

NINGUÉM PODE FAZER JUSTIÇA POR SI MESMO: O PRINCÍPIO E SEUS LIMITES NO DIREITO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO (1)

SERGIO DE ANDRÉA FERREIRA

.I — INTRODUÇÃO

1. Situam-se entre as fontes do Direito Brasileiro a *lei* e os *princípios gerais de direito* (art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil, Decreto-lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942).

A primeira é a norma escrita, formal ou materialmente considerada; os segundos são, no conceito clássico, “os princípios fundamentais da legislação positiva, que não se encontram expressos, mas que constituem pressupostos lógicos necessários das normas legislativas. (*)

2. A máxima *ninguém pode fazer justiça por si mesmo* é, no Direito Privado e no Direito Penal Brasileiros, um princípio geral de direito, encontrando-se, outrossim, sob certos aspectos, sancionada pela lei, a qual, porém, no particular, admite, expressamente, algumas exceções.

No campo do Direito Público, o problema tem de ser considerado, de forma especial, pela própria natureza deste ramo jurídico e pela presença do Estado como sujeito soberano nas relações por êle disciplinadas.

Daí, a importância do tema a ser focalizado, no presente trabalho, isto é, o aforismo em causa, considerado do ponto de vista do Direito Administrativo, onde tal matéria abrange, na realidade, o conjunto das prerrogativas estatais, nas relações jurídico-administrativas.

(1) Relatório apresentado às “Jornadas” de 1966, da Associação Henri Capitant, realizadas de 24 a 28 de novembro, em Lyon, Grenoble e Aix-en-Provence.

(*) OSCAR TENÓRIO, in *Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro*, 2.ª ed., 1955, Editor Borsoi, pág. 134.

II — HISTÓRICO

3. O princípio segundo o qual *a ninguém é lícito fazer justiça por si mesmo* teve sua origem nas relações entre particulares.

É evidente que, mesmo neste campo, a respectiva doutrina só se aprimorou, nos tempos modernos, quando se tornou mais fácil a realização da justiça e deixou de imperar a lei do mais forte.

Mas, já no Direito Romano, eram condenados alguns casos do arbitrário *ius sibi dicere*.

Com Marco Aurélio, aliás, passou a ser forma de *vis privata* "*id quod deberi sibi potest, non per iudicem repossere*".

O jurisconsulto Paulo doutrinava que "*non est singulis concedendum quod per magistratum publice possit fieri, ne occasio sit maioris tumulti faciendi*".

A punição era feita com as penas da *lex Julia de vi privata*, dizendo respeito, especialmente, ao apossamento violento pelo credor, da coisa devida (D. 48.7.7.), ou a obtenção de garantia através de objeto tomado, violentamente, ao devedor, ou sua mulher (C. 9.2.5). A pena era a da perda do direito ou crédito ("*eumque sibi ius in eam rem dixisse, crediti non habebit*").

Inicialmente circunscrito à órbita do *ilícito civil*, com o passar dos séculos, veio a ser, também, *ilícito penal*, embora a pretensão seja de origem privada, do que é exemplo o art. 345 do Código Penal Brasileiro vigente, que incrimina como *exercício arbitrário das próprias razões* (*nomen juris* também usado pelo Código Italiano) o fato de alguém "fazer justiça pelas próprias mãos, para satisfazer pretensão, embora legítima, salvo quando a lei o permite".

Como acentuam os penalistas, a pretensão — que tem de corresponder a um direito de que o agente é, em verdade, titular, ou supõe sê-lo, e tem de possibilitar a invocação da intervenção judicial — pode dizer respeito a qualquer direito (civil — de família, real, obrigacional, sucessório —, comercial etc.).

Aliás, nota-se, desde logo, que o princípio feito norma permite as exceções legalmente admitidas.

Estas exceções são, no *Direito Privado Brasileiro*, os atos praticados em legítima defesa; no exercício regular de um direito reconhecido; a deterioração ou destruição da coisa alheia, a fim de remover perigo iminente; o desfôrço imediato pessoal do possuidor turbado ou esbulhado, para manter-se ou restituir-se; a ação do proprietário do terreno invadido, cortando, até o plano vertical divisório, as raízes e os ramos de árvores que ultrapassarem a extrema do prédio; o direito de retenção, o penhor legal e a *exceptio non adimpleti contractus*, nos contratos bilaterais (cf. arts. 160, I e II, 1.519 e 1.520; 502, 558, 1.279, 760,

772, 802, 939, 1.130, 1.131, 1.339, 1.199, 1.414, 303, 307, 516, 1.315 e 1.092, todos do Código Civil).

São pois, casos taxativamente previstos em lei as hipóteses de autodefesa no Direito Privado Brasileiro, em que o próprio sujeito do interesse juridicamente protegido obtém, por sua atuação pessoal, o respeito à lei por quem a violou ou ameaçava violá-la.

No mais, a resolução dos conflitos de interesses entre particulares — salvo a hipótese da *autocomposição*, em que o titular do interesse e o violador da norma manifestam, reciprocamente, sua vontade, num acôrdo, o que, todavia, não pode ocorrer, nos casos de direitos indisponíveis — está entregue ao próprio Estado, que exerce a função de aplicação do Direito, para plena restauração da ordem jurídica, através da atividade jurisdicional.

É verdade que, nas sociedades privadas, existe um Direito Disciplinar Interno, que elas estabelecem e aplicam, mas êste se baseia em uma manifestação inicial de vontade do associado, de submeter-se às estipulações e sanções. (*)

4. No campo do Direito Penal, (**) a evolução se deu igualmente, partindo da *vingança privada*, violenta, arbitrária, desproporcionada e impersonalizada, a princípio, e que evoluiu, aos poucos, para a personalização da responsabilidade, para o equilíbrio entre a ofensa e a repressão (pena de talião), e no sentido da composição pecuniária, como expediente da justiça punitiva (é o caso do *Wergeld* germânico).

Surgiu, então, a intervenção do Poder Público, já, nesta época, fortalecido, na distribuição da Justiça Penal. Mas esta interferência caracterizou-se, por séculos, por ter sido verdadeira *vingança pública* e não, *Justiça Pública*. Predominava o sistema inquisitivo — que era uma forma de autotutela do direito punitivo estatal — e a crueldade das penas, segundo os princípios que prevaleciam no absolutismo.

Só com o passar dos séculos, surgiu o sistema acusatório do Processo Penal e o período científico do Direito Penal.

Ainda hoje se admitem, porém, também no Direito Penal, certas formas de autodefesa: o estado de necessidade, a legítima defesa, o estrito cumprimento de dever legal e o exercício regular de direito (arts. 19 a 21 do C. Penal).

5. É evidente que, no *Estado de Polícia*, antes do advento do *Estado de Direito*, não havendo para o Poder Público sujeição às normas jurídicas por êle editadas, porque prevalecia sempre a vontade do Príncipe; inexistindo, pois, direitos públicos sub-

(*) Outrossim, está sempre sujeito a contrôle jurisdicional.

(**) Cf. n.º 28 *infra*.

jetivos a êste oponíveis; e sendo a função jurisdicional exercida pelo Soberano, pessoalmente ou por delegação, é lógico que o Estado, nas suas relações com seus súditos, fazia “justiça” por si mesmo: decidia, livremente, de acôrdo com a vontade e os interesses do Governante.

Assim, quando o Estado pretendia do administrado alguma prestação, obrigava-o, diretamente, *manu militari*, sem precisar recorrer a qualquer juiz e mesmo sem qualquer lei anterior que o autorizasse a isto; se era o jurisdicionado que tinha alguma pretensão contra o Estado, esta não podia ser jurídica, mas baseada, apenas, nas boas graças ou na piedade do Príncipe.

É claro que o Estado de Direito, fruto da Revolução Anglo-franco-norte-americana, não brotou *ex abrupto*. Daí, já nos momentos finais do Estado Absolutista, terem existido certas instâncias competentes para dirimir questões entre Poder Público e particular. Destarte, na França, por exemplo, ainda no Antigo Regime, havia autoridades que exerciam, embora limitadamente, o contencioso administrativo, dentre as quais sobressaíram *os intendants*: êstes, aliás, mantiveram renhida disputa com os Parlamentos, que exerciam a função jurisdicional, naquele Regime.

Mas, mesmo depois da Revolução Francesa, predominou, inicialmente, na França, o chamado *sistema da administração — juiz*, ou do *ministro-juiz*, pois que o administrado que se considerava vítima de alguma ilegalidade praticada pela Administração tinha de a esta mesma dirigir-se.

Fundamental, no particular, é o artigo 13, da grande lei de organização judiciária de 16/24 de agosto de 1790, ainda hoje em vigor e base jurídica da competência do contencioso administrativo francês. Êste artigo assim dispõe:

“As funções judiciárias são distintas e permanecerão sempre separadas das funções administrativas; os juizes não poderão, sob pena de prevaricação, perturbar, de nenhum modo que seja, as operações dos organismos administrativos”.

A lei de 16 do *fructidor* do ano III reiterou esta orientação, ao estatuir:

“Os juizes não podem usurpar as funções administrativas, nem chamar perante si os administradores, em razão de suas funções. Proibições reiteradas são feitas aos tribunais de conhecer dos atos da administração de qualquer espécie que sejam”.

Tais regras, como salientam os estudiosos do assunto, eram unilaterais, porquanto os administradores julgavam.

Foi somente com a criação dos *conselhos de prefeitura*, pela lei de 28 do *pluvioso* do Ano VIII, que se iniciou a verdadeira formação do Contencioso Administrativo Francês, aperfeiçoado, paulatinamente, pela instituição de outras jurisdições administrativas, principalmente do *Conselho de Estado*. Este tornou-se, com o tempo, fundamental no controle da legalidade da Administração Pública e no desenvolvimento do próprio Direito Administrativo, o que se deu, notadamente, a partir de 1872.

6. *Assim, verificamos que o Direito Administrativo nasceu, exatamente, quando a Administração Pública deixou de ser seu próprio juiz.*

Em verdade, como disse GUIDO ZANOBINI (*in Corso de Diritto Amministrativo*, 1.º vol. pág. 41, 8.ª ed., 1958, Milão), a citada lei de 28 do *pluvioso* do Ano VIII é a *certidão de batismo* deste ramo do Direito Público, pois que deu feição jurídica à administração francesa.

O Direito Administrativo só pôde surgir com a legalização da atividade administrativa, que sempre existiu, regulada, no entanto, como vimos, por normas que variavam ao sôpro das conveniências políticas ou dos interesses e desejos pessoais do Soberano.

Com o advento deste novo ramo do Direito Público, dentro de uma unidade de tratamento, de objeto e método, a lei passou a incidir sobre particulares e autoridades públicas: a Administração Pública passou a agir dentro das limitações e vinculações estabelecidas pelo Legislador e sob a vigilância e o controle das autoridades *jurisdicionais*.

Com efeito, através do assim chamado *controle jurisdicional*, tais autoridades julgam se os atos praticados pelo órgão do Poder Público subordinaram-se àqueles princípios básicos do Estado de Direito: a sujeição das autoridades estatais à lei que o próprio Estado criou e o respeito por este dos direitos públicos subjetivos que lhe são oponíveis pelos cidadãos.

