OS PODERES DO ADMINISTRADOR PÚBLICO

HELY LOPES MEIRELLES
Juiz em São Paulo

SUMÁRIO: 1 — *Poder vinculado.* 2 — *Poder discricionário.* 3 — *Poder hierárquico.* 4 — *Poder disciplinar.* 5 — *Poder regulamentar.* 6 — *Poder de polícia.* 7 — *Uso e abuso do poder.*

Para bem realizar a administração pública, ou seja, a satisfação dos interêsses sociais, o administrador é investido pela entidade estatal a que serve — União, Estado-membro, Município — de poderes consentâneos e proporcionais aos encargos que lhe são cometidos.

Êsses poderes, conquanto originários da mesma fonte — a Soberania Nacional — se apresentam sob aspectos diversos, conforme o ângulo pelo qual são apreciados, tais como o da sua extensão e liberdade de utilização (poder vinculado — poder discricionário), o de seu fundamento imediato (poder hierárquico), o de seu objeto próprio (poder disciplinar), o de sua finalidade próxima (poder regulamentar), o da limitação de direitos individuais (poder de polícia).

Nesta oportunidade iremos examinar os poderes administrativos em si mesmos, assinalando-lhes os caracteres diferençadores, o seu fundamento, modo, forma e condições de sua utilização pelos agentes da Administração pública.

1. *O poder vinculado ou regrado* é aquêle que o Direito positivo — a lei — confere à Administração pública para a prática de ato administrativo, determinando o conteúdo, modo e forma de seu cometimento. Nesses atos, a lei vincula, inteiramente, a sua realização aos dados constantes de seu texto. Daí dizer-se que tais atos são vinculados ou regrados, o que significa que, na sua prática, o administrador público fica, inteiramente, prêso ao enunciado da lei, em tôdas as suas especificações. Nessa categoria de atos administrativos a liberdade de ação do administrador é mínima, pois terá que se ater à enumeração minuciosa do Direito positivo sôbre como realizá-los, eficazmente. Deixando de atender a qualquer dado expresso na lei, o ato é nulo, por desvinculado de seu padrão.

O princípio da legalidade impõe que o administrador público observe, fielmente, todos os requisitos expressos na lei como da essência

do ato vinculado. O seu poder administrativo se restringe, em tais casos, ao de praticar o ato, mas de o praticar com tôdas as minúcias especificadas na lei. Omitindo-as ou diversificando-as na sua substância, nos motivos, na finalidade, no tempo, na forma ou no modo indicados na lei, o ato é inválido, e assim pode ser reconhecido pela própria Administração ou pelo Judiciário, se o requerer o interessado.

Nesse sentido é firme e remansada a jurisprudência de nossos Tribunais, pautada pelos princípios expressos neste julgado do Supremo: "A legalidade do ato administrativo, cujo contrôle cabe ao Poder Judiciário, compreende não só a competência para a prática do ato e de suas formalidades extrínsecas, como, também, os seus requisitos substanciais, os seus motivos, os seus pressupostos de direito e de fato, desde que tais elementos estejam definidos em lei como vinculadores do ato administrativo".[1]

Diversamente do poder vinculado, dispõe, também, a Administração pública de poder discricionário, no uso do qual lhe é facultado agir com liberdade de escolha dos motivos de conveniência e oportunidade na prática de certos atos. É o que veremos a seguir.

2. *Poder discricionário* é o que o Direito concede à Administração de modo explícito ou implícito, para a prática de atos administrativos com liberdade na escolha de sua conveniência, oportunidade e conteúdo. À luz dêsse conceito veremos que poder discricionário não se confunde com poder arbitrário. Discricionariedade e arbitrariedade são atitudes inteiramente diversas. Discricionariedade é liberdade de ação administrativa, dentro dos limites permitidos em lei; arbitrariedade é ação contrária ou excedente da lei. Ato discricionário, quando autorizado pelo Direito, é legal e válido; ato arbitrário é sempre e sempre ilegítimo e inválido. De há muito já advertia Jèze: *Il ne faut pas confondre pouvoir "discricionnaire" et pouvoir "arbitraire"*.[2] Mais uma vez insistimos nessa distinção, para que o administrador público, nem sempre familiarizado com os conceitos jurídicos, não converta a discricionariedade em arbítrio, como, também, não se arreceie de usar plenamente de seu poder discricionário, quando estiver autorizado e o interêsse público o exigir.

A competência discricionária distingue-se da vinculada pela maior liberdade de ação que é conferida ao administrador. Se, para a prática de um ato vinculado, a autoridade pública está adstrita à lei em todos os seus elementos formadores — competência, forma, objeto, motivo e finalidade — para praticar um ato discricionário é livre, no âmbito em que a lei lhe concede essa faculdade, quanto à escolha dos motivos e do objeto (oportunidade, conveniência e conteúdo do ato).

Por aí se vê que a discricionariedade é sempre relativa e parcial, porque, quanto à *competência*, à *forma* e à *finalidade* do ato, a autoridade está subordinada ao que a lei dispõe, como para qualquer ato

1 S. T. F., *Revista de Direito Administrativo*, vol. 42/227.
2 Gaston Jèze, *Les Principes Généraux du Droit Administratif*, 1914, pág. 371.

vinculado. Com efeito, o administrador, mesmo para a prática de um ato discricionário, deverá ter competência legal para praticá-lo; deverá obedecer à forma legal para a sua realização; e deverá atender à finalidade legal de todo ato administrativo, que é o interêsse público. O ato discricionário praticado por autoridade incompetente, ou realizado por forma diversa da prescrita em lei, ou informado de uma finalidade estranha ao interêsse coletivo, é ilegítimo e inoperante. Em tal circunstância deixaria de ser ato discricionário para ser ato arbitrário — ilegal, portanto.

"Até à possibilidade de agir sem competência — adverte Seabra Fagundes em luminoso acórdão, — de negar o interêsse público ou de violar as formas pré-traçadas, não vai a faixa de oscilação deixada pelo legislador, sob o império das necessidades múltiplas e urgentes da vida administrativa, ao Poder Executivo", e logo ajunta o mesmo jurista: "A competência discricionária não se exerce acima ou além da lei, senão como tôda e qualquer atividade executória, com sujeição a ela".[3]

A atividade discricionária encontra plena justificativa na impossibilidade de o legislador catalogar, na lei, todos os atos que a prática administrativa apresenta. O ideal seria que a lei regulasse, minuciosamente, a ação administrativa, modelando cada um dos atos a serem praticados pelo administrador, mas, como isto não é possível, dada a multiplicidade e diversidade dos fatos que pedem pronta solução ao Poder Público, o legislador sòmente regula a prática de alguns atos administrativos que reputa de maior relevância, deixando o cometimento dos demais ao prudente critério da Administração.[4]

Mas, embora não cuidando de todos os aspectos dos atos relegados à competência discricionária, o legislador subordina-os a um mínimo legal, consistente na estrita observância, por parte de quem os vai praticar, da *competência*, da *forma* e da *finalidade*, deixando o mais à livre escolha do agente administrativo.

