



PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO

REVISTA ELETRÔNICA DA FACULDADE DE DIREITO DA PUC-SP

ALGUNS APONTAMENTOS SOBRE O DESVIO DE PODER

Carolina Zancaner Zockun

Procuradora da Fazenda Nacional

Professora de Direito Administrativo da PUC/SP

Professora no Curso de Especialização em Direito Administrativo (Cogeae) da PUC/SP

Palavras-chaves: desvio de poder, finalidade, discricionariedade, função administrativa, princípio da legalidade, restauração da legalidade, razoabilidade, solução-ótima, interesse público, sindicabilidade.

I – Resumo

O presente estudo tem por finalidade identificar em que acepção o desvio de poder (ou desvio de finalidade) é tratado pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Nesse labor investigativo do sentido, conteúdo e alcance deste vício normativo, buscar-se-á analisar o texto do direito positivo sob o plano pragmático, sintático e semântico.

Para tanto, examinar-se-á, logo de início, o princípio da legalidade, seu conteúdo, fundamento e configuração dada pelo atual Texto Constitucional. Após, analisar-se-á brevemente a função administrativa e o exercício da competência discricionária.

A partir daí, avaliar-se-á o desvio de poder, conceituando-o e identificando suas modalidades, suas formas de surgimento, a natureza de seu vício e a questão da necessidade probatória, bem como analisar-se-á os instrumentos conferidos aos administrados, pela ordem jurídica, para a fulminação deste vício.

Os textos estrangeiros citados foram traduzidos para o português, pela autora, respeitado seu sentido original, sujeito, no entanto, às limitações inerentes às traduções desta natureza.



II – Do Princípio da Legalidade

O princípio da legalidade significa que o sistema legal é o fundamento de toda ação ou omissão dos cidadãos e governantes. Assim, o princípio da legalidade indica que o vetor a ser seguido por um Estado erigido sob a forma de um Estado de Direito é aquele estabelecido pela lei – e somente por ela.

É certo que a obediência à lei não somente se restringe à sua literalidade, mas, principalmente, a seu espírito, à sua consagração como instrumento de agregação de valores e princípios de uma sociedade em dado espaço e tempo.

J.J. FERREIRO LAPATZA acrescenta que a força da lei advém do fato de ser a mais genuína forma de representação da vontade popular. Assim, continua o mestre, o princípio da legalidade adverte que só a lei pode regular determinadas matérias, precisamente aquelas que garantem uma organização social baseada na liberdade individual¹.

A Constituição Federal, em seu artigo 5º, II, adota precisamente este entendimento, ao dispor: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

¹ **LAPATZA, J. J. FERREIRO.** (“El Principio de Legalidad y La Reserva de Ley”. *Revista de Direito Tributário*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, nº 50, página 7). Na íntegra e no original o autor averba: “El rango de la Ley, la fuerza de la Ley, en nuestro ordenamiento, como en todos aquellos que tratan de organizar una democracia pluralista de acuerdo con el principio de la división de poderes, deriva, insistimos de que ella es la expresión más genuina y representativa de la voluntad popular. La Ley representa la voluntad de autoformación de una colectividad que no reconoce otros poderes que los que emanan del conjunto de los ciudadanos que forman parte de ella. Refleja las normas que la comunidad se da a sí misma a través de sus representantes y debe contener, por tanto, el entramado básico del sistema jurídico, aquel en que se basa y encuentra apoyo el resto de la normativa que configura el ordenamiento. Pues sólo reservando a la ley tal entramado básico el sistema garantiza la primacía de la voluntad popular.

El principio de legalidad, según el cual la Ley y sólo la Ley ha de regular ciertas materias [sic], precisamente aquellas que garantizan una organización social basada en la libertad individual, incorpora, esencialmente, la idea de que en una sociedad libre sólo la comunidad puede darse a sí misma, a través de sus representantes, normas sobre tales materias.”



PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO

REVISTA ELETRÔNICA DA FACULDADE DE DIREITO DA PUC-SP

A prescrição normativa acima transcrita sintetiza, portanto, o princípio da legalidade, condicionando seu conteúdo a três focos principais de interpretação, quais sejam, (i) o de que os cidadãos somente serão obrigados a atuar ou a se omitir se houver prescrição legal; (ii) a inexistência de lei sobre determinada conduta significa que ela é permitida aos particulares; e (iii) não pode a autoridade se valer de outro veículo normativo para compelir a atuação do particular, pois só a lei obriga. E lei é o ato normativo oriundo de atividade típica do Poder Legislativo, órgão vertical do Estado e titular da representação popular por excelência, que inova de modo inaugural o ordenamento jurídico, após regular processo legislativo².

O inesquecível Prof. **GERALDO ATALIBA**³ acrescenta que “*é mais que isso: a lei é, no direito constitucional brasileiro, necessariamente genérica, isônoma, abstrata e irretroativa*”.

Com maestria, **JOSÉ AFONSO DA SILVA**⁴ adiciona que a lei não pode ficar num campo meramente normativo, não pode ser apenas lei de arbitragem, precisa, pois, influenciar a realidade social, implicando diretamente em alterações na situação da comunidade.

É por tal razão que, acertadamente, o Prof. **CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO** entende que descendem da legalidade, os princípios da finalidade, da razoabilidade, da proporcionalidade, da motivação e da responsabilidade do Estado⁵.

Assim é que a lei – e sua aplicação – deve guardar conformidade com os princípios da proporcionalidade (justa medida), da razoabilidade⁶

² Conforme **OSWALDO ARANHA BANDEIRA DE MELLO**. *Princípios Gerais de Direito Administrativo*. Vol. 1. Rio de Janeiro: Ed. Forense, página 260.

³ **ATALIBA, GERALDO**. *República e Constituição*. São Paulo: Malheiros Editores, 2ª Ed., 1998, página 124.

⁴ **SILVA, JOSÉ AFONSO DA**. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros Editores, 23ª Ed., 2004, p. 121.

⁵ **BANDEIRA DE MELLO, CELSO ANTÔNIO**. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Editora Malheiros, 21ª Ed., 2006, página 66.

⁶ Magistralmente, **CARLOS MAXIMILANO** averbou: “*Deve o Direito ser interpretado inteligentemente, não de modo a que a ordem legal envolva um absurdo, prescreva*



REVISTA ELETRÔNICA DA FACULDADE DE DIREITO DA PUC-SP

(obediência a critérios adequados quanto à racionalidade⁷), da finalidade (sujeição ao intento e espírito da lei), da motivação (obrigação de demonstração que os fatos se subsumem à lei, para que esta possa ser aplicada) e da responsabilidade do Estado (imposição de que o Estado também se submete à lei, sendo responsável, portanto, pelos seus atos).

III - Da Função Administrativa

A atuação administrativa é pautada pelo princípio da legalidade administrativa⁸, cujo fundamento constitucional é o artigo 37, *caput*.

Tal artigo estabelece que a Administração Pública deve obediência à legalidade; legalidade esta diversa daquela disposta no artigo 5º, II, pois a submissão do Estado à lei enseja que este só atue em estrita conformidade com os ditames nela estabelecidos.

É dizer: se os particulares podem fazer tudo o que não está proibido em lei, à Administração só é permitido atuar dentro dos precisos limites legais.

Como bem acentuaram os eminentes professores **ADILSON ABREU DALLARI** e **SÉRGIO FERRAZ**: “*Sempre é bom recordar que existe uma enorme e, até mesmo, paradoxal diferença entre as relações jurídicas de direito público e as relações jurídicas de direito privado: os particulares agem com ampla liberdade,*

inconveniências, vá ter a conclusões inconsistentes ou impossíveis” (Hermenêutica e Aplicação do Direito. Porto Alegre: Editora Livraria do Globo, 2ª Ed., 1933, página 183).

