ANULAÇÃO DO ATO ADMINISTRATIVO POR "DESVIO DO PODER"

JOSÉ CRETELLA JÚNIOR

Professor na Faculdade de Direito de São Paulo

SUMÁRIO: *Definição. Conceito. Doutrinas francesa, italiana, alemã, espanhola, portuguêsa e latino-americana. Finalidade, elementos e vícios do ato administrativo. Regime de legalidade. Poder discricionário e competência vinculada. Teoria dos motivos determinantes. Mérito do ato administrativo. Contrôle da legalidade.* (Continua)

1. De incontestável importância e atualidade, no campo do direito público, é o exame do *ato administrativo*, em qualquer dos aspectos com que se apresenta. Manifesta a administração a cada instante a sua vontade, dando origem, na maioria das vêzes, aos atos daquela espécie. Mediante tais pronunciamentos movimenta-se todo o aparelhamento administrativo. Relações jurídicas formam-se e desfazem-se, renova-se de cotio o pessoal, cumprem-se deveres, extinguem-se direitos, enfim, tudo decorre, em princípio, da manifestação da vontade da Administração traduzida *in concreto* no ato administrativo.

Para que atue, entretanto, na órbita a que se destina, deve o ato administrativo preencher certos requisitos, apresentando-se imune de vícios que o desnaturem, o que poderia acarretar medidas de ordens diferentes que culminariam, conforme o caso, se efetivadas, até em sua total supressão.

Por outro lado, é preciso ter em mente que tôda atividade administrativa está fundamentada em princípio básico que, não agasalhado embora por nenhum texto preciso e formal, se faz sentir em todos os momentos: *o agente dotado de competência não deve agir a não ser em vista de certo fim de interêsse geral.* [1]

A ocorrência de vícios, que afetem a legalidade do ato, rompe o equilíbrio da ordem jurídica; é o que se dá, entre outros casos, quando

1 DUEZ, Paul e DEBEYRE, Guy. *Traité de Droit Administratif*, 1952, p. 391 e BIELSA, Rafael. *Principios de Derecho Administrativo*, 3ª ed., 1963, p. 84.

o ato administrativo é praticado por autoridade que exerce os podêres para *fim* diverso daquele para o qual lhe tinham sido confiadas. [2]

Verifica-se, então, o *desvio de poder,* que consiste num afastamento do *espírito da lei,* [3] ou seja, numa *aberratio finis legis.* O *desvio de poder,* base para anulação dos atos administrativos que nêle incidem, difere dos outros casos, porque não se trata aqui de apreciar objetivamente a conformidade ou não-conformidade de um ato com uma regra de direito, mas de proceder-se a uma dupla investigação de intenções subjetivas: — é preciso indagar se os *móveis* que inspiraram o autor dum ato administrativo são aquêles que, segundo a intenção do legislador, deveriam, realmente, inspirá-lo. [4]

Os outros casos de anulação dos atos administrativos fundamentam-se em razões de existência objetiva e que podem justificar uma decisão. Aqui o *móvel,* ao contrário, é o sentimento, o desejo que inspirou o autor do ato. [5]

Ora, tratando-se de iniciativas tomadas no exercício de um *poder discricionário,* ocorre não só indagar se na *espécie,* em questão um poder de tal natureza tem razão de ser ou não, mas sim investigar se o uso que dêle se fêz, no caso, seja contrário, ou mesmo simplesmente estranho, às específicas finalidades de interêsse público para as quais é conferido. [6]

Também na vida do direito é possível que um só e mesmo ato, como instrumento para um fim, seja tal para prestar-se a servir tanto a fins aprovados como reprovados pela ordem jurídica e o intérprete acha-se na necessidade de distinguir e delimitar exatamente uma da outra espécie dos fins, para assim selecionar o uso legítimo do uso ilegítimo do poder discricionário. [7]

E visto que aqui a lei não indica o princípio da decisão que deve ser seguida, como no caso da competência vinculada, mas remete ao órgão chamado a agir, deixando-lhe uma certa margem de iniciativa na escolha da linha de conduta a adotar no atendimento de um específico interêsse público, assim é possível que os funcionários prepostos aos cargos (pois também êles são homens) alterem, por exi-

---

2 WALINE, Marcel. *Traité élémentaire de Droit Administratif,* 6ª ed., 1952, p. 142.

3 ALESSI, Renato. *Sistema istituzionale del diritto administrativo italiano,* 1953, p. 307 e WALINE, Marcel. *Traité élémentaire de Droit Administratif,* 6ª 4ª ed., 1952, p. 135. Oreste Ranelletti e Antonio Amorth: "Quando a autoridade administrativa faz uso do seu poder em casos e para fins diversos dos pretendidos pela lei temos o *desvio de poder.* Nesta hipótese, o ato emana do órgão administrativo nos limites de sua competência e nas formas prescritas, *mas não segundo o escopo da lei*" (*Atti Amministrativi, em Novissimo Digesto Italiano,* por Antonio Azara e Ernesto Eula Torino, 1958, vol. 1, tomo 2º, *sub voce*).

4 WALINE, Marcel. *Droit Administratif,* 9ª ed., 1963, p. 480.

5 WALINE, Marcel. *Droit Administratif,* 9ª ed., 1963, p. 480.

6 BETTI, Emilio. *Interpretazione della legge e degli atti giuridici,* 1949, p. 243.

7 BETTI, Emilio. *Interpretazione della legge e degli atti giuridici.* 1949, p. 243.

gência daquele específico interêsse público ou façam passar como tais, as soluções para que se inclinam suas predileções ideológicas ou interêsses pessoais. [8]

Ocorrem, então, fenômenos de *abuso* da discricionariedade e, em particular, de *desvio* desta do *destino*, figuras estas, entre as mais características de excesso de poder, que atuam mediante os mais variados expedientes, sofismas e erros lógicos, que vão desde a alteração dos fatos à equação sub-reptícia quando interêsses de outra natureza passam a substituir a específica exigência de interêsse público (causa do tipo de iniciativa), que teve necessidade de levar a têrmo com procedimento daquele tipo. [9] O autor do ato abusivo é agente do Estado, opera em nome dêste. Jamais pode agir por interêsse pessoal. [10]

Tema atual, relevante, [11] não descurado na literatura especializada dos vários países, o *desvio de poder* ainda não recebeu, entre nós, em monografia editada e suficientemente difundida, [12] o tratamento sistemático merecido, não obstante a freqüência com que aparece nos tribunais, quando nem sempre é pôsto em relêvo com a desejada individualização terminológica.

Atualidade, relevância teórica e prática, [13] ausência quase absoluta na literatura administrativa nacional e dificuldade extrema do assunto [14] são motivos mais que suficientes para especial investigação científica a respeito de tão complexo quão inexplorado tema.

---

8 BETTI, Emilio. *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*. 1949, p. 243/244.

9 BETTI, Emilio. *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*. 1949, p. 244.

10 "É conhecida a parábola do Moleiro de *Sans Souci*. Pretendeu Frederico II desapropriar-lhe o moinho, não para construir obra de interêsse público, mas simplesmente para aumentar ou embelezar a residência real. Resistiu o moleiro a tal ameaça de expropriação exclamando: *Há juízes em Berlim*". WALINE, *Droit Administratif*, 9ª ed., 1963, p. 6.

11 "Esta solução teórica, a jurisprudência do Conselho de Estado a realizou na prática pela notável teoria do *desvio de poder* da qual a alta Côrte fêz, nestes últimos anos, interessantes aplicações, que lhe permitiram reduzir a nada a velha teoria, tão perigosa, dos atos administrativos *discricionários*". (DUGUIT, Léon. *Manuel de Droit Constitutionnel*. 1907, p. 216).

12 Existe, entre nós, a excelente dissertação pioneira de TÁCITO, Caio. *Desvio de poder em matéria administrativa*. Rio, 1951 (86 página), tese de cocurso do autor, trabalho mimeografado, fora do comércio e restrito a diminuto círculo de especialistas aos quais foi oferecido.

13 Umberto Fragola acentua que "a experiência ensina e a doutrina e a jurisprudência confirmam que, na teoria da invalidade dos atos administrativos, o *excesso de poder* ocupa o primeiro pôsto". (*Gli atti amministrativi*. 1952, p. 125). Guido Zanobini frisa que "entre os vícios relativos à vontade assume decisiva importância no Direito Administrativo o *excesso de poder*" (*Corso di Diritto Amministrativo*. 6ª ed. 1950, vol. I, p. 250). Alvarez-Gendin ressalta: Entre os vicios concernentes aos motivos e fazendo parte do *excesso de poder* tem decisiva importância no Direito Administrativo o *desvio de poder*" (*Tratado general de Derecho Administrativo*. 1958, vol. I, p. 341).

14 "O *excesso de poder* é um dos mais árduos assuntos do direito administrativo". (FONSECA, Tito Prates da. *Lições de Direito Administrativo*. 1943, p. 349).

Tratando-se de trabalho técnico, dirigido a especialistas, não comporta esta investigação quaisquer desenvolvimentos em que se examinem questões não pertinentes ao problema.

Divide-se êste artigo em várias partes; de início, tratamos da figura do "desvio de poder", no Direito Administrativo, em geral, mostrando como surgiu tal instituto, em que consiste, como se estrutura e quais as teorias a respeito existentes.

A história e o direito comparado serviram de alicerce para fixar os variados aspectos que o referido instituto assume nos vários países.

Na parte final, tratamos da figura do "desvio de poder" no Direito Administrativo do Brasil, assinalando o instante de seu aparecimento, sua aceitação na doutrina, na jurisprudência, no direito positivo e a influência de sua recepção entre nós como remédio para coibir o abuso das autoridades administrativas.

Por fim, apresentamos as conclusões a que o natural desenvolvimento do tema nos levou.

2. O primeiro ponto que cumpre indagar, na investigação da teoria do *desvio de poder*, é o do *namen juris*, a cujo respeito não estão os autores de pleno acôrdo.

