

**UNIVERSIDADE CATÓLICA DE GOIÁS
PRÓ-REITORIA DE PÓS-GRADUAÇÃO E PESQUISA -
COORDENAÇÃO DE PÓS-GRADUAÇÃO *LATO SENSU*
CURSO DE ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO ADMINISTRATIVO
TURMA 2008/2009**

TRABALHO DE DIREITO ADMINISTRATIVO

USO E ABUSO DO PODER

GOIÂNIA - 2009

VILMAR CONSTANTINO DA SILVA

USO E ABUSO DO PODER

O referido trabalho foi elaborado para fins de avaliação à matéria de Direito Administrativo I, da Universidade Católica de Goiás.

Professor: Dr. Ricardo Pinto da Silva

GOIÂNIA - 2009

USO E ABUSO DO PODER

Evolução Histórica

Desde a origem do homem, o poder sempre esteve ligado à autoridade. Antes mesmo de se conceber o próprio Estado, o poder e a autoridade já revestia o homem no seio da família, que por sua vez simbolizava e exercia a autoridade no âmbito familiar, cuja autoridade certamente, foi fundamental para viabilizar o fortalecimento e o seu crescimento. Portanto, sob o pálio do poder e da autoridade do homem foi possível agregar e fortalecer esses agregados de homens, derivando daí a filosofia de Thomas Hobbes de que o estado de natureza é uma permanente ameaça que pesa sobre a sociedade e que pode irromper sempre que a paixão silenciar a razão ou a autoridade fracassar.

(SUNDFELD¹, 1993) leciona que no período absolutista, Estado–Polícia significava um poder ilimitado, valendo-se do Direito para controlar a sociedade, ordenando e coagindo, sem sujeitar-se a ele. Nesses regimes políticos absolutistas a administração se constituía em simples técnica criada e exercida em favor do príncipe.

A sociedade não era a destinatária das ações estatais. Os atos expedidos pela administração se denominavam atos do Rei, da Coroa ou atos do Fisco e representavam a manifestação de vontade da administração ou de quem a representava e não da coletividade. O administrador, até então mero porta voz do pensamento do Estado Absoluto; refletia a vontade do Soberano, reforçando a concepção política então vigente e confirmando a célebre expressão imputada a Luiz XIV, Rei de França, “*L’État c’est moi*”.

Com a instituição do liberalismo político, surgido da corrosão do Estado absoluto e fundado na concepção de direito natural, de que o homem tem, por natureza e, portanto, independente de sua própria vontade, e muito menos ainda da vontade de alguns poucos, certos direitos fundamentais, como direito à vida, à liberdade, à felicidade, cabe ao Estado respeitá-los. A atividade administrativa pública buscou a sua legalização, quer dizer, amparar-se na lei. A vontade do titular do cargo transmutou-se para vontade do Estado. O estado se sujeita à vontade da lei e não pode invadir esses direitos da coletividade.

Foi somente nas tórias de John Locke e Montesquieu, que a ciência política, imaginou um mecanismo para evitar a concentração de poderes, onde cada uma das funções do Estado seria de responsabilidade de um órgão ou de um grupo de órgãos. Este mecanismo

¹ SUNDFELD, Carlos Ari, Direito Administrativo Ordenador, Ed. Malheiros, 1ª Edição, São Paulo, 1993, p. 9.

aperfeiçoa-se com a criação de mecanismo de freios e contrapesos, onde estes três poderes reúnem órgãos encarregados primordialmente de funções legislativas, administrativas e judiciárias pudessem se controlar.

Este autor descreve dois momentos distintos dessas regulamentações, sendo o primeiro na disciplina do relacionamento entre o titular do direito e os outros particulares, citando como exemplo o Código Civil com a propriedade, o que gerou a crença de que esse direito seria algo de índole privada. O segundo é o da ordenação da convivência entre o particular e o Estado².

De sorte que o Estado passou a subordinar-se ao princípio da legalidade, deixando de ser o rosto do titular do cargo para conhecer e absorver as necessidades dos cidadãos. A lei, antes expressão da vontade personalística do Soberano, passou a refletir a vontade geral, atingindo tanto os indivíduos cidadãos quanto às autoridades públicas. A conduta administrativa passou a ser regulada formalmente, através do Direito Administrativo, dos princípios jurídicos e das leis. A atuação administrativa se corporifica através de atos, para os quais se fixaram elementos essenciais.

Com a implantação do Estado de Direito, novas bases se assentaram na relação entre autoridade e cidadão. Liberdade e propriedade se tornaram direitos subjetivos públicos, constituindo um espaço de autonomia frente à atuação governamental. A consagração constitucional dos direitos do indivíduo resultou em severa restrição à interferência estatal. Entretanto, a liberdade e a propriedade, pelo fato de serem direitos, haveriam de ser regulamentados pela lei, ao menos para compatibilizar o exercício de todos os direitos. SUNDFELD³ (1993).

Esse Estado Moderno, atento às necessidades sociais, passou a dirigir seus esforços ao povo, num justo reconhecimento de que ele é o único destinatário do esforço administrativo. As demandas sociais obrigaram o Estado a intervir em vários segmentos públicos, como assistência e previdência, o poder econômico e, sobretudo, aprimorar a qualidade de atendimento ao administrado, especialmente no que se refere às demandas primárias como educação, assistência social, saúde, infra-estrutura e segurança pública.

Para fazer face à expansão das necessidades dos cidadãos, o Estado cresceu e fortaleceu-se, notadamente o Poder Executivo. Agora é o próprio Estado que se impõe, muitas vezes com a fúria e prepotência dos antigos monarcas e, a pretexto de representar a vontade

² SUNDFELD, Carlos Ari, Direito Administrativo Ordenador, Ed. Malheiros, 1ª Edição, São Paulo, 1993, p. 9.

³ Ibidem, p. 9.

coletiva, pratica atos que violam os menores dos direitos e garantias do cidadão, muitas das vezes para satisfazer os próprios interesses do administrador ou do próprio Estado relegando a segundo plano o interesse público.

De todo modo, sob a égide do estado de direito, o próprio ente estatal impõe controle e freios a si mesmo, de sorte que a administração, a cada momento se mostra mais vinculada ao interesse público, obstando a preponderância da vontade personalíssima do administrador ou do estado.

Em decorrência do estado de direito, originam-se o próprio fenômeno de legalização da atividade administrativa, que se associa, mais recentemente, a tendência de fortalecimento do Poder Executivo. (TÁCITO⁴ 1975).

No direito administrativo brasileiro, como de resto nas legislações de outros países, a atuação administrativa se legitima pela prática de atos jurídicos cujos requisitos são fixados em lei. Para a validade do ato administrativo exige-se o atendimento da finalidade, editada pela lei; a forma, compreendida como caracteres impressos no ato que lhe dão visibilidade; motivo: razões de fato e de direito que servem ao ato; objeto ou conteúdo: efeito jurídico imediato que o ato produz – lícito, possível, moral e determinado. Trata-se do Uso do Poder na Administração.

Consoante Celso Antônio Bandeira de Mello⁵ (2006), fazendo referência ao Princípio da legalidade, afirma que este é o princípio capital para a configuração do regime jurídico-administrativo. Para este autor o princípio da legalidade é específico do Estado de Direito, pois, é esse princípio que dá identidade ao Estado de Direito, que nesta condição dá origem ao Direito Administrativo em que este é consequência daquele. Qualquer tendência de exacerbação personalista dos governantes será contraposto por este princípio, uma vez que todos estes nada mais são que representantes da sociedade.

Nessa perspectiva, o princípio da legalidade é o da completa submissão da Administração às leis e esta deve tão somente obedecer-lhas, cumpri-las, pô-las em práticas e, consecutório desde o Presidente da República, até o mais modesto dos servidores, só pode ser a de dóceis, reverentes, obsequiosos cumpridores das disposições gerais fixadas pelo Poder Legislativo, pois esta é a posição que lhes compete no Direito brasileiro.

