

ano 18 - n. 73 | julho/setembro - 2018
Belo Horizonte | p. 1-280 | ISSN 1516-3210 | DOI: 10.21056/aec.v18i73
A&C – R. de Dir. Administrativo & Constitucional
www.revistaaec.com

A&C

**Revista de Direito
ADMINISTRATIVO
& CONSTITUCIONAL**

**A&C – ADMINISTRATIVE &
CONSTITUTIONAL LAW REVIEW**



Luís Cláudio Rodrigues Ferreira
Presidente e Editor

Av. Afonso Pena, 2770 – 15º andar – Savassi – CEP 30130-012 – Belo Horizonte/MG – Brasil – Tel.: 0800 704 3737
www.editoraforum.com.br / E-mail: editoraforum@editoraforum.com.br

Impressa no Brasil / Printed in Brazil / Distribuída em todo o Território Nacional

Os conceitos e opiniões expressas nos trabalhos assinados são de responsabilidade exclusiva de seus autores.

| | |
|------|---|
| A246 | A&C : Revista de Direito Administrativo & Constitucional. – ano 3, n. 11, (jan./mar. 2003) - . – Belo Horizonte: Fórum, 2003. |
| | Trimestral ISSN: 1516-3210 |
| | Ano 1, n. 1, 1999 até ano 2, n. 10, 2002 publicada pela Editora Juruá em Curitiba |
| | 1. Direito administrativo. 2. Direito constitucional. I. Fórum. |
| | CDD: 342 CDU: 342.9 |

Coordenação editorial: Leonardo Eustáquio Siqueira Araújo
Capa: Igor Jamur
Projeto gráfico: Walter Santos

Periódico classificado no Estrato A2 do Sistema Qualis da CAPES - Área: Direito.

Qualis – CAPES (Área de Direito)

Na avaliação realizada em 2017, a revista foi classificada no estrato A2 no Qualis da CAPES (Área de Direito).

Entidade promotora

A *A&C – Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, é um periódico científico promovido pelo Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar com o apoio do Instituto Paranaense de Direito Administrativo (IPDA).

Foco, Escopo e Público-Alvo

Foi fundada em 1999, teve seus primeiros 10 números editorados pela Juruá Editora, e desde o número 11 até os dias atuais é editorada e publicada pela Editora Fórum, tanto em versão impressa quanto em versão digital, sediada na BID – Biblioteca Digital Fórum. Tem como principal objetivo a divulgação de pesquisas sobre temas atuais na área do Direito Administrativo e Constitucional, voltada ao público de pesquisadores da área jurídica, de graduação e pós-graduação, e aos profissionais do Direito.

Linha Editorial

A linha editorial da *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, estabelecida pelo seu Conselho Editorial composto por renomados juristas brasileiros e estrangeiros, está voltada às pesquisas desenvolvidas na área de Direito Constitucional e de Direito Administrativo, com foco na questão da efetividade dos seus institutos não só no Brasil como no Direito comparado, enfatizando o campo de interseção entre Administração Pública e Constituição e a análise crítica das inovações em matéria de Direito Público, notadamente na América Latina e países europeus de cultura latina.

Cobertura Temática

A cobertura temática da revista, de acordo com a classificação do CNPq, abrange as seguintes áreas:

- Grande área: Ciências Sociais Aplicadas (6.00.00.00-7) / Área: Direito (6.01.00.00-1) / Subárea: Teoria do Direito (6.01.01.00-8) / Especialidade: Teoria do Estado (6.01.01.03-2).
- Grande área: Ciências Sociais Aplicadas (6.00.00.00-7) / Área: Direito (6.01.00.00-1) / Subárea: Direito Público (6.01.02.00-4) / Especialidade: Direito Constitucional (6.01.02.05-5).
- Grande área: Ciências Sociais Aplicadas (6.00.00.00-7) / Área: Direito (6.01.00.00-1) / Subárea: Direito Público (6.01.02.00-4) / Especialidade: Direito Administrativo (6.01.02.06-3).

Indexação em Bases de Dados e Fontes de Informação

Esta publicação está indexada em:

- Web of Science (ESCI)
- Ulrich's Periodicals Directory
- Latindex
- Directory of Research Journals Indexing
- Universal Impact Factor
- CrossRef
- Google Scholar
- RVBI (Rede Virtual de Bibliotecas – Congresso Nacional)
- Library of Congress (Biblioteca do Congresso dos EUA)
- MIAR - Information Matrix for the Analysis of Journals
- WorldCat
- BASE - Bielefeld Academic Search Engine
- REDIB - Red Iberoamericana de Innovación y Conocimiento Científico
- ERIHPLUS - European Reference Index for the Humanities and the Social Sciences
- EZB - Electronic Journals Library
- CiteFactor
- Diadorim

Processo de Avaliação pelos Pares (Double Blind Peer Review)

A publicação dos artigos submete-se ao procedimento *double blind peer review*. Após uma primeira avaliação realizada pelos Editores Acadêmicos responsáveis quanto à adequação do artigo à linha editorial e às normas de publicação da revista, os trabalhos são remetidos sem identificação de autoria a dois pareceristas *ad hoc* portadores de título de Doutor, todos eles exógenos à Instituição e ao Estado do Paraná. Os pareceristas são sempre Professores Doutores afiliados a renomadas instituições de ensino superior nacionais e estrangeiras.

Diretor-Geral

Romeu Felipe Bacellar Filho

Editores Acadêmicos Responsáveis

Daniel Wunder Hachem

Ana Cláudia Finger

Assessor Editorial

Felipe Klein Gussoli

Conselho Editorial

| | |
|---|--|
| Adilson Abreu Dallari (PUC-SP) | Juan Pablo Cajaville Peluffo (Universidad de La República – Uruguai) |
| Adriana da Costa Ricardo Schier (UniBrasil-PR) | Justo J. Reyna (Universidad Nacional del Litoral – Argentina) |
| Alice Gonzalez Borges (UFBA) | Juarez Freitas (UFRGS) |
| Carlos Ayres Britto (UFSE) | Luís Enrique Chase Plate (Universidad Nacional de Asunción – Paraguai) |
| Carlos Delpiazzo (Universidad de La República – Uruguai) | Marçal Justen Filho (UFPR) |
| Cámen Lúcia Antunes Rocha (PUC Minas) | Marcelo Figueiredo (PUC-SP) |
| Celso Antônio Bandeira de Mello (PUC-SP) | Márcio Cammarosano (PUC-SP) |
| Clêmeron Merlin Clève (UFPR) | Maria Cristina Cesar de Oliveira (UFPA) |
| Clovis Beznos (PUC-SP) | Nelson Figueiredo (UFG-GO) |
| Edgar Chiuratto Guimarães (Instituto Bacellar) | Odilon Borges Junior (UFES) |
| Emerson Gabardo (UFPR) | Pascual Caiella (Universidad de La Plata – Argentina) |
| Eros Roberto Grau (USP) | Paulo Roberto Ferreira Motta (UTP-PR) |
| Irmgard Elena Lepenies (Universidad Nacional del Litoral – Argentina) | Pedro Paulo de Almeida Dutra (UFMG) |
| Jaime Rodríguez-Arana Muñoz (Universidad de La Coruña – Espanha) | Regina Maria Macedo Nery Ferrari (UFPR) |
| José Carlos Abraão (UEL-PR) | Rogério Gesta Leal (UNISCRS) |
| José Eduardo Martins Cardoso (PUC-SP) | Sergio Ferraz (PUC-Rio) |
| José Luís Said (Universidad de Buenos Aires – Argentina) | Valmir Pontes Filho (UFCE) |
| José Mario Serrate Paz (Universidad de Santa Cruz – Bolívia) | Weida Zancaner (PUC-SP) |

Homenagem Especial

Enrique Silva Cimma (Universidad de Chile – Chile)
Guillermo Andrés Muñoz (*in memoriam*)
Jorge Luís Salomoni (*in memoriam*)
Julio Rodolfo Comadira (*in memoriam*)
Lúcia Valle Figueiredo (*in memoriam*)
Manoel de Oliveira Franco Sobrinho (*in memoriam*)
Paulo Henrique Blasi (*in memoriam*)
Paulo Neves de Carvalho (*in memoriam*)
Rolando Pantoja Bauzá (*in memoriam*)

Os pilares do poder cautelar administrativo

The basis of the provisional administrative power

Flávio Garcia Cabral*

Centro Universitário Anhanguera de Campo Grande (Brasil)
flaviocabral@hotmail.com

Recebido/Received: 07.02.2018 / February 7th, 2018

Aprovado/Approved: 12.11.2018 / November 12th, 2018

Resumo: Trata-se de artigo no qual se busca discorrer sobre o poder geral de cautela no âmbito da Administração Pública. Para tanto, será abordado inicialmente o conceito e características do poder cautelar administrativo, para, posteriormente, averiguar quais seriam as bases teóricas do poder provisional administrativo, explanando acerca de cada uma delas, sempre com atenção ao ordenamento jurídico brasileiro.

Palavras-chave: poder de cautela; administrativo; interesse público; eficiência; poderes implícitos.

Abstract: This article seeks to discuss about the so-called general provisional power in Public Administration. To this end, it begins studying the concept and characteristics of the provisional administrative power, to, after that, investigate what are the theoretical basis of provisional administrative power, explaining about each of them, always with attention to the Brazilian legal system.

Keywords: provisional power; administrative; public interest; efficiency; inherent powers.

Sumário: **1** Introdução – **2** Poder cautelar administrativo – **3** Considerações finais – Referências

Como citar este artigo/*How to cite this article:* CABRAL, Flávio Garcia. Os pilares do poder cautelar administrativo. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 18, n. 73, p. 115-139, jul./set. 2018. DOI: 10.21056/aec.v18i73.921.