A expressão *desvio de poder*,[15] também conhecida sob os nomes de *excesso de poder*,[16] *abuso de poder*,[17] *desvio de finalidade*,[18] é

---

15 *Détournement de pouvoir* é a expressão empregada, em geral, pela doutrina francesa. Sôbre ela diz Roger Bonnard: "A designação é bastante expressiva, porque a ilegalidade consiste em que um poder foi exercido com fim diverso daquele em vista do qual foi estabelecido. O poder concedido é desviado de seu fim" (*Précis de Droit Administratif*. 1935, p. 228). Léon Duguit, comentando várias decisões do Conselho de Estado francês, nota que aquela côrte "emprega não a expressão *détournement de pouvoir*, mas *excès de pouvoir*, mostrando por aí que, em seu modo de pensar, o funcionário que comete um desvio de poder *excede* verdadeiramente sua competência" (*Manuel de Droit Constitutionnel*. 1907, p. 216). A doutrina italiana fala em *sviamento di potere ou eccesso* di potere (Ranelletti, *Teoria degli atti amministrativi speciali*. 7ª ed., 1945, p. 80/81). Os autores de língua espanhola empregam a expressão *desviación de poder*. Gabino Fraga fala também em *abuso de autoridade* (*Derecho Administrativo*, 7ª ed., 1958, p. 184). Os autores de fala inglêsa designam o *abuso de poder* pela expressão *abuse of discretion*.

Não só a doutrina como a jurisprudência alemãs admitem a teoria do *desvio de poder*, introduzida naquele país por Rudolf von Laun e Walter Jellinek, mas reconhecida como de criação e estruturação francesas: Für die Lehre von den Ermessensfehlern hat die französiche Verwaltungstheorie Bahnbrechendes geleist. Der *Conseil d'État* hat die Ermessensfehler unter dem Begriff des *détournement de pouvoir* zusammengefasst... *Rudolf v. Laun* und *Walter Jellinek* haben diese Lehre in die deutsche Theorie eingeführt, und sie kann heute als feststehender Besitz der deutschen Verwaltungsrechtslehre wie der deutschen Verwaltungsgerichtspraxis angesehen werden" (Huber, Ernst Rudolf. *WirtschaftsVerwaltungsrecht*. 2ª ed., 1958, vol. II, p. 658).

16 Sabino Alvarez-Gendin, inclui o *desvio de poder* no *excesso de poder* (*Tratado general de Derecho Administrativo*. 1958, vol. I, p. 341). Vitor Nunes Leal menciona o *desvio de poder* como espécie do *excès de pouvoir* (*Problemas de Direito Público*.

constituída de dois têrmos bem distintos — *desvio* e *poder* —, ligados pelo conetivo preposicional e, ambos, com sentido técnico que é preciso aclarar.

Desvio [19] *é afastamento, mudança de direção, distorção; poder* [20] *é faculdade, competência para decidir determinado assunto.*

Desvio de poder é expressão que, à letra, portanto, significa: *afastamento na prática de determinado ato; poder exercido em direção diferente daquela em vista da qual fôra estabelecido.*

A autoridade, que tem *competência* [21] ou *poder* para a prática de um ato, manifesta sua vontade, praticando-o, dando-lhe nascimento, mas nessa operação muda de direção, afasta-se do *fim* colimado, persegue *finalidade* diversa da visada, incide no *desvio de poder*. Dêsse modo, pode o ato administrativo emanar de órgão competente, formar-se de acôrdo com o que preceitua a lei, ao mesmo tempo que trazer dentro de si um vício originário, que é o *excesso de poder*. [22]

Desvio, excesso e *abuso de poder* seriam expressões sinônimas, designativas da mesma realidade, ou serviriam para indicar situações diferentes?

1960, p. 286 e p. 290). Francesco D'Alessio é do mesmo parecer, Cf. *Istituzioni di Diritto Amministrativo Italiano*. 4ª ed., 1949, vol. II, p. 242.

17 "A noção do *abuso de poder* de autoridade administrativa equivalente ao *excès de pouvoir* do direito francês..." (TÁCITO, Caio. *O abuso de poder administrativo no Brasil*, p. 9). A Constituição federal brasileira, de 1946, emprega a expressão *abuso de poder*, em seu art. 141, § 24: "Para proteger direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus*, conceder-se-á mandado de segurança, seja qual fôr a autoridade responsável pela ilegalidade ou abuso de poder". Referindo-se a êste passo constitucional, escreve Castro Nunes: "O texto constitucional usa da expressão *abuso de poder*, mais própria do direito penal do que do administrativo, que adota preferentemente *excesso de poder*" (*Do mandado de segurança*. 5ª ed., 1956, p. 180).

18 FAGUNDES, Seabra: "Terá havido aí *desvio de finalidade*, ou seja, o que os franceses denominam *détournement de pouvoir*" (*O contrôle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*. 3ª ed., 1957, p. 90).

19 *Desvio* é a primeira parte da expressão, aliás, bastante precisa. Duez assim a explica: "O agente *desvia* o poder que lhe foi dado" (Duez e Debeyre, *Traité de Droit Administratif*. 1952, p. 391). Laubadère: "A competência foi assim *desviada* de seu fim legítimo" (*Manuel de Droit Administratif*. 4ª ed., 1955, p. 113). Ranelletti: "O poder administrativo exercitou-se, *desviando-se* dos fins da lei" (*Teoria degli atti amministrativi speciali*. 7ª ed., 1945, p. 80). Francesco D'Alessio: "A jurisprudência decide que neste caso o poder é *desviado* (*détourné*) de seu destino legal..." (*Instituzione di Diritto Administrativo Italiano*. 4ª ed., 1949, vol. II, p. 242).

20 *Poder* é a seguinte parte da expressão, assim explicada pelos autores: "O *poder* administrativo exerceu-se, desviando-se dos fins da lei". (Ranelletti, *Teoria degli atti amministrativi speciali*. 7ª ed., 1945, p. 80). Idem, ibidem: "Quando a autoridade administrativa faz uso de seu *poder*..."

21 "O agente abusa de sua competência" (Duez e Debeyre, *Traité élémentaire de Droit Administratif*. 1952, pág. 391).

22 FRAGOLA, Umberto. *Gli atti amministrativi*. 1952, p. 125.

Para alguns autores, as três expressões são empregadas como absolutamente sinônimas, [23] ao passo que para outros o *desvio de poder* é simples modalidade do *excesso de poder*.[24]

Como quer que seja, o assunto ainda não recebeu dos autores a sistematização desejada. Dentro da linguagem, rigorosamente técnica e precisa que a ciência do direito exige, seria conveniente empregar os vocábulos em acepções precisas. Assim, *abuso* seria empregado em sentido mais genérico; *desvio* e *excesso*, em sentido mais específico.

O *abuso de direito*, em nosso campo, caracterizar-se-ia ou por *excesso* (diferença quantitativa) ou por *desvio* (diferença qualitativa).

Enfim, autores existem que aproximam as noções de *abuso de direito* do direito privado e de *desvio de poder* do direito administrativo, [25] ao mesmo tempo que, em posição antagônica, se colocam os que acusam as enormes diferenças existentes entre as mencionadas teorias. [26]

Trabalho de extrema dificuldade é de fixar a noção e o conteúdo precisos do *desvio de poder*, [27] o que, aliás, acontece com as expressões de prolongado emprêgo, [28] às quais se vão agregando, com o decorrer do tempo, significados diferentes do sentido inicial.

---

23 JÈZE, Gaston, na mesma ordem de idéias, emprega as três designações: "*De fato*. dada a natureza humana e o egoísmo dos indivíduos, deve prever-se que os governantes e os agentes públicos exerçam sua competência — enquanto podem — a fim de obter vantagens particulares para si ou para seus amigos pessoais ou políticos. Em todo caso. reconhece-se atualmente que êstes atos são *abusos de poder*. A jurisprudência do Conselho de Estado criou para combater estas práticas a teoria do *desvio de poder*: todo ato jurídico, regular na aparência, realizado por agente público *com finalidade distinta* daquela para a qual devia, está viciado de excesso de poder e é nulo" (*Princípios generales del Derecho Administrativo*, trad. argent., Buenos Aires, 1949, vol. III, p. 79/80).

24 Cf. D'Alessio, *Istituzioni*, 4ª ed., 1949, vol. II, p. 242: Álvarez-Gendin, *Tratado general*. 1958, vol. I, p. 341; LEAL, Vítor Nunes. *Problemas de Direito Público*, p. 286 e 290.

25 Cf. LAUBADÈRE, André de. *Traité élémentiare de Droit Administratif*. 1953, p. 389; FOIGNET, René. *Manuel élémentaire de Droit Administratif*. 16ª ed., 1926, p. 648; CAETANO, Marcello. *Manual de Direito Administrativo*. 4ª ed. 1956, p. 238/239 e 6ª ed., 1963, p. 261; WALINE, Marcel. *Droit Administratif*, 9ª ed., 1963, p. 482.

26 "Ver-se-á", em especial, que o *desvio de poder*, em direito administrativo francês, é muito diferente da teoria do *abuso de poder*, no direito privado" (JÈZE, Gaston. *Princípios generales del Derecho Administrativo*, trad. arg. Buenos Aires, 1949, vol. I, XL (*Prefácio do Autor* à ed. argentina)

27 "A noção e o conteúdo do *excesso de poder* são dos mais incertos" (D'ALESSIO, Francesco. *Istituzioni di Diritto Amministrativo italiano*. 4ª ed., 1949, vol. II, p. 239. FRAGOLA, Umberto: "Terceiro vício que constitui a ilegitimidade do ato é conhecido pelo nome de *excesso de poder*, cuja noção é dificílima de ser definida" (*Manuale di Diritto Amministrativo*. 4ª ed., 1949, p. 174)

28 "A dificuldade da definição particularmente está ligada ao significado originário que a mórmula teve e ao que sucessivamente foi depois adquiriu da" (D'ALESSIO, Francesco. *Istituzioni di Diritto Amministrativo italiano*. 4ª ed., 1949, vol. II p. 239).

Por outro lado, a jurisprudência e a doutrina dos diversos países, ora restringem, ora ampliam o conteúdo da expressão em aprêço, dando origem a problemas difíceis no setor da conceituação, pelo que é indispensável passar revista as notas dominantes das definições formuladas pelos teóricos da especialidade dos diferentes sistemas jurídicos. Como quer que seja, na maioria das definições existentes o elemento teleológico é colocado em relêvo, evidenciando a natureza do instituto, que se caracteriza pelo *afastamento da finalidade*. Por isso se diz que o *desvio de poder* envolve uma noção *teleológica*, isto é, o *fim perseguido* pelo autor de um ato é básico para julgar seu autor. [29]

Ensinam os autores que, emanando de órgão competente, preenchendo todos os requisitos de forma e fundo exigidos, sendo, pois, perfeito na aparência, surge o ato administrativo no âmbito a que se destina e pronto para atingir os fins visados.