⁴ TÁCITO, Caio, Direito Administrativo, Edição Saraiva, São Paulo: 1975, p. 1.

⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira, Curso de Direito Administrativo, 21ª Edição, Editora Malheiros, São Paulo, 2006, p. 96.

Seabra Fagundes⁶ (1967) preleciona a mesma dicção salientando que todas as atividades da Administração Pública são limitadas pela subordinação à ordem jurídica, à legalidade. E não se limita a isso, é preciso que se exerça segundo a orientação dela e dentro dos limites nela traçados. Aí sim, estar-se-á conformado com o princípio da legalidade, universalmente aceito como uma consequência do sistema de legislação escrita e da própria natureza da função administrativa e, ainda conforme Caio Tácito⁷ (1975), os direitos do homem geram os deveres do Estado, cujo poder é submisso ao domínio da lei.

Para José dos Santos Carvalho Filho⁸ (2008), princípio da legalidade é a diretriz básica da conduta dos agentes da Administração, portanto, toda e qualquer atividade administrativa deve, necessariamente, ser autorizada por lei.

José Cretella Júnior⁹ (1964), “legalidade é a obediência ao texto legal, implícita ou explicitamente, à letra ou ao espírito”.

Enfoca-se a figura do Abuso de Poder porque, constituindo ele uma anomalia jurídica, acaba por configurar autêntico vício de comportamento administrativo, especialmente no Brasil, cujos administradores, em grande número, parecem transitar pelos órgãos públicos com o sentimento de que são proprietários dos cargos e funções que ocupam. Apesar dos vários séculos transcorridos, ensaiam-se, ainda hoje, os mesmos arroubos do monarca francês.

IncurSIONA-se pelo direito comparado, identificando as diferenças conceituais e as figuras jurídicas do abuso ou desvio de poder no direito alienígena, especialmente na França, berço do direito administrativo e estado pioneiro no controle administrativo através de justiça especializada, forma pelos Conselhos de Estado.

Considera-se ainda o controle dos atos de administração, como tais entendidos aqueles praticados pelo Executivo no exercício da sua função precípua, e dos demais poderes ou funções estatais, a legislativa e judiciária, na prática de atos de gestão interna.

Uso e abuso de poder no direito comparado

⁶ FAGUNDES, M. Seabra, O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário, Forense Rio, 4ª edição: 1967, p. 100.

⁷ TÁCITO, Caio, Direito Administrativo, Edição Saraiva, São Paulo: 1975, p. 1.

⁸ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 19ª Edição, Lúmen Júris Editora, Rio de Janeiro: 2008.

⁹ CRETELLA, JÚNIOR, José, Do Desvio de Poder, Ed. Revista dos Tribunais LTDA, S. Paulo: 1964, p. 48.

7

8

9

Conforme J. Cretella Júnior¹⁰ (1978), o Direito comparado é a aplicação do método comparativo à ciência jurídica. Instrumento de conhecimento dos direitos dos diferentes países, o direito comparado é elemento básico para a compreensão do direito nacional.

Para esse autor seria imperdoável ao físico, ao químico, ao astrônomo, ao historiador, ao teólogo, aos homens de ciência, em geral, o desconhecimento do que se passa com suas disciplinas, em outras terras, ao jurista ainda se tolera que fique ancorado ou encastelado no sistema jurídico nacional em que vive, desprezando os conhecimentos que, sem dúvida, deveria ter dos institutos de outros sistemas jurídicos alienígenas. Enfatizando que cabe ao direito comparado reivindicar para a ciência jurídica o caráter de universalidade que deve ter sem o que o direito não passará de mero conjunto de pesquisas empíricas.

Hodiernamente já se tem assentado que como um todo universal as culturas se entrelaçam porque interdependem. A própria condição de ser humano faz a todos inquietos para os descobrimentos, na Ciência Jurídica, tal não se distingue haja vista as inúmeras citações às doutrinas, jurisprudências e mesmos às leis alienígenas, numa busca incansável pela evolução e aprimoramento das condições dos cidadãos, buscando evoluir as sociedades tendo como parâmetros as culturas humanas.

Nessa senda, já se classifica como inconveniente um povo alçar desenvolver-se dissociado dos demais povos do planeta.

Direito Francês

Os Doutrinadores são acordes na proeminente contribuição do direito Francês, notadamente pela secular instituição do Conselho de Estado, cujas competências, diferentemente da brasileira de base judicialista, assentou-se o sistema do contencioso administrativo, que contribui sobremaneira através de suas decisões, na construção conceitual e da história do desvio de poder.

J. Cretella Júnior¹¹, (1978), consigna que *détournement de pouvoir* surge das ininterruptas tomadas de posição do Conselho de Estado, alinhando três julgados de maior importância pertinente à matéria, sendo o primeiro, o caso *Vernes*, decidido em 16 de maio de

¹⁰CRETELLA JÚNIOR, José. Anulação do Ato Administrativo por Desvio de Poder, Forense, RJ, 1978, p. 145.

¹¹ Ibidem, pp. 152-153.

1858, o segundo, caso Lesbats, decidido em 15 de fevereiro de 1864 e em 7 de julho de 1865 e, por fim o caso Bouchardon, decidido aos 2 de agosto de 1870.

O caso Lesbats, considerado “leading-case” do desvio de poder, cujo objeto seria o mau uso do poder de polícia, em que um prefeito a quem dispositivo de lei anterior conferia poderes para regular estacionamento e circulação de veículos públicos e particulares, distorceu esse poder, abusivamente, a fim de assegurar o monopólio dos transportes de empresa particular. O posicionamento do Conselho de Estado proferido no caso LESBATS em 25 de fevereiro de 1864, coibiu ato administrativo discricionário ilegal ao anular convênio firmado entre o Prefeito de Departamento de Leine-et-Marne e um único contratado, pelo qual lhe fora concedido monopólio exclusivo para acesso às vagas de estacionamentos localizadas na estação de trens de Fontainebleau, sob o fundamento de impedir a obstrução do acesso e da circulação nas imediações da mesma. Inconformado, o Sr^o Lesbats recorreu e ganhou no Conselho de Estado o direito de usufruir também do respectivo estacionamento.

É importante salientar que o Conselho de Estado Francês inicialmente funcionava como mero conselheiro jurídico, limitando-se sua função a referendar os atos do Poder Executivo. Tal postura ocorria porque não havia a devida independência dos seus membros que eram nomeados e destituídos pelo Primeiro Cônsul.

Todavia, o Conselho de Estado gradualmente passou a exercer uma função jurisdicional, examinando e decidindo reclamações contra o Estado, possibilitando a parte interessada interpor recurso contra atos administrativos viciados por incompetência ou excesso de poder.

Segundo demonstra Cretella Júnior¹² (1978), os mais importantes autores franceses do século XX acentuaram que o ponto específico de caracterização do desvio de poder era a persecução pelo agente administrativo de fim diverso daquele para o qual o ato deveria ser legalmente executado, mesmo se o fim nada contivesse em si de chocante. E nesta mesma obra em citação Marcel Waline anota que “base para a anulação do ato administrativo que nele incide, o desvio de poder difere dos outros casos, porque não se trata aqui de apreciar objetivamente a conformidade ou não conformidade de um ato a uma regra de direito, mas de proceder-se a dupla investigação de intenções subjetivas. É preciso indagar-se se os móveis que inspiram o autor do ato administrativo são aqueles que, segundo a intenção do legislador, deveriam realmente tê-lo inspirado.”

Consoante Gastón Jèze¹³, em sua obra *Principios generales del Derecho Administrativo*, vol. III, citado por (CRETELLA1964), o desvio de poder é todo ato jurídico

¹² CRETELLA JÚNIOR, José. *Anulação do Ato Administrativo por Desvio de Poder*, Forense, RJ, 1978.

¹³ CRETELLA, JÚNIOR, José, *Do Desvio de Poder*, Ed. Revista dos Tribunais LTDA, S. Paulo: 1964, p. 20.

realizado por agente público, que inobstante pareça regular, possui finalidade distinta para a qual fora destinado.

