

ATRIBUTOS DO ATO ADMINISTRATIVO

João Antunes dos Santos Neto*

O presente trabalho trata do estudo dos atributos do ato administrativo.

Tema exaustivamente debatido na doutrina pátria e estrangeira, a despeito de pode ser qualificado como *clássico*, não perde sua atualidade.

Faz-se esta afirmação em razão de ser do conhecimento geral que as decisões da Administração, quando esta se submete a regime jurídico de direito público, consubstanciarem atos que, dentre outras características, apresentam-se com todas as qualidades que os qualificam como *atos administrativos propriamente ditos*.

Estas qualidades, que emprestam ao *ato administrativo*, dentre outras propriedades, a possibilidade de criação de obrigações de forma unilateral aos particulares, merecem, pois, um estudo acadêmico individualizado, pautado na pesquisa científica debruçada na sólida doutrina desenvolvida sobre o tema. Ao mesmo tempo, a matéria em questão permite, *venia concessa*, que pela mesma metodologia, se agregue aos antigos dogmas que se formaram, um novo elemento, que pode ser tido por *perturbador*, posto que parte da antítese da idéia de prerrogativa para a construção, via de uma *restrição*, de um novo predicamento que se está a exigir dos provimentos administrativos expedidos sob o regime do chamado *Estado de Direito Democrático*.

Falamos da *transparência*, cujas bases, como atributo do *ato administrativo típico*, tentamos desenvolver nesta modesta construção monográfica.

Atributos do ato administrativo

1) Introdução

Alguns autores¹, interpretando *Hans Kelsen*, ao cotejar o ato jurídico com os fatos, cuja ocorrência se verifica no mundo, asseveram que o primeiro (ato) se trata de "*fato voluntário*" que se origina na "*ação ou omissão humanas*". Aqueles atos adquirem, pois, a conotação de "*fato jurídico*" quando representarem hipótese sobre a qual "*incide a normatização válida para e adotada por certa coletividade*", a qual admite ou reconhece determinados efeitos. É do magistério de *Maria Sylvia Zanella Di Pietro*²

* O autor é Juiz de Direito no Estado de São Paulo, Professor Titular da Cadeira de Direito Administrativo da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo e Professor do Curso de Pós-Graduação em Direito Público da Escola Paulista da Magistratura. É mestre e doutorando em Direito do Estado (Direito Administrativo) pela Universidade de São Paulo.

¹ ARAÚJO, Edmir Netto de. *Convalidação do Ato Administrativo*. São Paulo, LTR, 1.999, p. 11.

² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. São Paulo, Atlas, 1.996, p. 157.

que “o direito civil faz distinção entre ato e fato; o primeiro é imputável ao homem; o segundo decorre de acontecimentos naturais, que independem do homem ou que dele dependem apenas indiretamente (...) quando o fato corresponde à descrição contida na norma legal, ele é chamado fato jurídico e produz efeitos no mundo do direito. Quando o fato descrito na norma legal produz efeito no campo do direito administrativo, ele é um fato administrativo (...) se o fato não produz qualquer efeito jurídico no direito administrativo, ele é chamado fato da administração”.

Continuando na linha de raciocínio da festejada autora, e partindo-se da idéia da separação entre os três Poderes do Estado, poder-se-ia afirmar que em sentido amplo “todo ato praticado no exercício da função administrativa é ato da Administração”. Estes, todavia, teriam sentido mais amplo do que os chamados atos administrativos, que abrangeriam “apenas determinada categoria de atos praticados no exercício da função administrativa”³, espécie a qual se debruçará no desenvolvimento deste estudo.

Apartando-se da distensão observada quanto a amplitude que se poderia dar à expressão em epígrafe (atos administrativos) e mesmo daquela existente quanto aos critérios observados para se defini-los, as quais exigiriam debate aprofundado e exclusivo, preferimos compor trincheiras ao lado de *Enterría* e *Fernández*⁴ para quem o ato administrativo se concretiza no que seriam declarações e não execuções, em razão de que se poderia compreendê-lo, pois, por “ato jurídico unilateral da Administração distinto do Regulamento e consistente precisamente em uma declaração”. *Dromi*, da mesma forma, sintetiza a definição do instituto, ao afirmar que o ato administrativo é “toda declaração unilateral efetuada no exercício da função administrativa, que produz efeitos jurídicos individuais de forma direta”⁵.

Declaração, que seria qualificada pelo fato de ser positivada pelo “Estado ou por quem o represente, que produz efeitos jurídicos imediatos, com observância da lei, sob regime jurídico de direito público e sujeita a controle pelo Poder Judiciário”⁶.

Justamente por sujeitar-se esta categoria de atos jurídicos a regime jurídico de direito público, exorbitante e derogatório do direito comum, é que recebem tratamento diversificado, fato que acaba por atribuir aos atos administrativos qualidades próprias e significativas que os diferenciam de toda outra espécie de atos importantes ao direito. Isto se observa no plano de sua eficácia geral, decorrente da posição de supremacia da Administração Pública em face dos particulares, justamente em razão dela consubstanciar os interesses públicos primários, que muitas vezes, são contrapostos aos interesses meramente individuais.