No entanto, se a Administração persegue um *fim*, diverso do indicado, o ato é inválido por *desvio de poder*. [30] Tal o conceito elaborado há muito, na França, pelo Conselho de Estado, através de lenta, mas progressiva evolução, e que reflete uma de suas mais notáveis conquistas, [31] visto que permite profunda penetração na raiz do pensamento da Administração, disfarçado sob a aparência de legalidade.

Ao ato administrativo, inquinado de *desvio de poder*, falta um de seus elementos básicos, o *fim*, peculiar à natureza do serviço visado. [32]

Oculto sob a máscara da legalidade, praticado quase sempre por autoridade experimentada e sagaz que, usando todo o requinte de sutileza que lhe proporciona a cômoda posição em que se acha, procura dissimular o enderêço real do ato praticado para que mais tarde, argüido o desvio, possa eximir-se fàcilmente da culpa por ausência

---

29 WALINE, Marcel. *Droit Administratif*. 9ª ed., 1963, p. 482.

30 LASO, Sayagués. *Tratado de Derecho Administrativo*. 1953, vol. I, p. 449/450.

31 Cf. DUGUIT, Léon. *Manuel de Droit Constitutionnel*. 1907, p. 216.

32 HAURIOU, Maurice, em fins do século passado e princípios dêste, formula várias definições do *desvio de poder*, ora acentuando os elementos *fim* e *motivos* (*Précis*. 6ª ed., 1907, p. 452), ora pondo em relêvo apenas os *motivos* (*Précis*, 11ª ed., 1927, p. 419). JÈZE, Gaston define o *desvio de poder* como "todo ato jurídico, regular na aparência realizado por um agente público com *uma finalidade distinta daquela para a qual foi destinado*" (*Principios generales del Derecho Administrativo*, trad. arg. 1949, vol. III, p. 79/80). FOIGNET, René: "Quando um agente usa de seu poder num caso ou para motivos diferentes daqueles para os quais o poder lhe foi confiado temos o *desvio de poder*" (*Manuel élémentaire de Droit Administratif*. 16ª ed., 1926, p. 648). Os mais expressivos autores franceses de nossos dias acentuam, sem dissonância, a nota específica que caracteriza o *desvio de poder* qual seja, a persecução pelo agente administrativo de *fim diverso* daquele para o qual o ato deveria ser legalmente executado, mesmo se o *fim* nada contiver, em si, de chocante. Cf. ROLLAND, Louis. *Précis de Droit Administratif*. 9ª ed., 1947, p. 347; Duez e Debeyre, *Traité de Droit Administratif*. 1952, p. 391; WALINE, Marcel. *Traité élémentaire de Droit Administratif*. 6ª ed., 1952, p. 142; LAUBADÈRE, André de. *Traité élémentaire de Droit Administratif*. 1953, p. 389.

absoluta de vestígios incriminatórios, o ato administrativo viciado nem sempre se revela à primeira vista, mas o interessado procura colocá-lo em evidência, apontando-o e denunciando, fundamentado nas provas e nos indícios repontáveis, aqui e ali, na documentação administrativa.

Empenharam-se também os autores italianos na conceituação do *desvio de poder*, reconhecendo, entretanto, que nesta matéria tudo se deve ao Direito Público francês e, em especial, ao Conselho de Estado daquele país. [33]

Distinguindo com grande precisão o sentido que a expressão desvio de poder tem no Direito Judiciário e no Direito Administrativo, [34] os doutrinadores da Itália não discrepam, quando conceituam a figura estudada, em nosso campo, como o vício consistente no *desvio de poder legal da finalidade de um ato para atender* a fins diversos daqueles para os quais se destinava. [35]

---

33 ORLANDO, Vittorio Emanuele ressalta que as origens e o desenvolvimento do *desvio de poder*, no campo do Direito Administrativo, devem ser procuradas, naturalmente, na França. "É esta, certamente, matéria cujo progresso se deve com tôda razão atribuir ao Direito Público daquela nação e, em especial, ao instituto responsável por êsse progresso: o Conselho de Estado" (*La giustizia amministrativa, in Primo Trattato*, 1901, vol. III, p. 802). Ver: RANELLETTI, Oreste. & AMORTH, Antonio. *Atti amministrativi*. em *Novissimo Digesto Italiano*, por Antonio Azara e Ernesto Eula. Torino, 1958, vol. I, tomo 2º, AQ-AY, p. 1492.

34 Esclarece FRAGOLA, Umberto que a expressão *excesso de poder* é acolhida em duas leis diversas com dois significados diversos. Na lei sôbre conflitos de atribuições de 31 de março de 1877, nº 2.761, *excesso de poder, é excesso de poder jurisdicional*. É o que a doutrina italiana denomina de "difetto di giurisdizione", como se vê, no Nôvo Código de Processo Civil Italiano, arts. 37, 41, 360 e 362. Conceito bem diferente é o de *excesso de poder administrativo*, acolhido pelas leis sôbre o Conselho de Estado Italiano e sôbre a Junta Provincial Administrativa de 1888.

35 Entre as definições dos tratadistas merecem realce as seguintes. VALLES, Arnaldo de: "O vício que o *desvio de poder* designa consiste no desviar um poder legal da finalidade para a qual foi instituída e fazê-lo servir a fins aos quais não é destinado". (*La validità degli atti amministrativo*, 1917, p. 185). O mesmo autor aperfeiçoa sua antiga noção, dizendo que o *desvio de poder* "consiste no desviar o poder discricionário da finalidade para a qual foi instituída, utilizando-o para fins aos quais não é endereçado" (*Elementi di Diritto Amministrativo*. 2ª ed., 1951, p. 165). Acentua Santi Romano que a jurisprudência italiana a exemplo da francesa considera afetados de *excesso de poder* os atos que, embora se mantenham, ao menos formal e aparentemente, nos limites de faculdades discricionárias, destas se utilizam para fins diversos daqueles para os quais tais faculdades são conferidas" (*Corso di Diritto Amministrativo*. 3ª ed., 1937, p. 272). RISPOLI, Arturo: "Se o funcionário usa do poder para casos ou motivos diversos dos previstos em lei, temos o *desvio de poder*" (*Istituzioni di Diritto Amministrativo*. 1929, p. 323). FRAGOLA, Umberto que define *causa* como o "fim prático" do ato administrativo e a distingue dos *motivos* que são "móveis psicológicos", jurìdicamente irrelevantes, pelo menos no Direito Privado, entende que o "excesso de poder" administrativo é, em suma, o *vício lógico* da inteligência do ato administrativo, ou melhor, da *causa* do ato administrativo (*Manuale di Diritto Amministrativo*. 4ª ed., 1949, p. 175). "Os motivos do ato administrativo", escreve o mesmo autor, em obra considerada clássica, "devem inspirar-se, por definição, no cuidado dos interêsses públicos; se, ao contrário, se inspiram

Assim, quando a autoridade administrativa faz uso do poder que lhe é confiado, em casos e para fins diversos dos assinalados pela lei está configurado o *desvio de poder*. Nesta hipótese, emana o ato do órgão administrativo nos limites de sua competência e nas formas prescritas, *mas não segundo a finalidade da lei*. Sem ser contrário à *letra* da lei, desconhece-lhe o *espírito*, visto que o órgão administrativo usou de seu poder em casos e para motivos diversos daqueles em vista dos quais o poder lhe fôra por lei atribuido. [36]

Da França e Itália, a teoria do *desvio de poder* irradiou para outros países, recebendo, na doutrina, a atenção dos mais representativos mestres da especialidade.

Na Alemanha, o *desvio de poder* é entendido como o ultrapassar de limites ou perseguição evidente de fim situado além do poder discricionário, não havendo dúvida, então, quanto ao caráter defeituoso do ato. [37]

Baseando-se nas noções de *abuso* e de *excesso de poder*, a jurisdição administrativa da Prússia, por exemplo, examina as atividades policiais para ver se, ao agir, não se foi além do ponto "necessário", no sentido do *Allgemeines Landrecht* prussiano. [38]

---

em interêsses particulares do funcionário ou do órgão administrativo e se mesclam, pois, tanto para compreender, o sacro com o profano, ou seja, o interêsse público com o interêsse pessoal, temos o excesso de poder. Isto é: *a utilização do poder público para fins não públicos"* (*Gli atti amministrativi*, p. 126). TIVARONI Carlo assinala que "*desvio de poder* é o uso da faculdade discricionária para fins não permitidos por lei, os quais podem, entretanto, ser também algumas vêzes de interêsse público" (*Teoria degli atti* amministrativi 1939, p. 80). LESSONA, Silvio que considera o *desvio de poder* como espécie do gênero *excesso de poder*, define aquêle do seguinte modo: "Verifica-se o *desvio de poder* quando a Administração usa os podêres que lhe são atribuídos para fim diverso daquele em vista da obtenção do qual os mesmos podêres lhe são conferidos (satisfação do interêsse coletivo)" (*Introduzione al Diritto Amministrativo e sue struture fondamentali*. 1960, p. 87). AMORTH, Antonio: "Consiste no exercício de uma potestade administrativa para um fim *diverso* daquele expressamente ou implicitamente estabelecido em lei, exercício que exatamente afasta, desvia o próprio poder e, pois lhe torna ilegítimo o uso" (AMORTH, Antonio. *Sviamento di Potere*. In *Nuvo Digesto Italiano*. Torino. 1940, XII, parte 1ª, p. 1235, *sub voce*).

36 Cf. RANELLETTI, Oreste. *Teoria degli atti amministrativi speciali*. 7ª ed., 1945. No mesmo sentido, FORTI, Ugo escreve: "Verifica-se o *excesso de poder* sempre em casos nos quais o órgão administrativo é compeetnte para dar origem a determinada atuação, mas esta aparece, contudo, *por outra razão* que não corresponde a preceito da lei" (*Lezioni di Diritto Amministratiiv*, 2ª tiragem da 4ª ed., 1950, vol. II, p. 191).

37 FORSTHOFF, Ernst, comentando a famosa definição de Hauriou, diz textualmente: "In dieser Definition findet sich das Wesentliche der Wilkür ausgedrückt. Ueberschreited das Ermessen seine Grenzen oder setzt es sich offen ein Ziel, das ausserhalb seines Rahmens liegt, dann ist die Fehlerhaftigkeit ohne weiteres erkennbar" (*Lehrbuch des Verwaltungsrechts* vol. I (Allgemeiner Teil) 1958, p. 86. Ver: HUBER, Rudolf. *Wirtschaftsverwaltungsrecht*, 2ª ed., Tübingen, 1958, vol. II, p. 657: *Diegerichtliche Prüfung der Ermessensfehler*.

