fenomênico a que o direito atribui efeitos jurídicos, os atos administrativos são prescrições de conduta.² Vale dizer, os atos administrativos são normas jurídicas ou, mais precisamente, veículos introdutores de normas jurídicas.³ Por metonímia, denominam-se de “atos administrativos” tanto os veículos introdutores de normas administrativas como as normas por eles introduzidas.⁴ Noutros termos, as normas jurídicas são mensagens próprias de uma situação comunicativa;⁵ os fatos administrativos não consistem numa comunicação, são acontecimentos. A diferenciação tem implicações dogmáticas relevantes: como os fatos administrativos não são normas jurídicas, não possuem as qualidades, os “atributos”, destas. Assim, não faz sentido falar em imperatividade, executoriedade, presunção de legitimidade de um fato administrativo. Esses atributos são, pois, próprios das normas administrativas. O chamado “ato administrativo inexistente”

¹ Sobre a regra da *supremacia do interesse público sobre o privado* vide: BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*, pp. 70-76. Sobre a dupla natureza da supremacia, vide: HACHEM, Daniel Wunder. *Princípio constitucional da supremacia do interesse público*, pp. 148-152; MARTINS, Ricardo Marcondes. *Teoria jurídica da liberdade*, pp. 123-131.

² BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Op. cit.*, p. 386.

³ Parte da doutrina restringe as normas às gerais e abstratas. Adota-se aqui um conceito mais amplo: normas podem ser gerais, abstratas, individuais e concretas. Por todos: BOBBIO, Norberto. *Teoria da norma jurídica*, pp. 177-183. Sobre a teoria do veículo introdutor, vide, por todos: MOUSSALLEM, Tárek Moysés. *Fontes do direito tributário*. O veículo introdutor de normas é uma norma jurídica geral e concreta (*Idem*, pp. 138-143).

⁴ Cf. MARTINS, Ricardo Marcondes. *Efeitos dos vícios do ato administrativo*, p. 108.

⁵ A norma jurídica como *situação comunicativa* foi examinada, com profundidade ímpar, por FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Teoria da norma jurídica*.

não é um ato administrativo, mas um fato administrativo que parece ser um ato administrativo;⁶ logo, não possui os atributos próprios do ato administrativo.

Para Celso Antônio Bandeira de Mello, somente a presunção de legitimidade estende-se a todos os atos administrativos, os demais atributos restringem-se aos atos ampliativos da esfera jurídica do administrado.⁷ A posição é coerente com a crença do autor de que a teoria do ato administrativo possui um vício de origem: foi construída na França tendo em vista apenas os atos restritivos de direitos.⁸ Discorda-se do ilustre Professor, sem desprestigiá-lo. A própria denominação é problemática. Preferem-se as expressões “*ato de efeitos favoráveis*” e “*ato de efeitos desfavoráveis*”, pois a classe dos atos favoráveis é bem maior do que a classe dos atos ampliativos e a classe dos atos desfavoráveis é bem maior do que a dos atos restritivos.⁹ Rigorosamente, nem o ato que indefere a aplicação de uma sanção nem o ato que substitui uma sanção mais gravosa por uma menos gravosa ampliam a esfera do administrado. Talvez para evitar o apuro das diferenciações semânticas, Almiro do Couto e Silva usa três qualificativos concomitantemente: *ato favorável*, *benéfico* ou *ampliativo* e *ato desfavorável*, *oneroso* ou *restritivo*: o primeiro gera ou reconhece direitos, poderes, faculdades ou vantagem juridicamente relevante ou ainda elimina deveres, obrigações, encargos ou limitações a direitos dos destinatários, dilatando seu patrimônio ou sua esfera jurídica; o segundo cria deveres, obrigações, encargos, limitações ou restrições para as pessoas a que se endereça.¹⁰ Sem desprestigiar o renomado professor, considera-se despicienda a utilização dos três qualificativos, pois “favorável” abrange as outras duas expressões. Assim, os *atos de efeitos favoráveis* abrangem: 1) atos ampliativos em sentido estrito, que deferem um benefício ao administrado, ampliando sua esfera jurídica; b) atos que afastam a pretensão administrativa de restringir a esfera jurídica do administrado; c) atos que afastam ou diminuem uma sanção imposta ao administrado. Os *atos de efeitos desfavoráveis* abrangem: a) atos que obstam a ampliação da esfera jurídica do administrado; b) atos restritivos em sentido estrito, que restringem a esfera jurídica do

⁶ Cf. MARTINS, Ricardo Marcondes. *Efeitos dos vícios do ato administrativo*, pp. 643-647.

⁷ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*, p. 431.

⁸ Cf. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Para uma teoria do ato administrativo unilateral. *Revista trimestral de direito público*, nº 58, pp. 58-63.

⁹ Cf. MARTINS, Ricardo Marcondes. *Op. cit.*, p. 322.

¹⁰ COUTO E SILVA, Almiro do. *Conceitos fundamentais do direito no Estado Constitucional*, p. 79.

administrado sem impor uma sanção, mas, sim, um dever jurídico; c) atos punitivos, que impõem uma sanção ao administrado. A problemática não se restringe à denominação. Ambas as categorias são, na verdade, modelos ou paradigmas.¹¹ Dificilmente, um ato administrativo é *exclusivamente* favorável ou desfavorável. Na realidade, os atos administrativos em geral qualificam-se como *mistos*.¹²

Os chamados *atributos do ato administrativo* são qualidades próprias das *normas administrativas*. Estas são normas estatais, estabelecidas pelo Estado ou por quem ou o que lhe faça as vezes, fundamentadas no exercício da *soberania*. Pela *teoria jurídica da soberania*, a *vontade estatal* é, em essência, *superior* a toda vontade privada,¹³ mas, ao contrário do que se supunha no *antigo regime*, é absolutamente submissa ao Direito.¹⁴ Trata-se da chamada *teoria da autolimitação do Estado*: o exercício da soberania não se dá às margens do ordenamento jurídico vigente.¹⁵ Sem embargo, como qualidade do sistema normativo, a soberania tem um efeito *interno* e outro *externo*: dentro do território do Estado, trata-se de um poder superior a todos os demais (*supremacia*); fora do território do Estado, trata-se de um poder idêntico aos demais (*independência*).¹⁶

Há dois tipos de atos mistos. No *primeiro tipo*, os efeitos antagônicos dizem respeito a sujeitos diferentes, quer dizer, o ato é favorável ao administrado “A” e desfavorável ao “B”. Nesse caso, o regime jurídico do ato deve ser definido tendo em vista quem é o *destinatário direto do ato* e quem é o *destinatário indireto*. Se o ato for favorável ao destinatário direto, submete-se ao regime dos atos favoráveis e vice-versa. No *segundo tipo de atos mistos*, os efeitos antagônicos dizem respeito ao mesmo sujeito, ou seja, o administrado “A” é em parte favorecido e em parte desfavorecido com o ato. Caso seja possível cindir o ato, o problema se resolve com a atribuição do regime dos atos favoráveis à parte favorável e a atribuição do regime dos atos desfavoráveis à parte

¹¹ Cf. MARTINS, Ricardo Marcondes. *Efeitos dos vícios do ato administrativo*, p. 452 e ss. Sobre o conceito de “tipo ideal” vide, por todos: WEBER, Max. *Economia e sociedade*, v. 1, pp. 12-13.

¹² Sobre os atos mistos, vide: COUTO E SILVA, Almiro do. *Op. cit.*, pp. 79-80.

¹³ Cf. DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*, p. 69.

¹⁴ Sobre a teoria da soberania no antigo regime, vide: BODIN, Jean. *Los seis libros de la República*, pp. 47-66. Sobre o conceito antigo e moderno de soberania, vide: MARTINS, Ricardo Marcondes. *Teoria jurídica da liberdade*, pp.100-106.

¹⁵ Cf. DALLARI, Dalmo de Abreu. *Op. cit.*, p. 70.

¹⁶ Na lição de André Gonçalves Pereira e Fausto de Quadros: por poder soberano entende-se aqui poder independente na ordem externa e o poder supremo na ordem interna (*Manual de direito internacional público*, p. 329).

desfavorável. Quando não for possível cindi-lo, o comportamento do próprio interessado indicará qual o regime jurídico a ser atribuído: se lhe é mais favorável, o regime dos atos favoráveis; se lhe é mais desfavorável, o regime dos atos desfavoráveis.

Como os atos administrativos em geral qualificam-se como *atos mistos*, não se pode concordar com a tese de que a imperatividade e a excoutoriedade só regem os atos desfavoráveis. Assim, a imperatividade, examinada a seguir, impõe a norma administrativa independentemente da aquiescência ou concordância privada. Esse atributo, decorrente da supremacia do interesse público sobre o privado, é intuitivo em relação aos atos restritivos de direitos, mas também está presente nos atos ampliativos, pois se a Administração ampliou a esfera jurídica de um administrado, essa ampliação deve ser acatada pelos demais, independentemente da vontade deles (é ampliativo para o destinatário direto e restritivo para os demais). Se a Administração autorizou, por exemplo, a realização de uma feira em determinada rua, o ato será imperativo para os moradores da rua.¹⁷

Também se estendem aos atos bilaterais, que são aqueles que dependem da vontade do administrado para formação do conteúdo do ato, como, por exemplo, os chamados contratos administrativos,¹⁸ tema retomado adiante. A vontade do administrado, ainda que necessária para o *conteúdo* do ato, não faz com ele perca a natureza de veículo introdutor de norma estatal. Consequentemente, jamais pode o particular extinguir ou modificar unilateralmente um contrato celebrado com a Administração Pública.¹⁹

Por essas razões, os atributos do ato administrativo, regra geral, estendem-se a todos os atos administrativos, sejam unilaterais, sejam bilaterais, sejam desfavoráveis, sejam favoráveis à esfera jurídica do administrado, com as ressalvas adiante realizadas.

¹⁷ Em sentido próximo: AURÉLIO, Bruno. *Atos administrativos ampliativos de direitos: revogação e invalidação*, pp. 56-59. O autor, porém, após dar dois exemplos de efeitos mistos, ressalva a possibilidade de existir atos “unicamente ampliativos”. (*Idem*, p. 59). Considera-se que esse caráter *exclusivamente* favorável ou desfavorável só existe em teoria. Com absoluto acerto, o administrativista português Marcelo Caetano faz observação esclarecedora: “Embora a classificação dos actos em imperativos e permissivos seja muito importante, não deve esquecer-se que em todos os actos administrativos há um imperativo: quando a Administração outorga a alguém uma faculdade ou liberdade de agir, isso significa uma ordem dada a todos os seus agentes para não tolherem ou embaraçarem o exercício da actividade permitida”. (CAETANO, Marcelo. *Manual de direito administrativo*, v. II, p. 463).

¹⁸ Sobre o conceito de ato administrativo bilateral vide: MARTINS, Ricardo Marcondes. *Estudos de direito administrativo neoconstitucional*, p. 376.

¹⁹ MARTINS, Ricardo Marcondes. *Estudos de direito administrativo neoconstitucional*, pp. 188 e 381 e ss.

Dito isso, passa-se a examinar cada um dos atributos.

2. *PRESUNÇÃO DE LEGITIMIDADE*

O sistema jurídico presume, até prova em contrário, a regularidade do *exercício da função estatal*. Trata-se de uma decorrência do princípio da *presunção de regularidade das normas jurídicas editadas pelo Estado*, as leis são presumidamente constitucionais e os atos administrativos são presumidamente constitucionais e legais. Decorre de uma importante característica do *discurso normativo*: a inversão do ônus da prova.

A emissão de uma norma consiste num ato linguístico em que há o *emissor* ou o *agente normativo* e o *receptor* ou o *destinatário normativo*, ambos numa *situação comunicativa*. Toda situação comunicativa é *reflexiva*: a mensagem enviada de “A” para “B” importa numa reação de “B” para “A”.²⁰ Sempre que se comunica algo, comunica-se determinada informação (*relato*) e como essa informação deve ser entendida (*cometimento*).²¹ Assim, por exemplo, ao dizer “feche a porta”, não se diz apenas isso, mas, dependendo do tom de voz, se diz “isso é uma ordem” ou “isso é um pedido”. Ao comunicar uma mensagem, o partícipe da relação comunicativa comunica o conteúdo da mensagem e como essa mensagem deve ser recebida.²²

Ao receber uma *ordem*, o receptor pode ter três tipos de comportamento: a) pode aceitar a ordem; b) pode recusar a ordem; c) pode desconfirmar a ordem.²³ As duas primeiras atitudes são facilmente compreensíveis, mas a terceira precisa ser explicada. Quando alguém nega a ordem de outrem, aceita a autoridade deste para baixar a ordem; quando alguém desconfirma a ordem de outrem, não a nega, porque sequer aceita a autoridade para dar ordens. Não nega, porque desconsidera que recebeu uma ordem; ou

²⁰ Cf. FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Teoria da norma jurídica*, p. 16; WATZLAWICK, Paul; BEAVIN, Janet Helmick; JACKSON, Don D. *Pragmática da comunicação humana*, p. 114.