Essa liberdade funda-se na consideração de que só o administrador, em contato com a realidade, está em condições de bem apreciar os motivos ocorrentes de oportunidade e conveniência da prática de certos atos, que seria impossível ao legislador, dispondo na regra jurídica geral e abstrata — lei — prover com justiça e acêrto. Já disse Fleiner que "o poder discricionário tem, nem mais nem menos, o escopo de tornar possível à Administração adaptar a sua atividade às exigências das circunstâncias individuais, de sorte que essa resulte sempre a mais eficaz e a mais útil ao fim público de que se trata".[5] Só os órgãos

3 Acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte, relatado pelo então Des. Seabra Fagundes, *in Revista de Direito Administrativo*, vol. 14/52. Êsse acórdão, juntamente com o comentário que mereceu de Vítor Nunes Leal, em rodapé, constituem substanciosos estudos sôbre a natureza e limites do poder discricionário, bem como sôbre a possibilidade do contrôle judiciário relativamente a tais atos.

4 L. Lopes Rodó, *O Poder Discricionário da Administração — Evolução Doutrinária e Jurisprudencial, in* "Revista de Direito Administrativo", vol. 35/40.

5 Fritz Fleinar, *Instituciones de Derecho Administrativo*, 1.ª ed., pág. 119.

executivos é que estão, em muitos casos, em condições de sentir e decidir, administrativamente, o que convém e o que não convém ao interêsse coletivo. Em tal hipótese executa a lei, vinculadamente, quanto aos elementos que ela discrimina — *competência*, *forma* e *finalidade* — e, discricionàriamente, quanto aos aspectos em que ela admite opção, ou seja, quanto à oportunidade, conveniência e conteúdo do ato administrativo.

Mesmo quanto aos elementos discricionários do ato há limitações, impostas pelos princípios gerais do Direito e pelas regras da boa administração, que, em última análise, são preceitos de moralidade administrativa.

Daí dizer-se, com inteira propriedade, que a atividade discricionária permanece sempre sujeita a um duplo condicionamento: externo e interno. Externamente, pelo ordenamento jurídico a que fica subordinada tôda atividade administrativa. Internamente, pelas exigências do bem comum e da moralidade da instituição administrativa.

O bem comum, também chamado interêsse social ou interêsse coletivo, impõe que tôda atividade administrativa lhe seja endereçada. Fixa, assim, o rumo que o ato administrativo deve procurar. Se o administrador se desviar dêsse roteiro, praticando ato que, embora discricionário, busque outro objetivo, incidirá em ilegalidade, por desvio de poder.

3. *O poder hierárquico* é o de que dispõe o Executivo para distribuir e escalonar as funções de seus órgãos e serviços, estabelecendo relação de subordinação entre os servidores de seu quadro administrativo.

Poder hierárquico e poder disciplinar não se confundem, mas, via de regra, andam juntos, por serem os sustentáculos de tôda instituição administrativa. Dêsses dois poderes inerentes à Administração pública é que deflui a hierarquia e a disciplina internas do organismo estatal.

A hierarquia é, na justa e simples definição do Professor Mário Masagão, "a relação de subordinação existente entre os vários órgãos do Executivo, com a gradação da autoridade de cada um".[6] Dêsse conceito se percebe que não há hierarquia no Judiciário e no Legislativo. A hierarquia é privativa da função executiva, como meio típico da organização e contrôle internos dos serviços administrativos.

Não se pode compreender as atividades administrativas sem a existência de hierarquia entre os órgãos e pessoas que as exercem. Daí a observação de Duguit de que "o princípio do poder hierárquico domina todo o Direito Administrativo e deveria ser aplicado, quando mesmo nenhum texto legal o consagrasse".[7]

---

6 Mário Masagão, *in Apontamentos de Direito Administrativo*, organizados por Iéte Ribeiro de Sousa, 1939, pág. 52. Idêntico é o conceito dado por Hauriou, *Précis Élémentaires de Droit Administratif*, 1926, pág. 26, e por Bielsa, *Compêndio de Derecho Publico*, 1952, vol. II/107.

7 Léon Duguit, *Traité de Droit Constitutionnel*, 1923, vol. III/250.

Podemos dizer que o poder hierárquico tem por objetivos *ordenar*, *coordenar*, *controlar* e *corrigir* as atividades administrativas, no âmbito interno da Administração pública. *Ordena* as atividades internas da Administração, repartindo e escalonando as funções entre os funcionários e agentes do poder, de modo que cada um possa exercer, eficientemente, o seu encargo; *coordena*, entrosando tôdas as funções no sentido de obter o funcionamento harmônico dos serviços afetos ao mesmo órgão; *controla*, fiscalizando o cumprimento da lei e das instruções, bem como os atos e o rendimento de cada servidor; *corrige* os erros administrativos pela ação revisora dos superiores sôbre os atos dos inferiores. Dêsse modo, a hierarquia atua como instrumento de organização e aperfeiçoamento do serviço, e age como meio de responsabilização dos agentes administrativos.

Pela hierarquia se impõe ao subalterno a estrita obediência das ordens e instruções superiores, e se define a responsabilidade de cada um. As determinações superiores devem ser cumpridas, fielmente, sem ampliação ou restrição, a menos que sejam manifestamente ilegais. Sôbre essa questão a doutrina não é uniforme, mas o nosso sistema constitucional, com o declarar que "ninguém pode ser obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa, senão em virtude de lei" (art. 141, § 2.º), torna claro que o subordinado não pode ser compelido, pelo superior, a praticar ato evidentemente ilegal. O respeito hierárquico não vai ao ponto de suprimir, no subalterno, o senso do legal e do ilegal, do lícito e do ilícito, do bem e do mal. Não o transforma em autômato executor de ordens superiores; permite-lhe raciocinar e usar de iniciativa no desempenho de suas atribuições, nos restritos limites de sua competência. Daí não lhe ser lícito discutir ou descumprir ordens, senão quando se apresentem, *manifestamente*, ilegais. Sòmente as que se evidenciarem, ao senso comum, contrárias ou sem base na lei, é que permitem ao subalterno recusar o cumprimento. A apreciação da conveniência e da oportunidade das determinações superiores refoge das atribuições meramente administrativas, e por isso escapam da órbita de ação dos servidores subalternos. Descumprindo-as ou retardando o seu cumprimento, poderá o subordinado relapso incorrer, não só em falta disciplinar, como, também, em crime de ação pública.[8]

A submissão hierárquica retira do inferior a atuação política, isto é, despe o subordinado da ação de comando, permitindo-lhe, tão-sòmente, agir com iniciativa no estrito âmbito de suas atribuições específicas. O superior autônomo, ou seja, aquêle que se encontra no ápice da pirâmide hierárquica, é que detém o comando político-administrativo da atividade executiva. Ao chefe do órgão executivo é que incumbe tomar as resoluções políticas, no sentido da escolha do objeto, dos meios e da oportunidade mais conveniente à consecução dos fins governamentais, que devem tender, sempre, para o bem comum.

