

**A TUTELA DE URGÊNCIA E O PROCESSO ADMINISTRATIVO: BREVES
CONSIDERAÇÕES ACERCA DA CONCESSÃO DE MEDIDAS CAUTELARES E
ANTECIPATÓRIAS PELA PRÓPRIA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**

**THE IMMEDIATE INJUNCTIONS AND THE ADMINISTRATIVE PROCESS: BRIEF
CONSIDERATIONS OVER THE GRANT OF PREVENTIVE AND ADVANCED
MEASURES BY THE PUBLIC ADMINISTRATION ITSELF**

Lídia Lara Araújo de Oliveira e Souza Wernersbach Simon¹

Resumo

Vasta é a doutrina acerca da tutela cautelar e antecipada, bem como amplos são os ensinamentos sobre o processo administrativo, mas poucos escritos se encontra que se dispuseram a analisar ambos os temas. Assim, o principal escopo do presente artigo é fomentar a discussão acerca da possibilidade, viabilidade e, quiçá, necessidade de concessão de medidas de urgência (cautelares ou antecipatórias) no curso do processo administrativo. Para tanto, serão feitos, inicialmente, alguns apontamentos sobre a tutela de urgência, ressaltando, pois, seu conceito, requisitos e objetivos. Há de se discorrer, ainda, sobre o processo administrativo e seu *status* constitucional, para que, posteriormente, possamos mesclar tais assuntos e efetivamente ponderar os argumentos favoráveis e contrários à hipótese levantada. Por fim, a conclusão a que se irá chegar, a saber, de que é sim possível à Administração conceder, ela mesma, medidas de urgência, será resultado de uma construção lógico-dedutiva decorrente das premissas estabelecidas no decorrer deste estudo.

Palavras-chave: Tutela/medidas de urgência. Processo administrativo. Lei nº 9.784/99. Princípio da eficiência.

Abstract

Ample is the doctrine on preventive and advanced relief, as well as large are the teachings of the administrative process, but few writings that willing to consider both issues are found. So, the main scope of this study is to stimulate discussion about the possibility, feasibility, and,

¹ Mestranda em Direito Processual Civil pela Universidade Federal do Espírito Santo. Pós-graduada em Direito e Comércio Internacional pela Universidade Anhanguera-UNIDERP. Graduada em Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo. Advogada.

perhaps, necessity to grant immediate injunctions (preventive or advanced) in the course of the administrative process. For that, we will make, initially, some notes over the immediate injunctions, stressing, therefore, its concepts, requirements and objectives. We will also expound on the administrative process and its constitutional status, so that later we can merge these subjects and reflect about the pro and con arguments to the assumption raised. Finally, the conclusion that will reach, which is that it is indeed possible for the Administration to grant, itself, immediate injunctions, will result of a logical-deductive construction derived from premises established in the course of this study.

Key-words: Immediate injunctions. Administrative process. Law nº 9.784/99. Principle of efficiency.

1- INTRODUÇÃO

Muito se fala nos dias atuais acerca da efetividade do processo, não sendo incomum ouvir-se que a tutela jurisdicional deve ser prestada a tempo e a modo de garantir ao jurisdicionado o resguardo de seu direito.

Diante de uma temática como essa, nada mais natural do que a utilização da interdisciplinaridade para buscar a solução de problemas ou situações que passaram despercebidas pelo legislador e que, por enfrentar questões quase que sagradas, não são satisfatoriamente debatidas pela doutrina pátria. Explicitando mais claramente, o que se quer dizer é que a discussão acerca da busca pela efetividade parece restringir-se (ou, ao menos, é feita com maior afinco no) ao âmbito do processo judicial, o que não significa, porém, que ela não seja necessária, por exemplo, no decorrer do processo administrativo, que é o que ora nos interessa.

Ao longo de nossa vivência acadêmica e profissional, pudemos perceber que o ordenamento jurídico pátrio ainda trata com certa cautela, para não dizer desigual, a Administração Pública. Por certo que o regime jurídico administrativo, o qual é composto pelos princípios da supremacia do interesse público sobre o privado e pela indisponibilidade do interesse público (DI PIETRO, 2004), às vezes o exige, no entanto, em estudos anteriores já concluímos no sentido de que nem sempre esse tratamento diferenciado se justifica.

Mas esse mesmo regime jurídico privilegia o interesse público primário em face do secundário, resguardando, pois, os direitos fundamentais do cidadão (ALEXANDRINO e PAULO, 2010). Também se submete aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade,

além de ser lembrado, a todo momento, que deve almejar sempre a eficiência, o que, de fato, mitiga algumas dessas garantias (ou regalias) que a Administração Pública dispõe.

Seja como for, o fato é que essa visão um pouco atrasada do Direito Administrativo-Processual e/ou Processual-Administrativo não mais se coaduna com a ideia de constitucionalização do processo, tão em voga. Isso porque o processo já passou daquela toada estritamente objetiva, por meio da qual era considerado um fim em si mesmo, para andar lado a lado com o direito material, de maneira que, o que se busca é a efetiva e plena prestação jurisdicional. O foco, portanto, está no *substantive due process of law*.

Nesse contexto, um dos grandes trunfos do direito processual é a possibilidade de conceder medidas de urgências, capazes de tutelar momentaneamente o direito que se mostra mais vulnerável até que se obtenha do Judiciário (ou do órgão competente) uma posição de natureza definitiva (e, por esta, entenda-se aquela oriunda de cognição exauriente).

E é esse o ponto de partida do presente trabalho, que buscará analisar a viabilidade do deferimento de medidas de urgência também no processo administrativo, não obstante a inexistência de previsão legal expressa/explicita nesse sentido.

