Revista Eletrônica de Direito do Estado

Número 7 – julho/agosto/setembro de 2006 – Salvador – Bahia – Brasil

DESVIO DE PODER NA ANULAÇÃO DE ATO ADMINISTRATIVO

Prof. Adilson Abreu Dallari
Professor Titular de Direito Administrativo da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

1. A QUESTÃO EM EXAME

O tema do presente estudo é o cabimento da via mandamental para a correção do desvio de poder na anulação de ato administrativo ou de contrato administrativo, quando possível deduzir dos fatos comprovados de plano a irregularidade do comportamento administrativo.

Existem situações nas quais o desvio de poder somente pode ser comprovado por meio de ampla produção de provas, inclusive pericial. Em tais casos, não há que se falar em mandado de segurança. Em outros casos, porém, e não são poucos, o desvio de poder pode ser demonstrado por meio de inferências retiradas da documentação apresentada com a inicial.

O problema está em que não há como "provar" diretamente o desvio de poder, que se caracteriza, exatamente pelo disfarce, pelo embuste. Quando for possível comprovar diretamente a má conduta, não há desvio de poder, mas, sim, pura e simples arbitrariedade.

O que motivou o estudo dessa questão é a freqüência com a qual atos de outorga são indevidamente anulados pela Administração, mas tal anulação acaba sendo mantida pelo Poder Judiciário, que não se convence ou não quer se convencer da ocorrência de desvio de poder.

Muitas vezes, um contrato que está sendo regularmente executado, por um pretexto qualquer, é anulado. Outras vezes, uma licença qualquer (por exemplo, para edificar ou lotear), não obstante a regularidade do processo de outorga é sumariamente anulada. O mais comum é a anulação do procedimento licitatório, quando o vencedor não é do agrado da Administração, quando ao vencedor é exigida uma “contribuição” indevida, ou, ainda, quando o objetivo é gerar uma situação artificial de emergência, ensejando uma contratação direta, sem licitação.

A imensa dificuldade na correção do desvio de poder pela via mandamental está na desmedida aplicação, pelo Poder Judiciário, do princípio da presunção de legitimidade dos atos administrativos. Existe um desconhecimento, lastimavelmente quase generalizado, de que essa presunção é precaríssima. Ela vale apenas para dizer que a Administração não precisa, normalmente, que um terceiro ateste a legitimidade de seus atos. Mas essa presunção vigora apenas e tão somente enquanto a validade do ato não for contestada. Havendo contestação, cabe à Administração demonstrar que agiu corretamente.

É absolutamente manso e pacífico o entendimento no sentido de que a Administração Pública, no exercício da auto-tutela, pode anular atos administrativos por ela mesma praticados. Isso é incontestável. Tal prerrogativa já está consolidada pela Súmula 473 do Supremo Tribunal Federal: “A administração pode anular seus próprios atos quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial”.

Não se contesta a existência desse poder, mas sim, o mau uso dele; o desvio de poder no exercício dessa prerrogativa. Muitas vezes, para prejudicar ou favorecer alguém, a Administração simplesmente alega ter mudado de entendimento: concedeu uma licença ou realizou um procedimento licitatório, mas, depois, anula o ato ou o processo, sob a justificativa de que decidiu alterar seu entendimento a respeito de algum detalhe formal.

A falta de fundamento para tal anulação é destacada por HELY LOPES MEIRELLES ao dizer que "*a mudança de interpretação da norma ou orientação administrativa não autoriza a anulação de atos anteriores praticados, pois tal circunstância não caracteriza ilegalidade, mas simples alterações de critérios da Administração, incapaz de invalidar situações jurídicas regularmente constituídas*" (Direito Administrativo Brasileiro, 25ª ed. p. 192)

Não é sem razão que o art. 2º, XIII, da Lei nº 9.784/99 (Lei geral de processo administrativo no âmbito da administração federal) veda a aplicação retroativa de nova interpretação.

Obviamente, a Administração pode mudar de opinião. Não pode, porém, fazê-lo retroativamente, para desconstituir situações jurídicas regularmente constituídas. Muito especialmente na ausência de fato superveniente relevante.