Este *controle jurisdicional* tem lugar quando as autoridades dotadas do poder de jurisdição são chamadas a resolver situações contenciosas entre a Administração e o indivíduo, solucionando conflitos, que passaram a litígios ou pleitos judiciais.

7. *Básica é, nesta matéria, a discriminação dos diversos sistemas de organização jurisdicional encontrados no Direito Positivo dos vários Estados.*

Tal discriminação leva em consideração os diferentes ramos da ciência jurídica submetidos a julgamento pelos tribunais, quais

sejam a matéria cível, comercial, penal, administrativa e outras, com suas possíveis subdivisões.

Encontramos, em primeiro lugar, países cada vez mais raros, em que os juizes e tribunais não são diferenciados, isto é, têm competência para julgar não importa que matéria. Tal sistema só é possível onde a massa de assuntos contenciosos seja pequena.

Em outros Estados, e êste é o caso do Brasil, dos Estados Unidos, da Inglaterra, os juizes e tribunais são diferenciados (juizes e câmaras cíveis, criminaes e da Fazenda Pública, justiça trabalhista, militar, eleitoral etc.), mas há *unidade no sistema jurisdiccional*, que é assegurada, inclusive, pelo contrôle supremo da jurisprudência de todos êstes tribunais por uma Côrte Superior comum (no Brasil, p. ex., o Supremo Tribunal). *

Finalmente, vamos encontrar não só na França, mas também na Itália, p. ex., a assim denominada *dualidade de jurisdição*, com a existência de uma *Justiça Administrativa autônoma*. Há, assim, na França, duas jurisdições separadas, com uma Côrte Suprema cada uma, absolutamente independentes, paralelas.

Destarte, existe na França, ao lado dos *juizes e tribunais judiciários*, a *justiça administrativa*.

Na prática há, é certo, muitos sistemas jurisdicionais que se apresentam, em verdade, como mistos. É o caso dos países de *unidade de jurisdição*, nos quais com relação a certas matérias particulares, jurisdições administrativas plenamente independentes foram instituídas, fenômeno, aliás, que se vai tornando cada vez mais comum, como síntese da tese e da antítese.

Nesta ordem de idéias, devemos distinguir, em verdade, na expressão contencioso administrativo, de uso corrente, um sentido lato e um sentido estrito.

No primeiro, é a contenda ou controvérsia em matéria administrativa. De acôrdo com o segundo, é uma forma de especialização, dentro da atividade jurisdiccional do Estado: é o conjunto de órgãos criados para realizar esta prestação jurisdiccional. Em seu sentido lato, é a atividade no sentido material; o sentido estrito é um conceito orgânico, considerando os órgãos que exercem esta jurisdição administrativa.

8. A *Justiça Administrativa*, nos países onde existe, caracteriza-se por sua autonomia orgânica, separada e independente que é da *Justiça Judiciária* e da *Administração Ativa*.

Na evolução histórica do *contencioso administrativo*, foi sentida a necessidade de não ser a Administração ao mesmo tem-

(*) O Poder Judiciário uno conhece neste sistema das questões contenciosas nas quais o Estado é parte.

po, parte e juiz. Daí, a outorga paulatina da mais ampla autonomia da Justiça Administrativa frente àquela.

Tal autonomia manifesta-se, sobretudo, na *independência* ou *separação* no tocante à *composição do pessoal* de cada um desses organismos, no *estatuto deste pessoal*, e na *especialização* na função jurisdicional da Justiça Administrativa.

9. No Brasil, no período do Império, o sistema da *dualidade de jurisdição* foi objeto de modesta tentativa, principalmente no tocante a questões fiscais, e através do Conselho de Estado (arts. 137 a 144 da Constituição de 25 de março de 1824; abolido pelo art. 32 do Ato Adicional de 1834; restabelecido, sob nova disciplina, pela lei n.º 234, de 23-11-1841), o qual, a par de ser órgão político auxiliar do Poder Moderador, tinha, do ponto de vista administrativo, atribuições consultivas, que o aproximaram do Conselho de Estado francês, na época da *justiça reservada*, sem caracteres marcantes e decisivos de verdadeira justiça administrativa. De qualquer forma, a República suprimiu-o, de modo definitivo, e nenhuma dúvida há de que, desde então, se tenha implantado, em nosso país, o *sistema de unidade de jurisdição*.

Em verdade, é o que se pode verificar das Constituições de 24 de fevereiro de 1891 (emendada em 1926), de 16 de julho de 1934, de 10 de novembro de 1937, de 18 de setembro de 1946 e de 24 de janeiro de 1967, que consagraram a existência de três Podêres: o Executivo, o Legislativo e o Judiciário. A União e os Estados têm os três Podêres: os Municípios têm, apenas, o Executivo e o Legislativo.

São eles independentes e harmônicos, (*) sendo-lhes vedado delegar atribuições, e o cidadão investido na função de um deles não poderá exercer a de outro, em ambos os casos, ressalvadas as exceções constitucionalmente previstas (art. 5.º e seu parágrafo único, da Const. de 67): assim, o juiz pode ser professor, cargo do Poder Executivo (cf. arts. 97, I, da Const. vigente).

III — A ADMINISTRAÇÃO PODE JULGAR EM CAUSA PRÓPRIA, NO DIREITO BRASILEIRO VIGENTE?

10. No campo do Direito Constitucional Brasileiro vigente, existe, igualmente, relacionada com a questão em pauta, outra norma, básica, já contida no *art. 141, § 4.º, da Constituição Federal de 1946*, e reproduzida na atual de 1967, em seu artigo 150, § 4.º, *ipsis verbis*:

(*) A Const. de 34 (art. 3.º) empregava o termo "coordenados".

“A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual”.

As Constituições anteriores já citadas, quais sejam a Imperial de 1824, e as Republicanas de 1891, e de 1934, eram omissas, embora com relação às duas últimas fôsse o princípio inerente à sua própria sistemática; e a de 10 de novembro de 1937, pelo contrário, nem expressa, nem implicitamente, adotava o mesmo princípio, deixando sem proteção judicial certos direitos individuais, ou facultando à legislação ordinária fazê-lo.

A norma da Constituição vigente é a consagração do princípio do *juiz natural*, que, no particular, nos interessa na medida em que *significa que toda a função de julgar, na ordem jurídica brasileira, foi atribuída, com exclusividade, aos órgãos judiciais constitucionalmente previstos.*

Assim, “ninguém pode ser subtraído de seu juiz constitucional”. Autoridade competente para julgar é o órgão judiciário que a própria Constituição prevê.

Toda a jurisdição, ou seja, todo o poder de julgar, está reservado ao Poder Judiciário, não havendo qualquer resíduo de tal atribuição de que possam ser beneficiários os outros Poderes, órgãos ou departamentos do Governo.

O monopólio quase absoluto do Poder Judiciário Brasileiro só comporta exceções restritas e taxativas, expressamente previstas nas Constituições, mas que, tampouco, turvam a posição nítida de nosso sistema jurisdicional. Podemos citar o julgamento dos crimes de responsabilidade pelo Congresso, Assembléias Legislativas e Câmaras de Vereadores, certas atribuições do Tribunal de Contas.

11. O princípio da *ubiquidade da justiça*, no dizer de PONTES DE MIRANDA, contido no art. 141, § 4.º, da Constituição Federal Brasileira tem, por consequência, impedir a criação, pela lei ordinária, de instâncias administrativas ou parlamentares, cujas decisões, proferidas no respectivo processo administrativo ou inquérito parlamentar, uma vez preclusas, excluíssem o conhecimento da questão pelo Poder Judiciário.

Impede, também, a criação do *Contencioso Administrativo*, porquanto impõe o sistema de *unidade da jurisdição*, segundo o qual o Poder Judiciário conhece tôdas as questões contenciosas, inclusive aquelas nas quais o Estado é parte, conforme foi acentuado acima.

O fato, como já salientamos, de haver, no Poder Judiciário Federal e nos Estaduais, Varas, Câmaras, e até Tribunais especializados, em matéria de interesse por perdas jurídicas de Direito Público, como as Varas da Fazenda Pública, e o Tribunal

Federal de Recursos, não afetam a classificação do sistema jurisdicional brasileiro. Com efeito, todos, e até mesmo as justiças especializadas (como a militar, a eleitoral e a do trabalho) pertencem ao Poder Judiciário comum, a uma só unidade de jurisdição, não apenas porque a Constituição Federal e as Estaduais assim o dizem, como também porque estão tôdas encimadas por tribunais comuns de cúpula.

12. Como já foi indicado, existem, no Sistema Jurídico Brasileiro, o Poder Judiciário Federal e os Podêres Judiciários Estaduais (cf. art. 107 a 139 da Const. de 1967). (*)

O Poder Judiciário Federal compõe-se do *Supremo Tribunal Federal*, órgão máximo em nosso sistema judiciário e intérprete supremo da Constituição e das leis; do *Tribunal Federal de Recursos e dos juizes federais* — o primeiro com hierarquia imediatamente inferior ao Supremo Tribunal, e os segundos regidos pela recente Lei federal n.º 5.010, de 30 de maio de 1966 — que têm competência para as causas de interesse da União, constituindo com relação à maior parte de suas atribuições, Tribunal e juizes quase especializados no contencioso administrativo federal, mas dentro do Poder Judiciário comum, segundo o sistema de unidade de jurisdição; e de *Justiças especializadas* (não de exceção), que são os Tribunais e juizes militares, eleitorais, do Trabalho, que, dentro de suas competências expressas na Constituição e leis ordinárias, controlam algumas espécies de atos administrativos.

Os Podêres Judiciários Estaduais compõem-se de *Juizes de primeira instância* (alguns, muitas vezes, especializados em causas de interesse do Estado e Municípios, como os da Fazenda Pública) e do *Tribunal de Justiça*, podendo a lei estadual de organização judiciária criar *Tribunais de Alçada* Intermediários.

13. O contrôle jurisdicional da legalidade da Administração Pública, no Direito Brasileiro, opera-se quer através dos remédios processuais comuns (ações ordinárias, especiais, medidas preventivas etc.), se bem que com certas adaptações, e privilégios em favor da Fazenda Pública (quanto a prazos, vedação a penhora, recursos de ofício etc.), quer através de remédios específicos para a fiscalização dos atos das autoridades públicas, como o *habeas-corpus* — que protege a liberdade de locomoção — e o *mandado de segurança* — que protege outros direitos líquidos e certos (cf. art. 150, §§ 20 e 21 da Constituição Federal; arts. 647 e segs. do C. Processo Penal; Lei n.º

(*) No Distrito Federal, a Justiça, de competência local, como Poder autônomo também, organizada à semelhança à dos Estados, é, no entanto, constituída de juizes pagos pelos cofres federais.

1.533, de 31-12-1951; Lei 4.166, de 4-12-1962; Lei 4.348, de 26-6-1964; Lei 5.021, de 9-6-1966).