38 Cf. FLEINER, Fritz. *Einzelrecht und öffentl.* Interesse, pgs. 11 e 12 (homenagem a Paul Laband, II), in *Les principes généraux de Droit Administratif*. Paris, 1953, p. 96, nota 4, *in fine*.

Na doutrina espanhola, surge o *desvio de poder* quando o administrador faz uso do poder público que exerce para objeto distinto daquele para que lhe foi concedido pela lei. [39]

Em Portugal, o *desvio de poder* tem sido objeto de vários estudos, quer em artigos, [40] quer em monografias. [41]

Não se afastando da concepção francesa, entende-se em Portugal o *desvio de poder* como exclusivo dos atos praticados no exercício dos podêres discricionários. É o vício que afeta o ato administrativo praticado no exercício de podêres discricionários, quando êstes hajam sido usados pelo órgão ou agente competente com fim diverso daquele para que a lei os conferiu. [42]

Da Europa, o conceito francês do *desvio de poder* passou para outros países, ora com maior, ora com menor reflexo no terreno jurisprudencial.

Nos países latino-americanos, de fala espanhola, o *desvio de poder* é entendido como o ato doente por falta de *fim* peculiar ao serviço, [43] sendo a doutrina favorável ao princípio da teoria que estamos examinando, havendo, no entanto, como veremos, divergências quanto à possibilidade de admiti-la por via jurisprudencial sob os sistemas institucionais vigentes. [44]

A doutrina administrativa pátria, tão rica em outros setores, não se estende, como fôra de esperar-se, a respeito do *desvio de poder*.

Os antigos tratadistas [45] silenciaram sôbre tão relevante tema, não obstante aquela criação do Conselho de Estado francês fôsse uma

---

39 GASCÓN Y MARÍN, José. *Tratado de Derecho Administrativo*. 11ª ed., 1950, vol. I, p. 532. Álvarez-Gendim. "Consiste no desvio de poder discricionário do fim, que as respectivas leis entendem deve ser alcançado" (*Tratado general de Derecho Administrativo*. 1958, vol. I, p. 341).

40 Cf. COLAÇO, Magalhães. Nota a uma sentença, in *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, ano II, p. 438 e in *O Direito*, ano LV, p. 55; CAETANO, Marcello. "Notas sôbre a jurisprudência administrativa: desvio de poder", in o *Direito*, ano 71, p. 194 (Apud CAETANO, Marcello. *Manuel*, 4ª ed., 1956, p. 239).

41 QUEIRÓ, Afonso R. *Reflexões sôbre a teoria do "desvio do poder" em Direito Administrativo*. Coimbra, 1940 e *O poder discricionário da Administração*, 2ª ed., 1948, Coimbra, p. 273 *usque finem*.

42 CAETANO, Marcello. *Manuel de Direito Administrativo*. 6ª ed. 1963, p. 261.

43 SAYAGUÉS LASO, Enrique. *Tratado de Derecho Administrativo*. Montevidéo, 1953, vol. I, p. 450. Na Argentina, SARRÍA, Feliz explica que o "*desvio de poder* viria a ser, então, a violação da lei em seu *espírito*, ainda quando não o fôsse em seu texto... quando isto ocorre dizemos que o ato não guarda conformidade com seu fim ou que há *desvio de poder*" (*Derecho Administrativo*, 4ª ed., 1950, vol. II, p. 210). Patricio Aylwin A.: "Bem pode um agente, dentro de seu poder discricionário, executar um ato que cai nos limites de sua competência, mas que se "desvia" de sua finalidade" (*Manual de Dercho Administrativo*, 1952, p. 154).

44 Cf. SAYAGUÉS LASO, *Tratado de Derecho Administrativo*, 1953, vol. I, p. 453.

45 Uruguai, Ribas, Castro, Oliveira Santos, Aarão Reis, Matos de Vasconcellos não estudam o assunto.

realidade e, na Itália, os estudiosos já estudassem e divulgassem a nova conquista do Direito Público.

Há vinte anos, pela primeira vez, um autor pátrio, dos mais conceituados, formulou com precisão, o que a doutrina deve entender por *desvio de poder*, mostrando que quando o ato, regular sob todos os aspectos, se realiza visando *fim diverso* daquele para o qual fôra instituído, *desvia-se o poder do seu escopo legal.* [46] No mesmo sentido, caminham outros ilustres juristas brasileiros [47] salientando, com unanimidade, o afastamento do *fim* como característico fundamental da teoria em exame.

A rápida análise feita através das obras dos autores que procuram dar noção exata do *desvio de poder* permite-nos formular uma definição única, sintética, que reúna as notas características dêste importante instituto e que, aplicável aos demais sistemas jurídicos, não deixe de ajustar-se também, de maneira perfeita, ao direito brasileiro.

Para que ocorra o *desvio de poder*, quatro elementos devem estar presentes: 1º — *a autoridade administrativa;* 2º — *competente;* 3º — que faz *uso do poder;* 4º — para *"fim diverso" do conferido pela lei.*

"A autoridade administrativa," (causa eficiente do ato administrativo), "usa de sua competência, de acôrdo com as formas prescritas

---

46 PRATES DA FONSECA, Tito. *Lições de Direito Administrativo.* 1943, p. 349/350.

47 BRANDÃO CAVALCANTI: "...em sua essência, o *desvio de poder*, pressupondo a legalidade do ato administrativo (em tese) e a competência da autoridade, declara, entretanto, que no uso de suas finalidades discricionárias desviou-se a autoridade da finalidade da norma legal ou regulamental, atribuindo-lhes um sentido estranho àquele que orientou o legislador". (*Tratado de Direito Administrativo.* 3ª ed., 1956, vol. IV, p. 494). CASTRO NUNES: "Vai até o *détournement*, isto é, ao *desvio de poder*, a aplicação da lei em contrário à razão de ser da disposição ou aos fins visados pelo legislador" (*Do mandado de segurança*, 5ª ed., 1956, p. 181). SEABRA FAGUNDES deixa entrever o conceito que adota quando assinala que a "atividade administrativa, sendo condicionada pela lei à obtenção de determinados resultados, não pode a Administração dêles se desviar, demandando resultados diversos dos visados pelo legislador". (*O contrôle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário.* 3ª ed., 1957, p. 89). MENDES Júnior, ONOFRE de maneira lapidar, ensina: "Se o administrador se desvia dos resultados visados pela lei com a prática do ato, pratica ato ilegal, consistente em desvio de poder. Se o interêsse, cuja regulamentação pertence à Administração pública, em seu sentido genérico, é dessa natureza, isto é, público, não será possível tolerar que o poder administrativo se deturpe, ou se desvie, transformando em pessoais, ou particulares, os resultados da ação administrativa. Tal finalidade, de caráter privado, de forma alguma pode ser visada pelas leis que orientam a ação administrativa". (*Direito Administrativo*, 2ª ed., 1961, p. 183/184). TÁCITO, Caio: "Os podêres concedidos pressupõem um fim explícito ou implícito a que se dirige a norma legal. Se o agente não observa êsse caminho normal da competência, *desviando-a* de seu objetivo, praticará ilegalidade a ser declarada pelo órgão judicial. Haverá *desvio de poder*, ou seja, a aplicação da competência para um fim estranho àquêle estabelecido em lei" (*Desvio de poder em matéria administrativa*, 1951, p. 4).

em lei (causa formal), *"para exercer o poder que lhe é pôsto nas mãos"* (causa material), não, entretanto, *"para perseguir"* o fim previsto, mas para *"fim diverso"* (causa final) *"daquele que a lei lhe conferira"*.

Logo: *desvio de poder é o uso indevido, que a autoridade administrativa, no uso de suas atribuições discricionárias, faz do poder que lhe é conferido, para atingir finalidade, pública ou privada, diversa daquela que a lei preceituara.*

3. Entendido o "desvio de poder", de um modo geral, como o *uso indébito que o agente faz do poder para atingir fim diverso do que a lei lhe confere,* escusado é mostrar a importância do elemento *fim* para configurar a existência do instituto.

O *fim* é elemento integrante do ato administrativo. Vicia o ato, quando é pôsto de lado, fulminando-o de nulidade irreparável, o que nos leva a mostrar, embora de modo sucinto, quais os outros elementos essenciais que compõem o ato administrativo.

Como ato jurídico que é, o ato administrativo exige a presença de vários componentes para que atue vàlidamente em seu campo próprio. A ausência ou presença viciada de alguns dêsses elementos tem como efeito imediato a produção de atos inexistentes, nulos ou anuláveis, conforme o grau maior ou menor da ocorrência verificada no processo etiológico do ato.[48]

Do mesmo modo que no ato jurídico em geral, *capacidade, objeto lícito* e *forma* prescrita ou não defesa em lei[49] são elementos que devem integrar as manifestações da vontade da Administração, traduzidas, *in concreto,* pelo ato administrativo.

São estas condições de legalidade que estão, por assim dizer, à flor da epiderme do ato, visíveis, fàcilmente verificávis. São como que o corpo do ato administrativo. É a *legalidade externa* ou *objetiva* do ato.

Mas, ao passo que no ato jurídico do direito privado, tais condições são necessárias, e suficientes para que o ato seja válido, no ato

---

48 "Certamente, não é necessário que o ato percorra tôda a gama das disposições, contrariando-as, para caracterizar-se a nulidade. Mas, também, não há disposições, cuja violação se pode reparar, nem sempre a nulidade é insanável e, sanada, o ato prevalecer. Em outros têrmos, por vêzes não é possível encontrar no ato um preceito jurídico, — o ato jurídico, — o ato juridicamente não existe; de outras vêzes, o preceito contido no ato não pode atuar, porque está deformado, não produz efeito, — o ato é totalmente nulo; finalmente, o preceito não está íntegro, mas ainda assim atua, — o ato é parcialmente nulo" (MENEGALE, J. Guimarães. *Direito Administrativo e Ciência da Administração.* 3ª ed., 1957, p. 78).

