

AS PRERROGATIVAS DO ATO ADMINISTRATIVO

Odete Medauar*

Sumário: 1. Introdução; 2. Aspectos Terminológicos; 3. Lista de Prerrogativas; 4. Aspectos Conceituais; 5. Tratamento na Legislação; 6. Tratamento Jurisprudencial; 7. A Contestação das Prerrogativas.

1. Introdução

Ato administrativo representa um clássico tema do Direito Administrativo. Com elaboração teórica iniciada há mais de um século e meio, seus estudos doutrinários prosseguem; tiveram grande expansão, sobretudo na primeira metade e nas décadas de sessenta e setenta do século XX; quanto a estas, podem ser exemplificadas na Argentina as seguintes obras: Juan Carlos Cassagne, *El acto administrativo* (1974), Bartolome Fiorini, *Teoría jurídica del acto administrativo* (1969), Manuel Maria Díez, *El acto administrativo*, 2ª ed (1961); no Brasil, Themistocles Brandão Cavalcanti, *Teoría dos atos administrativos* (1973), Fernando Henrique Mendes de Almeida, *O ato administrativo na teoria dos atos jurídicos* (1969).

Nas últimas décadas seus estudos vêm se revitalizando, se enriquecendo. E a tradicional elaboração encontra uma nova realidade do Estado e da sociedade e se depara com a forte ascensão dos direitos fundamentais.

Nas chamadas *prerrogativas* do ato administrativo situa-se um grande desafio para a clássica elaboração do ato administrativo, na sua confrontação a panorama bem diverso do vigente há cinco décadas atrás.

Este artigo focaliza, em linhas essenciais, o tratamento dado às prerrogativas do ato administrativo no Direito brasileiro. Para tanto, levará em consideração o quadro atual, sem recurso à literatura ou a normas de tempos idos.

2. Aspectos Terminológicos

Na doutrina brasileira usam-se diversos vocábulos para denominar as prerrogativas do ato administrativo.¹ Por exemplo: a subscritora deste, Odete Medauar,

* Professora Titular da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP – Brasil (aposentada). Professora Visitante da Universidade Paris 1- Panthéon-Sorbonne; Presidente do Centro de Estudos de Direito Administrativo, Ambiental e Urbanístico-CEDAU – São Paulo.

¹ O renomado administrativista argentino Juan Carlos Cassagne, em seu precioso *Curso de Derecho Administrativo*, t. I, 10ª ed., 2011, utiliza a denominação *prerrogativas* do ato administrativo, no capítulo dedicado aos caracteres do ato administrativo, onde insere o estudo das mesmas; pondera, com razão, que o essencial no estudo do tema não recai na terminologia, mas no enfoque a respeito de qual deva ser a ideia central que presida seu agrupamento ou desmembramento, pois tais caracteres aparecem reconhecidos por quase todos os juristas, ainda que sob distintas roupagens terminológicas (p. 728).

se vale da expressão *notas peculiares*²; Diogo de Figueiredo Moreira Neto³ e José dos Santos Carvalho Filho⁴ empregam o termo *característica*; Maria Sylvia Zanella Di Pietro⁵, Celso Antônio Bandeira de Mello⁶ e Alexandre Santos de Aragão⁷ optam pelo vocábulo *atributos*; de seu lado, Marçal Justen Filho coloca entre aspas o nome *atributos*, após a expressão “a eficácia própria do ato administrativo”⁸

3. Lista de Prerrogativas

Na lista doutrinária de prerrogativas, embora existam algumas diferenças de nome e de quantidade, prevalecem os pontos comuns.

Alguns exemplos serão apontados, sem a menção das obras dos autores, citadas em notas de rodapé anteriores.⁹ Odete Medauar arrola a *presunção de legalidade*, a *autoexecutoriedade* e a *imperatividade*; Diogo de Figueiredo Moreira Neto cita a *imperatividade*, a *exequiabilidade* e a *executoriedade*; de seu lado, José dos Santos Carvalho Filho e Alexandre Santos de Aragão referem a *presunção de legitimidade*, a *imperatividade* e a *autoexecutoriedade*; por sua vez, Marçal Justen Filho também indica a *presunção de legitimidade*, a *executoriedade*, preferindo o termo *exigibilidade* em lugar de *imperatividade*, colocado entre parênteses.