8 Código Penal, art. 319.

Do poder hierárquico decorrem faculdades implícitas para o superior, tais como a de *dar ordens*, a de *fiscalizar* o seu cumprimento, a de *delegar* e *avocar* atribuições, e a de *rever* os atos dos inferiores.

4. *O poder disciplinar* é o que confere ao administrador público a faculdade discricionária de reprimir as infrações funcionais de seus subordinados, no âmbito administrativo.

O poder disciplinar é correlato com o poder hierárquico, mas com êle não se confunde. No uso do poder hierárquico, a Administração pública distribui e escalona as suas funções; no uso do poder disciplinar ela controla o serviço e responsabiliza os seus servidores faltosos. Daí a afirmativa de Marcelo Caetano de que "o poder disciplinar tem sua origem e razão de ser no interêsse e na necessidade de aperfeiçoamento progressivo do serviço público".[9] Com efeito, o titular do poder disciplinar é o único juiz da oportunidade e da conveniência de punir determinada falta administrativa, dentro dos limites que lhe impõe a própria natureza do serviço público. Dentro dêsses limites, o uso dêsse poder é discricionário.

Não se deve confundir, também, o poder disciplinar da Administração com o poder punitivo da Justiça Penal. O poder disciplinar é exercido como faculdade normativa interna da Administração, e só abrange as faltas relacionadas com o serviço e decorrentes dos deveres funcionais dos servidores públicos. A punição criminal, pela Justiça comum, abrange os crimes e contravenções prèviamente definidos nas leis penais e é aplicada com a tríplice finalidade retributiva, intimidativa e de defesa social. Modernamente, já ninguém confunde o poder disciplinar com o *jus puniendi*, pois que aquêle visa especìficamente ao funcionário e êste, genèricamente, ao indivíduo no seio da comunidade. A punição disciplinar e a penal se fundam em motivos diversos, e diversa é a natureza das penas. A diferença não é de grau; é de substância.[10] Dessa substancial diversidade entre a infração administrativa e a infração criminal resultam conseqüências bem diferençadas entre as duas punições, que podem se justapor, sem que ocorra *bis in idem*, vedado no Direito Penal, mas tolerado no Direito Administrativo. Por outras palavras, um procedimento pode ao mesmo tempo constituir falta administrativa e infração penal, sujeitando o seu agente às duas punições, sem que a isto se oponha o princípio do *non bis in idem*.

Outra característica do poder disciplinar é o seu discricionarismo, no sentido de que não está vinculado a prévia definição da lei sôbre

---

9 Marcelo Caetano. *Do Poder Disciplinar*, 1932, pág. 25.

10 Guido Zanobini, *Le Sanzione Amministrative*, pág. 111; Lúcio Bittencourt. *Direito Disciplinar, Princípio da Legalidade, in* "Revista de Direito Administrativo", vol. 2/794; A. Gonçalves de Oliveira, *Parecer, in* "Revista de Direito Administrativo", vol. 46/478; Manzini, *Trattato di Diritto Penale*, 1920, vol. I/80; Gaston Jèze, *Principios Generales del Derecho Administrativo*, 1949, vol. III/92; Paul Duez et Guy Debeyre, *Traité de Droit Administratif*, 1952, pág. 677, n.º 927; André de Laubadère, *Traité Élémentaire de Droit Administratif*, 1953, pág. 705, n.º 1.362.

a infração funcional e a respectiva sanção.[11] Não se aplica ao poder disciplinar o princípio da antecedência legal que domina inteiramente o Direito Criminal comum, ao afirmar a inexistência da infração penal sem prévia lei que a defina e apene: *nullum crimen, nulla poena sine lege.* Êsse princípio não vigora em matéria disciplinar. O administrador, no seu prudente critério, tendo em vista os deveres do funcionário, em relação ao serviço, e verificando a falta, aplicará a sanção que julgar cabível, oportuna e conveniente, dentre as que estiverem enumeradas em lei ou regulamento para a generalidade das infrações administrativas. A aplicação da pena disciplinar tem para o superior hierárquico o caráter de um *poder-dever,* uma vez que a condescendência na punição é considerada crime contra a Administração pública. Todo chefe tem o poder e o dever de punir o subordinado, quando êste der ensejo, ou, se lhe faltar competência para a aplicação da pena devida, fica na obrigação de levar o fato ao conhecimento da autoridade competente. É o que determina a lei penal vigente (Código Penal, art. 320).

As penas disciplinares, no nosso Direito Administrativo federal,[12] são de seis espécies, enumerando-se nesta ordem crescente de gravidade: I) repreensão; II) multa; III) suspensão; IV) destituição de função; V) demissão; VI) cassação de aposentadoria ou disponibilidade (Estatuto dos Funcionários Públicos Civis da União — Lei federal n.º 1.711, de 28 de outubro de 1952). A enumeração das penas em ordem crescente de gravidade não quer dizer que o superior tenha que começar, sempre, pela mais branda, para atingir a mais rigorosa. Conforme a gravidade do fato a ser punido, escolherá, dentre as penas legais, a que consulte ao interêsse do serviço e a que mais bem reprima a falta cometida. Neste campo é que entra o discricionarismo disciplinar. Isto não significa, entretanto, que o superior hierárquico possa punir, arbitràriamente, ou sem se ater a critérios jurídicos. Não é êste o significado da discricionariedade disciplinar. O que se quer dizer é que a Administração pode e deve, atendo-se aos princípios gerais do Direito e às normas administrativas específicas do serviço, conceituar a falta cometida, escolher e graduar a pena disciplinar em face dos dados concretos apurados pelos meios regulares — inquérito ou processo administrativo, sindicância e meios sumários — conforme a maior ou menor gravidade da falta, ou a natureza da pena a ser aplicada.[13]

O essencial é que, antes da aplicação da pena disciplinar, se apure, efetivamente, a falta, dando-se oportunidade de defesa ao acusado. Sem

---

11 Caio Tácito, *Poder Disciplinar e Direito de Defesa, in* "Revista de Direito Administrativo", vol. 37/345. No mesmo sentido: Roger Bonnard, *Droit Administratif,* 13.ª ed., pág. 77; Santi Romano, *I poteri disciplinari delle pubbliche amministrazione, in* "Scritto Minori", vol. II/91.

12 Essas penas não são exaustivas e nem de aplicação obrigatória ao funcionalismo estadual e municipal, que pode ter estatuto próprio.