Para René Foignet: “Quando um agente usa de seu poder num caso ou para motivos diferentes daqueles para os quais o poder lhe foi confiado temos o desvio de poder”, anotação de (CRETELLA¹⁴ 1964).

Ainda nesta obra, este autor citando Jean Rivero e Maurice Hauriou conceituam respectivamente esse instituto como o “vício de que enferma um ato pelo qual a administração, não observando as regras, prosseguiu um fim diferente daquele que o direito lhe determinava, desviando assim do seu fim legal o poder que lhe estava confiado. Assim, o administrador só deve exercer suas competências com vista à satisfação do interesse público, em virtude de um princípio geral do direito; há desvio de poder quando a autoridade administrativa observando formas prescritas e sem cometer nenhuma violação legal, usa do seu poder para fins e motivos distintos daqueles para os quais lhe fora conferido o poder”.

Direito Italiano

Delineado os contornos do desvio de finalidade, criação inquestionável do Conselho de Estado francês o princípio da finalidade irradia-se ao direito de outros países. Assim a doutrina italiana alberga o fim legal da competência entre os elementos essenciais à ação do administrador e de regra, a inobservância ao fins colimados pela lei, tornar-se-á ilegítimo o ato administrativo. De sorte que a violação da finalidade do ato administrativo se apresenta, nesse país, como uma das matizes do excesso de poder, cuja terminologia se filia ao modelo do *sviamento di potere* francês. (FAGUNDES¹⁵ 1975).

Anota (CRETELLA¹⁶ 1978), que quase por unanimidade a teoria do desvio de poder nascida no Estado francês fora adotada pelos doutrinadores italianos. Pontuando que a maior autoridade deste país, Vittorio Emanuele Orlando, fundamentando-se na abundante jurisprudência francesa, apresentava ao mundo jurídico, o desvio de poder. Este doutrinador italiano ressalta que, naturalmente, o desvio de poder originou e se desenvolveu na seara administrativa, no Estado Francês.

¹⁴ Ibidem, pp. 20-21. Desvio de poder é “Todo ato jurídico, regular na aparência, realizado por agente público com finalidade distinta daquela para a qual foi destinado”.

¹⁵ FAGUNDES, M. Seabra, O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário, Forense Rio, 4ª edição: 1967, p. 84.

¹⁶ CRETELLA JÚNIOR, José. Anulação do Ato Administrativo por Desvio de Poder, Forense, RJ, 1978, p. 165.

O sistema italiano se baseia em uma dupla competência: a jurisdição ordinária e a jurisdição administrativa. Deste modo, a parte tem o direito de ingressar na esfera judicial contra os atos públicos, mas o Conselho de Estado Italiano funciona paralelamente ao órgão jurisdicional, com a prerrogativa de também decidir os recursos por incompetência do agente público, excesso de poder ou violação da lei, contra atos e resoluções de uma autoridade administrativa ou de um corpo administrativo deliberante. Prevalece a jurisdição ordinária, que possui a competência de inclusive reformar a decisão emanada pela justiça administrativa.

Nos estudos realizados por J. Cretella¹⁷ (1964), extrai-se que dos tratadistas italianos mais notáveis no que se refere ao desvio de poder, sobressaem Arnaldo de Valles, que o define como “O vício que o desvio de poder designa consiste no desviar um poder legal da finalidade para qual foi instituída e fazê-lo servir a fins aos quais não é destinado”; salienta Santi Romano que “a jurisprudência italiana a exemplo da francesa considera afetados de excesso de poder os atos que, embora se mantenham, ao menos formal e aparentemente, nos limites de faculdades discricionárias, destas se utilizam para fins diversos daqueles para os quais tais faculdades são conferidas”.

Direito Inglês

Em substancioso apontamento pertinente ao direito inglês, J. Cretella Jr¹⁸. (1978), alinha que o conjunto de direito inglês é designado de sistema da common law que se reveste de peculiaridades que lhe é próprio tal como base mais jurisprudencial do que doutrinária; relação de emprego público equivalente à do direito do trabalho ou do direito comum; não acolhimento do princípio da auto-executoriedade, o que somente é admitido como exceção. Consubstanciada no brocardo “O Rei não pode errar” não há responsabilidade do Estado e com relação à responsabilidade do agente público é equiparada ao empregado do direito privado.

De sorte que casos de desvio de poder raramente são conduzidos aos tribunais ingleses, enfatiza a probidade dos funcionários ingleses, aos grandes dificuldades das partes em face da justificação da acusação de desvio de poder; aos magistrados, inobstante não disporem de meios de investigação, são os responsáveis pelo ônus da prova que é restrita ao direito comum e raramente se vale de presunções.

¹⁷ CRETELLA JÚNIOR, José. Anulação do Ato Administrativo por Desvio de Poder, Forense, RJ, 1978.

¹⁸ *ibidem*.

Direito Português

Transcendendo as fronteiras dos Estados francês e italiano, a teoria do desvio de poder ressoa o direito português onde é acolhida inicialmente por alguns autores de forma bastante tímida, mas que se arvora no direito doutrinário, atinge os tribunais como fundamento de decidir e, enfim, encontra aconchego nos dispositivos dos textos legais.

Conforme J. Cretella Júnior¹⁹ (1978), foi Magalhães Colaço, em Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra, ano II, p. 438, nota a Sentença e Marcelo Caetano, Manual de direito administrativo, 4ª ed., 1956, p. 239), anotações a uma Sentença, quem consagrou expressamente pela primeira vez a teoria do desvio de poder.

A partir desse marco outros abalizados autores acolhem quase em consenso a teoria do desvio de poder como vício de legalidade como razão assaz para anulação do ato administrativo, sempre que a autoridade no uso do poder discricionário age com fins diversos ao visado pela ordem jurídica.

TÁCITO²⁰ (1975) anota que classicamente o direito português retrata três modalidades de vícios pertinentes aos atos administrativos, são eles a incompetência, o excesso de poder e a violação da lei. Salienta que a noção de excesso de poder se amolda mais exatamente á usurpação de poder. Friza que a doutrina portuguesa, fomentada pela herança francesa e italiana é quase uníssona ao admitir o desvio de poder como um típico vício de legalidade.

Ainda em citação ao doutrinador português Marcelo Caetano²¹ (1956), pontua: “para que um ato dum funcionário seja irrepreensível sob o ponto de vista jurídico, torna-se indispensável que o verdadeiro fim da lei tenha sido a causa da prática do atol se esse fim não se verificou, se o ato foi determinado exclusivamente por um fim diverso daquele que a lei teve em vista, ainda mesmo que o fim visado pelo autor não tenha sido um fim reprovado pelo direito, ou imoral, o ato será viciado de desvio de poder”. E conceitua o desvio de poder como o vício que afeta o ato administrativo praticado no exercício de poderes discricionários quando estes hajam sido usados com fim diverso daquele para que a lei os conferiu.

¹⁹ CRETILLA JÚNIOR, José. Anulação do Ato Administrativo por Desvio de Poder, Forense, RJ, 1978, p. 170. “a teoria do desvio de poder só recebe consagração expressa, declarada, pela primeira vez, em artigo doutrinário (Cf. Magalhães Colaço, em Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra, ano II, p. 438, nota a Sentença e Marcelo Caetano, Manual de direito administrativo, 4ª ed., 1956, p. 239), anotações a uma Sentença”.

²⁰ TÁCITO, Caio, Direito Administrativo, Edição Saraiva, São Paulo: 1975, pp. 90-91.

²¹ Marcello Caetano, Manual de Direito Administrativo, 2ª ed., 1947 p. 476.

Direito Brasileiro

No direito Brasileiro como no direito alienígena, conforme já retratado o uso e abuso de poder não caiu com o necessário fervor ao agrado dos pesquisadores, haja vista, ainda hoje não haver tantas leituras específicas disponíveis.