Como forma de contrôlo jurisdicional da atividade administrativa, temos, também, as hipóteses em que a própria Administração Pública tem de recorrer, como autora, ao Poder Judiciário, para efetivar seus direitos, o que nos interessa, sobretudo, no presente trabalho, e será estudado, de modo aprofundado, oportunamente, na letra *b* do título IV.

13a. Há, no Direito Brasileiro em vigor, algumas hipóteses, embora raras, de imunidade da ação administrativa ao contrôlo jurisdicional, como é o caso da *prisão militar*, para a qual não cabe *habeas-corpus* (art. 141, § 30, da Const. Fed.). Por força do art. 173 da Const. de 67, estão excluídos da apreciação judicial alguns atos revolucionários.

14. Mas a Administração Pública Brasileira também decide, em causa própria, quando, na *instância administrativa*, inicia, movimenta e julga os *processos administrativos*.

Ocorre, porém, que, em função do princípio acima indicado, a coisa *judgada administrativa* não impede o recurso do prejudicado à via judicial.

Aliás, inexistente, até mesmo, a obrigatoriedade da provocação prévia da instância administrativa, não vigendo, em geral, o princípio chamado da *exaustão da instância administrativa*, ao contrário do que ocorre em outros sistemas jurídicos.

No Brasil, quando se trata de administrado não pertencente aos quadros da Administração, a desnecessidade da referida exaustão é princípio assente, cabendo lembrar, porém, a exceção no tocante ao mandado de segurança, abaixo considerada.

É claro que a regra do art. 150, § 4.º, da Const. Federal já examinada não impede que a legislação ordinária venha a adotar, para os particulares em geral, ou em outros casos específicos, o princípio da obrigatoriedade da exaustão.

Na prática, o recurso preliminar às vias administrativas é, em geral, usado pelos interessados, salvo quando se trata de casos de urgência em que caibam ações judiciais específicas contra o abuso do poder administrativo, como às hipóteses de uso dos já referidos *habeas-corpus* e do *mandado de segurança*, com a ressalva abaixo.

Em verdade, quanto a êste, cumpre considerar que não será o mesmo admitido, se do ato impugnado couber recurso administrativo, com efeito suspensivo, independente de caução. É esta uma hipótese, pois, limitada, é verdade, ao âmbito de incidência do mandado de segurança, em que há a obrigatoriedade de recurso prévio à instância administrativa. É claro que o interessado poderá preferir a via ordinária e, neste caso, não estará sujeito à exigência em tela.

No que se refere aos servidores públicos o antigo Estatuto dos Funcionários Públicos Civis da União (Decreto-lei n.º 1.713, de 28-10-1939), em seu art. 223, estabelecia a obrigatoriedade de esgotamento dos recursos da esfera administrativa, o que o atual (Lei n.º 1.711, de 28-10-1952) não faz. (*)

15. As instâncias, os tribunais administrativos são órgãos da Administração Pública e não têm, pois, poderes jurisdicionais.

“Na administração”, como salienta JOSÉ FREDERICO MARQUES (*Instituições de Direito Processual Civil*, vol. I, Forense, 1.ª ed., 1958, pág. 279), “a lei é aplicada em função dos interesses do próprio poder administrativo. E, se há litígio entre a administração e o particular, aquela atua no exercício de autodefesa de seus interesses, e não como órgão que se coloque fora e acima do litígio”.

Mesmo quando a administração pública estabelece procedimentos análogos aos jurisdicionais, “faltam caracteres formais da jurisdição, como a independência do órgão julgador e a força da *res judicata* do pronunciamento final”.

16. Por outro lado, é princípio, absolutamente pacífico, na doutrina e jurisprudência brasileiras, o da possibilidade de *revisão dos atos administrativos*, tornando mesmo para a própria Administração Pública restritos os limites de coisa julgada administrativa.

Por motivos de *mérito* (**) (respeitados, neste caso, os direitos adquiridos e as situações jurídicas definitivamente consolidadas), a Administração Pública pode *revogar* atos legítimos; por motivos de legalidade, pode *anular* os atos viciados que tiver praticado.

A propósito da *anulação*, pela própria Administração Pública, de seus atos ilegais, devemos mencionar a classificação de atos administrativos, segundo a invalidez.

(*) Julgamos, ao contrário de HELLY LOPES MEIRELLES (*Direito Administrativo Brasileiro*, 1964, Ed. Rev. dos Tribunais, pág. 225), que a matéria não é de Direito Processual, da competência da União, mas administrativa, podendo ser estabelecida pelo legislador local, no respectivo Estado (cf. DARCY BESSONE, *Poder de Polícia*, in *Revista dos Tribunais*, págs. 49 e segs.; CAIO TÁCITO, *O controle judicial e a exaustão da instância administrativa*, na *Revista de Direito Administrativo*, vol. 41, pág. 256).

(**) O *mérito* é a medida do *poder discricionário*, que, por seu turno, constitui a faculdade outorgada à Administração, para, através da apreciação dos motivos, escolher o *objeto* e a *forma* do ato administrativo, exceto se já estabelecidos em lei.

Compreende os aspectos de conveniência e oportunidade da atuação administrativa.

Neste campo, a Administração tem o julgamento incontestável destes critérios, não sendo suas decisões, no particular, passíveis de controle por outro Poder.

Na França, os autores apresentam a seguinte tricotomia: *atos inexistentes, nulos e anuláveis*.

Os primeiros são os eivados de vícios evidentes e incontestáveis. Daí, poder ser a inexistência declarada pelos juizes judiciários, sendo esta a vantagem da teoria, em país no qual existe o Contencioso Administrativo, pois evita que se tenha de submeter ao mesmo esta preliminar. Por isto, sustentam autores brasileiros a impertinência de sua aplicação, no Brasil, país de unidade jurisdicional.

A inexistência nada mais seria do que um grau extremo de nulidade, seguindo, por isto, o regime desta, abaixo exposto.

Acentuam êstes administrativistas brasileiros que seria esdrúxulo e perigoso existir uma classe de atos administrativos para os quais não vigorasse a presunção de legitimidade e, conseqüentemente, não fôsse de respeito obrigatório pelos administrados, que julgariam de sua invalidez, e, assim, estariam fazendo justiça por si mesmos.

Os *atos nulos* são os contaminados por vícios referentes aos cinco elementos essenciais do ato administrativo, vícios êstes que são os seguintes: a incompetência, o vício de forma, a ilicitude do objeto (os três compõem a *ilegalidade extrínseca*), a existência de fato ou de direito dos motivos e o desvio de poder ou de finalidade (*ilegalidade intrínseca*).

Como se costuma assinalar, a rigor, em Direito Público, tôdas as nulidades são absolutas, pois que a Administração Pública não pode omitir-se, diante de uma ilegalidade, devendo anular o ato.

A categoria da *anulabilidade*, em Direito Administrativo, tem, destarte, um sentido próprio, diverso da do Direito Privado. Refere-se a atos sanáveis, embora viciados, por fôrça de circunstâncias excepcionais, que correspondem à aplicação de *teorias do erro comum e do funcionário de fato*: atende-se melhor ao interesse público, mantendo-se o ato, do que anulando-o.

Em certo momento, doutrina e jurisprudência, imbuídas, ainda, da orientação civilista, entenderam diferentemente a *nulidade* e a *anulabilidade*, sustentando e decidindo que, com relação à primeira, a Administração Pública podia agir por si mesma, enquanto, na segunda hipótese, teria de recorrer ao Judiciário. Evoluíram, porém, e em todos os casos, a Administração pode e deve, por si mesma, anular atos ou considerá-los convalidados.

Finalmente, há os *atos simplesmente irregulares*, com senões de ordem formal, que a Administração deve corrigir, para ajustá-los à plena licitude jurídica.

Assim, podemos ver que êste poder da Administração, de rever seus próprios atos, é uma importante manifestação de au-

totutela de seus interesses e de preservação da legalidade, da moralidade e da eficiência administrativas. Notadamente, quando se trata de *anulação* de atos ilegais, é um modo, dos mais expressivos, pela qual a Administração Pública faz justiça por si mesma, sem precisar recorrer a outro Poder.

17. No Brasil, dentro do fenômeno que se verifica, em todo o mundo, é enorme o número e a variedade de instâncias administrativas, abrangido o contencioso fiscal.

Outrossim, como é verificável, até mesmo em países nos quais é tradicional a defesa dos direitos e garantias individuais, como a Inglaterra e os Estados Unidos, desenvolvem-se, inclusive, as instâncias administrativas com poderes *quase-judiciais*, isto é, cujas decisões, sob certos aspectos, mormente o técnico (pelo fato de a atividade administrativa tornar-se sempre mais complexa e especializada), têm um caráter definitivo e obrigatório, mesmo para o Poder Judiciário.

Este fato não subverte, contudo, o sistema jurisdicional brasileiro, pois que tais órgãos e organismos continuam com a natureza administrativa, sem poderes jurisdicionais propriamente ditos.

Cabe citar, a propósito, os exemplos abaixo.

Em primeiro lugar, podemos indicar o *Tribunal Marítimo*, sobre o qual dispõe a Lei n.º 2.180, de 5 de fevereiro de 1954, alterada pela de n.º 3.543, de 11 de fevereiro de 1959, pela Lei n.º 5.056, de 29 de junho de 1966 e pelo Decreto-lei n.º 25, de 1/11/66.

Aquela lei, em seu art. 1.º, define o referido Tribunal, da seguinte forma:

“O Tribunal Marítimo, com jurisdição em todo o território nacional, órgão autônomo auxiliar do Poder Judiciário, vinculado ao Ministério da Marinha no que se refere ao provimento de pessoal militar e de recursos orçamentários para pessoal e material destinados ao seu funcionamento, tem como atribuições julgar os acidentes e fatos da navegação marítima, fluvial e lacustre e as questões relacionadas com tal atividade, especificadas nesta Lei”.

A peculiaridade do sistema, que dá importância fundamental às decisões deste órgão e limita o poder de revisão judicial, está contemplada nos arts. 18 e 19.

“As decisões do Tribunal Marítimo, nas matérias de sua competência, têm valor probatório e se presumem certas, sendo suscetíveis de reexame pelo Poder Judiciário, somente nos casos previstos na alínea *a* do

inciso III do art. 101 da Constituição (isto é, quando a decisão fôr contrária a dispositivo da Constituição, letra de tratado ou lei federal)”.

“Sempre que se discutir em juízo uma questão decorrente de matéria da competência do Tribunal Marítimo, cuja parte técnica ou técnico-administrativa couber nas suas atribuições, deverá ser juntada aos autos a sua decisão definitiva”.

Como pode ser verificado, não é, todavia, ferido o sistema judicial brasileiro, da unidade jurisdicional.

Alguns outros exemplos mais, como os das Turmas de Julgamento e da Comissão Executiva do Instituto do Açúcar e do Alcool, o do Conselho de Recursos da Propriedade Industrial, e outros órgãos que emitem decisões definitivas, não alteram, igualmente, como assinalamos, a classificação do sistema jurisdicional brasileiro, pois tais órgãos não pertencem a uma Justiça Administrativa: continuam sendo organismos administrativos, sem poderes jurisdicionais propriamente ditos.