13 S. T. F., *Revista de Direito Administrativo.* Tribunal de Justiça de São Paulo, *Revista de Direito Administrativo,* vol. 23/117.

o atendimento dêsses dois requisitos, a punição assumirá o aspecto de arbitrariedade (e não discricionariedade) e será invalidável por via judicial.[14]

A motivação da punição disciplinar se nos afigura imprescindível para a validade da pena. Não se pode admitir como legal punição desacompanhada de justificativa da autoridade que a impõe. Até aí, não vai a discricionariedade do poder disciplinar. O discricionarismo disciplinar se circunscreve na escolha da penalidade, dentre as várias possíveis, na graduação da pena, na oportunidade e conveniência de sua imposição. Mas, quanto à existência da falta e os motivos em que a Administração embasa a punição, não podem ser omitidos ou olvidados no ato punitivo. Tal motivação, é bem de ver, pode ser resumida, mas não pode ser dispensada, totalmente. O que não se exige são as formalidades de um processo judiciário, se bem que boa parte de seu rito possa ser, ùtilmente, adotada pela Administração, para resguardo da legalidade de seu ato. A autoridade administrativa não está adstrita, como a judiciária, às fórmulas processuais. Pode usar de meios mais simples e consentâneos com a finalidade disciplinar, para apurar a falta e impor a pena adequada. O que não nos parece admissível é que deixe de indicar, claramente, o motivo e os meios regulares de que usou para a verificação da falta objeto da punição disciplinar.

A motivação se destina a evidenciar a conformação da pena com a falta, e a permitir que se confira a todo tempo a *realidade* e a *legitimidade* dos atos ou fatos ensejadores da punição administrativa. Segundo a moderna doutrina francesa, hoje aceita pelos nossos publicistas e pela nossa jurisprudência, todo ato administrativo é inoperante quando o motivo invocado é falso ou inidôneo, vale dizer, quando ocorre *inexistência material* ou *inexistência jurídica* dos motivos. Êsses motivos, na expressão de Jèze, devem ser "materialmente exatos e jurìdicamente fundados".[15] Tal teoria tem inteira aplicação ao ato disciplinar, que é espécie do gênero "ato administrativo".

Ao motivar a imposição da pena, o administrador não se está despojando da discricionariedade que lhe é conferida em matéria disciplinar. Está, apenas, *legalizando* essa discricionariedade, visto que a *valoração* dos motivos é matéria reservada, privativamente, à sua consideração, sem que outro Poder possa rever o mérito de tais motivos.

---

14 S. T. F., *Revista de Direito Administrativo*, vol. 37/345; Tribunal de Justiça de São Paulo.

15 Gaston Jèze, *in Revue du Droit Public et de la Science Politique*, 1937, vol. 54/324. No mesmo sentido vejam-se, entre nós: Caio Tácito, *A inexistência dos motivos nos atos administrativos, in* "Revista de Direito Administrativo", vol. 36/78, e *Contrôle dos motivos nos atos discricionários, in* "Revista de Direito Administrativo", vol. 38/350; Bilac Pinto, *Estudos de Direito Público*, 1953, pág. 312; Francisco Campos, *Direito Administrativo*, 1943, pág. 122. Jurisprudência pátria: S. T. F., *Revista de Direito Administrativo*, vol. 38/350; T. F. R., *Revista de Direito Administrativo*, vols. 46/1 89.25/92 e 24/143; Tribunal de Justiça de São Paulo, *Revista dos Tribunais*, vols. 217/130, 199/278 e 191/691; Tribunal de Alçada de São Paulo, *Revista dos Tribunais*, vol. 211/449.

O próprio Judiciário deter-se-á no exame material e jurídico dos motivos invocados, sem lhe adentrar a substância administrativa.

5. *O poder regulamentar* é inerente e exclusivo da função executiva (Constituição federal, art. 87, n.º I). Os Estados de Direito, como o nosso, repartem as atividades governamentais entre o Legislativo, o Executivo e o Judiciário. Êsses Poderes, por sua vez, se desdobram em órgãos, com atribuições específicas e bem diferençadas, segundo a missão a realizar. Ao Legislativo incumbe elaborar a lei; ao Executivo toca executar a lei, convertendo-a em atos concretos de administração; ao Judiciário compete impor, coercitivamente, a observância da lei. Pode-se dizer, assim, que a Administração, o Govêrno em sentido amplo, é a resultante dessas três atividades operando, coordenadamente, para a consecução do bem comum.

No poder de administrar está implícito o de regulamentar. As lacunas da lei, a imprevisibilidade de certos fatos e circunstâncias, que surgem a todo momento a reclamar providências imediatas da Administração, impõem se reconheça ao Executivo o poder de regulamentar as normas legislativas incompletas, ou de prover situações não previstas pelo legislador, mas ocorrentes na prática administrativa. Era de se desejar que a nossa Constituição ampliasse o poder regulamentar de modo a permitir ao Executivo maior liberdade no trato dos negócios públicos de sua competência. Ao revés, os nossos constituintes de 1946, reagindo ao fortalecimento do Executivo no regime anterior, enfraqueceram, demasiadamente, êsse Poder, negando-lhe quaisquer delegações de outros Poderes[16] e restringindo ao mínimo a faculdade regulamentar.[17]

Os *regulamentos* são atos administrativos gerais expedidos, privativamente, pelos chefes do Executivo federal, estadual e municipal — Presidente da República, Governadores e Prefeitos — em decretos, com o fim de explicar o modo e forma da execução da lei (*regulamento de execução*), ou prover situações não previstas em lei (*regulamento autônomo ou independente*).

O regulamento não é lei, embora a ela se assemelhe no conteúdo e poder normativo.[18] Nem tôda lei depende de regulamento para ser

---

16 Referindo-se ao art. 36, § 2.º, da Constituição federal, que proíbe as delegações de poderes, o deputado Afonso Arinos de Melo Franco apontou, precisamente, a sua origem: "Êste artigo não é senão a explosão de um recalque antiditatorialista da Assembléia Constituinte, não é senão o gesto de revide desta Casa, fechada, traiçoeiramente, a 10 de novembro pelo ditador. Êste artigo não é senão a manifestação de uma condenação política, êle não é senão o protesto da consciência legislativa nacional em face das ameaças da espada ou da ditadura" (*Diário do Congresso Nacional* de 24 de fevereiro de 1949, pág. 1.296).

17 Carlos Medeiros Silva, *O poder regulamentar e sua extensão*, in "Revista de Direito Administrativo", vol. 20/1. *O poder regulamentar no Direito Comparado*, in "Revista de Direito Administrativo", vol. 30/28; Caio Tácito, *As delegações legislativas e o poder regulamentar*, in "Revista de Direito Administrativo", vol. 34/471; Vítor Nunes Leal, *Lei e regulamento*, in "Revista de Direito Administrativo", vol. 1/371.