49 *Código Civil Brasileiro,* de 1916, art. 82.

administrativo os três requisitos de legalidade enumerados, comuns ao ato em geral, são insuficientes. Assim, os *fatôres de natureza pessoal* que atuam sôbre o agente e a *finalidade* em mira, desempenham no campo do Direito Administrativo importância excepcional, quando comparadas com o que se verifica no domínio privatístico. [50]

Daí, a importância dos elementos *motivo* e *fim* que são como que o espírito do ato administrativo, que residem em seu interior, elementos subjetivos, profundos, capazes por sua própria natureza de escapar a uma análise menos percuciente.

Em suma, a cinco podem ser reduzidos os elementos que devem ser levados em conta, no processo de formação do ato administrativo: *manifestação da vontade, motivo, objeto, forma e fim.*

Cada um dêsses elementos pode apresentar-se *íntegro*. Se todos o forem, teremos o ato administrativo perfeito; se um, pelo menos, dêsses elementos, estiver inquinado de defeito, teremos o ato administrativo viciado, o que se verifica pela inobservância dos preceitos legais cuja presença se exige na formação do ato. Daí, o aparecimento de cinco vícios, cada um dos quais relativo a um dos elementos acima apontados: *vontade, motivo, objeto, forma* e *fim*.

O ato administrativo deve ser puro, sadio, íntegro, sem o menor vício ou defeito que o desnature, suprima ou diminua a fôrça de que necessita para que tenha eficácia no plano que lhe reservam as leis e regulamentos.

Diferem, por isso, os vícios quanto ao reflexo maior ou menor que produzem no poder dinâmico do ato administrativo, escalonando-se numa progressão que engloba os defeitos graves, médios e leves.

Vícios existem que, verificados, destroem tôda a fôrça do ato administrativo, outros que lhe mitigam bastante os efeitos, não faltando, enfim, aquêles que, tratados a tempo, de maneira adequada, permitem integral convalescimento do ato, o que lhe restitui a eficácia imprescindível para que a finalidade seja totalmente conseguida.

Na investigação dos efeitos que o ato administrativo produz ou deixa de produzir, quando inquinado de vício que atua deletèriamente sôbre um, vários ou todos os elementos que o constituem, adquire

---

50 QUEIRÓ, Afonso Rodrigues assinala: "Primeiro que tudo, são *limites* do poder discricionário os chamados por LAUN limites *externos*: a competência, a forma e os pressupostos do fato (*materiellrechtliche Vraussetzungen*). Mas, além dêstes, existem os que se podem chamar *limites internos* do poder discricionário, que devem também ser respeitados pelos agentes da Administração. Limites *internos*, porque se referem ao exercício da própria faculdade discricionária, a escolha dos fins imediatos do procedimento administrativo" (*Reflexões sôbre a teoria do "desvio de poder" em Direito Administrativo*, 1940, p. 56).

indubitável relevância a consideração do *interêsse público afetado*, as razões de equilíbrio social dominantes.

Neste particular, o interêsse público, considerado *in abstracto* pela norma jurídica, entra em conflito e cede mesmo lugar, algumas vêzes, ao interêsse público *de fato*, concreto, ditado em caráter excepcional por motivos de ordem prática e razões de eqüidade.

Não é fácil a tarefa de classificar os vícios do ato administrativo, sendo inúmeras as tentativas feitas nesse particular pelos tratadistas internacionais e, em especial, pelos franceses e italianos.

Diferentes são as condições de legalidade impostos aos atos administrativos pelo direito objetivo, escreve conceituado autor francês, [51] de modo que ilegalidade de várias espécies se verificam, recaindo em cada um dos elementos constitutivos do ato, *manifestação de vontade, motivo, objeto* e *fim*, porque para cada um dêsses elementos há uma legalidade prescrita.

A referida classificação, em esquema, assume o seguinte aspecto:

Ilegalidades (Vícios)
- *orgânicas p/incompetência*
  - usurpação de função
  - invasão de função.
- *formais* ou *vícios de forma.*
- materiais
  - quanto ao motivo.
  - quanto ao objeto.
  - quanto ao fim.

Criticando a classificação francesa, conceituado mestre brasileiro acentua que nela se omitem os vícios por defeito pessoal na manifestação da vontade do agente, cuja inclusão entre os efeitos dos atos administrativos é indispensável. [52]

Ilustre administrativista italiano [53] classifica os vícios dos atos administrativos em quatro grupos:

---

51 BONNARD, Roger. *Précis de Droit Administratif*. Paris, 1935, p. 213/214.

52 FAGUNDES, Seabra. *O contrôle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*. 3ª ed., 1957, p. 77, nota 1.

53 *Le guarentigie della giustizia nella Publica Amministrazione*. 1934, p. 79 e segs. (RANELLETTI, Oreste).

VÍCIOS { quanto ao órgão (abrangendo os casos de *incompetência*)
quanto à vontade (abrangendo os casos de *desvio de poder*)
quanto à forma.
quanto ao conteúdo.

Novamente o mestre nacional nota que a autoridade italiana incorpora o *desvio de poder* entre os vícios da vontade, porém, se nos afigura que êste caso diz respeito, mais pròpriamente, à finalidade do ato.

Enquadrá-lo entre os vícios na declaração da vontade é dar a êstes vícios uma extensão indefensável. A orientação dos italianos e franceses, nessas classificações, se explica por precedentes jurisprudenciais, aos quais se devem ater. Isso os inibe de adotar uma sistematização mais rigorosa e completa. [54]

No Direito Administrativo do Brasil, a *manifestação da vontade, o motivo, o objeto, a finalidade* e a *forma*, abrangem todos os aspectos que podem revestir os defeitos ou vícios dos atos administrativos.

Interessa-nos, por ora, de maneira especial, o elemento *fim*. Quais as conseqüências jurídicas que ocorrem nas relações administrativas quando o elemento *fim* é violado? Quais os efeitos produzidos por *desvio do fim?* Em que consiste, afinal, o *desvio de finalidade* do ato administrativo?

A consignação do elemento *fim* como integrante do ato administrativo representa uma das mais notáveis conquistas do Direito Público moderno, porque contribuiu de maneira eficaz para eliminar o conceito autoritário do govêrno. [55]

Não é possível dar uma fórmula genérica do que seja fim da atividade administrativa, pois a finalidade varia de serviço a serviço. A determinação deve ser feita em cada caso, de acôrdo com as normas estabelecidas pelo legislador. [56]

Os órgãos da Administração encontram-se numa situação de *dever* e, para darem cumprimento a êste, o direito lhes confere *podêres jurídicos*. Por isso, ao exercer tais podêres têm de guiar-se pelo *fim* próprio do serviço a seu cargo, prescindindo de tôda idéia estranha que possa desviá-los de sua linha de conduta natural. Daí, o fato de que todo ato administrativo deve ter finalidade própria do serviço e que êste requisito constitua um elemento essencial do ato. [57]

---

54 FAGUNDES, Seabra. *O contrôle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*, 3ª ed., 1957, p. 77, nota 1.
55 SAYAGUÉS LASO. *Tratado de Derecho Administrativo*. 1953, vol. I, p. 449.
56 SAYAGUÉS LASO. *Tratado de Derecho Administrativo*. 1953, vol. I, p. 449.
57 SAYAGUÉS LASO. *Tratado de Derecho Administrativo*. 1953, vol. I, p. 449.

Para alguns autores *fim* equivale a causa,[58] ao passo que para outros[59] a mencionada identificação é inadmissível.

Todo ato administrativo comporta vários elementos: *motivo, objeto, fim* e *manifestação de vontade.*

O motivo é o antecedente (fato, situação, etc.), que precede o ato e o provoca.

O *objeto* é o efeito produzido imediatamente e diretamente pelo ato. O *fim* é o resultado que produz o efeito do ato. Assim, vistos êstes três elementos, a *manifestação de vontade* intervém para querer o *objeto* do ato em consideração do *motivo* e do *fim*, ou seja, para querer que certo efeito seja produzido em razão de certos antecedentes que existem e em vista do que resultará, finalmente, o efeito produzido.[60]

Por exemplo,[61] a *causa* de um ato que aplica pena disciplinar é a falta cometida pelo funcionário, mas seu *fim* é punir o faltoso, assegurando a ordem no andamento da Administração. Assim, a restrição de direito, constitutiva da punição, é o *objeto* do ato em tela.

Utilizando-se de exemplo paralelo, discorre autorizado tratadista,[62] que procura distinguir *causa, motivo* e *fim.*

A administração impõe uma sanção disciplinar a um funcionário por falta cometida. A *causa* ou *motivo* da sanção, isto é, a circunstância que justifica o ato é a falta cometida. O *fim* do ato é assegurar a ordem na Administração, que ficaria comprometida se os funcionários culpados de atos indevidos não fôssem punidos adequadamente.

---

58 D'ALESSIO, depois de ressaltar que o agente, embora ficando fiel à *letra*, sai do *espírito* de sua função, mostra que o *desvio de poder* atinge não a *forma*, mas a *causa* do ato, refletindo-se, a seguir, em sua substância e efeitos. (*Istituzioni di Diritto Amministrativo*, 4ª ed., 1949, vol. II, p. 246). GUIMARÃES MENEGALE assinala, a êste propósito, que "não há outro ramo das ciências jurídicas em que se atribua tamanha importância, como no direito administrativo, à *causa finalis*. A causa de todos os atos da administração é a causa final; no Direito Administrativo, *causa* equivale a *fim*. Por essa razão, ao passo que, nos negócios privados, a investigação da causa omite, ou pode omitir, o móvel do contrato ou da obrigação, para sòmente considerar que o contrato ou a obrigação existem por fôrça de um ato ou instrumento válido, no direito administrativo se tem de verificar se a causa, isto é, o fim, a que o negócio se destina, existe, e existe legitimamente. Ainda por isso, é muito mais fácil verificá-la nos negócios administrativos, já que só poderá ser uma, o interêsse público. Enfim, todos os defeitos do ato administrativo se reduzem, pràticamente, ao defeito da causa" (*Direito Administrativo e Ciência da Administração*. 3ª ed., 1957, p. 335/336).

59 MASAGÃO, Mário leciona. "O objeto do ato administrativo é sempre uma modificação no cenário jurídico, visada no cumprimento dos fins não contenciosos do Estado. O objeto é o próprio *fim* do ato. Não deve tal fim confundir-se com a *causa* do ato, que poderá ser outra" (*Curso de Direito Administrativo*, 1960, vol. II, p. 172).