²¹ Cf. FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Op. cit.*, pp. 47-53; MARTINS, Ricardo Marcondes. Racionalidade e sistema normativo: na teoria pura e na teoria pragmática do direito. *Revista trimestral de direito público*, nº 47, p. 177.

²² FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Op. cit.*, p. 31; WATZLAWICK, Paul; BEAVIN, Janet Helmick; JACKSON, Don D. *Op. cit.*, pp. 47-50.

²³ Sobre as três possibilidades: FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Teoria da norma jurídica*, p. 39 e ss.; *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*, pp. 183-184; WATZLAWICK, Paul; BEAVIN, Janet Helmick; JACKSON, Don D. *Pragmática da comunicação humana*, pp. 77-81; MARTINS, Ricardo Marcondes. *Justiça deontica. Um diálogo sobre a justiça*, pp. 172-173.

até admite que a tenha recebido, mas a desqualifica como tal.²⁴ Se um filho pede ao pai para ir a uma festa e este lhe nega a permissão, o filho pode aceitar a proibição e ficar em casa; pode argumentar com o pai ou pode simplesmente desprezá-lo e ir à festa. Quem se predispõe a argumentar, não cumpre a ordem, mas aceita a autoridade; quem simplesmente despreza a proibição, sequer aceita a autoridade. A diferenciação entre a negação e a desconfirmação é imprescindível para entender o fenômeno do *poder*: a relação de poder espera a confirmação, se reafirma com a negação e se destrói com a desconfirmação. O poder, para ser mantido, necessita ser eventualmente negado, mas não admite ser desconfirmado. A desconfirmação da autoridade aniquila a relação de poder.

O discurso normativo envolve uma relação de poder. O agente normativo não pode admitir a desconfirmação, sob pena de perder a autoridade para estabelecer normas. Por isso, o agente normativo desconfirma a desconfirmação, quer dizer, toda desconfirmação é considerada negação.²⁵ Isso ocorre no nível do cometimento normativo. Um exemplo bem didático é o *crime político*. O criminoso comumente sabe que sua ação é ilícita, tem ciência de violar a lei penal. O criminoso político considera que sua ação é uma legítima reação contra os que exercem o poder político: ela não considera que descumpra a lei, pois a qualifica como ilegítima, pensa reagir contra ela. O sistema jurídico, contudo, despreza essa diferença e considera o criminoso político um criminoso comum.²⁶ E como o sistema normativo efetua essa desconfirmação? Esse é o papel do atributo da presunção de legitimidade.

²⁴ Nas palavras de Tércio Sampaio Ferraz Jr.: “a diferença entre rejeição e desconfirmação está em que, na primeira, o ouvinte, de certo modo, reconhece o orador como autoridade, para depois recusar a definição, enquanto, na segunda, ele age como se o orador não existisse” (*Teoria da norma jurídica*, p. 57). Sobre o tema vide: MARTINS, Ricardo Marcondes. *Justiça deontica*. *Op. cit.*, pp. 172-173.

²⁵ Nas palavras de Tércio Sampaio: “ao estabelecer uma norma, o editor, definindo a relação meta-complementar, já predetermina as suas próprias reações às eventuais reações do endereçado, em termos de confirmar uma eventual confirmação, rejeitar uma eventual rejeição e desconfirmar uma eventual desconfirmação” (*Idem*, p. 58).

²⁶ Do ponto de vista dogmático o direito brasileiro adota um *critério misto* para conceituar os *crimes políticos*: são os que ofendem a segurança interna ou externa do Estado (critério objetivo) e são cometidos por “motivos ou objetivos políticos” (critério subjetivo). A Lei 7.170/1983, no art. 1º, arrola os bens jurídicos ofendidos pelos crimes políticos: “I - a integridade territorial e a soberania nacional; II - o regime representativo e democrático, a Federação e o Estado de Direito; III - a pessoa dos chefes dos Poderes da União”. O art. 2º exige, além da violação dos referidos bens, a motivação ou objetivos políticos. A doutrina distingue os *crimes políticos puros* ou *próprios*, que têm por objeto apenas a ordem política, dos *impuros* ou *impróprios* que atingem bens ou interesses individuais ou outros bens do Estado. Por todos: MIRABETE, Julio Fabrini. *Manual de direito penal*, v. 1, pp. 133-134. No Habeas Corpus 73.451/RJ (STF, 2ª Turma, Rel. Min. Maurício Corrêa, j. 08.04.97, DJ 06.06.97, p. 24.868) o Min. Sepúlveda Pertence afirmou que, no direito positivo brasileiro, o conceito de crime político é misto, nos termos ora expostos.

O agente normativo impõe uma *relação complementar* ao endereçado: tudo se passa como se ambas as partes da relação comunicativa estivessem em pé de igualdade; como se ambos, editor e endereçado, estivessem inseridos num equilibrado diálogo sobre a interpretação da norma, mas esse suposto equilíbrio é imposto pela autoridade.²⁷ De fato: a autoridade impõe a complementaridade²⁸ – por isso, a relação é metacomplementar –, invertendo o ônus da prova. Quer dizer: num diálogo racional vigora a regra de que aquele que afirma deve provar a veracidade de sua afirmação.²⁹ No discurso normativo,

Na Extradicação 855/CL (STF, Pleno, Rel. Min. Celso de Mello, j. 26.08.04, DJ 01.07.05, p. 05), o Min. Celso De Mello, após diferenciar os crimes políticos absolutos ou puros ou em sentido próprio, que se traduzem em ações que atingem a personalidade do Estado ou que buscam alterar-lhe ou afetar-lhe a ordem política e social, dos crimes políticos em sentido impróprio, que, embora exprimindo uma concreta motivação político-social de seu agente, projetam-se em comportamentos geradores de uma lesão jurídica de índole comum, afirma que em relação aos crimes comuns conexos com os delitos políticos a questão se resolve pelo *critério da preponderância ou prevalência*: “naquelas hipóteses em que o fato dominante – ainda que impregnado por motivação política – constitua, principalmente, infração da lei penal comum, será lícito, a esta Corte, mediante concreta ponderação das situações peculiares de cada caso ocorrente, reconhecer a preponderância do delito comum, para efeito de deferimento do pedido extradicionário”.

Na Extradicação 1.085 (STF, Pleno, Rel. Min. Cezar Peluso, j. 16.12.09, DJe 67, 16.04.10), o Min. Cezar Peluso assim se pronunciou sobre esse critério: “o Supremo Tribunal Federal, ao tratar de situações em que se cogita da natureza política ou comum dos delitos, para fins de extradicação, tem, constantemente, tratado de forma absolutamente diferenciada os crimes violentos, praticados contra a pessoa, especialmente, no que respeita ao direito à vida e à liberdade. Ainda que a finalidade seja política, ou políticos os motivos, tais delitos, especialmente os chamados ‘delitos de sangue’, vêm sendo, sistematicamente, tratados como comuns, por exacerbarem os limites éticos das lutas pela liberdade e pela democracia”. E pouco adiante: “Retira-se da jurisprudência do Supremo, dessa forma, a conjugação de alguns critérios, que vêm norteando a análise dos sempre difíceis casos referentes aos denominados crimes políticos relativos. Na abordagem caso a caso (*case by case approach*), o Tribunal tem se valido, especialmente, do sistema da preponderância e do critério da atrocidade dos meios, sem deixar de valorar todas as circunstâncias fáticas e jurídicas presentes na situação, com especial relevo para o contexto histórico, político e jurídico em que praticadas as infrações”. Quer dizer: homicídio, lesão corporal, tortura, sequestro, ainda que tenham indiscutível motivação política, são tratados como crimes comuns. O sistema simplesmente desconfirma a desconfirmação.

²⁷ Paul Watzlawick, Janet Helmick Beavin e Don D. Jackson diferenciam as *relações simétricas*, baseadas na igualdade, das *relações complementares*, baseadas na diferença. No primeiro caso, os partícipes tendem a refletir o comportamento um do outro. No segundo, o comportamento de um partícipe complementa o do outro. Há dois tipos de relação complementar: um partícipe ocupa uma posição superior, primária ou “de cima” e o outro uma inferior, secundária ou “de baixo”; ou um partícipe não impõe a relação complementar ao outro, mas a pressupõe. Na *relação metacomplementar* um partícipe força o outro a ser simétrico. (*Pragmática da comunicação humana*, pp. 63-64).

²⁸ Cf. FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Teoria da norma jurídica*, p. 43; MARTINS, Ricardo Marcondes. *Racionalidade e sistema normativo*, pp.180-181.

²⁹ Segundo a explicação de Tércio Sampaio Ferraz Jr. o discurso racional assenta-se no dever de prova em face da exigência crítica do ouvinte, é um discurso que “presta contas”, que fundamenta o que diz em função da exigência crítica do ouvinte (*Direito, retórica e comunicação*, p. 33). Nas palavras dele: “Um discurso é racional, portanto, na medida em que se submete à regra do dever de prova. A regra do dever de prova nos permite determinar o orador como aquele que, na situação comunicativa, tem o *onus probandi*. O *onus probandi*, por sua vez, está submetido a regras que determinam o seu decurso. [...] Falar racionalmente é obedecer a essas regras. Esta obediência é controlada pelo ouvinte, de tal modo que quem fala está obrigado a provar o que diz, na medida da exigência crítica do ouvinte” (*Teoria da norma jurídica*, p. 20).

cabe ao destinatário provar que a norma é inválida. Vale dizer: ao menos num primeiro momento, a norma editada pela autoridade é considerada válida (presunção de validade dos atos normativos estatais), cabendo ao destinatário impugná-la perante o órgão competente e iniciar a discussão sobre a invalidade. Somente quando reconhecida a invalidade pelo órgão competente, a norma deixa de vincular o destinatário. Com a “inversão do ônus da prova”³⁰ o sistema desconfirma a desconfirmação e mantém a relação de autoridade.

Em relação às normas administrativas, a doutrina refere-se à “presunção de legitimidade” e considera-a um atributo do ato.³¹ É o único atributo que, pacificamente, está presente em absolutamente *todos* os atos administrativos, sem exceção, com as ressalvas já efetuadas. Aliás, está presente em todas as normas estatais. Em relação à função legislativa, fala-se em *presunção de constitucionalidade das leis*.

Várias são as consequências dogmáticas desse atributo: a) o ato administrativo, quando apto a gerar efeitos (eficaz), gera-os enquanto sua invalidade não for reconhecida pelo órgão competente; b) presume-se, até prova em contrário, que os motivos do ato ocorreram; c) a invalidade do ato administrativo deve ser reconhecida pelo órgão competente e, caso a administração não a reconheça de ofício, deve a validade ser impugnada, na instância administrativa ou na jurisdicional, pelo administrado; d) como na instância jurisdicional o ônus da prova é atribuído, regra geral, a quem alega o fato, cabe ao administrado o ônus de provar a invalidade do ato administrativo.

³⁰ Eis a explicação de Tércio Sampaio: “Isto significa que o comunicador normativo entra fortalecido na situação, justamente porque ainda que a sua posição ao discursar seja a de orador, ele fica isento do dever de prova pelo que asserta, discutindo-se como se aquela prova já tivesse sido produzida. Há, então, uma inversão peculiar, em que o *onus probandi* que, num discurso-contra, heterológico, de estrutura dialógica, cabe a quem emite, se transfere para o destinatário, que passa a responder pela sua recusa em receber a informação transmitida ou recusar a exigida”. (*Idem*, pp. 43-44).

³¹ A referência à presunção de legitimidade é praticamente pacífica na doutrina brasileira: ARAÚJO, Edmir Netto. *Curso de direito administrativo*, p. 500; BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*, Cap. VII-66, p. 431. CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*, p. 127; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*, p. 204-206; GAPARINI, Diogenes. *Direito administrativo*, pp. 125-126; MARINELA, Fernanda. *Direito administrativo*, pp. 288-289; MAZZA, Alexandre. *Direito administrativo*, pp. 209-211; MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*, pp. 135-137 (última edição do autor publicada em vida); MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*, p. 138; NOHARA, Irene Patrícia. *Direito administrativo*, pp. 177-179; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de direito administrativo*, pp. 302-303; PESTANA, Marcio. *Direito administrativo brasileiro*, pp. 276-277; ROCHA, Silvio Luís Ferreira da. *Manual de direito administrativo*, pp. 307-308.

Uma consequência dogmática importante desse atributo é a presunção de ocorrência dos fatos que dão ensejo à prática do ato, ou seja, a presunção de legitimidade dos *motivos*.³² Estes se referem às circunstâncias fáticas que autorizam ou exigem a edição do ato e, por isso, estão intimamente relacionados com a *teoria das provas*. No sistema jurídico são elas que estabelecem a ocorrência das circunstâncias fáticas e, conseqüentemente, dos motivos.³³ Para tanto, o Direito se vale de um importante instrumento, a *presunção*: trata-se de um meio de prova indireta, mediante a qual o direito reputa um fato jurídico provado e, portanto, existente.³⁴ Pelas presunções relativas o sistema jurídico estabelece a prova provisória do fato; pelas presunções absolutas o sistema jurídico estabelece sua prova definitiva. Se há uma presunção da conformidade dos atos administrativos ao Direito, conseqüentemente há uma presunção de existência das circunstâncias fáticas que dão suporte ao ato editado.