Para tanto, estará dividido em três grandes partes. A primeira delas será voltada para a análise das medidas de urgência, conceituando-as e estabelecendo seus requisitos. A segunda, destinar-se-á a elencar as principais características do processo administrativo. E, por fim, e juntando o conhecimento adquirido nas etapas anteriores, examinar-se-á a possibilidade de a tutela de urgência ser deferida no processo administrativo.

Assim sendo, esse artigo, que é uma prévia de nossa dissertação de Mestrado, se destina a promover verdadeira contribuição para a gama de pessoas que se utilizam, estudam, ou, de algum modo, estão inseridas nessa conjuntura do processo administrativo, ressaltando argumentos do ponto de vista teórico e prático capazes de despertar o âmago de mudança na sociedade jurídica-administrativa.

Passa-se, assim, e sem mais delongas, ao desenvolvimento do assunto proposto.

2- DA TUTELA DE URGÊNCIA ENQUANTO GARANTIDORA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Apesar de ser um tema bastante intrigante, a verdade é que poucas pessoas se dispuseram a sobre ele escrever, de forma que não há uma vasta bibliografia acerca das medidas de urgência na tutela administrativa. Encontra-se, porém, alguns desbravadores, que, de forma mais restrita, já analisaram o tema em questão.

O primeiro deles é André Luiz Pereira de Oliveiras, ganhador do 1º lugar do III Prêmio Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE), cuja obra intitula-se *Tutela de urgência e efetividade no processo administrativo antitruste brasileiro*. Em interessante trecho, pondera o autor que

A efetividade do processo por meio das tutelas de urgência tem se tornado um assunto que é inerente à teoria geral do processo e não mais restrito aos limites da processualidade jurisdicional cível. Na medida em que o processo está presente em todas as funções estatais, desde que respeitadas as garantias constitucionais, ele deve ser efetivo, ou seja, dar a melhor resposta possível ao cidadão. A situação deduzida deve ser tutelada de forma imediata a fim de acautelá-la do risco marginal de que a solução deduzida em juízo venha a ser intempestiva ou inútil.

Nessa toada, concluiu, pois, que, considerando o processo administrativo como um instrumento de defesa da ordem econômica e a tutela de urgência, por sua vez, como o instrumento de efetividade do processo administrativo, é permitido, pelo direito pátrio, a concessão de medidas de urgência, quer típicas ou não, também na seara administrativa.

De semelhante modo é o entendimento de Carlos Eduardo Silva e Souza, que, ao escrever o artigo de nome *Medidas de urgência na tutela administrativa ambiental: o princípio da precaução como elemento propulsor*, enfatizou a temática sob a ótica dos princípios da precaução (próprio do direito ambiental) e da proporcionalidade, de forma que

Nessa direção, é perfeitamente possível se identificar várias hipóteses em que o Estado pode se servir de medidas de urgência na tutela administrativa ambiental, desde sanções aplicáveis no curso do processo administrativo ambiental até a possibilidade de se modificar, suspender ou cancelar licenças ambientais.

Também Reinaldo Couto (2012) ressalta a previsão do art. 147 do Estatuto dos Servidores Públicos Federais² que prevê o afastamento preventivo do servidor como medida acautelatória, mas sem maiores comentários que se façam valiosos para o presente trabalho. Apenas destaca o fato de que se trata de medida excepcional, que somente poderá ser deferida no que ele chama de processo administrativo disciplinar *stricto sensu*.

Considerando, portanto, a inexistência de grandes escritos sobre o tema, a conclusão do presente trabalho será resultado de uma construção lógico-dedutiva, que dependerá, inicialmente, da análise do conceito de urgência.

² Art. 147. Como medida cautelar e a fim de que o servidor não venha a influir na apuração da irregularidade, a autoridade instauradora do processo disciplinar poderá determinar o seu afastamento do exercício do cargo, pelo prazo de até 60 (sessenta) dias, sem prejuízo da remuneração. Parágrafo único. O afastamento poderá ser prorrogado por igual prazo, findo o qual cessarão os seus efeitos, ainda que não concluído o processo.

2.1- DO CONCEITO DE URGÊNCIA E DOS DEMAIS REQUISITOS PARA A CONCESSÃO DE TUTELA CAUTELAR E ANTECIPATÓRIA

O vocábulo urgência é substantivo que decorre do adjetivo urgente, o qual é definido pelo Dicionário Michaelis como aquilo que não pode ser adiado ou retardado; em outras palavras, a urgência pressupõe uma atuação imediata, sob pena de ser, a *posteriori*, ineficaz.

Conforme ressalta o professor Carlos Eduardo Silva e Souza, em artigo já mencionado,

[...] a urgência e a necessidade possuem fundamento comum. Em verdade, a urgência deve ser compreendida como uma espécie de necessidade, que está diretamente relacionada com o elemento “perigo”, que deve ser entendido como uma situação fática, produzida por condutas humanas ou fenômenos naturais, capaz de acarretar conseqüências danosas para os fins essenciais de determinada sociedade, a pondo de se exigir atuação eficiente do poder público, pois, caso esta seja deficiente ou inexistente, há grande possibilidade de se completar totalmente o nexos causal entre os eventos e o resultado danoso.

Justamente por isso que a legislação pátria, em especial o Código de Processo Civil, elenca como um dos requisitos para a concessão de medidas cautelares e antecipatórias o *periculum in mora* ou o receio de dano irreparável ou de difícil reparação, respectivamente. Apesar de alguns doutrinadores diferenciarem tais expressões, como é o caso do professor Marcelo Abelha Rodrigues (2010), em essência, ambos possuem o mesmo significado e serão, dessa forma, tratados no presente trabalho.