60 BONNARD, Roger. *Précis de Droit Administratif*. 1935, p. 65.

61 MASAGÃO, Mário. *Curso de Direito Administrativo*. 1960, vol. II, p. 172.

62 SAYAGUÉS LASO. *Tratado de Derecho Administrativo*. 1953, vol. I, p. 447/448.

A diferença entre *motivo* e *fim* é ainda apreciada mais nìtidamente quando um ou outro elemento contrai algum vício.

No exemplo citado, se a falta imputada ao funcionário não existisse ou se não foi o funcionário quem a cometeu, o ato punitivo será inválido por inexistência (falsidade) do *motivo* que a justificativa. Mas o *fim* seria sempre lícito, pois o superior atuou com a intenção de assegurar o correto funcionamento do serviço, embora incorrendo em êrro.

Em compensação, poderia ocorrer perfeitamente que o *motivo* invocado fôsse exato, pois o funcionário cometeu a falta, mas o *fim* perseguido pelo superior poderia ser ilegítimo: vingança pessoal ou perseguição política. [63]

Se nos fôsse permitido empregar fórmulas escolásticas o fim seria a *causa final* do ato e o *motivo*, sua causa *ocasional*. [64]

O elemento *causa*, particularmente relevante na formação do ato administrativo, [65] dá origem à teoria correspondente — *teoria da causa* — nos negócios jurídicos, uma das mais difíceis e controvertidas [66] entre os doutrinadores.

Causa do ato administrativo é a *finalidade* ulterior do interêsse público que a Administração, através dêle, se propõe a alcançar. [67]

O *fim* de qualquer ato administrativo, discricionário ou não, é sem dúvida, o *interêsse coletivo*. [68] Se a lei previu que ato deveria ser praticado para atingir determinado *fim*, mas o agente o praticou com *fim diverso*, houve violação da *intentio legis*, contrariou-se o *animus legis*, não interessando, no caso, que a atividade tenha sido lícita ou não, porque o ato administrativo será inválido por contrariar o que prescrevera a norma de direito.

O *fim* visado pela autoridade, no exercício da sua atividade ou atribuição, há de ser o *fim do serviço*, fim específico, e não outro, ainda que, possìvelmente, de interêsse público. [69] Não basta, pois, que a autoridade proceda sob a inspiração de um fim qualquer de interêsse público, porque para a validade do ato é necessário que a autoridade,

---

63 SAYAGUÉS LASO. *Tratado de Derecho Administrativo*. 1953, vol. I, p. 448.

64 RÉGLADE, Marc. *Revue de Droit Public*. XLII/413. BRANDÃO CAVALCANTI, que não admite, entre nós a teoria do *desvio de poder*, mas que em obra recente ensina que a teoria já se vai estendendo, a nosso ver, sem lógica, a outros países", trata de nosso tema no capítulo referente ao "motivo" do ato (*Curso de Direito Administrativo*, 6ª ed., 1961, p. 72).

65 D'ALESSIO. *Istituzioni di Diritto Amministrativo*. 4ª ed., 1949, vol. II, p. 209.

66 D'ALESSIO. *Istituzioni di Diritto Amministrativo*. 4ª ed., 1949, vol. II, p. 208.

67 D'ALESSIO. *Istituzioni di Diritto Amministrativo*. 4ª ed., 1949, vol. II, p. 209.

68 LEAL, Vítor Nunes. *Poder discricionário e ação arbitrária*, in *Problemas de Direito Público*, 1960, p. 284. Cf. *Revista de Direito Administrativo*, XIV/59.

69 CASTRO NUNES, Parecer, in *Revista de Direito Administrativo*, XLII/455.

ao praticá-lo, vise à finalidade específica, para a qual lhe tenha sido conferida a competência. [70]

Ao contrário do que julgam muitos tratadistas, a legalidade não é formada apenas de elementos externos, relacionados com a competência, objeto e forma.

A legalidade penetra até os motivos e, principalmente, até o fim do ato. É ilegal o ato administrativo em que o *fim* é viciado. [71] O *desvio de poder* sendo o uso indevido ou vicioso que de suas atribuições faz a autoridade, tudo se resolve, afinal, num problema de *excesso* ou *abuso de poder* e êste, por sua vez, conduz à incompetência.

Daí, o dizer-se que o juiz do ato administrativo não sai do exame da legalidade quando pronuncia a nulidade do procedimento inquinado daquele vício, que se define por uma incompetência, não formal, mas material. [72]

A *finalidade* ou *fim* do ato é passível de exame como aspecto da legalidade para que se verifique se a Administração agiu ou não de conformidade com o fim previsto em lei. Investiga-se a finalidade para determinar se o ato foi praticado para atingir o *fim* desejado pelo texto legal. A desvirtuação de finalidade — *o détournement de pouvoir* do direito francês — macula o ato, tornando-o ilegal. Neste caso, o exame da legalidade ultrapassa a epiderme do ato administrativo, atingindo-lhe o cerne quase chegando ao mérito. [73]

Há, porém, um sutil limite que não se deve esquecer. O julgamento examina se o ato se conteve dentro do poder do administrador, isto é, se foi praticado segundo os fins, em virtude dos quais o poder de agir lhe foi outorgado pela lei, mas não se o uso que fêz do poder foi o *melhor*. Enquanto se discute se o fim do ato foi o querido pela lei, há uma simples questão de *legitimidade*. Só haveria exame do *mérito* se se quisesse discutir o acêrto do ato pelo bom uso da competência, em face das necessidades coletivas. [74]

4. No atual Estado de Direito ou regime da legalidade, a atividade administrativa do Estado desenvolve-se, via de regra, de maneira normal, dentro de esfera circunscrita pelas normas jurídicas.

---

70 DUGUIT, *Traité de Droit Constitutionnel*, v. II, p. 381/382.

71 LEAL, Vitor Nunes. *Atos administrativos perante o Judiciário*, in *Problemas de Direito Público*. 1960, p. 264. Ver: QUEIRÓ, Afonso Rodrigues, Reflexões sôbre a teoria do *"desvio de poder"* em *Direito Administrativo*. 1940, p. 56.

72 CASTRO NUNES. Parecer, in *Revista de Direito Administrativo*. XLII/457.

73 SEABRA FAGUNDES. *O contrôle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*. 3ª ed., 1957, p. 180.

74 SEABRA FAGUNDES. *O contrôle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*. 3ª ed., 1957, p. 180, citando RANELLETTI, Oreste. *Le guarentigie della giustizia nela Pubblica Amministrazione*. 1934, p. 338, n. 239.

Age a Administração através de funcionários que, operando nas esferas de suas respectivas competências, executam atos de interêsse da coletividade. São atividades legais, processadas segundo regras preexistentes. Surgem assim os atos administrativos, manifestações concretas de vontade da Administração. Legítimo é o ato administrativo, se editado de acôrdo com as normas jurídicas vigentes; ilegítimo, em caso contrário.

A Administração pratica, pois, por excelência, atos jurídicos legítimos. É a regra. No entanto, se cada vez que a Administração tivesse de tomar qualquer iniciativa, por menor que fôsse, tivesse de ficar ponto por ponto vinculada aos textos legais, teria seus movimentos de tal modo presos que não poderia agir no momento exato em que se reclamasse sua intervenção. Não queremos com isto dizer, é claro, que ao agir a Administração se afasta da lei.

O que pretendemos acentuar é que, por sua própria natureza, a fim de poder acompanhar a movimentação e mutabilidade incessante da vida, necessita a Administração de campo livre para intervir, reclamando flexibilidade constante, amplo terreno em que possa decidir-se com relativa liberdade por esta ou aquela solução, conforme o exijam as circunstâncias.

Assim, sujeito sempre à legalidade, decide o administrador neste ou naquele sentido, agindo e concretizando sua ação mediante atos administrativos de diferentes espécies.

Orientando-se de maneira livre no que diz respeito à *conveniência* e à *oportunidade* dos atos praticados, pode o agente autodeterminar-se, selecionando o modo mais adequado de agir. Voltando os olhos sôbre si mesmo, inspecionando o caminho percorrido e os efeitos produzidos ou a se produzirem, tem o administrador, inclusive, se fôr o caso, a faculdade de retratar-se, reexaminando os próprios atos editados e, arvorando-se em juiz de si próprio, desfazer a vontade manifestada, revogando suas decisões, atitude não concedida ao Judiciário, proibido de manifestar-se neste campo.

Dêsse modo, sem transpor uma fração sequer das barreiras estabelecidas pela legalidade, caso em que seria advertido e contrasteado por outro poder, que o fiscaliza, é o administrador juiz absoluto da *conveniência* e *oportunidade* das medidas tomadas, sem interferência de outro poder. Eis, em síntese, a *discricionariedade.*

Discrição,[75] porém, não se confunde com *arbítrio,*[76] do mesmo modo que *discricionário*[77] e *discricionariedade*[78] não se confundem com *arbitrário*[79] e *arbitrariedade.*[80]

---

75 *Discrição* é vocábulo que deriva do latim *discritione(m)*. Liga-se à mesma raiz do verbo *discerno, is, discrevi, discretum, discernere,* v. tr. separar, discernir, distinguir.

Ambos os grupos encerram, é certo, em sentido técnico, a idéia da liberdade, mas ao passo que *discrição-discricionário-discricionariedade* servem para designar *liberdade limitada,* circunscrita, balizada, em terreno confinado, *arbítrio-arbitrário-arbitrariedade,* são cognatos que se empregam para definir a *liberdade ilimitada,* sem limites, sem fronteiras.

Denomina-se *discrição* a faculdade concedida ao funcionário público de *agir* ou *deixar de agir dentro de um âmbito demarcado pela regra jurídica,* entendendo-se por *arbítrio* a faculdade de operar *sem qualquer limite,* em todos os sentidos, sem a observância de qualquer norma de direito. Na frase pitoresca e acertada de Mário Masagão, "arbítrio é a liberdade do tigre na floresta, o qual conhece como limites apenas as impossibilidades físicas ou materiais".

A lei não regula, pois, minuciosamente *tôda* a atividade administrativa, prevendo de antemão *tôdas* as hipóteses. Nem seria isto possível ao legislador, mesmo que o pretendesse. Em inúmeros casos, a elasticidade do preceito legal deixa à Administração certa margem de decisão.