Dentre as restritas obras pertinente ao tema, abeberamos-nos nos sempre extraordinários conhecimentos vertidos por José Cretella Júnior (1978)²² o qual dissecando o tema aponta que o instituto do desvio de poder se manifestou no nosso direito primeiramente no setor doutrinário, contrariamente do que ocorreu no direito franco-italiano, onde esse instituto primeiramente se manifestou no setor jurisprudencial. Averba que as primeiras doutrinas de direito administrativo brasileiro foram publicadas em 1857, 1859, 1862, antes, porém, do caso Lesbats, que relembre-se, ocorreu em 25 de fevereiro de 1864, não versou sobre o instituto do desvio de poder, que somente mais tarde, influenciados por obras francesas publicadas em 1869, 1902, 1920, motivariam os primeiros tratadistas da República.

Averba que nos últimos anos o tema tem recebido mais atenção, porém, está ainda bem aquém do necessário ao desenvolvimento sistemático e rigoroso que a relevância da matéria está a reclamar. E em alusão a (Tito Prates da Fonseca, Direito administrativo, 1939, p. 136), explica que o mau uso de uma faculdade, de um direito genérico, no direito privado, realizado em um concreto injusto, tem muita afinidade com o excesso de poder do direito administrativo.

José Cretella Junior (1978)²³ citando Brandão Cavalcanti²⁴, assenta que: “a teoria consiste na proteção contra o ato praticado por motivo estranho ao contrário ao serviço público, ou ainda quando o motivo apresentado é apenas aparente, ocultando um interesse puramente privado. Entendemos que essa teoria não pode prosperar nos países onde não existe uma justiça especializada, estando a Administração sujeita a um controle apenas de legalidade, faltando juízes qualificados para o exame do mérito do ato administrativo”. E finaliza: “fazemos, porém, sérias reservas ao desenvolvimento de um controle que só se justifica em um regime de justiça administrativa”.

²² CRETILLA JÚNIOR, José. Anulação do Ato Administrativo por Desvio de Poder, Forense, RJ, 1978.

²³ Idem, pp. 223-224.

²⁴ Curso de direito administrativo, 6ª ed., 1961, p. 72).

Em menção a Castro Nunes²⁵, prescreve que: “Se patente a oposição entre a finalidade objetiva em concreto e a finalidade legal, indevida terá sido a aplicação da lei e, portanto, ilegal o ato”.

Em menção a Celso Antônio Bandeira de Mello²⁶, consigna que aceita a teoria do desvio de poder, em nosso direito, que ao administrador “não lhe é lícito desviar-se dos fins do ato administrativo, e tal se verifica quando pratica ato de sua competência, tendo em vista objetivo diverso do legalmente considerado como próprio de sua atribuição.

(FAGUNDES 1967)²⁷ sustenta que por ser a atividade administrativa, condicionada pela lei e destinada à obtenção de determinados resultados, não pode a Administração Pública deles se desviar, e assim, almejar resultados diversos dos visados pelo legislador. Os atos administrativos por sua vez devem atingir as conseqüências que a lei teve em vista, sob pena de nulidade.

(CIRNE LIMA 1987)²⁸, discorrendo sobre os princípios de direito administrativo, perfila que: “O fim – e não a vontade – domina todas as formas administração. Supõe, destarte, a atividade administrativa a preexistência de uma regra jurídica, reconhecendo-lhe uma finalidade própria. Jaz, conseqüentemente, a administração pública debaixo da legislação de que deve enunciar e determinar a regra de direito”. Para esse autor a Administração “é a atividade do que não é proprietário”, ou seja, daquele que detém competência somente para os fins de administração, não lhe sendo, portanto, conferido autonomia para dispor do interesse público.

Na mesma senda M. Seabra Fagundes, opus citatum²⁹, em estudos sobre o tema instrui que: “A atividade administrativa, sendo condicionada pela lei à obtenção de determinados resultados, não pode a Administração Pública deles se desviar, demandando resultados diversos dos visados pelo legislador. Os atos administrativos devem procurar atingir as conseqüências que a lei teve em vista quando autorizou a sua prática, sob pena de nulidade”. E exemplifica: “Decretada a expropriação de um imóvel no interesse direto de pessoa privada, o ato será inválido por falta de finalidade legal. Terá havido aí desvio de finalidade, ou seja, o que os franceses denominam *détournement de pouvoir*”. E arremata: “A lei previu que o ato fosse prati-

²⁵ Do mandado de segurança, 5ª ed., 1956, p. 201.

²⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de, Princípios gerais de direito administrativo, 1969, v. I, p. 430-431),

²⁷ FAGUNDES, M. Seabra, O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário, Forense Rio, 4ª edição: 1967, p. 79. “A atividade administrativa, sendo condicionada pela lei à obtenção de determinados resultados, não pode a Administração Pública deles se desviar, demandando resultados diversos dos visados pelo legislador. Os atos administrativos devem procurar atingir as conseqüências que a lei teve em vista quando autorizou a sua prática, sob pena de nulidade”.

²⁸ Princípios de direito administrativo, 6ª Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo: 1982, p. 22.

²⁹ O Controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário, 4ª ed. Forense Rio: 1967

cado visando a certa finalidade, mas a autoridade o praticou com finalidade diversa. Ouve uma burla da intenção legal. A autoridade agiu contrariando o espírito da lei. Não importa que a diferente finalidade com que tenha agido seja lícita. Mesmo moralizada e justa, o ato será inválido, por divergir da orientação legal”.

Galba Velloso³⁰ traz que a evolução do desvio de poder até a síntese de Hely Lopes Meirelles é historiada por Darcy Bessone, em trabalho inédito produzido em processo em que foi advogado. Assinalando que: “A teoria da relatividade dos direitos, extraída por Josserand da jurisprudência francesa, conduziu à do abuso de direito, que o nosso direito positivo acolheu até em textos constitucionais (art. 35, par. 1º, e art. 154 da Constituição)”.

E avança concluindo que dessas concepções derivou a teoria do *détournement de pouvoir*, segundo a qual são ilegítimos os atos da Administração que, embora fiéis à norma, atentem contra o fim inspirador de sua elaboração.

Esse autor ratifica que o “*leading case*” da jurisprudência brasileira é o acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte, tendo como relator o Desembargador Seabra Fagundes (AC 1.422, Empresa de Transporte Potiguar Ltda. Vs. Inspetoria Estadual de Trânsito, RDA 14/52): “Poder discricionário da Administração – Abuso desse poder – Mandado de segurança – Direito líquido e certo”.

No que concerne à competência, à finalidade e à forma, o ato discricionário está tão sujeito aos textos legais como qualquer outro.

“O atos que, encobrendo fins de interesse público, deixe à mostra finalidade pessoais poderá cair na apreciação do Poder Judiciário, não obstante originário do exercício de competência livre”.

“O direito, que resulta não da letra da lei, mas do seu espírito, exurgindo implicitamente do texto, também para concessão do mandado de segurança”.

Destaca o seguinte trecho do voto do Relator: “Se entre os limites intransponíveis pela autoridade administrativa está o concernente à finalidade (tantas vezes, aliás, como ressalta Roger Bonnard no seu precioso *Droit Administratif*, p. 34, quase confundida com o motivo), o ato que, encobrendo fins de interesse público, deixe à mostra finalidades pessoais poderá cair na apreciação do Poder Judiciário, não obstante originário do exercício de competência livre”.

Adiantando-se na transcrição desse autor alinha-se ...”ato administrativo que fixou horários para as viagens de vinda e ida do terceiro ônibus do impetrante (10h, 22h), se

³⁰ VELLOSO, Galba, DESVIO DE PODER, Doutrina – Jurisprudência – Aplicação Prática. Malheiros Editores, São Paulo: 2007, p. 19.

depreende do exame conjunto das peças do processo (pedido, informação, contestação e documentos), apesar de praticado no exercício de legítima competência (código de Trânsito, arts. 56, par 2º e 51, “c”) e de ter objetivo lícito (coordenação dos transportes coletivos entre São José e Mipibu e esta Capital), peca por desvio de finalidade, pois, longe de visar, como seria de supor, ao exclusivo interesse público a um serviço de comunicações, o que teve em mira foi cercear a atividade do impetrante, favorecendo o seu concorrente (Serviço de Transporte Mipibuense)”.