Neste artigo são mencionadas as seguintes prerrogativas: *presunção de legalidade*, *autoexecutoriedade* e *imperatividade*.

4. Aspectos Conceituais

Na doutrina brasileira as prerrogativas do ato administrativo vêm fundamentadas, em geral, na sua natureza de ato emanado pelo Estado, sendo este dotado de poder, daí resultando a ascendência sobre os particulares.¹⁰

4.1. *Presunção de legalidade*, também citada sob o nome de *presunção de legitimidade*, *presunção de legalidade e veracidade*, *presunção de validade*¹¹. Em

Cabe notar que a diversidade de nomes de uma figura jurídica, embora sem revestir-se de essencialidade, integra o conhecimento do Direito, inclusive para localizar o tema nas obras doutrinárias, na legislação e na jurisprudência.

² *Direito Administrativo moderno*, 16ª ed. São Paulo: ed. RT, 2012, p. 155.

³ *Curso de Direito Administrativo*, 15ª ed. Rio de Janeiro: ed. Forense, 2009, p. 158; nas características do ato administrativo o autor inclui algumas prerrogativas.

⁴ *Curso de Direito Administrativo*, 25ª ed. São Paulo: ed. Atlas, 2012, p. 119.

⁵ *Direito Administrativo*, 24ª ed. São Paulo: ed. Atlas, 2011, p. 199.

⁶ *Curso de Direito Administrativo*, 17ª ed. São Paulo: ed. Malheiros, 2004, p. 381.

⁷ *Curso de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: ed. Forense, 2012, p. 158.

⁸ *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: ed. Saraiva, 5ª ed., 2010, p. 342.

⁹ Juan Carlos Cassagne aceita só duas prerrogativas do ato administrativo: a *presunção de legitimidade* e a *executoriedade* (*Curso de Derecho Administrativo*, 10ª ed: 2011, p. 728).

¹⁰ Cassagne menciona a existência de um conjunto de privilégios fundados na posição de supremacia do Estado no campo do Direito Público (*Curso de Derecho Administrativo*, 10ª ed.: 2011, p. 729).

¹¹ Mencionada esta por Diogo de Figueiredo Moreira Neto, abrangendo, segundo o autor, a legalidade, a legitimidade, a veracidade, a licitude, esta equivalente à moralidade (*Curso de Direito Administrativo*, 15ª ed., 2009, p. 97).

virtude da presunção de legalidade o ato administrativo é editado e ingressa no mundo jurídico com o pressuposto de que a Administração atendeu a todas as exigências impostas pelo ordenamento para a produção de efeitos válidos.

Além da sua explicação no poder do Estado, tal prerrogativa se justifica na imposição, à Administração, do cumprimento do princípio da legalidade, explicitamente determinado na Constituição brasileira de 1988, art. 37, *caput*, e, também, na realização, sem delongas, das atividades necessárias ao atendimento do interesse público.

Uma das consequências da presunção de legalidade situa-se na produção de efeitos desde a edição do ato, embora dotado de algum vício. Aponta-se, ainda, como decorrência, haver a chamada *inversão do ônus da prova*, ou seja, quem alegar vício no ato administrativo deverá provar sua ilegalidade; melhor parece dizer o seguinte: quem suscitar a ilegalidade do ato ficará com o ônus de tomar as providências para retirar o ato do mundo jurídico ou obter sua retificação, junto à própria Administração, perante o Judiciário ou demais formas de controle;¹² além do mais, mostra-se evidente que a Administração se empenhará em demonstrar a legalidade do ato, se for impugnado em processo judicial ou perante outro órgão de controle, não se eximindo de oferecer as provas sob o argumento da presunção de legalidade e da inversão do ônus da prova.

Revela-se praticamente unânime a afirmação do caráter relativo da presunção de legalidade (trata-se de presunção *juris tantum*).

4.2. *Autoexecutoriedade* ou *executoriedade*. Com base nesta prerrogativa, o ato administrativo é colocado em prática pela Administração, com seus meios, sem necessidade de consentimento de outro poder, inclusive o Judiciário.¹³

Algumas justificativas emergem para explicá-la: não retardar o atendimento dos interesses da coletividade ante interesses contrários; a presunção de legalidade do ato administrativo.