O conceito de motivo não se confunde com o conceito de motivação: o primeiro diz respeito aos fatos reais, do mundo fenomênico, que autorizam ou exigem a prática do ato; o segundo diz respeito aos motivos alegados pela Administração. É bem possível que tenham ocorrido as circunstâncias de fato que dão ensejo à prática do ato e a Administração não tenha enunciado essas circunstâncias, ou seja, não tenha motivado sua decisão, ou tenha enunciado circunstâncias equivocadas; é possível também que os motivos alegados pela Administração realmente exijam a prática do ato, mas se constate que esses motivos não existiram na realidade. Motivo e motivação são, pois, conceitos distintos.³⁵ Se a Administração não motivou seu ato, por força do atributo da legitimidade do ato administrativo, presumem-se ocorridas as circunstâncias fáticas que autorizariam ou exigiriam a prática do ato; se a Administração motivou seu ato, presumem-se verdadeiras as circunstâncias fáticas por ela arroladas.

³² Sobre o conceito de motivo, vide, por todos: MARTINS, Ricardo Marcondes. *Efeitos dos vícios do ato administrativo*, p. 216 e ss.

³³ “São as provas jurídicas, e tão somente elas, que propiciam o conhecimento dos acontecimentos relevantes para o mundo jurídico”. FERRAGUT, Maria Rita. *Presunções no direito tributário*, p. 45.

³⁴ “Com base nessas premissas, entendemos que as presunções nada ‘presumem’ juridicamente, mas prescrevem o reconhecimento jurídico de um fato provado de forma indireta”. (FERRAGUT, Maria Rita. *Idem*, p. 63). Em sentido contrário, considerando que as presunções não são meio de prova: DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, v. III, § 806, p. 89.

³⁵ Por todos: BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*, p. 412; MARTINS, Ricardo Marcondes. *Efeitos dos vícios do ato administrativo*, p. 227 e ss.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro, Irene Patrícia Nohara e Silvio Luís Ferreira da Rocha distinguem a *presunção de legitimidade do ato administrativo* da *presunção de veracidade do fato administrativo*: a primeira diz respeito à conformidade do ato com a lei; a segunda diz respeito à presunção de veracidade dos fatos alegados pela Administração.³⁶ A distinção, porém, sem desprestigiar os notáveis juristas, não se sustenta: a presunção de veracidade dos fatos decorre – é uma consequência lógica – da presunção de legitimidade do ato. É por se presumir que o ato seja conforme ao Direito que se presumem presentes as circunstâncias fáticas que teriam autorizado ou exigido sua edição.

Essa presunção de legitimidade é *relativa*, trata-se de um meio de prova indireto em que o sistema considera provisoriamente provados os fatos que dão ensejo ao ato administrativo. A presunção pode ser afastada pela atuação de ofício da Administração (princípio da autotutela) ou pela impugnação administrativa ou jurisdicional. Se a Administração entender que as circunstâncias fáticas inexistiam, deverá, como regra, declarar a invalidade do ato por meio da edição de outro ato administrativo. Nesse caso, a nova norma jurídica inserida no sistema afasta a presunção de validade da norma anterior, pois também é presumida conforme ao Direito.

É possível tanto que a Administração não atue de ofício – não invalide o ato inválido –, como que o próprio ato de invalidação seja inválido – invalide ato conforme ao Direito. Nessas duas hipóteses, por força da presunção de legitimidade, o sistema impõe ao destinatário a *impugnação do ato*, em sede administrativa ou jurisdicional. Parte da doutrina afirma que a impugnação faz cessar a presunção de legitimidade.³⁷ Há que se entender o porquê dessa assertiva: muitos magistrados negaram-se a examinar a validade do ato administrativo sob o argumento da presunção de validade. Por meio desse expediente, tornavam o ato administrativo praticamente imune ao controle jurisdicional: “não se examina se é válido porque se presume que o seja”. Por evidente, a presunção de legitimidade não tem e nunca teve o condão de imunizar o ato ao controle jurisdicional,

³⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*, pp. 205-206; NOHARA, Irene Patrícia. *Direito administrativo*, pp. 177-178; ROCHA, Silvio Luís Ferreira da. *Manual de direito administrativo*, pp. 308-309.

³⁷ Por todos: BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*, p. 431; FREITAS, Ney José de. *Ato administrativo: presunção de validade e questão do ônus da prova*, p. 130; MIRANDA NETTO, Fernando Gama de. *Ônus da prova no direito processual público*, pp. 115-119.

ela simplesmente determina que a invalidade deva ser reconhecida pelo órgão estatal e, portanto, impõe, caso não haja o reconhecimento administrativo de ofício, a impugnação do interessado; e, nos termos das regras do ônus da prova, como é o interessado que deve alegar a invalidade, a ele é imputado, regra geral, o ônus de prová-la.

Por isso, em rigor, a impugnação não tem, por si, o condão de afastar a presunção de legitimidade do ato. Se o tivesse, ela sempre geraria a inversão do ônus da prova e imporá à Administração o dever de provar a ocorrência dos motivos que justificaram a edição. Para que a presunção seja afastada, impõe-se a prova, pelos outros meios admitidos pelo Direito, de que as circunstâncias fáticas efetivas não correspondem às alegadas pela Administração ou, caso não tenha havido motivação, não correspondem às circunstâncias que autorizariam ou exigiriam a edição do ato.

Nesse caso, incumbe perguntar a quem competiria essa prova, ou seja, quem tem o ônus de efetuar-la. No âmbito administrativo, a Administração, por definição, não tem dúvida sobre a correção do ato. Se a Administração tiver dúvida, deverá, pelo princípio da autotutela, dissipá-la, ou seja, deverá buscar as provas necessárias à confirmação da validade do ato. Se o administrado entende que houve equívoco, apesar da inexistência de dúvida por parte da Administração, a ele competirá, inicialmente, no âmbito administrativo, a realização da prova. Porém, a impugnação do administrado pode despertar a dúvida no administrador sobre a correção de seu ato, hipótese em que a Administração passará a ter interesse em provar a regularidade.

Por isso, no processo administrativo não há propriamente que se falar em *regra do ônus da prova*. Esta é uma regra que disciplina o julgamento em caso de dúvida do julgador. No âmbito administrativo, se o julgador estiver em dúvida, deve buscar a prova, até dissolver a dúvida. Persistindo a dúvida sobre a incorreção do ato, a solução será considerá-lo irregular.³⁸ Assim, no processo administrativo a prova compete ao

³⁸ É nesse sentido que deve ser compreendido o artigo 36 da Lei de Processo Administrativo Federal (Lei 9.784/1999): “cabe ao interessado a prova dos fatos que tenha alegado, sem prejuízo do dever atribuído ao órgão competente para a instrução e do disposto no art. 37 desta Lei”. Sua leitura apressada faz supor erroneamente a aplicação do conceito de ônus da prova ao processo administrativo. Magistral a lição de Egon Bockmann Moreira sobre o tema: “A diretriz primeira da atividade probatória no processo administrativo é sua qualidade de ato espontâneo da Administração. A regra é a instrução e condução *ex officio* da instrução, sem que isso impeça o pleito dos interessados ou sua intimação acerca do andamento processual”. (MOREIRA, Egon Bockmann. *Processo administrativo: princípios constitucionais e a Lei 9.784/1999*, p. 287). E pouco adiante: “Mesmo quando seja atribuída ao interessado ‘a prova dos fatos que tenha alegado’, esta deverá ser concretizada ‘sem prejuízo do *dever* atribuído ao órgão competente para a

administrado somente enquanto não houver dúvida por parte da Administração sobre a incorreção do ato administrativo.

O conceito de ônus da prova aplica-se, contudo, ao processo jurisdicional. Como afirmado, a regra do ônus da prova é *destinada ao julgador* e visa a possibilitar a decisão em caso de dúvida:³⁹ havendo dúvida sobre a existência de um fato, ele deve julgar contra aquele a quem competia fazer sua prova; se o ônus da prova de um fato compete ao autor da ação judicial e este não a efetua, a ação deve ser julgada improcedente; se compete ao réu e este não a efetua, deve a ação ser julgada procedente. Como regra geral, o ônus da prova incumbe a quem alega.⁴⁰

Como quem alega é o impugnante, ou seja, o administrado, a ele compete a prova. Essa regra, porém, pode ser invertida: sempre que, no caso concreto, seja muito mais fácil para a Administração provar as circunstâncias fáticas do que para o administrado, deve o julgador inverter o ônus da prova.⁴¹ Trata-se de uma exigência do

instrução' (Lei 9.784/1999, art. 36 – destaque nosso). O fato de o particular ter pleiteado a produção de prova específica e caso sua produção lhe seja atribuída, isso não derroga o dever administrativo de realizar atividade probante (desde que essencial à discussão travada nos autos). O requerimento da parte não será limite à atividade instrutória oficial (nem vice-versa)". (*Idem*, p. 288).

³⁹ “Como dizem Comoglio, Ferri e Taruffo, uma vez que o juiz não pode deixar de decidir, aplicando-se um *non liquet*, importa determinar critérios que permitam resolver a controvérsia quando não resulte provada a existência dos fatos principais. Tais critérios são constituídos pelas regras que disciplinam o ônus da prova. Estes são, de fato, destinados a entrar em jogo quando um fato principal resultar destituído de prova”. (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do processo de conhecimento*, p. 294). No sentido de que as regras do ônus da prova são *regras de decisão*, vide: MARTINS, Ricardo Marcondes. *Estudos de direito administrativo neoconstitucional*, pp. 634-635; TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*, p. 247; CARNELUTTI, Francesco. *Teoria geral do direito*, § 187, pp. 540-541; TOMÉ, Fabiana Del Padre. *A prova no direito tributário*, p. 219.

⁴⁰ Trata-se da regra instituída no artigo 373 do Código de Processo Civil/2015, dispositivo com redação idêntica ao art. 333 do CPC/1973. Dele se extrai a regra geral de que o “ônus da prova incumbe à parte que tiver interesse no reconhecimento do fato a ser provado”. (Cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, v. III, § 794, p. 72).

⁴¹ Cf. MARTINS, Ricardo Marcondes. *Estudos de direito administrativo neoconstitucional*, p. 637. É a lição de Chaïm Perelman: “Essa distribuição do ônus da prova, que parece normal e equitativa quando se trata de relações civis entre particulares, supostamente mais ou menos iguais, já não o é quando se trata de relações entre um particular e uma administração pública que em geral é a única detentora dos documentos probatórios. É por isso que, em direito administrativo, o juiz pode ordenar à administração que apresente toda a documentação referente a uma ação, ainda que ela deva, assim, trazer ela própria as provas que se voltarão contra ela” (*Ética e direito*, § 37, p. 484). O tema foi exaustivamente estudado por: CARNEIRO NETO, Durval. *Processo, jurisdição e ônus da prova no direito administrativo*. Eis a conclusão do administrativista baiano: “A adequada distribuição do ônus da prova nos litígios administrativos deve sopesar a presunção de legitimidade com a verificação, no caso concreto, de uma maior aptidão da Administração para a produção das provas necessárias, evitando-se, com isso, que se faça recair sobre o administrado o fardo de nada dispor para poder defender-se” (*Idem*, p. 387).

devido processo legal e do subprincípio da aptidão para prova dele decorrente.⁴²⁻⁴³⁻⁴⁴ Por conseguinte, quando ao autor é impossível ou muito difícil provar o fato constitutivo, mas ao réu é viável ou muito mais fácil provar a inexistência do fato constitutivo, deve o magistrado inverter o ônus da prova. Hoje, há regra legal expressa nesse sentido: trata-se do § 1º do art. 373 do CPC/2015.⁴⁵ A impugnação, se efetuada a inversão, competirá ao administrado, mas a prova competirá à Administração. A regra é dúplice: quando a prova é muito mais fácil para o autor e a impugnação é feita pela Administração, o magistrado também deve inverter o ônus.

Em suma, por força do atributo da *presunção de legitimidade do ato administrativo*, a invalidade do ato, se não reconhecida de ofício pela Administração, deve ser impugnada pelo administrado. Esse dever gera, em juízo, a inversão do ônus da prova: regra geral, tem o administrado, quando impugnada a questão no Judiciário, o ônus

⁴² Sobre o tema, vide: SANTOS, Sandra Aparecida Sá dos. *A inversão do ônus da prova*, pp. 91-92. A autora apresenta exemplo muitíssimo comum: na execução fiscal, quando o administrado alega não ter sido, na instância administrativa, notificado sobre a cobrança, cabe ao Poder Público provar que o notificou. A prova negativa – a não ocorrência da notificação – é impossível e, por isso, impõe a inversão do ônus da prova.