⁷ **WEIDA ZANCANER**, em artigo de leitura obrigatória, assentou “*a razoabilidade não se restringe apenas à mera análise para conferir se um ato, uma lei, ou uma sentença foram editados, ou não, de forma coerente com as normas que os presidiram. O princípio da razoabilidade compreende, além da análise da coerência dos atos jurídicos, a verificação de se esses atos foram ou não editados com reverência a todos os princípios e normas componentes do sistema jurídico a que pertencem, isto é, se esses atos obedecem ao esquema de prioridades adotado pelo próprio sistema.*” (“Razoabilidade e Moralidade”. *Estudos em Homenagem a Geraldo Ataliba*. Vol. 2. São Paulo: Malheiros Editores, 1997, páginas 624).

⁸ Também conhecido como princípio da legalidade restrita ou princípio da restritividade, conforme **EDMIR NETTO DE ARAÚJO**. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Editora Saraiva, 2005, página 51.



PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO

REVISTA ELETRÔNICA DA FACULDADE DE DIREITO DA PUC-SP

*mas são desprovidos de poderes e prerrogativas; a Administração é detentora de poderes e prerrogativas, mas não tem liberdade.*⁹

Em suma, o saudoso Prof. **HELIO LOPES MEIRELLES**, averbou:

*“Na Administração Pública não há liberdade nem vontade pessoal. Enquanto na administração particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza”*¹⁰.

Assim, o princípio da legalidade possui duas facetas: a legalidade que permeia a atuação dos particulares e a legalidade atrelada à função administrativa.

Em continuidade, o mestre **SANTI ROMANO**¹¹ concluiu *“é princípio fundamental do direito público moderno que esta função deva ser exercida dentro dos limites da ordenação jurídica e segundo os escopos traçados pela lei, que é a sua fonte principal”*.

O jurista luso **MARCELO CAETANO**¹² registrou que a Administração Pública, num regime de legalidade, está subordinada à lei. A sua atividade, portanto, tem que ser legal, ou seja, tem que se desenvolver nos moldes precisos traçados pela lei.

No mesmo sentido, **LÚCIA VALLE FIGUEIREDO**¹³ aduz que há de se entender como regime da estrita legalidade não apenas a proibição prática de atos vedados pela lei, mas, sobretudo, a prática, tão-somente, dos expressamente por ela permitidos.

⁹ **DALLARI, ADILSON ABREU e FERRAZ, SÉRGIO.** *Processo Administrativo*. São Paulo: Malheiros Editores, 2ª Ed., 2007, pág. 72.

¹⁰ **MEIRELLES, HELIO LOPES.** *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros Editores, 27ª Ed., 2002, p. 86.

¹¹ **ROMANO, SANTI.** *Princípios de Direito Constitucional Geral*. Tradução de Maria Helena Diniz. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1977, página 255.

¹² **CAETANO, MARCELO.** *Princípios Fundamentais de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1977, página 95.

¹³ **FIGUEIREDO, LÚCIA VALLE.** *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros Editores, 7ª Ed., 2004, página 66.



PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO

REVISTA ELETRÔNICA DA FACULDADE DE DIREITO DA PUC-SP

Assim é que a atividade administrativa só pode agir debaixo da lei, ou seja, a função administrativa, na visão de **MICHEL STASSINOPOULOS**¹⁴, dá-se *secundum legem*, jamais *ultra* ou *contra legem*.

É por isso que a função administrativa é definida¹⁵ como a função do Estado, ou de quem lhe faça as vezes, no exercício de prerrogativas públicas e dentro de uma estrutura hierárquica, **para fiel aplicação da lei**, mediante **comandos complementares dela**; comandos esses plenamente contrastáveis, no tocante à legalidade, pelo Poder Judiciário¹⁶.

Se, então, a atividade de quem gere coisa pública (administrar) é atividade de aplicação concreta de comandos legais, tem-se, por conseqüência, que o administrador é mero servo da lei.

E, se é servo da lei, os comandos por ela (Administração) emanados, só poderão ter por finalidade a fiel execução desta (da lei).

Com isso, cabe indagar como se articula a obrigação de cumprir estritamente a lei com a existência de uma certa margem de liberdade reconhecida ao administrador no seu cumprimento, sempre que ao agente for conferida uma competência discricionária¹⁷.

O tratamento da discricionariedade é, pois, ponto fundamental para a estrutura deste estudo, bem como para análise do desvio de poder.

¹⁴ **STASSINOPOULOS, MICHEL.** *Traité des Actes Administratifs*. Atenas: Librairie Sirey, 1954, p. 69.

¹⁵ **BANDEIRA DE MELLO, CELSO ANTÔNIO.** *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Editora Malheiros, 21ª Ed., 2006, página 34.

¹⁶ Com o mesmo entendimento, **RENATO ALESSI**: “*Ora, funzione amministrativa, sul piano giuridico, è la funzione di emanare statuizioni (o quanto meno atti preparatori od integrativi delle medesime) aventi valore complementare nel senso sopradetto, rispetto ad um precetto normativo astratto mancante di concreta ed immediata operatività, al fine appunto di permettere siffatta operatività concreta.*” (*Principi di Diritto Amministrativo*. Milão: Giuffrè Editore, 4º Ed., 1978, página 10).

¹⁷ **BANDEIRA DE MELLO, CELSO ANTÔNIO.** *Discricionariedade e Controle Jurisdicional*. São Paulo: Editora Malheiros, 2ª Ed., 2003, página 16.



REVISTA ELETRÔNICA DA FACULDADE DE DIREITO DA PUC-SP

IV - Do Exercício da Competência Discricionária

Para **EDUARDO GARCIA DE ENTERRÍA**¹⁸, a discricionariedade é essencialmente uma liberdade de eleição entre alternativas igualmente justas, ou, se se preferir, entre indiferentes jurídicos, porque a decisão se fundamenta normalmente em critérios extrajurídicos (de oportunidade, econômicos, etc.), não incluídos na lei e remetidos ao juízo subjetivo da Administração.

O Prof. **CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO**, corretamente, rechaça a idéia de que a eleição é sempre entre indiferentes jurídicos. Na verdade, diz o autor, consoante demonstrar-se-á a breve tempo, que ao administrador cabe fazer, não qualquer escolha, mas a melhor opção possível para o caso concreto.

Registre-se, primeiramente, que a margem de liberdade só existe quando a lei a conferir ao administrador. Sem a existência de prévia lei, não há que se falar em competência discricionária, posto que a lei é o único instrumento jurídico que validamente atribui competências.

Vê-se, pois, ser o princípio da legalidade fundamento e limite da atuação discricionária.

Nesse sentido, **EDUARDO GARCIA DE ENTERRÍA**¹⁹ afirma: “*Não há, pois, discricionariedade à margem da lei, senão justamente somente em virtude da lei e na medida em que a lei haja disposto*”.

Em continuidade, **AFONSO RODRIGUES QUEIRÓ**²⁰ aduz: “*o poder discricionário da Administração nunca é uma ‘livre’ escolha ou livre atividade.*”

¹⁸ **ENTERRÍA, EDUARDO GARCÍA DE E FERNÁNDEZ, TOMÁS-RAMÓN.** *Curso de Derecho Administrativo.* Madrid: Editora Thomson Civitas, 12ª Ed., páginas 466-467.

¹⁹ **ENTERRÍA, EDUARDO GARCÍA DE E FERNÁNDEZ, TOMÁS-RAMÓN.** *Curso de Derecho Administrativo.* Madrid: Editora Thomson Civitas, 12ª Ed., página 462. No original: “*No hay, pues, discrecionalidad al margen de la Ley, sino justamente solo en virtud de la Ley y en la medida en que la Ley haya dispuesto*”.