* Professor do Centro Universitário Anhanguera de Campo Grande (Campo Grande-MS, Brasil). Doutor em Direito Administrativo pela PUC-SP (São Paulo-SP, Brasil). Mestre em Direito Constitucional e Teoria do Estado pela PUC-Rio. Mestre em Direito pela Universitat de Girona/Espanha. Professor de Direito Administrativo e Constitucional em cursos de Graduação e Pós-Graduação. Procurador da Fazenda Nacional (atualmente Procurador-Chefe da Fazenda Nacional em Mato Grosso do Sul). *E-mail:* <flaviocabral@hotmail.com>.

1 Introdução

A Administração Pública contemporânea, em particular a de viés gerencial, que buscou se desvincular das firmes amarras burocráticas de outrora – mas não totalmente –, tem percebido a necessidade na busca de instrumentos que tornem sua atuação condizente com seus objetivos, evitando-se assim gastos desnecessários e otimizando o direcionamento de seus esforços e recursos.

É neste afã, da busca de uma melhor atuação, que os Estados, dentre eles o brasileiro, têm tido que enfrentar uma batalha com os males do tempo, isto é, por vezes só trilhar o caminho adequado para o exercício da função administrativa não se mostra suficiente, tendo que ser adotados provimentos intermediários a fim de evitar que ao final, devido ao transcurso temporal, os esforços da Administração tenham sido em vão.

Justamente neste contexto que se eleva o tema da cautelaridade no âmbito da Administração Pública. A adoção de provimentos cautelares administrativos específicos no bojo de processos administrativos, ou ainda de um verdadeiro poder geral de cautela administrativa, é tema ainda pouco debatido no meio jurídico, sendo questão ainda desconhecida de muitos juristas, que frequentemente só se preocupam com a cautelaridade judicial.

A adoção de medidas provisionais ou cautelares na intimidade da Administração Pública traz consigo uma série de questionamentos e desdobramentos jurídicos que merecem estudo e reflexão pelos próprios administradores, como também pela comunidade jurídica de forma ampla. No entanto, como primeiro passo, de modo a não extrapolar os limites deste *paper*, limitar-se-á a investigação pelas bases jurídicas da existência do poder cautelar administrativo, permitindo, assim, que em futuros ensaios, tendo-se previamente construído conhecimento sobre os pilares da cautela administrativa, possa-se desenvolver de maneira adequada as demais questões decorrentes do instituto em voga.

Deste modo, o que se pretende com as linhas que se seguem será abordar o tema do poder cautelar administrativo, mas com um corte epistemológico reduzido, qual seja, visitar quais seriam os embasamentos teóricos hábeis a sustentar a existência de um poder de cautela no âmbito administrativo, com particular atenção para a ordem jurídica brasileira – sem prejuízo da extensão das conclusões a ordenamentos jurídicos diversos, quando cabível.

2 Poder cautelar administrativo

Quando se invoca um poder de cautela, ou mais, um poder geral de cautela, em sistemas jurídicos como o brasileiro, tem-se a imagem inicial da figura do processo judicial, sendo questão hoje já sem grandes controvérsias no que tange à existência de um poder geral de cautela judicial.

De fato, a par da existência de provimentos cautelares específicos, cada qual desenhado para atender uma determinada hipótese (as denominadas medidas cautelares típicas ou nominadas), os diversos ordenamentos jurídicos¹ acabaram estipulando previsões mais amplas, conferindo uma maior flexibilidade cautelar aos magistrados, tudo a fim de acobertar as situações não previstas previamente pelo legislador. A essa atipicidade cautelar² dá-se o rótulo de poder geral de cautela.³

Fredie Didier Jr. apresenta suas considerações sobre o poder geral de cautela na esfera judicial, proclamando que é aquele atribuído ao magistrado para que adote medidas provisórias e urgentes de natureza cautelar, ainda que sem previsão legal expressa, uma vez verificada a fumaça do bom direito e o perigo da demora, tratando-se de uma previsão legal de atipicidade cautelar.⁴

Se um poder geral de cautela judicial é matéria debatida há tempos pela doutrina processualista, já tendo sido encontrados muitos pontos de convergência sobre o assunto, o mesmo não ocorre quando se põe em pauta o tópico do poder de cautela administrativa.

Ao analisarmos o direito brasileiro posto – afinal, na perspectiva teórica com a qual trabalhamos, não haveria outro “direito” –, nota-se que em determinadas hipóteses a Administração Pública, no bojo de processos administrativos,⁵ não pode aguardar o final de todo o trâmite processual para tomar alguma medida, devendo, por vezes, adotar providências preliminares, a fim de evitar um dano maior ou resguardar algum direito. São precisamente nesses casos que surgem as medidas cautelares administrativas.

Heraldo Garcia Vitta define medidas cautelares administrativas como sendo “atos e providências da autoridade administrativa tomadas, como regra, antes ou

¹ De maneira meramente exemplificativa, Alexandre Freitas Câmara destaca a existência de um poder geral de cautela judicial previsto expressamente na legislação alemã, portuguesa, italiana e argentina *Lições de direito processual civil* – Volume III. 16. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 48.

² “É, porém, de ressaltar que entre as medidas típicas e as que provêm do poder geral de cautela não há diferença de natureza ou substância” (THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil* – Volume II. 45. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 505).

³ Alexandre Freitas Câmara salienta que também se utilizam as nomenclaturas poder cautelar geral ou poder cautelar genérico (*Lições de direito processual civil* – Volume III. 16. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 47).

⁴ DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação de tutela*. 6. ed. Salvador: JusPodivm, 2011, p. 475.

⁵ Embora exista um embate doutrinário entre a diferenciação dos termos “processo” e “procedimento”, entendendo-se, majoritariamente, que o segundo se refira simplesmente ao rito estabelecido acerca do primeiro, para os fins deste trabalho, por não vislumbrar maior relevância prática, tampouco teórica, utilizar-se-ão ambos os vocábulos de forma indistinta. De fato, é o que faz também Celso Antônio Bandeira de Mello: “Quanto a nós, tendo em vista que não há pacificação sobre este tópico e que em favor de um milita a tradição (‘procedimento’) e em favor de outra a recente terminologia legal (‘processo’), daqui por diante usaremos indiferentemente uma ou outra” (*Curso de direito administrativo*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 496).

durante o processo administrativo, e visam impedir, ou sustar, danos emergentes na sociedade”.⁶

Com essa mesma linha de pensamento é que Shirlei Silmara de Freitas Mello sustenta que as medidas cautelares administrativas existem em razão da provável frustração administrativa futura, servindo para buscar a garantia de que a solução final do processo em trâmite produza realmente os efeitos devidos, e não se torne inútil diante das consequências que eram previsíveis.⁷

A própria função e natureza das medidas cautelares administrativas demonstram que elas não constituem a regra nos procedimentos administrativos, devendo estar presentes requisitos mínimos para que possam ser juridicamente realizáveis.

As medidas cautelares de cunho administrativo demandam a verificação de dois pressupostos fundamentais, quais sejam, o *periculum in mora* e o *fumus boni iuris*. É o que se extrai das palavras de José dos Santos Carvalho Filho, inclusive, para quem a tutela preventiva se pauta nesses dois pressupostos, sendo o primeiro (perigo da demora) aquele referente ao risco de dano irreparável ou de difícil reparação a que o titular do direito está sujeito a sofrer e o segundo (aparência do bom direito) condizente à exigibilidade de que o direito ameaçado possua um mínimo de plausibilidade jurídica, sendo razoável a um primeiro exame do intérprete.⁸

Ressalte-se que a exigência desses pressupostos mínimos constitui matéria afeta ao plano da teoria geral do processo, e não somente às esferas jurídico-positivas particularizadas, podendo-se estender tais requisitos para além do ordenamento jurídico brasileiro. De fato, de maneira exemplificativa, com o escopo de demonstrar a mesma conclusão em ordens jurídicas diversas, tem-se semelhante conclusão na doutrina italiana:

Per la concessione della misura cautelare occorre il duplice presupposto del: i) *periculum in mora*, ossia il pericolo che la durata del processo comporti un pregiudizio irreversibile per il ricorrente e l'impossibilità di conseguire il bene della vita richiesto; ii) *fumus boni iuris*, ossia la probabile fondatezza del ricorso, ad un sommario esame, proprio della fase cautelare.⁹

⁶ VITTA, Heraldo Garcia. Aportamentos da “coação administrativa”. As medidas acautelarias do poder público. *Revista TRF 3ª Região*, n. 108, jul./ago. 2011, p. 15.

⁷ MELLO, Shirlei Silmara de Freitas. *Tutela cautelar no processo administrativo*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003, p. 463.

⁸ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Processo administrativo federal: comentário à Lei nº 9.784 de 29/1/1999*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 209.

⁹ COLAPINTO, Filippo. La tutela cautelare nel processo amministrativo. *A&C Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 9, n. 37, p. 2, jul./set. 2009. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDIO006.aspx?pdicntd=62555>>. Acesso em: 6 jun. 2017.

Da mesma forma é o que se extrairá ao analisar a legislação e entendimento doutrinário mexicano,¹⁰ venezuelano¹¹ e todos os demais que prevejam medidas cautelares, já que ambos os requisitos, em maior ou menor medida, fazem parte do núcleo da tutela preventiva, independente do direito positivado.