“Não visou ao interesse público, que é mister esteja na base de todo ato administrativo (até mesmo os aparentemente individualíssimos, no seu alcance, repercutem sobre o interesse coletivo ou a ele se ligam, ainda que remotamente), carecendo, assim, de um dos elementos essenciais à sua validade (nosso O Controle dos Atos Administrativos, pp. 30, 31 e 51)”.

Consta, outrossim, dessa obra Acórdão do antigo Tribunal de Alçada do Estado de São Paulo, cujo relator foi o Juiz José Geraldo Rodrigues de Ackimin (AC 42.107, Lázaro Antônio Nogueira vs. Prefeitura de Sorocaba, RDA 70/172):

Funcionário público – Demissão – Desvio de poder. É nula a demissão de funcionário praticada com desvio de poder.

O poder de exonerar e de nomear funcionários não é dado, aos administradores, para satisfação de interesses particulares ou simpatias ideológicas ou partidários. É procedente aos arrazoados conclui: Logo, tipicamente ocorreu desvio de poder, com conseqüente nulidade do ato demissório.

Enfatiza outra situação de nulidade em conseqüência do desvio de poder (STF, RMS 2.206-DF, recorrente: Empresa Colbert de Anúncios Ltda./ECAL, rel. Min. Hahnemann Guimarães):

Ementa: Autoridade administrativa não pode revogar o contrato perfeito, mas deve negar execução ao contrato nulo. Não sendo evidente a validade de contrato, a pretensão da autora não pode ser protegida pelo mandado de segurança.

A Empresa Colbert de Anúncios Ltda. (ECAL) requereu ao Juiz da 3ª Vara da Fazenda Pública mandado de segurança contra o ato do Diretor da Estrada de Ferro Central do Brasil, que cancelou o contrato de publicidade em cartazes, celebrado com a requerente, a pretexto de falta de autoridade legal por parte dos que assinaram o contrato em nome da Central, e de falta de concorrência pública.

Sustentou a requerente que o contrato foi assinado por autoridades competentes, o Chefe da Seção Comercial e o do Serviço de Publicidade, como se reconheceu no Decreto n. 24.868, de 24.4.1984, art. 30.

Ainda que não se houvessem observado as normas de competência, o contrato não seria nulo “*ipso iure*”, e foi confirmado ou ratificado pela execução. Quanto à concorrência pública, não é requisito dos contratos celebrados pelas autarquias. Por fim, a Central não podia, por ato sumário e unilateral, cancelar o contrato.

Eis alguns dos institutos jurídicos brasileiros que dispõem sobre essa matéria:

A Constituição da República repudia em diversos mandamentos o abuso de poder, é o que se vê, notadamente nos artigos:

Art. 5º, incisos: LXVIII, LXIX, LXXI, LXXII e LXXIII;

Art. 37 caput, incisos: I, II, III, IV, V, VI, VII, PAR 3º, 4º, 5º e 6º.

Art. 93 incisos: IX e X;

Legislações infraconstitucionais

Lei n. 4.898/65;

Lei n. 4.717/65;

Súmulas do STF

Súmula n. 346. A Administração Pública pode declarar a nulidade dos seus próprios atos.

Súmula n. 473. 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 ressalvadas, em todos os casos, a apreciação judicial.

Nas irretocáveis palavras do festejado administrativista Celso Antônio Bandeira de Mello (2006)³¹ o Estado de Direito quer-se o governo das leis e não o governo dos homens, consoante a clássica assertiva proveniente do Direito inglês. Inere-se que é ao Poder Legislativo a atribuição editar as normas sociais e ao Poder Executivo, através de seus agentes implementar o que lhe couber por direito ou dever.

O Estado Moderno, denominado Estado de Direito, é circunscrito por normas legais, cujas peculiaridades básicas são a, generalidade e a impessoalidade impreterivelmente apreciada

³¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira, **Curso de Direito Administrativo**, 21ª Edição, Editora Malheiros, São Paulo, 2006. “O Estado de Direito quer-se o governo das leis e não o governo dos homens, consoante a clássica assertiva proveniente do Direito inglês. Isto significa que é ao Poder Legislativo que assiste o encargo de traçar os objetivos públicos a serem perseguidos e de fixar os meios e os modos pelos quais hão de ser buscados, competindo à Administração, por seus agentes, o mister, o dever, de cumprir dócil e fielmente os “*desiderata*” legais, segundo os termos estabelecidos em lei. Assim, a atividade administrativa encontra na lei tanto seus fundamentos quanto seus limites”.

pelo Poder Legislativo, pois, consoante Art. 48, caput, da Constituição da República, “Cabe ao Congresso Nacional, com a sanção do Presidente da República, [...] dispor sobre todas as matérias de competência da União[...].

Alberga igualmente a Carta Republicana em seu Art. 5º, inciso II, que: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. Conforme se infere, o mandamento escorado neste inciso não é outro senão em virtude de lei, e quando a referência é lei, não cabe ao interprete, estender esta disposição para outras modalidades normativas. Decorrendo daí o denominado Estado de Direito. De sorte que a atuação do administrador público deve guardar estreita consonância com os contornos traçados pelo legislador, sendo-lhe vedado qualquer iniciativa cujo escopo é provocar inovações originaria á lei.

(CRETELLA 1978)³² em sua obra Anulação do Ato Administrativo por Desvio de Poder, faz a seguinte anotação: “O desvio de poder ou desvio de finalidade é aspecto vicioso do ato administrativo que, ultrapassando-lhe a epiderme, chega ao próprio cerne da medida, devassando a intenção do administrar e eivando de nulidade a providência tomada”. Sendo, portanto, de extrema atualidade e relevância ao direito público.

E é através dos atos próprios do administrador que o Estado sinaliza suas intenções e materializa os interesses da sociedade.

(MEIRELLES 2006, p. 110), discorrendo acerca do uso de poder consigna que o uso do poder é prerrogativa da autoridade, que há que ser usado normalmente, sem abuso. Discorre que usar normalmente o poder é empregá-lo segundo as normas legais, a moral da instituição, a finalidade do ato e as exigências do interesse público. Enfatiza que abusar do poder é empregá-lo fora da lei, sem utilidade pública.

O uso do poder é uma prerrogativa da Administração Pública. O poder é confiado ao administrador público para ser usado em prol da coletividade administrada, sem abuso.

Empregar o poder dentro da normalidade é utilizá-lo de conformidade com as normas legais, a moral da instituição, a finalidade do ato e as exigências do interesse público. Ao revés, abusar do poder é empregá-lo fora da lei, sem utilidade pública. A utilização desproporcional do poder, o emprego arbitrário da força, a violência contra o administrador constituem formas abusivas do uso do poder estatal, não toleradas pelo Direito e nulificadoras dos atos que as encerram.

³² CRETELLA JÚNIOR, José. Anulação do Ato Administrativo por Desvio de Poder, Forense, RJ, 1978, p. 1.

Por sua vez traçados os contornos legais pelo legislador, impõe-se à Administração Pública o dever de se adstringir aos termos delas, nos exatos mandamentos preconizados pelos seus termos, pois, está o princípio da legalidade, esculpido no Art. 37, caput, da CF/88.

O uso do poder é lícito, o abuso, sempre ilícito. Daí porque todo ato abusivo é nulo, por excesso ou desvio de poder. Consoante lição de Carlos Ari Sundfeld³³ os direitos são atingidos por duas espécies de atos estatais, cuja distinção é radical e importante; de um lado, os que condicionam o direito, de outro, os que sacrificam-no. (1993, p. 53).