⁴³ Com absoluta precisão doutrinam Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart: “É evidente que o fato de o réu ter condições de provar a não existência do fato constitutivo não permite, por si só, a inversão do ônus da prova. Isso apenas pode acontecer quando as especificidades da situação de direito material, objeto do processo, demonstrarem que não é racional exigir a prova do fato constitutivo, mas sim exigir a prova de que o fato constitutivo não existe, ou seja, a inversão do ônus da prova é imperativo de bom senso quando ao autor é impossível ou muito difícil provar o fato constitutivo, mas ao réu é viável, ou muito mais fácil, provar a sua inexistência”. (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova*, p. 189). Não pode o magistrado, conforme hoje estabelecido no § 1º do art. 373 do CPC/2015, quando da prolação da sentença, *surpreender* as partes com a inversão. Por óbvio: a parte onerada deve ser cientificada da elevação do risco de um resultado desfavorável caso não produza a prova; por isso, a inversão judicial deve ser comunicada às partes na *audiência preliminar*.

⁴⁴ O *princípio da aptidão para a prova* vem sendo correntemente invocado pela doutrina nas ações em que o Poder Público é parte. Nesse sentido, doutrina Ney José de Freitas: “Não parece adequado dizer que a impugnação inverte o ônus da prova, agora, em favor do cidadão. Não se trata disso. O que se pretende sustentar é coisa diversa. O encargo que compete ao cidadão é o de impugnar o ato administrativo. Com a impugnação, cessa a aludida presunção de validade, mas não se inverte o ônus da prova em benefício do cidadão”. (FREITAS, Ney José de. *Ato administrativo: presunção de validade e a questão do ônus da prova*, p. 130). E, logo em seguida, pontua: “deve produzir prova quem detém os meios para realizar, adequadamente, tal encargo. É o denominado princípio da aptidão para a prova”. (*Ibidem*). É parcialmente acompanhado por CARNEIRO NETO, Durval. *Op. cit.*, p. 344. Em sentido contrário, manifesta-se Fernando Gama de Miranda Netto, para quem cabe à Administração provar a validade do ato administrativo quando houver impugnação do administrado (MIRANDA NETTO, Fernando Gama de. *Ônus da prova*, p. 284, item 5.5).

⁴⁵ Reza o dispositivo: “Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do caput ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído”.

de provar a invalidade. Se ao final da ação, houver dúvida sobre ela, o magistrado julgará a ação improcedente. Quando, porém, a prova for impossível para o administrado ou, apesar de ser possível para ele, for muito mais fácil para a Administração, deve o magistrado inverter o ônus da prova, imputando à Administração o ônus de provar a validade do ato. Nesse caso, se, ao final da ação, houver dúvida sobre a validade, a ação será julgada procedente. Em nenhuma hipótese, porém, a presunção imuniza contra o exame jurisdicional, impedindo o magistrado de examinar as alegações e provas trazidas pelas partes sobre a invalidade do ato administrativo.

3. *IMPERATIVIDADE*

A ordem jurídica garante aos indivíduos o poder de disciplinar sua esfera jurídica, desde que respeitadas todas as limitações impostas pelo sistema. Como o ser humano é, por natureza, político e social ou, noutros termos, como sua existência pressupõe a intersubjetividade, a possibilidade de regular a própria esfera é insuficiente para a efetiva garantia da liberdade. Possibilitou-se, então, ao ser humano, no âmbito privado, interferir na esfera jurídica alheia. Contudo, tendo, por presunção absoluta, todo ser humano, para o sistema republicano, o mesmo valor jurídico, ou seja, sendo todos iguais, a interferência na esfera de outrem pressupõe sua *acquiescência* ou sua *concordância*.⁴⁶ Daí o *dogma da autonomia da vontade*: no âmbito privado, a autodisciplina da conduta pressupõe a própria vontade e a disciplina da conduta alheia pressupõe a vontade própria e a alheia.⁴⁷

⁴⁶ Assentimento vem do verbo assentir, verbo latino *assentio, is, ire, sensi, sensum*, que significa juntar seu assentimento ao de outrem, dar assentimento, aprovar; consentimento vem do verbo consentir, verbo latino *consentio, is, ire, sensi, sensum*, que significa sentir ao mesmo tempo, estar de acordo. Cf. FARIA, Ernesto. *Dicionário latino-português*, pp. 106 e 236. Apesar de serem registradas como sinônimas na maioria dos dicionários, existe diferença substancial: assentir importa numa atitude *passiva* do agente, é apenas aquiescer; consentir importa numa atitude *ativa* do agente, é sentir junto, é concordar. Cf. MARTINS, Ricardo Marcondes. *Teoria jurídica da liberdade*, p. 51.

⁴⁷ Calha à fiveleta a doutrina do emérito civilista Francisco Amaral: “A autonomia privada é o poder que os particulares têm de regular, pelo exercício de sua própria vontade, as relações de que participam, estabelecendo-lhes o conteúdo e a respectiva disciplina jurídica”. E pouco adiante: “Sob o ponto de vista institucional e estrutural, dominante na teoria geral do direito, a autonomia privada constitui-se em um dos princípios fundamentais do sistema de direito privado num reconhecimento da existência de um âmbito particular de atuação com eficácia normativa. Trata-se da projeção, no direito, do personalismo ético, concepção axiológica da pessoa como centro e destinatário da ordem jurídica privada, sem o que a pessoa humana, embora formalmente revestida de titularidade jurídica, nada mais seria do que mero instrumento a serviço da sociedade. Sob o ponto de vista técnico, que revela a importância prática do princípio, a

Dessarte, no direito privado é possível que um particular formule sozinho a norma jurídica e a edite, porém, sua eficácia ficará condicionada ao assentimento do destinatário. É perfeitamente possível, outrossim, que um particular conclame outrem a, juntos, formularem a norma jurídica, mas necessitará do consentimento. O nome genérico dado ao veículo introdutor de normas introduzidas por um só indivíduo, mas condicionadas ao assentimento de outrem, é “negócio jurídico unilateral”; o nome genérico dado ao veículo introdutor de normas introduzidas por dois ou mais indivíduos é “negócio jurídico bilateral” ou “plurilateral”. Os negócios jurídicos bilaterais e plurilaterais são por sua vez genericamente chamados de “contratos”.

Silvio Luís Ferreira da Rocha discriminou de forma didática e precisa os princípios regentes dos contratos privados: a *liberdade contratual* – o contrato fundamenta-se na autonomia da vontade; a *paridade jurídica entre os contratantes* – são formalmente iguais, inexistente situação jurídica de desequilíbrio que implique sujeição de um ao outro, por isso submetem-se à mesma disciplina e nenhum deles pode impor ao outro o conteúdo do contrato ou alterá-lo unilateralmente; a *obrigatoriedade do contrato* – tem força vinculante, obriga as partes; a *intangibilidade do contrato* – seus termos não podem ser modificados sem o consentimento das partes; *relatividade dos efeitos* – os efeitos produzidos pelo contrato restringem-se às partes que o celebram.⁴⁸

Tudo é diferente no direito público. A Administração, regra geral, encontra-se numa posição vertical em relação aos particulares e não numa relação horizontal. Não está, portanto, em situação de igualdade jurídica com os particulares; na maioria das situações jurídicas, encontra-se numa posição de *supremacia*. Por isso, as normas que edita não necessitam do consentimento ou do assentimento do destinatário. São *impostas* aos particulares, mesmo contra a vontade deles. Eis o atributo da *imperatividade* dos atos administrativos: é a qualidade normativa de impor-se a terceiros independentemente da

autonomia privada funciona como verdadeiro poder jurídico particular de criar, modificar ou extinguir situações jurídicas próprias ou de outrem”. (AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*, pp. 337-338). Também são dignas de registro as palavras de Pontes de Miranda: “Se o ser humano não tivesse diante de si campo em que poderia exercer a sua vontade, não se poderia falar de personalidade. No que a manifestação de vontade, inclusive por ato que não seja simples expressão do querer, não ofende interesses de outrem, ou interesses gerais, tem o ser humano, a pessoa, liberdade de fazer, de não fazer, de falar e de não falar. Onde atinge interesse alheio, a que cause dano, é preciso ou que o *alter* acorde ou concorde com o que se passa ou se vai passar, ou tem o atuante de indenizar”. (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*, t. XXXVIII, § 4193, p. 117).

⁴⁸ ROCHA, Silvio Luís Ferreira da. *Curso avançado de direito civil*, v. 3, pp. 33-38.

vontade deles. Trata-se de um atributo pacificamente reconhecido pela doutrina brasileira.⁴⁹

Nos termos já antecipados, parte da doutrina restringe a imperatividade aos atos administrativos unilaterais e aos restritivos de direito. Devem-se distinguir dois aspectos: a) a possibilidade de edição do ato sem aquiescência ou concordância privada; b) os efeitos do ato independentes da aquiescência ou concordância privada. Nem todos os atos administrativos independem da aquiescência ou concordância privada para serem editados, mas, nos termos já antecipados, regra geral, todos os atos administrativos geram efeitos que independem da vontade privada.

Deveras, muitos atos dependem da vontade do administrado para terem eficácia ou para terem validade, mas a vontade é irrelevante para o conteúdo do ato: são os *atos unilaterais condicionados* à manifestação de vontade dos administrados.⁵⁰ Quando a vontade privada é condição de eficácia, o ato editado sem a aquiescência do particular é válido, mas sua eficácia é condicionada ao aceite do particular. Há duas hipóteses: é possível que a aquiescência seja condição para que o ato eficaz continue gerando efeitos, e a negativa é chamada de *renúncia*; e é possível que a aquiescência seja condição para que o ato eficaz gere efeitos, e a negativa é chamada de *recusa*. Ambas são hipóteses de extinção por não implemento de condição resolutiva.⁵¹ Se o ato eficaz que foi objeto de renúncia continuar gerando efeitos ou o ato ineficaz que foi objeto de recusa passar a gerá-los, configurar-se-á uma invalidade. Quer dizer, no momento da edição o ato era válido e tornou-se inválido por motivo superveniente.

⁴⁹ ARAÚJO, Edmir Netto. *Curso de direito administrativo*, p. 500; BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*, p. 431; CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*, p. 126; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*, p. 207; GAPARINI, Diogenes. *Direito administrativo*, pp. 126-127; MARINELA, Fernanda. *Direito administrativo*, p. 290; MAZZA, Alexandre. *Direito administrativo*, p. 212; MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*, p. 137; MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*, p. 137; NOHARA, Irene Patrícia. *Direito administrativo*, pp. 179-180; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de direito administrativo*, p. 303; PESTANA, Marcio. *Direito administrativo brasileiro*, p. 277; ROCHA, Silvio Luís Ferreira da. *Manual de direito administrativo*, p. 309. Alexandre Mazza denomina-o também de *coercibilidade* (*Op. cit.*, p. 211).

⁵⁰ Cf. MARTINS, Ricardo Marcondes. *Estudos de direito administrativo neoconstitucional*, pp. 375-376. Sobre o tema vide: PONDÉ, Lafayette. A vontade privada na formação ou na eficácia do ato administrativo. *Estudos de direito administrativo*, pp. 117-130; COUTO E SILVA, Almiro do. *Conceitos fundamentais do direito no Estado Constitucional*, pp. 123-143.

⁵¹ Cf. MARTINS, Ricardo Marcondes. *Op. cit.*, pp. 188-189.

Outrossim, quando a aquiescência é condição para a própria edição do ato administrativo, mesmo sendo irrelevante para o conteúdo do ato, a não aquiescência importa na falta de requisito procedimental para a validade do ato. Nesse caso, o ato editado é, desde a edição, inválido.

Conforme já referido, há atos administrativos cujo conteúdo dependem da manifestação de vontade do administrado, exigindo, pois, sua concordância.⁵² Em relação a eles, comumente chamados de contratos administrativos ou da Administração, se editado o ato sem a concordância do administrado, será inválido.⁵³

Quando a aquiescência ou a concordância é condição de validade ou de eficácia do ato, a Administração não pode impor a edição do ato administrativo, no primeiro caso, ou sua manutenção, no segundo, contra a vontade do particular. Nesse sentido, a edição ou a manutenção não são *imperativas*.

Havendo aquiescência ou concordância, editado ou mantido o ato administrativo, ele gerará efeitos independentemente da vontade dos particulares. Pelo caráter misto já referido, é bem provável que gere efeitos não desejados ou para o próprio beneficiado do ato, ou para terceiros ou para ambos. Assim, mesmo os unilaterais condicionados à aquiescência dos particulares e os atos bilaterais são *imperativos*.⁵⁴ Justamente pelo seu caráter imperativo, nenhum ato administrativo, seja unilateral, seja bilateral, seja favorável, seja desfavorável, pode ser *extinto* ou *modificado* unilateralmente pelo administrado. Só o Poder Público pode alterar ou modificar as normas estatais por ele editadas, ainda que essas normas gerem apenas benefícios ao destinatário ou dependam da concordância ou da aquiescência deste para serem editadas.

Em suma: é possível que a edição ou a manutenção de um ato administrativo não seja imperativa, mas, uma vez editado, todo ato administrativo é imperativo, pois vincula, em maior ou menor medida, os particulares.⁵⁵ Justamente por esse caráter imperativo, os atos administrativos jamais podem ser extintos ou modificados unilateralmente pelos

⁵² MARTINS, Ricardo Marcondes. *Estudos de direito administrativo neoconstitucional*, pp. 376-377.