A executoriedade sujeita-se a previsão legal; por exemplo: a lei expropriatória geral (Decreto-lei 3.365/1941) permite o acesso do agente público ao imóvel objeto da expropriação, imediatamente após a publicação do ato declaratório da utilidade pública.

Não é sempre que a aplicação do ato requer coação; o uso de força para concretização do ato se condiciona a previsão legal, como por exemplo, o fechamento de estabelecimento, a apreensão de mercadorias; neste âmbito, incide o princípio da proporcionalidade, no sentido de se utilizar a coação se não existir outro meio e do seu uso sem excessos.

¹² Cassagne bem assinala a imprecisão no tocante à necessidade de provar a ilegitimidade do ato, imposta a quem a suscite, pois a questão da prova depende das circunstâncias do caso, do ponto de vista processual (op. cit., p. 731).

¹³ Sem adentrar em aspectos distintivos, é oportuno lembrar duas conhecidas expressões oriundas do direito francês a propósito da autoexecutoriedade do ato administrativo: *le privilège du préalable* (o privilégio do prévio), e *le privilège de l'action d'office* (o privilégio da ação de ofício). Não se discutiria neste artigo a possível distinção entre *autoexecutoriedade* e *executividade*.

No tocante ao pagamento de multas e de outros débitos para com a Administração, não é admitida, no ordenamento brasileiro, a execução coativa (tomada de bens, por exemplo) pela própria Administração, cabendo a esta usar os meios judiciais para obter o pagamento. Proíbe-se, ainda, o desconto de quantias da remuneração de servidor público sem a autorização deste ou sem decisão judicial, quando for devedor por razões funcionais.

4.3. *Imperatividade*, também denominada *coercibilidade* e *exigibilidade*. Por alguns denominada *autoridade da coisa decidida*, consiste na força obrigatória do ato administrativo aos seus destinatários. Para a Administração resulta no poder de impor o ato, mesmo contra a vontade do particular; sob o ângulo deste, expressa o caráter de inevitabilidade, em princípio, do ato administrativo.

A imperatividade mostra-se relativa ou inexiste quando o ato resulta de solicitação do interessado, possibilitando-lhe o exercício de direitos ou atividades; ou no caso de atribuir vantagens ao seu destinatário direto; na esfera de terceiros esses atos podem revestir-se de imperatividade.

A conjugação dessas prerrogativas resulta, em geral, na produção imediata, contínua e impositiva dos efeitos do ato administrativo. Ocorre a suspensão dos efeitos se a própria Administração assim decidir, de ofício ou por provocação de interessados; ou ainda em virtude de sentença judicial ou determinação de outro órgão de controle dotado dessa competência.

Ainda resulta das prerrogativas a regra geral da não suspensividade dos efeitos do ato administrativo pela interposição de recurso administrativo, salvo exceções previstas em lei, de modo explícito.

Às prerrogativas, o ordenamento brasileiro contrapõe as liminares no mandado de segurança, na ação popular, na ação civil pública, nas cautelares e em demais ações, para evitar danos irreparáveis a direitos pela continuidade e impositividade dos efeitos do ato administrativo. As liminares suspendem os efeitos do ato administrativo impugnado.

5. Tratamento na Legislação

A legislação administrativa brasileira não contém explícita referência às prerrogativas do ato administrativo.

Na lei de processo administrativo federal – Lei 9.784/1999 inexistem seção ou capítulo dedicados ao ato administrativo, ocorrendo o mesmo em relação à lei de processo administrativo do Estado de São Paulo – Lei 10.177/1998.¹⁴ A Lei 9.784/1999 prevê a ausência de efeito suspensivo do recurso administrativo, salvo disposição legal em contrário (art. 61); no entanto, havendo justo receio de prejuízo

¹⁴ Diversamente, por exemplo, da Lei de *procedimiento administrativo* da Argentina – Lei nº 19.549/1972, que no art.12, menciona a presunção de legitimidade do ato administrativo e sua força executória; e da lei de *procedimiento administrativo* geral do Peru – Lei nº 27.444/2001, cujo art. 9º, afirma a presunção de validade de todo ato administrativo.

de difícil ou incerta reparação decorrente da execução, a autoridade recorrida ou imediatamente superior poderá, de ofício ou a pedido, dar efeito suspensivo ao recurso (art.61, parágrafo único). A Lei 10.177/1998, do Estado de São Paulo, dispõe de forma similar, no art. 46.