Nesse passo, a tutela de urgência se justifica na exata medida em que a sua não concessão tem o potencial real (ainda que ele não venha a se concretizar) de gerar a uma das partes dano maior do que se efetivamente deferida a tutela.

Essa noção de urgência relaciona-se diretamente ao interstício processual; isso porque, se de um lado o processo (e aqui pouco importa se judicial ou não) exige dos litigantes um certo lapso temporal para que “entregue a cada um o que é seu de direito”, de outro, da demora nessa prestação podem advir efeitos de todo indesejáveis.

O processo, como bem anota José Frederico Marques, “por ser *actum trium personarum* e instrumento de composição de litígios, a fim de dar-se a cada um o que é seu, não pode desenrolar-se com essa rapidez e subitaneidade, sob pena de deixar de ser processo. A *dilatatio temporis*, entre o pedido inicial e a entrega, pelo juiz ou tribunal, da prestação jurisdicional, não tem condições de ser desfeita ou eliminada.

[...]

O tempo acaba sendo, concomitantemente, um “bem” e um “mal” para o processo: um “bem”, por ser algo necessário à constituição dos fatos e indispensável ao cumprimento das garantias processuais das partes; um “mal”, justamente face a indesejável demora que pode advir na entrega da prestação jurisdicional. (VIANA, 2014)

No mesmo sentido é o ensinamento de Humberto Theodoro Júnior (2010), para quem “*ao Estado, como detentor da jurisdição, não basta garantir a tutela jurídica; não basta instituir o processo e assegurar socorro a ele por meio da ação*”. E continua o referido doutrinador:

Para a consecução do objetivo maior do processo, que é a paz social, por intermédio da manutenção do império da lei, não se pode contentar com a simples outorga à parte do direito de ação. Urge assegurar-lhe, também e principalmente, o atingimento do fim precípua do processo, que é a solução justa da lide.

Não basta ao ideal de justiça garantir a solução judicial para todos os conflitos; o que é imprescindível é que essa solução seja efetivamente justa, isto é, apta, útil e eficaz para outorgar à parte a tutela prática a que tem direito segundo a ordem jurídica vigente.

Em outras palavras, é indispensável que a tutela jurisdicional proporcionada pelo Estado a seus cidadãos seja idônea a realizar, em efetivo, o designo para o qual foi engendrada [...].

Trata-se, portanto, de uma ponderação de valores, ou, se se preferir, da aplicação pura e simples dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, os quais têm o condão e a dura missão de dizer, no caso concreto, o que se deve privilegiar, ou melhor, qual direito deve prevalecer (ainda que momentaneamente).

Em interessante passagem, e citando o renomado Calamandrei, o professor Juvêncio Vasconcelos Viana (2014) ressalta que os procedimentos cautelares (e, de igual modo, os antecipatórios) são uma espécie de conciliação entre a celeridade e a ponderação. Conforme afirma, a dúvida está em o “*fazer depressa mas mal, e o fazer bem mas devagar*”, colocando em choque, assim, os escopos jurídico e social do processo.

Mas não basta apenas a urgência para que uma medida cautelar ou antecipatória seja deferida. Exige, ainda, a legislação pátria, seja demonstrada a verossimilhança das alegações, ou seja, a plausibilidade da tese que se advoga, que deve ser, no mínimo, crível. Para tanto, na grande maioria das vezes, haverá necessidade, inclusive, da produção de provas (mesmo que

meramente documentais) que demonstrem um quê de veracidade, sendo a prova inequívoca exigência da tutela antecipada (vide art. 273 do Código de Processo Civil³).

Inexistente esse requisito, nem mesmo os princípios da proporcionalidade/razoabilidade serão capazes de sustentar a medida em questão. Em se tratando de uma decisão judicial, por exemplo, a reforma pelo Tribunal seria atitude que se imporia, ante a ausência de fundamentação.

O legislador pátrio conferiu ao aplicador do direito a autonomia para, vislumbrando os requisitos apontados alhures, conferir a medida de urgência até mesmo de ofício e sem a oitiva da parte contrária, o que, embora seja possível, deve ser evitado ao máximo em respeito ao princípio do contraditório.

Em suma, e deixando de lado todas as grandes discussões que permeiam as tutelas de urgência, porque ultrapassam o objetivo desse estudo, conclui-se como Cândido Rangel Dinamarco (2007) no sentido de que *"tanto as cautelares quanto as antecipatórias convergem ao objetivo de evitar que o tempo corroa direito e acabe por lesar alguma pessoa"*⁴, demonstrando, assim, que sua função transcende o processo jurisdicional, valendo-se para toda e qualquer situação em que haja efetiva ameaça a direito.

2.2- DO STATUS CONSTITUCIONAL DAS MEDIDAS CAUTELARES E ANTECIPATÓRIAS

Afora os dispositivos legais específicos que tratam acerca das medidas cautelares e antecipatórias, dentre os quais se destacam os artigos 273 e 796 a 889 do Digesto Processual Civil, não se pode olvidar que sua disciplina encontra-se presente ainda na própria Constituição Federal, como se lê de seu art. 5º, inciso XXXV, segundo o qual: *"a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito"*. A expressão "ameaça a direito" deixa clara a intenção do constituinte de garantir um processo útil e eficaz (VIANA, 2014), dando-se lugar, assim, à tutela de urgência.

³ 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

(...)

