

PRESUNÇÃO DE LEGITIMIDADE DOS ATOS ADMINISTRATIVOS E TUTELA ANTECIPADA

Farlei Martins de Oliveira
Advogado da União
Professor de Direito Administrativo da
Universidade Cândido Mendes no Rio de Janeiro e da
Universidade do Estado do Rio de Janeiro-UERJ

SUMÁRIO: Introdução. 1 Ato Administrativo. 1.1 Conceitos. 1.2 Elementos. 1.3 Atributos. 2 Presunção de Legitimidade dos Atos Administrativos. 3 Controle dos Atos Administrativos. 3.1 Classificação. 3.2 Controle Jurisdicional. 4 Da tutela Antecipada. 4.1 Da Prova Inequívoca. 4.2 Da Verossimilhança da Alegação. Conclusão. Bibliografia.

INTRODUÇÃO

A investigação a que nos propomos no presente trabalho é o de analisar a possibilidade de concessão da antecipação da tutela, instituto previsto no art. 273 do Código de Processo Civil, para a invalidação de ato administrativo que traz consigo o atributo da presunção de legitimidade¹.

Deparamo-nos constantemente, na prática forense, com decisões judiciais que, sob o escólio do art. 273 do Código Processual, antecipam a prestação jurisdicional, com o objetivo de desconstituir ato administrativo presumidamente válido e eficaz, na maioria das vezes sem a oitiva do Ente Público e com base em provas insuficientes para afastar tal presunção.

Decerto que não estamos nos referindo a possibilidade ou impossibilidade de concessão de antecipação de tutela contra a Fazenda Pública, assunto este já decidido pelo Supremo Tribunal Federal², ainda que com grandes resistências doutrinárias³. Muito menos fazemos referência à

¹ Esse atributo possui várias denominações na doutrina, variando entre presunção de legalidade, de legitimidade, de veracidade..

² Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 04-DF, Relator Ministro SYDNEY SANCHES, julgado em 11/02/1998. O Tribunal, por maioria, deferiu, em parte, o pedido cautelar, para suspender, com eficácia *ex nunc* e com efeito vinculante, até final julgamento da ação, a prolação de qualquer decisão sobre pedido de tutela antecipada, contra a Fazenda Pública, que tenha por pressuposto a constituição ou a inconstitucionalidade do art. 1º da lei nº 9.494, de 10/9/97, sustando, ainda, com a mesma eficácia, os efeitos futuros dessas decisões antecipatórias de tutela já proferidas contra a Fazenda Pública, vencidos, em parte, o Min. Néri da Silveira, que deferia a medida cautelar em menor extensão, e, integralmente, os Mins. Ilmar Galvão e Marco Aurélio, que a indeferiam.

³ J.J. CALMON DE PASSOS, FRANCESCO COMTE, SÉRGIO BERMUDEZ entre outros. O fundamento reside especialmente no fato de que a sentença proferida contra entidades de direito público está sujeita ao reexame necessário, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal (art. 475, II, do CPC) e o de que não é admissível a

possibilidade ou impossibilidade de sindicabilidade do mérito do ato administrativo pelo Poder Judiciário, tema este já superado por toda a doutrina publicista⁴. A questão que se evidencia nesse momento tem um foco distinto e não abordado diretamente pela doutrina e pela Suprema Corte.

Com efeito, as decisões judiciais dessa natureza, além de acarretarem muitas das vezes, enormes prejuízos para o erário, desvirtuam o meio essencial de materialização da função administrativa, contraponto princípios e regras de direito material com normas de direito processual.

Tal circunstância coloca em discussão a problemática ora abordada, razão pela qual, antes de explorarmos a hipótese sugerida, consideramos necessária a realização de breves comentários sobre a natureza do ato administrativo, seus elementos e atributos, bem como a análise das conseqüências jurídicas da presunção *juris tantum* de legalidade, a fim de que sejam explicitados todos os fundamentos da teoria publicista do ato da Administração Pública.

Da mesma forma e com o intuito de melhor sistematizar o estudo, ativemo-nos na análise das formas de controle externo dos atos administrativos, notadamente o controle realizado pelo Poder Judiciário, por meio do processo ordinário.

E, finalmente, como corolário lógico, não poderíamos olvidar de comentar o instituto da antecipação da tutela, especialmente os requisitos essenciais para a sua concessão - "prova inequívoca" e "verossimilhança" - cotejando-os com o atributo da presunção de legalidade do ato administrativo.

1. ATO ADMINISTRATIVO

Para atingir os fins a que se propõe, e em virtude dos quais existe, o Estado necessita desenvolver uma série de atuações, manifestando sua vontade, traduzida na edição de atos e na concretização de fatos no mundo administrativo, denominados atos administrativos.

Essa concepção de ato administrativo só começou a ter sentido a partir do momento em que se tornou nítida as três funções do Estado.

O poder estatal embora seja uno e indelegável, desdobra-se em 3 funções básicas: normativas, jurisdicional e administrativa. E cada uma dessas

execução provisória de condenações impostas à Fazenda Pública, salvo em se tratando de decisões contra as quais foram interpostos os recursos extraordinário e/ou especial.

⁴ Em tempos passados, a jurisprudência brasileira, acompanhada pela doutrina tradicional, considerava que os atos discricionários e os atos políticos ou de governo não estariam submetidos a controle, no referente ao seu mérito (razões de conveniência e oportunidade que fundamentam a decisão do administrador). Como afirma DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO (1998:79), embora o núcleo de escolhas administrativas que atendam otimamente ao interesse público continue insindicável, os seus limites, não só podem como devem ser contrastados pelo Judiciário. Assim, o Poder Judiciário pode anular atos administrativos discricionários baseado no controle dos limites objetivos do exercício da discricionariedade.

funções é atribuída a um poder político do Estado: Legislativo, Judiciário e Executivo.

Porém, existe a possibilidade de algumas interferências de funções de um poder para outro, de modo a assegurar um sistema de controle (freios e contrapesos). Assim é que os poderes Legislativos e Judiciários exercem também funções administrativas, *v.g.*, as decorrentes do poder hierárquico e disciplinar. Do mesmo modo, o Executivo participa da função legislativa, quando dá início a projetos de lei, quando veta projetos aprovados pela Assembléia, quando adota medidas provisórias, com força de lei. O Legislativo também exerce funções judiciárias, como nos casos em que o Senado processa e julga o Presidente da República por crime de responsabilidade e os Ministros de Estado nos crimes da mesma natureza conexos com aqueles, ou quando processa e julga Ministros do STF, o Procurador Geral da República e o Advogado Geral da União nos crimes de responsabilidade⁵.

Denota-se, portanto, que a função administrativa não é exclusiva do Poder Executivo. Ainda que considerada uma função residual, de grande interesse para o presente estudo é o conhecimento da natureza jurídica da Administração Pública.

Os doutrinadores têm se valido de dois critérios para a definição de Administração Pública. Em sentido objetivo ou material, a Administração Pública abrange as atividades exercidas pelas pessoas jurídicas, órgãos e agentes incumbidos de atender concretamente às necessidades coletivas. Esse critério corresponde, portanto, à função administrativa atribuída preferencialmente ao poder Executivo. Essas atividades abrangem basicamente: fomento, polícia administrativa, serviço público e intervenção no domínio econômico⁶. Em sentido subjetivo ou formal, a Administração Pública abrange todos os órgãos integrantes das pessoas jurídicas políticas (União, Estado, Municípios e Distrito Federal), aos quais a lei confere o exercício de funções administrativas. São os chamados Órgãos da administração pública⁷.

Assim, a Administração Pública no exercício das funções administrativas atua por intermédio de suas ENTIDADES, de seus ÓRGÃOS PÚBLICOS⁸ e de seus AGENTES PÚBLICOS⁹. Quando a Administração

⁵ Art. 52, incisos I e II da CF/88.

⁶ Em linhas gerais, fomento abrange a atividade administrativa de incentivo à iniciativa privada e utilidade pública; Polícia administrativa compreende toda atividade de execução das chamadas limitações administrativas, que são restrições impostas por lei ao exercício de direitos individuais em benefício do interesse coletivo; Serviço público é toda atividade que a Administração Pública executa, direta ou indiretamente, para satisfazer à necessidade coletiva, sob regime jurídico predominantemente público; e Intervenção compreende a regulamentação e fiscalização da atividade econômica de natureza privada, bem com a atuação direta do Estado no domínio econômico, o que se dá normalmente por meio das empresas estatais. Cf. DI PIETRO (2002:59)

⁷ DI PIETRO (2002:61)

⁸ Órgãos Públicos são centros de competência instituídos para o desempenho de funções estatais, através de seus agentes, cuja atuação é imputada à pessoa jurídica a que pertencem. Cf. MEIRELLES (2001:62)

Pública atua por suas entidades de forma centralizada, surge a expressão Administração Direta. Quando atua por suas entidades de forma descentralizada, surge a expressão Administração Indireta¹⁰. Quando atua em associação ou parceria com a iniciativa privada surge a Administração Associada¹¹.

Lembre-mo-nos que, na linha do art. 37 da CF/88, há uma principiologia de regência obrigatória para a atividade administrativa, sendo que sua ausência compromete a própria eficácia do ato administrativo. São eles: princípio da legalidade¹², moralidade¹³, impessoalidade¹⁴, publicidade¹⁵ e

⁹ Agente público é toda a pessoa física que exerce função pública (administrativa, legislativa e jurisdicional) com ou sem vínculo empregatício com o Estado. São 3 as **espécies** de agentes públicos: **agentes políticos**: são os titulares dos cargos que compõem a estrutura governamental política do país. (Chefes dos Poderes Executivo, Ministros e Secretários de Estado, membros do Poder Legislativo, Magistratura, Ministério Público, Tribunal de Contas e representantes diplomáticos). Esses agentes não são regidos por Estatuto, e por conseguinte, não se subordinam às regras gerais relativas aos servidores públicos. O regime funcional dos agentes políticos é constitucional ou está previsto em lei complementar v.g.. Lei Orgânica da Magistratura. Nesse ponto, vale mencionar a oposição de MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO e CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO quanto à classificação dos Magistrados em agentes políticos; **Agentes administrativos (servidores públicos lato sensu)**: são todos aqueles que possuem vinculação estreita com a Administração Pública direta, indireta ou fundacional. Compreendem: **Servidores públicos estatutários**: sujeitos ao regime estatutário (civil ou militar) e ocupantes de cargos públicos; **Empregados públicos**: sujeitos ao regime trabalhista (CLT) e ocupantes de emprego público, ou seja, empregados pelos órgãos das empresas paraestatais (Empresa Pública e Sociedade de Economia Mista). Destaque-se a inovação trazida com a Lei 9962/2000, que admitiu a contratação de servidores para a Administração Pública direta, autárquica e fundacional sob o regime Celetista, em função da abolição do regime jurídico único (Emenda Constitucional 19/98); **Servidores temporários**: sujeitos a regime especial (contrato administrativo) e contratados por tempo determinado, exercendo função pública, mas sem estarem vinculados a cargo ou emprego público (art. 37, IX CF/88, regulamentado pela Lei 8745/93); **Agentes delegatários**: são todas as autoridades, ocupantes de cargo de chefia ou direção em empresa privada, investido em função pública, para o exercício de atribuições próprias do Poder Executivo v.g. titulares de cartórios não oficializados (notariais e de registro - art. 236 CF/88), os concessionários e permissionários de serviço público (Leis 8987/95 e 9074/95); **Agentes honoríficos**: são todos aqueles que, convocados em função de condições cívicas, prestam serviço público, com ou sem remuneração, v.g. leiloeiros públicos, jurados, convocados para serviço militar e eleitoral.