2. LIMITES AO PODER DE ANULAR

Não se nega que a Administração pode anular seus atos, desde que o faça fundamentadamente. Entretanto, não basta invocar motivos, pois qualquer ato anulatório pode ser justificado. O problema está na consistência, na pertinência, na correlação lógica entre os motivos alegados e o ato praticado.

Por pura preguiça ou desconhecimento da matéria, existem juizes que se dão por satisfeitos ao verificar que a Administração apresentou uma justificativa para a anulação. Outros, entendem que a verificação da consistência da justificativa apresentada demanda uma dilação probatória. Poucos se dão ao trabalho de retirar do contexto fático comprovado de plano as possíveis inferências.

Por exemplo, o juiz tem o dever de desconfiar de uma licitação anulada após conhecido o vencedor. Não é possível aceitar como normal um ato anulatório praticado mediante avocação não justificada. Anular licitação ou contrato, para, em seguida, celebrar um contrato emergencial, é algo que merece exame bem aprofundado. Em todos esses casos é essencial examinar se a desconstituição está devidamente justificada pela real necessidade de salvaguardar interesse público objetivamente demonstrável.

A doutrina e a jurisprudência não aceitam a ANULAÇÃO desvinculada da necessidade de satisfação do interesse público. **Ninguém mais sustenta que qualquer vício jurídico determina o inexorável dever de anular o ato administrativo**, sem qualquer outra consideração. A validade de um ato jurídico é de natureza referencial; depende das circunstâncias e conseqüências. Desde longa data afirmam os franceses: "pas de nullité sans grief" (não há nulidade se não houver dano).

A doutrina nacional no mesmo sentido é copiosa, conforme se passa a demostrar, a começar pelo magistério de SEABRA FAGUNDES, do alto de sua reconhecida autoridade jurídica e moral:

> *“A infringência legal no ato administrativo, se considerada abstratamente, aparecerá sempre como prejudicial ao interesse público. Mas, por outro lado, vista em face de algum caso concreto, pode acontecer que a situação resultante do ato, embora nascida irregularmente, torne-se útil àquele mesmo interesse.”*
>
> *SEABRA FAGUNDES (“O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário”, 6ª ed, Editora Saraiva, 1994, pág. 39 e 40)*

Obviamente, nem sempre um ato viciado pode ser mantido. A regra é no sentido de que não o seja. Mas, diante de certas circunstâncias, atendidas determinadas condições, que são expostas por MARCIA WALQUIRIA BATISTA DOS SANTOS (“Revogação e anulação no procedimento licitatório”, in “Estudos sobre a Lei de Licitações e Contratos”, Forense Universitária, São Paulo, 1995,

p. 139), não há razão para, inexoravelmente, automaticamente, desconstituir o ato praticado:

> *"Convém observar, por fim, que os conceitos de atos nulos e anuláveis extraídos do direito civil não se aplicam, na íntegra, ao direito administrativo. Em razão de tal circunstância, um ato mesmo ilegal, poderá ser mantido se: a) a sua anulação for mais prejudicial ao interesse público que sua manutenção (ou convalidação); e b) não decorrer de dolo, nem causar prejuízo ao erário ou a terceiros".*

Na verdade, a decisão de anular ou manter o ato maculado por vício formal vai depender do exame aprofundado de cada caso concreto, mas, sempre, em função da melhor forma de satisfazer o interesse público:

> *"Embora o poder e dever de anular permaneçam plenos para qualquer ato eivado de ilegalidade, é possível que em determinadas circunstâncias e ante a pequena gravidade do vício, a autoridade administrativa deixe de exercê-lo, em benefício do interesse público, para que as conseqüências do desfazimento em si e sua repercussão não acarretem maior prejuízo que a subsistência do ato; em tais casos, a autoridade deverá sopesar as circunstâncias e as repercussões, até mesmo sociais, do desfazimento, no caso concreto, para decidir se o efetua ou se mantém o ato".*
>
> *(ODETE MEDAUAR, "Direito Administrativo Moderno", RT, São Paulo, 1996, pág. 180)*

Até mesmo CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO ("Curso de Direito Administrativo", 13ª ed., 2001, Malheiros Editores, p. 419), cuja reverência ao princípio da legalidade é deveras conhecida, não hesita em afirmar que, em certas circunstâncias, é a manutenção do ato viciado que serve para dar aplicação concreta a esse princípio:

> *"Não brigam com o princípio da legalidade, antes atendem-lhe ao espírito, as soluções que se inspirem na tranqüilização das relações que não comprometem insuprivelmente o interesse público, conquanto tenham sido produzidas de maneira inválida. É que a convalidação é uma forma de recomposição da legalidade ferida.*
>
> *Portanto, não é repugnante ao direito administrativo a hipótese de convalescimento dos atos inválidos".*

Uma das primeiras e mais vigorosas manifestações nesse sentido, e que já se tornou clássica, também pela reconhecida autoridade de seu eminente autor, que soube magistralmente proceder a um contemperamento de princípios jurídicos, extraindo daí um dever de não anular,é a seguinte:

> *"É importante que se deixe bem claro, entretanto, que o dever (e não o poder) de anular os atos administrativos inválidos só existem quando no confronto entre o princípio da legalidade e o da segurança jurídica o*

interesse público recomende que aquele seja aplicado e este não. Todavia, se a hipótese inversa verificar-se, isto é, se o interesse público maior for de que o princípio aplicável é o da segurança jurídica e não o da legalidade da Administração Pública, então a autoridade competente terá o dever (e não o poder) de não anular, porque se deu a sanatória do inválido".

(ALMIRO DO COUTO E SILVA, "Princípios da legalidade da Administração Pública e da segurança jurídica no estado de direito contemporâneo", RDP 84, outubro-dezembro de 1987, p. 61)

PAULO NEVES DE CARVALHO, ("Os atos administrativos em espécie: conteúdo, forma, revogação e anulação", Boletim de Direito Administrativo, nº 10 p. 651) de maneira direta e objetiva, salienta que o norte, para a tomada de decisão, há de ser sempre o interesse público:

"Uma das idéias mais importantes é a de que na avaliação dos fatores da nulidade, na avaliação do ato administrativo, há que sopesar, confrontar, sempre, a situação posta por intermédio do ato que se diz viciado com a presença do interesse público, isto é, não se invalida apenas em nome de uma desconformidade do ato administrativo com a regra legal, mas ele vai se desfazer ou não em razão da presença do interesse público."

Outro reconhecido mestre do Direito Administrativo, enfocando especificamente o procedimento licitatório, área na qual os administradores inescrupulosos contam a seu favor com a demora das soluções judiciais, destaca a questão da irrelevância do vício cometido:

"Pergunta - O que é necessário para que haja nulidade do processo?

Resposta - Segundo decidiu o STJ, a nulidade de um processo deve-se "... à conjunção de dois requisitos: a irregularidade e a lesão ao Estado. Irregularidades formais -- meros pecados veniais – que não comprometem o equilíbrio entre os licitantes nem causam prejuízo ao estado não conduzem à declaração de nulidade." (MS 1.113, STJ, DJ de 18/05/92, p. 6.957)".

(CARLOS PINTO COELHO MOTTA, "Eficácia nas licitações e contratos", Editora Del Rey, BH, 6ª ed., 1997, p. 254).

Até mesmo o Supremo Tribunal Federal, desde longa data, já entendeu que não se deve anular o ato, quando o vício deveras existe for irrelevante para o interesse público:

"Irregularidades formais, sanadas por outro meio, ou irrelevantes por sua natureza, não anulam o ato quer já criou direito subjetivo para terceiro".

RMS nº 9.545-SC, STF, Rel. Min. PRADO KELLY, RDP 10/159.

A orientação firmada pela doutrina e pela jurisprudência foi captada pelo legislador. A Lei nº 9.784/99 (Lei geral de processo administrativo), em seu art. 55, diz que devem ser convalidados os atos que apresentem defeitos sanáveis e "não acarretarem lesão ao interesse público nem prejuízo a terceiros".

Em resumo, diante de um ato administrativo anulatório, fundamentado em vício meramente formal, sem lesão a legítimos interesses de terceiros, praticado sem correspondência com a satisfação do interesse público, emerge para o julgador o dever de declarar a nulidade do ato administrativo anulatório, restaurando a situação jurídica anterior. Isso pode e deve ser feito no âmbito do mandado de segurança, pois, na maioria dos casos, o direito da parte não sobrevive às delongas do procedimento ordinário.