⁵³ Cf. MARTINS, Ricardo Marcondes. *Efeitos dos vícios do ato administrativo*, p. 495 e ss.

⁵⁴ Adota-se aqui posição diversa da sustentada em trabalho anterior. MARTINS, Ricardo Marcondes. *Ato administrativo. Tratado de direito administrativo*, v. 5, p. 195.

⁵⁵ Essa vinculação, inerente a todo ato administrativo existente, é denominada de *eficácia deôntica do ato administrativo*. Cf. MARTINS, Ricardo Marcondes. *Efeitos dos vícios do ato administrativo*, pp. 138-139.

particulares. Ademais, quase sempre, geram efeitos não desejados, ou ao próprio beneficiado, ou a terceiros ou a ambos.

4. EXECUTORIEDADE

É praticamente unânime na doutrina a referência à *autoexecutoriedade*⁵⁶ ou à *executoriedade*⁵⁷ como um atributo do ato administrativo. Não é, porém, comum a percepção de uma *ambiguidade*. Dessarte, a palavra pode ser empregada em dois sentidos: 1) um *amplo* – possibilidade de execução material do ato pela própria Administração; 2) outro *estricto* – possibilidade de coação material do destinatário do ato para que cumpra o dever a ele imposto, também pela própria Administração. Pelo primeiro, a executoriedade não pressupõe o descumprimento do ato; ao revés, refere-se ao seu pleno cumprimento; pelo segundo, a executoriedade pressupõe o descumprimento do ato, consiste numa reação do ordenamento à violação aos deveres estatuídos.

4.1. Executoriedade em sentido amplo e exigibilidade

Jean Rivero, aclamado administrativista francês, distingue três hipóteses: 1) a execução incumbe, na totalidade ou em parte, à própria Administração; 2) a decisão concede ao particular um direito ou uma faculdade; 3) a decisão cria uma obrigação para um particular.⁵⁸ Percebeu que a coação do administrado para o cumprimento de seu dever só tem sentido na terceira hipótese. Em rigor, todos os atos administrativos são executáveis de ofício pela Administração, sem necessidade de recurso ao Judiciário, mas só alguns atos admitem a coação do particular pela Administração para que ele cumpra o

⁵⁶ ARAÚJO, Edmir Netto. *Curso de direito administrativo*, p. 500; CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*, p. 127; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*, pp. 207-208; GASPARINI, Diogenes. *Direito administrativo*, pp. 127-128; MARINELA, Fernanda. *Direito administrativo*, p. 289; MAZZA, Alexandre. *Direito administrativo*, pp. 212-213; MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*, pp. 137-139; NOHARA, Irene Patrícia. *Direito administrativo*, pp. 180-181; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de direito administrativo*, p. 304; ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. *Manual de direito administrativo*, pp. 310-313.

⁵⁷ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*, p. 431; MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*, pp. 139-140.

⁵⁸ RIVERO, Jean. *Direito administrativo*, § 98, pp. 117-118.

dever imposto. Daí a distinção entre “privilégio de autoridade” (*privilège du préalable*),⁵⁹ “execução de ofício” (*exécution d’office*) e “execução forçada” (*exécution forcée*). Pela primeira, os atos administrativos, as *décisions exécutoires*, são exigíveis independentemente de manifestação do Judiciário.⁶⁰ Quando o ato impõe um dever ao administrado e ele descumpre esse dever, a Administração pode substituir o administrado e cumprir ela mesma o dever imposto: é a *exécution d’office*.⁶¹ Finalmente, quando esta for impossível porque a execução exige um ato estritamente pessoal do administrado, a Administração poderá, dependendo do caso, por si, coagi-lo materialmente a cumprir o dever: é a *exécution forcée*.⁶² Enfim: todos os atos administrativos gozam do *privilège du préalable*, mas somente alguns admitem a *exécution forcée*. André de Laubadère, Jean-Claude Venezia e Yves Gaudemet chamam toda execução forçada de *exécution d’office*, mas, ao contrário do *privilège du préalable*, que é inerente a todo administrativo, a execução de ofício só ocorre em certos casos⁶³ Portanto, também perceberam que a execução dos atos administrativos não se restringe à coação dos particulares.⁶⁴

Guido Zanobini distingue a executividade (*executività*), condição de qualquer ato de poder ser executado, da executoriedade (*executorietà*) do ato administrativo,

⁵⁹ Jean Rivero assim conceitua o *privilège du préalable*: “designa-se geralmente por privilégio de autoridade prévia ou imediata (*privilège du préalable*) a situação assim criada à Administração em virtude da autoridade que se liga à sua decisão, previamente a qualquer verificação pelo juiz”. (*Idem*, p. 117). Sobre a tradução da expressão, assim se manifestou Ehrhardt Soares: “A expressão, que goza duma longa tradição no sistema francês, influenciou a expressão portuguesa ‘benefício da execução’. Não aceitamos que possa traduzir-se assim, pois o que a expressão francesa pretende significar, embora muito defeituosamente, é a autoridade pública da decisão administrativa, como se acentua no conceito de Vedel [...] de ‘autorité de chose décidée’. O que está aqui em causa, portanto, não é uma possibilidade de execução independente de outro juízo, mas uma especial imperatividade do acto. E se dessa imperatividade pode decorrer uma executoriedade imediata, tal não é, ao contrário do que frequentemente se supõe, a regra nos direitos modernos”. (*Idem*, p. 116, rodapé 18a).

⁶⁰ Cf. RIVERO, Jean. *Idem*, § 97, p. 116.

⁶¹ *Idem*, § 99, p. 119.

⁶² *Ibidem*.

⁶³ Nas palavras deles: “*Si le privilège du préalable est de droit pour l’administration et est même considéré comme ‘un principe fondamental du droit public’, il n’existe pas de privilège général d’exécution d’office: l’exécution d’office, sans recours préalable au juge, n’est possible que là où elle a été prévue par la loi ou bien encore là où elle est autorisée par la jurisprudence*” (LAUBADÈRE, André de; VENEZIA, Jean-Claude; GAUDEMET, Yves. *Droit administratif*, p. 71).

⁶⁴ “*Il arrive que l’exécution des actes administratifs ne soulève pas de difficultés particulières: c’est le cas lorsque l’exécution ne nécessitant ni acte juridique ni acte matériel particulier, la modification de l’ordonnancement juridique que provoque l’acte, suffit à lui procurer une exécution: également lorsque l’acte a pour destinataire l’administration elle-même ou lorsque la norme qu’il pose est une norme permissive (une autorisation par exemple). Enfin, en général, l’exécution des actes administratifs sera volontaire, spontanée*” (LAUBADÈRE, André de; VENEZIA, Jean-Claude; GAUDEMET, Yves. *Op. cit.*, p. 254).

própria dos atos que imponham deveres ao administrado.⁶⁵ Francesco D'Alessio refere-se à exequibilidade (*eseguità*), ao invés da *executività*, como sinônimo de eficácia.⁶⁶ A *executorietà* dos italianos consiste em toda reação ao não cumprimento voluntário do dever imposto ao administrado. Compreende, segundo Zanobini, a ocupação (*l'occupazione*), a execução dos bens (*l'esecuzione sui beni*), a execução de ofício (*l'esecuzione di ufficio*), a coerção direta (*la coercizione diretta*) e a coerção indireta (*la coercizione indiretta*).⁶⁷ Renato Alessi⁶⁸ e Aldo Sandulli⁶⁹ também consideram compreendidas na *executorietà* tanto a *esecuzione d'ufficio* como a *coazione materiale* ou *diretta*. Quer dizer: para os italianos a executoriedade do ato administrativo compreende não apenas a *coação material*, mas também a *execução de ofício*, a substituição com posterior cobrança dos gastos.

Na doutrina brasileira, Diogo de Figueiredo Moreira Neto também se refere à *exequibilidade*, mas ao contrário de D'Alessio, distingue-a da eficácia: aquela é a possibilidade de execução imediata e pressupõe a eficácia, a aptidão para produzir os efeitos a que se destina.⁷⁰

Muitos doutrinadores brasileiros referem-se à *exigibilidade* do ato. Celso Antônio Bandeira de Mello conceitua-a como “qualidade em virtude da qual o Estado, no exercício da função administrativa, pode exigir de terceiros o cumprimento, a observância, das obrigações que impôs”.⁷¹ No mesmo sentido, manifestam-se Diogenes Gasparini e Silvio Luís Ferreira da Rocha.⁷² O conceito é, pois, bem menos amplo que o conceito francês de *privilège du préalable* ou que o conceito italiano de *executività*, pois pressupõe a imposição de uma obrigação ao administrado. Para Rafael Carvalho Rezende

⁶⁵ “La ejecutividad es propia de cualquier acto administrativo en cuanto significa la condición del acto que puede ser efectuado”. (ZANOBINI, Guido. *Curso de derecho administrativo*, v. I, p. 373). E pouco adiante conceitua: “La ejecutoriedad es propia solamente de los actos que imponen deberes positivos o negativos; ella presupone que el acto sea ejecutivo, es decir eficaz, y consiste en un modo particular de comportarse de tal eficacia que no tiene razón de ser sino en los actos de esta categoría: la posibilidad para la administración de realizar el contenido del acto con el uso inmediato de medios coercitivos” (*Idem*, p. 374).

⁶⁶ “Eseguità equivale ad efficacia; l'atto efficace è anche eseguibile, cioè è capace di produrre gli effetti giuridici, che di esso sono proprî” (D'ALESSIO, Francesco. *Diritto amministrativo*, v. II, § 460, p. 197).

⁶⁷ ZANOBINI, Guido. *Curso de derecho administrativo*, v. I, pp. 377-378.

⁶⁸ ALESSI, Renato. *Intituciones de derecho administrativo*, t. I, § 141, pp. 224-226.

⁶⁹ SANDULLI, Aldo M. *Manuale di diritto amministrativo*, pp. 203-204.

⁷⁰ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*, § 33.5, pp. 138-139.

⁷¹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*, cap. VII-66, p. 431.

⁷² GASPARINI, Diogenes. *Direito administrativo*, p. 127; ROCHA, Silvio Luís Ferreira da. *Manual de direito administrativo*, pp. 309-310.

Oliveira e Alexandre Mazza a executoriedade equivale ao *privilège d'action d'office* e a exigibilidade ao *privilège du préalable* ou à execução ou coerção indireta.⁷³ Discorda-se dos autores: por um lado, a executoriedade, tal como costuma ser utilizada pela doutrina brasileira, restringe-se à coação material, à chamada *exécution forcée*, não abrangendo a execução pela Administração com posterior cobrança do administrado, chamada de *exécution d'office*; por outro, o *privilège du préalable* é mais abrangente do que a exigibilidade, pois compreende os atos que não impõem uma obrigação ao administrado.

Apresentados os conceitos correntes na doutrina, retoma-se o *conceito amplo de executoriedade*, abrangente de distintas hipóteses: a) execução de atos que não impõem um dever ao administrado; b) execução de ofício de atos que impõem um dever ao administrado, sem a coação material deste; c) coação material do administrado para que cumpra seu dever. Observe-se: o ato de derrubada de uma árvore localizada num logradouro público não é apenas *exigível*, mas *executável* pela Administração, possui *executoriedade no sentido amplo*. A doutrina brasileira majoritária refere-se apenas ao *conceito estrito de executoriedade*, em que há coação material do administrado, trata-se, portanto, de um conceito bem menos amplo do que o conceito italiano de *executorietà*.

Assim, todo ato administrativo pode ser executado pela Administração, sem recorrer ao Judiciário – trata-se da *executoriedade em sentido amplo*. Dentre os atos que impõem uma obrigação ao administrado e dão primazia ao cumprimento voluntário, alguns são dotados de *executoriedade em sentido estrito*, a possibilidade de a Administração empreender, sem recorrer ao Judiciário, a constrição física do inadimplente ao cumprimento de seu dever. A doutrina brasileira refere-se à *exigibilidade*: possibilidade de a Administração exigir que o administrado cumpra o dever que lhe foi imposto e, no caso de inadimplemento, de sancioná-lo. Ela abrange a execução de ofício: possibilidade de a Administração executar, por si ou por outrem, a obrigação imposta ao administrador, cobrando-lhe, posteriormente, os custos da execução.

4.2. Executoriedade em sentido estrito

⁷³ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de direito administrativo*, p. 304; MAZZA, Alexandre. *Direito administrativo*, pp. 212-213.