18 O *poder normativo*, embora caiba, predominantemente, ao Legislativo, nêle não se exaure. Outros órgãos de Administração também o exercitam, notadamente

executada, mas tôda e qualquer lei pode ser regulamentada, se o Executivo julgar conveniente fazê-lo. Sendo o regulamento, na hierarquia das normas, ato inferior à lei, não a pode contrariar, nem restringir ou ampliar suas disposições. Só lhe cabe explicitar a lei, dentro dos limites por ela traçados. Na omissão da lei o regulamento supre a lacuna, até que o legislador complete os claros da legislação. Enquanto não o fizer, vige o regulamento, desde que não invada matéria reservada à lei.[19]

6. O conceito de *poder de polícia* se vem alargando dia a dia, de modo a abranger, cada vez mais, as atividades particulares que interessem, direta e imediatamente, à coletividade.

Para nós, *poder de polícia é a faculdade discricionária que se reconhece à Administração pública, de restringir e condicionar o uso e gôzo dos direitos individuais, especialmente os de propriedade, em benefício do bem-estar geral.*[20]

Em linguagem mais livre se pode dizer que o poder de polícia é o mecanismo de frenagem empregado pela Administração pública para deter o uso anti-social dos direitos individuais. Por êsse mecanismo, próprio do Direito Administrativo, o Poder Público contém a ação particular contrária, nociva ou inconveniente à coletividade. Como meio de frenagem inerente a tôda Administração pública — federal, estadual, municipal — êle habilita os agentes administrativos a velar, eficientemente, o bem comum, fazendo cessar tôda atividade individual que lese ou ameace os interêsses gerais da comunidade.

Na conceituação de Caio Tácito, "o poder de polícia é, em suma, o conjunto de atribuições concedidas à Administração pública para disciplinar e restringir, em favor do interêsse público adequado, direitos e liberdades individuais".[21]

---

os do Executivo, quando expedem regulamentos e determinações de caráter geral e externo. A propósito, merecem transcritas as considerações do Professor Caio Tácito, em lúcido comentário à decisão do Tribunal Federal de Recursos, que sufragou a tese ora sustentada: "A capacidade ordinatória do Estado se manifesta por meio de círculos concêntricos que vão, sucessivamente, da Constituição à lei material e formal, isto é, aquela elaborada pelos órgãos legislativos; desta aos regulamentos por meio dos quais o Presidente da República complementa e particulariza as leis; e, finalmente, aos atos administrativos gerais, originários das várias escalas de competência administrativa. São constantes as *normas*, de fôrça obrigatória equivalente às leis e regulamentos, desde que a elas ajustadas, contidas em portarias, ordens de serviço, circulares, instruções ou em meros despachos. É, em suma, a substância, e não a forma que exprime a distinção entre o *ato administrativo especial* (decisão específica) e o *ato administrativo geral* (ato normativo). Aquêle, tal como as decisões judiciais, aplica o Direito ao caso, solvendo uma postulação concreta. Êste representa a formulação de uma ordem nova, complementar ao Direito existente, que esclarece e desenvolve, tendo, òbviamente, conteúdo inovador, embora mínimo" (*O Mandado de segurança e o poder normativo da Administração*, *in* "Revista de Direito Administrativo", vol. 46/246).

19 Carlos S. de Barros Júnior, *Fontes do Direito Administrativo — Limites do poder regulamentar*, *in* "Revista de Direito Administrativo", vol. 28/1.

20 Veja-se o nosso *O poder de polícia do Município*, *in* "Revista de Direito da Procuradoria-Geral da Prefeitura do Distrito Federal", vol. IV/55.

21 Caio Tácito, *O poder de polícia e seus limites*, *in* "Revista de Direito Administrativo", vol. 27/1.

Na lição de Cooley, "o poder de polícia (*police power*), em sentido amplo, compreende um sistema total de regulamentação interna, pelo qual o Estado busca não só preservar a ordem pública, senão, também, estabelecer para a vida de relações dos cidadãos aquelas regras de boas maneiras e de boa vizinhança que se supõem necessárias para evitar o conflito de direito e para garantir a cada um o gôzo ininterrupto de seu próprio direito, até onde fôr razoàvelmente compatível com o direito dos demais.[22]

Na síntese de Fleiner, "o poder de polícia é a faculdade de ditar normas com fôrça obrigatória para submeter as atividades da liberdade pessoal e a propriedade aos limites que o bem público exija".[23]

O que a doutrina põe em relêvo, pela unanimidade dos autores, é a faculdade que tem tôda Administração pública de editar e executar medidas restritivas do direito individual, em benefício da coletividade. Êsse poder se difunde por tôdas as entidades estatais, cabendo ao Município boa parte de sua utilização no policiamento das atividades locais. A êsse propósito merece invocada a autoridade de Bonnard: "A competência em matéria de polícia não deve ser reservada, exclusivamente, nem ao poder central, nem às autoridades administrativas locais. Ela deve ser repartida entre as diferentes autoridades, com uma parte preponderante para a administração local. A polícia deve ser, em sua maior parte, polícia municipal".[24] E sobejam razões para êsse maior aquinhoamento do poder de polícia às Municipalidades, porque suas administrações é que mantêm contato direto e freqüente com as realidades sociais, com a vida dos munícipes, e por isso mesmo estão em condições mais propícias para resguardar o interêsse coletivo, contra o uso anti-social dos direitos individuais, através de medidas prontas e adequadas à proteção da coletividade local.

A extensão do poder de polícia é hoje muito ampla, e por isso mesmo se reparte entre a *polícia judiciária* e a *polícia administrativa*, que é a que nos interessa neste estudo.

Polícia judiciária é a que tem por missão assegurar a ordem pública interna, prevenir e reprimir infrações penais — crimes e contravenções — e apresentar os infratores à Justiça, para a conveniente punição. Em decorrência de sua missão, ela atua por meio de corporações armadas e serviços especializados em repressões, prevenções e investigações criminais. É empregada na vigilância e defesa das pessoas e de seus bens, incumbindo-lhe efetuar prisões em flagrante e em cumprimento de mandados judiciais, assim como garantir a execução de ordens administrativas, quando resistidas pelos particulares. Na polícia judiciária é que reside, pròpriamente, a fôrça pública do Estado.

Polícia administrativa é que se destina a assegurar o bem-estar geral, impedindo, através de ordens e proibições das autoridades competentes, o uso anti-social dos direitos individuais e da propriedade

22 Cooley (T. M.), *Constitutionel Limitation*, 1903, pág. 829.
23 Fritz Fleiner, *Instituciones de Derecho Administrativo*, 1933, pág. 311.
24 Roger Bonnard, *Précis de Droit Administratif*, 1935, pág. 323.

particular. A polícia administrativa se exterioriza no conjunto de órgãos e serviços públicos incumbidos de fiscalizar, controlar e deter as atividades individuais (não os indivíduos) que se revelem contrárias, inconvenientes, ou nocivas à coletividade, no tocante à segurança, à higiene, à saúde, à moralidade, ao sossêgo, ao confôrto públicos, bem assim à estética da cidade.