3. DESVIO DE PODER

Desvio de poder é uma ilegalidade disfarçada; é uma ilicitude com aparência de legalidade. Ao vício propriamente jurídico agrega-se o vício ético; o embuste, a intenção de enganar. Pelo desvio de poder violam-se, simultaneamente, os princípios da legalidade e da moralidade administrativa.

Em razão dessa intenção do agente, diversa da finalidade com a qual se anuncia que o ato foi praticado, a doutrina costuma designar o desvio de poder também como desvio de finalidade. Usando essa nomenclatura, DIÓGENES GASPARINI ("Direito Administrativo", 2ª ed. 1992, Editora Saraiva, p. 59), assim expõe o que é o desvio de poder:

> *"De fato, ocorre desvio de finalidade quando o agente exerce sua competência para alcançar fim diverso do interesse público. Vale dizer: o agente público que somente pode praticar ato ou agir voltado para o interesse público acaba por praticar ato ou atuar para satisfazer a um interesse privado. É o que ocorre quando o agente público desapropria para vingar-se de seu desafeto político que é o proprietário do bem expropriado, ou quando determina a construção de uma escola para valorizar o plano de loteamento de seu correligionário. Nessas hipóteses costuma-se dizer que o desvio de finalidade é genérico: o interesse passa de público para particular.*
>
> *Ainda há desvio de finalidade quando a autoridade administrativa vale-se de um dado instrumental jurídico destinado por lei a alcançar um certo fim para obter outro, ainda que de interesse público".*
>
> *Com sua insuperável clareza, o saudoso HELY LOPES MEIRELLES ("Direito Administrativo Brasileiro", RT, 15ª ed., 1990, p. 92) assim descreve esse fenômeno:*
>
> *"O desvio de finalidade ou de poder se verifica quando a autoridade, embora atuando nos limites de sua competência, pratica o ato por motivos ou com fins diversos dos objetivados pela lei ou exigidos pelo*

interesse público. O desvio de finalidade ou de poder é, assim, a violação ideológica da lei, ou, por outras palavras, a violação moral da lei, colimando o administrador público fins não queridos pelo legislador, ou utilizando motivos e meios imorais para a prática de um ato administrativo aparentemente legal".

Linhas adiante, esse mesmo notável mestre resume o problema em exame neste estudo, qual seja o da dificuldade de correção judicial dessa conduta ilícita e imoral:

"O ato praticado com desvio de finalidade – com todo ato ilícito ou imoral – ou é consumado às escondidas ou se apresenta disfarçado sob o capuz da legalidade e do interesse público. Diante disto, há que ser surpreendido e identificado por indícios e circunstâncias que revelem a distorção do fim legal, substituído habilidosamente por um fim ilegal ou imoral não desejado pelo legislador. A propósito já decidiu o STF que "Indícios vários e concordantes são prova". Dentre os elementos indiciários do desvio de finalidade está a falta de motivo ou a discordância dos motivos com o ato praticado. Tudo isto dificulta a prova do desvio de poder ou de finalidade, mas não a torna impossível se recorrermos aos antecedentes, do ato e à sua destinação presente e futura por quem o praticou".

O desvio de poder nunca é confessado, somente se identifica por meio de um feixe de indícios convergentes, dado que é um ilícito caracterizado pelo disfarce, pelo embuste, pela **aparência** de legalidade, para encobrir o propósito de atingir um fim contrário ao direito, exigindo um especial cuidado por parte do Poder Judiciário.

A única forma de desvendar a ocorrência de desvio de poder é pelo exame dos motivos alegados para a prática do ato. Por isso é que a motivação (explicitação dos motivos) deve ser concomitante ao ato, pois, mais tarde, posteriormente, sempre será possível apresentar uma justificativa, mais ou menos consistente.

Daí a importância do princípio da motivação, em qualquer processo administrativo, em qualquer tomada de decisão administrativa, inclusive e principalmente em matéria de licitações e contratos. Sobre esse assunto, na confortável companhia de SÉRGIO FERRAZ, já tivemos oportunidade de salientar o seguinte:

"O princípio da motivação determina que a autoridade administrativa deve apresentar as razões que levaram a tomar uma decisão. "Motivar" significa explicitar os elementos que ensejaram o convencimento da autoridade, indicando os fatos e os fundamentos jurídicos que foram considerados.