O conceito de executoriedade em sentido estrito exige a retomada da diferenciação dos atos administrativos tendo em vista a vontade do administrado. Por esse critério, podem ser divididos em *quatro grupos*. (1) Para muitos atos, a vontade do administrado é absolutamente irrelevante tanto para sua edição quanto para sua execução. Um exemplo é a ordem de derrubar uma árvore, localizada em logradouro público e que põe em risco a segurança dos transeuntes, ato editado e executado pela Administração independentemente da manifestação de vontade dos administrados. Eles podem até provocar a atuação administrativa, mas a provocação, não sendo exigida, configura mera provocação para que a Administração exerça competência que deve exercer de ofício, sendo, por isso, irrelevante para a validade do ato. São atos unilaterais que não impõem ao administrado o cumprimento de um dever ou, se impõem, não dão primazia ao cumprimento voluntário. Para essa categoria o tema da vontade do administrado simplesmente não se apresenta. Esses atos, aqui identificados como *atos unilaterais de execução involuntária*, possuem *executoriedade em sentido amplo*, mas são incompatíveis com a executoriedade em sentido estrito.

(2) Certos atos administrativos independem da vontade dos administrados para serem editados, mas como determinam que o administrado dê, faça ou deixe de fazer alguma coisa e o sistema jurídico dá primazia ao cumprimento voluntário desse dever, a vontade privada é relevante para a execução. Neles, o sistema dá primazia à execução voluntária do dever imposto pelo ato e, somente em caso de descumprimento voluntário do dever, disponibiliza à Administração mecanismos para obter a execução forçosa. Noutras palavras, em relação a esses atos, a vontade do administrado é irrelevante para a edição, mas é relevante para a execução, pois o sistema dá primazia ao cumprimento voluntário do dever. São aqui denominados de *atos unilaterais de execução voluntária*. É para essa categoria que se destina o conceito de executoriedade *em sentido estrito*: alguns desses atos são dotados de executoriedade, ou seja, a própria Administração pode forçar o cumprimento do dever, v.g., a obediência a certas normas de higiene pelos estabelecimentos comerciais; outros não possuem esse atributo, a Administração deve recorrer ao Judiciário para obter o cumprimento forçoso do dever, v.g., o pagamento de tributos.

(3) A vontade do particular pode, nos termos dantes explicados, ser condição de eficácia ou de validade do ato administrativo, são os chamados *atos administrativos*

condicionados à manifestação do administrado. Tanto nos atos unilaterais independentes de manifestação de vontade do administrado, como nos dependentes de manifestação, o conteúdo do ato é integralmente ditado pela Administração Pública, ou seja, a vontade dos particulares não é relevante para a configuração do conteúdo. Trata-se, por isso, de *atos administrativos unilaterais*. A exoneração de um servidor a pedido deste sem que haja o pedido é uma exoneração inválida, passível de convalidação mediante a manifestação do servidor aquiescendo com a exoneração. Vale dizer: o ato administrativo de exoneração a pedido de um servidor depende, para ser válido, da prévia manifestação do servidor solicitando a exoneração. Suponha-se uma premiação administrativa que para ser eficaz dependa da aceitação do servidor: se ele a recusa, ela não adquire eficácia. Finalmente, o provimento de um servidor depende da posse, da aceitação do cargo pelo servidor e de seu compromisso de bem servir. Se a posse não ocorre no prazo previsto em lei, o ato de provimento caduca (Lei 8.112/90, artigo 13, § 6º). O provimento editado sem a manifestação do administrado é válido, mas sua permanência no mundo jurídico fica condicionada à posse. As três hipóteses, exoneração, premiação e provimento, são exemplos de atos administrativos unilaterais condicionados à manifestação de vontade do administrado.

(4) Há atos administrativos cujo *conteúdo* não depende apenas da manifestação de um ente administrativo, não são, assim, unilaterais; o conteúdo (e não a validade ou a eficácia) depende da manifestação ou dois (ou mais) entes administrativos ou de um ente administrativo e um administrado. O conteúdo do ato é, pois, fruto de *duas manifestações*; o ato administrativo é *bilateral*.

Os atos administrativos em geral (grupos 1 a 4) são dotados de *executoriedade no primeiro sentido* assinalado: eles são executados de ofício pela Administração sem necessidade de que esta recorra ao Judiciário.⁷⁴ Relembre-se o exemplo da derrubada de

⁷⁴ O ato de desapropriação necessita para ser editado do pagamento da justa indenização, sendo que o valor desta só pode ser fixado administrativamente se houver consentimento do administrado; caso contrário, a fixação deve dar-se em juízo. Se houve fixação contratual da justa indenização, o ato de desapropriação pode ser editado pela Administração e possui executoriedade no primeiro sentido, mas não no segundo: a Administração pode efetivá-la, sem recorrer ao Judiciário, desde que o administrado cumpra o dever de sair do imóvel. Se o expropriado descumprir o dever, a expropriante deverá ingressar com ação de imissão na posse. Se não houve acordo sobre o valor da indenização, o ato não pode ser editado pela Administração, mas somente pela autoridade judiciária e, por isso, não há que se falar em falta de executoriedade. Perceba-se: não há prévia edição do ato de desapropriação e recurso ao Judiciário para sua execução material; mas recurso ao Judiciário para a própria edição do ato.

uma árvore, localizada em logradouro público, que causa risco à segurança dos transeuntes: ela é derrubada independentemente de autorização judicial. A executoriedade, nesse caso, não tem o sentido de execução forçosa, de coação material ao cumprimento do dever, mas de realização de ofício da *execução material*. Nos atos unilaterais de execução involuntária a execução material é efetuada pelo agente público; nos atos unilaterais de execução voluntária a execução material do ato cabe, a princípio, ao administrado, e não ao agente público. Ambos, porém, são dotados de executoriedade no primeiro sentido: se a Administração determina ao administrado que construa uma calçada defronte de sua casa e ele descumpra a determinação, poderá a Administração construir a calçada, por sua conta, e cobrar do administrado o custo da obra.⁷⁵

A executoriedade *em sentido estrito* dos atos administrativos restringe-se, como regra geral, aos atos administrativos unilaterais de execução voluntária (grupo 2). Retoma-se: são os atos administrativos que independem da vontade do administrado para serem editados, mas o sistema jurídico dá primazia ao cumprimento voluntário do dever neles estatuído. Regra geral, sempre que o ato administrativo determinar ao administrado uma conduta de dar, fazer ou não fazer, o sistema dá primazia ao cumprimento voluntário do dever. Essa regra só é afastada quando a concretização do princípio incidente for irremediavelmente comprometida pelo descumprimento voluntário.

Os atos administrativos unilaterais de execução voluntária podem ser divididos em dois grupos. 1) Muitos atos administrativos gozam de *executoriedade*,⁷⁶ ou seja, se

⁷⁵ O exemplo é de Celso Antônio Bandeira de Mello (*Curso de direito administrativo*, cap. VII-67, p. 432). Sobre a *execução de ofício* explica Guido Zanobini: “*Tiene por objeto la realización de cualquier disposición que imponga al particular una actividad material y fungible, como la reparación de un edificio, la recusación de una construcción con la que haya sido ocupada la tierra pública, la redacción de una cuenta o de un inventario. Cuando el obligado no ejecute la obra en el término que se le asignó, la administración procede a la ejecución de oficio, que consiste en el cumplimiento de la obra por medio de agentes y obreros dependientes o encargados por la misma administración y con el cargo del gasto respectivo al incumplidor. La suma así imputada es cobrada con los sistemas en vigor para la exacción de los tributos legales*” (*Curso de derecho administrativo*, v. I, p. 377). A execução de ofício não é abrangida pela aqui chamada executoriedade em sentido estrito. Relembre-se: para Zanobini a executoriedade é toda forma de coerção, mas, ao revés, a executoriedade em sentido estrito, tal qual consagrada na doutrina brasileira majoritária, restringe-se à coação material. Assim, a executoriedade em sentido estrito não está nem na execução de ofício nem na cobrança do custo da execução, mas na execução coativa do pagamento dessa cobrança.

⁷⁶ Não obstante, Federico Cammeo observa com absoluta precisão: “*La esecutorietà è effetto piuttosto delle pretese, che degli atti donde derivano*” (CAMMEO, Federico. *Corso di diritto amministrativo*, § 303, p. 595). Com efeito: a *esecutorietà* no sentido utilizado pelo nobre jurista, de faculdade de coação sem a necessidade de recorrer ao Judiciário, não é propriamente um atributo do ato, mas da *pretensão*. No Brasil, Celso Antônio Bandeira de Mello acompanha esse entendimento (*Curso de direito administrativo*, p. 433).

descumprido o dever imposto ao administrado, a Administração pode compeli-lo materialmente a cumprir seu dever, sem recorrer ao Judiciário; em outras palavras, a *coação material*, necessária para a execução forçada do dever imposto pelo ato, pode ser determinada diretamente pela própria Administração. 2) Há atos não dotados de executoriedade, ou seja, descumprido o dever, a Administração deve recorrer ao Judiciário para obter a execução forçosa, a coação material só pode ser determinada pela autoridade judiciária. Para definir a que grupo o ato pertence, faz-se necessário precisar ainda mais os contornos conceituais da *executoriedade*.

É possível que o ato unilateral de execução involuntária ou o de execução voluntária não sejam executados porque, respectivamente, o agente público ou o administrado não cumpriram o dever que lhes foi imposto. Com o descumprimento do dever, seja do administrado, seja do agente público, será necessária a execução forçada, a coação material. Eis o problema: saber quando essa coação pode ser determinada pela Administração e quando deve ser determinada pela autoridade judiciária, ou seja, apurar quando o ato administrativo é dotado da executoriedade no segundo sentido assinalado.

Para resolver esse problema, deve-se atentar para o conceito da *relação especial de sujeição*: em muitas hipóteses o administrado se insere numa relação jurídica específica com a Administração, diversa da que ela tem com a generalidade das pessoas. Caso típico é o dos agentes públicos, que apresentam a Administração, mas o conceito não se restringe a eles, abrange, v. g., os presidiários, os estudantes de uma universidade pública etc.⁷⁷ 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 independentemente de previsão legal.

⁷⁷ Sobre os critérios para identificar uma *relação especial de sujeição* vide: MARTINS, Ricardo Marcondes. *Teoria jurídica da liberdade*, pp. 128 e 189.

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 Estado. A compreensão dessa assertiva depende da correta exegese do inciso LIV do artigo 5º da Constituição Federal, 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, “processo legal devido” não é devido a título de lei, mas a título de justiça.⁷⁸ A expressão “justo processo do Direito” revela seu real significado: trata-se de um processo jurídico 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.⁷⁹

Diante disso, conclui-se: a privação dos bens e da liberdade das pessoas só pode ocorrer, como regra geral, mediante a instauração de um processo jurisdicional, pois somente nele incidem todos os chamados princípios do processo jurisdicional, conjunto de garantias que, segundo a evolução atual da humanidade, tornam o processo justo. Por isso, e aí está a lógica do sistema, exige-se, sem nenhuma exceção, que toda decisão proferida no processo administrativo possa ser submetida a um processo jurisdicional. Eis o fundamento para a seguinte conclusão: como a privação da liberdade e dos bens das pessoas depende, a princípio, da instauração do processo jurisdicional, a coação material do administrado em estado de sujeição geral efetuada pela própria Administração é excepcional.⁸⁰

⁷⁸ Cf. MARTINS, Ricardo Marcondes. *Direito administrativo neoconstitucional*, pp. 334-335.

⁷⁹ Cf. *Idem*, pp. 335-336. Para Charles D. Cole do *due process of law* decorre “o direito das pessoas a um procedimento que seja justo quando o governo atentar contra a vida, liberdade ou patrimônio” (*O devido processo legal na cultura jurídico dos Estados Unidos: passado, presente e futuro*, nº. 56, p. 35). Essa abordagem não é corrente na doutrina brasileira. Apesar da grande quantidade de monografias e artigos sobre o tema, os autores em geral seguem as considerações efetuadas por SIQUEIRA CASTRO, Carlos Roberto. *O devido processo legal e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade*. É compreensível a influência do autor: além de ser um constitucionalista notável, foi o responsável pela proposta de positivação constitucional do instituto.

⁸⁰ Juan Carlos Cassagne apresenta explicação irretocável: “*El principal limite que pone coto a la facultad de la Administración Pública y los órganos estatales que ejerzan la función administrativa de ejecutar el acto, surge del principio por el cual toda ejecución coactiva del acto que recaiga sobre la persona o los bienes del administrado debe estar dispuesta por los jueces. Al respecto, cabe recordar que la Constitución Nacional (Arts. 19 y 33) constituye un sistema material a favor del administrado y que la función de disponer las medidas de coacción sobre personas o bienes integra en nuestro régimen jurídico, el contenido de la función judicial. Tal es el principio, que admite algunas excepciones vinculadas a la necesidad que*

Nesses termos, o ato administrativo que tenha por destinatário o administrado em estado de sujeição geral só terá executoriedade no sentido estrito quando ela for indispensável para a eficaz concretização do princípio incidente; quando a falta de atuação imediata comprometer o interesse tutelado pelo Estado. Assim, se a lei conferiu executoriedade ao ato administrativo que tenha por destinatário o administrado em relação de sujeição geral, de duas, uma: ou o legislador obedeceu a esse critério e a lei é constitucional, ou lhe desobedeceu e a lei é inconstitucional.⁸¹ Porém, perceba-se: no primeiro caso, ainda que não houvesse a lei, o ato seria dotado de executoriedade. Enfim: não é a lei que confere executoriedade (no segundo sentido) ao ato administrativo dirigido ao administrado em estado de sujeição geral, é a necessidade de atuação imediata do Estado para o eficaz resguardo dos interesses por ele tutelados.