Os entes e os órgãos da Administração Pública direta e indireta na realização das atividades que lhes competem regem-se por normas. Além das normas específicas para cada matéria ou setor, há preceitos gerais que informam amplos campos de atuação.

A Administração Pública deve sujeitar-se aos termos da lei. O administrador público deve obedecer as determinações legais no que diz respeito à competência, finalidade e forma, mesmo no exercício das atividades discricionárias, agindo dentro dos limites da conveniência e da oportunidade administrativas.

Deve-se destacar que a autoridade pública no uso do poder que lhe é concedido deve atuar dentro de certos limites e atender sua forma legal de utilização.

Para que um ato que emane da autoridade possa ser considerado irretorquível deve estar de acordo com a lei, com os princípios morais da instituição e obedecer ao interesse público, sob pena de nulidade. José dos Santos Carvalho Filho (2008)³⁴.

O uso do poder só se torna legítimo “quando aplicado para a consecução de interesses públicos e na medida em que for necessário para satisfazer tais interesses” no magistério de Diógenes Gasparini³⁵(1995).

Esses gestores quando investidos de competência decisória passam a ser autoridades que detém poderes e deveres específicos do cargo ou da função que exercem, e estão imbuídos de responsabilidades próprias de suas atribuições.

³³ SUNDFELD, Carlos Ari, Direito Administrativo Ordenador, Ed. Malheiros, 1ª Edição, São Paulo, 1993.

³⁴ Manual de Direito Administrativo, Ed. Lúmen Júris, 6ª Edição. 2008. p. 26. “o poder administrativo representa uma prerrogativa especial de direito público outorgada aos agentes do Estado” e “o uso do poder, portanto, é a utilização normal, pelos agentes públicos, das prerrogativas que a lei lhes confere”.

³⁵ Direito Administrativo, 4ª ed. Ed. Saraiva, São Bernardo do Campo-SP: 1995, p. 54.

Conforme Alice Gonzalez Borges ³⁶ é bem recente a conquista do estado pelo direito na historia dos povos, menos ainda em um país que viveu tanto tempo sob o crivo totalitário.

A CF/88, em seu Art. 37, caput, retrata a indubitosa opção do legislador constituinte quanto à necessidade de que todos os agentes públicos e aqueles que se relacionam com a Administração Pública pautem seus comportamentos em consonância com os postulados informadores da atuação estatal: legalidade, moralidade, impessoalidade, publicidade e eficiência.

Com esse norte, evidenciou-se que a Administração Pública, está jungida a observância integral dos princípios objetivados na Lei Maior. A par de estabelecer os princípios norteadores da Administração Pública, a legislação administrativa instrumentaliza o administrador público com os poderes/deveres, vislumbrando atingir os fins exigíveis pelo interesse público. Investidos desses poderes, o administrador deve exercê-los dentro dos limites legalmente entabulados.

A investidura da autoridade pública dos poderes instrumentais a ele conferidos, não constitui privilégio de cunho pessoal, mas sim, prerrogativa inerente à função afeta a determinado órgão público que, por intermédio de seus agentes, não pode exercê-la de maneira arbitrária ou desmedida, mas sim conforme à lei.

³⁶ BORGES, Alice Gonzalez. O direito Administrativo e a realidade política e social brasileira atual. São Paulo: Esplanada 1997. BLA n. 21/710-712. MOTTA, apud Carlos Pinto Coelho, Curso Prático de Direito Administrativo, Ed. Del Rey, Belo Horizonte, 1999, p. 77. Verdade é que a conquista do Estado pelo direito é ainda recente, na historia dos povos, e não está terminada em toda a parte, muito menos em um país que viveu tanto tempo sob o signo dos totalitarismo. Ainda segundo Prosper Weil, o próprio nome de Poder Executivo – executor das leis – já representa uma espécie de exorcismo, para esconjurar os riscos inerentes à força natural daquele, entre os três poderes, que encerra o Maximo de perigo para os direitos fundamentais dos cidadãos. Pois, na realidade, em toda a parte em todas as épocas, o Poder Executivo tem sido, diz Celso Antonio Bandeira de Mello, o mais atrevido, o mais audacioso e o mais renitente extravasador das próprias competência e violador dos direitos dos cidadãos. Ou seja: o próprio abusador do poder político. Na sabedoria insuperada e sempre atual de Montesquieu, “temos a experiência eterna de que todo aquele que tem em mãos o poder é levado a abusar dele; e assim prossegue até que encontre limites. Quem o diria? – até a virtude tem limites. Para que não se possa abusar do poder, é preciso que , pela disposição das coisas, o poder detenha o poder”. Isto quer dizer que, se o executivo tem tamanha vocação para abusar de seus poderes, próprios da parte de leão que lhe toca, é necessário que haja um legislativo vigiante e um Judiciário independente, para conter seus excessos. Ora, o que vemos neste País? Os chefes do Poder Executivo não querem ajustar seus projetos econômico-político-sociais à Constituição; ao do país, como seria o racional. Vendo no Texto Maior, supostamente, o maior obstáculo a uma pretensa “governabilidade”, querem é adaptá-la a seus próprios planos governamentais. Somos atualmente, no dizer de Celso Antonio Bandeira de Mello, o único país do mundo governado em suaves (mas nem tanto) prestações mensais. Isto, através da multiplicidade das medidas provisórias, pelas quais o Executivo usurpa, sem a menor cerimônia, a função legislativa. Mensalmente, repete e prorroga, dez, vinte vezes seguidas, a validade dessas medidas; e, violando frontalmente a Constituição, chega ao supremo requinte, de dispor sobre os efeitos jurídicos da medida provisória anterior, “convalidando-os”, o que é, na expressa letra do Texto Maior, exclusiva atribuição do Congresso. Tudo isto se passa ante a inércia, a vergonhosa cumplicidade, a verdadeira covardia, com que o Legislativo, talvez em troca de favores fáceis e imediatos, se está acomodando a tal situação, traíndo os superiores interesses que tem a missão de defender, abdicando da independência que a Constituição amplamente lhe assegura. [...] Ultimamente, vem-se esboçando uma certa reação do Poder Judiciário, mas ainda não suficiente vigorosa, para deter a escalada do Executivo no desrespeito aos princípios fundamentais da Constituição.

Quando, portanto, o administrador público ausenta dos preceitos legais e de maneira arbitrária e abusiva viola direitos incide em abuso de poder. Pois, frize-se os poderes conferidos ao administrador é para ser usado somente no interesse público.

O Tribunal de Justiça de São Paulo, (RT 332:226) conceitua o abuso de poder como sendo todo o ato que, em princípio, autorizado legalmente, se executa em desconformidade ao ordenamento jurídico ou com excesso na sua limitação.

Diógenes Gasparini³⁷, averba que Abuso de poder é toda ação que torna irregular a execução do ato administrativo, legal ou ilegal, e que propicia, contra seu autor, medidas disciplinares, civis e criminais.

Hely Lopes Meirelles (1991)³⁸, discorre que abuso de poder ocorre quando a autoridade, embora competente para praticar o ato, ultrapassa os limites de suas atribuições ou se desvia das finalidades administrativas.