Daí a justa observação de Hauriou de que "todo poder administrativo gira em tôrno da idéia de polícia preventiva destinada a procurar u'a melhor paz social. E não é difícil demonstrar que as organizações de serviços públicos, por mais técnicos que sejam, não passam de meios de polícia e de garantias preventivas da paz social".[25]

No uso normal do *poder de polícia administrativa,* a Administração expede regulamentos e demais determinações para o exercício dos direitos e atividades particulares que interessem à coletividade. A essas normas ficam sujeitos todos os que venham a praticar a atividade policiada administrativamente, dependendo o seu exercício de licença prévia da autoridade competente, licença que, na técnica administrativa, se denomina *alvará.* O alvará, como tôda licença administrativa, é sempre expedido a título precário, podendo ser cassado, a qualquer tempo, se resultar de êrro, ou se o seu beneficiário desatender às prescrições legais ou regulamentares no exercício da atividade licenciada, ou, ainda, se o interêsse público vier a exigir a cessação da atividade ou da obra até então autorizada.[26] O alvará, como licença precária, sempre dependente da conveniência social, não leva o particular a adquirir direito absoluto ao exercício da atividade ou à realização da obra autorizada, pela razão constitucional de que o exercício dos direitos individuais não pode se superpor ao interêsse público (art. 141), e o uso da propriedade será sempre condicionado ao bem-estar social (art. 147). Pode, pois a Administração pública, a todo tempo, fazer cessar as atividades ou obras particulares que, por motivos supervenientes, se tornarem prejudiciais ou inconvenientes à comunidade, desde que indenize os danos suportados pelo particular com a retirada da licença ou com a interdição e demolição da obra, até então permitidas.

Os fundamentos do poder de polícia administrativa se embasam no interêsse público e defluem da Constituição e das leis ordinárias que, a cada passo, deferem à autoridade pública missão de fiscalização e contrôle da atividade privada, em benefício da coletividade. Tais autorizações nem sempre vêm expressas em texto legal, mas decorrem, na maioria dos casos, de permissão virtual, como poderes implícitos necessários à consecução dos fins administrativos almejados pelo legislador. Sem muito respigar, se nos deparam na Constituição federal claras restrições à liberdade individual (art. 141, §§ 5º e 11 a 15), ao direito de propriedade (arts. 141, § 16 e 147), à liberdade de comércio (arts. 145, 146, 148, 149), ao exercício das profissões (art. 141,

---

25 Maurice Hauriou, *Droit Administratif,* 1926, pág. 8.

26 Tribunal de Justiça de São Paulo, *Revista dos Tribunais,* vols. 237/234. 215/106 e 222/179.

§ 14) e outras mais. Por igual, o Código Civil restringe o exercício dos direitos individuais ao uso *normal*, cominando-lhe sanções quando abusivo (art. 160), e, expressamente, subordina o direito de construir a normas gerais intransponíveis (arts. 572 a 587), e a exigências especiais das leis e regulamentos edilícios (art. 572). Leis outras, como o Código de Águas, o Código do Ar, o Código Florestal, consignam restrições diversas, visando, sempre, ao bem-estar geral.

A cada restrição de direito, autorizada em lei, corresponde equivalente poder de polícia à Administração pública para fazê-la obedecida. Conclui-se, assim, que êsse poder está, sempre, em exata correspondência com as limitações da atividade individual, legalmente estabelecidas.

Os limites do poder de polícia administrativa são demarcados pelo interêsse social em conciliação com os direitos individuais, constitucionalmente assegurados. O sistema de liberdades públicas não é regime de *licença*, e por isso mesmo, de par com as garantias individuais, admite a regulamentação do exercício dos direitos e das atividades fundamentais do homem, em prol da comunidade. Do absolutismo liberal evoluímos para o relativismo social. Os Estados modernos, como o nosso, inspiram-se nos princípios de liberdade e nos ideais de solidariedade humana. Daí o equilíbrio entre a fruição dos direitos individuais e as exigências do bem comum. Através de imposições do Estado, o indivíduo cede parcelas mínimas de seus direitos à comunidade, e esta lhe retribui o benefício em segurança, ordem, moralidade e salubridade públicas, propiciadoras do bem-estar geral. Para a dosagem dessas concessões individuais em favor da comunidade, o Estado utiliza-se dêsse poder discricionário, que é o poder de polícia administrativa. Tal poder, entretanto, não é arbitrário, absoluto, ilimitado. Ao revés, é condicionado pelos princípios constitucionais que definem os direitos e garantias individuais, como mínimos legais a serem respeitados pelo próprio Estado.

A liberdade da Administração pública, em matéria de polícia, é a de movimentar-se, livremente, dentro do campo que a lei demarca. Em se tratando de faculdade discricionária, a norma legal não minudeia o modo, forma, tempo e condições da prática do ato de polícia, como não indica os motivos que o ensejam, nem particulariza o seu objeto. Êsses aspectos são confiados ao prudente critério do administrador público, e dentro dêsses limites o ato de polícia é inatacável. Mas, se a Administração, exorbitando da esfera discricionária que lhe é reconhecida, dela se afastar, transpondo os lindes legais ou desviando-se da finalidade pública, o ato de polícia ficará sujeito a invalidação, como qualquer outro administrativo, cometido com abuso ou excesso de poder.[27]

O objeto do poder de polícia administrativa é todo bem, direito ou atividade suscetível de regulamentação e restrição pela Administração

27 S. T. F., *Revista de Direito Administrativo*, vol. 30/257; Tribunal de Justiça de São Paulo, *Revista* cit., vol. 39/258; Tribunal de Justiça do Distrito Federal, *Revista* cit., vols. 35/295, 38/336 e 40/344.

pública, em proveito da segurança, salubridade e bem-estar da coletividade. Com êsse objetivo o Poder Público policia, geralmente, a ação particular em tudo que respeite à incolumidade, à higiene, à saúde, à moralidade pública e à estética da cidade. Não obstante sejam essas as matérias de eleição do poder de polícia, as exigências da civilização concitam o Poder Público a estender o âmbito da polícia administrativa a outros setores da atividade humana, tais como ao do domínio econômico, das profissões liberais, da indústria, do comércio, da propriedade particular, da entrada e permanência de estrangeiros no País, e outros mais.

Neste vasto campo das atividades do indivíduo em sociedade é que o Poder Público atua como mecanismo de frenagem dos impulsos anti-sociais dos particulares. E atua por meio de atos concretos de administração, de caráter *preventivo, repressivo* e *restritivo* das liberdades individuais, atos êstes que se manifestam por *ordens e proibições* tendentes a obter de cada indivíduo o comportamento conveniente à sociedade. Por isso mesmo o ato de polícia é, sempre, coercitivo, e se faz acompanhar de sanções a serem impostas pela fôrça, aos que descumprirem as determinações administrativas.

