O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE E O DESVIO DE PODER

THE LEGALITY PRINCIPLE AND THE POWER DIVERSION

Themístocles Brandão Cavalcanti

SUMÁRIO

A motivação do ato administrativo — Exame de mérito — Contrôle judicial — Conclusão.

O sistema brasileiro desde a proclamação da República, com a abolição do contencioso administrativo que, embora timidamente, permitia a separação do que era administrativo, é o da unidade de jurisdição, submetidas tôdas as controvérsias ao conhecimento do poder judiciário.

Com isto, a medida da competência no julgamento dos atos administrativos ficou restrita à apreciação da sua legalidade, isto é, da conformidade do ato ou da relação jurídica com a lei.

A legislação brasileira foi sempre extremamente precisa na posição dêsse problema, desde o comêço da República, quer na Lei nº 848 quer na Lei nº 221 afastando da apreciação do poder judiciário o que fôsse além da legalidade, na área da conveniência, da oportunidade.

A conformidade do ato com o direito vigente é que definiria na tônica do julgamento, o que significa a apreciação rigorosa da legalidade.

Dentro dêsses limites se processará a separação do poder judiciário do poder administrativo, naquilo que ambos têm de peculiar e próprio.

Esta determinação dos limites da legalidade ao exame de conformidade dos atos administrativos com a lei, abstraída a intenção, a vontade, a causa

determinante, é que nos tem levado, na qualificação dos atos administrativos, a considerar o motivo dêsses atos, não um elemento essencial à verificação de sua validade, mas elemento integrante da vontade de quem o praticou.

O ato administrativo, por isso mesmo, pode não ser motivado, diremos especìficamente, embora o interêsse público ou o interêsse próprio ao campo em que êle situa, constitua condição mesma da boa administração.

Esta motivação tem, porém, um sentido quase ético, que justifica o procedimento administrativo e a presença do Estado, perante os governados.

Mas êste motivo nem sempre ostensivo, tem um caráter genérico e não se confunde com objetivo específico, ligado à finalidade peculiar a certos atos. O exemplo clássico: desapropriação de um terreno para construir uma escola.

O motivo genérico é o interêsse público, o bem-estar geral da comunidade. O motivo específico o atendimento escolar a *determinado local*.

A rotina administrativa, expressa em milhares de atos, trabalha no campo genérico sem uma motivação precisa de cada caso, nunca expressamente positivada e, por isso mesmo sempre entende que o motivo não constituía elemento essencial de todo ato administrativo.

Por outro lado, no regime da legalidade, o exame do motivo não se justifica, em princípio, senão quando o ato transgride o preceito mesmo da lei ou o motivo expresso no ato e nesses casos, o motivo deve estar explícito como elemento integrante do ato.

No estudo do direito comparado, principalmente quando se investiga os países de contenciosos administrativos, é preciso considerar que nêles o exame do ato pelos órgãos judicantes, contencioso administrativo se reveste de uma profundidade maior, penetrando na análise do seu conteúdo e por vêzes até de sua conveniência e oportunidade.

Não vigora ali o sistema da simples legalidade mas o poder administrativo por meio de uma instância especial, administrativa, reexamina o ato em seu conteúdo.

Os critérios de avaliação da validade do ato são outros, que transcendem da simples conformidade com a lei, para se transferir a um campo de apreciação mais largo, que identifica o poder que examina o ato com aquêle mesmo que o pratica. Por isso mesmo, não se acha excluído o exame do seu mérito.

A identificação maior da justiça com a administração pode justificar êsse procedimento, não apenas sob o ponto de vista técnico, isto é, pela natureza da função judiciária em relação aos atos da administração, mas também se considerarmos a composição dêsses órgãos judicantes, não raro constituídos também de administradores.

O contencioso da legalidade é porém mais cauteloso, a sua função se limita à apreciação da conformidade ou não do ato com a lei.

Dir-se-á que apenas o exame de oportunidade é vedado. Sim, é esta a área da proibição expressa, mas entre ela e a da legalidade permanece outra área em que a administração age, em função mesma de sua finalidade, usando de um poder próprio à administração.

O que entendo é a desnecessidade da motivação de todos os atos, mas quando esta se torna indispensável, muitas vêzes sob a pressão de exigências legais, fica a administração vinculada ao princípio da legalidade, no respeito ao motivo.

Se penetramos melhor no problema vamos, entretanto, verificar que a controvérsia gira em tôrno de conceito mesmo da legalidade, entendendo alguns, entre os quais nos situamos, que o motivo do ato é elemento essencialmente de mérito e, portanto, só apreciável por aquêles tribunais que têm realmente a competência para penetrar no seu conhecimento.