18. Cumpre-nos focalizar, nesta ordem de idéias, como se tem orientado o Direito Brasileiro no tocante ao problema da possibilidade de o Estado submeter-se ao *juízo arbitral*.

O compromisso (arts. 1.037 a 1.048 do Código Civil) é o ato jurídico pelo qual as partes, em vez de recorrerem ao Poder Judiciário, escolhem juizes árbitros, para decidirem suas questões.

O *compromisso* é, muitas vezes, precedido da chamada *cláusula compromissória*, isto é, a constituição da obrigação de celebrar o *compromisso*.

Alguns juristas negam qualquer eficácia à *cláusula compromissória*. Outros consideram-na obrigação de fazer, que, sem os requisitos do compromisso, não leva à constituição do juízo arbitral, dando lugar a sua transgressão, porém, à responsabilidade civil por perdas e danos.

O *juízo arbitral* decorre do *compromisso* e é regulado pela lei processual (arts. 1.031 a 1.046 do Código de Processo Civil). É uma forma de privatização da justiça. Tradicionalmente, tem sido destinado a solucionar questões de ordem privada. No tocante às questões de Estado, é excluído, expressamente, da cobrança de dívidas fiscais (art. 59 do Decreto-lei n.º 960, de 17 de dezembro de 1938).

O problema surge no que se refere aos demais litígios em matéria administrativa.

Através dos tempos, tem-se dividido a opinião dos jurisconsultos brasileiros, uns favoráveis, outros contrários à admissão do compromisso, nesta esfera.

Citemos, aqui, a douta opinião de CARLOS MEDEIROS DA SILVA (parecer, como Consultor-Geral da República, na *Revista de Direito Administrativo*, vol. 31, págs. 489 e segs.), que conclui no sentido de que, não sendo suficientes para firmar compromisso os poderes para contratar e transigir, e envolvendo aquêlle alienação da competência para decidir na esfera administrativa e subtração da controvérsia ao conhecimento do Poder Judiciário pela forma comum, sòmente é possível à autoridade administrativa celebrar *cláusula compromissória* ou *pacto de compromisso* com apoio em lei especial de autorização.

Esta posição não é, porém, tranqüila, e, recentemente, assim decidiu o Tribunal Federal de Recursos (publ. no *D. da Just.* da União, de 1-6-65, fls. 1.250) :

“Juízo arbitral. Na tradição do nosso Direito, o instituto do juízo arbitral sempre foi admitido e consagrado, até mesmo nas causas contra a Fazenda. Pensar de modo contrário é restringir à autonomia contratual do Estado, que, como tóda pessoa *sui juris*, pode prevenir o litígio, pela via de pacto de compromisso, salvo nas relações em que age como Poder Público por insuscetíveis de transação.

Natureza consensual do pacto de compromisso. O pacto de compromisso, sendo de natureza puramente consensual, não constitui fôro privilegiado nem tribunal de exceção, ainda que regido por lei específica.”

Parece-nos ser esta, com efeito, a melhor posição, pois a capacidade para firmar *compromisso* é a de *contratar* (art. 1.037 do Código Civil). Outrossim, ao *compromisso* se aplica, na medida do possível, o disposto acêrca da *transação* (*ib.*, arts. 1.048; e 1.025 e 1.036). Ora, a autoridade administrativa (não, seus representantes judiciais) tem competência para *contratar* e *transigir*.

Além disto, a menção expressa, já por nós vista, quanto ao executivo fiscal, parece indicar, *a contrario sensu*, a possibilidade do compromisso, em outras hipóteses.

Assim, parece-nos possível que a autoridade administrativa, não agindo *ius imperii*, firme *cláusulas compromissórias* e *pactos de compromisso*, sem autorização legislativa, nos moldes do acórdão acima transcrito.

IV — A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA FAZ JUSTIÇA POR SI MESMA

19. Além das hipóteses vistas no título anterior, cumpre salientar as a seguir focalizadas.

a) *A auto-executoriedade dos atos administrativos unilaterais.*

20. Devemos considerar que, em regra geral, um particular não pode, mercê, unicamente, de sua vontade, alterar o patrimônio jurídico de outrem, sem o consentimento dêste (cf. JEAN RIVERO, *in Droit Administratif*, Dalloz, 1962, pg. 85).

Ora, a Administração Pública pode, legitimamente, fazê-lo, sendo-lhe facultado estabelecer, unilateralmente, para seus jurisdicionados direitos e obrigações, sempre, evidentemente, dentro dos limites da legalidade.

Ainda mais: se os administrados desobedecerem a êstes atos, a Administração Pública, na maioria dos casos, pode tornar efetivo seu direito, sem precisar recorrer ao Poder Judiciário.

O *ato administrativo unilateral* é, pois, aquêlo produto de uma só vontade. Através dêle, a Administração Pública pode modificar, por sua única vontade, situações jurídicas, sem o consentimento dos atingidos pelo ato.

Várias são as espécies de *atos administrativos unilaterais*, tais como os *gerais* (*normativos e ordinatórios*) e *especiais* (*negociais, enunciativos e punitivos*).

Êstes atos, salvo os *enunciativos*, têm o atributo da *imperatividade* ou *obrigatoriedade*, isto é, a qualidade da coercibilidade, quanto a seu cumprimento ou execução, impondo seu fiel atendimento.

Ora, se isto não ocorre, o inadimplente sujeita-se à execução forçada pela própria Administração, se se tratar de *atos executórios* ou *auto-executáveis*, ou pelo Judiciário — a que terá de recorrer aquela —, quando estiverem em pauta atos *não-executórios*.

Neste último caso, o procedimento da Administração é semelhante ao do particular que, lesado em seu direito desrespeitado por terceiro, tem de recorrer ao Judiciário, para tornar aquêlo efetivo.

A *auto-executoriedade* constitui uma das características fundamentais da maior parte dos *atos administrativos unilaterais imperativos*. (*)

É a chamada *execução forçada na via administrativa*, que consiste em uma *via jurídica* especial, própria do ato administrativo, fazendo a Administração prescindir da *declaratio juris* pelo Poder Judiciário.

(*) FLÁVIO BAUER NOVELLI (*Eficácia do Ato Administrativo, in Rev. de Dir. Adm.*, vol. 61, pág. 36) defende a tese de que "a executoriedade é, antes de tudo, um poder que a lei atribui a certas autoridades administrativas, e não precisamente um predicado dos atos dessas mesmas autoridades".

A *executoriedade*, e, daí, sua importância para êste estudo, é manifestação do poder de *autotutela* da Administração Pública, pelo qual esta tem a possibilidade de realizar, coativamente, o provimento, no caso de oposição do sujeito passivo.

21. A *execução forçada por via administrativa* pode ser precedida de autorização legal expressa (cf. SEABRA FAGUNDES, in *O Contrôlo dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*, 1957, *Forense*, págs. 248 e 249; FLÁVIO BAUER NOVELLI, in *Eficiência do Ato Administrativo*, in *Rev. de Dir. Adm.*, vol. 61, págs. 38 a 40) ou implícita (MACHADO GUIMARÃES, in *Comentários ao Código de Processo Civil*, *Forense*, 1942, págs. 214 e segs.). Outrossim, as hipóteses em que há necessidade de recorrer ao Judiciário, como veremos adiante, sempre vêm previstas em lei.

Assim, considerando-se o poder discricionário da Administração Pública, que faculta à mesma certas opções, quando sua atividade não estiver vinculada por lei; tendo-se em vista que a Administração age, segundo um regime de *liberdade vigiada*, podendo fazer tudo aquilo que não esteja proibido em lei, ou por esta previsto de forma diversa; parece-nos, sempre que não esteja legalmente estabelecido o recurso ao Judiciário, poder a Administração recorrer à *execução forçada*, mormente quando fôr inclinável e premente a obtenção do resultado.

Como acentua o douto MACHADO GUIMARÃES (*ob. cit.*), “desde que o conteúdo do ato administrativo consista em uma obrigação de fazer ou de não fazer, pode, em regra, o próprio órgão administrativo promover a respectiva execução direta, sem necessidade do acerto prévio da obrigação, de acôrdo com as normas do processo civil”.

22. O processo executório efetiva-se, principalmente, por intermédio de *meios diretos*. (*)

Os meios diretos de coerção administrativa visam a obter a própria prestação exigida do administrado, ou, se isto fôr impossível, outra equivalente. Isto pode efetivar-se de três maneiras: realização da prestação devida pelo obrigado ou por terceiro; conversão de uma prestação em outra; apreensão de coisa.

Como exemplos concretos, podemos citar: a prestação forçada do serviço militar; internamento coativo em leprocômio; vacinação forçada; dispersão violenta de reunião proibida; efetivação da obra de saneamento em prédio particular, por agentes da Administração, quando o proprietário se negue a fazê-lo; a obrigação muda de natureza, pois êste passa a ser devedor do valor

(*) Cf. SEABRA FAGUNDES em sua obra já citada, *O Contrôlo dos Atos Administrativos, pelo Poder Judiciário*, fls. 242 e segs. — Consulte-se, também, FLÁVIO BAUER NOVELLI, *ob. cit.*, págs. 39 e 40.

gasto para a feitura da obra (cf. § 5.º, do art. 4.º do Decreto-lei 8.938, de 26 de janeiro de 1946); apreensão de substâncias tóxicas ou de mercadorias contrabandeadas.

Além dos *meios diretos* acima enumerados existem os *meios indiretos*, que são processos de coerção relativa que têm por finalidade forçar, por vias oblíquas, o devedor à obediência.

É claro que a *execução forçada* administrativa pròpriamente dita é a que se realiza através dos *meios diretos*, que visam a obter o mesmo resultado prático que se teria obtido, se o devedor tivesse cumprido, voluntariamente, a obrigação, ou, pelo menos, resultado equivalente. Já as *medidas de coerção indireta*, aplicáveis diretamente pela própria Administração, e, portanto, executórias, salvo as de ordem pecuniária, como as multas, conforme veremos, mais adiante, visam, pròpriamente, a reforçar a execução forçada e a punir as infrações consistentes no descumprimento de ato administrativo unilateral imperativo.

Como hipótese de meios indiretos mais freqüentes temos: conversão de obrigação de fazer ou não-fazer em obrigação de dar, sujeitando o patrimônio do obrigado aos interesses do Estado, como é o caso da multa; perda de certos direitos e privilégios, em geral utilizada na transgressão das obrigações de fazer; proibição do exercício de certos direitos, enquanto não satisfeita a obrigação.

O citado SEABRA FAGUNDES, à pág. 253, alude a uma hipótese interessante, excepcional no Direito Brasileiro. Com efeito, não é comum a Administração suscitar o contrôle *a posteriori*, ou seja, depois de obtida, por si mesma, a prestação desejada. Há, entretanto, hipótese em que isto se torna obrigatório por lei. É o caso previsto no Decreto-lei n.º 891, de 25 de novembro de 1938; art. 29, § 4.º, lei de fiscalização de entorpecentes, pela qual a Administração Pública pode internar o toxicômano em estabelecimento próprio, mas a título provisório, pois tem o dever de intentar o processo judicial competente, para tornar definitiva a internação. Justificam-se, em verdade, a *executoriedade*, pela urgência da medida, e o contrôle judicial, já que está em jôgo a liberdade individual.