⁴ Cândido Rangel Dinamarco esclarece que medidas cautelares são aquelas *"com que a ordem jurídica visa a evitar que o passar do tempo prive o processo de algum meio exterior que poderia ser útil ao correto exercício da jurisdição e conseqüente produção, no futuro, de resultados úteis e justos"*, enquanto que antecipações de tutela são *"aquelas que vão diretamente à vida das pessoas e, antes do julgamento final da causa, oferecem a algum dos sujeitos em litígio o próprio bem pelo qual ele pugna ou algum benefício que a obtenção do bem poderá proporcionar-lhe"*; tem-se, assim, respectivamente, medidas de apoio ao processo e medidas de apoio às pessoas.

Ainda é possível extrair sua origem do inciso LV desse mesmo artigo magno, que prediz ser assegurado aos litigantes e aos acusados, tanto no processo judicial como no administrativo, o contraditório e a ampla defesa, “*com os meios e recursos a ela inerentes*”. Assim é que um dos meios inerentes à ampla defesa (e, de forma mais ampla, ao devido processo legal) é justamente a possibilidade que se tem de recorrer a medidas de urgência.

O fato de ser possível encontrar um fundamento constitucional para a tutela cautelar e para a tutela antecipada confere-lhes maior abrangência, facilitando, desse modo, a argumentação no sentido de sua aplicabilidade também ao processo administrativo, e aumentando, destarte, a aceitabilidade da tese.

3- DO PROCESSO ADMINISTRATIVO E SUAS PECULIARIDADES

O processo administrativo – e para facilitar o entendimento vamos tratar unicamente do federal – encontra-se especificamente regulado pela Lei nº 9.784/99.

3.1- CONCEITUAÇÃO: PROCESSO X PROCEDIMENTO

Não obstante o nome que lhe é dado, muito já se discutiu em sede doutrinária acerca da classificação do processo administrativo como verdadeiro processo ou como procedimento. Para saber, efetivamente, do que se trata, necessário recorrer aos ensinamentos colhidos na doutrina processualista clássica, a qual se faz remissão.

Fredie Didier Júnior (2012), por exemplo, nos informa que o termo processo é palavra de vários significados, podendo fazer menção, a depender do contexto no qual é empregado, ao método de criação de normas jurídicas, ao ato jurídico complexo ou à relação jurídica. Continua ele a dizer que, sob o enfoque da teoria da norma jurídica, tem-se sua primeira definição; sob o da teoria do fato jurídico, a segunda e a terceira.

O processo sob a perspectiva da Teoria do Fato Jurídico é uma espécie de ato jurídico. Examina-se o processo a partir do plano da existência dos fatos jurídicos. Trata-se de um ato jurídico complexo. Processo, nesse sentido, é sinônimo de procedimento.

[...]

Ainda de acordo com a Teoria do Fato Jurídico, o processo pode ser encarado como efeito jurídico; ou seja, pode-se encará-lo pela perspectiva do plano da eficácia dos fatos jurídicos. Neste sentido, processo é o conjunto das relações jurídicas que se estabelecem entre os diversos sujeitos processuais (partes, juiz, auxiliares da justiça etc.). Essas relações jurídicas processuais formam-se em diversas combinações: autor-juiz, autor-réu, juiz-réu, autor-perito, juiz-órgão do Ministério Público etc.

[...]

O termo “processo” serve, então, tanto para designar o ato processo como a relação jurídica que dele emerge.

Assim sendo, fixa-se que, a partir deste momento, o termo processo será utilizado única e tão somente quando se referir à composição de determinada lide através de relação jurídica, enquanto que o vocábulo procedimento fará menção à forma de realização do processo (THEODORO JR.,2008). Inserindo a Lei nº 9.784/99 nesse contexto, observa-se que ela trata de ambas os conceitos, regulando o processo administrativo por meio da criação de regras para o seu procedimento.

O processo administrativo seria então, *"o instrumento formal que, vinculando juridicamente os sujeitos que dele participam, através da sucessão ordenada de atos e atividades, tem por fim alcançar determinado objetivo, previamente identificado"* (CARVALHO FILHO, 2013).

3.2- DO STATUS CONSTITUCIONAL DO PROCESSO ADMINISTRATIVO

São de Romeu Felipe Bacelar Filho as seguintes palavras (2013):

O tratamento constitucional dado à administração pública é de suma importância uma vez que constitui, como assevera Diogo de Figueiredo Moreira Neto, “a mais problemática das funções do Estado e a mais rebelde de se submeter à ordem jurídica”. Assim, quando a Lei Fundamental dedica-se expressamente a disciplinar a administração pública, ela traça “as diretrizes fundamentais que devem nortear sua atuação; portanto, daí se extrai a conformação institucional e funcional da administração pública brasileira e os princípios informadores do próprio direito administrativo”.

Não é de se ignorar que foi dado um tratamento constitucional (e, conseqüentemente, legal) especial à Administração Pública, uma vez que responsável pela elaboração e execução das políticas públicas (ALEXANDRINO e PAULO, 2010). A Carta Magna de 1988 lhe dispensou Capítulo próprio, dispondo, entre os artigos 37 e 43, acerca de diversos aspectos que considerou importantes para a boa condução da função administrativa.

No que tange, porém, especificamente ao processo administrativo, sua grande contribuição está no inciso LV do art. 5º, dispositivo esse ao qual já se fez menção anteriormente, o qual estabelece que *“aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”*. A partir desse marco temporal, resta superada toda e qualquer discussão acerca da constitucionalização do processo administrativo, tendo sido-lhe expressamente garantida a aplicação dos princípios processuais mais básicos, como é o caso

do contraditório e da ampla defesa, que, de forma mais ampla, representam o próprio devido processo legal, do qual decorrem todos os demais.