³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. Op. cit., p. 157.

⁴ ENTERRÍA, Eduardo García de; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de Derecho Administrativo*. Madrid, Civitas, 1.997, Tomo I, p. 535.

⁵ DROMI, José Roberto. *El Acto Administrativo*. Buenos Aires, Ediciones Ciudad Argentina, 1.997, pp. 14-15.

⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. *Direito Administrativo*. Op. cit., p. 162.

Estas qualidades que tipificam os atos administrativos propriamente ditos é que a doutrina convencionou chamar de *atributos*.

2) Atributos do ato administrativo

As qualidades próprias destes tipos de provimentos - ou *atributos* - reconhecidas pela ciência jurídica e também pela praxis judiciária inexistem no ato jurídico do particular⁷, sendo certo, da mesma forma, que não se vislumbra uniformidade de pensamento entre os doutrinadores em sua indicação⁸, observando-se em relação ao instituto mais uma controvérsia, como das muitas que se detectam no estudo do direito administrativo.

Preferimos adotar, em razão do que se pode entender pela locução *atributos*, a abordagem de parte da doutrina pátria⁹ para quem as qualidades especiais do ato administrativo consubstanciam-se na *presunção de legitimidade ou veracidade*, na *imperatividade*, na *executoriedade* ou *auto-executoriedade* e na *tipicidade*, predicados os quais correspondem à verdadeiras *prerrogativas*¹⁰ do Poder Público, dentre as muitas que o colocam em posição de supremacia sobre o particular. Incluímos, outrossim, mais um atributo ao rol descrito - a *transparência* - visto que mais que um princípio regente da atividade da Administração Pública, aquela está a legitimar, como uma qualidade interna, a própria existência do ato administrativo sob os parâmetros do *Estado Democrático de Direito*.

2.1) Presunção de legitimidade e veracidade

Toda organização política se apóia necessariamente em uma concepção determinada do direito e atua em virtude dela. Na medida em que todo poder pretende ser *legítimo*, pois, nenhum poder se apresenta como usurpador e ilegítimo - todos pretendem *ter direito* ao mando; todo poder é de se considerar, então, um *poder jurídico*, ou em termos mais categóricos, toda forma histórica de Estado é um *Estado de Direito*. A formulação *kelseniana* de uma identificação entre *Estado* e *Direito* é uma simples expressão, mais ou menos afortunada, deste postulado¹¹.

O que distingue a uns Estados a respeito de outros, tanto em seu tempo como em diferentes épocas históricas, não é, pois, que uns reconheçam e outros tenham aversão ao ideal de um *Estado de Direito*, senão o que uns e outros entendam por *Direito*. É aí, nesse terreno material, e não estrutural, onde as diferenças se acentuam.

⁷ Diógenes Gasparini admite que em raríssimas exceções atos privados gozam de uma ou outra qualidade semelhante àquelas encontradas no ato administrativo, como a hipótese do artigo 778 do Código Civil Brasileiro, ou a do artigo 502 do mesmo diploma legal GAPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. São Paulo, Saraiva, 2.003, p. 70.

⁸ Autores existem que falam de *presunção de legitimidade*, *imperatividade*, *auto-executoriedade*, ou simplesmente *executoriedade*, a qual algumas vezes vem desdobrada em *executoriedade* e *exigibilidade*. Outros doutrinadores, por seu turno, admitem falar apenas em *executoriedade*, observando-se, da mesma forma, que há, ainda, quem lhe agregue outros inúmeros atributos, tais como *revogabilidade*, *tipicidade*, *estabilidade*, *impugnabilidade*, etc.

⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. *Direito Administrativo*. Op. cit., p. 163.

¹⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. *Direito Administrativo*. Op. cit., p. 163.

¹¹ ENTERRÍA, Eduardo García de; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. Op. cit., p. 423.

Quando se nega a um Estado sua condição de *Estado de Direito*, se parte, obviamente, de uma determinada concepção global do *Direito*: é, em realidade, uma afirmação que “*só se pode fazer desde uma posição de Direito Natural*”¹².

Assim sendo, em face do princípio da legalidade, decorrente do próprio conceito de *Estado de Direito*, é que toda a função administrativa arrima suas atividades; desta premissa é que se faz presumir legítimos os atos por ela praticados pelo *Estado-Administração*, até prova em contrário - o que implicaria em reconhecer que esta presunção *juris tantum* de que estes atos foram editados conforme o Direito, com observância de normas e precedidos de procedimentos e formalidades legais. Destarte, têm força para criar no destinatário, obrigações de cumprimento imediato, independentemente da validade *intrínseca* dos mesmos.

Esta qualidade *extrínseca* do ato administrativo que provoca em reconhecer-se, *prima facie*, que na sua produção observaram-se as normas que a regulam, cria presunção relativa de que a atividade administrativa é legítima¹³, atendendo a necessidade de celeridade concernente, em última análise, ao interesse público. Esta vicissitude, constitui, assim, uma das modalidades da forma de expressão da soberania incontestável do Estado, dentre outros fundamentos.