Outra peculiaridade (pág. 245) é a relativa a certas hipóteses especialíssimas em que, por motivos de urgência, por exemplo, a execução forçada por via administrativa é possível, ainda que inexistindo oposição do interessado. É o caso da necessidade de demolição urgente de uma parede, com o fim de evitar a propagação de um incêndio, sem que os agentes da Administração tenham ouvido o proprietário.

23. A *executoriedade dos atos administrativos* tem fundamental importância, no exercício do *poder de polícia administrativo*, isto é, na faculdade que tem a Administração Pública de

disciplinar e limitar, em prol do interesse público adequado, os direitos e liberdades individuais (cf. CAIO TÁCITO, *O Poder de Polícia e seus limites*, in *Rev. de Dir. Adm.*, vol. 27, págs. 1 e segs.).

Age o Poder Público, neste campo, através de atos administrativos unilaterais imperativos que, desobedecidos, ensejam àquele a efetivação *manu militari* de seu respeito. Assim, para impedir a realização de comício proibido pela autoridade competente, os agentes da Administração Pública podem chegar ao uso da força física, em caso de resistência.

Como assinala o douto CAIO TÁCITO (loc. cit., pág. 11), “as decisões de polícia são, por natureza, executórias. A Administração tem a faculdade de recorrer a meios coercitivos para compelir ao cumprimento de suas determinações. A coação administrativa, desde que exercida moderadamente e dentro dos quadros legais, é meio essencial à realização do poder de polícia”. (*)

Também na área da *intervenção econômica do Estado*, que é manifestação atual do poder de polícia, os conceitos acima indicados são de suma importância. Destarte, pode a Administração Pública Federal lançar mão de expedientes administrativos executórios, tais como fixação de preços, requisições, intervenções etc. (**)

A Constituição Federal faculta, em seu art. 157, §§ 8 e 9, a intervenção da União na economia, e o seu monopólio de determinada indústria ou atividade através de lei especial, tendo por base motivos de segurança nacional ou a organização de setor que não possa ser desenvolvido com eficiência no regime de competição e de liberdade de iniciativa, e apresentando por limites os direitos fundamentais assegurados na Constituição. Cabe citar, a propósito, a Lei Delegada n.º 4, de 26 de setembro de 1962, que dispõe sobre a intervenção para assegurar a livre distribuição de produtos necessários ao consumo do povo; a Lei Delegada n.º 5, da mesma data, que organizou a Superintendência Nacional do Abastecimento (SUNAB), que é o órgão autárquico competente para a aplicação daquela; e Decreto-lei n.º 2, de 14 de janeiro de 1966, que autorizou a requisição de bens ou serviços essenciais ao abastecimento da população.

24. Os poderes de polícia ficam extremamente aumentados, durante o *estado de sítio*, (decretável por grave perturbação da ordem ou ameaça de sua irrupção e guerra) em que cresce, também, por conseguinte, a faculdade de a Administração Pública

(*) Veja-se, adiante, a exceção quanto à dissolução compulsória de sociedades. (Ver n. 31.)

(**) Veja-se, adiante, quanto a repressão ao abuso do poder econômico, a exceção focalizada no n. 32.

fazer justiça por si mesma, através de atos *unilaterais imperativos executórios excepcionais* (cf. arts. 152 e 156 da Cons. Federal).

O art. 152, § 2.º, estabelece quais as medidas coercitivas que podem ser tomadas, durante o estado de sítio e que são as seguintes: obrigação de residência em localidade determinada; detenção em edifícios não destinados a réus de crimes comuns; censura de correspondência da imprensa, das telecomunicações e diversões públicas, a suspensão da liberdade de reunião e associação; a busca e apreensão em domicílio; uso de ocupação temporária de bens das autarquias, emprêsas públicas, sociedades de economia mista, concessionárias de serviços públicos; suspensão do exercício do cargo, função ou emprêgo nas mesmas entidades.

O § 3.º do mesmo artigo estabelece que, a fim de preservar a integridade e a independência do País, o livre funcionamento dos Podêres, a prática das instituições, quando gravemente ameaçada por fatores de subversão ou corrupção, o Presidente da República, ouvido o Conselho de Segurança Nacional, poderá tomar outras medidas estabelecidas em lei.

O art. 156 apenas estabelece que a inobservância de qualquer das prescrições constitucionais relativas ao estado de sítio tornará ilegal a coação e permitirá aos pacientes recorrer ao Poder Judiciário.

Cumpra assinalar, assim, que o estatuído por êste artigo, a *contrario sensu*, evidencia a executoriedade dos atos administrativos praticados em função do período excepcional.

b) *As exceções à auto-executoriedade.*

25. Mas há, previstas em lei, hipóteses em que a Administração Pública não tem a seu favor a prerrogativa da *executoriedade*, tendo de, como qualquer particular, recorrer ao Judiciário, para tornar efetivos seus direitos. (*)

São, pois, casos de contrôle de atividade administrativa pelas autoridades jurisdicionais. (**)

(*) É evidente que, ao contrário do particular, a Administração Pública pode exercer a atividade constitutiva prévia, que lhe dá o título que a habilita a ingressar em Juízo.

(**) Dizer que tais atos *não-executórios* são dotados de *executoriedade imprópria* — distinguindo-os dos *executórios* — possuidores da *executoriedade própria* — (cf. MOACYR AMARAL SANTOS, in *As ações cominatórias no Direito Brasileiro* — págs. 266 e segs.) é, data venia, um equívoco técnico: em verdade, como bem acentua NOVELLI (loc. cit., pág. 37), a *executoriedade imprópria* nada tem a ver com a executoriedade administrativa, que “se realiza mediante um procedimento executivo da Administração”.

No Direito Brasileiro, estas hipóteses são as que a seguir enumeraremos.

26. De início, temos o caso da *desapropriação*. Em verdade, a Administração Pública pode declarar um bem particular de necessidade ou utilidade pública, ou do interesse social.

Mas, se não chegar a um acôrdo amigável com o proprietário do bem, não poderá obrigá-lo a aceitar o preço de avaliação estabelecido pelo Poder Público, nem efetivar, por seus próprios meios, a transferência do domínio: terá de ir a Juízo propor a competente ação de desapropriação, em que se fixe a prévia indenização constitucionalmente indispensável (cf. arts. 150, § 22; 157, §§ 1 a 6, da Const. de 67; Decreto-lei 3.365, de 21-6-1941, com suas modificações posteriores introduzidas pelos Decretos-leis 4.152, de 6-3-1942; 9.811, de 9-9-1946; e pela Lei 2.786, de 21-5-1956; Lei 4.132, de 10-9-1962; Lei n.º 4.504, de 30-11-1904).

É, aliás, perfeitamente justificável esta exceção, já que está em jôgo o direito de propriedade, um dos fundamentais dentre os constitucionalmente assegurados.

A propósito, discute-se muito, na doutrina e na jurisprudência brasileiras, diante do quadro constitucional e legal vigente, sôbre qual o momento em que se opera a transferência de propriedade do bem do patrimônio do expropriado para o domínio público: uns opinam pela ocorrência da transladação, quando a desapropriação é decretada; outros sustentam que a transmissão da propriedade se torna efetiva, com o pagamento da indenização; alguns, ainda, defendem a doutrina da imissão na posse; finalmente, há os que são pela doutrina do registro, isto é, a transcrição da sentença no Registro de Imóveis é que produziria a transferência dominical.

Estamos com EBERT CHAMOUN (*Perda e Aquisição da Propriedade do Bem Expropriado, in Rev. de Dir. Adm.*, vol. 76, págs. 476 e segs.), que, tendo em vista a exigência constitucional da prévia indenização, diz que “o momento em que o expropriado perde o domínio e o adquire o expropriante, não pode ser senão aquêle em que, subentendida a regular declaração da utilidade ou necessidade pública, ou do interesse social, a indenização é satisfeita por acôrdo ou, por processo judicial, tendo sido definitivamente fixada por sentença passada em julgado, é paga ao expropriado, ou consignada à sua disposição” (pág. 480).

É inevitável, porém, muitas vêzes, na prática, a transgressão, por parte da Administração Pública, dos princípios que regem o instituto da desapropriação. Daí a ocupação, de fato, por esta, de bem de particular, *animo domini*, sem o preenchimento dos requisitos acima indicados.

Ocorre, então, a chamada *desapropriação indireta*, ato ilícito da Administração, esbulho da propriedade particular, tanto as-

sim que os juros de mora sôbre a indenização estabelecida, posteriormente, pelo Judiciário, em ação contra aquela proposta pelo esbulhado, correm a partir da data da ocupação indevida, salvo se a perícia tiver atribuído valor atual ao imóvel, quando serão aquêles contados a partir desta (cf. *Súmula* n.º 345 do Supremo Tribunal Federal).

Convém, todavia, distinguir duas outras situações, em que a atuação da Administração Pública é legítima.

Em primeiro lugar, cumpre assinalar que, desde a declaração de utilidade pública, as autoridades administrativas estão autorizadas a penetrar nos respectivos prédios, inclusive *manu militari*. Tal direito é limitado ao trânsito indispensável a atos de avaliação, estudos topográficos, etc.

Outrossim, há a possibilidade de *imissão de posse provisória*, que só se efetiva, legitimamente, porém, após o pagamento de depósito, sendo, além disto, determinada pelo juiz, que opera, no particular, um controle direto.

É indispensável assinalar, por outro lado, a diferença entre a *desapropriação* e outro instituto, próximo, mas diverso, que é o *uso* (*), pelo Poder Público, da propriedade particular.

Também prevista na Constituição Federal, no mesmo parágrafo 22 do art. 150, o uso implica, apenas, transferência temporária da utilização de coisa particular (salvo, evidentemente, se esta fôr consumível), e não, como na desapropriação, translação do domínio.

Não exige indenização prévia, o que se explica, pelos próprios motivos que a justificam. Diz o citado dispositivo constitucional:

“Em caso de perigo público iminente, as autoridades competentes poderão usar da propriedade particular, assegurada ao proprietário indenização ulterior”.

É, pois, ao contrário da desapropriação, expediente eminentemente executório.

Finalmente, cumpre considerar as *servidões administrativas ou públicas*, que são ônus reais impostos pela Administração à propriedade particular. Podem ser instituídas por decreto, mas carecem, para sua efetivação, da obediência ao procedimento das desapropriações, por força do disposto no art. 40 do já citado Decreto-lei 3.365, de 1941. Se se tratar de servidão pública de aqueduto, ou para a realização de obras hidráulicas, transmissão e distribuição de energia elétrica, há processo especial (arts. 117

(*) A Const. de 46 (art. 141, § 16) aludia a *requisição*.

a 138 e 151 a 154 do Código de Águas — Decr. 24.643, de 19-7-1934, e Decr. 35.851, de 16-7-1954).