¹⁰ A divisão da administração pública em DIRETA e INDIRETA, deve-se, sobretudo, ao processo de descentralização administrativa implantada pelo governo revolucionário de 1967 e que culminou com a Edição do Decreto-Lei 200/67. Isto ocorreu no Brasil, como em diversas nações ocidentais, devido a excessiva concentração de atribuições nos órgãos de cúpula, o que contribuía, em última análise, para o retardo de decisões governamentais de importância.

¹¹ São pessoas jurídicas de direito privado, embora não integrando o sistema da Administração Indireta, atuam em associação com a Administração Pública. Alguns doutrinadores chamam de **terceiro setor**. Sua instituição decorre do processo de reforma e adaptação do Estado aos novos rumos impostos pela globalização econômica. O primeiro passo dessa reforma se deu com o Programa Nacional de Desestatização-PND (Lei 9491/97), que tem por objetivo afastar o Estado da posição de executor de certas atividades e serviços, concentrando a Administração Pública em atividades nas quais seja fundamental a presença do Estado em vista das prioridades nacionais (art. 1º). Corolário desse programa é a criação das Agências Reguladoras.

¹² Significa que toda a eficácia da atividade administrativa fica condicionada à observância da lei, ou seja, a Administração Pública só pode fazer o que a lei autoriza. Difere do particular que pode fazer tudo o que a lei permite e o que ela não proíbe (autonomia da vontade – art. 5º II CF/88). Por outro lado, a integral vigência do princípio da legalidade pode sofrer transitória constrição perante circunstâncias excepcionais mencionadas na própria Constituição, v.g., Medidas Provisórias (art. 62 e parágrafo único), Estado de Sítio (art. 136) e Estado de Defesa (art. 137 a 139). Situações gravíssimas que necessitam de atitudes enérgicas e imediatas.

¹³ Significa que os atos e atividades da Administração Pública devem pautar-se não só pelas leis, mas também na conformidade de princípios éticos, de boa-fé, com probidade administrativa. Segundo versa WEIDA ZANCANER (2001:11-12), apoiando-se em HENRI WELTER e HAURIUO, a moralidade administrativa nada mais é do que a obediência às regras de boa administração, entendida esta locução não em seu sentido comum, mas enquanto interpretação finalística do sistema jurídico, tendo em vista a missão à qual a administração pública está afeta, e associada às idéias de função e de interesse público. Importante distinção conceitual faz a mesma doutrinadora entre

eficiência¹⁶. Outros princípios são implícitos ou foram positivados, tais como: princípio da finalidade¹⁷, motivação¹⁸, razoabilidade¹⁹ e proporcionalidade²⁰.

moralidade administrativa e probidade administrativa, para quem a improbidade pode ser entendida como uma forma de moralidade administrativa qualificada, em outras palavras, a moralidade é gênero da qual a probidade é espécie.

¹⁴ Traduz a idéia de que a Administração Pública tem que tratar a todos os administrados sem discriminação e escolhas de qualquer natureza. Esse princípio também pode ser tido como indicativo da **imparcialidade**, de grande aplicação na função administrativa fiscal. Na lição de AURÉLIO PITANGA SEIXAS FILHO (*Princípios fundamentais do direito administrativo tributário: a função fiscal*. Rio de Janeiro: Forense, 2002), a função fiscal é aquela cometida a um órgão da administração fazendária, para arrecadar os tributos que a legislação tenha instituído, orientar os contribuintes como proceder corretamente para cumprir os seus deveres legais tributários, bem como todos os atos de administração tributária necessárias para cumprir, também, os seus respectivos deveres legais. Este atributo do órgão administrativo de poder exigir um determinado comportamento da pessoa em cumprimento a um dever legal é denominado de potestade ou dever-poder. Portanto, a atuação do órgão fiscal na cobrança dos tributos a seu encargo, não pode envolver qualquer interesse próprio das autoridades fiscais, nem é o exercício de um direito subjetivo do órgão fiscal, que, também, não é parte credora de uma relação jurídica. Por outro lado, essa função deve ser exercida pela autoridade em estrita obediência ao princípio da legalidade objetiva, agindo o fisco com integral imparcialidade no procedimento administrativo tributário. Nesse procedimento, o fisco persegue, a descoberta da verdade material, sendo portanto indiferente ao objeto do processo sejam os fatos apurados favoráveis, como por exemplo, a constatação do crédito tributário, ou desfavoráveis ao fisco, como por exemplo, na inexistência de débito ou ocorrência dos pressupostos para uma isenção tributária.

¹⁵ Obriga a divulgação dos atos e contratos administrativos, para conhecimento, fiscalização e controle. Se a Administração é pública, público deve ser tudo quanto pratique. Esse princípio admite exceções: segurança nacional (art. 5º, XXXIII CF/88), atos processuais reservados (art. 20, Código Processo Penal), segredo de justiça (art. 155, Código de Processo Civil), sessões secretas do legislativo, defesa da intimidade ou do interesse social (art. 5º, LX CF/88).

¹⁶ Consiste na busca de resultados práticos, de produtividade e de economicidade, a fim de não desperdiçar dinheiro público. Em outras palavras, o administrador tem o compromisso de encontrar a solução mais adequada economicamente na gestão da coisa pública. A violação desse princípio se manifesta, por exemplo, nos traçados de estradas feitos em desacordo com as técnicas básicas de engenharia; quando hospitais são sucateados, mas se iniciam a construção de outros; materiais de construção desperdiçados acintosamente.

¹⁷ Por força desse princípio a Administração Pública deve observar sempre a finalidade da lei, qual seja, o interesse público. Veda, portanto, os desvios em favor ou desfavor de pessoas ou grupos. O desvio de finalidade de um ato conduz à sua nulidade. Vide adiante item 1.2

¹⁸ Exige a indicação dos motivos (de fato e de direito) que levaram a Administração Pública a adotar determinada decisão. Assim, os atos praticados sem a suficiente motivação são ilegítimos e invalidáveis pelo Poder Judiciário. Sobre motivo e motivação do ato administrativo vide item 1.2 adiante.

¹⁹ É um mecanismo de controle da discricionariedade (oportunidade e conveniência) legislativa e administrativa. Por esse princípio os motivos que justificam determinado ato devem ser adequados e compatíveis com o interesse público. Segundo nos ensina WEIDA ZANCANER (2001:04), “um ato não é razoável quando não existiram os fatos em que se embasou; quando os fatos, embora existentes, não guardam relação lógica com a medida tomada; quando mesmo existente alguma relação lógica, não há adequada proporção entre uns e outros; quando se assentou em argumentos ou em premissas, explícitas ou implícitas que não autorizam do ponto de vista lógico, a conclusão deles extraída.” A jurisprudência do STF tem se utilizado desse princípio para invalidar discriminações infundadas, exigências absurdas e mesmo vantagens indevidas.

²⁰ Dá a entender que deva existir relação equilibrada entre o sacrifício imposto ao interesse do particular e à satisfação do interesse público. Em outras palavras, quando existir desproporção entre meio e o fim colimado pela Administração Pública haverá violação desse princípio. Podemos perceber que a razoabilidade e a proporcionalidade têm significados muito próximos. Por conta disso, alguns doutrinadores afirmam que a proporcionalidade seria apenas uma faceta do princípio da razoabilidade. Entretanto, a evolução histórica desses dois princípios marcam precisamente as suas diferenças. O princípio da razoabilidade teve origem no direito anglo-saxão, notadamente nos Estados Unidos da América, sendo mais utilizado no controle dos atos normativos. Ao revés, o princípio da proporcionalidade teve origem no direito alemão sendo mais utilizado no controle dos atos administrativos. Segundo PAULO BONAVIDES (2001:371), “em dois célebres julgamentos, o ‘Lüth-Urteil’, de 15 de janeiro de 1958 e o ‘Apotheken-Urteil’, de 11 de junho de 1958, o Tribunal de Karlsruhe firmou posição interpretativa sobre direitos fundamentais, abrindo caminho à aplicação do princípio da proporcionalidade em matéria constitucional da mais alta relevância; no primeiro caso,

Além de submetido a estes princípios, o exercício da função administrativa está subordinado ao princípio da supremacia do interesse público sobre o particular e da indisponibilidade pela Administração dos interesses públicos. Da supremacia decorrem as seguintes conseqüências: a) posição privilegiada do órgão encarregado de zelar pelo interesse público nas relações com os particulares, que se materializa, v.g., na presunção de legitimidade dos atos administrativos, juízos privativos, prazos processuais diferenciados, sentença condenatória sujeita a duplo grau de jurisdição, prazos especiais para prescrição das ações; b) posição de supremacia do órgão nas mesmas relações, permitindo com isso constituir particulares em obrigações através de atos unilaterais, tais como: desapropriação, requisições, modificação ou alteração unilateral de um contrato etc.

1.1 Conceitos

No direito brasileiro, alguns doutrinadores definem o ato administrativo a partir do ato jurídico. Podemos destacar, nesse sentido, a definição apresentada por DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO ao asseverar que:

“ato administrativo é toda manifestação de vontade da administração pública, que tem por objeto constituir, declarar, confirmar, alterar ou desconstituir uma relação jurídica, entre ela e os administrados ou entre seus próprios entes, órgãos e agentes”²¹.

A autoridade de CRETELLA JÚNIOR²² define o ato administrativo como:

“a manifestação do Estado, por seus representantes, no exercício regular de suas funções, ou por qualquer pessoa que detenha, nas mãos, fração de poder reconhecido pelo Estado, que tem por finalidade imediata criar, reconhecer, modificar, resguardar ou extinguir determinadas situações jurídicas subjetivas, em matéria administrativa.”

No entender de HELY LOPES MEIRELLES²³, ato administrativo pode ser conceituado como:

“toda manifestação unilateral de vontade da Administração Pública que, agindo nessa qualidade, tenha

concernente ao direito de opinião, ao exercício de uma liberdade com caráter de garantia institucional, mais precisamente de garantia de instituto (Institusgarantie) e no segundo caso, respeitante ao livre exercício da profissão, nomeadamente às limitações que lhe são possíveis traçar.”

²¹ MOREIRA NETO (2001:132)

²² CRETELLA JÚNIOR (2002:44)

²³ MEIRELLES (2001:141)

por fim imediato adquirir, resguardar, transferir, modificar ou extinguir direitos, ou impor obrigações aos administrados ou a si própria.”

Visto que o ato administrativo pode ser conceituado a partir de ato jurídico e que servem para delimitar o campo de atuação da Administração Pública no caso específico, preparando a atividade material indispensável à satisfação do interesse público, devemos analisar os elementos, que condicionam a sua validade e eficácia, e os atributos, que o distinguem dos atos de direito privado.

1.2 Elementos

Inicialmente, vale destacar que nem todos os publicistas estão de acordo quanto à indicação e terminologia dos elementos do ato administrativo²⁴.

Adotamos a doutrina quintipartite de elementação, divulgada na obra de HELY LOPES MEIRELLES e consagrada no direito positivo brasileiro a partir da Lei nº 4.717/65, que regulou a ação popular:²⁵ competência, a forma prescrita ou não defesa em lei, objeto lícito, a finalidade e o motivo.

Desses cinco elementos, os três primeiros são sempre vinculados, ou seja, estão presos à previsão legal, e os dois últimos podem ser vinculados ou discricionários. Como só o objeto e o motivo podem ser discricionários, só eles formam o denominado “mérito administrativo” do ato.

Passemos agora, ainda que sucintamente, para a análise desses elementos do ato administrativo que condicionam a sua eficácia e validade.

Competência²⁶ é o poder que a lei outorga ao agente público para o desempenho de suas funções. O ato administrativo deve resultar do exercício das atribuições de um agente competente, sob pena de invalidação. Nos termos do art. 2º, parágrafo única, letra “a” da Lei 4717/65²⁷, é nulo o ato praticado por pessoa incompetente.