²⁰ **QUEIRÓ, AFONSO RODRIGUES.** A Teoria do “Desvio de Poder” em Direito Administrativo. *Revista de Direito Administrativo.* Vol. VII, páginas 52-80, Editora Renovar, páginas 73-74.



REVISTA ELETRÔNICA DA FACULDADE DE DIREITO DA PUC-SP

É, pelo menos, sempre limitado, dirigido, regulado, ligado, pelo ‘fim’ da lei, pela ‘ratio legis’, fim que jamais falta (...)”

Destaque-se, outrossim, que não se confunde discricionariedade com arbitrariedade: “*Discricionariedade é liberdade de agir dentro dos limites legais; arbitrariedade é ação fora ou excedente da lei, com abuso ou desvio de poder*”²¹.

Ademais, pode ocorrer que, diante do caso concreto, a discricionariedade conferida pela lei deixe de existir, seja porque só há um comportamento do administrador que preserve interesse público, seja porque a finalidade da lei só admite, para aquele caso concreto, uma única solução.

Se o administrador, contudo, na hipótese supramencionada escolher outra solução que não aquela que preserve o interesse público, o Poder Judiciário, quando provocado, tem o dever de anular a escolha do administrador, pois esta anulação está embasada não na possibilidade de análise do mérito (conveniência e oportunidade) pelo Poder Judiciário, mas no fato do administrador ter atuado de forma contrária à lei, ou ao menos à finalidade da lei. Esta anulação estará, portanto, fundada no controle de legalidade dos atos administrativos.

Assim, a discricionariedade é, no entender do mestre **CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO**²², a margem de liberdade que remanesce ao administrador para escolher, segundo critérios de razoabilidade, uma, dentre pelo menos duas condutas cabíveis, perante cada caso concreto, com o escopo de cumprir o dever de adotar a solução mais apropriada à satisfação da finalidade legal, quando, em virtude da fluidez dos termos da lei ou da liberdade conferida

²¹ **MEIRELLES, HELY LOPES.** *Direito Administrativo Brasileiro.* São Paulo: Editora Malheiros, 24ª Ed., 1999, página 120.

²² **BANDEIRA DE MELLO, CELSO ANTÔNIO.** *Discricionariedade e Controle Jurisdicional.* São Paulo: Editora Malheiros, 2ª Ed., 2003, página 48.



PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO

REVISTA ELETRÔNICA DA FACULDADE DE DIREITO DA PUC-SP

no mandamento, dela não se possa extrair objetivamente, uma solução unívoca para a situação vertente²³.

Com isto, extrai-se a necessidade de que a escolha do administrador público seja a mais consentânea com o interesse público, seja a “solução-ótima”, seja, enfim, aquela que prestigie, ao máximo, a finalidade legal, colocando-a no degrau mais alto da atuação administrativa.

Do exposto, decorre que a discricionariedade tem por característica ser residual, ou seja, só após uma análise detida do caso concreto e após ter esgotado o processo interpretativo essencial para a aplicação da norma é que se pode admitir a existência (ou não) da margem de liberdade.

Logo, essa margem de liberdade, conferida ao administrador, quando efetivamente estiver presente, não é sindicável pelo Poder Judiciário, posto que o ordenamento jurídico outorgou ao administrador - e somente a ele - a possibilidade de decidir qual a solução que melhor se adequa ao interesse público no caso concreto.

De toda a sorte, o maior problema que o uso indevido da discricionariedade pode ensejar diz respeito ao objeto desse estudo, qual seja, o desvio de poder (ou desvio de finalidade), que será tratado a seguir.

²³ No mesmo sentido, **TOMÁS HUTCHINSON**: “*Discrecionalidad no significa ‘libertad de elección’*. La Administración no elige libremente una opción determinada, ya que, como poder en todo momento dirigido por el derecho, deber orientarse según los parámetros establecidos en la ley y en su mandato de actualización, ponderándolos autónomamente en el marco de la habilitación actuada. Estos parámetros están constituidos, en primer lugar, por los objetivos o fines deducibles de la programación contenida en la ley y que, en ocasiones – sobre todo cuando se trata de normas de programación final -, se recogen expresamente en aquella en forma de directrices par el ejercicio del poder discrecional atribuido. A estos parámetros se unen los de la Constitución, en particular los derechos fundamentales y los principios de proporcionalidad y de igualdad.” (“Principio de Legalidad. Discrecionalidad y Arbitrariedad”. *Revista Jurídica de Buenos Aires*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot - LexisNexis, 1ª Ed., 2005, página 317).



REVISTA ELETRÔNICA DA FACULDADE DE DIREITO DA PUC-SP

V - Do Desvio de Poder

O desvio de poder (ou desvio de finalidade) nada mais é do que “a utilização de uma competência em desacordo com a finalidade que lhe preside a instituição”²⁴.

E se é assim, o desvio de poder não é vício específico dos atos administrativos. Também poderá ser encontrado em leis expedidas com burla aos fins que constitucionalmente deveria prover, bem como em atos judiciais, que estiverem em descompasso com a competência para o qual foram instituídos²⁵.

E isso porque a competência é outorgada ao agente nos precisos limites para que ele cumpra a finalidade legal. Nada aquém, nada além disso.

O eminente Prof. **JOSÉ ROBERTO PIMENTA OLIVEIRA**²⁶ nos ensina que “*mesmo na atuação discricionária, a competência não é deferida para fazer valer critérios pautados exclusivamente na vontade do agente, mas para fazer imperar uma eleição objetivamente conduzida pelo requisito teleológico que fundamenta a outorga da esfera de decisão*”.

Assim, o conjunto de poderes de que o agente se utiliza no exercício da função administrativa é, na verdade, apenas um instrumento para realização de deveres, prescritos pela ordem jurídica, para alcançar a finalidade legal.

Nas sempre sábias palavras de **ADILSON ABREU DALLARI** e **SÉRGIO FERRAZ**²⁷: “*toda lei é instrumental, toda a lei visa ao atendimento de um determinado fim de interesse público*”.

²⁴ **BANDEIRA DE MELLO, CELSO ANTÔNIO.** *Discricionariedade e Controle Judicial.* São Paulo: Editora Malheiros, 2ª Ed., 2003, página 56.

²⁵ **BANDEIRA DE MELLO, CELSO ANTÔNIO.** *Discricionariedade e Controle Judicial.* São Paulo: Editora Malheiros, 2ª Ed., 2003, página 76-77.

²⁶ **PIMENTA OLIVEIRA, JOSÉ ROBERTO.** *Os Princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade no Direito Administrativo Brasileiro.* São Paulo: Editora Malheiros, 1ª Ed., 2006, página 243.

²⁷ **DALLARI, ADILSON ABREU e FERRAZ, SÉRGIO.** *Processo Administrativo.* São Paulo: Malheiros Editores, 2ª Ed., 2007, pág. 74.



PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO

REVISTA ELETRÔNICA DA FACULDADE DE DIREITO DA PUC-SP

É por isso que **CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO** entendeu por bem modificar o eixo metodológico que serviu de base para o direito administrativo, retirando-o da idéia de poder e concentrando-o na idéia de dever, demonstrando, desta forma, que os poderes são única e exclusivamente meios para o alcance dos deveres que lhe foram impostos pelo ordenamento jurídico.

Daí que, abeberando-se dos ensinamentos primeiramente divulgados por **SANTI ROMANO** e, posteriormente, por **RENATO ALESSI**²⁸, o Prof. **CELSO ANTÔNIO** inverteu a idéia central do pensamento do jurista italiano para formular a sua teoria de que as competências concedidas aos agentes não enfeixam “poderes-deveres”, mas sim “deveres-poderes”, sendo que esta inversão dos termos do binômio serve precisamente para demonstrar o aspecto subordinado do poder em relação ao dever.