A presunção de legitimidade do ato administrativo tem o condão de operar efeitos práticos específicos. Sendo presunção *juris tantum*, inverte o ônus da prova como também o ônus de agir àquele que sofre as conseqüências do ato, já que a parte - no caso, o administrado - é quem deverá provar (junto à própria Administração ou ao Poder Judiciário) que o provimento seria ilegal, *nulo ou anulável*¹⁴, por qualquer motivo.

A qualidade em estudo, também autoriza a imediata execução ou operatividade do ato administrativo, ainda que argüido de vícios ou defeitos que o levariam à invalidade, parecendo correto, face desta assertiva, que enquanto não sobrevier o pronunciamento naquele sentido (invalidação) são eles (atos administrativos) tidos por válidos e operantes, quer para a Administração Pública, quer para os particulares sujeitos ou beneficiários de seus efeitos¹⁵.

¹² ENTERRÍA, Eduardo García de Enterría; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. Op. cit., p. 424.

¹³ Maria Sylvia Zanella Di Pietro estabelece distinção entre *legitimidade* e *veracidade*. É do seu Magistério, *in verbis*: “Embora se fale em presunção de legitimidade ou de veracidade como se fossem expressões com o mesmo significado, as duas podem ser desdobradas, por abrangerem situações diferentes. A **presunção de legitimidade** diz respeito à conformidade do ato com a lei; em decorrência deste atributo, presumem-se, até prova em contrário, que os atos administrativos foram emitidos com observância da lei. A **presunção de veracidade** diz respeito aos fatos; em decorrência desse atributo, presumem-se verdadeiros os fatos alegados pela Administração. Assim ocorre com relação às certidões, atestados, declarações, informações por ela fornecidas, todos dotados de fé pública”. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. Op. cit., p. 164.

¹⁴ Incluímos não só o Poder Judiciário, mas também a Administração pública holisticamente considerada, pelo de fato dela poder anular seus próprios atos *ex officio*, o que na prática, traria as mesmas conseqüências de um provimento judicial, visto que os administrados podem socorrer-se das vias administrativas e nelas obter, o mesmo efeito, em tese, daquilo que poderiam conseguir na sede judiciária.

¹⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1.989 (última edição totalmente escrita pelo autor original), p. 135.

Discussão interessante quanto a esta matéria específica trava-se no campo dos efeitos jurídicos imediatos produzidos pelo ato, assim que publicado. *Hely Lopes Meirelles*¹⁶ adverte-nos da diferença existente entre *eficácia* e *exeqüibilidade* do ato administrativo, afirmando que a *eficácia* é, apenas, um consectário da existência do ato válido enquanto que a *exeqüibilidade* é condição de operatividade do ato perfeito – destarte, a *eficácia* seria um *minus* em relação à *exeqüibilidade* do ato administrativo – o ato administrativo perfeito não seria o que está apenas acabado (eficaz), mas sim, completo (exeqüível), pela ocorrência de todas as condições de sua operatividade.

De modo a emprestar maior solidez ao pensamento do doutrinador pátrio, sustentam *Enterría* e *Fernández*¹⁷ que no terreno da realidade deve-se ter em conta que a eficácia de um ato é um problema de fato, e que em razão disto, a Administração pode impor materialmente seus atos, sempre que os mesmos sejam suscetíveis, *per se*, de produzir alguma classe de efeitos. Na distinção dos planos material e jurídico, que complicaria o esquema de entendimento inicial, estaria a composição de forças, não só a advinda da presunção de legitimidade do ato administrativo, mas também da conjunção de outras inerentes ao próprio ato, necessárias à obtenção do equilíbrio dos instrumentos colocados nas mãos da Administração para vencer em quaisquer casos a eventual resistência dos particulares, mediante o uso do que chama de *coaço*.

2.2) Imperatividade

Este atributo do ato administrativo encerra a qualidade segundo a qual as situações por ele criadas independeriam da concordância de seus destinatários. Decorreria ele da prerrogativa que tem o Poder Público de, unilateralmente, impor sua vontade ao administrado, criando-lhe obrigações, ainda que isto contrariasse seus interesses¹⁸.

Segundo *Hely Lopes Meirelles*, a imperatividade é o atributo do ato administrativo que “*impõe a coercibilidade para o seu cumprimento ou execução, decorrendo da só existência do ato administrativo, não dependendo da sua declaração de validade ou invalidade*”¹⁹.

Decorrente que é esta qualidade da prerrogativa supra citada, encerra ela a expressão que *Renato Alessi*²⁰ convencionou chamar de *Poder Extroverso do Estado*, potestade a qual enseja o permissivo ao Poder Público de editar atos que vão além da

¹⁶ Hely Lopes Meirelles salienta, com propriedade, que a exeqüibilidade do ato não se confunde com sua eficácia. Para o autor, “*desde que se forma o procedimento formativo, o ato adquire existência legal, tornando-se eficaz e vinculativo para a Administração que o expediu porque traduz a manifestação da vontade administrativa em forma regular. A partir da conclusão do procedimento formativo, a Administração está diante de um ato eficaz, isto é, apto a produzir os seus efeitos finais, enquanto não for revogado. Mas embora eficaz, pode o ato administrativo não ser exeqüível, por lhe faltar a verificação de uma condição suspensiva, ou a chegada de um termo, ou, ainda, a prática de um ato complementar, necessário ao início de sua execução ou operatividade*”. MEIRELLES, Hely Lopes. Op. cit., p. 136.