Aplicam-se as seguintes regras com relação a competência: decorre sempre de lei; é inderrogável, ou seja, o órgão não pode renunciar a

²⁴ No entender de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO (1998:238), constituem elementos do ato administrativo, unicamente a sua forma, ou seja, seu revestimento exterior, o modo pelo qual ele revela a sua existência, e o seu conteúdo ou objeto, que corresponde àquilo que o ato dispõe - o ato em si.

²⁵ In verbis: “Art. 2º São nulos os atos lesivos ao patrimônio das entidades mencionadas no artigo anterior, nos casos de: a) incompetência; b) vício de forma; c) ilegalidade do objeto; d) inexistência dos motivos; e) desvio de finalidade.”

²⁶ Segundo DI PIETRO (2002:194) com relação à competência deve-se fazer referência ao sujeito, posto que a competência é apenas um dos atributos que ele deve ter para ter validade, nos termos do Código Civil.

²⁷ In verbis: “a) a incompetência fica caracterizada quando o ato não se incluir nas atribuições legais do agente que o praticou;”

sua competência, uma vez que ela é conferida em benefício do interesse público; é intransferível, não pode passar de um órgão para outro.

No que tange a transferência de competência, excepcionalmente, admite-se a possibilidade de delegação ou de avocação. A delegação ocorre quando a lei autoriza que um agente ou órgão transfira a outro, a competência que lhe foi atribuída. No âmbito federal, a lei autorizadora da delegação de competência é o art. 11 e 12 do Decreto-Lei n 200/67²⁸ regulamentado pelo Decreto n° 83937/79 e o art. 14§ 1° da Lei n 9784/99²⁹.

Por outro lado, a lei pode impedir que algumas competências sejam objeto de delegação. São as chamadas funções indelegáveis, que se transferidas acarretam a invalidade do ato. É o caso por exemplo do art. 13 da Lei n 9784/99, que exclui da delegação: a edição de atos normativos, decisões de recursos administrativos e as matérias de competência exclusiva do órgão ou autoridade.

A avocação é o processo inverso da delegação. É o retorno daquilo que havia sido delegado, isso porque a autoridade superior que fez a delegação também deve poder desfazê-la³⁰.

A doutrina publicista tem entendido que no caso de omissão do legislador em fixar a competência para a prática de determinados atos, em regra, competente será o Chefe do Poder Executivo, já que ele é a autoridade máxima da organização administrativa. No entanto, a Lei 9784/99 adotou critério diverso, determinando no art. 17, que, inexistindo competência legal específica, o processo administrativo deverá ser iniciado perante a autoridade de menor grau hierárquico para decidir.

Forma é a observância completa e regular das formalidades essenciais à existência e seriedade do ato. É o revestimento do ato administrativo. É o modo através do qual o ato se instrumentaliza, aparece, revela a sua existência. A inexistência da forma leva à inexistência do ato,

²⁸ *in verbis*: “Art. 11. A delegação de competência será utilizada como instrumento de descentralização administrativa, com o objetivo de assegurar maior rapidez e objetividade às decisões, situando-as na proximidade dos fatos, pessoas ou problemas a atender.

Art . 12 . É facultado ao Presidente da República, aos Ministros de Estado e, em geral, às autoridades da Administração Federal delegar competência para a prática de atos administrativos, conforme se dispuser em regulamento.

Parágrafo único. O ato de delegação indicará com precisão a autoridade delegante, a autoridade delegada e as atribuições objeto de delegação.”

²⁹ *In verbis*: “Art. 14. O ato de delegação e sua revogação deverão ser publicados no meio oficial.

§ 1º O ato de delegação especificará as matérias e poderes transferidos, os limites da atuação do delegado, a duração e os objetivos da delegação e o recurso cabível, podendo conter ressalva de exercício da atribuição delegada.

§ 2º O ato de delegação é revogável a qualquer tempo pela autoridade delegante.

§ 3º As decisões adotadas por delegação devem mencionar explicitamente esta qualidade e considerar-se-ão editadas pelo delegado.”

³⁰ Vale destacar que a advocatária no direito administrativo pode ocorrer sem que tenha havido delegação anterior, ou seja, a autoridade superior chama para si uma decisão que cabe ao órgão ou agente subalterno. Essa possibilidade está intimamente ligado ao poder hierárquico, que tem vida própria e não pressupõe uma delegação anterior.

enquanto que a sua inobservância leva à nulidade, conforme dispõe o art. 2º, letra “b”, da Lei 4717/65³¹.

Quanto a sua exteriorização, em regra, o ato administrativo deve ser escrito a fim de se efetivar um melhor controle da legalidade dos atos em juízo. Excepcionalmente, pode ser em forma de ato oral (ordens dadas a um servidor), atos visuais (placas de sinalização de trânsito), atos eletromecânicos (semáforos), atos sonoros (policiais dirigindo o trânsito através de gestos e apitos).

Finalidade é elemento pelo qual todo ato administrativo deve estar dirigido ao interesse público³² indicado na lei. A inobservância desse elemento caracteriza desvio de finalidade, levando a nulidade do ato, conforme dispõe o art. 2º, letra “e”, da Lei 4717/65³³ e a incidência da infração penal tipificada na Lei 4898/65, que regula o Direito de Representação e o processo de Responsabilidade Administrativa Civil e Penal, nos casos de abuso de autoridade.

Motivo é o pressuposto de fato ou de direito em que se fundamenta o ato administrativo. É o “porquê” da manifestação estatal. É o que levou a Administração Pública a prática daquele ato.

Considerando o motivo como pressuposto de fato que antecede a prática do ato, ele pode ser vinculado (de direito) ou discricionário (de fato). Será vinculado quando o motivo vem expresso em lei, utilizando noções precisas, conceitos matemáticos que não dão margem a qualquer apreciação subjetiva, tendo o agente a obrigação de justificá-lo sob pena de invalidação - art. 2º § único, letra ‘d’, Lei 4717/65³⁴. Será discricionário, quando a lei não o definir, deixando ao critério do administrador, ou quando a lei o define utilizando noções vagas, imprecisas, sem definir em que consistem, como por exemplo, “falta grave” ou “procedimento irregular”. Esses conceitos, quando utilizados pelo direito, são denominadas, pela Ciência Jurídica, de conceitos jurídicos indeterminados³⁵⁻³⁶.

³¹ *In verbis*: “b) o vício de forma consiste na omissão ou na observância incompleta ou irregular de formalidades indispensáveis à existência ou seriedade do ato;”

³² Segundo DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO (1998:13), a submissão da ação política ao Direito trouxe, como imediata consequência, a unificação dos interesses sociais politicamente definidos e dos interesses sociais juridicamente definidos de nossa sociedade, surgindo o conceito do *interesse público* com as características que hoje conhecemos: *interesses coletivos gerais que a sociedade comete ao Estado para que ele os satisfaça, através de ação política juridicamente embasada ou através de ação jurídica politicamente fundada.*

³³ *In verbis*: “e) o desvio de finalidade se verifica quando o agente pratica o ato visando a fim diverso daquele previsto, explícita ou implicitamente, na regra de competência.”

³⁴ *In verbis*: “d) a inexistência dos motivos se verifica quando a matéria de fato ou de direito, em que se fundamenta o ato, é materialmente inexistente ou juridicamente inadequada ao resultado obtido;”

³⁵ Com relação aos conceitos jurídicos indeterminados, muita polêmica existe sobre a sua discricionariedade ou não. Uma corrente doutrinária entende que eles não conferem discricionariedade, porque diante deles a Administração Pública tem que fazer um trabalho de **interpretação** que leva à uma única solução possível. Outra corrente, de maior aceitação no direito brasileiro, entende que eles podem conferir discricionariedade à Administração Pública, desde que se trate de **conceitos de valor** (v.g. “moralidade”, “utilidade pública”, “interesse público”), que impliquem a

Porém, quando o motivo não for exigido para a perfeição do ato, ou seja, quando for um elemento discricionário, pode o agente praticá-lo sem justificção (motivação)³⁷⁻³⁸, mas se motivar o ato, vincula-se aos motivos justificados, sujeitando-se a demonstrar sua efetiva ocorrência. É o que a doutrina publicista denomina de teoria dos motivos determinantes³⁹, sistematizada por Gaston Jéze a partir da jurisprudência do Conselho de Estado Francês.

Objeto é o que o ato decide, enuncia, certifica, opina ou modifica na ordem jurídica⁴⁰. É também chamado de conteúdo do ato administrativo. A sua inobservância gera a nulidade do ato, conforme disposto no art. 2º, letra "c", da Lei 4717/65⁴¹.

Esses são portanto, os elementos ou requisitos que condicionam a validade e eficácia do ato administrativo. Contudo, o entendimento da eficácia,

possibilidade de apreciação do interesse público, em cada caso concreto, e afasta a discricionariedade diante de certos **conceitos de experiência ou empíricos** (v.g. "caso fortuito" ou "força maior", "jogos de azar", "premeditação", "bons antecedentes") ou de **conceitos técnicos** (v.g. quando a lei assegura o direito a aposentadoria por invalidez, a decisão da Administração fica vinculada ao laudo técnico que concluirá sobre a invalidez ou não para o trabalho), que não admitem soluções alternativas.

³⁶ Interessante observação nos apresenta AURÉLIO PITANGA SEIXAS FILHO (2001:29) ao demonstrar a inconveniência de conceitos jurídicos indeterminados no direito tributário: "Se é defensável o uso de conceitos não muito determinados em alguns ramos da ciência jurídica em que as pessoas dispõem de liberdade para regularem os seus bens e direitos, já no Direito Tributário a inconveniência de existirem conceitos fluidos e vagos é demonstrada através dos incontáveis litígios administrativos e judiciais que provocam."

³⁷ Motivo é diferente de motivação. O motivo é elemento essencial do ato; se ele não tiver motivo, ele não existe. Todo o ato administrativo tem que ter motivo. A motivação é que é facultativa, significando a redução a termo do motivo do ato. Em tempos passados, negava a jurisprudência a necessidade de motivação dos atos discricionários. Isto porque havia o entendimento de que na competência discricionária administrativa de por e dispor, o controle judicial não teria competência para valoração. Atualmente, o Supremo Tribunal Federal entende que todo ato administrativo de decisão deve ter motivação, sob pena de impedir o exercício do devido processo legal (art. 5º LIV da CF/88), ampla defesa e contraditório (art. 5º LV da CF/88). Da mesma forma, a Lei 9784/99 aponta atos cujas motivações são obrigatórias. Assim, em não existindo é nulo de pleno direito. A única exceção prevista constitucionalmente de ato administrativo de decisão, que dispensa motivação está no art. 37, II, *in fine*, que trata da nomeação e exoneração *ad nutum* de titulares de cargo em comissão.

³⁸ Como bem assinalado por LUCIA VALLE FIGUEIREDO (2001:05), "a motivação será, pois, a pedra de toque para o controle da discricionariedade". JUAREZ FREITAS (1995:136) por sua vez afirma peremptoriamente que "ainda que a lei (contra a qual, por ceto, militariam fortes indícios de inconstitucionalidade) dispensasse a motivação dos atos discricionários, esta seria uma obrigatoriedade descendente diretamente da Constituição, mais precisamente do núcleo fundante de seus princípios. De tal sorte, aplica-se ao administrador, agente do Poder Público, a regra constitucionalmente atribuída ao juiz no exercício da tutela jurisdicional (e aos Tribunais, inclusive, no âmbito de suas decisões administrativas) que impõe o dever de motivar, compulsoriamente e sob pena de nulidade, os atos de discricionariedade vinculada, no intuito de verdadeiramente coibir o desvio de poder."

³⁹ Segundo JS CARVALHO FILHO (2001:89), a teoria dos motivos determinantes, desenvolvida no direito francês, baseia-se no princípio de que o motivo do ato administrativo deve sempre guardar compatibilidade com a situação de fato que gerou a manifestação da vontade. A aplicação mais importante desse princípio incide nos atos discricionários, exatamente aqueles em que se permite ao agente maior liberdade de aferição da conduta.