Retomando o conceito de desvio de poder, tem-se que este corresponde ao manejo da competência visando atingir resultado diverso daquele para a qual ela foi instituída. Esta divergência de resultado, que afasta, portanto, a atividade do administrador da finalidade legal, pode ter sido querida ou não pelo agente. Ou seja, independentemente de ter o agente agido com dolo, há desvio de poder sempre que a atuação concreta do agente desencontrar-se da finalidade visada pela norma jurídica.

Disto pode-se concluir que só há falar em desvio de poder quando a autoridade possui, em tese, competência para dispor sobre a matéria objeto do ato. Se essa competência inexistir, o vício no qual o agente incorre é o de pura incompetência formal. Será também de incompetência formal se o agente,

²⁸ O Prof. **RENATO ALESSI** acentua: “*Precisamente o poder estatal, considerado como dirigido a essas finalidades de interesse coletivo, e na qualidade de objeto de um dever jurídico, relativamente à sua aplicação, constitui uma função estatal*”. No original: “*Appunto il potere statale, considerato in quanto oggetto di un dovere giuridico relativamente alla sua esplicazione costituisce una funzione statale*”. *Principi di Diritto Amministrativo*. Milão: Giuffrè Editore, 4^o Ed., 1978, página 2.



PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO

REVISTA ELETRÔNICA DA FACULDADE DE DIREITO DA PUC-SP

possuindo competência para agir, infringe competência vinculada por decidir de modo contrário ao que a lei impunha²⁹.

Destaque-se, outrossim, que a omissão do agente também pode configurar desvio de poder. Deveras, o eminente Prof. **AFONSO RODRIGUES QUEIRÓ**³⁰ já advertia: “*não agir é também agir*”.

E este desvio de poder oriundo da omissão ocorre quando o agente decide abster-se de praticar um ato que deveria emitir para o adequado atendimento do interesse público, com escopo de favorecer, perseguir ou, de qualquer forma, visando finalidade alheia à da regra de competência que o habilitava³¹.

Neste caso, a omissão consistirá também em uma transgressão à lei, cabendo responsabilização do agente que se manteve propositadamente inerte. Afinal, se não pode haver ato arbitrário, tampouco pode haver omissão arbitrária³².

Linhas atrás foi dito que o desvio de poder não se limita às situações em que o agente age dolosamente. É claro que, via de regra, a intenção do agente está maculada pela má-fé: ele emite o ato com o intuito de perseguição ou favoritismo (próprio ou de outrem).

Como o Direito não admite a má-fé, o ato que contém este vício transgredir gravemente a ordem jurídica e, sendo assim, deve ser fulminado pela própria Administração Pública, no exercício de seu dever de autotutela, ou pelo Poder Judiciário, quando provocado.

²⁹ **BANDEIRA DE MELLO, CELSO ANTÔNIO.** *Discricionariedade e Controle Judicial.* São Paulo: Editora Malheiros, 2ª Ed., 2003, páginas 57/58.

³⁰ **QUEIRÓ, AFONSO RODRIGUES.** A Teoria do “Desvio de Poder” em Direito Administrativo. *Revista de Direito Administrativo.* Vol. VII, páginas 52-80, Editora Renovar, página 59.

³¹ **BANDEIRA DE MELLO, CELSO ANTÔNIO.** *Discricionariedade e Controle Judicial.* São Paulo: Editora Malheiros, 2ª Ed., 2003, páginas 75 e 76.

³² **VELLOSO, GALBA.** *Desvio de Poder – Doutrina, Jurisprudência, Aplicação Prática,* São Paulo: Editora Malheiros, 2007, página 194.



REVISTA ELETRÔNICA DA FACULDADE DE DIREITO DA PUC-SP

De toda a sorte, além da modalidade de desvio de poder acima citada, qual seja, a que o agente busca finalidade alheia a qualquer interesse público, há também aquela em que, utilizando uma competência que abstratamente detém, o agente busca atender uma finalidade pública que, contudo, não é aquela própria, específica, do ato utilizado. Isto é, o agente incide em erro de Direito ao imaginar que se utiliza de uma competência adequada para o alcance de uma dada finalidade, só que acaba por manejar competência inadequada, de direito, para alcançar a finalidade desejada³³.

Esta última modalidade de desvio de poder é conhecida, no Direito Francês, como “*detournement de procedure*”, que significa “desvio de procedimento”.

O dolo do agente não é, então, elemento necessário para caracterização do vício de desvio de poder.

Tanto isto é verdade que **MARCEL WALINE**³⁴ averbou:

“(...) em numerosos casos de 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”.

³³ **BANDEIRA DE MELLO, CELSO ANTÔNIO.** *Discrecionariiedade e Controle Judicial.* São Paulo: Editora Malheiros, 2ª Ed., 2003, página 59.

³⁴ **WALINE, MARCEL.** *Droit Administratif.* Paris: Éditions Sirey, 9ª Ed., 1963, página 451. No original: “*(...) dans de nombreux cas, l'intention du législateur donnant certains pouvoir à l'administration, a été que celle-ci les utilise, non pas em vue de n'importe quel intérêt public, mais exclusivement em vue d'un but bien déterminé; en ce cas, tout usage d'un tel pouvoir en vue d'un but, même d'utilité publique, autre que celui prévu et voulu par le législateur, est un 'detournement de pouvoir'; et c'est encore un cas de nullité d'un ace administratif.*»



REVISTA ELETRÔNICA DA FACULDADE DE DIREITO DA PUC-SP

Na mesma esteira, **JEAN RIVERO** e **JEAN WALINE**³⁵:

“Há desvio de poder quando o fim perseguido, se bem que de interesse geral, não é o fim preciso que a lei assinalava a tal ato”.

Diante disso, verifica-se que em ambos os casos o ato estará viciado por desvio de poder.

A razão deste repúdio do Direito aos atos viciados com desvio de poder tem fundamento nos princípios da legalidade e da segurança jurídica; este último estabelece que o Poder Público, além de só poder buscar as finalidades estipuladas na lei, deve, também, ao buscá-las, cingir-se à utilização das vias que o Direito anteriormente concebeu como as necessárias para o alcance de cada uma delas.

Assim, *“cada ato e, portanto, cada competência para praticá-lo, são, pelas regras de Direito, endereçados a uma dada finalidade; por isso não são intercambiáveis”*³⁶.

Explanadas as duas modalidades de desvio de poder, incluindo-se também as situações de omissão, destaque-se que os casos em que o agente age visando interesses que não são públicos são muito mais corriqueiros e graves do que os casos em que o agente visa uma finalidade pública não passível de ser atingida pela competência manejada, em virtude de erro de Direito.

O eterno mestre **HELY LOPES MEIRELLES**³⁷, em passagem de extrema felicidade, averbou: *“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 aparentemente legal.”*

³⁵ **RIVERO, JEAN E WALINE, JEAN.** *Droit Administratif.* Paris: Précis Dalloz, 14^a Ed., 1992, página 215. No original: *“Il y a détournement de pouvoir quand le but poursuivi, bien que d'intérêt général, n'est pas le but précis que la loi assignait à l'act.”*

³⁶ **BANDEIRA DE MELLO, CELSO ANTÔNIO.** *Discricionariedade e Controle Judicial.* São Paulo: Editora Malheiros, 2^a Ed., 2003, página 60.

³⁷ **MEIRELLES, HELY LOPES.** *Direito Administrativo Brasileiro.* São Paulo: Editora Malheiros, 24^a Ed., 1999, página 97.



REVISTA ELETRÔNICA DA FACULDADE DE DIREITO DA PUC-SP

A violação dolosa da ordem jurídica por desvio de poder pode ser feita abertamente, às claras, de forma ostensiva e, nesse caso, vê-se que o agente não se importa minimamente com o descumprimento da ordem legal.