27. A Administração Pública também tem de recorrer ao Judiciário, na hipótese da *cobrança de sua dívida ativa*.

Através do ato administrativo próprio, que é o *lançamento*, a Administração Pública apura a procedência do crédito do Estado e a pessoa que lhe é devedora, e procede à respectiva escrituração a débito desta e a crédito do correspondente título ou rubrica do orçamento do exercício em decurso (cf. art. 142 do Regulamento do Código de Contabilidade Pública da União, art. 53, da Lei 4.320, de 17-3-1964).

Mas, se o contribuinte-devedor não pagar, a Fazenda Pública terá de propor a *ação executiva fiscal*, disciplinada pelo Decreto-lei n.º 960, de 17 de novembro de 1938, com alterações posteriores, como as do Decreto-lei 1.052, de 17-1-1939. Esclarece a segunda parte do *caput* do art. 1.º do citado diploma legal que “por dívida ativa entende-se, para êsse efeito, a proveniente de impostos, taxas, contribuições e multas de qualquer natureza, foros, laudêmios e alugueres; alcances e reposições”. (*)

De qualquer modo, há privilégio a favor da Administração Pública, quanto à presunção de liquidez e certeza concedida às suas dívidas ativas, desde que consistentes em quantias fixas e determinadas, e inscritas, regularmente, no livro próprio da repartição fiscal. Assim, a Administração faz prova de seus créditos, em seu próprio favor, através de ato unilateral.

É interessante assinalar, porém, que o privilégio da presunção de veracidade dos assentamentos e certidões administrativas, até prova em contrário, favorece o Poder Público, em qualquer ação.

28. Outra exceção ao princípio da *executoriedade* é a relativa à *aplicação das penas criminais*, exceção das mais importantes, pois referente à liberdade individual, direito fundamental assegurado pela ordem jurídica.

O Estado é o titular do direito de punir. (**) O *ius puniendi* estatal não é arbitrário, mas sujeito às normas e princípios jurídicos. É êle manifestação do *ius imperii*, constituindo um dos *direitos públicos subjetivos*.

Praticado um ilícito penal, nasce para o Poder Público o *direito de punir*, de aplicar a sanção competente ao violador do preceito respectivo.

(*) As dívidas provenientes do contrato serão cobradas, pela mesma forma, quando assim fôr convencionado.

(**) Nos crimes de ação privada, há, tão somente, um fenômeno de substituição processual.

Esta atividade penal, que é administrativa, por excelência, não é auto-executável, não mais havendo autodefesa, na esfera da atividade penal do Estado. () Assim, a pena só se aplica através do processo, que é um dos meios de se comporem os conflitos de interesses.*

Diante do ilícito criminal, a pena não pode ser imediata e automaticamente imposta pela Administração Pública: esta só tem competência para tomar certas medidas cautelares e preventivas, previstas em lei, no uso das atribuições de *polícia judiciária*, repressiva, que tem por finalidade precípua a apuração da ocorrência de ilícitos penais e sua respectiva autoria. Entre estas medidas, temos a prisão em flagrante, a busca e apreensão etc., sempre dentro dos limites constitucionais e legais (cf. art. 150, § 1.º da Const. Fed., sobre a inviolabilidade do lar). (**)

Daí, para a aplicação da pena, a necessidade da propositura da *ação penal*, através do órgão administrativo especializado, o *Ministério Público*. Forma-se, em Juízo, o *triângulo processual*: juiz, autor e réu.

É o *procedimento acusatório*, em que o juiz não tem qualquer função persecutória, ao contrário do que ocorria no sistema *inquisitivo*, no qual o juiz representava o interesse punitivo do Estado, sob a forma da autodefesa.

No Direito Brasileiro, há uma hipótese interessante: nas contravenções (delitos de menor importância, meio-térmo entre o ilícito administrativo e o penal), a autoridade policial administrativa e o próprio juiz podem agir *de ofício*, dando início, através de portaria ou auto de prisão em flagrante, perante si mesmos, à ação penal (arts. 17 da Lei de Contravenções Penais e 531 do Código de Processo Penal): (***) esta, todavia, posteriormente, passa pelo crivo do contraditório, aliás, garantia constitucionalmente assegurada (art. 141, § 25, última parte; cf., ainda, §§ 25, 1.ª parte, 26, 27, 28, 29, 30, 31 e 32, todos da Constituição Federal de 46; art. 150, § 16, última parte; §§ 12 e 14, todos da Carta de 67).

Dissemos acima que a autoridade administrativa *pode* e por *vêzes, deve, ex officio*, tomar certas medidas preventivas e cau-

(*) Cf. n.º 4 *supra*.

(**) Há, aliás, no Direito Brasileiro, em matéria de inquérito policial-militar (que abrange, atualmente, crimes militares, contra a segurança nacional, de economia popular), uma faculdade administrativa importante, do ponto de vista da liberdade individual: é a atribuída pelo art. 156 do Código da Justiça Militar a autoridades administrativas para ordenar a detenção ou prisão do indiciado, durante as investigações policiais, por determinado prazo.

(***) Este tipo de ação penal foi estendido, recentemente, aos crimes de homicídio culposo e lesões corporais culposas, por força da Lei 4.611, de 2 de abril de 1965, que teve por fim, principalmente, abranger os *delitos de automóvel*.

telares. Se se tratar de *prisão* ou *detenção*, esta terá de ser imediatamente comunicada ao juiz competente, que a relaxará, se não fôr legal, e, nos casos previstos em lei, promoverá a responsabilidade da autoridade coatora, havendo, ainda, a possibilidade do uso do *habeas-corpus* (§§ 12 e 20, do mesmo art. 150 da Const. Federal).

Aliás, a recente Lei n.º 4.898, de 9 de dezembro de 1965, regulou o *direito de representação e o processo de responsabilidade administrativa civil e penal, nos casos de abuso de autoridade*, entre as quais está a falta de comunicação acima indicada.

Dada a importância desse diploma legal, no que tange à atividade administrativa e aos direitos individuais, vamos reproduzir alguns de seus principais artigos, a saber:

“Art. 3.º — Constitui abuso de autoridade qualquer atentado:

- a) à liberdade de locomoção;
- b) à inviolabilidade do domicílio;
- c) ao sigilo da correspondência;
- d) à liberdade de consciência e de crença;
- e) ao livre exercício do culto religioso;
- f) à liberdade de associação;
- g) aos direitos e garantias legais assegurados ao exercício do voto;
- h) ao direito de reunião;
- i) à incolumidade física do indivíduo.”

“Art. 4.º — Constitui também abuso de autoridade:

- a) ordenar ou executar medida privativa da liberdade individual, sem as formalidades legais ou com abuso de poder;
- b) submeter pessoa sob sua guarda ou custódia a vexame ou a constrangimento não autorizado em lei;
- c) deixar de comunicar, imediatamente, ao juiz competente a prisão ou detenção de qualquer pessoa;
- d) deixar o Juiz de ordenar o relaxamento de prisão ou detenção ilegal que lhe seja comunicada;
- e) levar à prisão e nela deter quem quer que se proponha a prestar fiança, permitida em lei;
- f) cobrar o carcereiro ou agente de autoridade policial carceragem, custas, emolu-

mentos ou qualquer outra despesa, desde que a cobrança não tenha apoio em lei, quer quanto à espécie, quer quanto ao seu valor;

- g) recusar o carcereiro ou agente de autoridade policial recibo de importância recebida a título de carceragem, custas, emolumentos ou de qualquer outra despesa;
- h) o ato lesivo da honra ou do patrimônio de pessoa natural ou jurídica, quando praticado com abuso ou desvio de poder ou sem competência legal.”

29. Outra exceção ao privilégio da *executoriedade* é o da *ação de nulidade de patente de invenção e de marca de indústria e de comércio*, matéria essencialmente administrativa federal, mas que requer a propositura da competente ação, em certos casos, pela própria Administração, através dos Procuradores da República, ou pelo interessado (arts. 332 a 335 do Código de Processo Civil; cf. o Código de Propriedade Industrial, Decreto-lei 7.903, de 27-8-1945).

Em matéria de propriedade literária, científica e artística, é de se citar, também, o fato de que a *União ou o Estado podem obrigar o titular daquele direito a reeditar a obra, sob pena de desapropriação*. É caso de cabimento de *ação cominatória* (art. 302, X do Código de Processo Civil).

30. No campo do Direito Administrativo Disciplinar, outra exceção se abre à *executoriedade*.

Já vimos que, no Direito Brasileiro, os atos administrativos unilaterais punitivos são imperativos e, em geral, *executórios*. Focalizamos a exceção, quando se trata de multa contra administrado.

Quando se trata, porém, do *Direito Disciplinar*, isto é, do exercício do *poder disciplinar*, correlato com o *poder hierárquico*, e que é a faculdade conferida ao administrador público, para reprimir as infrações funcionais de seus subordinados, no âmbito interno da Administração, a *executoriedade* dos respectivos atos punitivos é quase absoluta.

Com efeito, a Administração apura as faltas disciplinares de seus servidores, através do chamado *processo administrativo disciplinar* (ou *inquérito administrativo*), ou mesmo, conforme a menor gravidade, de *meios sumários* (espécies do gênero *processo administrativo*), entendendo a jurisprudência ser sempre necessária a audiência do indicado (exigência que, por vezes, a lei estende para a *ampla defesa*, dentro do fenômeno de jurisdicionalização do procedimento disciplinar). Uma vez feita a

apuração, a Administração, *manu militari*, aplica as sanções que ela própria impôs: assim, ela mesma *repreende* o servidor, rompe o vínculo que o liga, no caso de demissão etc., sem precisar recorrer ao Judiciário. Até mesmo, no caso de *multa*, a própria Administração faz o desconto do vencimento que paga ao servidor, dentro dos limites legais.

Inclusive na hipótese de *responsabilidade civil do servidor*, por procedimento doloso ou culposo que implique prejuízo da Fazenda Pública, a indenização poderá ser líquidada, igualmente, sob a modalidade de desconto (cf. arts. 205 e seu parágrafo único, e 196 e segs. da Lei Federal 1.711, de 28 de outubro de 1952, Estatuto dos Funcionários Públicos Civis da União).

Mas, em se tratando de dano causado a terceiro, para que o funcionário responda perante ela, a Fazenda Pública terá de propor *ação regressiva* contra o mesmo, depois de transitar em julgado a decisão de última instância que houver condenado a Fazenda a indenizar o terceiro prejudicado (cf. art. 105 e seu parágrafo único da Const. Fed. e art. 187, § 2.º da Lei 1.711, já citada).

Outrossim, com relação a uma espécie de funcionários, os *vitalícios* (segundo o art. 98 da Const. Federal, somente o são os magistrados e os Ministros do Tribunal de Contas), a própria Constituição Federal impõe, na hipótese de demissão, a necessidade da propositura de ação judiciária, pois, só por sentença, podem os funcionários vitalícios perder o cargo (art. 103, I).