⁴⁰ BANDEIRA DE MELO (1998:238)

⁴¹ *in verbis*: "c) a ilegalidade do objeto ocorre quando o resultado do ato importa em violação de lei, regulamento ou outro ato normativo;"

existência e validade do ato no regime jurídico administrativo é diverso daquele previsto para o ato jurídico privado.

Com efeito, no direito civil, eficácia é a aptidão do ato para produzir efeitos jurídicos. No direito público é diferente: eficácia do ato administrativo pressupõe a existência do ato (reunião de todos os elementos), passando a existir no mundo jurídico e uma vez existente, o ato terá uma presunção de validade (é o fato de todos os elementos estarem em conformidade com a lei). Portanto, o ato administrativo somente produzirá efeitos jurídicos, ou seja, será exequível se for existente, válido e eficaz.

Na balizada opinião de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO⁴², o ato administrativo pode ser perfeito, válido e eficaz, quando concluído seu ciclo de formação e estando ajustado às exigências legais e está apto para produzir os efeitos que lhe sejam decorrentes; perfeito, inválido e eficaz, quando, embora completado seu ciclo de formação e apto para gerar efeitos, não foi produzido em conformidade com as exigências normativas; perfeito, válido e ineficaz, quando, concluído seu ciclo de formação, o qual se deu de forma válida, não se encontra ainda apto para produzir efeitos; perfeito, inválido e ineficaz, quando esgotado seu ciclo de formação, não se encontra este em conformidade com o ordenamento e nem apto para produzir efeitos.

1.3 Atributos

Pelo fato de emanarem de agentes dotados de parcela do poder público, os atos administrativos possuem certos atributos ou características próprias que os distinguem dos atos jurídicos privados. São eles: a imperatividade, auto-executoriedade e a presunção de legitimidade⁴³.

Imperatividade é o atributo pelo qual os atos administrativos se impõem a terceiros, independentemente de sua concordância. Também conhecido como poder extroverso da Administração. Manifesta-se, em geral, nos atos que refletem o poder de polícia⁴⁴. Exemplos típicos dessa característica se dá no processo de tombamento e na edificação compulsória.

No entanto, há certos atos administrativos que não possuem o atributo da imperatividade, por não imporem obrigações, como nos atos enunciativos⁴⁵ e nos atos negociais⁴⁶.

⁴² BANDEIRA DE MELLO (1998:234)

⁴³ Tal como nos elementos, não há uniformidade de pensamento entre os doutrinadores na indicação dos atributos do ato administrativo. DI PIETRO (2002:189) indica a presunção de legitimidade e veracidade, imperatividade, auto-executoriedade e tipicidade. DIOGO DE FIGUEIREDO (2001:137) aponta como característica a imperatividade, existência, validade, eficácia, exequibilidade, executoriedade, efetividade e relatividade.

⁴⁴ Nas palavras de HELY LOPES MEIRELLES (2001:123), poder de polícia é a “faculdade de que dispõe a administração pública para condicionar e restringir o uso e gozo de bens, atividades e direitos individuais, em benefício da coletividade ou do próprio Estado.” Essa conceituação doutrinária já foi assimilada pela nossa legislação, em texto amplo e explicativo, no art. 78 do Código Tributário Nacional.

⁴⁵ São aqueles em que não há manifestação de vontade da Administração Pública, apenas enunciação de fato, ato ou opinião, v.g., certidões, atestados, pareceres.

Auto-executoriedade é o atributo pelo qual o ato administrativo pode ser posto em execução pela própria Administração Pública, sem prévia autorização do Poder Judiciário. Os publicistas franceses chamam esse atributo de “*privilège d’action d’office*” ou “*privilège du préalable*”. Decorre de lei, v.g., apreensão de equipamento de pesca de utilização proibida, ou quando for indispensável à imediata salvaguarda do interesse público, no âmbito da polícia administrativa v.g., demolição de prédio em ruína que ameaça a cair.

Esse atributo inexistente no ato jurídico particular, salvo em raríssimas situações, como por exemplo, no caso dos hoteleiros terem o direito de reter a bagagem do hóspede que não satisfaz o custo da hospedagem (art. 1.467, inciso I c/c 1.470 do Novo Código Civil⁴⁷) ou da retomada do bem imóvel logo após a prática do esbulho possessório (art. 1.210, § 1º do Novo Código Civil⁴⁸). Nessas hipóteses os atos do particular são auto-executórios.

A auto-executoriedade complementa a imperatividade. Muitas vezes, a união desses dois atributos de forma desmedida, leva à arbitrariedade, ao abuso de autoridade. No intuito de evitar esse abuso de poder, a lei exige que os atos dessa natureza sejam sempre reduzidos a termo (autos de infração, de demolição ou de apreensão e precedidos de notificação), para que eventuais arbitrariedades da Administração Pública sejam combatidas pelos administrados.

Tal como na imperatividade, essa característica não é inerente a qualquer ato administrativo. São os casos de heteroexecutoriedade⁴⁹, em que é necessária a manifestação de outro Poder para que o ato se materialize v.g. execução fiscal, desapropriação, cassação de patentes, dissolução de sociedades etc. No caso da multa, há executoriedade na aplicação, se houver pagamento voluntário, mas se não houver o pagamento, deve haver cobrança em juízo, em processo judicial de execução fiscal. Logo, na execução fiscal, há heteroexecutoriedade, pois haverá necessidade de manifestação do Poder Judiciário.

⁴⁶ São todos aqueles que contêm uma declaração de vontade da Administração Pública apta a concretizar determinado negócio jurídico ou deferir certa faculdade ao particular v.g. licença, autorização e permissão.

⁴⁷ *In verbis*: “Art. 1.467. São credores pignoratícios, independentemente de convenção:

I - os hospedeiros, ou fornecedores de pousada ou alimento, sobre as bagagens, móveis, jóias ou dinheiro que os seus consumidores ou fregueses tiverem consigo nas respectivas casas ou estabelecimentos, pelas despesas ou consumo que aí tiverem feito;(...)

Art. 1.470. Os credores, compreendidos no art. 1.467, podem fazer efetivo o penhor, **antes de recorrerem à autoridade judiciária, sempre que haja perigo na demora**, dando aos devedores comprovante dos bens de que se apossarem.”

⁴⁸ *In verbis*: “Art. 1.210. O possuidor tem direito a ser mantido na posse em caso de turbação, restituído no de esbulho, e segurado de violência iminente, se tiver justo receio de ser molestado.

§ 1º O possuidor turbado, ou esbulhado, **poderá manter-se ou restituir-se por sua própria força, contanto que o faça logo**; os atos de defesa, ou de desforço, não podem ir além do indispensável à manutenção, ou restituição da posse.”

⁴⁹ MOREIRA NETO (2001:140)

2. PRESUNÇÃO DE LEGITIMIDADE DOS ATOS ADMINISTRATIVOS

Todo ato administrativo tem presunção de legitimidade. Uma vez existente, o ato administrativo será válido, ou seja, ficará revestido de uma presunção de que todos os elementos satisfazem integralmente os requisitos e condicionantes postos pelo ordenamento jurídico.

DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO⁵⁰ menciona que da validade do ato decorre a presunção de validade, analiticamente expressada por uma quádrupla presunção: de veracidade, de legalidade, de legitimidade e de licitude.

Como é sabido, a presunção de legalidade e legitimidade diz respeito à conformidade do ato administrativo com a lei. Como consequência desse atributo, presumem-se, até prova em contrário, que os atos administrativos foram emitidos de acordo com a lei.

Legalidade e legitimidade possuem confluência conceitual, porém trazem nítida diferenciação de funções e dimensões, decorrentes da definição do Estado como Democrático e de Direito.⁵¹ Este pressupõe a existência de duas ordens de referência ética, na captação dos interesses da sociedade: política e jurídica. A ordem política, corresponde o conceito de legitimidade e à ordem jurídica, o conceito de legalidade⁵². Nesse sentido, vale destacar a doutrina de DIOGO DE FIGUEIREDO⁵³ sobre o tema:

“Historicamente, a legitimidade precedeu a legalidade e, por vezes, a legitimidade foi ilegal e a legalidade foi ilegítima, numa evolução secular, ora paralela, ora divergente e ora convergente, conforme as épocas e as sociedades, até que se fez sentir uma novíssima necessidade social: a de *conciliá-las*, pela submissão de todos os processos políticos ao Direito. Com a consciência desse fundamental interesse foi possível estruturar-se

⁵⁰ idem p. 138

⁵¹ Vale ressaltar que a figura do Estado-Nação tem passado por várias mutações ao longo da história. Surgiu absoluto, evoluiu, após as revoluções liberais de 1776, na América, e de 1789, na França, para a forma de Estado de Direito; deste para Estado Social de direito e mais recentemente para Estado Democrático de Direito. As três últimas formas de Estado trazem, em seu bojo, o mesmo modelo básico: o primado do direito, a reger todos aqueles que estejam sujeitos ao domínio do Estado, inclusive ele próprio. A diferença entre tais formas estatais está mais no nível e intensidade das relações entre os indivíduos sujeitos à sua égide que na própria estrutura. Conforme nos ensina ALBERTO NOGUEIRA (2000:119), “o Estado social é, ainda, o de Direito, ostentando, porém, forte acento no aspecto social (direitos de 2ª geração e preocupação com as carências da população mais pobre). O Estado Democrático de direito, combina os conteúdos das formas anteriores (primado do direito e preocupação com o social) com a democracia (representativa e participativa).”

⁵² Como bem lembrado por DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO (1998:06): “Historicamente, as duas ordens têm aparecido confundidas e raramente distinguidas. O Direito Romano e o intermediário ignoraram a distinção; somente no século XVIII, ela ganhou importância, com os debates pós-revolucionários sobre a legitimidade das monarquia francesa.”

⁵³ MOREIRA NETO (1998:13)

uma organização política submetida *simultaneamente* à lei – o Estado de Direito – e ao interesse social prevalecente – o Estado Democrático – fundidos no conceito constitucionalizado do Estado *Democrático de Direito*."

Portanto, as dimensões e funções são bem distintas: o interesse público, antes ou depois de legislado, é sempre padrão de legitimidade, mas só o interesse público legislado alcança o padrão de legalidade. Em resumo, a legitimidade é muito mais ampla que a legalidade, simplesmente porque é impossível, em qualquer sociedade, que a lei defina exaustivamente todas as hipóteses do interesse público⁵⁴.

A presunção de veracidade, por sua vez, é o atributo do ato administrativo que diz respeito aos fatos. Em decorrência desse atributo, presumem-se verdadeiros os fatos alegados pela Administração Pública. Com efeito, as certidões, atestados, declarações, informações e demais documentos fornecidos pela Administração são dotados de fé pública⁵⁵.

Segundo MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO⁵⁶, diversos são os fundamentos para justificar esse atributo do ato administrativo:

"o procedimento e as formalidades que precedem a sua edição, os quais constituem garantia de observância da lei; o fato de ser uma das formas de expressão da soberania do Estado, de modo que a autoridade que pratica o ato o faz com o consentimento de todos; a necessidade de assegurar celeridade no cumprimento dos atos administrativos, já que eles têm por fim atender ao interesse público, sempre predominante sobre o particular; o controle a que se sujeita o ato, quer pela própria Administração, quer pelos demais Poderes do Estado, sempre com a finalidade de garantir a legalidade; a sujeição da Administração ao princípio da legalidade, o que faz presumir que todos os seus atos tenham sido praticados de conformidade com a lei, já que cabe ao poder público a sua tutela".

Resta evidente que o princípio da legalidade é o fundamento mais importante da presunção de legitimidade do ato administrativo. De fato, toda a atividade estatal em um Estado Democrático de Direito é e deve ser, necessariamente, sempre regida pelo princípio da legalidade.