Mérito é comportamento da autoridade, é entendimento que ela atribui à aplicação da lei, quando o motivo do ato não atende ao motivo da lei, ou quando o ato não atende ao motivo nêle expresso, dirão, a matéria será de *legalidade*, por ser o motivo um dos elementos do ato administrativo.

Pode ser verdadeira a afirmação mas apenas enquanto fôr clara a motivação da lei, ou expressa a motivação do ato.

Pode ocorrer também que não haja lei expressa, que o ato se caracterize como medida de polícia e se tenha transformado em medida abusiva, visando a beneficiar um grupo de indivíduos.

Não é necessário, a nosso ver, que se procure no desvio de poder a condenação do ato, cuja ilegalidade é patente como abuso de poder, deixando de cumprir a própria lei.

Na complexidade do processo de intervenção do Estado principalmente no domínio econômico, a teoria do abuso de poder tende a se ajustar às necessidades da vida administrativa. A revisão dos atos da administração pela análise do seu conteúdo e das condições técnicas que determinaram a sua prática, colocaria o poder judiciário como árbitro da ação administrativa.

O próprio Conselho de Estado da França, já tomou conhecimento dessa realidade e procura rever as suas posições em relação ao exame do chamado "desvio do poder".

Colocado em têrmos de legalidade a doutrina se justifica em casos restritos, mas nunca dentro dos princípios para nós insustentável, de que todo ato administrativo deve ter a sua motivação e que esta se inclui na faixa da legalidade.

Apenas a motivação expressa e específica justificaria a doutrina, mas nunca como condição de validade do ato administrativo. Quando a Lei n.º 221 exclui ao exame judicial a conveniência e a oportunidade pretende excluir da apreciação ao Juiz as circunstâncias de mérito.

O que ela atribui ao Juiz é o exame da "legalidade", isto é, a conformidade do ato com a lei, em todos os seus elementos, inclusive aqueles compreendidos na finalidade própria da lei. Esta, por sua vez, pode ter um caráter puramente formal, não exigindo maiores investigações quanto aos seus motivos ou finalidades.

Em suma, não impugnamos a necessidade da motivação do ato, mas não consideramos o motivo como elemento substancial do ato administrativo, condição de sua existência.

Existem atos motivados e outros não motivados, quando o motivo foi exigido deve ser atendido, sob pena de ilegalidade.

A nossa posição nesse particular tem sido sempre bem nítida, entendendo que a teoria no desvio de poder, aliás em declínio, só se justifica nos países em que o contencioso administrativo penetra na análise do mérito do ato administrativo.

Não temos o desvio de poder como vício de ilegalidade mas de mérito, a não ser naqueles casos em que o motivo está expresso na lei ou no ato administrativo, quando então o ato administrativo pode ser considerado ilegal pelo não cumprimento de um dos seus elementos essenciais. Note-se entretanto, que mesmo neste caso, a ilegalidade não será puramente formal. O autor do ato pode abrir a controvérsia sôbre a execução do ato, a maneira que teria preferido, para executá-lo, invocar em seu favor, a fôrça maior ou qualquer outro meio de defesa.

No Brasil tem se feito certa confusão entre o exame da legalidade e a teoria do abuso do poder, forçando-se a mão para a criação de uma doutrina brasileira que permitiria o exame judicial do merecimento dos atos administrativos.

A teoria do "fim do legislador" e o desatendimento dos objetivos legais pela administração, importaria em abuso de poder.

É a Lei n.º 221, o sustentáculo dessa doutrina, em uma compreensão bem liberal de seus preceitos, porquanto os elementos que participaram do ato administrativo para exame do poder judiciário seriam os da simples legalidade, excluída a conveniência e a oportunidade do ato.

A presunção de que os fins estariam implícitos é puramente gratuita porque, em boa doutrina, no regime do contrôle judicial, nada justificaria essa presunção. Que seja uma construção da jurisprudência essa doutrina, está

certo, e ainda assim, restrita aos casos de efetivo desvio dos fins da ou do ato expresso, mas nunca, uma porta aberta a apreciação do fato e do mérito dos atos administrativos.

É um alargamento da competência judiciária que supre em parte a ausência de tribunais administrativos com a sua competência específica.

Seria, finalmente, ir muito longe nos objetivos da lei nº 221, admitir que ela tivesse deixado aberta a porta ao instituto do desvio do poder. O que fêz a lei foi estabelecer o tripé — legalidade-conveniência-oportunidade.

Ao judiciário ficou aberto apenas o exame da legalidade, vedada a conveniência e a oportunidade.

Conceito de legalidade, será criação jurisprudencial.

Em nenhum momento a Lei n.º 221 teria admitido uma terceira solução que fugisse à solução ortodoxa do contrôle jurisdicional de legalidade, que instituía.

Quanto ao mais, não tenho dúvidas em considerar no quadro da legalidade a frustração dos motivos expressos no ato administrativo, desde que haja lesão de direitos.