É recorrente na doutrina brasileira a invocação de dois critérios para identificação da autoexecutoriedade: a) quando a lei prever; b) quando houver urgência.⁸² O fato demonstra o apego da doutrina brasileira ao *legalismo*. O Legislador, ao contrário do que faz crer a maioria da doutrina, não possui liberdade para editar as leis, age no

tiene la Administración en ciertas situaciones de apelar al uso de la coacción para cumplir con las funciones asignadas, las cuales, desde la perspectiva histórica, constituyen facultades residuales, por el solo hecho – fácil de comprobar – que siempre le pertenecieron” (CASSAGNE, Juan Carlos. *El acto administrativo*, p. 342). Em sentido próximo, doutrina Francis-Paul Bênoit: “*La règle générale de notre droit est que, au cas où un particulier refuse de faire les actions positives qui lui sont prescrites par un acte administratif unilatéral, l’autorité administrative ne peut l’y contraindre de sa seule volonté. En pareil cas le particulier doit être poursuivi devant les tribunaux judiciaires répressifs qui, d’une part, condamnent le particulier aux sanctions pénales, comme il a été dit dans la section précédente, et, d’autre part, autorisent l’Administration à procéder à une exécution forcée, qui, le plus souvent, prendra la forme d’une exécution matérielle aux lieu et place du particulier, et à ses frais. Ainsi, entre la volonté de l’autorité administrative, manifestée dans l’acte administratif unilatéral, et l’emploi de la contrainte pour en assurer l’exécution forcée, s’intercale l’intervention du juge judiciaire répressif*”. (BÉNOÏT, Francis-Paul. *Le droit administratif français*, § 964, p. 554). Cita-se, ainda, a feliz observação de Marcel Waline: “*La force est, en droit administratif, l’ “ultima ratio reipublicae”*” (WALINE, Marcel. *Traité élémentaire de droit administratif*, p. 400).

⁸¹ Registra Celso Antônio Bandeira de Mello: “A auto-executoriedade, consoante lição corriqueira dos especialistas, é cabível se a lei a previu ou em face de situação urgente cujo atendimento demandaria incontinenti a adoção da providência tomada, sob pena de perecimento ou grave risco de perecimento do interesse público que lhe esteja a servir de calço. *Bem se percebe que é igualmente esta razão que serve de válido esteio para as previsões legais que lhe hajam aberto curso. Fora daí, não há espaço para que medre o exercício de poderes tão enérgicos e nem razão que, em um Estado de Direito, possa justificá-los*”. (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Conflito entre União e Estado – apoderamento pela União, sem recorrer ao Judiciário, de recursos tributários que a Constituição declara pertencentes aos Estados, para saciar-se de alegados créditos – inviabilidade. Revista trimestral de direito público*, p. 75, grifo nosso).

⁸² Por todos: BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*, p. 434; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*, pp. 207-208; NOHARA, Irene. *Direito administrativo*, p. 181; MAZZA, Alexandre. *Direito administrativo*, p. 213; GASPARINI, Diogenes. *Direito administrativo*, p. 128.

exercício de função pública, com o intuito de concretizar os valores constitucionais. Assim, 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. Por isso, insiste-se: ao contrário do que afirma a doutrina majoritária, nas relações gerais de sujeição a executoriedade (em sentido estrito) só estará validamente presente quando houver *urgência*, ou seja, necessidade de imediata atuação do Poder Público para adequada tutela do interesse público. Se houver previsão legal e o referido critério não se fizer presente, a lei será inconstitucional.

Um exemplo: se houvesse a revogação da Lei federal 6.830/80, que disciplina a execução judicial da dívida ativa da Fazenda, e fosse editada uma lei possibilitando a cobrança da dívida pela própria Administração, mediante processo administrativo, essa lei seria inconstitucional, pois o critério fixado não estaria presente, não haveria a necessidade de imediata atuação estatal para a concretização do princípio incidente. Se um restaurante desobedece às normas de higiene, o ato administrativo que determina o fechamento do estabelecimento é dotado de executoriedade em sentido estrito, ainda que não haja previsão legal, pois a única forma de tutelar adequadamente a saúde dos consumidores é impedir desde logo que o restaurante continue exercendo suas atividades. Perceba-se: se a Administração fosse forçada a recorrer ao Judiciário, o dano à saúde dos consumidores se perpetuaria. A única forma de tutelar adequadamente o bem jurídico visado é atuar desde logo. A Administração, em suma, só pode coagir materialmente o administrado em estado de sujeição geral se a coação for indispensável para a eficaz concretização do princípio incidente, para a adequada tutela do interesse protegido. Fora desses casos, a coação material deve sempre partir da autoridade judiciária.

A coação material do administrado ao cumprimento de seu dever é uma reação ao descumprimento do dever, ou seja, pressupõe uma acusação, um litígio e, nos termos do art. 5º, LV, da Constituição, exige a obediência ao contraditório e à ampla defesa. Por isso, a coação material exercida pela Administração nos casos de *relação especial de sujeição* é, em regra, precedida de *prévio* contraditório. Ressalvados os casos excepcionais, devidamente fundamentados, em que a concretização eficaz do princípio dependa de imediata atuação da Administração, quer dizer, ressalvados os casos em que a tutela do interesse defendido pela Administração exija a atuação imediata, a coação

material só poderá ser praticada após a edição do ato administrativo conclusivo do processo administrativo de defesa.

Reversamente, a coação material exercida pela Administração nos casos de *relação geral de sujeição* não é precedida de contraditório, ele é sempre posposto. Isso porque, como visto, na relação geral de sujeição a executoriedade em sentido estrito só é admitida quando houver imperiosa necessidade de plena atuação estatal para eficaz tutela do interesse protegido, para adequada concretização do princípio incidente. A Administração, nesses casos, exerce a coação material e, ato contínuo, instaura o processo administrativo de defesa; o contraditório é posposto.⁸³

Em síntese: a executoriedade é palavra ambígua, pode ser utilizada em dois sentidos. No primeiro, refere-se à execução material do ato e, como regra geral, todos os atos administrativos a possuem. No segundo, refere-se à coação material para o cumprimento forçado do dever e só alguns atos administrativos a possuem. Nas relações especiais de sujeição a executoriedade – no segundo sentido – é a regra; nas relações gerais, é a exceção. Nas especiais, ela depende da prévia instauração do processo de defesa; o contraditório é prévio, ressalvadas as hipóteses excepcionais de necessidade de atuação imediata em que o contraditório será posposto. Nas gerais, ela sempre pressupõe a necessidade de atuação imediata e, por isso, a instauração do processo de defesa lhe é posterior, o contraditório é sempre posposto.

O direito de resistência passiva consiste no direito de o administrado não ser sancionado pelo descumprimento do ato administrativo inválido.⁸⁴ O administrado pode impugnar o ato administrativa e judicialmente, mas não é obrigado a fazê-lo, o direito de

⁸³ Não se acolhe, nesse ponto, a opinião de Celso Antônio Bandeira de Mello, segundo a qual, nos casos em que o contraditório e a ampla defesa devam ser postergados, a Administração não pode tomar as providências constritivas; deve recorrer ao Judiciário e obter decisão liminar, ressalvados apenas os casos em que o tempo consumido na busca da via judicial inviabilizar a proteção do bem jurídico; mas, mesmo nesses casos, adotada a medida constritiva, a Administração deve obter sua ratificação judicial (*Curso de direito administrativo*, cap. II-21, p. 120). Apesar do reconhecido pendor garantista da posição, discorda-se: sempre que o sistema jurídico confere executoriedade (no sentido estrito) ao ato administrativo, a Administração está dispensada de recorrer ao Judiciário. Não estará, por óbvio, dispensada de instaurar processo administrativo e resguardar, prévia ou posteriormente à prática da coação material, dependendo da necessidade ou não de atuação estatal imediata, o contraditório e a ampla defesa. Essa, aliás, é posição prevalecente no cenário jurídico atual: não se exige que a Administração recorra ao Judiciário para interditar um restaurante que não obedeça às normas de higiene ou para determinar o afastamento preventivo de indiciado em processo disciplinar. O contraditório é garantido posteriormente à prática do ato, em processo administrativo de defesa, sem que haja necessidade de confirmação judicial da medida adotada.

⁸⁴ Sobre o tema vide: MARTINS, Ricardo Marcondes. *Efeitos dos vícios do ato administrativo*, pp. 550-553.

resistência não é condicionado ao exercício do direito de petição ou de ação. Supondo-se que o administrado descumpriu o dever imposto pelo ato inválido e não o impugnou, surgem duas possibilidades. (1) A Administração, ao analisar a omissão do administrado no cumprimento do dever imposto, percebe a invalidade do ato e, por dever de ofício, empreende a correção do vício. (2) A Administração não percebe a invalidade do ato, considera-o plenamente válido. Neste último caso, há três alternativas. 2.1) se o ato não for dotado de executoriedade no sentido estrito, a Administração deve propor a ação judicial para obter o cumprimento forçado do dever; 2.2) se o ato for dotado de executoriedade, mas não for indispensável a atuação imediata, o que só ocorre em relações de sujeição especial, a Administração deve instaurar o processo administrativo; 2.3) se o ato for dotado de executoriedade e a imediata atuação estatal for indispensável, a Administração deve exercer os atos de coação material e, posteriormente, instaurar processo administrativo.

Na falta de executoriedade no sentido estrito, o ato é necessariamente levado ao Judiciário pela Administração; havendo executoriedade, a questão só será levada ao Judiciário se o administrado impugnar a atuação administrativa. O Judiciário é órgão estatal competente para dizer a última palavra sobre o direito: se o magistrado considerar o ato válido e a decisão transitar em julgado, reconhecerá, de modo definitivo, a ilicitude do descumprimento do dever pelo administrado. Ao exercer o direito de resistência passiva, o administrado assume o *risco* por eventual equívoco: se o ato for considerado válido pelas instâncias competentes e se houver previsão de sanção pelo descumprimento, ela será devida.

Se o administrado não quiser assumir esse risco, tem duas saídas: 1) pode cumprir o dever imposto pelo ato inválido e impugnar o ato administrativa ou judicialmente; 2) pode tentar obter administrativa ou judicialmente decisão que o dispense do cumprimento.

Contra a coação material praticada pela Administração o sistema jurídico só admite a impugnação administrativa ou jurisdicional; contra a coação material praticada pelo Judiciário, só é admitida a impugnação jurisdicional, ou pela interposição de um recurso ou pela propositura de outra ação, como, por exemplo, o mandado de segurança. O sistema jurídico não admite a chamada *resistência ativa* contra a coação material

fundada numa norma jurídica, ainda que inválida.⁸⁵ A resistência física do administrado à coação material exercida pela Administração ou pelo Judiciário é considerada criminosa.⁸⁶

Toda norma existente no mundo jurídico, ainda que inválida, possui, portanto, eficácia deontica, quer dizer, vincula a comunidade. Esse vínculo gera efeitos relevantes: a norma não pode ser simplesmente desconsiderada, ou melhor, há limites à sua desconsideração. Justamente por força da eficácia deontica, a retirada da norma no mundo jurídico depende sempre da atuação estatal; e a norma, se eficaz, produz efeitos até a edição do ato corretor. Além disso, é vedada a resistência ativa à coação material decorrente de seu descumprimento. Se o administrado não conseguir, pelo exercício do direito de petição, de ação ou de recurso, impedir ou fazer cessar a coação, deverá sujeitar-se a ela. Se resistir, sua conduta será considerada criminosa e justificará a execução pelo Estado de coação material mais intensa.

A resistência ativa à coação material praticada pelo Estado, todavia, não é totalmente estranha ao Direito. O *direito de resistência ativa* é o direito do administrado de resistir, até pela força, ao exercício da coação material não fundado numa norma estatal existente no mundo jurídico.⁸⁷ Seu exercício, da mesma forma que a resistência passiva, não está condicionado à prévia impugnação administrativa ou jurisdicional do ato.

5. TIPICIDADE

Maria Sylvia Zanella Di Pietro e Irene Nohara referem-se ao atributo da *tipicidade*, do qual se extrai o dever de o ato corresponder a figuras definidas previamente

⁸⁵ Nesse sentido doutrina Aldo M. Sandulli: “*Contro l’esecuzione coattiva dei propri atti esecutori – anche se illegittimi – da parte della p. A., il cittadino non ha alcuna possibilità di resistenza attiva, e qualora la esercitasse commetterebbe un reato: egli può opporre resistenza attiva agli atti non autoritari (atti di diritto privato; atti che non abbiano esistenza giuridica come atti amministrativi; atti amministrativi non ancora efficaci), ma a quelli autoritari ed esecutori può opporre soltanto resistenza passiva. A tali atti egli può rifiutare la propria osservanza volontaria; ma non può opporsi alla esecuzione coattiva di essi da parte dell’Amministrazione*” (Manuale di diritto amministrativo, p. 204).