Outras vêzes, porém, desde que se reúnam certos requisitos, prèviamente estabelecidos em lei, desaparece para a Administração a possibilidade de escolha. Sua conduta, nesse caso, é predeterminada,

---

Em português entre os vários sentidos com que se apresenta, abriga também o de "discernimento do que é exato, verdadeiro, bom" (Morais), "sensatez, circunspecção, prudência, tino, recato, modéstia, reserva, segrêdo" (Caldas Aulete).

76 *Arbítrio* provém do latim *arbitriu(m)*, forma esta que deu também o português *alvedrio*. Na língua mãe, *arbítrio* já significava *poder de fazer algo à vontade,* a bel prazer. Assim: *Etenim si Iuppiter Optimus Maximus, cuius nutu et arbitrio caelum terra mariaque reguntur.* Cícero, *Pro Sexto Roscio Amerino,* XLV, 131.

77 *Discricionário* ou *discricional* significa "deixado à discrição, livre de condições, não limitado" (Caldas Aulete), sendo, portanto, sinônimo da locução adverbial à *discrição.*

78 *Discricionariedade* e não *discricionaridade* é a forma correta em nossa língua. "De resto", escreve Vitta, Cino "já se observou também que discricionariedade não significa, de modo algum, atividade arbitrária, porque os funcionários públicos devem fazer uso do seu poder de maneira conforme aos interêsses coletivos e informar sempre seu trabalho com princípios de eqüidade" (*Diritto Amministrativo,* 3ª ed., 1949, vol. I, 303/304). Fiorini, Bartolomé A. escreve: "A discricionariedade não pode ser uma manifestação caprichosa da vontade do administrador; deve ser a realização dum processo jurídico com função definida. Isto afasta a discricionariedade do reino do acaso e do capricho do administrador, localizando-a nos quadros do Direito. A arbitrariedade e o interêsse pessoal, substituídos por uma atividade jurídica tendente a ditar atos eficazes que correspondam a valôres permanentes da justiça" (*La discrecionalidad en la Administración Publica,* 1952, p. 29).

79 Tácito, Caio: "Quando a lei estabelece, expressamente, a forma de realização, cessa a esfera discricionária. O procedimento administrativo está *vinculado* à determinação legal. Não lhe pertence a faculdade de optar por êsse ou aquêle método de execução. Cumpre-lhe, ùnicamente, reproduzir, materialmente, o conteúdo da norma legislativa. Se, entretanto, a lei não particularizou o sentido da conduta administrativa, ou lhe possibilitou escolher entre soluções alternativas, subsistirá, em sua plenitude, o poder discricionário" (*Desvio de poder em matéria administrativa,* 1951, p. 23).

80 Fonseca, Tito Prates da. *Lições de Direito Administrativo,* 1943, p. 376.

regrada, vinculada, meramente executiva. Estamos em face dos *atos vinculados*, isto é, daqueles que a lei manda praticar num determinado sentido, desde que estejam presentes os requisitos por ela predeterminados.

Os *atos vinculados* dizem-se também atos executivos, porque devem constituir mera execução do preceito legal. Praticando-os, conforma-se a Administração com o procedimento determinado na lei, ao se verificarem as circunstâncias precisa e objetivamente antevistas pelo texto legal.

Assim, diversamente do que acontece com os atos vinculados, para os quais o preceito legal traçou o caminho, até as minúcias, nos *atos discricionários* a rota foi apenas esboçada, genèricamente, cabendo à Administração a faculdade de escolha. Dêsse modo, nasce o ato jurídico que o poder público pratica conforme entenda *conveniente* ou *oportuno* para a Administração.

Não se construiu ainda, na doutrina administrativa universal, *a teoria dos atos discricionários* que apresentam, entretanto, graves dificuldades, que consitem principalmente na fixação dos seus limites e da sua natureza. [81]

Se por um lado, juristas dos mais autorizados aceitam a existência dos atos discricionários e os definem, [82] doutrinadores não menos credenciados sustentam não existirem atos discricionários: o que existe é *poder discricionário*. [83]

---

81 BRANDÃO CAVALCANTI, *Tratado*, 3ª ed., 1955, vol. I, p. 248.

82 Entre as autoridades brasileiras, no assunto, citamos: BRANDÃO CAVALCANTI ("Ato discricionário é todo aquêle insustível de apreciação por outro poder que não aquêle que o praticou". *Tratado de Direito Administrativo*, 3ª ed., 1955, vol. I, p. 248). MASAGÃO, Mário. ("É o que o poder público pode praticar, ou deixar de praticar, conforme entenda conveniente para a Administração. A discrição é a faculdade de operar ou deixar de operar, dentro de um campo sempre limitado pelo Direito". *Curso de Direito Administrativo*, 1960, vol. II, p. 175). REALE, Miguel. ("Os atos discricionários, os que envolvem o mérito da decisão, isto é, as razões de conveniência e de oportunidade, são insuscetíveis de contrasteação pelo Judiciário". *Revista de Direito Administrativo*, LVII/465). BUENO VIDIGAL, Luís Eulálio de ("Os atos que a administração pratica, segundo o seu próprio critério, com observância das regras gerais traçadas na lei, são os chamados atos discricionários". *Da imutabilidade dos julgados que concedem mandado de segurança*, 1953, p. 55). MENEGALE, Guimarães ("Discricionários, em verdade, são só os atos em cuja execução a autoridade usa de certo poder de determinação, na medida em que o ordenamento legal lhe confira maior ou menor possibilidade de escolha quanto à ação, escolha que pode acudir, de vez a vez, à possibilidade de agir, ou não agir, ao modo, ao momento da ação". *Direito Administrativo e Ciência da Administração*, 3ª ed., 1957, p. 64). CIRNE LIMA, Rui ("Discricionários, finalmente são aquêles atos, respeito aos quais a autoridade administrativa, embora adscrita a prescrições não-jurídicas, possui, face à regra jurídica, liberdade de determinação, quanto ao respectivo destinatário, objeto ou fim". (*Princípios de Direito Administrativo*, 2ª ed., 1939, p. 76 e 3ª ed., 1934, p. 93).

83 LEAL, Vítor Nunes. *Poder discricionário e ação arbitrária*. in *Problemas de Direito Público*, p. 280/281 e TÁCITO, Caio. *Desvio de Poder em matéria administrativa*, 1951, p. 23. Cf. WALINE, Marcel. *Droit Administratif*, 9ª ed., 1963, p. 449.

Na realidade, a expressão *ato discricionário* tem de ser entendida em seu verdadeiro sentido, porque está subentendido que se trata do ato que o é predominantemente, do que o é por contraste com o *ato vinculado*. Nem parece que se possa, na prática, abstrair da expressão, por lhe faltar equivalente para denominação dos atos praticados no exercício da competência discricionária. [84]

Se a finalidade de qualquer ato administrativo é atender ao *interêsse coletivo*, no caso do *ato vinculado*, tal interêsse já foi *a priori* demarcado pelo legislador, condicionando de modo preciso a futura conduta do agente administrativo. Ora, se o administrador, no uso do poder descricionário de que dispõe, deixa de atender ao *fim legal* a que está indissolùvelmente ligado, é claro que exorbita do poder que a lei lhe conferiu.

Daí, o dizer-se que o *fim legal* é a baliza, a faixa demarcadora do poder discricionário, muro intransponível em que esbarra a discricionariedade. Conhecer êsse limite é de importância primordial para cada cidadão, porque aí reside nossa defesa contra a arbitrariedade administrativa. [85]

Se a opção administrativa desatende a essa finalidade, deve-se concluir que extralimitou da sua zona livre, violando uma prescrição jurídica, expressa ou implícita, o que a transpõe, por definição, para a *zona vinculada*. [86]

Em vez de falar de limites do poder discricionário, em razão dum fim impôsto, é mais correto dizer que o poder, sendo discricionário

---

84 SEABRA FAGUNDES. *O contrôle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*, 3ª ed., 1957, p. 95, nota 6. Em sentido contrário, Vitor Nunes sustenta que "quando se afirma que os atos discricionários escapam à revisão do poder judiciário, o que se quer dizer é que o *poder discricionário* está imune da revisão jurisdicional. A imprecisão terminológica em que já temos incidido — torna-se patente, quando se considera que não existe ato algum da administração que esteja *totalmente* isento do *contrôle* judiciário. Na pior das hipóteses, a *competência* da autoridade que o praticou é assunto da alçada do Judiciário, cabível no exame de qualquer ato administrativo. O estado de sítio pode servir de exemplo: se foi decretado por um Ministro de Estado, é intuitivo que não produz qualquer efeito, por incompetência do agente, e o Judiciário tem autoridade para o declarar. Por conseguinte, se nenhum ato administrativo pode ser considerado discricionário, em sua *integridade*, não existe ato discricionário" (LEAL, Vitor Nunes. "Poder discricionário e ação arbitrária", in *Problemas de Direito Público*, 1960, p. 280). "Por isso, o mais acertado", continua o mesmo autor, "não é falar-se de ato discricionário; o certo é falar-se de poder discricionário. Mas, como freqüentemente certos atos só têm existência material *depois que a administração manifestou a opção referida* (sem a qual o ato não existiria), é admissível que se use, em tais casos, a expressão *atos discricionários*, contanto que se reconheça a deficiência conceitual da expressão" (LEAL, Vitor Nunes. "Poder discricionário e ação arbitrária", in *Problemas de Direito Público*, 1960, p. 281).

85 WALINE, Marcel. *Droit Administratif*, 9ª ed., 1963, p. 451.

86 LEAL, Vitor Nunes. "Poder discricionário e ação arbitrária" in *Problemas de Direito Público*, 1960, p. 285.

quanto ao *objeto* e ficando pleno e sem limite discricionário, pode cessar e cessa sempre de ser discricionário para tornar-se vinculado, no que diz respeito ao fim. [87]

O poder discricionário é sempre ilimitado, porque o que é *discricionário* não pode ser concebido, lògicamente, como limitado. [88]

Se o poder discricionário para a apreciação de certos elementos ou aspectos do ato administrativo pode deixar de ser discricionário, tornando-se vinculado, [89] para a apreciação de outros elementos: é o que se verifica com o elemento *fim*.

Em que consiste, afinal, o desvio de finalidade?