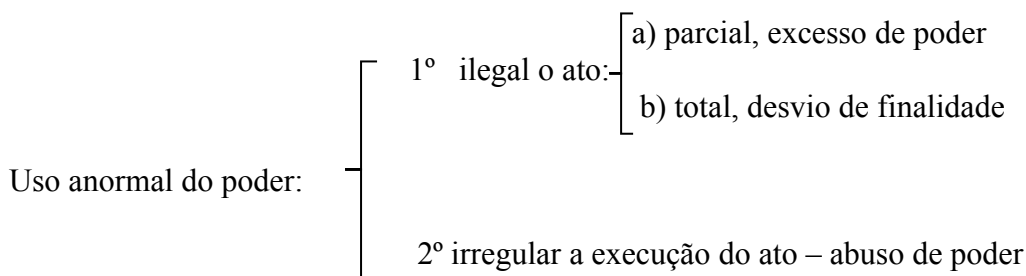
O abuso de poder, como todo ilícito, reveste-se das mais diversas formas. Ora se apresenta ostensivo como a truculência, às vezes dissimulando como o estelionato, e não raro encoberto na aparência ilusória dos atos legais. Em qualquer desses aspectos – flagrante ou disfarçado – o abuso do poder é sempre uma ilegalidade invalidadora do ato que o contém. Com base nesse raciocínio o Conselho de Estado da França, passou a anular os atos abusivos das autoridades administrativas, praticados com excesso de poder ou desvio de finalidade, desde o famoso caso *Lesbats* (1864), dando origem à teoria do *excés* ou do *détournement de pouvoir* hoje aceita e consagrada pelos países democráticos, sob as mais diversas denominações (*desviación de poder dos espanhóis; sviamento di potere*, dos italianos; *abuse of discretion*, dos norte-americanos), para reprimir a ilegalidade pelo mau uso do poder.

(GASPARINI 1995), por sua vez, leciona que o uso anormal do poder é circunstância que torna ilegal, total ou parcialmente, o ato administrativo ou irregular a sua execução. Na primeira hipótese, há desvio de finalidade ou excesso de poder, conforme a ilegalidade seja total ou parcial, enquanto, na segunda, há abuso de poder.

³⁷ DIÓGENES Gasparini, Direito Administrativo, Ed. Saraiva, 4ª Ed. São Bernardo do Campo: 1995, p. 58.

³⁸ MEIRELLES, Hely Lopes, Direito Administrativo Brasileiro, 16ª Edição, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo-SP: 1991, pp. 90-91.

Apresentando num quadro sinótico o seguinte esquema³⁹:



Diversamente da maioria dos doutrinadores, que empregam a expressão abuso de poder para indicar o gênero e as locuções desvio de finalidade e excesso de poder para indicar as espécies, Gasparini estabelece o gênero uso anormal do poder e duas espécies sendo o ato ilegal, que pode ser parcial desaguando no excesso de poder e, total - que resulta no desvio de finalidade e, por fim, a segunda espécie que é a irregular execução do ato – que enseja o abuso de poder. E consigna que como quer alguns mestres do Direito Administrativo, tampouco se pode ter o desvio de finalidade e o excesso de poder como espécies de abuso de poder. Cada uma dessas expressões encerra realidade distinta, cabendo à doutrina distingui-la.

(GASPARINI 1995)⁴⁰, imbuído do mister de declinar a distinção entre esses institutos consigna que o Direito brasileiro, a começar pelas Cartas Constitucionais Federais, como faz o atual art. 5º, LXIX, sempre distinguiu, ao tratar do mandado de segurança, a ilegalidade do abuso de poder. Reprime-se o ilegal e o abusivo. De outro modo: condena-se o ato ilegítimo tanto quanto a execução de ato válido, ou ilegal, realizado com abuso de poder. Enfatiza que a ilegalidade diz respeito ao ato em si mesmo. O ato ilegal é o que não se conforma com a lei que o autoriza. Há um flagrante descompasso entre um e outra. O abuso de poder diz respeito à execução do ato e, é exatamente nesta execução que encerra a irregularidade.

Para este doutrinador o desvio de finalidade e o excesso de poder são defeitos do ato, em face da legalidade, que se submetem a regimes diferentes. Nessa perspectiva, o desvio de finalidade concretiza quando o agente exerce sua competência para alcançar fim diverso do interesse público.

O excesso de poder caracteriza quando o próprio conteúdo do ato vai além dos limites legais fixados. O disposto no ato excede o conteúdo. Ex. permissão de uso de bem público por tempo certo, ao invés de precário.

³⁹ DIÓGENES Gasparini, Direito Administrativo, Ed. Saraiva, 4ª Ed. São Bernardo do Campo: 1995, p. 54.

⁴⁰ Idem, p. 56.

Concluindo que o desvio de finalidade e o excesso de poder, defeitos não caracterizadores de uma operação material, mas traços que tipificam a ilegalidade total ou parcial do ato administrativos imperceptíveis podem-se dizer, aos olhos do leigo. O abuso de poder, defeito caracterizador de uma operação material contra a pessoa ou seu patrimônio, até a esses olhos é visível, pois patente, concreto, violento e imoral quando praticado pelo agente publico, sendo que este ataca a execução do ato enquanto aqueles o próprio ato. Ressaltando que o abuso de poder não leva a nulidade ao ato que lhe deu causa. O uso arbitrário do direito de ingressar em bem imóvel declarado de utilidade pública para fins de expropriatórios não nulifica o ato de desapropriação. Esse mau uso do direito pode levar o agente a satisfazer uma indenização por perdas e danos, sem prejuízo da ação penal.

(ALEXANDRINO, PAULO⁴¹ 2006) também distingue o abuso de poder como decorrente de duas causas:

- a) ação do agente fora dos limites de sua competência (excesso de poder);
- b) ação do agente, embora dentro de sua competência, afastada do interesse público (desvio de finalidade).

Perscrutando a obra Curso de Direito Administrativo do festejado doutrinador Celso Antônio Bandeira de Mello (2006), nota-se que este autor trata do desvio de poder quando discorre sobre a extensão do controle judicial da discricionariedade administrativa, pontuando que “no desvio de poder o agente, ao manipular um plexo de poderes, evade-se do escopo que lhe é próprio, ou seja, extravia-se da finalidade cabível em face da regra em que se calça. Em suma: o ato maculado deste vício direciona-se a um resultado diverso daquele ao qual teria de aportar ante o objetivo da norma habilitante.

Através da Constituição e das leis os cidadãos recebem uma serie de direitos. Cumpre, todavia, que o seu exercício seja compatível com o bem-estar social. Em suma, é necessário que o uso da liberdade e da propriedade esteja entrosado com a utilidade coletiva, de tal modo que não implique uma barreira capaz de obstar à realização dos objetivos públicos. Com efeito, a intervenção da Administração em todo e qualquer setor, quer no exercício de competência vinculada, quer em comportamento discricionário, nada mais pode almejar senão o fiel implemento do comando legal. Ruy Cirne Lima⁴², em frase lapidares, condensou a idéia essencial de Administração: “a administração é a atividade do que não é senhor absoluto”. “Opõe-se a noção de administração à de propriedade, nisto que, sob

⁴¹ ALEXANDRINO, Marcelo, PAULO Vicente. Direito Administrativo, 12ª Edição, Editora Impetrus, Niterói-RJ, 2006. pp. 163-164.

⁴² Ruy Cirne Lima, Princípios de Direito Administrativo, 1954, p. 21).

administração, o bem não se entende vinculado à vontade ou personalidade do administrador, porém, à finalidade impessoal a que essa vontade deve servir” (ob. cit., p. 20). “A relação de administração é a relação jurídica que se estrutura ao influxo de uma finalidade cogente” (ob. cit., p. 53). Na administração o dever e a finalidade são predominantes; no domínio, a vontade” (ob. cit., p. 54). “O fim e não a vontade domina todas as formas de administração. Supõe-se destarte a atividade administrativa a preexistência de uma regra jurídica reconhecendo-lhe uma finalidade própria. Jaz conseqüentemente a Administração Pública debaixo da legislação que deve enunciar e determinar a regra de Direito” (ob. cit., p. 22). MELLO (2006, pp. 776-777).

José dos Santos Carvalho⁴³ consigna o desvio de poder é a modalidade de abuso em que o agente busca alcançar fim diverso daquele que a lei lhe permitiu. A finalidade da lei está sempre voltada para o interesse público.

Já Maria Sylvia Zanella Di Pietro⁴⁴ trata o desvio de poder ou desvio de finalidade, como um vício relativo à finalidade, definido pela Lei n. 4.717/65 como aquele que se verifica quando “o agente pratica o ato visando a fim diverso daquele previsto, explícita ou implicitamente, na regra de competência” (art. 2, parágrafo único).