Sem a explicitação dos motivos torna-se extremamente difícil sindicar, sopesar ou aferir a correção daquilo que foi decidido. Sem a motivação fica frustrado ou, pelo menos, prejudicado o direito de recorrer, inclusive

perante o Poder Judiciário. Não basta que a autoridade invoque um determinado dispositivo legal como supedâneo de sua decisão; é essencial que aponte os fatos, as inferências feitas e os fundamentos de sua decisão, pois, conforme a conhecida lição de Giorgio Balladore Palieri, no Estado de Direito não existe apenas a exigência de que a autoridade administrativa se submeta à lei; é essencial que se submeta também à jurisdição.

Isso é bastante salientado por Lúcia Valle Figueiredo em artigo publicado sob o título "Estado de Direito e devido processo legal" (Direito Administrativo, v. 1, p. 171), no qual afirma que a falta de motivação viola as garantias constitucionais do acesso ao poder Judiciário, do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, constituindo-se, portanto, em vício gravíssimo.

No passado já houve quem sustentasse que a motivação era dispensável no caso da prática de atos discricionários. Atualmente tal entendimento é absolutamente insustentável diante da evolução doutrinária e jurisprudencial quanto ao conceito e significado da discricionariedade. Já se tem claro que discricionariedade não se confunde com arbítrio, pois nunca é absoluta, sendo indiscutivelmente sujeita a controle judicial (pelo menos para se aferir se houve, ou não, desbordamento de seus limites). Sem a motivação do ato discricionário fica aberta a possibilidade de ocorrência de desvio ou abuso de poder, dada a dificuldade ou, mesmo, impossibilidade de efetivo controle judicial".

SÉRGIO FERRAZ e ADILSON ABREU DALLARI, "Processo Administrativo", Malheiros Editores, 2.001, p. 58 e 59.

É preciso insistir em que a falta de motivação é vício autônomo, ensejando, por si só, a nulidade do ato praticado. Pelo menos há de ficar perfeitamente claro que a motivação seródia, a apresentação dos motivos depois de praticado o ato, deve ser objeto de exame especialmente cuidadoso.

Em qualquer caso, porém, de alegação de desvio de poder, é dever do juiz esmerar-se no exame da consistência dos motivos invocados, não sendo suficiente apenas constatar que motivos foram apresentados. Isso é o que já vem dizendo, desde longa data, com precisão e elegância o consagrado CAIO TÁCITO:

"É por meio da análise criteriosa da motivação do ato administrativo, dos indícios veementes que defluem da conferência entre os motivos invocados e os resultados alcançados ou pretendidos que o desvio de poder virá à tona.

Longe de ser um erro grosseiro e ostensivo, ele se distingue pela sutileza com que procura esconder-se sob a capa de regularidade, esmerando-se o agente em ocultar a desfiguração substancial do ato administrativo.

É mister, assim, que o intérprete não se contente com a letra dos motivos determinantes, mas mergulhe em seu espírito, atente a suas omissões e contradições, pondere a veracidade e a proporcionalidade dos meios em razão do fim colimado, preferindo, em suma, verificar sob a roupagem do ato os verdadeiros contornos de sua ossatura".

CAIO TÁCITO, "Direito Administrativo", Saraiva, 1975, p. 133.

Preocupados em realmente fazer Justiça, setores mais avançados e mais preparados do Poder Judiciário já abandonaram a apreciação meramente formal ("burocrática", no pior sentido) para investigar as razões pelas quais os atos administrativos são produzidos e a pertinência lógica entre a ação e o motivo invocado, valendo-se, para isso, da apreciação da razoabilidade.

Cabe verificar, cuidadosamente, em cada caso, se há, efetivamente, um feixe convergente de indícios da ocorrência de alegado desvio de poder. Nesse exame, é extremamente significativa a circunstância de que, a mesma autoridade, anteriormente, afirmou a plena validade do ato por ela praticado. É evidente o desvio de poder quando essa anulação é feita sem qualquer justificativa para a mudança de opinião, sem qualquer provocação. Mas quando uma justificativa é apresentada, é preciso verificar se os motivos invocados para a mudança de orientação merecem ou não acolhimento.

Muitas vezes, as supostas nulidades serodiamente apontadas são meros pretextos, aos quais se pretende dar o "status" de motivos determinantes da prática do ato de anulação. Não é fácil distinguir uma coisa da outra, motivo pelo qual é preciso tirar todas as ilações de detalhes que podem servir como indícios.