Na maioria dos casos, contudo, a violação à ordem jurídica é feita sub-repticiamente, de modo disfarçado, forjando-se uma situação de legalidade.

Com a maestria que lhe é peculiar, **CAIO TÁCITO**³⁸ professora: “a ilegalidade mais grave é a que se oculta sob a aparência de legitimidade. A violação maliciosa encobre os abusos de direito com a capa de virtual pureza”.

Vê-se, pois, que é a intenção viciada do agente que, na maioria dos casos, gera o desvio de poder e, por tal razão, é esta intenção que deve ser investigada, o que não é tarefa fácil, especialmente porque se está tratando de vício cuja quase totalidade das vezes se está diante do exercício da competência discricionária. Diz-se “quase totalidade”, pois raras são as vezes em que pode surgir desvio de poder quando o ato for vinculado.

Contudo, exemplo colacionado pelo Prof. **CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO**, demonstra a viabilidade de um ato, expedido no exercício de competência exclusivamente vinculada, ser eivado do vício de desvio de poder.

O exemplo é o seguinte:

“Houve, na Prússia, uma lei, referida por Jellinek, a qual determinava a dissolução de bando de ciganos. Como a palavra “bando” é uma palavra fluida e imprecisa, pode-se tomar a liberdade de acrescentar a essa lei um parágrafo único, vazado nos seguintes termos: ‘Considera-se bando uma reunião de 15 pessoas’. Veja-se que, neste caso, está-se diante de uma hipótese de vinculação, aparente pelo menos, no pressuposto da norma e em seu comando.

Suponha-se que, à época da vigência da lei em apreço, um agente policial se defrontasse com um grupo de ciganos. Depois de contá-los, verificando a presença de 15 pessoas, os intimassem a se dissolverem. Contudo, imagine-se que ouvisse de um dos intimados, um senhor provector, a veraz informação de que os que ali estavam

³⁸ **TÁCITO, CAIO.** *Direito Administrativo.* São Paulo: Editora Saraiva, 1975, página 6.



REVISTA ELETRÔNICA DA FACULDADE DE DIREITO DA PUC-SP

reunidos constituíam uma família e não um bando, posto que ele era o pai, a velha senhora ao seu lado, a mãe, e os demais eram os treze filhos do casal.

Que deveria o policial fazer?

Certamente a finalidade da norma não seria a de dissolver famílias (...)"³⁹.

Neste caso, vê-se que a atitude do policial só poderia ser no sentido de não dissolver a família, pois, em dissolvendo-a, incidiria em desvio de poder, uma vez que a literalidade da norma não pode ser aplicada ao caso concreto, sob pena de violar frontalmente aquilo que é mais caro à ordem jurídica, ou seja, sob pena de se atentar contra o espírito da lei.

Assim, muito mais importante do que cumprir gramaticalmente o prescrito em lei, é atender sua finalidade, o seu espírito, a razão pela qual ela foi instituída. Só assim é que verdadeiramente se atende à lei.

De qualquer modo, consoante dito anteriormente, o problema de desvio de poder encontra-se imbricado ao instituto da discricionariedade, sendo que o mau uso desta dá ensejo àquele, de acordo com a intenção viciada do agente.

Mas é bom que se esclareça que, apesar do desvio de poder encontrar-se, na maioria das vezes, relacionado à intenção viciada do agente, o vício é de natureza objetiva.

Com efeito, assiste razão ao mestre de todos nós, **CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO**⁴⁰, ao afirmar que o desvio de poder é um vício objetivo, pois resulta do objetivo descompasso entre a competência utilizada e a finalidade legal, ou seja, trata-se de um desacordo entre a norma abstrata (lei) e a norma individual (ato).

Tanto isso é verdade que o mestre havia alertado para as hipóteses em que a intenção do agente não é evadir-se à finalidade legal, mas, ainda assim,

³⁹ Op. cit. pp. 45 e 46.

⁴⁰ **BANDEIRA DE MELLO, CELSO ANTÔNIO.** *Discricionariedade e Controle Judicial.* São Paulo: Editora Malheiros, 2ª Ed., 2003, página 70 e 71.



REVISTA ELETRÔNICA DA FACULDADE DE DIREITO DA PUC-SP

comete ele desvio de poder quando utiliza de um determinado ato que não era precisamente o próprio para atingir o fim visado.

Logo, se o vício possui natureza objetiva, não há que se buscar a intenção do agente para se verificar a constatação e posterior reprimenda do desvio de poder, basta apenas identificar objetivamente o descompasso existente entre a finalidade atingida pelo ato concreto e a finalidade da norma em abstrato.

E isso porque dado que o ato emanado pelo agente tem sua fonte de validade na norma abstrata, se aquele tiver se desencontrado da finalidade desta, terá extrapolado sua fonte de validade e, por tal razão, será ilegal.

Vê-se, pois, que o desvio de poder é uma transgressão à lei (ilegalidade) e, portanto, o controle do desvio de poder é controle de legalidade, o que permite concluir que deve o Poder Judiciário⁴¹, quando provocado, invalidar, sem hesitar, os atos viciados por desvio de poder.

Não há, portanto, qualquer razão para que se entenda que tal controle seria de mérito e, desta forma, subtraí-lo da competência do Poder Judiciário.

O controle, no desvio de poder, será sempre de legalidade, pois, nestes casos, a autoridade desbordou o mérito do ato que lhe fora conferido pela norma em abstrato, ultrapassando o campo da discricionariedade para invadir setor proibido.

Uma vez mais, as sempre sábias palavras do mestre **CELSO ANTÔNIO**⁴² esclarecem: ***“O ato será ilegítimo e o Poder Judiciário deverá fulminá-lo, pois estará acolhendo, a talho de foice, conduta ofensiva ao direito, que de modo algum poderá ser havida como insindicável, pena de considerar-se***

⁴¹ Aliás, como bem registram **ADILSON ABREU DALLARI** e **SÉRGIO FERRAZ**: “As raízes mais fundas do ‘princípio da finalidade’ estão na vetusta LICC (Decreto-lei 4657, de 4.9.1942), cujo art. 5º tem a seguinte redação: ‘Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum’”. (in *Processo Administrativo*. São Paulo: Malheiros Editores, 2ª Ed., 2007, pág. 74).

⁴² **BANDEIRA DE MELLO, CELSO ANTÔNIO**. *Discricionariedade e Controle Judicial*. São Paulo: Editora Malheiros, 2ª Ed., 2003, página 83.



REVISTA ELETRÔNICA DA FACULDADE DE DIREITO DA PUC-SP

o direito como a mais inconseqüente das normações e a mais rúptil e quebradiça das garantias". (destaques nossos)

Assim, não restam dúvidas de que o controle dos atos administrativos viciados pelo desvio de poder é controle de legalidade, que deve, portanto, restaurar a ordem jurídica, em obediência ao princípio da legalidade.

Visto ser controle de legalidade, passar-se-á a estudar as formas concedidas pelo ordenamento jurídico para restauração desse princípio.

VI - Dos instrumentos existentes para a restauração da legalidade

Considerando que o ato maculado por desvio de poder nada mais é que um ato ilegal, na medida em que o ato viciado encontra-se em dissonância com a finalidade da lei, cabe, por ora, analisar os instrumentos que possibilitam a fulminação dos atos eivados com desvio de poder.

Esses instrumentos são aqueles necessários para a restauração da legalidade, uma vez que o desvio de poder é, como visto, uma transgressão à lei.

Dentre os vetores normativos norteadores do ordenamento jurídico pátrio, a legalidade é princípio constitucional expresso, conforme se verifica da redação do artigo 37, *caput*, ora transcrito: "*A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de **legalidade**, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (...)*".