Insta apontar que, ao lado desses dois requisitos mínimos, a doutrina especializada por vezes acrescenta outros elementos, como, por exemplo, a necessidade de motivação do ato cautelar ou da proporcionalidade da medida.¹² Em que pese a validade dessas premissas, entende-se que a motivação e a proporcionalidade não configuram requisitos exclusivamente próprios das medidas provisionais – ainda que de extrema fundamentalidade –, sendo verdadeiramente exigências de todo e qualquer ato administrativo, razão pela qual, embora sejam feitas menções à motivação, à proporcionalidade e a outros elementos que por vezes são elencados em conjunto com os requisitos do *periculum in mora* e do *fumus boni iuris* no decorrer deste artigo, não serão aqui abordados de maneira específica como exigências típicas das medidas cautelares administrativas.

O perigo da demora, nos procedimentos administrativos, representa a ameaça à eficácia do provimento final do processo, é dizer, o motivo para a adoção de medidas cautelares é a existência de indícios de que o resultado final do processo possa se tornar ineficaz.¹³

Já a “fumaça do bom direito” diz respeito à constatação de um “direito aparente”, aquele cuja verificação prescindir de cognição exauriente, bastando uma análise rápida e superficial,¹⁴ uma cognição sumária.

Faz-se imprescindível salientar que a adoção de provimentos acautelatórios demanda não um ou outro dos requisitos acima trabalhados (alternativamente), mas sim exige a presença de ambos (cumulativamente). Javier Barcelona Lopp se manifestou de forma idêntica acerca da tutela cautelar judicial, mas cujo aporte argumentativo se encaixa com perfeição à cautelaridade administrativa:

¹⁰ “La procedencia de las medidas cautelares se justifica, en principio, en la necesidad de mantener la igualdad de las partes y evitar que se convierta en ilusoria la sentencia que ponga fin al pleito. Dicha procedencia queda subordinada al cumplimiento de los siguientes presupuestos: juez competente o incompetente, verosimilitud del derecho invocado, peligro en la demora, interés social y orden público, y la garantía” (LÓPEZ OLVERA, Miguel Alejandro. La tutela cautelar en el proceso administrativo en México. *A&C Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 7, n. 30, p. 29-62, out./dez. 2007. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdicntd=49822>>. Acesso em: 26 ago. 2017).

¹¹ Vide HERNÁNDEZ-MENDIBLE, Víctor Rafael. La ejecución de los actos administrativos. *Revista de la facultad de derecho PUCP*, n. 67, 2011.

¹² “Lógicamente, la adopción de medidas provisionales ha de resultar motivada, pues solo de este modo será posible comprobar si efectivamente han existido elementos de juicio suficientes y si la discrecionalidad de la que dispone el órgano competente no se ha tornado en arbitrariedad” (MARINA JALVO, Belén. *El régimen disciplinario de los funcionarios públicos*. 3. ed. Valladolid: Lex Nova, 2006, p. 292).

¹³ MELLO, Shirlei Silmara de Freitas. *Tutela cautelar no processo administrativo*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003, p. 497.

¹⁴ MELLO, Shirlei Silmara de Freitas. *Tutela cautelar no processo administrativo*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003, p. 497.

Una manifiesta inexistencia de *periculum in mora* difícilmente puede ser sustituida, a mi juicio, por una apariencia de buen derecho por la sencilla razón de que ningún perjuicio causa aguardar, en tal caso, a la decisión final sobre el fondo del asunto. Ello no quiere decir, insisto, que el *fumus boni iuris* deba ser eliminado del sistema de la tutela judicial cautelar; simplemente que no ha de ser contemplado como el criterio único a considerar.¹⁵

É certo que ademais dos requisitos básicos acima citados, medidas cautelares específicas – agora já adentrando o plano jurídico-positivo de cada ordenamento e diplomas legais – podem acrescer (e assim o fazem) exigências de maior especificidade, ou ainda colocar delineamentos que, em realidade, somente detalham hipóteses trazidas abstratamente pelo legislador como representativas do *periculum e/ou do fumus*.

Assim como os requisitos, as medidas cautelares administrativas também possuem características comuns que as diferenciam dos demais provimentos administrativos. Seriam elas:

- a.) Instrumentalidade: como será mais bem detalhado nos tópicos subsequentes, as medidas acautelatórias administrativas não constituem um fim em si mesmas, sendo adotadas a fim de garantir a eficácia do provimento administrativo final, tutelando, desta feita, o interesse público, é dizer, são essas medidas meios para alcançar a executabilidade do provimento final.¹⁶
- b.) Provisoriedade:¹⁷ de forma conexas com seu caráter instrumental, tem-se também que as medidas cautelares administrativas não têm vigência definitiva, estando limitadas no tempo, devendo durar “el tiempo necesario para garantizar la protección del interés general y, más en concreto, la de los intereses en presencia que pudieran verse afectados por la resolución final, así como la ejecución de esta”.¹⁸ Embora se tenha aqui mencionado o termo provisoriedade, por ser o mais utilizado na literatura especializada nacional e estrangeira, mais correto seria se falar em temporariedade,¹⁹ pois elas possuem relação com a situação

¹⁵ BARCELONA LLOP, Javier. *Ejecutividad, ejecutoriedad y ejecución forzosa de los actos administrativos*. Santander: Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cantabria, 1995, p. 268-269.

¹⁶ MELLO, Shirlei Silmara de Freitas. *Tutela cautelar no processo administrativo*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003, p. 427.

¹⁷ “La característica estructural della tutela cautelare è la provisorietà, l’inidoneità a dettare una disciplina definitiva della vertenza, in quanto si tratta di un giudizio interinale, incidentale, emanate sulla base di una cognizione sommaria, di un giudizio di probabilità e verosimiglianza” (LUMETTI, Maria Vittoria. *Processo amministrativo e tutela cautelare*. Padova: CEDAM, 2012, p. 16).

¹⁸ HERNÁNDEZ-MENDIBLE, Víctor Rafael. La ejecución de los actos administrativos. *Revista de la facultad de derecho PUCP*, n. 67, 2011, p. 371.

¹⁹ Com a mesma posição, ainda que tratando sobre o processo cautelar judicial, Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart sustentam que a eficácia da tutela cautelar estaria conectada ao perigo de dano,

de perigo aparente, podendo durar por todo o desenrolar do processo administrativo.

- c.) Vinculação ao procedimento: em regra, não há que se falar em provimentos cautelares autônomos em relação a algum procedimento administrativo (embora tal conclusão varie a cada previsão normativa). Destarte, tais medidas não podem ser adotadas isoladamente, fazendo-se mister que se vinculem diretamente a um processo administrativo específico.²⁰ Não obstante a necessidade dessa vinculação do provimento cautelar a um processo administrativo principal seja questão que geralmente esteja prevista nas leis de regência, poderia o legislador dispor de forma diferente, estipulando sua total autonomia. No entanto, se assim o fizesse, haveria sérios riscos de que as medidas cautelares perdessem sua característica típica da provisoriedade, tornando-se verdadeiros provimentos definitivos.²¹ Ou seja, a vinculação ao procedimento muitas vezes se mostra como característica que decorre da própria feição provisória das medidas cautelares.

2.1 O princípio da legalidade e o poder cautelar

Rule of law not of men. A máxima inglesa representa a evolução do Estado autoritário para o Estado de Direito, onde emerge como alicerce normativo do Estado o princípio da legalidade. Nos dizeres de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, esse princípio, ao lado da sujeição da Administração ao controle pelo Poder Judiciário, configura uma das principais garantias de respeito aos direitos individuais, já que é a lei que, ao mesmo instante em que os define, estipula a limitação no exercício da função administrativa voltada a restrição do exercício de tais direitos em prol da coletividade.²²

A atuação administrativa não pode ser outra senão a que se mostre de acordo com a dicção legal, é dizer, cumpre ao administrador público aplicar as determinações previstas em lei, não podendo atuar fora destes limites. Não são diferentes as palavras de Belén Marina Jalvo: “Con carácter general, toda actuación

havendo aí uma relação de temporariedade, mas não com a sentença de mérito, como muitos defendem, com a qual possuiria uma relação de provisoriedade, já que seria viável que mesmo após uma sentença de mérito, mas antes do trânsito em julgado, se mantivesse o provimento cautelar, caso se verificassem ainda os seus requisitos (*Curso de direito processual civil – Volume IV – Processo cautelar*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 31-32).

²⁰ FREIRE, Lucas Alves. Os contornos jurídicos das medidas cautelares previstas no artigo 9º da Lei nº 9.447, de 14 de março de 1997. *Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central*, v. 1, n. 1, dez. 2007, p. 98.

²¹ MARINA JALVO, Belén. *Medidas provisionales en la actividad administrativa*. Valladolid: Lex Nova, 2007, p. 33.

²² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 81.

administrativa con incidencia en los derechos, libertades o, más ampliamente, en la esfera jurídica de los ciudadanos debe resultar amparada en la correspondiente habilitación legal”.²³

O princípio da legalidade, no que atine à Administração, possui densidade maior do que em relação aos particulares. No Brasil, enquanto aos particulares é plenamente aplicável o contido no artigo 5º, inciso II, da Constituição Federal de 1988, que prescreve que “ninguém será obrigado a fazer ou a deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”, à Administração Pública não basta a ausência de proibição legal para validar a conduta a ser adotada, devendo a atuação administrativa ocorrer somente havendo autorização contida no sistema legal. A lei é o fundamento jurídico de toda e qualquer atuação administrativa.²⁴

Deveras, a existência de um poder cautelar administrativo encontra-se, em regra, na dependência da existência de normas legais expressas, não podendo a Administração adotar determinadas medidas não previstas previamente em lei ou instrumentos normativos correlatos (leis delegadas, medidas provisórias, emendas constitucionais etc.).