⁸⁶ Trata-se dos crimes de resistência e de desobediência, previstos, respectivamente, nos arts. 329 e 330 do Código Penal.

⁸⁷ Sobre o tema, vide: MARTINS, Ricardo Marcondes. *Efeitos dos vícios do ato administrativo*, pp. 655-659.

na lei como aptas a produzir determinados resultados.⁸⁸ Numa concepção *legalista*, ainda bastante em voga na doutrina brasileira, a atuação administrativa deve limitar-se a executar os comandos legais. Na famosa frase de Miguel Seabra Fagundes, administrar restringir-se-ia a “aplicar a lei de ofício”.⁸⁹ No neoconstitucionalismo⁹⁰ essa orientação está sepultada: cabe à Administração cumprir a Constituição e, apenas na medida admitida por esta, as leis. Estando vinculada à ordem objetiva de valores constitucionalmente estabelecida, a Administração deve, em casos excepcionais, quando as circunstâncias do caso concreto exigirem, respeitadas as reservas legais, atuar mesmo na falta de previsão legal e, em casos ainda mais excepcionais, afastar a aplicação da lei.⁹¹ Se a Administração, fundamentada diretamente nos princípios constitucionais, pode atuar na falta de lei e, além mesmo, *contra legem*, é possível, ainda hoje, falar em *tipicidade do ato administrativo*?

O atributo da tipicidade ainda subsiste, mas com menor âmbito de aplicação. Dele não se extrai a absoluta vedação de que a Administração atue sem fundamento em texto legislativo literal. Há uma exigência *prima facie*, vigente na falta de razões de maior peso, alicerçada no princípio formal que dá primazia às ponderações do legislador (PFI).⁹²

Vislumbram-se duas possibilidades. Pela primeira, os fatos subsumem-se a uma lei expressamente editada pelo Legislador. Toda lei concretiza ao menos um princípio constitucional e, por força do referido princípio formal, caberá à Administração *prima facie* executar o comando legal (PFI + P1). Pela segunda, os fatos não se subsumem a uma lei. A inação estatal também concretiza ao menos um princípio constitucional, como, por exemplo, a proteção da liberdade, e o princípio formal que dá primazia às decisões do legislador acresce um peso adicional ao referido princípio (PFI + P1).⁹³ Assim, no primeiro caso, ao menos *prima facie*, a Administração deve executar a lei e no segundo, também *prima facie*, deve abster-se de atuar. Consequentemente, a atuação administrativa

⁸⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*, pp. 208-209; NOHARA, Irene. *Direito administrativo*, pp. 181-182.

⁸⁹ SEABRA FAGUNDES, Miguel. *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*, § 2º, p. 3.

⁹⁰ Sobre o tema vide, por todos: MARTINS, Ricardo Marcondes. Por que neoconstitucionalismo? *Revista Colunistas de Direito do Estado*.

⁹¹ Sobre o tema vide: MARTINS, Ricardo Marcondes. *Efeitos dos vícios do ato administrativo*, p. 161 e ss.

⁹² Sobre a teoria dos princípios formais vide: MARTINS, Ricardo Marcondes. Teoria dos princípios formais. *Temas atuais de direito administrativo*, pp. 01-33.

⁹³ Cf. MARTINS, Ricardo Marcondes. *Teoria jurídica da liberdade*, p. 120.

no plano abstrato (*prima facie*) deve observar a tipificação legal, ou seja, deve cumprir as ponderações do Legislador.

Ocorre que em ambos os casos, princípios opostos podem prevalecer sobre o princípio concretizado pela lei ou, na falta desta, pelo princípio concretizado pela inação estatal, mesmo considerando o peso adicional dado pelo referido princípio formal (P2 > P1 + PFI). Justamente por isso a referida *tipicidade* é apenas *prima facie*: ela pode ser afastada tendo em vista as circunstâncias fáticas e jurídicas do caso concreto.⁹⁴

O atributo da tipicidade tem importantes consequências dogmáticas. A principal delas: regra geral, a Administração não possui discricionariedade para escolher a forma de sua atuação. Em sentido contrário, significativa parcela da doutrina vem admitindo a possibilidade de a Administração, discricionariamente, optar pela via do ato unilateral ou pela via do contrato.⁹⁵ Há várias razões contrárias a essa possibilidade: a) a Administração não pode, nem por ato unilateral nem por contrato, modificar disposição de lei; b) não pode a Administração, discricionariamente, renunciar aos atributos do ato administrativo; c) não pode a Administração escolher, dentre dois caminhos, o mais dificultoso para a tutela do interesse público.⁹⁶

Os atributos não são conferidos aos atos da Administração por arbítrio dos agentes normativos, para lhes atribuir um privilégio injustificado. Os atributos alicerçam-se no interesse público: são considerados necessários para adequada tutela desse interesse. Fixada essa premissa, torna-se evidente a proibição imposta ao agente público de, por sua vontade, renunciar aos atributos. Consequentemente, em regra, a substituição, sem autorização legislativa expressa, do ato unilateral pelo ato bilateral é ilícita. Inexiste, enfim, para a Administração discricionariedade na escolha do regime jurídico incidente; estabelecida a via do ato administrativo unilateral, essa via é, *prima facie*, impositiva.

REFERÊNCIAS

⁹⁴ Cf. MARTINS, Ricardo Marcondes. *Efeitos dos vícios do ato administrativo*, p. 209.

⁹⁵ Para um panorama sobre o tema vide: MARTINS, Ricardo Marcondes. Princípio da liberdade das formas no Direito Administrativo. *Direito administrativo e liberdade*, pp. 641-687.

⁹⁶ Cf. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*, pp. 236-237; MARTINS, Ricardo Marcondes. Princípio da liberdade das formas no Direito Administrativo. *Direito administrativo e liberdade*, pp. 675-676.

ALESSI, Renato. *Intituciones de derecho administrativo*. Trad. por Buenaventura Pellisé Prats. Barcelona: Bosch, 1970. Tomo I.

AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

ARAÚJO, Edmir Netto. *Curso de direito administrativo*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

AURÉLIO, Bruno. *Atos administrativos ampliativos de direitos: revogação e invalidação*. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

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

_____. Para uma teoria do ato administrativo unilateral. *Revista trimestral de direito público*, nº 58. São Paulo: Malheiros Editores, pp. 58-63.

_____. Conflito entre União e Estado – apoderamento pela União, sem recorrer ao Judiciário, de recursos tributários que a Constituição declara pertencentes aos Estados, para saciar-se de alegados créditos – inviabilidade. *Revista trimestral de direito público*, nº 33. São Paulo: Malheiros Editores, 2001, pp. 74-77.

BÉNOÎT, Francis-Paul. *Le droit administratif français*. Paris: Dalloz, 1968.

BOBBIO, Norberto. *Teoria da norma jurídica*. Trad. por Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. Bauru: Edipro, 2001.

BODIN, Jean. *Los seis libros de la república*. Trad. por Pedro Bravo Gala. 4. ed. Madrid: Tecnos, 2006.

CAETANO, Marcelo. *Manual de direito administrativo*. 10. ed., 7. reimp. Coimbra: Almedina, 2001. Volume II.

CAMMEO, Federico. *Corso di diritto amministrativo*. Padova: Cedam, 1960.

CARNEIRO NETO, Durval. *Processo, jurisdição e ônus da prova no direito administrativo*. Salvador: JusPODIVM, 2008.

CARNELUTTI, Francesco. *Teoria geral do direito*. 2. reimpr. Trad. por Antônio Carlos Ferreira. São Paulo: Lejus, 1999.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

CASSAGNE, Juan Carlos. *El acto administrativo*. 2. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1981.

COLE, Charles D. O devido processo legal na cultura jurídico dos Estados Unidos: passado, presente e futuro. Trad. por Maria Cristina Zucchi. *Revista da AJUFE*, n. 56. Porto Alegre, ago./set./out. 1997, pp. 33-43.

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

D’ALESSIO, Francesco. *Diritto amministrativo*. Torino: Torinese, 1934. Volume II.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Malheiros Editores, 2001. Volume III.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

FARIA, Ernesto. *Dicionário latino-português*. Belo Horizonte: Garnier, 2003.

FERRAGUT, Maria Rita. *Presunções no direito tributário*. São Paulo: Dialética, 2001.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Teoria da norma jurídica*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

_____. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

_____. *Direito, retórica e comunicação*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

FREITAS, Ney José de. *Ato administrativo: presunção de validade e questão do ônus da prova*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

GAPARINI, Diogenes. *Direito administrativo*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

HACHEM, Daniel Wunder. *Princípio constitucional da supremacia do interesse público*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

LAUBADÈRE, André de; VENEZIA, Jean-Claude; GAUDEMET, Yves. *Droit administratif*. 17. ed. Paris: L.G.D.J., 2002.

MARINELA, Fernanda. *Direito administrativo*. 6. ed. Niterói: Impetus, 2012.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do processo de conhecimento*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

_____; _____. *Prova*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MARTINS, Ricardo Marcondes. *Teoria jurídica da liberdade*. São Paulo: Contracorrente, 2015.

_____. *Efeitos dos vícios do ato administrativo*. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

_____. Racionalidade e sistema normativo: na teoria pura e na teoria pragmática do direito. *Revista trimestral de direito público*, nº 47. São Paulo, 2004, pp. 174-208.

_____. Justiça deôntica. *Um diálogo sobre a justiça*. Luis Manuel Fonseca Pires e Ricardo Marcondes Martins. Belo Horizonte, 2012, pp. 149-244.

_____. *Estudos de direito administrativo neoconstitucional*. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

_____. Ato administrativo. *Tratado de direito administrativo*. Ricardo Marcondes Martins e Romeu Felipe Bacellar Filho. São Paulo: Revista dos Tribunais. Volume 5.

_____. Por que neoconstitucionalismo? *Revista colonistas de direito do Estado*, www.direitodoestado.com.br, nº. 38, 09.12.2015. Disponível em: <<http://goo.gl/L7CWzI>>. Acesso em 06.03.2017.

_____. Teoria dos princípios formais. *Temas atuais de direito administrativo*. Felipe Gonçalves Fernandes (org.). São Paulo: Intelecto, 2016, pp. 01-33.

_____. Princípio da liberdade das formas no direito administrativo. *Direito administrativo e liberdade*. Celso Antônio Bandeira de Mello, Sérgio Ferraz, Silvio Luís Ferreira da Rocha e Amauri Feres Saad (coords.). São Paulo: Malheiros Editores, 2014, p. 641-687.

MAZZA, Alexandre. *Direito administrativo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 16. ed. 2. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

MIRABETE, Julio Fabrini. *Manual de direito penal*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 1996. Volume 1.

MIRANDA NETTO, Fernando Gama de. *Ônus da prova no direito processual público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

MOREIRA, Egon Bockmann. *Processo administrativo: princípios constitucionais e a Lei 9.784/1999*. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

MOUSSALLEM, Tárek Moysés. *Fontes do direito tributário*. São Paulo: Max Limonad, 2001.

NOHARA, Irene Patrícia. *Direito administrativo*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de direito administrativo*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

PEREIRA, André Gonçalves; QUADROS, Fausto de. *Manual de direito internacional público*. 3. ed. 8. reimp. Coimbra: Almedina, 2009.

PERELMAN, Chaïm. *Ética e direito*. Trad. por Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

PESTANA, Marcio. *Direito administrativo brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

PONDÉ, Lafayette. A vontade privada na formação ou na eficácia do ato administrativo. *Estudos de direito administrativo*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995, p. 117-130.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. 2. tir. São Paulo; Revista dos Tribunais, 2012. Tomo XXXVIII.

RIVERO, Jean. *Direito administrativo*. Trad. por Rogério Ehrhardt Soares. Coimbra: Almedina, 1981.

ROCHA, Silvio Luís Ferreira da. *Manual de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

_____. *Curso avançado de direito civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. Volume 3.

SANDULLI, Aldo M. *Manuale di diritto amministrativo*. Napoli: Eugenio Jovene, 1952.

SANTOS, Sandra Aparecida Sá dos. *A inversão do ônus da prova*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

SEABRA FAGUNDES, Miguel. *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

SIQUEIRA CASTRO, Carlos Roberto. *O devido processo legal e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. Trad. por Jordi Ferrer Beltrán. 2. ed. Madri: Trotta, 2005.

TOMÉ, Fabiana Del Padre. *A prova no direito tributário*. São Paulo: Noeses, 2005.

WALINE, Marcel. *Traité élémentaire de droit administratif*. 5. ed. Paris: Sirey, 1950.

WATZLAWICK, Paul; BEAVIN, Janet Helmick; JACKSON, Don D. *Pragmática da comunicação humana*. Trad. por Álvaro Cabral. 21. ed. São Paulo: Cultrix, 2010.

WEBER, Max. *Economia e sociedade*. Trad. por Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. 5. ed. Brasília: Universidade de Brasília; São Paulo: Imprensa Oficial, 2004. Volume 1.

ZANOBINI, Guido. *Curso de derecho administrativo*. Trad. por Héctor Masnatta. Buenos Aires: Arayú, 1954. Volume 1.