Desse modo, predomina no direito brasileiro o caráter não suspensivo do recurso administrativo.

Cabe, ainda, breve menção a preceito inserido no art. 19, II, da Constituição Federal; aí se veda, à União, Estados, Distrito Federal e Municípios, recusar fé aos documentos públicos. Para o constitucionalista José Afonso da Silva, a proibição alcança os documentos expedidos pelos notários e também os documentos emitidos por funcionários públicos, embora não qualificados por uma cláusula de fé pública, “porque são carregados da presunção de verdade, por serem emanados de agentes do Poder Público”.¹⁵; ou seja, gozariam de fé pública todos os atos emitidos funcionários públicos.

6. Tratamento Jurisprudencial

Na pesquisa de jurisprudência surgem decisões que invocam a *presunção de legalidade* do ato administrativo, havendo dificuldade de encontrar referência a outras prerrogativas. A título de exemplo, são citadas algumas ementas:

“EDcl no MS 11870/DF - Embargos de Declaração no Mandado de Segurança; rel. Ministra Eliana Calmon, 1ª seção, julgado em 13.12.2006, DJ 12/02/2007- Ementa: “Processo civil e administrativo...1. Os atos administrativos gozam da presunção de legalidade que, para ser afastada, necessita de prova cabal da deformação do ato. 2. Não podem ser consideradas, para efeito de anulação de um ato administrativo, alegações gerais e imprecisas...”

“MS 8.843, 1ª seção, rel. Ministra Eliana Calmon, j. em 14.03.2007, DJ 09.04.2007: “O ato administrativo goza da presunção de legalidade que pode ser afastada pelo interessado, mediante prova.”

Agr.Rg em Mandado de Segurança nº 32.441/ RJ, rel. Ministro Asfor Rocha, j. em 22.02.2011, DJ de 18.03.2011, Ementa: “Recurso ordinário em mandado de segurança preventivo. Ato administrativo. Presunção de legalidade. Liqueidez e certeza do direito não demonstradas.”

¹⁵ *Comentário contextual à Constituição*, São Paulo: ed. Malheiros, 2005, p. 251-252. Por sua vez, Juan Carlos Cassagne não confere tal abrangência a preceito similar do Código Civil argentino, manifestando-se em favor de norma legal expressa que atribua a natureza de instrumento público e da observância de formas legalmente prescritas para tanto (*Curso de Derecho Administrativo*, 10ª ed.: 2010, p. 753-754.

7. A Contestação das Prerrogativas

Os delineamentos expostos supra ainda prevalecem no direito brasileiro em matéria de prerrogativas do ato administrativo, embora se afirme não desfrutarem de caráter absoluto, apresentarem condicionamentos e admitirem exceções.

No entanto, existe orientação doutrinária que lança dúvidas sobre a permanência dessas prerrogativas.¹⁶ Ante uma nova realidade do Estado, uma forte presença dos direitos fundamentais, um panorama de crescentes exigências, na atividade administrativa, de participação, transparência, motivação, processualização, respeito ao contraditório e ampla defesa (prévia), consensualidade, mostram-se pertinentes as dúvidas ou contestações a respeito da subsistência das prerrogativas na condição de atributos ou caracteres do ato administrativo.

A seguir serão expostas, de maneira resumida, as contestações de três administrativistas brasileiros.