É nesse sentido que expõe inicialmente Víctor Rafael Hernández-Mendible ao analisar as providências cautelares administrativas na Venezuela, declarando que a sujeição à legalidade e ao Direito é o que deve nortear as medidas administrativas cautelares ou provisionais, necessitando haver norma legal expressa que atribua dita competência e a autorize.²⁵

Embora seja esse o pensamento predominante, tal linha argumentativa tem sido matizada por alguns autores que buscam outros fundamentos e limites à adoção das medidas provisionais administrativas, ainda que frente à carência de uma normatização legal.

O próprio autor citado, Víctor Rafael Hernández-Mendible, apresenta a conclusão que se extrai da resolução administrativa emitida pela Sala Político-Administrativa da Corte Suprema de Justiça Venezuelana, assentando a possibilidade do emprego da analogia para permitir medidas cautelares administrativas, mesmo ante a ausência de permissivo expresso legal, sem que isso viole o princípio da legalidade.²⁶

No Brasil, outrossim, tem-se sustentado em determinados casos uma relativização, em certa medida, do princípio da legalidade no que tange às medidas

²³ MARINA JALVO, Belén. *Medidas provisionales en la actividad administrativa*. Valladolid: Lex Nova, 2007, p. 57.

²⁴ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 79.

²⁵ HERNÁNDEZ-MENDIBLE, Víctor Rafael. La ejecución de los actos administrativos. *Revista de la facultad de derecho PUCP*, n. 67, 2011, p. 317.

²⁶ HERNÁNDEZ-MENDIBLE, Víctor Rafael. La ejecución de los actos administrativos. *Revista de la facultad de derecho PUCP*, n. 67, 2011, p. 375.

cautelares administrativas, invocando-se a aplicação da teoria dos poderes implícitos, que não exige uma previsão legal expressa imediata daqueles provimentos para sua validade (*vide* item 2.2.2).

A questão parece tentadora, ainda mais quando se busca uma desburocratização estatal e um maior dinamismo na condução do Estado, mas necessita ser analisada com circunspeção, sob pena de se romper com um dos pilares mais fortes que asseguram o Estado de Direito.

A legalidade em hipótese alguma pode ser completamente afastada para dar lugar a outros elementos que puguem uma atuação administrativa desregrada e à margem das determinações legais. Permitir dita forma de conduta seria retroagir ao autoritarismo revestido de falaciosos argumentos justificantes; seria trocar um Estado de Direito por um Estado despótico.

No entanto, a legalidade vista como um sistema fechado, vinculado exclusivamente à lei em sentido formal e estrito, não mais representa em sua plenitude o conteúdo jurídico do princípio, afinal os próprios princípios, em especial pela difusão de obras como as de Ronald Dworkin, Robert Alexy, Konrad Hasse, entre outros, já são vistos atualmente dotados de juridicidade e normatividade (deixando de serem encarados como meras “recomendações” ou “ideais”), não estando mais o Direito dependente exclusivamente de regras e leis formais.²⁷

De fato, a famigerada vinculação da Administração Pública à lei, no sentido de só ser permitida atuar caso haja permissão legal, assume nesse contexto diferentes contornos, passando-se agora a uma certa concepção mais ampla de juridicidade (não somente leis em sentido formal).

Um dos primeiros nomes no Direito Administrativo a aventar o chamado “princípio da juridicidade da administração” foi Adolf Merkel, que o compreendia de maneira mais ampla e diferente do que se entende por legalidade, indicando que toda ação administrativa concreta deve ser analisada desde o ponto de vista de sua relação com todo o ordenamento jurídico.²⁸ Sobre a juridicidade administrativa, Cármen Lúcia Antunes Rocha ainda discorre que a Administração Pública é o próprio Direito, tornada em movimento realizador de seus efeitos de modo a interferir na realidade social sobre a qual incide. Portanto, ela não é apenas “a lei

²⁷ “A necessidade de a Administração Pública apresentar respostas rápidas, a maior importância conferida às normas do núcleo de Direito Administrativo, de estatura constitucional, cuja aplicação não depende necessariamente de lei, os processos de integração supranacionais, que conferem aos tratados internacionais importância nunca antes exercida para a organização das novas entidades administrativas são alguns fatores que têm contribuído para que as leis formais percam sua importância como fonte de Direito Administrativo e para a redefinição do princípio da legalidade” (FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de direito administrativo*. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 53).

²⁸ MERKEL, Adolf. *Teoría general del derecho administrativo*. Tradução de José Luis Monereo Pérez. Granada: Comares, 2004, p. 204-208.

formalmente perfeita e posta à observância, mas todo o sistema de Direito vigente em determinado Estado [...]”.²⁹

Assim, além dos matizes já mencionados, envolvendo a ideia de juridicidade (e não mera legalidade), observa-se, dos inúmeros sistemas jurídicos que admitem medidas cautelares administrativas, a existência de normas abertas no que tange à adoção desses provimentos, constituindo verdadeiras cláusulas gerais, pois não relacionam *numerus clausus* as possibilidades de provimentos cautelares, mas sim preveem uma cláusula geral cautelar, devendo, frente ao caso concreto, a autoridade administrativa adotar a medida que melhor se adeque à situação e seja compatível com o ordenamento jurídico em questão.

De fato, é o que sublinha José Antonio Tardío Pato ao tratar da Lei Espanhola nº 30/92, que versa sobre o “Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común”,³⁰ descrevendo que não se tipificam na lei todos os provimentos cautelares de forma exaustiva, tendo em vista a diversidade de procedimentos e possíveis resoluções a que podem servir as medidas provisionais administrativas, estando-se diante de um rol *numerus apertus*.³¹

No Brasil, ademais da existência de provimentos cautelares típicos, com previsão em diversas leis e com fins de atender a cada processo administrativo específico (mencione-se como ilustração o artigo 44, §2º, da Lei Orgânica do TCU – Lei nº 8.443/92 –, ou ainda o artigo 147 da Lei nº 8.112/90, que trata dos servidores públicos federais, nos quais estão previstos os provimentos cautelares de indisponibilidade patrimonial e afastamento temporário do servidor, respectivamente), temos também o poder geral de cautela administrativa, que encontra respaldo no artigo 45 da Lei nº 9.784/99, a qual versa sobre o Processo

²⁹ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Princípios constitucionais da administração pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994, p. 82-84.

³⁰ A indigitada lei trata em seu artigo 72 das medidas provisionais, com o seguinte texto: “Artículo 72. Medidas provisionales. 1. Iniciado el procedimiento, el órgano administrativo competente para resolverlo, podrá adoptar, de oficio o a instancia de parte, las medidas provisionales que estime oportunas para asegurar la eficacia de la resolución que pudiera recaer, si existiesen elementos de juicio suficiente para ello. 2. Antes de la iniciación del procedimiento administrativo, el órgano competente, de oficio o a instancia de parte, en los casos de urgencia y para la protección provisional de los intereses implicados, podrá adoptar las medidas correspondientes en los supuestos previstos expresamente por una norma de rango de Ley. Las medidas provisionales deberán ser confirmadas, modificadas o levantadas en el acuerdo de iniciación del procedimiento, que deberá efectuarse dentro de los quince días siguientes a su adopción, el cual podrá ser objeto del recurso que proceda. En todo caso, dichas medidas quedarán sin efecto si no se inicia el procedimiento en dicho plazo o cuando el acuerdo de iniciación no contenga un pronunciamiento expreso acerca de las mismas. 3. No se podrán adoptar medidas provisionales que puedan causar perjuicio de difícil o imposible reparación a los interesados o que impliquen violación de derechos amparados por las leyes. 4. Las medidas provisionales podrán ser alzadas o modificadas durante la tramitación del procedimiento, de oficio o a instancia de parte, en virtud de circunstancias sobrevenidas o que no pudieron ser tenidas en cuenta en el momento de su adopción. En todo caso, se extinguirán con la eficacia de la resolución administrativa que ponga fin al procedimiento correspondiente”.

³¹ TARDÍO PATO, José Antônio. Las medidas provisionales en el procedimiento administrativo. *Revista jurídica de Navarra*, n. 38, jul./dic. 2004, p. 119.

Administrativo Federal, possuindo a seguinte redação: “Em caso de risco iminente, a Administração Pública poderá motivadamente adotar providências acauteladoras sem a prévia manifestação do interessado”.

Logo, diferente não pode ser a conclusão senão a de que não há incompatibilidades entre o princípio da legalidade, tão caro à Administração, e a existência de um poder geral cautelar. No entanto, a própria presença de um poder geral de cautela não se mostra condizente com um rol taxativo de providências a serem adotadas, o que retiraria daquele poder as qualidades inerentes ao adjetivo “geral”. Então, embora referida potestade não possa se sustentar completamente desvinculada ao princípio da legalidade, certo é que a leitura a ser feita desse princípio modernamente permite, como pretendem alguns, determinados abrandamentos e relativizações, permitindo-se que se valha de leis mais abertas e gerais, que sejam assim maleáveis à adaptação em um sem número de situações que se mostrem compatíveis com aquelas previsões. A bem da verdade, o poder geral de cautela administrativa é justamente aquele determinado por uma previsão legal de atipicidade dos provimentos cautelares, é dizer, é justamente a lei que confere esse poder geral de cautela no âmbito administrativo.

Essa configuração da atipicidade e de cláusulas abertas representa, em certa medida, a conhecida discricionariedade administrativa. Sobre a questão, fundamentais são as lições de Celso Antônio Bandeira de Mello, que assevera que se está diante da discricionariedade quando a disciplina legal que confere em proveito e a cargo do administrador determinada esfera de liberdade, perante a qual lhe cabe preencher com seu juízo subjetivo o campo de indeterminação normativa, de modo a satisfazer, no caso concreto, a finalidade legal.³²

A síntese conclusiva então é uma só: não há, em Estados Democráticos de Direito, como o Brasil, um poder geral de cautela administrativa desassociado do princípio da legalidade, sendo que a própria generalidade é conferida por lei.