As sanções do poder de polícia, como meio de intimidação e coerção, principiam, geralmente, com multa administrativa e se escalonam em cominações mais graves, como a interdição de atividades, o fechamento de estabelecimentos, o embargo de obras, a destruição de objetos e gêneros alimentícios, a demolição de prédios, a vedação de comércio, a proibição da instalação de indústrias, a vedação do exercício de atividades políticas, sociais, religiosas, recreativas, científicas, literárias ou artísticas reputadas inconvenientes ou inoportunas em determinadas épocas, locais ou circunstâncias, além da apreensão de insanos, ébrios ou doentes sujeitos a internamento compulsório, e outras mais que as autoridades administrativas estejam, legalmente, autorizadas a utilizar.

A imposição dessas sanções ou penalidades cabe, privativamente, à Administração pública, por seu órgão competente para conceder licenças, e, conseqüentemente, com poder bastante para fiscalizar e cassar a autorização concedida, ou impedir o exercício da atividade particular prejudicial ao interêsse da comunidade. Da natureza *executória* do ato de polícia decorre para a Administração a faculdade de impor e executar, *diretamente,* as sanções administrativas; de sua natureza *discricionária* deflui a faculdade de escolha da sanção a aplicar e do momento e limites de sua aplicação, sem que outro poder possa interferir ou restringir essa liberdade administrativa do Executivo.

As condições de validade do ato de polícia se resumem nestes quatro elementos: competência da autoridade que o pratica; correspondência com o fim expresso ou implícito na norma que o autoriza; proporcionalidade entre a restrição imposta ao direito individual e os benefícios que dela decorrem para a comunidade; legalidade dos meios empregados.

As duas primeiras condições — *competência* e *finalidade* — são requisitos genéricos de todo ato administrativo, uma vez que não se

pode considerar válido ato praticado por autoridade incompetente, ou ato desviado da finalidade pública consignada em lei.

A terceira condição — *proporcionalidade* — é atributo específico do ato de polícia administrativa, visto que não se compreende o sacrifício de um direito, de uma liberdade, ou de uma atividade lícita do particular, sem vantagem apreciável para a coletividade, ou em maiores proporções que as exigidas pelo interêsse público. O direito não tutela atos sem finalidade, nem autoriza restrições caprichosas. O ato de polícia só é lícito, quando dêle resultar uma utilidade sensível para a comunidade, e fôr praticado segundo as necessidades do bem comum. O sacrifício do direito do cidadão deve ser compensado pelo benefício de ordem geral, resultante da restrição imposta à atividade policiada. Fora daí, tudo descamba para o arbítrio e se macula de ilegalidade.

O último requisito — *legalidade dos meios* — se relaciona com as garantias individuais com que a Constituição resguarda os direitos e atividades fundamentais do homem. Com ser o ato de polícia de natureza discricionária, não está o Poder Público autorizado a empregar meios ilegais para a sua prática, embora lícito e legal o fim, competente a autoridade para ordená-lo, e de interêsse público a restrição imposta ao particular. Em matéria de polícia, adverte Bonnard, *le fin ne justifie pas tous les moyens.*[28] Com efeito, os meios devem ser os autorizados em lei, os permitidos pela moral, os reconhecidos pelo Direito, embora coercitivos e traduzidos em fôrça física. Tais meios hão-de ser compatíveis com a necessidade e urgência da medida, e com a dignidade humana. A interdição de atividades, a destruição de bens, a demolição de obras, o emprêgo da fôrça física, a detenção pessoal, só se justificam como providências extremas do Poder Público. Enquanto houver possibilidade de concretizar a medida policial por meio de ordens administrativas, não se legitima a violência. Só a renitência ou resistência do particular às determinações legais é que autorizam o emprêgo da fôrça física como último argumento do Poder público contra o capricho do indivíduo.

A discricionariedade e a executoriedade do ato de polícia administrativa são hoje reconhecidas, uniformemente, pela doutrina e pela jurisprudência.[29]

A discricionariedade se traduz na livre apreciação, pelo administrador público, da oportunidade e conveniência de sua ação, bem como dos meios a empregar, dentre os admitidos pelo Direito, para atingir

---

28 Roger Bonnard, *Précis de Droit Administratif*, 1935, pág. 321.

29 Borsi, *L'executorietà degli atti amministrativi*, 1.ª ed., pág. 51; Raneletti, *Le guarentigie della giustiz a nella Pubblica Amministrazione*, 1.ª ed., pág. 135; Guimarães Menegale, *Direito Administrativo e Ciência da Administração*, 3.ª ed., vol. I/69; Machado Guimarães, *Comentários ao Código de Processo Civil*, 1.ª ed., vol. IV/221. Na jurisprudência vejam-se: S. T. F., *Revista de Direito Administrativo*, vol. 30/257; Tribunal de Justiça de São Paulo, *Revista dos Tribunais*, vols. 183/823, 186/325, 194/225 e 210/161; *Revista de Direito Administrativo*, vols. 35/293, 38/336 e 40/344.

o fim administrativo visado.[30] Desde que o ato se contenha na área de liberdade reconhecida à Administração, ela escolherá *como, quando e em que condições* deve praticá-lo. Nenhum outro Poder, nem mesmo o Judiciário, dispõe de competência para modificar ou invalidar o ato de polícia administrativa, por considerações de injustiça, inoportunidade ou inconveniência de sua prática. A apreciação judiciária se restringirá, como na de todo ato administrativo, ao aspecto da *legalidade*, isto é, da adequação formal, substancial ou ideológica do ato com a lei.

A executoriedade do ato de polícia é, também, característica inerente à sua natureza. Isto significa que o ato de polícia traz em si a possibilidade de execução direta e imediata pela Administração, sem recorrer a qualquer outro órgão ou Poder, estranho ao Executivo. Para a prática do ato de polícia administrativa não há necessidade de prévia apreciação e decisão judiciária. A própria Administração fá-lo executar com seus próprios meios, garantida pela fôrça pública, se preciso fôr, ainda que o ato importe em apreensões de coisas, embargos ou demolição de obras, impedimento de ingresso de pessoas em determinados lugares, inutilização de gêneros impróprios para o consumo, fechamento de estabelecimentos e o que mais se contiver na competência de quem o determine.