Por exemplo, é extremamente relevante cotejar o comportamento da autoridade no específico caso em exame, com decisões adotadas em casos análogos. Logicamente, algo não pode ser e não ser ao mesmo tempo. Se casos análogos foram considerados lícitos, a decretação de nulidade de apenas um deles é, sim, um indício de desvio de poder.

Não é a mesma coisa, não tem o mesmo valor, não podem ser considerados equivalentes perfeitos um parecer emitido por um órgão de assessoramento permanente e independente, e a manifestação de um assessor temporário de confiança. Não que este seja necessariamente faccioso e intelectualmente desonesto, mas não há dúvida que o dever de fidelidade à autoridade assessorada e a instabilidade da função recomendam um especial cuidado no exame da alegação de desvio de poder.

Especialíssimos cuidados devem merecer os casos de avocação, quando o processo administrativo é retirado de uma procuradoria ou outro órgão permanente e independente e decidido no âmbito do gabinete da autoridade competente. Em tais casos é absolutamente essencial examinar a motivação da própria avocação, pois o desvio de poder pode estar no próprio deslocamento da sede de decisão.

Não se desconhece que ninguém pode ser considerado culpado senão após decisão final, transitada em julgado. Mas não deixa de ser significativo, para a composição do feixe de indícios, o exame da vida pregressa da autoridade a quem se imputa a prática de desvio de poder. Qualquer agente público pode ser vítima de acusações improcedentes. Mas não é normal que alguém esteja envolvido em uma pluralidade de casos de improbidade administrativa. Essa circunstância, por si só, não comprova o desvio de poder, mas deve servir como um alerta ao juiz, para que não tome como verdadeiras, acriticamente, sem maiores cuidados, sem uma verificação mais aprofundada, as razões apresentadas.

Em resumo, não se pode exigir, para a comprovação do desvio de poder, uma prova cabal, definitiva, inquestionável. Se isso existir, não se estará mais diante do desvio de poder, mas, sim, da simples arbitrariedade. A capacidade para perceber o desvio de poder marca a diferença entre um juiz e um amanuense togado.

4. VIABILIDADE DO MANDADO DE SEGURANÇA

É sempre difícil evidenciar o desvio de poder, em qualquer ação judicial, mesmo no rito ordinário. No âmbito do mandado de segurança, a única diferença é que as evidências devem ser extraídas da documentação oferecida de plano, com a inicial, que pode ser completada com os documentos cuja apresentação, pela autoridade coatora, tenha sido requerida. O maior problema, entretanto, está no errôneo entendimento, ainda existente, no tocante ao significado da expressão "direito líquido e certo", que figura no inciso LXIX , do art. 5º, da Constituição Federal, que se transcreve:

> *"LXIX - conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por "habeas corpus" ou "habeas data", quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público;".*

A expressão "direito líquido e certo" é inegavelmente equívoca ou, no mínimo, imprecisa, ensejando dúvidas interpretativas. Ela possivelmente somente foi mantida no texto atual da Constituição Federal por razões históricas, para manter a expressão utilizada quando o mandado de segurança foi introduzido no direito brasileiro. Naquela ocasião, instaurou-se a controvérsia sobre seu significado, que somente foi desvendado pelo trabalho conjunto da doutrina e da jurisprudência ao longo do tempo.

O Eminente Ministro CARLOS MÁRIO DA SILVA VELLOSO, ao tratar especificamente do "Conceito de direito líquido e certo" (in Curso de mandado de segurança, (coletânea) RT, 1986, p. 75), descreve o problema suscitado pela redação do texto constitucional de 1934 e esclarece como se chegou ao entendimento atual:

> *"Nos primórdios do mandado de segurança, a partir de sua instituição, em nível constitucional, em 1934, chegou-se a entender que direito líquido e certo fosse aquele que não demandasse maiores considerações, ou que não ensejasse dúvida, sob o ponto de vista jurídico, o que não oferecesse complexidade, de fácil interpretação, o "direito translúcido, evidente, acima de toda dúvida razoável, apurável de plano sem detido exame, nem laboriosas cogitações", lecionou Carlos Maximiliano ("Parecer", Jornal do Comércio de 28.8.34, apud Castro Nunes, Do Mandado de Segurança, 6ª ed., Rio, Forense, p.90), o que levou Castro Nunes a afirmar que "entendidas desse modo as palavras do texto constitucional, só as questões muito simples estariam ao alcance do mandado de segurança", critério simplista e subjetivo, pois "a questão que parecesse simples a juiz, difícil e complicada poderia ser para outro, menos enfronhado no assunto" (Castro Nunes, ob. cit., p.90)*
>
> *Foi o Min. Costa Manso quem, em 1936, ofereceu o conceito científico de direito líquido e certo, ao lecionar que a Constituição, quando falava em direito, se referia a direito subjetivo, que decorre de uma relação fático-jurídica. No voto que proferiu no MS 333, de 9.12.36, disse o Min. Costa Manso que, "se é certo o fato, certo será o direito, porque certa é sempre a lei".*

Atualmente, quem tem alguma familiaridade com a matéria já conhece o entendimento que foi se afirmando cada vez mais e que hoje já é havido como pacífico, qual seja o de que "líquido e certo" deve ser o substrato fático do qual decorre o direito, conforme expõe um dos mais consagrados tratadistas da matéria:

> *"Direito líquido e certo é o que se apresenta manifesto na sua existência, delimitado na sua extensão e apto a ser exercitado no momento da impetração. Por outras palavras, o direito invocado, para ser amparável por mandado de segurança, há de vir expresso em norma legal e trazer em si todos os requisitos e condições de sua aplicação ao impetrante: se sua existência for duvidosa; se sua extensão ainda não estiver delimitada; se seu exercício depender de situações e fatos ainda determinados, não rende ensejo à segurança, embora possa ser defendido por outros meios judiciais.*
>
> *Quando a lei alude a direito líquido e certo, está exigindo que esse direito se apresente com todos os requisitos para seu reconhecimento e exercício no momento da impetração. Em última análise, direito líquido e certo é direito comprovado de plano. Se depender de comprovação posterior, não é líquido nem certo, para fins de segurança. Evidentemente, o conceito de liquidez e certeza adotado pelo legislador do mandado de segurança não é o mesmo do legislador civil (CC, art. 1.533). É um conceito impróprio – e mal-expresso – alusivo a precisão e comprovação do direito quando deveria aludir a precisão e comprovação dos fatos e situações que ensejam o exercício desse direito.*

Por se exigir situações e fatos comprovados de plano é que não há instrução probatória no mandado de segurança".

HELY LOPES MEIRELLES, in "Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública ...", 16ª ed., Malheiros p. 28-29.

Tal entendimento está efetivamente cristalizado pela jurisprudência dos tribunais superiores, não sendo o caso de enumerar acórdãos nesse sentido, mas, sim, apenas, registrar alguns deles a título de ilustração, o que fazemos com o precioso auxílio de THEOTÔNIO NEGRÃO ("Código de Processo Civil", 30ª ed., Saraiva, 1999, LMS nº 1.533/51, art. 1º, nota 25):

"Art. 1º, 25. Direito líquido e certo é o que resulta de fato certo, e fato certo é aquele capaz de ser comprovado de plano (RSTJ 4/1.427, 27/140), por documento inequívoco (RTJ 83/130, 83/855, RSTJ 27/169), e independentemente de exame técnico (RTFR 160/329). É necessário que o pedido seja apoiado "em fatos incontroversos, e não em fatos complexos, que reclamam produção e cotejo de provas" (RTJ 124/948; neste sentido: STJ-RT 676/187). Não se admite a comprovação "a posteriori" do alegado na inicial (RJTESP 112/225): "com a inicial, deve o impetrante fazer prova indiscutível, completa e transparente de seu direito líquido e certo. Não é possível trabalhar à base de presunções" (STJ-2ª Turma, RMS 929-SE, rel. Mim. José de Jesus filho, j. 20.5.91, negaram provimento, v.u., DJU 24.6.91, p. 8.623). Permite-se, todavia, o pedido liminar de exibição de documento (v. art. 6º, § ún.)

"A complexidade dos fatos não exclui o caminho do mandado de segurança, desde que todos se encontrem comprovados de plano" (STF-RT 594/248).