3.3- DO PROCEDIMENTO BÁSICO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO REGULADO PELA LEI Nº 9.784/99

Considerando, como visto no tópico anterior, a constitucionalização da disciplina do processo administrativo, várias das disposições da Lei nº 9.784/99 seriam desnecessárias. Entenda-se melhor: por já restarem estabelecidas na Carta Magna, não haveria a necessidade de o legislador repeti-las em Diploma infraconstitucional, fazendo-o tão somente para reforçar sua aplicabilidade. De qualquer modo, aplica-se aqui a máxima comum de que "o que abunda não prejudica".

Em linhas bem gerais, pode-se dizer que o processo administrativo tem início por meio de requerimento do interessado ou por iniciativa da própria Administração Pública (vide art. 5º da Lei nº 9.784/99). Passa por uma fase de instrução, com produção de provas e apresentação de razões finais quando for o caso (artigos 29 a 47 da Lei nº 9.784/99). Culmina na prolação de uma decisão final, a qual deverá ser motivada, passível de recurso e/ou de revisão (conforme previsão dos artigos 50 e 56 a 65 da Lei nº 9.784/99).

O que é importante deixar claro é que, afora as regras específicas da Normativa mencionada, o processo administrativo submete-se ainda às noções processuais mais basilares, as quais, não se olvida, por vezes deverão ser adaptadas em decorrência da regulamentação própria ao regime jurídico administrativo.

4- DA POSSIBILIDADE DE CONCESSÃO DE MEDIDAS DE URGÊNCIA NO PROCESSO ADMINISTRATIVO

Pois bem. No processo administrativo, o raciocínio aplicável se assemelha àquele utilizado em sede judicial. Em estando presentes os requisitos elencados como necessários para a concessão de medidas de urgência (quer de cunho antecipatório, que de natureza cautelar), a princípio, não haveria maiores implicações e/ou impedimentos.

Ocorre que a Administração Pública está submetida ao princípio da legalidade, o que significa dizer que só está autorizada a fazer ou deixar de fazer alguma em virtude de lei. José dos Santos Carvalho Filho (2003), referência quando se fala em Direito Administrativo, esclarece que

O princípio da legalidade é certamente a diretriz básica da conduta dos agentes da Administração. Significa que toda e qualquer atividade administrativa deve ser autorizada por lei. Não o sendo, a atividade é ilícita.

Tal postulado, consagrado após séculos de evolução política, tem por origem mais próxima a criação do Estado de Direito, ou seja, do Estado que deve respeitar as próprias leis que edita.

Apenas para ressaltar a importância do postulado em questão, lembra-se que o Texto Constitucional fez questão de trazê-lo expresso no *caput* de seu art. 37, além de estar contido no art. 2º, *caput*, da Lei nº 9.784/99, sendo reforçado no inciso I do parágrafo único desse mesmo dispositivo legal⁵. Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2004) o vê como uma garantia de respeito aos direitos individuais, de maneira que a vontade da Administração Pública é aquela que decorre da lei.

É justamente essa a grande barreira que deve ser ultrapassada para que seja possível concluir favoravelmente à concessão de medidas de urgência no processo administrativo. Isso porque, não existe previsão legal expressa/explicita que determine a concessão de medidas de urgência no processo administrativo.

No intuito de responder a questionamentos outros, o professor Romeu Felipe Bacelar Filho (2013) esclarece que a legalidade possui duas vertentes, podendo ser entendida em seu sentido amplo, como conformidade com o sistema jurídico como um todo, ou restrito, que aceita tão somente a lei em sentido formal. Cita, pois, como defensores da legalidade enquanto baliza de vinculação da Administração Pública ao ordenamento jurídico nomes como de Lúcia Valle Figueiredo, Odete Medauar e Cármen Lúcia Antunes Rocha. Em sentido contrário, temos Maria Sylvia Zanella Di Pietro e o próprio autor, para quem

[...] a adoção do sentido restrito do princípio da legalidade é exigência da própria Constituição de 1988. O primeiro argumento é de ordem lógica. Ora, se o princípio da legalidade pretendesse abarcar a própria vinculação constitucional da atividade administrativa, seria inútil e totalmente despida de sentido a afirmação de outros princípios constitucionais da administração pública. Afinal, que conteúdo jurídico sobriaria para os demais? Se a Constituição coloca ao lado do princípio da legalidade os princípios da moralidade, da impessoalidade, da publicidade e da eficiência, resta subjacente que a legalidade não esgota a regulação jurídica da administração.

⁵ Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de:
I - atuação conforme a lei e o Direito;
(...)

De outra parte, a adoção de conceito amplo faz confundir legalidade com constitucionalidade. Perverte-se a hierarquia das fontes do direito (são colocados no mesmo plano blocos distintos da pirâmide normativa) quando no sistema constitucional brasileiro estão, rigidamente, delimitados (por exemplo, na fixação do objeto do recurso extraordinário e do recurso especial).

De fato, o próprio *nomen iuris* do princípio da legalidade deixa transparecer a clássica ideia de Hely Lopes Meirelles⁶, segundo a qual (2009)

na Administração Pública não há liberdade nem vontade pessoal. Enquanto na administração particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza. A lei para o particular significa “pode fazer assim”; para o administrador público significa “deve fazer assim”.

Portanto, entendê-la em seu sentido amplo não é capaz de responder positiva e satisfatoriamente ao questionamento feito linhas acima.

A solução, porém, ou parte dela, quem sabe, pode estar no princípio da juridicidade, o qual prega, agora sim de maneira bastante genérica, a vinculação ao Direito (e não apenas à lei)⁷.