Claro está que se o particular se julgar ferido em seus bens ou direitos, pela execução do ato de polícia, poderá pleitear perante o Judiciário, em procedimento adequado, sua suspensão, anulação ou reparação do dano injustamente suportado. O que pretendemos assinalar é que a Administração pública não fica sujeita à prévia obtenção de mandado judicial para a efetivação das medidas de polícia administrativa, sejam elas de que natureza forem. A propósito já decidiu o Tribunal de Justiça de São Paulo, em sessão plenária, que, em tema de ato de polícia, nenhuma procedência tem a objeção de que a ação sumária da Administração pública pode lesar o indivíduo, na sua liberdade ou no seu patrimônio. "Exigir-se prévia autorização do Poder Judiciário — conclui o julgado — equivale a negar-se o próprio poder de polícia administrativa, cujo ato tem de ser sumário, direto e imediato, sem as delongas e complicações de um processo judiciário prévio".[31]

7. O poder concedido à autoridade pública tem limites certos e forma legal de utilização. Não é carta branca para arbítrios, caprichos, prepotências, improbidade ou favoritismo administrativos. Todo ato do Poder Público, para ser irrepreensível, há-de conformar-se com a lei, com a moral e com a finalidade social. Legalidade, moralidade e finalidade são pressupostos indissociáveis de todo ato administrativo

---

30 Não se deve confundir *discricionariedade* com *arbitrariedade*. Discricionaridade é a liberdade de agir dentro dos limites pré-traçados pelo Direito: arbitrariedade é ação excedente ou contrária à lei, cometida com abuso ou desvio de poder. O ato discricionário, quando permitido à Administração pública, é legítimo e válido; o ato arbitrário é sempre ilegítimo e inválido.

31 Tribunal de Justiça de São Paulo, *Revista de Direito Administrativo*, **vol. 183/823. No mesmo sentido *Revista dos Tribunais*, vols. 186/325, 210/151 e 227/136.**

que almeje ser legítimo. A utilização do poder administrativo há-de ser orientada pelo interêsse público, nunca pelo interêsse pessoal do administrador ou de seus correligionários e mentores. O interêsse público, e não a vontade da autoridade, é que impera nos domínios da Administração.

O poder é pôsto à disposição da autoridade pública para ser usado em benefício da coletividade, mas usado nos justos limites que o interêsse coletivo exigir. Isto significa que o poder administrativo, como o direito individual, hão-de ser usados com normalidade, e não com abuso. O uso do poder é lícito; o abuso, ilícito.

O uso do poder há-de ser normal e legal. Usar, normalmente, do poder é utilizá-lo dentro dos limites traçados pela lei, segundo os preceitos da moral administrativa e em defesa dos interêsses sociais. Abusar do poder é empregá-lo contra ou sem autorização da lei, em desconformidade com a moral da instituição e do cargo, ou para fins outros que não os reclamados pelo interêsse geral da comunidade administrada.

O abuso do poder, como tôda fraude, reveste as formas mais diversas. Ora se apresenta ostensivo como a truculência, às vêzes dissimulado como o estelionato, e não raro encoberto na forma irrepreensível dos atos legais. Em qualquer dessas modalidades — flagrante ou disfarçado — o abuso do poder é, sempre, uma ilegalidade invalidadora do ato praticado. Foi com base nesse raciocínio que o Conselho de Estado da França passou a anular os atos abusivos das autoridades administrativas, dando ensejo à teoria do *desvio do poder,* alicerçada no *excès de pouvoir,* ou no *détournement de pouvoir,* hoje, plenamente integrada na nossa prática administrativa e judiciária.

O desvio do poder, a que os franceses chamam *détournement de pouvoir,* nada mais é que a violação dissimulada da lei pelo agente administrativo, que, embora nos limites de suas atribuições, usa de seu poder para fins ou por motivos diversos daqueles em virtude dos quais o poder lhe foi conferido. O desvio do poder é, em última análise, a violação ideológica da lei, ou, por outras palavras, a violação moral da lei visando o administrador público a fins não queridos pelo legislador, ou utilizando motivos e meios imorais para a prática de um ato administrativo legal. Embora fundado na lei, o administrador comete, em tal caso, um abuso de poder, pela imoralidade do fim visado, encobertamente, ou pela imoralidade dos meios e dos motivos invocados para o cometimento do ato.

Daí a justa explicação de Ripert de que "a teoria do abuso do Direito foi, inteiramente, inspirada na moral e a sua penetração no domínio jurídico obedeceu a propósito determinado. Trata-se, com efeito, de desarmar o pretenso titular de um direito subjetivo e, por conseguinte, de encarar de modo diverso direitos objetivamente iguais, pronunciando uma espécie de juízo de caducidade contra o direito que tiver sido *imoralmente* exercido. O problema não é, pois, de responsabilidade civil, mas de *moralidade* no exercício dos direitos".[32]

32 Georges Ripert, *La Règle Morale dans les Obligations Civiles,* 1.ª ed., pág. 163.

Transplantando-se êsses conceitos para o Direito Administrativo, temos que, se o poder foi conferido ao administrador para realizar determinado fim, por determinados motivos e por determinados meios, tôda ação que se apartar dessa conduta, contrariando ou ladeando o desejo da lei, padece do vício de *desvio de poder*, e, como todo ato abusivo, arbitrário, ou imoral, é nulo.

O ato administrativo — vinculado ou discricionário — deve ser praticado, sempre, com observância formal e ideológica da lei. Exato na forma e inexato no sentido, nos motivos ou nos fins, haverá, sempre, ilegalidade, por violação da lei ou por desvio do poder. O poder discricionário da Administração não vai ao ponto de encobrir arbitrariedade, capricho, má-fé, ou imoralidade administrativa, por ação ou omissão do agente do Poder.

Dentre os atos eivados de desvio de poder cita Hauriou os que são praticados por *interêsse pessoal*, por *favoritismo*, por *proteção partidária* e os que se realizam com *má-fé* administrativa, e ajunta o renomado publicista: "A Administração deve agir sempre de boa-fé, porque isto faz parte de sua moralidade".[33]

O contrôle da legalidade e da moralidade administrativas deve começar dentro da própria Administração, pela fiscalização do cumprimento da lei e da observância dos preceitos da moral interna, cabendo ao Poder Público revogar ou anular os seus próprios atos que se apresentarem eivados de vícios de mérito ou de ilegitimidade formal ou substancial.

Mesmo as atividades chamadas discricionárias, da Administração, só o são dentro dos limites pré-traçados pelo Direito, pela Moral e pela finalidade do ato a ser praticado. O que há nos atos discricionários é, apenas, maior liberdade administrativa na escolha das várias condutas possíveis, postas pela lei à disposição do administrador. Mas, quer nos atos vinculados, quer nos atos discricionários, a lei é a medida-padrão com que se aferirá a sua validez.

Para tanto, a Administração pública dispõe de poderes bastantes, não só para bem ordenar e coordenar a atividade administrativa, como, e principalmente, para controlar e punir a ação ilegal ou abusiva de seus agentes. Se o não fizer, poderá ser solicitado, pelas vias próprias, o contrôle do Judiciário sôbre os atos administrativos ilegais ou ilegítimos, provenham êles de qualquer Poder, órgão ou autoridade, e se apresentem com violação flagrante ou dissimulada da lei, por ausência, abuso ou desvio de poder.[34]

---

33 Maurice Hauriou, *Droit Administratif*, 1926, pág. 197.
34 S. T. F., *Revista de Direito Administrativo*, vol. 42/227.