¹⁷ ENTERRÍA, Eduardo García de; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. Op. cit., p. 571.

¹⁸ BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito Administrativo*. São Paulo, Saraiva, 1.996, p. 103.

¹⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. Op. cit., p. 137.

²⁰ *Apud*, DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Direito Administrativo*. Op. cit., p. 166.

esfera jurídica do sujeito eminente (no caso a Administração Pública) e que interferem no campo jurídico de outras pessoas (os particulares, via de regra), de modo a lhes impor, legítima e unilateralmente, obrigações, que obviamente, não decorrem de suas respectivas manifestações de vontade, como seria de rigor se a situação ocorresse na seara do *direito comum* (direito privado – civil e comercial).

Correspondente imediato deste atributo (imperatividade), assim reconhecido em nosso direito, está para os espanhóis a denominada *coação administrativa*, que pode contrastar-se pela perspectiva do exercício de direitos e de *autotutela* por uma parte, e, desde o ponto de vista das manifestações externas da Administração com efeitos jurídicos, de outra²¹.

Sob a ótica da segunda proposição formulada, a *execução forçada* de um ato administrativo implicaria reconhecer, no terreno dos fatos, à declaração que decorre de seu conteúdo, não obstante a resistência, ativa ou passiva, da pessoa obrigada a seu cumprimento. Deste modo, resultaria que a *execução forçada* dos atos administrativos mediante a coação da Administração é aplicável somente a uma hipótese precisa: quando tais atos imponham aos administrados – ou a *Administrações* sobre as quais a Administração Pública autora do ato exerça supremacia, por pertinência instrumental ou por tutela – obrigações. Estas consubstanciariam, precisamente, um *dar*, um *fazer*, um *não fazer* ou mesmo um *tolerar* ou *suportar* algo, sempre que o obrigado recuse o cumprimento da dita obrigação²². Ressalte-se, entretanto, que neste último viés, mister seja particularizada a situação.

Permitimo-nos, a partir do conhecimento desta experiência alienígena, discorrer, contudo, quanto à impropriedade da utilização do vocábulo *coação* à realidade de nosso ordenamento jurídico.

A despeito, e sem embargo do respeito dispensado aos autores que daquele termo se utilizam, temos que o mesmo se apresenta inapropriado, vez que *coação* indica mero constrangimento e não extrapola ou transcende o aspecto psicológico da questão.

Aquela característica, *venia* concedida, se encontra em todos os atos revestidos de princípios éticos que não exclusivamente jurídicos. Assim é que atos determinados por autoridade religiosa, por exemplo, contém o elemento coação da mesma forma que aqueles nascidos das relações juridicamente tuteladas e não oriundas da parcela de soberania estatal.

Parece-nos mais apropriado, ao falar-se de *imperatividade*, componente só encontrado nos atos dotados desta qualidade que implica, na espécie, absorção de resíduo do próprio poder soberano do Estado, levar a sinonímia o vocábulo

²¹ ENTERRÍA, Eduardo García de; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. Op. cit., p. 761 e segs.

²² ENTERRÍA, Eduardo García de; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. Op. cit., p. 764.

coercibilidade, este sim derivado de *coerção*, repressão, verdadeiro *plus* à simples *coação* e ensejador do reconhecimento do atributo em epígrafe, passível de permitir a decantada *execução forçada* da manifestação volitiva administrativa. Caso contrário, estaríamos a recepcionar no léxico jurídico expressão que não concentraria o verdadeiro significado técnico que o ordenamento e a doutrina lhe desenvolveram, com particularidade.

2.3) Auto-executoriedade

Este atributo permite ao Poder Público compelir o administrado a cumprir obrigação decorrente de ato administrativo sem a necessidade de recorrer previamente ao Poder judiciário para tanto²³.

No dizer de *Maria Sylvia Zanella Di Pietro*²⁴ consiste a auto-executoriedade em atributo pelo qual o ato administrativo pode ser posto em execução pela própria Administração Pública, sem necessidade de intervenção do Poder Judiciário. Advertenos, contudo, a renomada publicista, que nem todos os atos administrativos são possuidores desta qualidade, que só seria verificável quando houver expressa prescrição legal neste sentido (retenção da caução ou utilização dos equipamentos e instalações do contrato para dar continuidade à execução do contrato, encampação, ou ainda também em matéria de polícia administrativa, tais como nos casos de apreensão de mercadorias, fechamento de casas noturnas, etc...) ou quando se trata de *medida urgente* que, caso não adotada de imediato, possa ocasionar prejuízo maior para o interesse público (p. ex., demolição de prédio que ameaça ruir, internamento de pessoa com doença contagiosa, etc...).