Resta agora então compreender sob quais pilares teóricos pode-se defender a manutenção desse poder na esfera administrativa.

2.2 Fundamentos teóricos

A existência de um poder cautelar no âmbito da Administração Pública não possui um suporte teórico bem delimitado, sendo seu estudo zetético relegado a um segundo plano, havendo divergências sobre seus fundamentos e até mesmo – sendo infelizmente o que tem prevalecido – ausência de reflexão a seu respeito. Seu tratamento definitivamente não é uniforme no universo jurídico.

³² BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 978.

Por se tratar de uma situação havida na órbita da Administração Pública, por certo que a existência ou não de determinados poderes remete inicialmente ao princípio da legalidade – cujo aporte teórico já foi conferido no tópico anterior –, estando a atuação administrativa limitada pela autorização legal (com as devidas e adequadas leituras hermenêuticas).

No entanto, embora a lei constitua suporte imprescindível para a existência de poderes cautelares administrativos, não é ela – ou pelo menos não só ela – que configura a função axiológica daquelas medidas, devendo sua fundamentação teórica ser mais bem desenvolvida, como se passará a fazer a seguir – principalmente no que concerne às medidas cautelares adotadas em favor da Administração –, com especial atenção à realidade brasileira.

Somente deve-se ressaltar que as bases fundantes de um poder cautelar administrativo, que serão apresentadas adiante, não são excludentes. Pelo contrário. Mostram-se complementares entre si, formando um conjunto teórico robusto o suficiente para sustentar a existência daquele instituto jurídico e evidenciar seu mister.

Assim, adiante-se de antemão, dentro do panorama expositivo que se iniciará, que os poderes implícitos servirão como fundamentação instrumental para o atingimento eficiente de um provimento final eficaz pretendido pela Administração, que só terá razão de ser caso vise o alcance do interesse público primário.

2.2.1 A eficiência administrativa

O princípio da eficiência administrativa – semelhante ao conhecido princípio da boa administração da doutrina europeia,³³ embora não sejam sinônimos³⁴ – adquiriu ares constitucionais na ordem jurídica brasileira, pelo menos de forma textual expressa e formal no que diz respeito exclusivamente à Administração Pública,³⁵ por meio da emenda constitucional nº 19/98, fazendo parte atualmente

³³ Os termos utilizados nos sistemas alienígenas são diversos. De acordo com Paulo Modesto, “no plano do direito comparado, como se sabe, fala-se em exigência de boa administração (ou bom andamento da administração), em princípio da eficácia, em princípio da racionalização administrativa, em princípio da não burocratização e em economicidade” (Notas para um debate sobre o princípio da eficiência. *Revista do Serviço Público – RSP*, a. 51, n. 2, abr./jun. 2000, p. 107).

³⁴ “Deveras, a eficiência seria um elemento não da finalidade, mas do princípio da boa administração, mas ainda assim, não se confunde com essa noção. Eis que tal princípio demanda uma atuação da Administração que não seja só eficiente, mas também motivada, transparente, imparcial, etc. Configura-se, assim, como um sobreprincípio que abarca, portanto, não só a eficiência, mas também outros princípios igualmente positivados no *caput* do art. 37 da Constituição. Portanto, não se pode afirmar que a boa administração se resume ao idêntico conteúdo da eficiência” (CABRAL, Flávio Garcia; PIO, Nuno Roberto Coelho. Controle social como mecanismo de efetivação da eficiência administrativa. *Revista de Direito Público*, Porto Alegre, v. 14, n. 77, set./out. 2017, p. 225).

³⁵ Paulo Modesto questiona a assertiva da introdução do princípio da eficiência somente com a emenda constitucional nº 19/98: “Essa afirmação pode ser contestada sob diferentes perspectivas. Em primeiro lugar, admite uma desconfirmação formal, literal, no nível do texto constitucional, pois a própria redação

do rol dos princípios da Administração Pública constantes do artigo 37, *caput*, da Constituição, além de estar constando no elenco dos princípios aplicáveis ao procedimento administrativo federal, como se extrai do artigo 2º da Lei nº 9.784/99.

De acordo com o escólio de Odete Medauar, eficiência administrativa “liga-se à ideia de ação, para produzir resultado de modo rápido e preciso, com a menor onerosidade possível”.³⁶ O referido princípio também pode ser compreendido como o dever que o Estado possui de alcançar a solução ótima ao atendimento das finalidades públicas.³⁷

Muito embora constitua a eficiência princípio autônomo e dotado de suficiente normatividade, sua aplicação não pode se dar desassociada do princípio da legalidade – norma básica e fundante das relações de Direito Público –, já que jamais uma suposta busca pela eficiência administrativa validaria o abandono da legalidade (ainda que a análise de cada um ocorra de maneira diferenciada), que é o dever administrativo por excelência.³⁸

A eficiência como diretriz a ser seguida pelo Estado representa, ideologicamente e sob o prisma do plano pragmático, a incorporação da feição gerencial à gestão estatal, visando uma maior racionalização administrativa, atrelada à economia de recursos e uma otimização dos gastos realizados. Não basta mais atuar somente de acordo com a lei, mas deve-se agir, nos limites da legalidade, da melhor forma possível em termos de eficácia, economicidade e análise de custos e benefícios.

O conceito de eficiência administrativa, pelas próprias razões acima mencionadas, remete invariavelmente à noção de eficácia ou efetividade, constituindo essa, no entender de Alexandre de Moraes, uma das características daquela, sendo que “eficácia material da administração se traduz no adimplemento de suas competências ordinárias e na execução e cumprimento dos entes administrativos dos objetivos que lhes são próprios [...]”.³⁹

Ao lado de ideia de eficácia como constituinte da eficiência, há também o elemento da economicidade, isto é, a busca pela medida menos custosa. Nesse sentido, a atuação administrativa eficiente será, portanto, aquela que atinge otimamente a finalidade pública (aspecto da eficácia) com o melhor e mais racional

original da lei fundamental de 1988 contemplava de forma expressa a exigência de eficiência na administração pública em diferentes disposições. Em outro plano, menos superficial, no plano estruturante dos princípios constitucionais, a afirmação também merece reparos” (Notas para um debate sobre o princípio da eficiência. *Revista do Serviço Público – RSP*, a. 51, n. 2, abr./jun. 2000, p. 108).

³⁶ MEDAUAR, Odete. *A processualidade no direito administrativo*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 98.

³⁷ HARGER, Marcelo. *Princípios constitucionais do processo administrativo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 126.

³⁸ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 125.

³⁹ MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 334.

emprego dos meios e recursos disponíveis (aspecto da economicidade). É dizer, não se verificará isoladamente nem a economicidade (custo) e nem isoladamente o atingimento da finalidade, mas a melhor relação entre eles.⁴⁰

É justamente o mister da Administração Pública em atuar da forma mais eficiente possível – sendo tal premissa inclusive mandamento constitucional brasileiro –, buscando adotar atos que se mostrem eficazes,⁴¹ de maneira menos custosa, que justifica a adoção de medidas de cunho cautelar em seus procedimentos administrativos,⁴² afinal, há tempos não se pode mais conviver com tutelas meramente reparatórias, sendo preferível prevenir o dano – ou, se não for possível, minimizá-lo – a ter que repará-lo.

Não é outra a conclusão que alcançou Fernão Borba Franco ao analisar referidas medidas nos procedimentos administrativos, declarando que a tutela de urgência tem como razão justamente o risco de ineficácia do provimento final, seja porque se tornará inútil, seja porque a demora ocasionará o risco de danos de difícil ou impossível reparação.⁴³

Um processo administrativo que, ao final de todo seu trâmite, mostra-se ineficaz em razão da ausência da adoção das medidas reclamadas no momento correto, configura um exercício de futilidade, que gera gastos desnecessários para a Administração e frustra expectativas do próprio Estado e da coletividade que candidamente aguarda a melhor providência possível, não atingindo o fim a que se pretendia. Em epítome, o poder cautelar conferido à Administração na condução de seus procedimentos administrativos é medida imprescindível para o escoreito funcionamento da máquina estatal, que acaba eventualmente sofrendo os males do tempo.

2.2.2 Teoria dos poderes implícitos

No Brasil tem-se construído a argumentação jurídica de que o poder de cautela decorreria da aplicação da teoria norte-americana dos poderes implícitos, sendo tal entendimento expressado principalmente em relação à atuação dos Tribunais de Contas.

⁴⁰ CABRAL, Flávio Garcia; PIO, Nuno Roberto Coelho. Controle social como mecanismo de efetivação da eficiência administrativa. *Revista de Direito Público*, Porto Alegre, v. 14, n. 77, set./out. 2017, p. 226.

⁴¹ “La eficacia debe tener su concreción en toda la actividad prestacional y en la pronta tramitación y resolución de los procedimientos. La eficacia es, en definitiva, un criterio de legitimidad de la Administración” (MARINA JALVO, Belén. *El régimen disciplinario de los funcionarios públicos*. 3. ed. Valladolid: Lex Nova, 2006, p. 48).

⁴² Com igual visão se manifesta Romeu Felipe Bacellar Filho: “a eficiência é um dos critérios orientadores da sumarização do procedimento administrativo (e não do processo) com vistas à simplicidade e celeridade, de um lado, e à proteção das situações de emergência do outro” (*Processo administrativo disciplinar*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 223).

⁴³ FRANCO, Fernão Borba. *Processo administrativo*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 146.