Mas não só a juridicidade assegura a concessão de medidas de urgência no processo administrativo. Na verdade, esse princípio acaba por permitir ao intérprete e ao aplicador da lei buscar fundamento para seu entendimento e/ou para suas ações em todo e qualquer dispositivo legal, quer positivado, que implicitamente considerado.

Assim é que a possibilidade de a tutela de urgência ser deferida no decorrer do processo administrativo é inferência inafastável do postulado base do devido processo legal, especificamente do *substantive due process*, o qual visa resguardar, acima de tudo, o direito material (NERY JÚNIOR, 2004). Em outras palavras, tem-se aqui da velha dicotomia formalidade x conteúdo, a qual será resolvida, caso a caso, através da ponderação de valores.

Também o princípio da ampla defesa, que, como já visto, é explicitamente considerado pela Constituição Federal de 1988, a qual faz expressa menção ao processo administrativo, pode, juntamente com os demais, servir de base para a tese ora defendida. Isso porque, muito embora a ampla defesa seja comumente relacionada à ideia de militar a favor do acolhimento de sua pretensão por meio de alegações e provas, não se pode olvidar que

⁶ Não obstante a costumeira frase do mestre Hely Lopes Meirelles ter sido utilizada neste trabalho para se referir ao princípio da legalidade estrita (pois é como a enxergamos), a verdade é que o referido autor adota o conceito amplo de legalidade, ressaltando que o administrador público está vinculado não só à lei, como também ao bem comum e aos demais princípios administrativos (ao Direito como um todo).

⁷ Lei nº 9.784/99: Art. 2º. *Omissis*.

Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de:

I - atuação conforme a lei e o Direito;

(...)

trata-se de garantia genérica manifestada por meio de várias outras, sendo impossível delimitar todo o seu alcance (GRECO).

E não haveria de ser diferente, pois o vocábulo "defesa", e aqui se faz novamente remissão ao Dicionário Michaelis, traduz-se como proteção, proteção essa que é o objetivo maior das medidas de urgência.

Os princípios até agora mencionados podem ser considerados como a base processual capaz de sustentar a concessão da tutela de urgência no processo administrativo, mas eles não são os únicos. Outro de importância equivalente, ou talvez até maior, já que próprio do Direito Administrativo, é o da eficiência, também expresso no texto constitucional (art. 37, *caput*) e na Lei nº 9.784/99 (art. 2º, *caput*).

Segundo se colhe dos ensinamentos de Gilmar Mendes (2012)

A atividade da Administração Pública deve ter em mira a obrigação de ser eficiente. Trata-se de um alerta, de uma advertência e de uma imposição do constituinte derivado, que busca um Estado avançado, cuja atuação prime pela correção e pela competência.

Não apenas a perseguição e o cumprimento dos meios legais e aptos ao sucesso são apontados como necessários ao bom desempenho das funções administrativas mas também o resultado almejado. Com o advento do princípio da eficiência, é correto dizer que Administração Pública deixou de se legitimar apenas pelos meios empregados e passou – após a Emenda Constitucional n. 19/98 – a legitimar-se também em razão do resultado obtido.

Como se lê acima, o escopo por trás desse princípio é justamente garantir que a Administração atue de forma competente, entendendo-se, por esta, como aquela capaz de alcançar o resultado pretendido. Destarte, ser eficiente significa garantir satisfatoriamente (e, por conseguinte, a tempo e a modo) a cada um o que é seu.

A própria Lei nº 9.784/99 insinua, em diversos de seus dispositivos, a necessidade de se buscar a eficiência. Em seu art. 1º, por exemplo, diz que o "*processo administrativo no âmbito da Administração Federal direta e indireta*" visa especialmente a "*proteção dos direitos dos administrados e ao melhor cumprimento dos fins da Administração*".

Também seu art. 3º estabelece ser direito dos administrados o tratamento com respeito "*pelas autoridades e servidores, que deverão facilitar o exercício de seus direitos e o cumprimento de suas obrigações*".

Está ínsito, portanto, ao conceito de eficiência a possibilidade de que a Administração faça uso dos meios juridicamente previstos para alcançar seus objetivos, sendo

válido lembrar que a validade e a legalidade de tais meios estão diretamente ligadas à validade e legalidade dos fins almejados.

4.1- DA PREVISÃO DO ART. 45 DA LEI Nº 9.784/99

Afora os dispositivos legais até este momento citados, os quais, juntos, embasam a ideia ora defendida de que sim, é possível que a própria Administração Pública conceda, no decorrer do processo administrativo, medidas cautelares e antecipatórias, há, na Lei nº 9.784/99, um dispositivo bem mais específico, *in verbis*:

Art. 45. Em caso de risco iminente, a Administração Pública poderá motivadamente adotar providências acauteladoras sem a prévia manifestação do interessado.

Explicando esse artigo, José dos Santos Carvalho Filho (2013) nos ensina que

pelo texto do dispositivo, o pressuposto para as medidas preventivas é a existência de risco iminente. A expressão comportaria a indagação: risco de quê? O risco é de haver algum dano. Por isso, pode-se dizer que iminente é o risco que está prestes a propiciar a ocorrência de fato causador de algum tipo de dano. Se inexistir qualquer indício de que possa vir à tona fato de efeito danoso, não haverá lugar para a tutela cautelar.

A condição de validade das providências acauteladoras consiste em que sejam elas motivadas, vale dizer, deve o administrador oferecer clara e transparente justificativa dessas providências. Não o fazendo, é possível presumir que tenha agido de forma abusiva, o que possibilita seja a conduta sujeita a controle de legalidade junto à própria Administração ou perante o Poder Judiciário.