No último dos exemplos dados, como no caso em que a auto-executoriedade manifesta-se em casos de urgência, temos que esta qualidade parece inerente à própria *função administrativa*, derivada, como nos casos precedentes, da incontestabilidade do poder soberano do Estado e dos interesses coletivos em face de direitos individuais que ensejam a ação imediata das pessoas jurídicas de direito público, mesmo sem previsão legal expressa a autorizar o procedimento nesse sentido. Esta atuação, ainda assim é de ser considerada legítima, face mesmo a estas peculiaridades.

Na França, este atributo, que na verdade tem significado duplo e distinto, é chamado, ora de *privilège d'action d'office*, ora *privilège du préalable*²⁵, dependendo da situação; em razão disto, alguns autores, brasileiros e estrangeiros (que não da França, obviamente) costumam desdobrá-lo em dois: a *exigibilidade*, que corresponderia ao

²³ Sem embargo de posições diversas, concordamos com *Hely Lopes Meirelles* quanto ao emprego do termo *auto-executoriedade* ao invés de simplesmente *executoriedade*. Isto porque, consoante lição do velho e saudoso mestre, o "prefixo auto é que indica a condição de o ato ser executável pela própria Administração. *Executoriedade* não tem, pois, o mesmo significado de *auto-executoriedade*, que é atributo de certos atos administrativos". MEIRELLES, Hely Lopes. Op. cit., p. 137, nota de rodapé "2".

²⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. Op. cit., p. 166.

²⁵ DI PIETRO. Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. Op. cit., p. 167.

privilège du préalable (privilégio de precedente), pelo qual a Administração toma decisões executórias criando obrigações para o particular sem necessitar ir preliminarmente a juízo; e a *executoriedade*, que corresponde ao *privilège d'action d'office* (privilégio da ação de ofício) que permite à Administração executar diretamente a sua decisão pelo uso da força. Este último (*privilège d'action d'office*), corresponderia à auto-executoriedade, conforme familiarizada no direito pátrio.

Interessante, também, trazer-se à colação a experiência espanhola, acerca da qual já se teve a oportunidade de, rapidamente, estabelecer-se a idéia do que seus doutrinadores convencionaram chamar de *coaço administrativa*: “*meio de autotutela dos direitos e competências da Administração os quais constituem a face ativa das obrigações de cuja execução se trata*”²⁶.

Desde a edição da *Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Del Procedimiento Administrativo Común* (LPC)²⁷, mais especificamente pelo enunciado de seu artigo 95, formulou-se um princípio geral de autotutela coativa com fins de execução forçosa, nos seguintes termos: “*As Administraciones Públicas, através de seus órgãos competentes, em cada caso, poderão proceder, com aviso prévio, à execução forçosa dos atos administrativos, salvo nos supostos em que se suspenda a execução de acordo contra a lei, ou quando a Constituição ou a lei exijam a intervenção dos Tribunais*”.

Comentando o texto normativo em epígrafe, *Enterría e Fernández*²⁸ lecionam que, com a independência do alcance indubitavelmente geral do preceito, que já tiveram a oportunidade de criticar anteriormente, deparar-se-ia o intérprete do direito administrativo a uma cláusula geral de habilitação à Administração para a utilização de sua autotutela executiva que resultaria aplicável, dentro do pressuposto positivo, em *todos os casos*, salvo naqueles em que a lei haja disposto a necessidade de uma execução judicial.

Os autores, ícones da escola publicista do direito ibérico e, sem favor nenhum, duas das maiores referências mundiais do direito público contemporâneo, assentem, de modo peremptório, que a experiência doméstica espanhola, que alçou ao cânone legal cláusula geral desta amplitude, é *incomum* em outros direitos de regime administrativo. Traçam, no estudo do tema em epígrafe, paralelo com a experiência francesa, cotejando que o princípio geral da matéria firmado na França, contra a formulação doutrinária de *Hariou*, seria justamente a inversa observada no direito da Espanha (Na França, a execução coativa de seus atos pela própria Administração só procederá em caso de autorização legislativa específica e em face de defeito de qualquer outro procedimento coercitivo estabelecido, incluindo-se o de sanção penal ou administrativa à desobediência, segundo assentado pelo julgado do Conselho de Estado francês, denominado *arrêt*

²⁶ ENTERRÍA, Eduardo García de; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. Op. cit., p. 764.

²⁷ Editada em 26 de novembro de 1.992.

²⁸ ENTERRÍA, Eduardo García de; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. Op. cit., p. 765.

Société Immobilière de Saint-Just de, 1.902, cuja doutrina se mantém até hoje com uma única exceção, a qual seria a necessidade verificada pela *urgência*)²⁹.

Igualmente a Itália segue o modelo francês, assim como nosso direito pátrio, sendo que os países que se filiam à família do *common law*, especificamente Estados Unidos e Inglaterra parecem repudiar a executoriedade (ou auto-executoriedade) do ato administrativo. Isto se dá, porque aos anglo-saxões, as relações nascidas da ação da Administração escapariam ao direito administrativo, submetendo-se ao direito comum (*common law*) – o princípio tradicional, para este sistema diferenciado, conforme reafirmado, é a submissão da ação administrativa ao *Common Law*³⁰.