Em matéria disciplinar, a Administração Pública também tem que recorrer ao Judiciário para impor a servidor seu as sanções de *seqüestro* e *perdimento de bens*, nos casos de *enriquecimento ilícito*, por *influência ou abuso do cargo ou função* (art. 150, § 11, *in fine*, da Constituição Federal e Leis ns. 3.164, de 1.º de junho de 1957, e 3.502, de 21 de dezembro de 1958).

31. Outra exceção, em matéria de *auto-executoriedade dos atos administrativos*, é a prevista no § 28 do art. 150 da Constituição Federal, e que diz respeito ao *poder de polícia*.

O citado dispositivo garante, como um dos direitos individuais, a *liberdade de associação*.

No caso de *ilicitude dos fins* de uma associação, com abuso desta liberdade, a Administração Pública não poderá agir *manu militari*. Com efeito, estatui a segunda parte da citada norma que “nenhuma associação poderá ser dissolvida, senão em virtude de sentença judicial”. Assim, a Administração terá que, também neste caso, recorrer ao Judiciário, através da ação competente.

No nível da legislação ordinária, regulam a matéria o Decreto-lei n.º 9.085, de 25-3-1946 e art. 670 do Código de Processo Civil.

O art. 6.º daquele Decreto-lei estabelece que o Governo Federal pode suspender, por prazo não-excedente de seis meses, as sociedades ou associações que houverem adquirido personalidade jurídica, mediante falsa declaração de seus fins, ou que, depois de registradas, passarem a exercer atividades ilícitas, ou contrárias, nocivas ou perigosas ao bem público, à segurança do Estado e da coletividade, à ordem pública ou social, à moral e aos bons costumes.

Acrescenta o parágrafo único do mesmo artigo que, neste caso, os representantes judiciais da União (Ministério Público Federal) deverão propor, no Juízo privativo desta, a *ação judicial de dissolução*.

O art. 670 do Código de Processo Civil já acrescenta que “a sociedade civil com personalidade jurídica, que promover atividade ilícita ou imoral, será dissolvida por ação direta, mediante denúncia de qualquer do povo, ou do órgão do Ministério Público”.

32. Uma outra questão a ser estudada, nesta ordem de idéias acêrca das exceções ao princípio da executoriedade, no Direito Brasileiro, é a hipótese do art. 302, XI, do Código de Processo Civil, que estabelece:

“Art. 302 — A ação cominatória compete:

.....

XI — à União, ao Estado ou ao Município, para pedir:

- a) — a suspensão ou demolição de obra que contravenha a lei, regulamento ou postura;
- b) — a obstrução de vales ou escavações, a destruição de plantações, a interdição de prédios e, em geral, a cessação do uso nocivo da propriedade, quando o exija a saúde, a segurança ou outro interesse público.

Neste caso, a doutrina e a jurisprudência que nos parecem mais acertadas opinam no sentido de que êste dispositivo processual apenas faculta à Administração Pública a propositura da ação cominatória, sem o caráter de obrigatoriedade, pois, inclusive, pela própria natureza dos atos enumerados, a atividade administrativa estaria seriamente comprometida e dificultada, se o recurso ao Judiciário fôsse obrigatório, em tais casos. (*)

(*) Aliás, seria impossível, dentro do sistema jurídico federativo brasileiro, que a lei federal ordinária (sem matriz constitucional, pois) estabelecesse normas administrativas para Estados e Municípios. Nos casos

Aliás, este direito de opção outorgado à Administração Pública não é o único, no Direito Brasileiro. Podem ser citados, a propósito, os arts. 58 e 59 do *Código de Águas* (Decreto n.º 24.643, de 10 de julho de 1934), a saber:

“Art. 58 — A administração pública respectiva, por sua própria força e autoridade, poderá repor incontinenti no seu antigo estado as águas públicas, bem como o seu leito e margens, ocupados por particulares, ou mesmo pelos estados ou municípios:

a) quando essa ocupação resultar da violação de qualquer lei, regulamento ou ato da administração;

b) quando exigir o interesse público, mesmo que seja legal, a ocupação, mediante indenização, se esta não tiver sido expressamente excluída por lei.

Parágrafo único — Essa faculdade cabe à União, ainda no caso do art. 40, n.º II, sempre que a ocupação redundar em prejuízo da navegação que sirva, efetivamente, ao comércio.”

“Art. 59 — Se julgar conveniente recorrer ao juízo, a administração pode fazê-lo tanto no juízo petitório como no juízo possessório”.

32.A A Lei 4.137, de 10-9-1962, que, com base no artigo 148 da Constituição Federal, regula a *repressão ao abuso do poder econômico*, também estabelece exceção à autotutela administrativa.

Com efeito, apurado, através do competente processo administrativo, algum abuso do poder econômico, se os indicados “não cumprirem as determinações do CADE (Conselho Administrativo de Defesa Econômica, órgão encarregado da execução da lei em tela), no prazo fixado, *éste promoverá a execução judicial da decisão*, requerendo a intervenção de uma, algumas ou todas as empresas” envolvidas nas irregularidades (art. 47).

anteriores, só nas hipóteses de desapropriação e ação penal, a exceção à executoriedade abrange Estados e Municípios (sempre incluídos, na enumeração, o Distrito Federal e os Territórios, pessoas *políticas, também*), mas com raízes na Constituição Federal. Cf. MACHADO GUIMARÃES, obr. cit., págs. 233 e segs.; DARCY BESSONE, *Poder de Polícia*, in *Rev. dos Tribs.*, 210/40. Podemos citar, ainda, ac. do Supremo Tribunal Federal, in *Rev. Forense*, 124/439, a saber: “A tese de que o exercício, pelo poder administrativo, da ação cominatória, não impede a expansão da autotutela, é inteiramente cabível”. MACHADO GUIMARÃES mostra, outrossim, que é pacífica, hoje em dia, a aceitação da tese da admissibilidade da renúncia, pela Administração Pública, ao privilégio da autotutela.

Outrossim, no tocante à multa, sua execução obedecerá ao rito processual das ações executivas por dívidas fiscais.

33. Devemos considerar, finalmente, ainda que perfunctòriamente, que, por fôrça de dispositivo constitucional, ou, mesmo, da legislação ordinária, quer no âmbito federal, quer nas áreas locais — e com o objetivo de, em tais casos, ser a atividade administrativa controlada mais diretamente — a Administração Pública, algumas vèzes, não pode praticar, sòzinha, um ato administrativo; ou, outras vèzes, o ato carece de aprovação por outro órgão para ter eficácia.

No primeiro caso, estamos diante de um *ato administrativo complexo*, no qual as outras manifestações de vontade são necessárias à própria existência do ato. É o caso da nomeação de certos funcionários federais (p. ex. Ministros do Supremo Tribunal, Procurador Geral da República) cujos nomes são indicados pelo Presidente da República, passam pelo crivo do Senado Federal, para depois serem definitivamente nomeados (Const. Fed., art. 45, I).

Quanto à segunda hipótese, podemos citar, como exemplo, a manifestação sôbre as aposentadorias de funcionários públicos, pelo Tribunal de Contas (art. 73, § 8, da Const. Federal).

c) *Atos administrativos bilaterais.*

34. Também na execução dos atos administrativos bilaterais, em que há o concurso, em sentido oposto, das declarações de vontade do Poder Público e da outra parte, tal como ocorre nos *contratos administrativos*, a Administração pode fazer justiça por si mesma.

Em verdade, sempre buscando atender ao interêsse público, a Administração Pública pode e deve atuar, unilateralmente, estabelecendo modificações na execução do contrato ou impondo sanções ao co-contratante faltoso, sem precisar recorrer ao Judiciário.

Êstes expedientes são manifestações da capacidade da Administração Pública de fazer, quer de forma constitutiva, quer de modo repressivo, justiça por si mesma.

Assim, pode ela, em primeiro lugar, alterar, unilateralmente, as chamadas *cláusulas regulamentares de serviço*, impondo novos ônus ao co-contratante, desde que respeitada a *equação econômico-financeira* do contrato.

Coexistem, com efeito, nos *contratos administrativos*, cláusulas de duas naturezas: as *contratuais pròpriamente ditas*, inalteráveis por ato unilateral da Administração, correspondentes a uma situação de natureza subjetiva, e que abrangem, notadamente, os aspectos econômico-financeiros da avença; e as *regu-*

lamentares, correspondentes a situação de igual natureza, (*) e referentes às condições de execução do serviço contratado: são alteráveis por ato administrativo unilateral, a fim de que se adaptem às novas exigências técnicas, econômicas e sociais, não podendo, porém, modificar o objeto mesmo do contrato.

Já salientamos, todavia, que alterada uma cláusula regulamentar por *factum principis*, acarretando novos ônus para o co-contratante, está a Administração obrigada a compensá-los com o fornecimento de novos meios financeiros, para que não se frustre o equilíbrio econômico do contrato, que, como indicamos acima, constitui direito subjetivo de quem contrata com aquela.

Estes aspectos são especialmente importantes, quando se trata de execução demorada de vultosas obras públicas e nas concessões de serviços públicos.

35. Em favor da Administração Pública permanece, por outro lado, o direito de, a qualquer momento, *resilir* ou *rescindir unilateralmente* o contrato. É que, embora tenha contratado a respectiva execução com o particular, o Poder Público continua a ser o dono da obra, o titular do serviço público. Destarte, em prol do interesse coletivo, tem a Administração a faculdade de, a qualquer momento, tomar, diretamente, a respectiva execução, surgindo a figura da *encampação*.

Evidentemente, por força dos mesmos direitos econômico-financeiros que possui, o co-contratante tem direito a uma indenização, pela ruptura antecipada do contrato, sem que tenha concorrido com culpa.

Esta questão, que surge, principalmente, nas concessões, acarreta o problema da indenização, prévia ou ulterior, e, por conseguinte, o da imissão imediata, ou não, na posse dos bens vinculados à concessão, por parte da Administração Pública.

Muitas vezes, no próprio contrato de concessão, vem disciplinada a solução do problema, em geral no sentido de se assegurar prévia indenização, tornando-se necessária, na hipótese de não se chegar a um acôrdo, a propositura de ação judicial.

Aliás, a doutrina e a jurisprudência têm-se, igualmente, orientado neste sentido. Diz, por exemplo, CAIO TÁCITO que “a indenização prévia é concebível na encampação, quando o contrato bem executado cessa, prematuramente, pela vontade da Administração” (*in* Revista de Direito Administrativo, vol. 52, pág. 346).

(*) Aliás, a Administração Pública tem a faculdade de alterar, unilateralmente, situações estatutárias ou regulamentares, como as dos funcionários públicos, dos usuários dos serviços públicos.

Alguns administrativistas brasileiros opinam que a *encampação* deverá obedecer ao procedimento da *desapropriação*. Outros afastam, por completo, os dois institutos. Em verdade, o Poder Concedente pode optar entre *encampar* ou *desapropriar*, expedientes diversos, o que nos parece mais acertado.

Na prática, muitas vezes, os objetivos da *encampação* têm sido atingidos através da *compra e venda* entre Concedente e Concessionário.