Por ser baliza ao desenvolvimento da atividade administrativa, esse mandamento adjudica em favor do administrado o direito subjetivo ao controle das condutas da Administração. Tanto é assim que, em outra passagem, a Constituição Federal, em seu artigo 5º, incisos XXIV, alínea "a", LXVIII, LXIX e LXX, prevê instrumentos constitucionais para garantia e restauração da



PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO

REVISTA ELETRÔNICA DA FACULDADE DE DIREITO DA PUC-SP

legalidade. Tais instrumentos são, respectivamente, o direito de petição, o *habeas corpus*, o mandado de segurança individual e o mandado de segurança coletivo.

Na esfera administrativa, o direito de petição pode ser expressado por meio dos seguintes instrumentos: (i) pedido de reconsideração; (ii) recurso hierárquico (próprio ou impróprio); (iii) representação; (iv) denúncia; e (v) reclamação administrativa⁴³.

Ademais, a omissão que caracteriza abuso de direito ou desvio de finalidade pode ensejar a propositura de mandado de injunção, nos termos do artigo 5º, LXXI da Constituição da República⁴⁴.

Diante disso, verifica-se que a legalidade corresponde tanto a um princípio constitucional, como a objeto de resguardo do interesse individual e coletivo por meio do direito de petição, *habeas corpus*, mandado de injunção e mandado de segurança individual e coletivo.

Por conseguinte, **JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO**⁴⁵ adverte ser extremamente importante o efeito do princípio da legalidade no tocante aos direitos individuais, pois o princípio se reflete na consequência de que a própria garantia desses direitos depende de sua existência, autorizando-se então os indivíduos à verificação do confronto entre a atividade administrativa e a lei.

Ainda, destaque-se que a legalidade é também protegida em prol do interesse público, quando a Constituição Federal, em seu artigo 74, §2º, assevera que “*qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato é parte legítima para, na forma da lei, denunciar irregularidades ou ilegalidades perante o Tribunal de Contas da União*”.

Registre-se, outrossim, que o princípio da legalidade se espalha por todo o ordenamento constitucional pátrio. Cite-se, a propósito, além dos

⁴³ Para saber mais sobre esses meios, ver **CELSO ANTÔNIO**. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Editora Malheiros, 21ª Ed., 2006, páginas 142-145.

⁴⁴ Neste sentido ver **MORAES, ALEXANDRE DE**. *Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional*. São Paulo: Editora Atlas, 3ª Ed., 2003, páginas 413-417.

⁴⁵ **CARVALHO FILHO, JOSÉ DOS SANTOS**. *Manual de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 13ª Ed., 2005, página 12.



REVISTA ELETRÔNICA DA FACULDADE DE DIREITO DA PUC-SP

dispositivos já mencionados, os artigos 70, *caput*, 71, incisos III, VIII e IX, 74, inciso II e §§1º e 2º, 103-B, §4º, inciso II e 130-A, §2º, inciso II⁴⁶.

Nesta seara, saliente-se a inserção de mais duas hipóteses de controle da legalidade por meio das novas figuras jurídicas introduzidas pela Emenda Constitucional nº 45, de 8 de dezembro de 2004: o Conselho Nacional de Justiça e o Conselho Nacional do Ministério Público. Ambos têm por

⁴⁶ “Art. 70. A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à **legalidade**, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder.”

“Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete: III - apreciar, para fins de registro, a **legalidade** dos atos de admissão de pessoal, a qualquer título, na administração direta e indireta, incluídas as fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, excetuadas as nomeações para cargo de provimento em comissão, bem como a das concessões de aposentadorias, reformas e pensões, ressalvadas as melhorias posteriores que não alterem o fundamento legal do ato concessório; VIII - aplicar aos responsáveis, em caso de **ilegalidade** de despesa ou irregularidade de contas, as sanções previstas em lei, que estabelecerá, entre outras cominações, multa proporcional ao dano causado ao erário; IX - assinar prazo para que o órgão ou entidade adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, se verificada **ilegalidade**.”

“Art. 74. Os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário manterão, de forma integrada, sistema de controle interno com a finalidade de: II - comprovar a **legalidade** e avaliar os resultados, quanto à eficácia e eficiência, da gestão orçamentária, financeira e patrimonial nos órgãos e entidades da administração federal, bem como da aplicação de recursos públicos por entidades de direito privado;

§ 1º - Os responsáveis pelo controle interno, ao tomarem conhecimento de qualquer irregularidade ou **ilegalidade**, dela darão ciência ao Tribunal de Contas da União, sob pena de responsabilidade solidária.

§ 2º - Qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato é parte legítima para, na forma da lei, denunciar irregularidades ou **ilegalidades** perante o Tribunal de Contas da União.”

“Art. 103-B. § 4º Compete ao Conselho [Nacional de Justiça] o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes, cabendo-lhe, além de outras atribuições que lhe forem conferidas pelo Estatuto da Magistratura: II - zelar pela observância do art. 37 e apreciar, de ofício ou mediante provocação, a **legalidade** dos atos administrativos praticados por membros ou órgãos do Poder Judiciário, podendo desconstituí-los, revê-los ou fixar prazo para que se adotem as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, sem prejuízo da competência do Tribunal de Contas da União;” (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004).

“Art. 130-A. § 2º Compete ao Conselho Nacional do Ministério Público o controle da atuação administrativa e financeira do Ministério Público e do cumprimento dos deveres funcionais de seus membros, cabendo-lhe: II zelar pela observância do art. 37 e apreciar, de ofício ou mediante provocação, a **legalidade** dos atos administrativos praticados por membros ou órgãos do Ministério Público da União e dos Estados, podendo desconstituí-los, revê-los ou fixar prazo para que se adotem as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, sem prejuízo da competência dos Tribunais de Contas;” (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004).



PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO

REVISTA ELETRÔNICA DA FACULDADE DE DIREITO DA PUC-SP

incumbência zelar pela observância do artigo 37 da Constituição Federal e apreciar, *ex officio* ou “a pedido”, a legalidade dos atos administrativos praticados pelos magistrados ou membros do Ministério Público, respectivamente, quando esses atuarem no exercício de função administrativa.

Vê-se, pois, que todos esses instrumentos encontram-se à disposição do administrado para que ele possa se defender, em juízo ou não, dos atos administrativos atentatórios à legalidade, dentre os quais estão os atos viciados pelo desvio de poder.

Faz-se necessário repisar, pois, a idéia de função administrativa inicialmente colacionada, qual seja, a de que a Administração deve obediência estrita aos ditames e finalidades legais e, sendo assim, qualquer atuação que vise outro objetivo deve ser sumariamente extirpada.

A própria Administração Pública, por meio de seu dever de autotutela, deve fulminar seus atos ilegais. Do mesmo modo, cabe ao Poder Judiciário, quando provocado, anular os atos administrativos contrários à lei, posto que, consoante explanado, os atos expedidos no exercício de função administrativa são plenamente contrastáveis, no tocante à legalidade, pelo Poder Judiciário.

É de suma relevância salientar que o artigo 5º, XXXV dispõe que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

E se isso é verdade, o Poder Judiciário tem o dever de anular os atos conspurcados pelo desvio de poder, uma vez que, conforme restou esclarecido, trata-se de controle de legalidade, não tendo qualquer relação com a insindicabilidade do mérito administrativo.

No Brasil, o primeiro caso a discorrer sobre o desvio de poder e sua necessária fulminação pelo Poder Judiciário é um acórdão do Tribunal de



PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO

REVISTA ELETRÔNICA DA FACULDADE DE DIREITO DA PUC-SP

Justiça do Rio Grande do Norte, Apelação Cível nº 1.422 – Relator: Desembargador Seabra Fagundes⁴⁷.