O que ocorre é a coincidência dos atos necessàriamente motivados, com a natureza mesma dêsses atos que envolvem o contencioso da legalidade.

Assim serão tôdas as decisões administrativas, as medidas de polícia administrativa que afetam direitos individuais, como por exemplo: a expulsão de estrangeiros, as medidas disciplinares, as que envolvem as liberdades de manifestação de pensamento, de reunião, de associação, as decisões numerosas em matéria de urbanismo, etc., etc.

É que os motivos dêsses atos são determinantes e, portanto, o seu não cumprimento ou a sua inexatidão atingem o próprio ato.

É preciso também na análise dos motivos distinguir: a) a legalidade do motivo, dos seus fundamentos; b) a existência, de fato, dêsses motivos.

No primeiro caso, a solução é fácil, basta examinar os pressupostos que justificam a legitimidade do ato e verificar se êstes servem de motivação ao ato.

A expulsão do estrangeiro, por exemplo, só pode ocorrer em determinados casos e, portanto, o ato de expulsão tem de estar motivado em algum ou alguns dos pressupostos legais. Se tal não ocorrer, o ato é ilegal, por falta de fundamento legal para a expulsão.

Na segunda hipótese (b) a matéria é mais de fato. O ato se acha regularmente motivado mas a razão argüida não encontra comprovação no processo — o fato não existe ou não se acha provado.

Neste caso, o problema também afeta o aspecto da legalidade porque, inexistindo o fato (não provado) desaparece um dos seus pressupostos. A menos evidentemente que subsistam outros fatos comprovados.

Em certos casos, as causas não são tão simples, porque interessam a uma área da administração em que ela exerce um poder discricionário.

Aqui é preciso reconhecer no sistema do contencioso administrativo uma capacidade maior de exame.

É o caso de repetir como Renard — a jurisdição administrativa julga sob dois pontos de vista — da legalidade e da boa administração, enquanto que a justiça comum, apenas da legalidade.

Por isso mesmo, há de se reconhecer no contencioso administrativo competência para rever o ato, em seu mérito. Freqüentemente examinam a "utilidade pública" — a "urgência" — a "necessidade", a "oportunidade".

Mas, mesmo nesses casos, há exceções e a preferência francesa, por exemplo, se tem orientado no sentido de evitar uma apreciação de fundo sôbre problemas de natureza política ou puramente técnica.

Em suma, não se deve esquecer no exame da competência do poder judiciário que há um princípio dominante e que precisa ser respeitado — o da separação dos podêres, em virtude da qual, cada poder tem uma área de competência específica que não deve ser invadida pelos demais podêres.

No sistema do contencioso administrativo, a administração está sujeita ao poder jurisdicional próprio e com organização adequada. Por isso mesmo, a revisão dos atos administrativos há de atender a certos princípios que torna mais profundo o contrôle jurisdicional, abrangendo também o mérito dos atos administrativos.

O mesmo, entretanto, não ocorre no sistema em que o judiciário é completamente separado da administração. O contrôle será apenas da legalidade, que compreende o exame do ato em face da lei, dos seus elementos, do sistema de proteção a que ela deve atender.

E, nesses casos, o exame dos *motivos* se restringe a conformidade do ato com os seus motivos e ao exame da existência real dêsses motivos, quando servem de fundamentação ao ato.

Digna de respeito porém é a área do poder discricionário específica da administração, na orientação de sua política administrativa.

O poder discricionário tem os seus limites na lei, mas quando se enquadram nos seus justos têrmos, não há como considerar o ato em face do princípio da legalidade.

Não é somente "conveniência" ou "oportunidade" que devem ser resguardadas. Há muitos outros interêsses que abrangem o exame "técnico" de certos problemas, a "medida" de certos atos, os conceitos coerentes de "interesse público", "calamidade pública", e tantos outros que permitem à administração realizar a sua "política" e atender ao interêsse público.

Em conclusão — O princípio da "legalidade" não tem aqui um sentido puramente formal. Está êle vinculado à proteção dos direitos individuais e segurados expressamente pela lei.

É preciso também não esquecer que em tôda matéria de competência entre os podêres, predomina o princípio de sua separação. Assim não há como penetrar o exame judicial na esfera da competência privativa do poder executivo, naquilo que ela tem de própria e específica. A esfera discricionária notadamente merece ser definida e respeitada.

Finalmente, quanto ao caso próprio dos atos *motivados*, não há como exigir a motivação de todos, e quando o são, o exame dos motivos também precisa ser considerado em face das justificativas da autoridade.

O princípio da legalidade abrange todo o sistema de proteção de direitos, na medida em que a autoridade administrativa está subordinada à obediência às normas legais.

E o desvio do poder tem de atender precisamente à subordinação dos motivos à proteção legal.