A teoria dos poderes implícitos (*inherent powers*), de nítido viés liberal-burguês, remonta especialmente aos célebres casos judiciais *McCulloch vs. Maryland* (1819) e *Myers vs. Estados Unidos da América* (1926), julgados pela Suprema Corte Norte-Americana, ocasião em que o Justice Marshal, no primeiro dos casos, assentou:

Pode-se com assaz razão sustentar que um governo, ao qual se cometeram tão amplos poderes (como o dos Estados Unidos), para cuja execução a felicidade e a prosperidade da nação dependem de modo tão vital, deve dispor de largos meios para sua execução. Jamais poderá ser de seu interesse, nem tampouco se presume haja sido sua intenção, paralisar e dificultar-lhe a execução, negando para tanto os mais adequados meios.⁴⁴

Referida teoria foi abraçada quase que de forma automática pela doutrina brasileira – muito embora sem que tivesse havido maior reflexão a seu respeito⁴⁵ –, servindo de embasamento para diversos julgados proferidos pelo Supremo Tribunal Federal.⁴⁶

De forma ampla, pode-se então conceituar a teoria dos poderes implícitos como aquela que teorizou o axioma jurídico ou racional segundo o qual onde se pretende o fim se autorizam os meios, ou seja, sempre que houver outorga de um poder geral, está-se incluído – ainda que implicitamente – todo o poder particular necessário a efetivá-lo.⁴⁷

Deve-se aqui fazer um pequeno apontamento acerca da amplitude da teoria. Na forma como tem sido utilizada pela Suprema Corte Brasileira – e será mais bem visto a seguir –, remetendo ao caso *McCulloch vs. Maryland*, julgado pela Suprema Corte norte-americana, a teoria dos poderes implícitos diz respeito, de forma mais precisa, à atribuição de competência a órgãos e instituições, sendo, pelos termos utilizados nas decisões norte-americanas, mais correto, portanto, a invocação da tradução literal “poderes inerentes” (*inherent powers*).

Contudo, também se faz uso da teoria dos poderes implícitos – ora sendo tratada de forma monolítica, ora versada em termos separados – para tratar acerca das questões de repartição de competência nos estados federados, sendo utilizada para tais propósitos principalmente a terminologia *implied powers*.

⁴⁴ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 487.

⁴⁵ Como ocorre com certa frequência no Brasil, a importação automática de conceitos e doutrinas estrangeiras tornou-se prática costumeira, ainda mais no âmbito jurídico, o que, por vezes, desconfigura institutos consagrados, ou transfigura teorias que não se adequam a determinados contextos sociais. No caso da teoria dos poderes implícitos, o que se nota é que sua invocação se dá de maneira casuística pelos Tribunais brasileiros, sem o rigor de sua caracterização adequada, o que, caso fosse realizada devidamente, permitiria sua utilização para uma série de hipóteses que se subsumissem aos termos gerais da teoria.

⁴⁶ Vide, por exemplo, HC 89.837, Rel. Celso de Mello, 20.10.2009; HC 94.173, Rel. Celso de Mello, 27.10.2009; HC 107644, Rel. Ricardo Lewandowski, 06.09.2011.

⁴⁷ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 489.

Sobre os *implied powers*, W. F. Dodd sintetiza que “It is a well recognized principle of American constitutional law that the state legislature has all powers not forbidden to it by the national Constitution and by the constitution of the particular state”.⁴⁸

Portanto, vê-se que, embora a doutrina brasileira utilize frequentemente um só termo (poderes implícitos⁴⁹), há, pelo menos na forma que vem sendo majoritariamente utilizada,⁵⁰ uma pequena diferença entre os *implied powers* e os *inherent powers*, sendo os primeiros voltados essencialmente às competências federativas, implicando em dizer que na ausência de uma proibição ou limitação prevista na Constituição Federal, os entes federativos menores teriam implicitamente competências para legislar sobre questões diversas. Já os segundos estariam mais limitados às competências de órgãos ou instituições administrativas, significando que na atribuição de determinadas funções, seriam inerentes também que fossem conferidas, ainda que de maneira implícita, competências para o atingimento do fim previsto.

No entanto, como já mencionado, apesar das sutilezas de cada uma delas, certo é que em sua essência se aproximam – senão se identificam. De fato, ao tratar dos poderes implícitos concernentes às competências federativas, José Afonso da Silva traz basicamente a estrutura dos chamados *inherent powers*, mostrando que dar tratamento uniforme a ambas as questões não traz nenhum prejuízo ao entendimento final. Assim, a teoria dos poderes implícitos – seja no que se refere a competências legislativas seja em torno das competências administrativas dos órgãos – ocorre “quando se refere à prática de atos ou atividades razoavelmente considerados necessários ao exercício de poderes expressos, ou reservados”.⁵¹

Ultrapassada essa primeira questão terminológica, cumpre verificar como a teoria dos poderes implícitos tem sido tratada para fundamentar a existência de um poder de cautela no âmbito administrativo.

Como já advertido inicialmente, aludida teoria tem servido de base para justificar o poder de cautela em particular na esfera de atuação dos Tribunais de

⁴⁸ DODD, W. F. Implied Powers and Implied Limitations in Constitutional Law. *The Yale Law Journal*, v. 29, n. 2, dec. 1919, p. 137.

⁴⁹ A terminologia acaba sendo variante entre os autores brasileiros, podendo-se mencionar José Afonso da Silva que coloca como sinônimos poderes implícitos, poderes decorrentes, poderes inerentes ou ainda poderes resultantes (*Curso de direito constitucional positivo*. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 480).

⁵⁰ Ressalte-se que a própria doutrina norte-americana acaba por utilizar as terminologias de forma intercambiável, o que permite a conclusão que a invocação brasileira do nome “poderes implícitos” de forma ampla não constitui nenhum equívoco. Deveras, ao proceder a crítica acerca da questão dos poderes implícitos, o Justice Robert H. Jackson, em seu voto no julgamento do caso *Youngstown Sheet & Tube Co. v. Sawyer*, pontificou: “Loose and irresponsible use of adjectives colors all nonlegal and much legal discussion of presidential powers. ‘Inherent’ powers, ‘implied’ powers, ‘incidental’ powers, ‘plenary’ powers, ‘war’ powers and ‘emergency’ powers are used, often interchangeably and without fixed or ascertainable meanings”.

⁵¹ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 480.

Contas, sendo o marco dessa compreensão o acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do Mandado de Segurança nº 24.510.

Referida ação constitucional versava sobre o procedimento licitatório aberto pela Cia Docas do Estado de São Paulo – CODESP, na modalidade tomada de preços, para a contratação de serviços advocatícios em Brasília. Tendo havido impugnação administrativa de um dos licitantes na fase de habilitação, ante a ausência de resposta a seus reclamos, determinou o TCU, ao ser provocado, a imediata suspensão do certame até que fosse apreciado o mérito da referida impugnação. Destarte, contra a decisão cautelar da Corte de Contas, interpôs-se o *mandamus* em questão para apreciação pela Suprema Corte Federal.

No parecer emitido pelo Ministério Público Federal, cuja argumentação foi adotada no voto da Ministra Relatora Ellen Gracie – que se sagrou vencedor⁵², adiante-se –, embora não versando expressamente sobre a teoria dos poderes implícitos, nota-se que sua fundamentação remete ao conteúdo daquela teoria, como se extrai do seguinte excerto:

Por outro lado, se as Cortes de Contas têm legitimidade para determinar que os órgãos ou entidades da Administração interessada adotem as medidas necessárias ao exato cumprimento da lei, com maior propriedade, possuem legitimidade para expedição de medidas cautelares, como a ora impugnada, a fim de prevenir a ocorrência de lesão ao erário ou a direito alheio, bem como garantir a efetividade de suas decisões.

Além disso, seguindo a mesma linha argumentativa, mas adentrando de forma expressa na temática dos poderes implícitos, o voto do Ministro Celso de Mello – que inclusive é o voto referencial deste julgado, sobrepondo-se inclusive às palavras da relatora e dos demais Ministros – apresenta as seguintes lições:

Isso significa que a atribuição de poderes explícitos ao Tribunal de Contas, tais como enunciados no art. 71 da Lei Fundamental da República, supõe que se lhe reconheça, ainda que por implicitude, a titularidade de meios destinados a viabilizar a adoção de medidas cautelares vocacionadas a conferir real efetividade às suas deliberações finais, permitindo, assim, que se neutralizem situações de lesividade, atual ou iminente, ao erário público. Impende considerar, no ponto, em ordem a legitimar esse entendimento, a formulação que se fez em torno dos poderes implícitos, cuja doutrina, construída

⁵² Somente um dos Ministros votou de maneira dissidente, estando-se referindo ao Ministro Carlos Ayres Britto, que entendeu que as competências do TCU previstas na Constituição seriam *numerus clausus*, não estando a medida cautelar tratada na lide sob apreciação ali incluída.

pela Suprema Corte dos Estados Unidos da América, no célebre caso McCULLOCH v. MARYLAND (1819), enfatiza que a outorga de competência expressa a determinado órgão estatal importa em deferimento implícitos, a esse mesmo órgão, dos meios necessários à integral realização dos fins que lhe foram atribuídos.

Sem esgotar o debate travado na decisão sob análise, mencione-se ainda a síntese trazida à baila pelo Ministro Sepúlveda Pertence, à época Presidente da Corte Suprema, na qual se afirmou que “nenhum poder decisório constitucional é dado tornar-se ineficaz: e, por isso, tenho como implícito, na norma que outorga o poder de decidir, o poder cautelar necessário a garantir a eficácia da eventual decisão futura”.

Percebe-se deste último trecho transcrito a conexão umbilical existente entre os poderes implícitos e a necessidade da garantia da eficácia das decisões, mostrando que ambas as fundamentações, como já salientado preambularmente, são complementares, mostrando-se a primeira (poderes implícitos) instrumental à segunda (eficácia das decisões).