A Carta Política coloca toda a atividade funcional do administrador público sob a sujeição dos mandamentos da lei⁵⁷. Desse modo, praticar atos

⁵⁴ Cf. MOREIRA NETO (1998:14)

⁵⁵ Cf. DI PIETRO (2002:189)

⁵⁶ *idem ibidem*

sem a observância das normas, torna o ato inválido e expõe o administrador à responsabilidade disciplinar ou legal.

Corroborando esse entendimento, lecionava o mestre HELY LOPES MEIRELLES⁵⁸:

"Os atos administrativos, qualquer que seja sua categoria ou espécie, nascem com a presunção de legitimidade, independentemente de norma legal que a estabeleça. Essa presunção decorre do princípio da legalidade da Administração, que nos Estados de Direito, informa toda a atuação governamental."

E o incomparável jurista, citando o administrativista argentino MANOEL MARÍA DIEZ⁵⁹, também assim ensinava:

"Além disso, a presunção de legitimidade dos atos administrativos responde a exigências de celeridade e segurança das atividades do Poder Público, que não poderiam ficar na dependência da solução de impugnação dos administrados, quanto à legitimidade de seus atos, para só após dar-lhes execução".

Com efeito, se não existisse a presunção de legitimidade sob comento, o Estado tornar-se-ia ingovernável, inadministrável. Toda a atividade administrativa seria diretamente questionável, o que impediria a realização da finalidade e dos fins públicos, ao sobrepor um interesse individual de natureza privada ao interesse público.

Consoante as palavras do ilustre professor argentino JUAN CARLOS CASSAGNE⁶⁰:

"a presunção de legitimidade constitui um princípio do ato administrativo que encontra seu fundamento na presunção de validade que acompanha todos os atos estatais, princípio em que se baseia, por sua vez, o dever do administrado de cumprir o ato administrativo".

É de se frisar que a presunção de legitimidade dos atos administrativos caracteriza-se por ser inerente à idéia de poder do Estado, sem

⁵⁷ É de se ressaltar que a lei aqui considerada será tanto no sentido material quanto, principalmente, no sentido formal. Isso significa dizer que o vocábulo lei não abrange os atos administrativos (decreto, regulamento, portaria, aviso etc). No regime da Constituição de 1946, como no da atual Constituição (artigos 5º, inciso II; 37 e 84, inciso IV) a lei, só a lei, é ato normativo primário, princípio este quebrado em 1967 e 1969, como o Decreto-Lei, que se equiparava à lei.

⁵⁸ MEIRELLES (2001:150)

⁵⁹ DÍEZ, Manoel Maria. *El Acto Administrativo*, Buenos Aires, 1956, p.216 *apud* MEIRELLES (2001:150)

⁶⁰ CASSAGNE, Juan Carlos. *El Acto administrativo*, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, p.327 *apud* DI PIETRO (2002:190).

o qual este não teria condições de assumir a sua posição de supremacia indispensável para a garantia da ordem pública.

Acerca do tema em pauta, passa-se a transcrever trecho de obra consagrada do professor CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO⁶¹:

"A Administração Pública, por desenvolver atividade voltada à realização de interesses da coletividade (que são os seus interesses primários – únicos colimáveis – em oposição aos secundários) encontra-se sob uma disciplina peculiar que impõe certos ônus, restrições, sujeições à sua atuação e lhe confere, de outro lado, prerrogativas de que não desfrutam usualmente os particulares. Por meio de umas e de outras, pretende-se equipá-la adequadamente para o exato e eficiente cumprimento de sua razão de ser. Tanto as limitações que a tolhem quanto os favores que a adornam não visam senão conformá-la e habilitá-la ao rigoroso alcance de seus fins."

Destaque-se que, em decorrência da referida presunção de legitimidade, tem-se que enquanto não decretada a invalidade do ato pela própria Administração ou pelo Poder Judiciário, este produzirá efeitos da mesma forma que o ato válido, devendo ser cumprido⁶².

Na lição de JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO⁶³:

"Os atos administrativos, quando editados, trazem em si a presunção de legitimidade, ou seja, a presunção de que nasceram em conformidade com as devidas normas legais, como bem anota DIEZ. Essa característica não depende de lei expressa, mas deflui da própria natureza do ato administrativo, como ato emanado de agente integrante da estrutura do Estado. Vários são os fundamentos dados a essa característica. O fundamento precípua, no entanto, reside na circunstância de que se cuida de atos emanados de agentes detentores de parcela do poder público, imbuídos, como é natural, do objetivo de alcançar o interesse público que lhes compete proteger. Desse modo, inconcebível seria admitir que não tivessem a aura de legitimidade, permitindo-se que a todo momento sofressem algum entrave apostado por pessoas de

⁶¹ BANDEIRA DE MELLO (1998:255)

⁶² A Lei 8.112/90, que dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais, estabelece norma que abranda o rigor da regra, ao incluir, no art. 116, inciso IV, entre os deveres do funcionário público, o de obediência, salvo se o ato for manifestadamente ilegal.

⁶³ CARVALHO FILHO (2001:93)

interesses contrários. Por esse motivo é que se há de supor que presumivelmente estão em conformidade com a lei."

Da mesma forma, saliente-se que o Poder Judiciário não pode apreciar *ex officio* a validade do ato administrativo, a não ser que a sua nulidade seja suscitada pela parte interessada⁶⁴.

Registre-se, ainda, que a presunção de legitimidade é de natureza relativa (*juris tantum*), admitindo a prova em contrário, invertendo com isso, o ônus da prova no processo judicial⁶⁵.

Tal posição foi bem definida em decisão do antigo Tribunal de Alçada Cível do Rio de Janeiro⁶⁶, assim ementado:

"ATOS ADMINISTRATIVOS. LEGITIMIDADE. PRESUNÇÃO. A presunção de legitimidade dos atos administrativos tem por consequência a transferência do ônus probatório para o administrado. Se este não ilide a presunção, provando que a administração agiu ao arrepio da lei, prevalecem a validade e a eficácia do ato impugnado."

Nesse ponto, vale trazer à lume, os ensinamentos do professor CHAIM PERELMAN⁶⁷, da Universidade de Bruxelas, sobre as presunções legais e suas consequências para a prova judiciária, ao asseverar que:

"as presunções legais, não constituem elementos de prova mas, pelo contrário, dispensam de qualquer prova os que delas se beneficiam: elas impõem o ônus da prova àquele que deseja derrubá-las".

Conclui o ilustre Professor Belga, destacando que:

"a presunção legal *juris tantum* não impede que a verdade seja trazida à luz, mas levando em conta outros valores que o sistema que a instituiu não quis desprezar. A técnica, que permite tomar em consideração tais valores, é que dá ao raciocínio jurídico sua especificidade. De fato, o juiz, obrigado a julgar, deve acatar as presunções legais enquanto a prova em contrário não

⁶⁴ No Direito privado a regra é inversa. O art. 168, parágrafo único do Novo Código Civil determina que as nulidades absolutas devem ser pronunciadas pelo Juiz, quando conhecer do ato ou dos seus efeitos.

⁶⁵ DI PIETRO (2002:191) apoiando-se na lição de GORDILLO, afirma que a inversão do ônus da prova não é absoluto. Em sua opinião "a parte que propôs a ação deverá, em princípio, provar que os fatos em que se fundamenta a sua pretensão são verdadeiros; porém isto não libera a Administração de provar a sua verdade, tanto assim que a própria lei prevê, em várias circunstâncias, a possibilidade de o juiz ou o promotor público requisitar da Administração documentos que comprovem as alegações necessárias à instrução do processo e à formação da convicção do Juiz."

⁶⁶ Ap.Cível 11947/90, 6ª CC, Relator Juiz SERGIO CAVALIERI FILHO, reg em 26/8/1991

⁶⁷ PERELMAN (2000:43)

houver sido produzida, de modo contraditório, no próprio decorrer do processo.”

A principal justificativa das presunções legais *juris tantum*, é essencialmente de segurança jurídica.

Diante do exposto, podemos concluir que, somente uma matéria probatória consistente e definitiva é capaz de se afastar a validade do ato administrativo, que, repita-se à exaustão, presume-se emitido com a observância da lei, até prova robusta em contrário.

3 CONTROLE DOS ATOS ADMINISTRATIVOS

Vimos que os atos administrativos possuem presunção de legitimidade e que a eventual invalidade do ato só poderá ser afastada mediante a comprovação do vício perante a autoridade competente.

Esse controle de legitimidade e legalidade do ato, pode ser exercido pela Administração, pelo legislativo ou pelo Judiciário, sendo que este último é o que mais nos interessa no presente caso. Abrange a fiscalização e a correção dos atos ilegais e em determinadas circunstâncias o controle de mérito praticado pelos órgãos do Executivo e dos demais poderes que exercem funções administrativas⁶⁸.

3.1 Classificação

Vários critérios existem para classificar as modalidades de controle:

- a) Quanto ao órgão que exerce: administrativo⁶⁹, judicial ou legislativo⁷⁰.

⁶⁸ No entender de JUAREZ FREITAS (1995:146), controle do ato administrativo deve ser mais amplo, guardando vinculação inteira com o sistema positivado: “O controle realizado pelo Poder Legislativo e Judiciário, em especial por este último no sistema de jurisdição única, há de ser preponderantemente principiológico, sobrepassando, neste aspecto e mais uma vez, as antigas classificações rígidas dos atos administrativos, enfatizada a inexistência de atos exclusivamente políticos: tanto os atos administrativos vinculados quanto os discricionários devem guardar vinculação inteira com o sistema positivado. O mérito do ato não há de ser inquirido, mas, até em razão disso, o controle de sua adequação deve ser realizado com maior rigor, uma vez que a discricção existe, presumidamente, para que o agente concretize, com maior presteza, a vinculante finalidade do sistema.”

⁶⁹ É todo aquele exercido pelos órgãos administrativos sobre suas próprias atividades, classificado por conta disso de controle interno ou autotutela. Súmulas 346 e 473 STF e art. 53 da Lei 9784/99. Esse controle é realizado sobretudo através da **fiscalização hierárquica** (órgãos superiores sobre os inferiores), **Supervisão Ministerial** (por vinculação) ou dos **recursos administrativos**. No âmbito do Direito Tributário, assevera AURÉLIO PITANGA SEIXAS FILHO (2001:133) que o lançamento tributário pode e deve ser submetido ao autocontrole: “Como a administração pública funciona hierarquicamente, o primeiro controle que pode ser exercido sobre o lançamento tributário consiste em sua intimação-notificação ao contribuinte somente ser autorizada pela autoridade superior àquela que escriturou o documento, após um exame atento e minucioso da determinação do crédito tributário, com a possível retificação dos erros e defeitos por acaso verificados.”

⁷⁰ É a prerrogativa atribuída ao poder legislativo, com o auxílio do Tribunal de Contas, de fiscalizar a Administração Pública sob os critérios político e financeiro. **A característica do controle político** tem por base a possibilidade de fiscalização e decisão sobre atos ligados a função administrativa e organização do Executivo e do Judiciário (v.g.: arts.

- b) Quanto à extensão: interno ou externo.
- c) Quanto ao momento: prévio (arts. 49, II, III, XV, XVI e XVII, 52, III, IV e V da CF/88), concomitante (fiscalização nos contratos administrativos – art. 67 da Lei 8666/93) e posterior (aprovação, homologação, anulação, revogação).
- d) Quanto à natureza (ou conteúdo): de legalidade (pode ser interno ou externo) e de mérito.
- e) Quanto ao âmbito da Administração: por subordinação (órgão de graduação superior fiscaliza órgão de menor hierarquia – interno) e por vinculação (controle finalístico exercido pela Administração Pública Direta em relação às entidades da Administração Pública indireta – externo – também denominado supervisão ministerial – art. 19 Decreto-Lei 200/67⁷¹).
- f) Quanto aos objetivos (ou origem): de ofício (pela própria Administração Pública) ou provocado (por terceiros interessados, mediante recursos administrativos).