As providências acauteladoras, a que alude a lei, são aquelas condutas administrativas que têm o objetivo exatamente de prevenir a ocorrência do fato danoso. Note-se que providência administrativa tem sentido diverso do de ato administrativo: a providência encerra atividade, conduta, ação administrativa, ao passo que o ato retrata a manifestação formal de vontade do administrador. Desse modo, tem-se que a providência pode, ou não, resultar da prática de um ato devidamente formalizado. Normalmente, o agente pratica o ato indicando no objeto a providência a ser adotada. Em outras ocasiões, todavia, inexistir o ato formal, mas ainda assim, dependendo da excepcionalidade das circunstâncias, pode a medida administrativa ser tomada sem ter sido precedida de ato administrativo formal.

É permitido que a providência administrativa acauteladora seja tomada sem a prévia manifestação do interessado. O Código de Processo Civil também admite que o juiz adote medidas cautelares sem audiência das partes, mas ressalva expressamente que tal sucederá "só em casos excepcionais". A ressalva se nos afigura inteiramente aplicável no processo administrativo. Fora daí é de se presumir violado o princípio do contraditório e ampla defesa consagrado constitucionalmente.

A princípio, e a partir de uma leitura rápida, alguns poderiam defender que estaria aqui a resposta para todos os questionamentos levantados, mas ousamos discordar de tal pensamento. Esse dispositivo legal é, a nosso ver, mais um dos argumentos que, somados aos anteriores, é capaz de sustentar o deferimento da tutela de urgência. Não apenas a cautelar, a que se refere o professor Carvalho Filho, mas também a antecipatória.

Isso porque, é preciso levar em consideração que não é o simples uso de palavras próximas que garante a completude do direito. Explica-se melhor, o fato do artigo em questão se utilizar da expressão "providências acauteladoras" não é capaz de traduzir e de garantir, por si só, toda a gama de tutelas de urgência.

Diz-se isso porque o art. 45 da Lei nº 9.784/99 não é muito claro em sua intenção, possuindo redação vaga, e, até certo ponto, perigosa. O referido dispositivo legal acaba insinuando que as providências acauteladoras nele mencionadas dependeriam unicamente da existência de risco e que seriam utilizadas em favor da Administração apenas, com o que não se concorda.

Conforme já dito, e essa ideia será reforçada adiante, a tutela de urgência pressupõe não apenas o perigo de dano, mas também e em igual medida, a plausibilidade jurídica da tese defendida por aquele que irá dela se beneficiar. Além disso, as circunstâncias fáticas deverão de ser minimamente demonstradas.

Por tais razões é que não vemos nesse artigo a solução (ao menos não completamente) para o questionamento levantado, não obstante se mostre ele como forte argumento a favor da possibilidade ora defendida.

4.2- DAS REGRAS BÁSICAS PARA A CONCESSÃO DE MEDIDAS DE URGÊNCIA NO PROCESSO ADMINISTRATIVO

É claro, e por isso mesmo, não há necessidade de maiores digressões a respeito, que o regime jurídico administrativo exige que o atuar da Administração esteja, o tanto quanto possível, pautado no formalismo. Mas é exatamente esse regime jurídico que dá margem para que, em determinadas situações, a intenção, ou melhor, o objetivo final, prevaleça sobre a forma. E é isso que justifica não só a possibilidade, como também a imprescindibilidade de que, em algumas situações específicas, medidas de urgência sejam adotadas também no processo administrativo.

Dessa conclusão decorre questionamento lógico, qual seja: e quais seriam essas situações específicas?

Pois bem. Para responder essa pergunta, é preciso primeiramente lembrar que, por mais que desejemos às vezes, a ciência jurídica está longe de ser exata, e isso, embora traga algumas dificuldades práticas, é de igual modo a solução para diversos dos problemas enfrentados nesse meio. Não há, portanto, uma fórmula que possa ser aplicada para e toda e qualquer realidade fática, mas existem caminhos que podem ser seguidos.

Os requisitos, então, são os mesmos elencados para o processo judicial, a saber: a plausibilidade do direito alegado (*fumus boni iuris* e verossimilhança das alegações), o perigo de dano iminente e a possibilidade de reversão do provimento que eventualmente será concedido. Importante consignar dever-se-á ainda levar em consideração o bem jurídico a ser protegido, pois é possível que a prevalência do direito se dê tanto em benefício do particular, como em benefício do Estado.

Nesse último caso, porém, a prevalência deverá estar diretamente relacionada ao interesse público primário, aqui entendido como os interesses do povo e não o do Estado enquanto pessoa jurídica, que se configura como interesse público secundário, somente sendo legítimo se estiver em consonância com aqueloutro (ALEXANDRINO e PAULO, 2010).

Afora isso, aplicam-se, aqui, todas as restrições impostas pela legislação pátria com relação à concessão da tutela de urgência em face da Administração Pública no processo judicial, as quais se encontram esparsas no ordenamento.

Como não haveria de deixar de ser, entende-se que, observados tais critérios, o Poder Público disporá de ampla margem de atuação, o que significa dizer que não está restrito às medidas cautelares e antecipatórias tipicamente previstas, podendo utilizar-se do poder geral de cautela e do poder geral antecipatório nesta função. Poderá, inclusive, deferir a medida respectiva de ofício e sem a prévia oitiva da parte contrária, a qual deverá ser posteriormente instada a se manifestar, sob pena de violação ao princípio do contraditório.