Assim sendo, conclui-se que a teoria dos poderes implícitos tem servido no Brasil como suporte à concessão de um poder cautelar aos Tribunais de Contas, sendo certo que, extrapolando tal entendimento conferido pelo Supremo Tribunal Federal, é possível asseverar que o poder de cautela encontra-se assegurado de forma ampla aos demais órgãos administrativos,⁵³ que no cumprimento de suas competências expressas possuem, em regra, a atribuição de uma competência preventiva implícita, afinal, seria descabido pressupor que para exercer as atribuições conferidas legislativamente careceriam os órgãos dos meios necessários para efetivá-las.

Deve-se, por outro lado, advertir, em coerência com o que já foi abordado alhures, que os meios implicitamente decorrentes das atribuições explicitamente fixadas devem passar por uma análise nos campos da razoabilidade e proporcionalidade.⁵⁴ Logo, não se deve invocar a teoria dos poderes implícitos como um “cheque em branco”,⁵⁵

⁵³ A possibilidade de extrapolamento da teoria dos poderes implícitos a fim de justificar a existência de um poder de cautela no âmbito de determinadas instituições tem sido sentida por diversos autores, em especial na doutrina estrangeira, quando tratam da figura dos tribunais internacionais, que não exercem jurisdição propriamente dita. É o que se pode extrair de forma ilustrativa das palavras de Castelos, ao analisar as medidas provisionais emitidas pelo Tribunal Internacional de Justiça: “Tanto los poderes inherentes como los implícitos guardan una estrecha relación con la competencia o con la fuente de capacidad de que la Corte precisa para adoptar las medidas cautelares, aunque poseen una relación sólo indirecta con el carácter, vinculante o no, de las mismas” (*El tribunal internacional de justicia y la protección cautelar de los derechos de los Estados*. Madrid: Dykinson, 2002, p. 62).

⁵⁴ LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 569.

⁵⁵ Nota-se atualmente que a própria doutrina norte-americana tem questionado a invocação dos poderes inerentes conferidos ao Presidente da República, especialmente a forma como tem servido de sustentáculo à adoção de medidas restritivas à liberdade, principalmente no período pós 11 de setembro, pela antiga administração Bush. É o que sustenta, por exemplo, Fisher: “[e]n tiempos de emergencia, los oficiales

hábil a permitir o exercício de qualquer competência,⁵⁶ mas sim observar, dentro de parâmetros razoáveis e proporcionais, em plena consonância com o texto constitucional – em realidade com uma hermenêutica constitucional –, se a medida pretendida corresponde à finalidade institucional do órgão que a pretende e possui respaldo na competência expressa a ele atribuída, sem que haja violação às demais regras e princípios jurídicos.

2.2.3 Tutela do interesse público

Os estudos jurídicos referentes à esfera de atuação da Administração Pública – a bem da verdade, de toda a disciplina do Direito Público – não de desembocar invariavelmente na tutela do interesse público.

A relevância do interesse público nas relações regidas pelo Direito Público é tamanha que hoje constitui um verdadeiro dogma⁵⁷ na disciplina administrativista que “as normas de direito público, embora protejam reflexamente o interesse individual, têm o objetivo primordial de atender ao interesse público, ao bem-estar coletivo”.⁵⁸

Embora a obrigatoriedade da defesa do interesse público pela Administração seja premissa que tem se evidenciado incontestemente, lograr encontrar uma definição jurídica para este termo plurissignificativo, que constitui um conceito jurídico indeterminado, já não se mostra tarefa das mais simples.

gubernamentales empujan las fronteras para hacer lo que creen que es necesario. En lugar de perseguir una estrategia legislativa y trabajar conjuntamente con el Congreso, la Administración Bush decidió actuar unilateralmente e invocar un poder presidencial inherente, que es un campo del derecho constitucional repleto con dudas, ambigüedades e invitaciones abiertas para el abuso. El ejercicio de poderes inherentes siempre viene a expensas de los frenos y contrapesos, la separación de poderes y las salvaguardias estructurales que los redactores adoptaron para asegurar que una concentración de poder no ponga en peligro las libertades individuales” (*apud* CAMINO, Iván Obando. *The Constitution and 9/11: Recurring Threats to America’s Freedoms. Ius et Praxis*, a. 16, n. 2, 2010, p. 509).

⁵⁶ Acerca da tentativa de desvelar as verdadeiras competências implícitas, destaca José Adércio Leite Sampaio: “A doutrina, dentro e fora dos Estados Unidos, passou, desde então, a catalogar uma série de princípios ou métodos de revelação de competências federais implícitas, destacadamente o princípio da pressuposição ou da conexão material e o método das consequências (*Verfahren des Konsequens*), segundo seus diversos desdobramentos: a interpretação extensiva e a aplicação analógica, a aplicação do argumento *a maiori ad minus* e o princípio teleológico e da adequação” (*A constituição reinventada pela jurisdição constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 601).

⁵⁷ Arnaldo de Sampaio de Moraes Godoy esclarece que “o dogma da supremacia do interesse público foi construído pelo direito brasileiro com base em percepção vigorosa de Estado, detentor de vontade, que é concebida como uma vontade geral. Esta última idéia remonta a Rousseau, para quem a vontade geral seria invariavelmente reta e tenderia sempre à utilidade pública; embora, bem entendido, e como apontado pelo filósofo de Genebra, não se poderia deduzir que as deliberações do povo sempre guardassem a mesma retidão. A vontade geral e o conseqüente interesse público lá identificado seriam os fundamentos da lei justa e eficaz. Há traços muito nítidos de percepções jusnaturalistas” (*Construção e desconstrução doutrinária do conceito de interesse público no direito brasileiro. Revista da AGU*, Brasília, n. 28, abr./jun. 2011, p. 7-8).

⁵⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 83.

Iniciando por uma perspectiva negativista, Marçal Justen Filho discorre primeiramente sobre o que não é interesse público – pelo menos o que não deveria ser almejado pela Administração –, ponderando que “não é cabível confundir interesse público com interesse estatal, o que geraria um raciocínio circular: o interesse é público porque é atribuído ao Estado, e é atribuído ao Estado porque é público”. Do mesmo modo, “interesse público não consiste no ‘interesse do aparato estatal’”, nem com “interesses privados e egoísticos do agente público”.⁵⁹

Quanto à segunda conceituação excludente do interesse público acima citada, nota-se que a doutrina brasileira tem invocado ultimamente lições que já beiram o senso comum nos estudos jurídicos italianos,⁶⁰ qual seja, a distinção entre interesse público primário e secundário, sendo o primeiro representante do interesse da coletividade como um todo, enquanto o segundo remete ao interesse do Estado como sujeito de direito, atuante na qualidade de pessoa jurídica.⁶¹ Por certo que a definição ora buscada (interesse público secundário) somente se mostrará aceitável se for compatível com a primeira espécie (interesse público primário).

Conceito que parece se adequar aos princípios republicanos norteadores da maior parte dos Estados constitucionais modernos, que prima por um Estado social, mas sem se esquecer dos valores e projetos individuais, é o apresentado por Celso Antônio Bandeira de Mello, que se tornou consagrado na doutrina brasileira. São essas as palavras do autor: “O interesse público deve ser conceituado como o interesse resultante do conjunto dos interesses que os indivíduos pessoalmente têm quando considerados em sua qualidade de membros da Sociedade e pelo simples fato de o serem”.⁶²

Deveras, o interesse público não representa só o interesse da massa, mas sim os interesses individuais coincidentes. Afinal, o interesse público ou bem comum não seria somente o interesse de um conjunto de habitantes tomados como grupo, tampouco um bem-estar geral, impreciso ou onipresente. Seria, em verdade, a soma de uma maioria de concretos interesses individuais coincidentes, atuais e/ou futuros, o que permite concluir que é falsa a ideia de que haveria um contraposição entre interesses públicos e direitos individuais.⁶³

Assim sendo, percebe-se que a compreensão de ambas as passagens *supra* apresentadas indica que quando se tutela o interesse público, também se está a

⁵⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 8. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 119-120.

⁶⁰ ALESSI, R. *Sistema istituzionale del diritto amministrativo italiano*. 3. ed. Milán: Giuffrè, 1960, p. 197.

⁶¹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 73.

⁶² BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 62.

⁶³ GORDILLO, Agustín. *Tratado de derecho administrativo* – Tomo II. Buenos Aires: F.D.A., 2005, p. 182.

proteger os interesses individuais, não sendo ambos os conceitos desassociados ou divergentes.

A esse respeito, Daniel Wunder Hachem esclarece que interesse público, em um sentido estrito, diz respeito ao interesse da coletividade em si mesma considerada (interesse geral), que pode, no caso concreto, prevalecer sobre interesses específicos dos administrados (individuais e coletivos) os quais são igualmente protegidos pelo ordenamento jurídico, nos termos definidos pelo Direito positivo.⁶⁴

Visto em amplos termos em que consiste o interesse público buscado pela Administração, outra não é a conclusão senão a de que a potestade conferida aos órgãos administrativos de adotarem medidas cautelares no curso de seus procedimentos administrativos não constitui um fim em si mesmo; buscam aquelas entidades, em realidade, acautelar o próprio interesse público,⁶⁵ que é o fim primeiro e último a ser alcançado, sob pena de haver algum ato praticado com desvio de finalidade e, portanto, eivado de nulidade insanável.