"Quando a lei alude a direito líquido e certo, está exigindo que esse direito se apresente com todos os requisitos para seu reconhecimento e exercício no momento da impetração. Em última análise, direito líquido e certo é direito comprovado de plano. Se depender de comprovação posterior, não é líquido e nem certo, para fins de segurança".

RMS nº 2.072-1-RJ, rel. Min. Garcia Vieira, RSTJ 7/178.

"No mandado de segurança é imprescindível a demonstração de prova pré-constituída, pois o direito líquido e certo pressupõe fatos induvidosos, comprovados de plano".

RMS nº 202-PA, rel. Min. Hélio Mosimann, RSTJ 3/141".

Mas é absolutamente indispensável advertir que fatos certos permitem que deles se retirem diferentes inferências. No caso de desvio de poder, a primeira inferência será certamente a de plena regularidade da situação jurídica constituída ou desconstituída, pois é elemento essencial de seu conceito exatamente a aparência de legalidade. Somente uma análise mais aprofundada dos mesmos fatos incontroversos, com especial atenção para com as

circunstâncias nas quais eles se deram, é que vai possibilitar a percepção da ocorrência de desvio de poder.

Não é trabalho fácil. Somente são bem sucedidos os juizes cultos, experientes, atentos dedicados, enquanto os despreparados e negligentes (que lamentavelmente existem, em qualquer instância) se contentam com a mera aparência. A falta de empenho, a preguiça, o excesso de formalismo burocrático no exame dos casos em que é argüido o desvio de poder acaba por estimular a corrupção. A simples remessa às vias ordinárias, com a denegação do mandado de segurança, já milita no mesmo sentido, pois os maus administradores sempre contam com a perda do interesse, o arrefecimento do entusiasmo ou o puro desânimo do lesado com o decorrer do tempo.

É exatamente nos casos de exercício abusivo de competência discricionária que o mandado de segurança se agiganta como vigoroso instrumento de restauração do direito e realização da justiça. Quem faz essa afirmação, com o necessário vigor é CARLOS ROBERTO DE SIQUEIRA CASTRO ("O Devido Processo Legal e a Razoabilidade das Leis na Nova Constituição do Brasil", Forense, 1989, p. 336/337):

> *"Não é crível, nem jurídico, que os administrados sujeitos a vínculos obrigacionais com a Administração Pública possam sofrer danos mercê de intermitentes e atabalhoadas alterações de juízos de oportunidade e conveniência por parte dos agentes do Poder Público. A segurança das relações jurídica reclama um mínimo de coerência e firmeza nas decisões administrativas, que não podem transformar-se em marola de mandos e desmandos desinfluentes para o atingimento das superiores finalidades do serviço público. Mais grave, ainda, resultará a violação de direitos subjetivos de terceiros por razões espúrias e discriminatórias, como é o caso de perseguição ou da favoritismo administrativo e de todas as demais modalidades teratológicas de conduta que caracteriza o desvio de poder pela Administração Pública. Esse reprovável desvirtuamento de finalidade no exercício das atribuições legalmente deferidas aos agentes estatais exige pronta e rigorosa correição judicial, inclusive pela via heróica do mandado de segurança, sempre que presente a liquidez e certeza de direito mediante a demonstração, de plano de indícios sérios da malversação da competência administrativa".*

O invocado princípio da segurança jurídica ou da estabilidade das relações jurídicas é, na verdade, um super princípio, pois a ordem jurídica, o conjunto da legislação administrativa e todo o aparato judiciário servem exatamente para sua realização em concreto. Por essa razão, sempre que houver a desconstituição de uma situação jurídica será preciso muito cuidado na análise do assunto. Esse cuidado deve ser redobrado quando houver alegação de desvio de poder e, em tais casos, sendo certos os fatos, deve o juiz esmerar-se no trabalho de retirar inferências, especialmente no mandado de segurança, que pode vir a ser o melhor instrumento de correção de condutas simultaneamente ilícitas e imorais.

Referência Bibliográfica deste Artigo (ABNT: NBR-6023/2000):

DALLARI, Adilson Abreu. Desvio de Poder na Anulação de Ato Administrativo. Salvador, **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº. 7, julho/agosto/setembro, 2006. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com.br>. Acesso em: xx de xxxxxxxx de xxxx

(substituir x por dados da data de acesso ao site).

Publicação Impressa:

Informação não Disponível.