3.2 Controle jurisdicional

O controle jurisdicional é considerado elemento essencial à democracia, princípio estruturante do Estado de Direito, como garantidor das liberdades democráticas. Nesse sentido, em artigo doutrinário sobre o tema, LÚCIA VALLE FIGUEIREDO⁷², assevera:

“Verificamos, assim, que o controle jurisdicional é princípio estruturante do Estado de Direito. A possibilidade de controle jurisdicional, como hoje se conhece, como influência da Constituição Americana, sobretudo de Marshall, do judicial review, aparece na Constituição da República, 1891, e sobrevive até agora. A possibilidade de controle judicial é a mola propulsora do Estado de Direito.”

O sistema jurisdicional brasileiro adota para fins de controle judicial da administração a jurisdição una (art. 5º, XXXV da CF/88), que consagra o monopólio jurisdicional ao Poder Judiciário, ao contrário de outros países (como a França) em que se adota o sistema do contencioso administrativo.

49, I, II, III, IV, V, X, XII, XIII, XIV, XVI e XVII; 50 *caput* e § 2º; 52, II, IV, V, VI, VII, VIII, XI e 58 § 3º CF/88). **Controle financeiro** é aquele exercido pelo poder legislativo sobre o Executivo e Judiciário e sobre a sua própria administração no que se refere à receita, às despesas e à gestão dos recursos públicos. Tudo que diga respeito às finanças públicas está sob a mira do controle legislativo. O controle legislativo abrange todos os Poderes da República, direta e indireta (art. 70, CF/88) e todas as pessoas políticas (art. 31 e 75 CF/88).

⁷¹ *In verbis*: “Art. 19. Todo e qualquer órgão da Administração Federal, direta ou indireta, está sujeito à supervisão do Ministro de Estado competente, excetuados unicamente os órgãos mencionados no art. 32, que estão submetidos à supervisão direta do Presidente da República.”

⁷² FIGUEIREDO (2001:02)

Porém, esse controle judicial dos atos da administração não é ilimitado. Como bem assinala DIOGO DE FIGUEREIDO MOREIRA NETO⁷³, o controle exercido pelo Poder Judiciário sofre restrições quanto à matéria (crimes de responsabilidade), quanto à amplitude do ato de controle (mérito), quanto à oportunidade do pronunciamento (ato incompleto) e quanto à extensão do pronunciamento (coisa julgada).

No tocante ao controle de mérito dos atos discricionários, via de regra, estes atos não estão sujeitos à apreciação do Poder Judiciário, que só verifica e julga a regularidade dos elementos vinculados do ato.

Porém a discricionariedade,⁷⁴⁻⁷⁵⁻⁷⁶⁻⁷⁷ consubstanciada no mérito administrativo, poderá ser apreciada pelo Poder Judiciário, quando a discricionariedade for utilizada de forma incorreta. Em outras palavras, se o administrador ultrapassa o limite legal da discricionariedade, deixa de haver mérito. O ato não será discricionário, será arbitrário, podendo o Judiciário invalidá-lo⁷⁸.

⁷³ MOREIRA NETO (2001:226)

⁷⁴ Para DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO (1998:32-33), a discricionariedade pode ser entendida no sentido amplo, como a possibilidade jurídica, criada por uma norma originária, para o exercício de uma definição integrativa do interesse público específico nela previsto, por uma nova norma ou ato concreto decorridos; e no sentido restritivo, para expressar apenas a possibilidade jurídica outorgada pelo legislador ao administrador para integrar a definição do interesse público específico previsto numa norma legal. Prossegue o mesmo publicista, resumindo essas idéias no seguinte conceito: “Discricionariedade é a qualidade da competência cometida por lei à Administração Pública para definir, abstrata ou concretamente, o resíduo de legitimidade necessário para integrar a definição de elementos essenciais à prática de ato de execução voltados ao atendimento de um interesse público específico.”

⁷⁵ Para CRETILLA JÚNIOR (2002:105) ato discricionário pode ser definido como “a manifestação concreta e unilateral da vontade da administração que, fundamentada em regra objetiva de direito que a legitima e lhe assinala o fim, se concretiza livremente, desvinculada de qualquer lei que dite previamente a oportunidade e a conveniência da conduta do editor da medida”.

⁷⁶ Essa discricionariedade pode se manifestar até mesmo na função fiscal, como bem observado por AURÉLIO PITANGA SEIXAS FILHO (2001:18): “a vinculação legal da função fiscal não impede, entretanto, que o legislador deixe à autoridade fiscal, em algumas fases do procedimento administrativo fiscal, a liberdade de escolher, entre algumas alternativas legítimas, qual a ação deve ser adotada no momento oportuno e conveniente.”

⁷⁷ Vale observar, por oportuno, que a discricionariedade manifestada nesses atos administrativos deve ser entendida como uma liberdade de ação administrativa, rigorosamente dentro dos limites permitidos pela norma jurídica, sob pena de se tornar um ato arbitrário. Daí é que JUAREZ FREITAS (1995:133), apoiado em GEORGES VEDEL e VICTOR NUNES LEAL afirma que na prática administrativa não há rigorosamente, nenhum ato totalmente discricionário, mas sim aspectos discricionários, relacionados a determinados elementos, como os motivos e o objeto.

⁷⁸ Vale destacar para o tema que ora se apresenta, a profunda e arguta análise metodológica elaborada por KARL ENGISCH, na obra intitulada *“Introdução ao Pensamento Jurídico”* p. 205/255, sobre os diferentes modos de expressão legislativa que fazem com que o órgão aplicador do direito (autoridade administrativa ou Tribunal) adquira autonomia em face da lei: conceitos jurídicos indeterminados, conceitos normativos, poder discricionário e cláusulas gerais. Na concepção do renomado pensador alemão, conceito indeterminado é aquele cujo conteúdo e extensão são em larga medida incertos. Afirma que os conceitos absolutamente determinados são raros no Direito, considerando como tais os conceitos numéricos (50 Km, prazo de 24h, 100 marcos), prevalecendo, em sua grande maioria, os conceitos indeterminados, tais como os naturalísticos (“escuridão”, “sossego noturno”, “ruído”, “perigo”, “coisa”) e os propriamente jurídicos (“assassinato”, homicídio qualificado”, “crime”, “ato administrativo”, “negócio jurídico”). Muitos desses conceitos, segundo o doutrinador, são conceitos normativos, em contraposição aos conceitos descritivos, ou seja, àqueles que designam descritivamente objeto reais ou de qualquer forma perceptíveis, tais como: “homem”, “morte”, “cópula”, “escuridão”, “vermelho”, “velocidade”, “intenção”. Estes exemplos mostram que entre os conceitos descritivos se encontram muitos conceitos indeterminados. Pondera ENGISCH, que os conceitos normativos são freqüentemente indeterminados num grau particularmente elevado. Porém, o entendimento do que seja conceito

A doutrina publicista tem apontado como meios de controle do mérito administrativo, além da legalidade, os princípios da razoabilidade e proporcionalidade. Nessa via de controle o Poder Judiciário verifica se o administrador portou-se com equilíbrio no que toca aos meios e fins de sua conduta ou se a conduta era necessária e gravosa em excesso.

Contudo, o Poder Judiciário só poderá anular o ato discricionário irritado. Não poderá sucessivamente optar pela prática de outro ato administrativo como se administrador fosse, pois ao juiz é vedado escolher o novo motivo ou o objeto (juízo de mérito), que é único e exclusivo do administrador, sob pena de violação ao princípio da separação de poderes.

No mesmo sentido, tanto a doutrina quanto a jurisprudência reconhecem a existência de circunstâncias que impedem a invalidação do ato, como o decurso do tempo, a boa-fé dos envolvidos na criação de situações ampliativas de direito, o exaurimento da competência administrativa, a possibilidade de convalidação do ato⁷⁹.

normativo não é unívoco. Nesse sentido, destaca dois significados diferentes para dar preferência a um deles, considerando o significado próprio do termo “normativo” como o conceito que sempre precisa de uma “avaliação” para ser aplicado no caso concreto. Em outras palavras, o volume normativo de um conceito como “indigno”, “vil”, “pornográfico”, “blasfema”, tem de ser percebido caso a caso, através de atos de avaliação. Essa avaliação traz consigo uma indeterminação que mostra para o doutrinador, os conceitos normativos como uma classe especial de conceitos indeterminados. Prossegue seu estudo, asseverando que os diferentes critérios da discricionariedade tais como: autonomia da avaliação pessoal, a possibilidade de escolhas, pluralidade de sentidos e espaço de liberdade, não são elementos suficientes para delimitar o conceito de discricionariedade (poder discricionário), face a sua plurissignificação. Para ENGISCH, ocasionalmente tem se pretendido definir “decisões discricionárias” como aquelas que não são judicialmente sindicáveis. Porém, na sua estrutura dogmática, o conceito de discricionariedade possui uma “coloração especial” em relação aos conceitos indeterminados e aos conceitos normativos. Isso se deve ao fato de que estes últimos não se reportam ainda de per si a avaliações pessoais, bem que *volens volens* permitam um “espaço residual de apreciação pessoal do justo”, porque a sua interpretação e a sua aplicação no caso concreto é ambivalente. Conclui afirmando que a discricionariedade deve ser notada no sentido de que, no domínio da administração ou no da jurisdição, a convicção pessoal (particularmente, a avaliação) de quem quer que seja chamado a decidir, é elemento decisivo para determinar qual das várias alternativas que se oferecem como possíveis dentre de certo “espaço de jogo”, será havida como sendo a melhor e a “justa”. Do mesmo modo, pondera ENGISCH, que o conceito de cláusula geral que se contrapõe uma elaboração casuística das hipóteses legais, não pode ser confundido com um dos conceitos acima mencionados. Casuística é aquela configuração da hipótese legal (enquanto somatório dos pressupostos que condicionam a estatuição) que circunscreve particulares grupos de casos na sua especificidade própria. Dá como exemplo, a hipótese legal do § 224 do Código Penal Alemão: se uma ofensa corporal voluntária “tem como consequência para a vítima a perda dum membro importante do corpo, da visão de um ou de ambos os olhos, da audição ou da capacidade de procriar, ou se a mesma vítima fica duradoura e consideravelmente desfigurada ou cai na invalidez, na paralisia ou na loucura”, deve o agente ser condenado a prisão de 1 a 5 anos. Em confronto com este texto de lei, considera como cláusula geral a primeira parte do § 260 do Projeto de 1930, que lhe corresponde: “Se a vítima é gravemente prejudicada no seu corpo ou na sua saúde...”. Deste modo, entende ENGISCH como cláusula geral uma formulação da hipótese legal que, em termos de grande generalidade, abrange e submete a tratamento jurídico todo um domínio de casos. Sustenta que essas cláusulas gerais só condicionalmente podem ser entendidas como algo especial em relação aos conceitos acima referidos. Isto porque praticamente, quase só aparecem cláusulas gerais que, pelo menos, são ao mesmo tempo indeterminadas e normativas. Assim poderia em tese considerar essas cláusulas incluídas nos conceitos indeterminados normativos, e por vezes, também nos conceitos discricionários. De fato, as cláusulas gerais não possuem do ponto de vista metodológico, qualquer estrutura própria. Elas não exigem processos de pensamento diferentes daqueles que são pedidos pelos conceitos indeterminados, os normativos e os discricionários. Segundo ENGISCH, o verdadeiro significado das cláusulas gerais reside no domínio da técnica legislativa. Graças à sua generalidade, elas tornam possível sujeitar um mais vasto grupo de situações, de modo ilacunar e com possibilidade de ajustamento, a uma consequência jurídica.