É nesse viés, inclusive, que Carlos Alberto Urdaneta Sandoval tem definido as medidas cautelares administrativas, proclamando que são disposições, produto do exercício de um poder da Administração, que possuem natureza instrumental, provisional e excepcional, e são efetuadas no bojo dos processos administrativo com o fim de tutelar em sede cautelar o interesse público.⁶⁶

Soma-se ainda a conclusão de Shirlei Silmara de Freitas Mello, que, de sorte coincidente ao já exposto, robustecendo em definitivo o aporte jurídico conferido às medidas cautelares administrativas pela busca da tutela do interesse público, dispõe que “a tutela cautelar existe em razão do interesse público na defesa do instrumento criado pelo Estado para o exercício de suas funções – processo”.⁶⁷

Em remate, tenha-se em conta que afirmar que a tutela cautelar administrativa é validada pela busca da preservação do interesse público – que, no final das contas, representa o fim que deve sempre ser ansiado pela Administração –, não exclui as finalidades específicas existentes em cada processo administrativo particularizado, nos quais as medidas cautelares procuram assegurar sua efetividade final. Contudo, carecerá de juridicidade a finalidade específica prevista que se mostre desconexa da finalidade corresponde ao interesse público, que, insista-se, é o ápice jurídico pretendido pelo Estado.

⁶⁴ HACHEM, Daniel Wunder. A dupla noção jurídica de interesse público em direito administrativo. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, a. 11, n. 44, abr./jun. 2011, p. 104.

⁶⁵ “Es más, se afirma que es la necesidad de proteger el interés público lo que justifica cabalmente la posibilidad de acordar estas medidas [cautelares]” (MARINA JALVO, Belén. *Medidas provisionales en la actividad administrativa*. Valladolid: Lex Nova, 2007, p. 23).

⁶⁶ SANDOVAL, Carlos Alberto Urdaneta. Introducción al análisis sistemático de las medidas cautelares atípicas del Código de Procedimiento Civil Venezolano. *Revista de la Facultad de Derecho*, Caracas, n. 59, 2004, p. 154.

⁶⁷ MELLO, Shirlei Silmara de Freitas. *Tutela cautelar no processo administrativo*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003, p. 462.

3 Considerações finais

Os breves apontamentos apresentados até então tiveram por escopo apresentar uma figura essencial para uma atuação ótima da Administração Pública, mas que ainda é pouco trabalhada na doutrina brasileira, ou seja, o poder cautelar no âmbito administrativo.

Destarte, pode-se sintetizar as lições apresentadas ao longo do texto, de maneira didática, por meio dos seguintes itens:

1 – Ainda que com fundamentos teóricos diversos do poder geral de cautela processual, tem-se que é possível a verificação de um poder cautelar administrativo, especialmente na sistemática jurídica brasileira;

2 – Mesmo não havendo convergência sobre quais seriam os fundamentos teóricos do poder de cautela administrativa, pode-se elencar, ao menos, a tutela do interesse público, o princípio da eficiência e a teoria dos poderes implícitos;

3 – A tutela do interesse público é decorrência lógica da própria estrutura estatal, sendo certo que o interesse público primário é aquele que deve ser almejado no exercício da função administrativa, sendo inafastável pelos administradores, destacando-se que tal interesse deve ser aferido no caso concreto, não cabendo haver uma valoração exclusivamente apriorística dele;

4 – O poder de cautela administrativa somente tem razão de ser em prol do atendimento do interesse público, sendo o fim máximo a ser alcançado no desempenho da função administrativa;

5 – O princípio da eficiência, expresso para a Administração Pública brasileira no artigo 37, *caput*, da Constituição Federal, visa, em amplos termos, conjugar os custos com os benefícios, buscando, dentre outros objetivos, compatibilizar os objetivos estatais com o tempo necessário para desenvolver suas ações;

6 – Assim, as medidas cautelares administrativas se propõem a tornar os processos administrativos eficientes, evitando que, devido a uma delonga processual, ao final o bem jurídico tutelado se mostre destruído ou inútil;

7 – De origem norte-americana, a teoria dos poderes implícitos, representando o deferimento dos meios a quem deve atingir os fins previstos nas normas de competência, tem sido comumente invocada na jurisprudência brasileira para sustentar o poder geral de cautela, especialmente nos casos de atuação do Tribunal de Contas da União, sendo uma verdadeira base instrumental daquele poder geral cautelar de âmbito administrativo;

8 – O poder geral de cautela, pela sua própria feição, depende do respeito ao princípio da legalidade, em especial em Estados Democráticos de Direito, e mais ainda por se tratar do desempenho de uma função administrativa, que representa a execução da lei de ofício. Contudo, aquele princípio não pode mais ser encarado exclusivamente como lei em sentido formal somente, devendo haver uma ampliação para a inclusão dos princípios, que possuem plena força normativa, bem como

para determinadas competências implícitas (mas que sempre decorrem da lei), em uma concepção mais ampla de juridicidade;

9 – No Brasil, o poder geral de cautela administrativa na esfera federal é previsto no artigo 45 da Lei nº 9.487/99, que regula o processo administrativo, existindo, porém, diversas outras leis que preveem medidas cautelares específicas para determinados tipos de processos administrativos, a exemplo do que ocorre com os processos disciplinares dos servidores públicos e os processos perante o Tribunal de Contas da União.

Referências

- ALESSI, R. *Sistema istituzionale del diritto amministrativo italiano*. 3. ed. Milán: Giuffré, 1960.
- BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Processo administrativo disciplinar*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.
- BARCELONA LLOP, Javier. *Ejecutividad, ejecutoriedad y ejecución forzosa de los actos administrativos*. Santander: Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cantabria, 1995.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.
- CABRAL, Flávio Garcia; PIO, Nuno Roberto Coelho. Controle social como mecanismo de efetivação da eficiência administrativa. *Revista de Direito Público*, Porto Alegre, v. 14, n. 77, p. 214-239, set./out. 2017.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil – Volume III*. 16. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- CAMINO, Iván Obando. The Constitution and 9/11: Recurring Threats to America's Freedoms. *Ius et Praxis*, a. 16, n. 2, p. 499-512, 2010.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Processo administrativo federal: comentário à Lei nº 9.784 de 29/1/1999*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- CASTELOS, Montserrat Abad. *El tribunal internacional de justicia y la protección cautelar de los derechos de los Estados*. Madrid: Dykinson, 2002.
- COLAPINTO, Filippo. La tutela cautelare nel processo amministrativo. *A&C Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, a. 9, n. 37, jul./set. 2009. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdicntd=62555>>. Acesso em: 6 jun. 2017.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006.
- DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação de tutela*. 6. ed. Salvador: JusPodivm, 2011.
- DODD, W. F. Implied Powers and Implied Limitations in Constitutional Law. *The Yale Law Journal*, v. 29, n. 2, p. 137-162, dec. 1919.
- FRANCO, Fernão Borba. *Processo administrativo*. São Paulo: Atlas, 2008.

- FREIRE, Lucas Alves. Os contornos jurídicos das medidas cautelares previstas no artigo 9º da Lei nº 9.447, de 14 de março de 1997. *Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central*, v. 1, n. 1, p. 88-118, dez. 2007.
- FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de direito administrativo*. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013.
- GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. Construção e desconstrução doutrinária do conceito de interesse público no direito brasileiro. *Revista da AGU*, Brasília, n. 28, p. 7-28, abr./jun. 2011.
- GORDILLO, Agustín. *Tratado de derecho administrativo* – Tomo II. Buenos Aires: F.D.A., 2005.
- HACHEM, Daniel Wunder. A dupla noção jurídica de interesse público em direito administrativo. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, a. 11, n. 44, p. 59-110, abr./jun. 2011.
- HARGER, Marcelo. *Princípios constitucionais do processo administrativo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- HERNÁNDEZ-MENDIBLE, Víctor Rafael. La ejecución de los actos administrativos. *Revista de la facultad de derecho PUCP*, n. 67, p. 359-380, 2011.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 8. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.
- LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- LÓPEZ OLVERA, Miguel Alejandro. La tutela cautelar en el proceso administrativo en México. *A&C Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 7, n. 30, out./dez. 2007. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdicntd=49822>>. Acesso em: 26 ago. 2017.
- LUMETTI, Maria Vittoria. *Processo amministrativo e tutela cautelare*. Padova: CEDAM, 2012.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de direito processual civil – Volume IV – Processo cautelar*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- MEDAUAR, Odete. *A processualidade no direito administrativo*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- MELLO, Shirlei Silmara de Freitas. *Tutela cautelar no processo administrativo*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.
- MERKEL, Adolf. *Teoría general del derecho administrativo*. Tradução de José Luis Monereo Pérez. Granada: Comares, 2004.
- MODESTO, Paulo. Notas para um debate sobre o princípio da eficiência. *Revista do Serviço Público – RSP*, a. 51, n. 2, p. 105-119, abr.-jun. 2000.
- MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2009.
- ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Princípios constitucionais da administração pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.
- SAMPAIO, José Adércio Leite. *A constituição reinventada pela jurisdição constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.
- SANDOVAL, Carlos Alberto Urdaneta. Introducción al análisis sistemático de las medidas cautelares atípicas del Código de Procedimiento Civil Venezolano. *Revista de la Facultad de Derecho*, Caracas, n. 59, p. 49-236, 2004.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

TARDÍO PATO, José Antônio. Las medidas provisionales en el procedimiento administrativo. *Revista jurídica de Navarra*, n. 38, p. 113-130, jul./dic. 2004.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil – Volume II*. 45. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

VITTA, Heraldo Garcia. Apontamentos da “coação administrativa”. As medidas acautelarias do poder público. *Revista TRF 3ª Região*, n. 108, p. 4-17, jul./ago. 2011.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

CABRAL, Flávio Garcia. Os pilares do poder cautelar administrativo. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 18, n. 73, p. 115-139, jul./set. 2018.