2.4) Tipicidade

Tipicidade é o atributo pelo qual o ato administrativo deve corresponder a figuras definidas previamente pela lei como aptas a produzir determinados resultados. Para cada finalidade que a administração pretende alcançar existe um ato definido em lei. Trata-se de decorrência do princípio da legalidade, que afasta a possibilidade de a Administração praticar atos inominados. Este atributo representa uma garantia para o administrado, pois impede que a Administração pratique atos dotados de imperatividade e executoriedade, vinculando unilateralmente o particular, sem que haja previsão legal; fica também afastada a possibilidade de ser praticado ato totalmente discricionário, pois a lei, ao prever o ato, já define os limites em que a discricionariedade poderá ser exercida³¹.

A despeito de nem todos os autores considerarem a tipicidade verdadeiro atributo dos atos administrativos, mas requisito essencial de validade dos mesmos, concordamos com aqueles que fazem verter à seara de suas qualidades esta prerrogativa, que antes de ser inerente ao Poder Público, consiste em garantia da grande massa de administrados, razão maior da existência do próprio Estado como instituição.

De forma a sustentar o firmamento da assunção deste atributo, *Enterría e Fernández*, ao discorrerem sobre a *coação administrativa*³², admitem que a mesma, como manifestação jurídica da Administração é por isso mesmo submetida à mesma regra da legalidade, assim como as demais manifestações daquela. Essa legalidade, como em todos os casos, tem de habilitar a ação administrativa, definir uma potestade de agir (aqui obrando “*coativamente*”, forçando ou suprindo vontades alheias); esta potestade de agir deve ser mais ou menos ampla, mas nunca ilimitada, incluindo-se neste caso um dos supostos típicos de *cláusula geral* de habilitação, ou seja, aquele referente às *circunstâncias excepcionais* que são capazes de subverter o sistema ordinário de competências e de procedimentos e habilitar potestades administrativas extraordinárias;

²⁹ ENTERRÍA, Eduardo García de; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. Op. cit., p. 765.

³⁰ RIVERO, Jean. *Curso de Direito Administrativo Comparado*. Trad., José Cretella Júnior. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1.995, pp. 41 e 43.

³¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. Op. cit., pp. 167 e 168.

³² ENTERRÍA, Eduardo García de; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. Op. cit., pp. 772-773.

mas, ainda assim, estas não se fariam, tampouco, de forma ilimitada, porque mesmo este elemento coativo seria, como realmente é, produto de uma competência legal.

E essas competências legais que limitam o uso legítimo da *coação* devem necessariamente estar qualificadas da mesma forma que as últimas, o que permite-nos afirmar que a tipicidade, antes de requisito, é atributo inerente aos atos administrativos em geral.

2.5) Transparência

O *Estado de Direito* guarda liame estreito com o conceito de separação de poderes e ao ideário de afirmações históricas que se contrapõem ao absolutismo. Sob a sua égide, tanto o Estado quanto os governantes se submetem ao ordenamento jurídico, sem exceções de qualquer espécie. O princípio da legalidade, para a Administração Pública, expressa “*a conotação administrativa do Estado de Direito*”³³, vez que em razão de sua regência, ele – princípio da legalidade -, traduz-se em submissão à lei. O arquétipo do Estado de Direito, numa primeira fase, concomitante à assunção do liberalismo, e contemporâneo do constitucionalismo, encontra na Constituição um instrumento de garantia de liberdades individuais ao mesmo tempo em que protege os particulares dos eventuais excessos verificados no exercício do Poder, mediante a imposição de limites às prerrogativas do Estado. Nota marcante da concepção liberal do Estado de Direito foi o “*apoio aos direitos do homem*”³⁴, substituindo-se a idéia da vontade do Rei “*como fonte de todo o Direito pela idéia de lei resultante da vontade geral*”³⁵; neste período, expurgou-se do Executivo o poder de editar leis gerais que, como expressão da vontade geral do povo, só podiam ser legitimadas por textos votados pelo Parlamento.

O conceito de Estado de Direito evoluiu no transcorrer dos tempos. Como o modelo liberal, de não intervenção, não foi capaz de concretizar os ideais de *igualdade, liberdade e fraternidade*, passou-se a exigir, com ênfase crescente, uma maior intervenção do Estado no domínio e economia privados como forma a permitir a adoção de uma política social justa. Neste período, iniciado em meados do século XIX e consolidado após o advento da Segunda Guerra Mundial, emerge o modelo de Estado intervencionista, de cunho eminentemente social: o chamado *Estado social de Direito*. José Afonso da Silva, com a propriedade que lhe é peculiar, doutrina que “*os regimes constitucionais ocidentais prometem, explícita ou implicitamente, realizar o Estado Social de Direito quando definem um capítulo de direitos econômicos e sociais*”³⁶ em suas constituições. Observa-se naquele momento uma perda da proeminência do Legislativo ao Executivo, que passa a ter competência para a edição de normas gerais e abstratas, sob a justificativa de que ele, Estado, na busca da igualdade social e econômica necessitava ser rápido em suas ações, razão de que, em muitos casos, não poderia se sujeitar à lentidão típica dos

³³ MEDAUAR, Odete. *O Direito Administrativo em Evolução*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1.992, p. 141.