36. A Administração Pública, como já foi adiantado, pode e deve impor, outrossim, unilateralmente, ao co-contratante penalidades que foram devidas por faltas dêste, desde a simples *advertência*, *multa* (que é, imediatamente descontada da *caução* depositada pelo co-contratante), *intervenção*, e chegando até à própria *rescisão* ou *caducidade* do contrato.

Neste último caso, que se distingue, pois, frontalmente, da *encampação*, tem sido entendido, com acêrto, que “parece, *data venia*, mais adequado à natureza publicística do serviço que o Estado possa retomá-lo ao concessionário incapaz, sem embaraço, de que se liquidem, *a posteriori*, eventuais perdas e danos, ou indenizações patrimoniais” (CAIO TÁCITO, *ib.*, pág. 345). (*)

37. Deve ser, por outro lado, assinalado que tais hipóteses não se confundem com a revogação de atos unilaterais da Administração Pública, que outorgam, a título precário (sendo, portanto, revogáveis *ad nutum*), *permissão* ou *autorização* para o exercício de atividades, ocupação de bens do domínio público, e até mesmo, prestação de serviços públicos, ou admitem servidores de certas classes no exercício de função pública (interinos, dirigentes de autarquias etc.).

Nestes casos, cabe ao Poder Público a cessação unilateral e executória da *permissão* ou *autorização*, ou a *exoneração* do servidor. Exige-se, em certos casos, a motivação da medida (como é o caso da cassação de alvará de funcionamento de casas comerciais).

d) *A Administração Pública faz justiça por si mesma, dentro de si mesma.*

38. Dentro da própria Administração Pública, há a possibilidade de um de seus órgãos fazer justiça, por si mesmo, ou com relação a outro, ou com referência a seus próprios servidores.

(*) É interessante observar que, no contrato entre a Prefeitura do antigo Distrito Federal e a Companhia Telefônica Brasileira (cláusula XXIV), exige-se a declaração de rescisão por via judicial, cabendo ao Judiciário fixar as condições da passagem do acêrvo da Companhia para o Poder Público. Outrossim, só na hipótese de cessação total do serviço, caberia àquele requerer *initio litis* a sua imissão provisória na empresa.

No tocante a êste último aspecto, já vimos as hipóteses em que a Administração Pública pode fazer, por si mesma, justiça contra seus servidores, ou quando tem de recorrer ao Judiciário.

Quanto ao primeiro aspecto, cabe destacar, inicialmente, que, no exercício do *poder hierárquico*, a Administração ordena e obriga ao cumprimento de suas determinações, fiscaliza seu cumprimento, revê os atos dos inferiores, delega e avoca atribuições, sem, é claro, precisar recorrer a outro Poder.

39. Existe, outrossim, o instituto da *tutela administrativa*, exercida pela Administração Direta sôbre a Administração Descentralizada.

A *tutela*, que se situa no meio têrmo, entre a hierarquia interna da Administração e a simples fiscalização desta sôbre os particulares, enseja ao Estado controlar, supervisionar, julgar, quanto à legalidade e ao mérito, e punir, no caso de ilicitude, a atividade das demais pessoas jurídicas de direito público que criou (autarquias, fundações, emprêsas públicas). Uma das manifestações mais interessantes neste campo é a faculdade de exoneração *ad nutum* de dirigentes destas pessoas administrativas, já vista.

O contrôle tutelar exerce-se, também, na parte financeira, com a aprovação, ou não, de orçamentos, balanços etc.

Tôdas estas atribuições, a Administração as exerce, sem necessitar recurso a outra autoridade.

A título ilustrativo, cabe citar dois diplomas legais que disciplinam a *tutela*, no Direito Administrativo Brasileiro: um, da esfera federal, o Decreto-Lei n.º 200, de 25/2/67, art. 26; outro, do Estado da Guanabara, o Decreto n.º 93, de 1/11/1963.

e) *Pode a Administração fazer justiça por si mesma contra os demais Podêres?*

40. Compete-nos focalizar, agora, a questão de se saber se o Poder Executivo, que é o Poder Administrativo, por excelência, pode, por si mesmo, fazer justiça em caso de conflito com algum dos outros dois podêres, o *Legislativo* e o *Judiciário*.

Predomina, no Direito Público Brasileiro, o princípio da independência e harmonia dos podêres, quer no campo federal, quer no local (arts. 6, 10, IV, VII, *d* e *e*, da Const Federal).

Assim, em caso de litígio entre o Executivo e o Legislativo, cabe ao Judiciário decidir, devendo o Executivo, em princípio, cumprir as leis. Outrossim, ao Executivo cabe respeitar e cumprir as decisões judiciárias.

No caso de contrariedade a êste sistema, há conseqüências de ordem política (crimes de responsabilidade, intervenção do Governo Federal nos Estados) e criminais (crimes funcionais).

41. Mas há uma peculiaridade no sistema acima delineado.

Com efeito, uma das manifestações mais interessantes de a Administração Pública *fazer justiça por si mesma*, é a que diz respeito à sua faculdade de não cumprir as leis que julgar inconstitucionais.

A importância teórica e prática da matéria é evidente, e, por isto mesmo, tem sido amplamente discutida, na doutrina e na jurisprudência.

De início, por princípios de ordem jurídica (presunção de constitucionalidade das leis, prerrogativa do Judiciário de ser o julgador da constitucionalidade das leis, obrigação, formalizada mediante compromisso, no ato da posse, das autoridades e agentes da Administração, de cumprirem as leis formalmente legítimas) e razões práticas (perigo de impasse e choque entre os Podêres), negou-se tal faculdade; passou-se, porém, depois, a admiti-la, considerando-se que, acima do cumprimento das leis ordinárias, a Administração tem o dever de cumprir a Constituição. Por outro lado, não é ela um mero particular, ao qual, de qualquer forma, mesmo não lhe sendo dado deixar de cumprir a lei, se o fizer, por este motivo, poderá, na defesa em Juízo, alegar tal preliminar, que será aceita até mesmo pelo juiz da 1.^a instância.

Com muito mais razão, em se tratando do Poder Público, este tem direito a julgar da constitucionalidade daquilo que lhe está sendo determinado. Afinal, no caso, aquêle que terá praticado uma ilicitude, terá sido o Poder Legislativo.

É verdade que, pela Emenda Constitucional n.º 16, à Constituição de 46, foi acrescentada a possibilidade de representação contra inconstitucionalidade de lei ou ato de natureza normativa, federal ou estadual, encaminhada pelo Procurador Geral da República ao Supremo Tribunal Federal (nova redação da alínea *k* do art. 101, inciso I, da Const. Federal). O dispositivo foi mantido no art. 114, I, *l*, da Const. de 67. Assim existe, agora, a faculdade de a Côrte Suprema conhecer de ações diretas sôbre a constitucionalidade de leis em tese.

Vejamos como, doravante, doutrina e jurisprudência julgarão a influência desta nova norma sôbre o problema aqui focalizado, já que, agora, o Poder Público dispõe de uma ação para declarar a inconstitucionalidade de uma lei em tese.

V — CABE A AUTOTUTELA CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA?

42. Para encerrarmos o presente estudo, deveremos tecer algumas considerações, embora breves, acêrca da possibilidade,

no campo do Direito Administrativo, de o administrado ou o servidor público fazer justiça por si mesmo contra a Administração Pública.

É evidente que, em princípio, isto não é possível, não prevalecendo, neste campo, nem mesmo as exceções previstas, quando se tratam de litígio entre particulares, salvo aquelas situações mais graves, como as do estado de necessidade, legítima defesa.

Em geral, o particular ou o servidor terá de, em caso de violação de direito seu, recorrer ao Judiciário, lançando mão das ações cabíveis, comuns, ou especiais, para o contrôlo da Administração.

Outrossim, como já focalizamos, há a presunção de legitimidade dos atos administrativos que impõe obediência ao jurisdicionado. Este, nem mesmo na hipótese de inexistência, segundo corrente dominante no Direito Brasileiro, conforme já foi salientado, poderá, por si mesmo, julgar da ilegalidade do ato e deixar de cumpri-lo: é matéria que cabe ao Judiciário.

43. Há, porém, alguns aspectos peculiares, na matéria, que devem ser considerados isoladamente, e que ratificam os princípios acima expostos.

44. Nesta matéria cabe, por exemplo, o estudo da possibilidade de oposição da *exceptio non adimpleti contractus*, quando se trata de *contrato administrativo*, já que previsto está, no Código Civil, em seu art. 1.092, que, nos contratos bilaterais, nenhum dos contraentes, antes de cumprida a sua obrigação, pode exigir o implemento da do outro.

Podemos sintetizar o assunto, dizendo que, embora sejam escassas doutrina e jurisprudência acêrca do assunto, entende-se, no Direito Brasileiro (seguindo-se, no particular, principalmente, doutrina e jurisprudência francesas), que esta regra pode ser invocada pela Administração Pública, mas não pelo co-contratante contra ela, notadamente em função daquele princípio fundamental do serviço público, ínsito a todo contrato administrativo: o *princípio da continuidade*.

45. Pelas mesmas razões, não pode o concessionário, ou qualquer outro co-contratante, abandonar o serviço ou a obra, tal o prejuízo que isto acarretaria ao interesse público.

46. Igualmente, em função dos mesmos princípios, é vedada a greve nos serviços públicos e atividades essenciais, definidas em lei (art. 157, § 7.º, da Const. de 67).

47. Hipótese interessante é a de se saber se o servidor hierarquicamente inferior a outro pode julgar da legalidade das ordens emanadas dêste e, conseqüentemente, se as julgar ilícitas, deixar de cumpri-las, fazendo, destarte, justiça por si mesmo.

A orientação do Direito Brasileiro é a da corrente intermediária: o inferior deve cumprir as ordens de seu superior, *salvo as manifestamente ilegais*. Assim, tem aquêlé um certo poder de julgamento e a capacidade de, por si mesmo, deixar de cumprir as ordens recebidas (cf. art. 194, VII, da Lei n.º 1711 citada, Estatuto dos Funcionários Públicos Civis da União; e artigo 18 do Código Penal).

48. Finalmente, embora o assunto seja visceralmente político, mas com profundos reflexos administrativos, gostaríamos de abordar os *expedientes políticos* pelos quais os administrados podem obter da Administração Pública o que desejam, ou puni-la, pelo que não tenha feito ou o tenha, de forma errônea.

Quanto ao primeiro objetivo, atuam os chamados *grupos de pressão* que, seja no tocante a aspectos de legalidade, seja no que tange a facetas discricionárias da atividade administrativa, buscam influenciar e, até mesmo, coagir, a Administração Pública a satisfazer seus interesses (muitas vêzes, porém, ilegítimos), numa forma de autocomposição.

Na segunda hipótese, existe a *sanção política*, a derrota, nas urnas, do grupo que agiu mal no governo.

Enfim, cabe lembrar, nos casos de extrema gravidade, de opressões políticas e desmandos governamentais, há o debate acêrca da legitimidade do chamado *direito de resistência*, debate êste que escapa, no entanto, ao campo do presente estudo, que ora encerramos.