No magistral voto do relator ficaram assentados alguns pilares sobre o exercício da competência discricionária, conforme transcrição a seguir:

“Mas, onde se diz competência discricionária não se diz arbítrio. A competência discricionária não se exerce acima ou além da lei, senão, como toda e qualquer atividade executória, com sujeição a ela; não autoriza, adverte Goodnow, 'tomar medias arbitrarias, caprichosas, inquisitoriais ou opressivas' (Les principes du Droit Administratif des États Unis, p. 383).

Aduz que aquilo que distingue a competência discricionária da competência vinculada *“é a maior mobilidade que a lei enseja ao executor no exercê-la, e não a liberação da lei”*.

Mais adiante, o mestre Seabra Fagundes, analisando a doutrina estrangeira, assinala:

Com a competência discricionária o legislador outorga à autoridade administrativa, esclarece Fritz Fleiner, determinar como cabível 'entre as várias possibilidades de solução, aquela que melhor corresponda no caso concreto à intenção da lei'.

E esclarecendo seu pensamento pontifica que o “elemento móvel”, que enseja à Administração dar concretude aos preceitos legais de maneira a atender às variáveis exigências da vida e do interesse público, não exclui de forma alguma, as limitações jurídicas à sua atividade, nem a erige em árbitro irrestrito das situações a considerar.

Novamente cita Fritz Fleiner para esclarecer que: *'A exorbitância do poder discricionário constitui ato ilícito' (Instituciones de Derecho Administrativo, pp. 117-119).*

⁴⁷ Revista de Direito Administrativo, Volume 14, out/dez 1948, pp. 52-82, Editora Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro.



REVISTA ELETRÔNICA DA FACULDADE DE DIREITO DA PUC-SP

Para ao final concluir, com indiscutível sapiência:

*“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, encobrando fins de interesse público, deixe à mostra finalidades pessoais, poderá cair na apreciação do Poder Judiciário, não obstante originário do exercício de competência livre.*

Não é pois a competência discricionária o bastante, por si só, a afastar o exame jurisdicional de qualquer ato administrativo (...).”

Mais que um voto, o texto do Prof. Seabra Fagundes é uma verdadeira e magistral lição sobre o exercício da função administrativa, discorrendo sobre seus motivos, seus limites e a necessária intervenção do Poder Judiciário para reprimir os abusos, excessos e desvios cometidos pelo Poder Executivo.

Cumpre ressaltar que a dificuldade de obtenção da prova do desvio de poder não pode servir de empecilho para a atuação do Poder Judiciário, pois se é certo que o agente, na maior parte das vezes, tenta esconder sua intenção viciada, também é correto que a exigência probatória não pode ser levada ao extremo, sob pena de se inviabilizar o controle jurisdicional dessas condutas viciadas⁴⁸.

Para detectar o desvio de poder, cumpre analisar todas as circunstâncias que se relacionam com o ato, verificando-se, assim, se a discricionariedade alegável foi corretamente utilizada ou se desobedeceu ao fim legal, violando a lei.

Destarte, basta apenas que, para a formação do convencimento do magistrado sobre o vício do ato, esteja presente um “feixe de indícios

⁴⁸ **BANDEIRA DE MELLO, CELSO ANTÔNIO.** *Discricionariedade e Controle Judicial.* São Paulo: Editora Malheiros, 2ª Ed., 2003, página 80.



PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO

REVISTA ELETRÔNICA DA FACULDADE DE DIREITO DA PUC-SP

convergentes”⁴⁹, isto é um plexo de elementos antecedentes que possam, de alguma forma, revelar a real intenção do agente na expedição ato.

Tais indícios podem ser identificados, por exemplo, pela irrazoabilidade da medida, sua desconexão com a conduta tradicional da Administração em casos semelhantes, a desproporcionalidade entre o conteúdo do ato e os fatos que a ele serviram de base, a incongruência entre as premissas lógicas ou jurídicas consolidadas na motivação e a conclusão que delas foi extraída, bem como antecedentes do ato reveladores de inimizade, perseguição política ou favorecimentos⁵⁰.

Logo, não há necessidade de prova manifesta da intenção viciada do agente para que se anule o ato, bastando apenas que as circunstâncias verificadas no caso concreto sugiram que a finalidade visada pelo agente não foi aquela prevista na norma.

E se assim não fosse estar-se-ia inviabilizando o controle de legalidade dos atos expedidos no exercício de competência discricionária, relegando ao cidadão a infeliz tarefa de aceitar pacificamente os mandos e desmandos das autoridades administrativas.

Deveras, apenas para que não parem dúvidas, este controle em nada interfere com o “mérito” administrativo. Trata-se, tão somente, conforme comprovado, de controle de legalidade dos atos administrativos.

Do exposto, restou demonstrado que ao cidadão brasileiro foram concedidos todos os instrumentos dantes mencionados para defesa de seus direitos frente aos atos ilegais, principalmente aos atos viciados pelo desvio de poder.

⁴⁹ **RIVERO, JEAN E WALINE, JEAN.** *Droit Administratif*. Paris: Précis Dalloz, 14^a Ed., 1992, página 215. No original: “*Il recherche moins une preuve manifeste qu’une conviction, qui peut résulter d’un ‘faisceau d’indices convergents’* ».

⁵⁰ **BANDEIRA DE MELLO, CELSO ANTÔNIO.** *Discricionariedade e Controle Judicial*. São Paulo: Editora Malheiros, 2^a Ed., 2003, páginas 80 e 81.



VII – Conclusões

1. O princípio da legalidade significa que o sistema legal é o fundamento de toda ação ou omissão dos cidadãos e governantes. Assim, o princípio da legalidade indica que o vetor a ser seguido por um Estado erigido sob a forma de um Estado de Direito é aquele estabelecido pela lei – e somente por ela.

2. A atuação administrativa é pautada pelo princípio da legalidade administrativa, cujo fundamento constitucional é o artigo 37, *caput*.

3. A discricionariedade é, no entender do mestre **CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO**, a margem de liberdade que permanece ao administrador para escolher, segundo critérios de razoabilidade, uma, dentre pelo menos duas condutas cabíveis, perante cada caso concreto, com o escopo de cumprir o dever de adotar a solução mais apropriada à satisfação da finalidade legal, quando, em virtude da fluidez dos termos da lei ou da liberdade conferida no mandamento, dela não se possa extrair objetivamente, uma solução unívoca para a situação vertente.

4. Diante do caso concreto, a discricionariedade conferida pela lei pode desaparecer, seja porque só existe um comportamento do administrador que assegure a preservação do interesse público, seja porque a finalidade da lei só admite, para aquele caso concreto, uma única solução.

5. Se a competência discricionária não for corretamente utilizada poderá dar ensejo ao desvio de poder, que deverá ser fulminado pela própria Administração, por meio de seu dever de autotutela, ou pelo Poder Judiciário, quando provocado.

6. O desvio de poder (ou desvio de finalidade), segundo **CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO**, nada mais é do que o manejo de uma competência em decompasso com a finalidade que lhe preside a instituição.



PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO

REVISTA ELETRÔNICA DA FACULDADE DE DIREITO DA PUC-SP

7. O desvio de poder não é vício específico dos atos administrativos. Também poderá ser encontrado em leis expedidas com burla aos fins que constitucionalmente deveria prover, bem como em atos judiciais, que estivessem em descompasso com a competência para o qual foram instituídos.

8. A divergência de resultado, que afasta, portanto, a atividade do administrador da finalidade legal, pode ter sido querida ou não pelo agente.

9. Há duas modalidades de desvio de poder: (i) a que o agente busca finalidade alheia a qualquer interesse público e (ii) aquela em que, utilizando uma competência que abstratamente detém, o agente busca atender uma finalidade pública que, contudo, não é aquela própria, específica, da competência utilizada. Esta última modalidade de desvio de poder é conhecida, no Direito Francês, como “detournement de procedure”.