³⁴ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo, Malheiros, 2.001, p. 117.

³⁵ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Discrecionalidade Administrativa na Constituição de 1.988*. São Paulo, Atlas, 1.991, p. 14.

³⁶ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. Op. cit., p. 119.

processos legislativos. O Estado, “*passando a intervir nos mais variados setores da vida privada, passou a editar um grande número de normas jurídicas*”³⁷, sendo detectável naquele momento histórico o descarte do direito natural da base do direito positivo: era o apogeu do denominado *positivismo jurídico*, que serviu de móvel, inclusive, a alcunhar o período por *Estado Legal*.

O padrão do *Estado Social de Direito* ou, *Estado Legal*, também não produziu os efeitos necessários ao atingimento de sua concepção filosófica, muito, devido ao formalismo jurídico (*positivismo formalista*) que constituiu óbice intransponível ao sucesso na conquista dos valores a que o arquétipo original buscava satisfazer. Face destas vicissitudes, “*acrescenta-se ao conteúdo do Estado Social de Direito um elemento novo, que é a participação popular no processo político, nas decisões de Governo, no controle da Administração Pública*”³⁸. Retorna-se do positivismo ao jusnaturalismo, com a remessa do sentido de legalidade não mais à norma posta, mas aos ideais de justiça. “*Daí, hoje, falar-se em Estado Democrático de Direito, que abrange os dois aspectos: o da participação popular (Estado Democrático) e o da justiça material (Estado de Direito)*”³⁹.

Ao discorrer especificamente sobre finanças públicas, mas com a clarividência e maestria que lhe são indestacáveis, Diogo de Figueiredo Moreira Neto prescreve que as recentes modificações no conceito de democracia, “*que transcendeu de um conteúdo positivista e formal, que tinha sido satisfatório para estruturar um Estado de Direito*”, passa a apresentar, também, “*um conteúdo material, apto a lastrear um modelo de Estado Democrático de Direito*”⁴⁰. Continua, o renomado ensaísta, a desenvolver seu pensamento e apontar, com extrema precisão que no Estado de Direito as estruturas se reforçam pela vigência do princípio representativo, que garante, pelo voto dos cidadãos, a escolha *subjetiva* dirigentes políticos, ao passo que no “*Estado Democrático de Direito àquele se soma o princípio participativo, que se volta à escolha objetiva, de como os cidadãos querem ser dirigidos*”⁴¹.

Justamente sob este pano de fundo é que o princípio da publicidade, regente da atividade administrativa como um todo, se desenvolve e se especializa, “*e passa por uma evolução para derivar-se em princípio da transparência*”⁴², que passa a exigir da Administração Pública mais do que o cumprimento ritual de publicidade de seus atos, mas sim, transforma-se “*numa obrigação material para que eles patenteiem à sociedade, com plena visibilidade, os seus motivos e os seus objetivos*”⁴³, a fim de legitimá-los, pelo *crivo democrático da legitimidade*.

³⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1.988*. Op. cit., p. 21.

³⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1.988*. Op. cit., p. 29.

³⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1.988*. Op. cit., p. 29.

⁴⁰ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, Renovar, 2.001, p. 291.

⁴¹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, Renovar, 2.001, p. 309.

⁴² MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, Renovar, 2.001, p. 312.

⁴³ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, Renovar, 2.001, p. 313.

Numa verdadeira democracia, “o Poder Público, por ser público, deve agir com a maior transparência possível, a fim de que os administrados tenham, à toda hora, conhecimento do que os administradores estão fazendo”⁴⁴. Em princípio, por conseguinte, não se admitem “ações sigilosas da Administração Pública, por isso mesmo é pública, maneja a coisa pública, do povo (publicum>populicum>populum; público=do povo)”⁴⁵.

A Constituição brasileira promulgada em 1.988, ao prelecionar, em seu artigo 1º, *caput*, que a República Federativa do Brasil *constitui-se em Estado Democrático de Direito*, sob o prisma intrínseco do significado da locução, aprisionou todos os princípios que decorrem do modelo adotado, dentre eles, a transparência. Mais que isto, em diversos de seus dispositivos, reafirma aquela vocação, de modo específico: o artigo 5º, incisos XXXIII, (direito de todos de receber dos órgãos públicos informações de seu interesse pessoal ou *de interesse coletivo ou geral*), XXXIV, alínea *b* (obtenção de certidões em repartições públicas) e LXXII (concessão de *habeas data* para assegurar o conhecimento de informações e/ou a retificação de dados pessoais registrados em bancos de informação de entes governamentais ou públicos); o artigo 37, *caput*, que prevê, de modo expreso a regência do princípio da publicidade à atividade da Administração, ou mesmo o recepção na legislação infraconstitucional, *ex vi* do que dispõem sobre publicidade e participação popular as Leis Federais 8.666/93, 9.784/99 e pela Lei Complementar 101/2.000.