⁷⁹ A teoria das nulidades dos atos administrativos suscita muita controvérsia doutrinária. Isso porque a falta de sistematização dos textos de direito administrativo embarçam a construção da teoria das nulidades dos atos da

De qualquer forma, o controle jurisdicional da Administração está aberto ao Poder Judiciário, sempre que qualquer ação ou medida de autoridade administrativa, eivada de ilegalidade ou abuso de poder, traga ou ameace trazer prejuízos ao administrado, mormente num Estado de Direito firmado no princípio da legalidade.

Por conseguinte, se o ato administrativo, com vício de ilegalidade ou de abuso de poder, traz prejuízos a alguém permitindo-lhe a impugnação, perante a Administração ou perante o Poder Judiciário, a Constituição Federal e as leis do Brasil lhe oferece inúmeras garantias de proteção contra tais lesões.

Essas garantias de proteção ou meios de controle judicial dos atos administrativos são as vias processuais ordinárias e especiais (extraordinárias), tais como o mandado de segurança (art. 5º LXIX e LXX CF/88 e Lei 1533/51), ação popular (art. 5º LXXIII e Lei 4717/65), ação civil pública (art. 129, III CF/88 e Lei 7347/85), mandado de injunção (art. 5º LXXI CF/88), habeas data (art. 5º LXXII CF/88 e Lei 9507/97), habeas corpus (art. 5º LXVIII CF/88 e art. 647 Código de Processo Penal) e ações de inconstitucionalidade.

De todos estes meios de controle, o que mais nos interessa no momento é a via processual ordinária.

Regulada pelo art. 282 e seguintes do Código de Processo Civil, a ação ordinária se constitui na principal solução instrumental para o controle jurisdicional dos atos da Administração que, por qualquer motivo, não possa ser levado perante o Poder Judiciário por outra via processual.

O Código de Processo Civil institui um processo de conhecimento que, na hipótese do art. 273, admite a antecipação dos efeitos da tutela pretendida.

Administração Pública, tendo os publicistas que recorrer aos dispositivos da legislação civil. As nulidades do direito privado obedecem a um sistema dicotômico, composto da NULIDADE (art. 166 Novo Código Civil) e da ANULABILIDADE (art. 171 Novo Código Civil). Um ato jurídico pode ser NULO v.g. ato praticado com a inobservância da forma prescrita em lei – art. 166, IV do Novo Código Civil) ou ANULÁVEL v.g. ato praticado com vício de consentimento – erro – art. 171, II Novo Código Civil). A diferença principal entre eles, é que o ato nulo não admite convalidação, enquanto que no ato anulável ela é possível (art. 169 Novo Código Civil). Além disso, o juiz pode decretar de ofício a nulidade ou mediante alegação do interessado, enquanto na anulabilidade só pode ser decretada se houver provocação da parte interessada (arts. 168 e 177 Novo Código Civil). E é nessa adaptação ou não das nulidades do direito civil para o direito administrativo que a doutrina publicista se dividiu, surgindo dois pólos diversos e antagônicos. De um lado, a teoria MONISTA que diz ser inaplicável a dicotomia das nulidades no direito administrativo. O ato é nulo ou válido. Não existindo atos anuláveis. São adeptos dessa corrente, entre outros, HELY LOPES MEIRELLES, DIÓGENES GASPARINI e SÉRGIO FERRAZ. Do outro lado, a teoria DUALISTA que diz que os atos administrativos podem ser nulos ou anuláveis, de acordo com a menor ou maior gravidade do vício, podendo neste último caso ocorrer a convalidação de atos defeituosos. Defendem essa corrente, entre outros, CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO, SEABRA FAGUNDES, CRETILLA JR, LÚCIA VALLE DO FIGUEIREDO, JS CARVALHO FILHO, MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO e JUAREZ FREITAS. Alguns desses publicistas, adeptos da teoria dualista, afirmam ainda a existência de atos administrativos inexistentes, que seriam aqueles tipificados como crime, v.g. atos praticados com usurpação de função. Ainda sobre o tema vide SILVA, Clarissa Sampaio. *Limites à invalidação dos atos administrativos*. São Paulo: Max Limonad, 2002 e ARAUJO, Edmir Netto de. *Atos administrativos e recomposição da legalidade*. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro. n 207:163-201. Jan./mar. 1997.

O instituto da antecipação da tutela, introduzido no ordenamento jurídico pela Lei 8.952/94, sua natureza jurídica e seus requisitos serão objeto de breves considerações face a sua importância para a conclusão do tema em discussão⁸⁰.

4 DA TUTELA ANTECIPADA

A tutela antecipada não consiste em providência acautelatória, a assegurar a utilidade de pedido principal. Trata-se de adiantar o próprio objeto da demanda, o que anteriormente somente era possível com a sentença de mérito.

De acordo com a definição de ANTÔNIO CLÁUDIO DA COSTA MACHADO⁸¹:

"Quase unanimemente, os autores que abordaram o tema sob enfoque na perspectiva do art. 273, inciso I, do CPC – quer na forma escrita, quer por manifestações verbais – têm afirmado que a natureza da tutela antecipatória nada tem de cautelar, mas sim de adiantamento do provimento do mérito, de pura antecipação satisfativa do resultado final do processo. Dentre os argumentos freqüentemente expostos para fundamentar a tese, o principal é o de que a finalidade da antecipação não é o de resguardar a eficácia de outro provimento, nem executar a exeqüibilidade da sentença a ser proferida ao final, ou a realizabilidade de uma pretensão de direito material e, muito menos, preservar a utilidade prática de outro processo."

Preliminarmente, vale transcrever o que preceitua o dispositivo legal sob exame:

"Art. 273. O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação, e:

I – haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ou

II – fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu."

⁸⁰ Lembra ATHOS GUSMÃO CARNEIRO (2002:10) que a antecipação da tutela, com suas características próprias, não é novidade em nosso processo. As liminares possessórias, os alimentos provisionais, a liminar na ação de nunciação de obra nova, a liminar nos embargos de terceiro. Em legislação extravagante, a liminar na ação autônoma de busca e apreensão, as liminares nas ações locatícias, liminar na ação popular, as liminares no Código de Defesa do Consumidor.

⁸¹ COSTA MACHADO (1998:273)

Os parágrafos seguintes disciplinam a vedação quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado (§2º)⁸², a execução provisória (§3º) e a sua precariedade (§4º). Meras normas de repetição explicitam a necessidade de fundamentação (§1º), que é inerente a todas as decisões judiciais (art. 93, IX, CF), e a necessidade de prosseguimento do feito até final julgamento (§5º). A Lei 10.444/2002, que alterou a redação do artigo, estabeleceu a regra de fungibilidade dos pedidos (§ 7º) e de sua incontrovérsia (§ 6º)⁸³.

Partindo-se da análise do artigo supra, constata-se que, havendo prova inequívoca e verossimilhança, o juiz poderá, *initio litis*, conceder o pedido inicial. O conceito é vago e sem tradição no direito brasileiro.

Sobre a interpretação, pelo julgador, das expressões prova inequívoca ou verossimilhança, TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER⁸⁴ e ATHOS GUSMÃO CARNEIRO estabeleceram importantes considerações sobre a inexistência de poder discricionário neste ponto. Isto é, dada a imprecisão dos conceitos legais, indeterminados, existe uma liberdade subjetiva na averiguação de suas presenças. Entretanto, tal peculiaridade não tem o condão de transformar o ato jurisdicional em discricionário. Caso se verifiquem os pressupostos legais, este tem o dever de fazê-lo⁸⁵.

4.1 Da prova inequívoca

No que se refere a prova inequívoca, leciona NELSON NERY JR⁸⁶:

“Essa prova inequívoca é do ‘fato título do pedido’(causa de pedir). Tendo em vista que a medida foi criada em benefício apenas do autor, com a finalidade de agilizar a entrega da prestação jurisdicional, deve ser concedida com parcimônia, de sorte a garantir a obediência ao princípio constitucional da igualdade de tratamento das partes. Como a norma prevê apenas a cognição sumária, como condição para que o juiz conceda a antecipação, o juízo de probabilidade da afirmação feita pelo autor deve ser exigido em grau compatível com os direitos colocados em jogo.”

⁸² À título de ilustração: entrega do réu ao autor de coisa consumível, cujo uso importe a sua destruição (gêneros alimentícios), acontecendo a irreversibilidade, também, na liberação de importâncias depositadas, demolição de um prédio, amputação de um membro do corpo humano, no pagamento obrigatório de pensões ou nos alimentos provisionais (já que o alimentando não está obrigado a restituí-los)

⁸³ Segundo CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO (2002:96) na hipótese do § 6º - “A tutela antecipada também poderá ser concedida quando um ou mais dos pedidos cumulados, ou parcela deles, mostrar-se incontroverso” - se dispensa o *periculum in mora*, ou “fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação”, ordinariamente exigido pelo inciso I desse artigo.

⁸⁴ *Aspectos Polêmicos da Antecipação de Tutela*. Ed. RT, 1997

⁸⁵ BEDAQUE (1997:244)

⁸⁶ NERY JUNIOR (2001:732)

Quanto à necessidade da produção de prova, expõe CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO⁸⁷ que:

“a exigência de prova inequívoca significa que a mera aparência não basta e que a verossimilhança exigida é mais que o *fumus boni iuris* exigido na cautelar.”

Não é sem razão que o legislador, antes de se referir à verossimilhança da alegação, dispõe, condicionadamente, que deve existir prova inequívoca. Isto é, um dos pressupostos da verossimilhança é a ocorrência de prova inequívoca. Aqui a lei exige prova.

Poderemos agora indagar: qual o significado da expressão “prova inequívoca” na redação do art. 273 do Código de Processo Civil ?

Traduzindo-se de forma literal, o vocábulo “inequívoca” diz respeito a algo certo, seguro, correto, que não dá margem a erro ou engano.

Porém, este não é o sentido da palavra empregada no *caput* do art. 273 do Código de Processo Civil. O que na verdade pretendeu o legislador, foi considerar como prova inequívoca aquela que, ante aos fatos expostos, fosse suficiente para a formação de juízo de probabilidade (verossimilhança), capaz de antecipar a medida buscada⁸⁸.

Em outras palavras, a prova inequívoca a que alude o art. 273 do Código de Processo Civil, não é aquela que seja suficiente para a prolação da sentença⁸⁹, pois se assim fosse, não estaria se concedendo a tutela pretendida, e sim, julgando antecipadamente o mérito da causa, conforme previsão do art. 330, inciso I do Código Processual, entendimento este defendido por LUIZ GUILHERME MARINONI⁹⁰ e por ESTEVÃO MALLETT⁹¹.

Nesse mesmo sentido, a jurisprudência vem se consolidando:

“Só a existência de prova inequívoca, que convença da verossimilhança das alegações do autor, é que autoriza o provimento antecipatório da tutela jurisdicional em processo de conhecimento.”⁹²

⁸⁷ DINAMARCO (1995:143)

⁸⁸ Indagando sobre que provas serão estas, ATHOS GUSMÃO CARNEIRO (2002:23) assevera: “Se o pedido de AT for apreciado ‘*limine litis*’, será tomada em consideração, normalmente, a prova documental apresentada pelo autor com a inicial (CPC, art. 283); excepcionalmente, provas efetuadas ‘*ad perpetuum*’, justificações prévias, testes de DNA, pareceres de especialistas no objeto da lide.”

⁸⁹ BEDAQUE (1997:236)

⁹⁰ MARINONI (1996:67-68)

⁹¹ MALLETT (1998:54)

4.2 Da Verossimilhança da Alegação

Segundo o art. 273, *caput*, para que seja concedida a antecipação da tutela faz-se necessário que o juiz, “*existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação.*” O vocábulo verossímil compreende aquilo que é “*semelhante a verdade; que não repugna à verdade, provável*”⁹³.