Assevera ainda que mais uma vez, o conceito legal, está incompleto. Visto que a finalidade pode ter duplo sentido (amplo e restrito), pode-se dizer que ocorre o desvio de poder quando o agente pratica o ato com inobservância do interesse público ou com objetivo diverso daquele previsto explícita ou implicitamente na Lei. O agente “desvia-se” ou “afasta-se” da finalidade que deveria atingir para alcançar resultado diverso, não amparado pela lei.

O desvio de poder é conduta mais visível nos atos discricionários. Decorre desse fato a dificuldade na obtenção da prova efetiva do desvio, sobretudo porque a ilegitimidade vem dissimulada sob a aparência da perfeita legalidade.

Sábias foram as palavras de Hely Lopes Meirelles⁴⁵ ao discorrer que tais desvios ocorrem, v. g. quando a autoridade pública decreta uma desapropriação alegando utilidade pública mas visando, na realidade, a satisfazer interesse pessoal próprio ou favorecer algum particular com a subsequente transferência do bem expropriado; ou quando outorga uma permissão sem interesses coletivos; ou, ainda, quando classifica um concorrente por favoritismo, sem atender aos fins objetivados pela licitação.

⁴³ Manual de Direito Administrativo, p.40

⁴⁴ Direito Administrativo, p. 249

⁴⁵ idem, p. 96.

Por certo, o poder de agir outorgado ao agente público sempre pressupõe que este o faça com o intuito de preservar o interesse público e não com a intenção de favorecer interesses privados e estranhos à Administração Pública.

Marcel Waline, citado por Celso Antônio Bandeira de Mello no referido artigo, enuncia que “em numerosos casos a intenção do legislador, conferindo certos poderes à administração, é a de que esta os utilize, não em vista de qualquer interesse público, mas exclusivamente em vista de um fim bem determinado; neste caso, todo uso de um tal poder em vista de um fim, mesmo que de utilidade pública, diverso daquele que foi previsto e querido pelo legislador, é um desvio de poder; e é ainda um caso de nulidade do ato administrativo” (RDA 172:6).

Daí a doutrina estabelecer que o desvio de poder é possível de caracterizar-se quando ocorre perseguição pelo autor do ato de um fim estranho ao interesse geral (inimizade pessoal, motivação político-ideológica etc), ou então o fim perseguido, conquanto de interesse geral, não era aquele que precisamente a lei assinalava para a edição do ato.

Justifica-se que o ato seja maculado na sua essência porquanto o administrador não pode gerir a coisa pública de forma distinta daquela definida pelo povo por meio do Poder Legislativo, espaço único no qual se instituem e definem as competências.

Por isso, é que se mantém atual a lição de Caio Tácito ao assinalar que “a destinação da competência do agente preexiste à sua investidura. A lei não concebe a autorização para agir sem um objetivo próprio. A obrigação jurídica não é uma obrigação inseqüente: ela visa um fim especial, presume um endereço, antecipa um alcance, predetermina o próprio alvo. Não é facultado à autoridade suprimir esta continuidade, substituindo a finalidade legal do poder com que foi investido, embora pretendendo resultado materialmente lícito” (RDA 172:7).

Preceitua José Cretella Júnior⁴⁶ que contrariada a finalidade exposta na lei, é razoável cogitar de violação ao postulado da legalidade posto que “o desvio de poder consiste num afastamento do espírito da lei, ou seja, para empregar uma expressão adaptada do direito penal uma *aberratio finis legis*”

Em preciosa monografia sobre o tema, José Cretella Junior⁴⁷, alerta sobre a dificuldade de prova dos atos praticados com desvio de poder, entretanto, oferece a noção dos “sintomas denunciadores” do desvio de poder. Chama sintoma “qualquer traço, interno ou

⁴⁶ “Tratado de Direito Administrativo”, p.242

⁴⁷ “Anulação do Ato Administrativo por Desvio de Poder”, p. 93

externo, direto, indireto ou circunstancial que revele a distorção da vontade do agente público ao editar o ato, praticando-o não por motivo de interesse público, mas por motivo privado”.

Conclusão

Das consignações retratadas na presente pesquisa, objetivou-se ao menos chamar a atenção pela essencialidade do tema alinhado, pois, é cingido pelo próprio ramo do direito administrativo, que o Estado torna eficaz todos os direitos, garantias e deveres consagrados na Constituição Republicana. E como responsável por tão amplas atribuições deve ele estar preparado para implementar seu mister com observância aos postulados constitucionais, aos direitos humanos, os princípios norteadores da Administração Pública e a legislação em geral, pois ressalte-se, “os direitos do homem geram os deveres do Estado, cujo poder é submisso ao domínio da lei”. Caio Tácito (1975, p. 1)⁴⁸.

Na mesma senda enfatiza Hely Lopes Meirelles (2001)⁴⁹ no sentido de que o “poder é confiado ao administrador público para ser usado em benefício da coletividade administrada, mas usado nos justos limites que o bem-estar social exigir. A utilização desproporcional do poder, o emprego arbitrário da força, a violência contra o administrado constituem formas abusivas do uso do poder estatal, não toleradas pelo Direito e nulificadoras dos atos que as encerram”.

“O uso do poder é lícito; o abuso, sempre ilícito. Daí por que todo ato abusivo é nulo, por excesso ou desvio de poder.”

⁴⁸ TÁCITO, Caio, Direito Administrativo, Edição Saraiva, São Paulo: 1975, p. 1.

⁴⁹ Direito Administrativo Brasileiro. 26ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 102.

BIBLIOGRAFIA

ALEXANDRINO, Marcelo, PAULO Vicente, **Direito Administrativo**, 12ª Edição, Editora Impetrus, Niterói-RJ, 2006.

BRAZ, Petronio. **Manual de Direito Administrativo**. 2ª Ed., Editora de Direito, São Paulo. 2001.(p.541).

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª Edição, Editora Almedina. Coimbra – Portugal, 2007.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 19ª Edição, Lúmen Júris Editora, Rio de Janeiro: 2008.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2000.

CERQUINHO, Maria Cuervo Silva e vaz, **O Desvio de Poder no Ato Administrativo**, Ed. Revista dos Tribunais: São Paulo, 1979.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Anulação do Ato Administrativo por Desvio de Poder**, Forense, RJ, 1978.

_____. **Do Desvio de Poder**, Ed. Revista dos Tribunais LTDA, S. Paulo: 1964.

ELIAS, Nortert. **A Sociedade de Corte**. Editora: Jorge Zahar. tradutor: Pedro Sussekink, 2001.

FAGUNDES, M. Seabra, **O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário**, Forense Rio, 4ª edição: 1967.

GOMES, Luiz Flávio, Organização, **Constituição Federal de 1988**, Ed. Revista dos Tribunais, 10ª Edição, São Paulo: 2008.

MELLO, Celso Antônio Bandeira, **Curso de Direito Administrativo**, 21ª Edição, Editora Malheiros. São Paulo: 2006.

MAQUIAVEL, Nicolau. **O Príncipe**. Editora Martin Claret. 2002.

MEIRELLES, Hely Lopes, **Direito Administrativo Brasileiro**, 16ª Edição, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo-SP: 1991.

_____., **Direito Administrativo Brasileiro**, 32ª Edição, Malheiros Editores, São Paulo-SP: 2006.

MOTTA, Carlos Pinto Coelho, **Curso Prático de Direito Administrativo**, Ed. Del Rey, Belo Horizonte, 1999.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. **Direito Administrativo**, Atlas, SP: 2006.

SUNDFELD, Carlos Ari, **Direito Administrativo Ordenador**, Ed. Malheiros, 1ª Edição, São Paulo: 1993.

TÁCITO, Caio, **Direito Administrativo**, Edição Saraiva, São Paulo: 1975

VELLOSO, Galba, **Desvio de Poder**, Doutrina – Jurisprudência – Aplicação Prática. Malheiros Editores, São Paulo: 2007.