10. Vê-se, pois, que dolo do agente não é, então, elemento necessário para caracterização do vício de desvio de poder.

11. Ademais, a omissão do agente também pode configurar desvio de poder.

12. Há possibilidade de um ato, expedido no exercício de competência exclusivamente vinculada, ser eivado do vício de desvio de poder.

13. Apesar do desvio de poder encontrar-se, na maioria das vezes, relacionado à intenção viciada do agente, o vício é de natureza objetiva, pois, consoante o mestre Celso Antônio, resulta do objetivo descompasso entre a competência utilizada e a finalidade legal, ou seja, trata-se de um descordo entre a norma abstrata (lei) e a norma individual (ato).

14. Assim sendo, tem-se que o desvio de poder é uma transgressão à lei (ilegalidade) e, portanto, o controle do desvio de poder é controle de legalidade, o que permite concluir que deve Poder Judiciário, quando provocado, invalidar, sem hesitar, os atos viciados por desvio de poder.

15. A ordem constitucional pátria conferiu diversos instrumentos jurídicos, que se encontram à disposição do administrado para que ele possa se



PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO

REVISTA ELETRÔNICA DA FACULDADE DE DIREITO DA PUC-SP

defender dos atos administrativos atentatórios à legalidade, dentre os quais estão os atos viciados pelo desvio de poder.

16. E o Poder Judiciário não pode se negar a restabelecer a legalidade, na medida em que a Constituição Federal impõe a inafastabilidade da jurisdição, nos termos do artigo 5º, XXXV.

17. A dificuldade de obtenção da prova do desvio de poder não pode servir de empecilho para a atuação do Poder Judiciário, pois se é certo que o agente, na maior parte das vezes, tenta esconder sua intenção viciada, também é correto que a exigência probatória não pode ser levada ao extremo, sob pena de se inviabilizar o controle jurisdicional dessas condutas viciadas.

18. Deveras, não há necessidade de prova manifesta da intenção viciada do agente para que se anule o ato, bastando apenas que as circunstâncias verificadas no caso concreto sugiram que a finalidade visada pelo agente não foi aquela prevista na norma.

BIBLIOGRAFIA

ALESSI, RENATO. *Principi di Diritto Amministrativo*. Milão: Giuffrè Editore, 4º Ed., 1978.

ARAÚJO, LUIZ ALBERTO DAVID e NUNES JR., VIDAL SERRANO. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 7ª Ed., 2003.

ATALIBA, GERALDO. *República e Constituição*. São Paulo: Malheiros Editores, 2ª Ed., 1998.

BANDEIRA DE MELLO, CELSO ANTÔNIO. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros Editores, 21ª edição, 2006.

_____ *Discricionariedade e Controle Jurisdicional*. São Paulo: Editora Malheiros, 2ª Ed., 2003.



PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO

REVISTA ELETRÔNICA DA FACULDADE DE DIREITO DA PUC-SP

BANDEIRA DE MELLO, OSWALDO ARANHA. *Princípios Gerais de Direito Administrativo.* Rio de Janeiro: Editora Forense, Volume I, 1969.

BENOIT, FRANCIS-PAUL. *Le Droit Administratif Français.* Dalloz, 1968.

BONAVIDES, PAULO. *Teoria do Estado.* São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

CAETANO, MARCELO. *Princípios Fundamentais de Direito Administrativo.* Rio de Janeiro: Editora Forense, 1977.

CARVALHO FILHO, JOSÉ DOS SANTOS. *Manual de Direito Administrativo.* Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 13ª Ed., 2005.

CIRNE LIMA, RUY. *Princípios de Direito Administrativo.* Porto Alegre: Editora Sulina, 3ª Ed., 1954.

DALLARI, ADILSON ABREU E FERRAZ, SÉRGIO. *Processo Administrativo.* São Paulo: Malheiros Editores, 2ª Ed., 2007.

ENTERRÍA, EDUARDO GARCÍA DE E FERNÁNDEZ, TOMÁS-RAMÓN. *Curso de Derecho Administrativo.* Madrid: Editora Thomson Civitas, 12ª Ed.

FAGUNDES, SEABRA. *O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário.* Rio de Janeiro: Editora Forense, 5ª Ed., 1979.

FALLA, FERNANDO GARRIDO. *Tratado de Derecho Administrativo.* Madri, 1958.

FIGUEIREDO, LÚCIA VALLE. *Curso de Direito Administrativo.* São Paulo: Malheiros Editores, 7ª Ed., 2004.

GORDILLO, AGUSTÍN. *Tratado de Derecho Administrativo.* Tomo I, Capítulo I, p. I-4, Buenos Aires, 1964.



PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO

REVISTA ELETRÔNICA DA FACULDADE DE DIREITO DA PUC-SP

HUTCHINSON, TOMÁS. “Principio de Legalidad. Discrecionalidad y Arbitrariedad”. *Revista Jurídica de Buenos Aires*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot Lexis Nexis, 1ª Ed., 2005.

KELSEN, HANS. *Teoria General del Derecho y del Estado*. México: Imprensa Universitária, 1950, tradução de Eduardo García Maynez.

LAPATZA, J. J. FERREIRO. “El Principio de Legalidad y La Reserva de Ley”. *Revista de Direito Tributário*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, nº 50 (out/dez. 1989).

MAYER, OTTO. *Le Droit Administratif Allemand*, v. I, V. Giard & E. Brière, Libr. Editeurs, Paris, 1903.

MAXIMILIANO, CARLOS. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. Porto Alegre: Editora Livraria do Globo, 2ª Ed., 1933.

MEIRELLES, HELY LOPES. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros Editores, 27ª Ed., 2002

MORAES, ALEXANDRE DE. *Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional*. São Paulo: Editora Atlas, 3ª Ed., 2003

MOREIRA NETO, DIOGO DE FIGUEIREDO. *Curso de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 14ª Ed., 2005.

NETTO DE ARAÚJO, EDMIR. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Editora Saraiva, 2005.

PIMENTA OLIVEIRA, JOSÉ ROBERTO. *Os Princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade no Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Editora Malheiros, 1ª Ed., 2006.



PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO

REVISTA ELETRÔNICA DA FACULDADE DE DIREITO DA PUC-SP

QUEIRÓ, AFONSO RODRIGUES. “A teoria do desvio de poder em direito administrativo”. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, volumes VI e VII.

RIVERO, JEAN E WALINE, JEAN. *Droit Administratif*. Paris: Précis Dalloz, 14ª Ed., 1992.

ROMANO, SANTI. *Princípios de Direito Constitucional Geral*. Tradução de **MARIA HELENA DINIZ**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1977.

SILVA, JOSÉ AFONSO DA. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros Editores, 23ª Ed.

STASSINOPOULOS, MICHEL. *Traité des Actes Administratifs*. Atenas: Librairie Sirey, 1954.

TÁCITO, CAIO. O Princípio da Legalidade: Ponto e Contraponto. *Estudos em Homenagem a Geraldo Ataliba*. Vol. 2. São Paulo: Malheiros Editores, 1997.

_____ *Direito Administrativo*. São Paulo: Editora Saraiva, 1975.

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

WALINE, MARCEL. *Droit Administratif*. Paris: Éditions Sirey, 9ª Ed., 1963.

ZANCANER, WEIDA. “Razoabilidade e Moralidade”. *Estudos em Homenagem a Geraldo Ataliba*. Vol. 2. São Paulo: Malheiros Editores, 1997.

_____ *Da Convalidação e da Invalidação dos Atos Administrativos*. São Paulo: Malheiros Editores, 2ª Ed., 2001