Confira-se, no tocante à expressão verossimilhança, o art. 6º, inciso VIII, do Código de Defesa do Consumidor, como capaz de ensejar, “a critério do juiz”, a inversão do ônus da prova nos procedimentos relativos à defesa de direitos do consumidor.

O juízo a ser feito será o de verossimilhança, ou seja, de grande proximidade com a certeza, obviamente limitada ao princípio da verdade formal, que informa nosso ordenamento. Segundo ATHOS GUSMÃO CARNEIRO⁹⁴ esse juízo supõe não apenas a constatação pelo juiz relativamente à matéria de fato exposta pelo demandante, como igualmente supõe a plausibilidade na subsunção dos fatos à norma de lei invocada - *ex facto oritur ius* -, conducente, pois, às conseqüências jurídicas postuladas pelo autor.

Agora, o magistrado julga com base em mera verossimilhança e não na certeza e segurança que brotam apenas no final do sinuoso itinerário de uma ação de conhecimento.

Ademais, por se tratar de uma decisão em que é concedido ao Autor, antecipadamente, embora com caráter de provisoriedade, o exercício do próprio direito afirmado, decisão essa que na prática tem o mesmo conteúdo que terá, futuramente, o do dispositivo da sentença que dá procedência da demanda inicial, é que os doutrinadores exortam à prudência, como bem se pode observar de ANTÔNIO CLÁUDIO DA COSTA MACHADO⁹⁵ que assim se manifesta:

“Esse novo art. 273 corresponde ao maior, e também, ao mais perigoso de todos os avanços, introduzidos pela chamada reforma do processo civil. Muita prudência e comedimento serão exigidos do juiz para o exercício dessa imensa parcela de poder que a lei agora coloca à disposição com o intuito de fomentar a justiça célere e efetiva.”⁹⁶

⁹² RJTJERGS 179/251

⁹³ Dicionário Prático Michaelis

⁹⁴ CARNEIRO (2002:26)

⁹⁵ COSTA MACHADO, Antônio Cláudio da. *A Reforma do Processo Civil Interpretada*. São Paulo: Saraiva, 1995

⁹⁶ Da mesma forma, ATHOS GUSMÃO CARNEIRO (2002:27): “Fixar, pois, até que ponto a margem de risco autoriza a concessão de AT constitui tema sensível de política judiciária, atenta às necessidades da vida atual, e pressupõe alta dose de bom senso e de discernimento por parte do magistrado.”

Portanto, não temos dúvida de que só haverá verossimilhança se existir prova inequívoca do fato alegado pelo autor. A alegação é verossímil se há prova com aquele requisito; caso contrário, não o é.

Conclusão

Diante de todo o exposto, podemos concluir que em sede de ação ordinária em que se pretenda questionar a legalidade do ato administrativo, a antecipação da tutela prevista no art. 273 do Código de Processo Civil não poderá ser aplicada.

Contrapor o princípio da legalidade, contido no *caput* do art 37 da Constituição Federal/88, do qual se reveste o ato administrativo, à norma processual que confere o art. 273 do Código Processual a antecipação dos efeitos da tutela definitiva é, antes de tudo, inverter os valores jurídicos, conferindo maior valor a uma regra processual em detrimento de um direito material de ordem pública elevado a princípio em sede constitucional.

A verossimilhança do art. 273 do Código de Processo Civil é mais do que o *fumus boni iuris*, como costuma dizer a doutrina, porém não esgota a prova, tanto é assim que, só admissível em processo de cognição com fase probatória⁹⁷

Na via célere do mandado de segurança para que o ato administrativo seja considerado ilegal é necessário que o administrado ofereça a prova pré-constituída do alegado. Só assim a sua legalidade *juris tantum* pode ser desconstituída.⁹⁸⁻⁹⁹. Nesse sentido, várias são as decisões dos Tribunais Regionais, do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal¹⁰⁰.

Assim, quando o requerimento de tutela antecipada é feito na própria petição inicial, torna-se indispensável instruí-la, de regra, com prova documental pré-constituída, à semelhança do que ocorre na ação de mandado de segurança.

⁹⁷ “Havendo necessidade de produção de prova, descabe a outorga da tutela antecipada.” LEX-JTA 161/354

⁹⁸ Segundo EDMIR NETTO DE ARAUJO (1997:195), direito líquido e certo quer dizer comprovação de imediato, “de plano”, normalmente por prova documental pré-constituída, não se admitindo dilação probatória, dos fatos e situações referidos na inicial pelo impetrante, devidamente enquadrados no direito alegado, sendo por isso mesmo operante e aplicável no momento da impetração. O direito, se existente, é sempre líquido e certo.

⁹⁹ O mandado de segurança para proteção de direitos individuais líquidos e certos feridos foi instituído, sob a inspiração do *Juicio de amparo* mexicano (e não dos *writs* ingleses ou americanos, dos quais herdou só o apelido de *writ of mandamus*, pois não são iguais ao nosso), pela Constituição Federal de 1934. Cf. ARAUJO (1997:194)

¹⁰⁰ TRF-1ª Reg. AG-20000100086428-8; TRF-2ª Reg. AG-980251511-6; TRF-3ª Reg. AG 9703035174-3; TRF-4ª Reg. AG-960455333-0; STJ ROMS 10352/RJ; STJ ROMS 8628/MG; STJ RESP 129309/SP; STJ RESP 36011/SP; STF MS 23246/BA; STF MS 20882/DF;

Com efeito, trazemos à lume arestos oriundos do Egrégio Tribunal Regional Federal da 1ª Região que bem indica o entendimento jurisprudencial acerca da matéria, senão vejamos:

"PROCESSO CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. INSCRIÇÃO NO CADIN. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. PROVAS.

I - Nos termos do art. 273 do CPC, a antecipação dos efeitos da tutela, necessariamente, a existência de prova inequívoca e de verossimilhança da alegação do autor, de fundado receio de dano de difícil reparação ou de caracterização de abuso do direito de defesa, com visível propósito protelatório.

II - Impossibilidade de convencimento judicial da verossimilhança do alegado pelo autor, em face de a matéria versada na ação de conhecimento demandar ampla dilação probatória para sua demonstração.

III - Agravo de instrumento provido."

(AI 99.01.00.052401-9/PA, Rel. Juiz CÂNDIDO RIBEIRO, DJ 26.06.2000)

"PROCESSO CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. INSCRIÇÃO NO CADIN. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. PROVAS.

I - Nos termos do art. 273 do CPC, a antecipação dos efeitos da tutela requer, necessariamente, a existência de prova inequívoca e de verossimilhança da alegação do autor, de fundado receio de dano de difícil reparação ou de caracterização de abuso do direito de defesa, com visível propósito protelatório.

II - Havendo, na inicial da ação principal, pedido de produção de provas outras, não demonstradas de plano, inviável se torna a antecipação da tutela, por ausência dos seus requisitos.

III - Agravo de Instrumento provido."

(AI 1998.01.00.074917-9/MA, Rel. Juiz CÂNDIDO RIBEIRO, DJ 10.08.2000)

No entanto, inadmissível, a confusão que vem se instalando nos juízos de 1º grau com o uso impróprio da terminologia inovadora da "verossimilhança" para desconstituir a legalidade presumida de atos administrativos em ações ordinárias que necessariamente passam pela fase probatória¹⁰¹.

Não mais se fala em autoridade coatora, nem se exaure a fase probatória. Simplesmente a verossimilhança através de um despacho judicial

¹⁰¹ CRETELLA JÚNIOR (2002:327) assevera com toda razão que: "A dilação probatória, que a ação ordinária admite, possibilita ao autor, que se pretenda a revisão do ato administrativo pelo Poder Judiciário, a produção de provas novas mais completas, perícias, vistorias, depoimento pessoal, inquirição de testemunhas."

destrói o princípio da legalidade *juris tantum* dos atos administrativos em ações ordinárias com pedido da antecipação dos efeitos da tutela.

Com isso, o Poder Judiciário passa a intervir no Poder Executivo, ameaçando e, muitas vezes, já impedindo a sua governabilidade. Como se sabe, o princípio da independência e harmonia dos Poderes, previsto expressamente no art. 2º da Carta Política, fundamenta a estrutura da República Federativa do Brasil.

Diante de sua importância para a manutenção do Estado Democrático de Direito (art. 1º da CF/88), o legislador constituinte originário houve por bem protegê-lo sob o manto de cláusula pétrea (Art. 60, inciso III, CF/88). Assim sendo, não poderá ser objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir a separação dos Poderes.

Portanto, não resta dúvida que a presunção de legitimidade dos atos administrativos demanda uma matéria probatória consistente e definitiva capaz de afastar a validade do ato impugnado que, no âmbito da cognição sumária do art. 273 do Código de Processo Civil, não permite a produção de todas as provas necessárias para ilidir a referida presunção, bem como a existência de prova inequívoca é fundamento legal e antecedente lógico-jurídico da verossimilhança, de vez que, inexistente prova inequívoca, estaria impossibilitado o convencimento pela verossimilhança.

Por fim, ainda que se admitisse a concessão da tutela na hipótese em questão, uma interpretação menos restritiva da presunção de legitimidade dos atos administrativos, nos levaria à conclusão de que a tutela do art. 273 do Código de Processo Civil só poderia ser concedida após a manifestação da Fazenda Pública, vez que na antinomia de direitos fundamentais própria da tutela antecipada (segurança jurídica x acesso à justiça), o juiz deve resguardar o interesse público, característico das manifestações administrativas dessa natureza.

Bibliografia

ARAUJO, Edmir Netto de. *Atos administrativos e recomposição da legalidade*. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro. n 207:163-201. Jan./mar. 1997

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 1998.

BEDAQUE, José Roberto. *Aspectos Polêmicos da Antecipação da Tutela - Considerações sobre a antecipação da tutela jurisdicional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 11ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

CARNEIRO, Athos Gusmão. *Da Antecipação de Tutela*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2001.

CRETELLA JUNIOR, José. *Tratado de direito administrativo, vol. II: teoria do ato administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

COSTA MACHADO, Antônio Cláudio. *Tutela Antecipada*. São Paulo: Oliveira Mendes, 1998.

_____. *A Reforma do Processo Civil Interpretada*. São Paulo: Saraiva, 1995.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2002.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Reforma do CPC*. São Paulo: Malheiros, 1995.

_____. *A Reforma da Reforma*. São Paulo: Malheiros, 2002.

ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1996.

FIGUEIREDO, Lúcia Vale. *O Controle Jurisdicional da Administração Pública*. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. I, nº. 2, maio, 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 04 de maio de 2001.

FREITAS, Juarez. *Estudos de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 1995.

MALLET, Estevão. *Tutela Antecipada no Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 1998.

MARINONI, Luiz Guilherme. *A Antecipação da tutela na reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Malheiros, 1996.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2001.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo, *Curso de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

_____. *Legitimidade e Discricionariedade: novas reflexões sobre os limites e controle da discricionariedade*. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

NERY JUNIOR, Nelson. *Código de Processo Civil Comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

NOGUEIRA, Alberto, *Globalização, regionalizações e tributação: a nova matriz mundial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

PERELMAN, Chaim. *Lógica Jurídica - Nova Retórica*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

SEIXAS FILHO, Aurélio Pitanga. *Princípios fundamentais do direito administrativo tributário: a função fiscal*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

SILVA, Clarissa Sampaio. *Limites à invalidação dos atos administrativos*. São Paulo: Max Limonad, 2002.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Aspectos Polêmicos da Antecipação de Tutela*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

ZANCANER, Weida. *Razoabilidade e moralidade: princípios concretizadores do perfil constitucional do estado social e democrático de direito*. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, ano I, nº. 9, dezembro, 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 15 de dezembro de 2001.