Não obstante a publicidade ser requisito de eficácia do ato administrativo, e não constituir requisito de forma do mesmo, ainda assim, na sua versão evolutiva da transparência, integra, em nossa visão particular, o rol de seus atributos. Como negar que a transparência não é qualidade do ato administrativo?! A simples resposta de que ela não concentra a característica de potestade é insuficiente à negativa da assertiva. Isto porque, relembre-se, os atributos do ato administrativo são definidos como predicados próprios deste tipo de provimento que lhes diferenciam do ato jurídico de direito privado. Estas *propriedades* que lhe são características derivam não só das prerrogativas que o ordenamento confere à Administração Pública, senão também, e da mesma forma, do feixe de sujeições a que ela se submete e que conjugados (prerrogativas e sujeições) dão os traços de conotações típicas do regime jurídico de direito público, derogatório e exorbitante do direito comum. Assim como o ato administrativo tem por atributo a presunção de legitimidade, fato decorrente do regime jurídico administrativo que determina a relação de conformidade do Estado-Administração à legalidade e fruto da supremacia do interesse público sobre o interesse particular, possui, também, a qualidade da transparência, cujo nascituro se dá no mesmo regime jurídico especial, conectado, entretanto ao conjunto de restrições que o mesmo princípio (legalidade) lhe impõe e, mais importante, integrando o conceito de *fator de eficácia geral*, bem definido por Edmir Netto de Araújo⁴⁶ como condicionantes da qualificação de *atributos*.

⁴⁴ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. Op. cit., p. 653.

⁴⁵ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. Op. cit., p. 654.

⁴⁶ ARAÚJO, Edmir Netto de. *Convalidação do Ato Administrativo*. Op.cit., p. 31.

Entretanto, de se frisar, que o *atributo* da transparência não está presente em todos os atos administrativos. É regra geral que decorre do sistema constitucional, mas que pode ser excepcionado pela mesma Constituição que o consagra. Assim é que a *Carta* permite a existência de informações “*sigilosas imprescindíveis à segurança da sociedade e do Estado*” (artigo 5º, inciso XXXIII). Também permite o sigilo quando se houver de preservar o direito de imagem de pessoas.

Fora dos casos expressos de exceção, a publicidade e sua corruptela evolutiva – a transparência –, mais que um princípio regulador da atividade da Administração Pública, constitui atributo do ato administrativo.

3) Considerações finais

Conforme salientamos *ab initio*, estas qualidades são peculiaridades exclusivas dos atos administrativos. Os particulares, salvo em casos raros e expressos taxativamente na lei, não possuem estes atributos.

Mesmo no que concerne aos atos administrativos, considerando-se o sentido amplo da terminologia, encontramos espécies que não são dotadas daquelas qualidades, seja em sua totalidade, ou mesmo parcialmente.

Assim é que aos *atos bilaterais* (contratos) não se estendem alguns dos atributos debatidos, em especial a imperatividade e a auto-executoriedade, como também se apartam desta vicissitude os *atos normativos*, que na espécie não podem ser considerados atos administrativos porque genéricos e abstratos e sujeitos a regime jurídico diferenciado (ementemente constitucional).

Outrossim, salvo a experiência *sui generis* de Espanha, a qual tivemos a oportunidade de abreviadamente desenvolver, temos que o atributo da auto-executoriedade do ato administrativo, sob a égide de nosso ordenamento jurídico, só se pode admitir nas excepcionalidades já expostas (previsão legal expressa e casos de urgência e necessidade)⁴⁷.

A auto-executoriedade só seria legítima nestas hipóteses, sendo correto afirmar que qualquer medida que não se afeiçoe a esses princípios seria ilegal, facultando-se ao administrado lesado - ou na iminência de sê-lo - em seus direitos, o recurso às vias judiciais⁴⁸.

Aliás, a auto-executoriedade não deixa o administrado ao desabrigo da proteção jurídica, pois se pode sempre recorrer ao Poder Judiciário tanto para *impedir*

⁴⁷ Diogenes Gasparini discorre que “a auto-executoriedade não é atributo de todo e qualquer ato administrativo. Ela é encontrada nos autos que recebem da lei essa distinção, ou seja, ela existe nos casos previstos em lei ou quando for indispensável à imediata salvaguarda do interesse público”. GAPARINI, Diogenes. *Direito Administrativo*. Op. cit., p. 73.

⁴⁸ GASPARI, Diogenes. Op. cit., p. 74.

preventivamente sua utilização quanto para *sustar* a medida executória aplicada, sempre que o uso desta providência administrativa fira direitos dos ameaçados ou atingidos. As medidas judiciais especialmente eficazes para a defesa do administrado em hipóteses destas são o mandado de segurança, preventivo ou repressivo, e o *habeas corpus*, que também pode ser impetrado preventiva ou repressivamente⁴⁹.

Não obstante e da mesma forma, o dano que houver resultado para o particular (e entes de direito público diferenciados sob a hierarquia do expedidor do ato) em decorrência da ilegítima ou abusiva utilização da auto-executoriedade pode resultar responsabilidade civil do Estado, obrigando o Poder Público à indenização, consoante previsão expressa do artigo 37, parágrafo sexto, da vigente Constituição da República.

⁴⁹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Elementos de Direito Administrativo*. Revista dos Tribunais, 1.981, p. 55.