5- CONCLUSÃO

Por tudo quanto foi dito e ponderado no decorrer deste artigo, é possível concluir, com as cautelas de estilo, por óbvio, pela possibilidade de a Administração Pública recorrer a medidas de urgência no curso do processo administrativo caso essas se mostrem mais adequadas não a si mesma ou ao administrado envolvido, mas sim à persecução e/ou manutenção do já explicitado interesse público primário.

Veja-se que o fim a ser perseguido, portanto, será a manutenção da ordem pública e o resguardo dos direitos fundamentais dos cidadãos, sob pena, aí sim, de não possuir o atuar da Administração resguardo legal.

Não se olvida que o tema ora em debate é bastante delicado, pois, querendo ou não, o Poder Público, na condução do processo administrativo funciona, ao mesmo tempo, como órgão julgador e como parte interessada. Ou seja, sustentar a viabilidade de concessão, pela própria Administração, de medidas de urgência pode, em um primeiro momento, abrir um leque para o cometimento de arbitrariedades.

De fato, essa é uma probabilidade real que não pode ser esquecida; mas, por outro lado, é preciso lembrar que a inobservância de qualquer um dos requisitos apontados leva à nulidade do ato, que poderá ser revisto não só na seara administrativa, como principalmente pelo Poder Judiciário, ante o princípio da inafastabilidade da jurisdição.

Logo, a nosso ver, apesar de todos os argumentos em sentido contrário que podem e devem ser levantados e discutidos, a verdade é que os benefícios trazidos com o reconhecimento dessa possibilidade superam, em muito, seus malefícios, sendo, assim, medida que se impõe.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRINO, Marcelos; PAULO, Vicente. *Direito Administrativo descomplicado*. São Paulo: Método, 2010.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Processo administrativo disciplinar*. São Paulo: Saraiva, 2013.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência*. São Paulo: Malheiros, 2003.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2012.

BUENO, Cássio Scarpinella. *Curso sistematizado de Direito Processual Civil: tutela antecipada, tutela cautelar, procedimentos cautelares específicos*. São Paulo: Saraiva, 2011.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil, vol. I*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

_____. *Processo administrativo federal: comentários à lei nº 9.784, de 29.1.1999*. São Paulo: Atlas, 2013.

CRETILLA JÚNIOR, José. *Prática do processo administrativo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

COUTO, Reinaldo. *Curso de Direito Administrativo segundo a jurisprudência do STJ e do STF*. São Paulo: Atlas, 2011.

_____. *Curso prático de processo administrativo disciplinar e sindicância*. São Paulo: Atlas, 2012.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil I: introdução ao Direito Processual Civil e processo de conhecimento*. Salvador: Editora JusPodivm, 2012.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. *Nova era do processo civil*. São Paulo: Malheiros, 2007.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zenella. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2004.

DONIZETTI, Elpídio. *Curso didático de Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

GIL, Antonio Carlos. *Como elaborar projetos de pesquisa*. São Paulo: Atlas, 2009.

GOMES, Marcelli Penedo Delgado; MENDONÇA, Samuel. *A tendência de “constitucionalização” do processo civil moderno e a salvaguarda da efetividade processual*.

Publicado em:

<http://ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9690&revista_caderno=21>. Acesso em: 07 de julho de 2014.

GRECO, Leonardo. *Garantias Fundamentais do Processo: o Processo Justo*. Revista Jurídica, vol. 305, mar. 2003.

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. *Metodologia do trabalho científico: procedimentos básicos, pesquisa bibliográfica, projeto e relatório, publicações e trabalhos científicos*. São Paulo: Atlas, 2007

MARQUES, José Frederico. *Instituições de Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1958.

MEIRELLES, Hely Lopes. Atualizado por Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. *Direito Administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2009.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de Mello. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2005.

MOTTA, Fabrício; FERRAZ, Luciano de Araújo; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Servidores públicos na Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 2011.

NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

OLIVEIRAS, André Luiz Pereira de. *Tutela de urgência e efetividade no processo administrativo antitruste brasileiro*. Disponível em:

<<http://www.google.com.br/url?url=http://www.esaf.fazenda.gov.br/premios/premios-1/premios/viii-premio-seae-de-monografias-edicao-2013/monografias-2008/1-lugar-tema-1-estudantes&rct=j&frm=1&q=&esrc=s&sa=U&ei=55e6U-eVOOuhASi8YGwBA&ved=0CBQQFjAA&usg=AFQjCNFkHZWy5LQX8I4JBEjNDS6rLRUSTw>>. Acesso em: 07 de julho de 2014.

ORINONE NETO, Luiz. *Liminares no Processo Civil e legislação processual civil extravagante*. São Paulo: Método, 2002.

RODRIGUES, Daniel Gustavo de Oliveira Colnago. *Processo civil e Constituição: notas sobre a fundamentalidade das tutelas de urgência*. Disponível em:

<<http://jus.com.br/artigos/17554/processo-civil-e-constituicao-notas-sobre-a-fundamentalidade-das-tutelas-de-urgencia>>. Acesso em: 07 de julho de 2014.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Manual de Direito Processual Civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

SEVERINO, Antônio Joaquim. *Metodologia do trabalho científico*. São Paulo: Editora Cortez, 2008.

SOUZA, Carlos Eduardo Silva e. *Medidas de urgência na tutela administrativa ambiental: o princípio da precaução como elemento propulsor*. Publicado em:

<<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=7ffd85d93a3e4de5>>. Acesso em: 07 de julho de 2014.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil: teoria geral do Direito Processual Civil e processo de conhecimento*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

_____. *Processo cautelar*. São Paulo: Editora Universitária de Direito, 2010.

VIANA, Juvêncio Vasconcelos. *Do processo cautelar*. São Paulo: Dialética, 2014.