Para Marçal Justen Filho essas prerrogativas foram concebidas “durante o período pretérito”. Essa versão tradicional reflete a influência de concepções não democráticas do Estado. Há forte resquício das teorias políticas anteriores à instauração de um Estado Democrático de Direito, que identificavam a atividade administrativa como manifestação da ‘soberania’ estatal. Como decorrência, o ato administrativo traduzia as ‘prerrogativas’ do Estado, impondo-se ao particular pela utilização da força e da violência. A implantação de uma democracia republicana afeta essas concepções mesmo quando não acarrete sua eliminação... A mais fundamental ressalva a fazer reside em que os ditos ‘atributos’ não são um efeito inerente ao ato administrativo...”¹⁷

Florianio de Azevedo Marques denomina *ato administrativo autista* aquele cuja principal característica situa-se no grande “déficit de comunicação com o meio ambiente cultural, social, econômico, sua absoluta indiferença para com os administrados e com a sociedade”, centrado na autoridade; acrescentam-se nessa visão os atributos: presunção de legitimidade e veracidade, imperatividade, exigibilidade e autoexecutoriedade, resultantes de concepção tradicional; ato administrativo autista, dotado desses atributos na concepção tradicional, “entra em choque com desafios contemporâneos”... A partir da submissão da atuação administrativa ao princípio da motivação e da teoria dos motivos determinantes começa-se a questionar a viabilidade

¹⁶ No dizer de Cassagne “começam a se delinear as limitações que devem ser fixadas às prerrogativas de poder público – com o advento do Estado de Direito”, mencionando a possibilidade de conceber as prerrogativas “na medida em que coexistam, mediante fórmulas de equilíbrio, adequadas garantias para o administrado” e, ainda, o sistema da Constituição Nacional da Argentina a favor do administrado” (*Curso de Derecho Administrativo*, 10ª ed, p. 730 e 740). No direito italiano, Cassese afirma não ser a executoriedade característica dos atos administrativos (*Le basi del Diritto Amministrativo*, 6ª ed., 2000, p. 339-352); e Domenico Sorace, em seu lúcido artigo “Pro memória per una nuova ‘voce’ atto amministrativo”, in *Scritti in onore di Massimo Severo Giannini*, vol. II, Giuffrè, 1988, p.747-773, tece fortes críticas às prerrogativas. De seu lado, o autor português Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da Silva também impugna as prerrogativas como inerentes ao ato administrativo (*Em busca do ato administrativo perdido*, Coimbra, Almedina, 1996, sobretudo p. 489-555).

¹⁷ *Curso de Direito Administrativo*, 5ª ed.: Saraiva, 2010, p. 342-343.

da presunção de legitimidade e veracidade; “três vetores apontam para a superação dessa concepção: a *processualidade administrativa* (art.5º, LV, da Constituição Federal), a *introdução da consensualidade na atuação administrativa* e o *controle ampliado da Administração Pública*.”¹⁸

Por sua vez, Vitor Rhein Schirato primeiro rebate alguns pressupostos da concepção das prerrogativas; depois propõe sua revisão; opõe argumentos a cada uma das prerrogativas, mencionando-se alguns, a título exemplificativo: a) não aceita a presunção de legitimidade como elemento diferenciador dos atos administrativos, sobretudo ante sua ampla sindicabilidade e a presunção de legitimidade informadora de todos os atos jurídicos (art. 219 do Código Civil brasileiro); b) quanto à imperatividade, inúmeros atos não apresentam traço coercitivo, como os atos relativos à atividade de fomento; c) a autoexecutoriedade não é prerrogativa dos atos administrativos, pois há inúmeros atos que não são autoexecutáveis e vários atos resultantes de negociação e consenso, só podendo ser exigidos em consonância ao seu teor específico.¹⁹

Mostram-se apropriados os questionamentos oferecidos pela contemporânea doutrina administrativista brasileira e estrangeira. A sociedade, o Estado e a Administração Pública das primeiras décadas do século XXI muito difere da sociedade, do Estado e da Administração Pública do século XIX e, mesmo, das oito primeiras décadas do século XX. As concepções originárias do ato administrativo em termos de prerrogativas merecem o “controle de validade” que vários autores vêm efetuando, pois certamente, na sua integralidade não se afinam aos tempos presentes.

¹⁸ A superação do ato administrativo autista, in Odete Medauar e Vitor Rhein Schirato (org). *Os caminhos do ato administrativo*. São Paulo: ed. RT, 2011, *passim* p. 89-113.

¹⁹ Repensando a pertinência dos atributos do ato administrativo, in Odete Medauar e Vitor Rhein Schirato (org.). *Os caminhos do ato administrativo*. São Paulo: ed. RT, *passim* p. 115-144.