A lei só permite que o administrador se manifeste *no interêsse público*. Desvia, pois, seus podêres do fim legal a autoridade que os põe a serviço de interêsses puramente privado. [90]

A questão vai além. Em numerosos casos, a intenção do legislador conferindo *determinados* podêres à Administração, é para que os utilize, não para *qualquer* interêsse público, mas exclusivamente em vista dum fim perfeitamente determinado. Neste caso, todo uso dum tal poder com finalidade, mesmo de utilidade pública, mas diverso daquele previsto e desejado pelo legislador, constitui *desvio do poder*, configurando caso de nulidade do ato administrativo. [91]

5. Não é trabalho fácil descobrir qual a razão por que, devendo atuar numa determinada direção, o agente muda de rumo, ou seja, desvirtua a *finalidade* do ato.

Diversas teorias existem para explicar o papel do elemento *fim* como integrante dos atos administrativos, a importância de que se revestem as conseqüências advindas de sua distorção e a natureza tôda especial que o titulariza para permitir, quando violado, se equipare aos outros requisitos essenciais, condicionantes da atuação da vontade administrativa, no plano da eficácia.

Os adeptos da *teoria da moralidade administrativa* assinalam que *"o desvio de poder"* põe em relêvo a subordinação do poder administrativo ao bem do serviço, noção que ultrapassa a da legalidade e que permite restringir o poder no que êle tem de mais discricionário: os *móveis* que o impelem a agir.

---

87 BONNARD, Roger. *Précis de Droit Administratif*, 1935. p. 67.

88 BONNARD, Roger. *Précis de Droit Administratif*, 1935. p. 67.

89 GIRAUD, Émile estudando o poder discricionário, compara de maneira concreta e frisante a autoridade administrativa, no caso em que tem competência vinculada, ao empregado indicador de lugares, num teatro, quando deve conduzir os espectadores a lugares numerados: não tem, então, nenhuma iniciativa de escolha. Cf. WALINE, Marcel. *Droit Administratif*, 9ª ed., 1963, p. 450.

90 WALINE, Marcel. *Droit Administratif*, 9ª ed., 1963, p. 451.

91 WALINE, Marcel. *Droit Administratif*, 9ª ed., 1963, p. 451.

A legalidade, cujas regras gerais são rígidas, não poderia penetrar na região dos *móveis* sem matar a espontaneidade do poder discricionário: ao contrário, a moralidade administrativa, descendo com o juiz aos casos particulares, pode penetrar nesta região sem matar a referida espontaneidade. [92]

A tese da *moralidade administrativa*, não obstante seja invocada por um ou outro teórico, [93] não é aceita em nossos dias pelas maiores autoridades na matéria.

Sustentava-se que eram passíveis de anulação os atos que, perfeitos quanto ao aspecto legal, contrariavam a moralidade administrativa (aliás não bem delineada por seus expositores), conduta que consistia na observância da administração boa, orientada ùnicamente para o interêsse público.

A idéia é exata, mas o contrasteamento da moralidade administrativa, em primeiro lugar, não se encontra abonado pela jurisprudência francesa sôbre o *desvio de poder*. [94]

Em segundo lugar, ao contrário do que afirmavam os defensores da tese da moralidade, que sustentavam ser perfeito o ato, quanto à competência, no *desvio de poder* muitas vêzes o ato foi executado com fraude das leis que fixam tal competência. [95]

Pode dizer-se mesmo, que o *desvio de finalidade* é precisamente um tipo especial de *incompetência do agente*, que ultrapassou a área dos podêres que a lei lhe reservara para agir.

Grande influência teve no campo jurídico a denominada *teoria dos motivos determinantes*, [96] formulada na França e logo divulgada em em outros países. [97]

---

92 HAURIOU, Maurice. *Précis de Droit Administratif et de Droit Public*, 11ª ed., 1927, p. 420.

93 Tratando da *ação popular*, em nosso direito, sustenta SEABRA FAGUNDES que êsse tipo de ação, "tal como a delineia o texto da Constituição, impõe a interferência do Judiciário em setor relevante, até aqui quase ou totalmente subtraído ao seu contrôle: o da moralidade do ato administrativo. Com efeito. Indagando se o ato é lesivo ou não ao patrimônio de uma das pessoas que nêle participam (pessoa de direito público ou sociedade de economia mista), o juiz terá de ater-se antes a um critério moral (examinando as vantagens ou desvantagens do ato decorrentes, a honestidade da operação, etc.) que de legalidade (conformação às prescrições legais sôbre competência, formação e conteúdo dos atos contratuais, etc.). É auspiciosa essa possibilidade que se abre ao contrôle jurisdicional da boa gestão do patrimônio público" (Da ação popular. *Revista de Direito Administrativo*, VI/19)

94 WALINE, Marcel. *Droit Administratif*, 9ª ed., 1963, p. 489.

95 WALINE, Marcel. *Droit Administratif*, 9ª ed., 1963, p. 489.

96 A referida teoria deve-se a JÈZE, Gaston, que a expõe em seus *Principes généraux du Droit Administratif*, vol. III.

97 FRAGA, Gabino. *Derecho Administrativo*, 7ª ed., 1956, p. 154. Entre nós, CAMPOS, Francisco ensina que *a teoria dos motivos determinantes* é de irrecusável

Que é *motivo?* [98] Em que sentido é tomado na expressão "motivos determinantes"?

Motivos são considerações de *fato* e de *direito* que impelem alguém a realizar determinado ato jurídico. [99]

O motivo *determinante* é *pessoal, subjetivo.* Varia segundo os indivíduos. [100]

A idéia geral, no Direito Privado e no Direito Público, é a de que os *motivos* podem influir no valor jurídico de uma manifestação *unilateral* de vontade ou de um acôrdo bilateral de vontades se foram *determinantes* da vontade de realizar um ato jurídico. Se o *motivo determinante não existe de fato* ou se é *ilícito* ou *imoral,* a manifestação unilateral de vontade ou o acôrdo bilateral de vontade são *irregulares.*[101]

A teoria dos *motivos determinantes* é o complemento da *teoria da competência dos agentes públicos,* sendo realmente impossível separar ambas as teorias. Para saber se a competência existe em determinado caso é preciso investigar antes de mais nada *que* ato se realizou. O *motivo determinante* permitirá dizê-lo, assim como também, se o *motivo determinante* é lícito, permitirá afirmar que, apesar das aparências, não existia a competência para alcançar o fim que o agente público teve em mira. Assim, uma vez que se conhece o *motivo determinante,* um ato jurídico com tôdas as aparências da legalidade pode estar viciado de incompetência, de *excesso de poder.* [102]

Dum modo bastante simples, a teoria dos *motivos determinantes* nada mais é do que uma *teoria dos fins determinantes,* que procura acentuar a importância do elemento *fim* como essencial para a validade do ato administrativo. Tanto assim que seu autor, afirmando que a jurisprudência francesa estabelece uma gradação muito delicada e sutil, nela se baseia para pôr em relêvo o elemento *fim* como essencial para não invalidar o ato administrativo que o deturpe, o que acontece nos quatro casos seguintes:

1º) — quando o agente público persegue um fim *proibido pela lei;*

---

procedência (*Direito Administrativo,* 1958, vol. I, p. 309). CASTRO NUNES: "A trilogia é, pois, a seguinte: *legalidade, moralidade, oportunidade.* Só esta última constitui, mesmo no sentir dos mais avançados, o reduto da discricionariedade. A *moralidade* se enquadra na legitimidade dos *fins* ou dos *motivos* determinantes da decisão" (*Do mandado de segurança,* 5ª ed., 1956, p. 187).

98 Indaga JÈZE, Gaston ao expor sua teoria (*Princípios generales del Derecho Administrativo,* Buenos Aires, 1949, vol. III, p. 223).

99 JÈZE, Gaston. *Principios generales del Derecho Administrativo,* vol. III, p. 223.

100 JÈZE, Gaston. *Principios generales del Derecho Administrativo,* vol. III, p. 223.

101 JÈZE, Gaston. *Principios generales del Derecho Administrativo,* vol. III, p. 225/226.

102 JÈZE, Gaston. *Principios generales del Derecho Administrativo,* vol. III, p. 285/286.

2º) — quando o agente público persegue um fim e interêsse geral e lícito, *mas que não é de sua competência própria;*

3º) — quando o agente persegue um fim de interêsse geral e lícito de sua competência, mas mediante o exercício de um poder jurídico geral *que não se organizou para obter êsse fim;*

4º) — quando o agente público persegue um fim *que não é de interêsse geral.* [103]

Legalidade é a obediência ao texto legal, implícita ou explìcitamente, à letra ou ao espírito.

Na realidade, o *desvio de poder* permite sancionar violações do *espírito da lei* que respeitam, no entanto, a *letra da lei.* É a aplicação do princípio "a letra mata, o espírito vivifica." [104] O *espírito* deve ser preferido à *letra* na interpretação duma lei. A violação do espírito de uma lei constitui também uma violação da lei, motivo por que o *desvio de poder* é também uma forma de ilegalidade. [105]

Examinar o *fim* da lei é examinar-lhe a *legalidade.* Examinar os *motivos* da lei é também examinar-lhe a *legalidade.* O *exame da legalidade* é da maior importância para que se possa aquilatar até que ponto se estende o poder revisionista dos órgãos judiciários, patrulhadores das fronteiras nem sempre nítidas no terreno facultado à discricionariedade administrativa.

Na apreciação que o Poder Judiciário faz do ato administrativo, costuma-se suscitar o problema referente ao *mérito,* indagando-se até que ponto vai aquela apreciação e se êste elemento, integrante de alguns atos, é passível de consideração por parte de autoridades não administrativas. Mas em que consiste o *mérito?*

O vocábulo *mérito* não tem em Direito Administrativo, evidentemente, o mesmo sentido com que se emprega no Direito Processual, porque se no Processo Civil, por exemplo, *mérito* é o conteúdo substancial da lide, isto é, o conteúdo do contraditório com base em regras de direito substantivo, por oposição às questões de cunho meramente processual, [106] no Direito Administrativo, o mérito não é elemento essencial, nem constante, que existe permanentemente, em todos os casos, mas eventual e restrito: [107] é apenas, e em certos casos, um dos fatôres que, conjuntamente, compõem o ato administrativo. [108]

---

103 JÈZE, Gaston. *Principios generales del Derecho Administrativo,* vol. III, p. 239.
104 São Paulo, *2ª Epistola aos Corintios,* III, 6
105 WALINE, Marcel. *Droit Administratif,* 9ª ed., 1963. p. 489.
106 SEABRA FAGUNDES, Conceito de mérito no Direito Administrativo. *Revista de Direito Administrativo,* XXIII/5.
107 SEABRA FAGUNDES, *artigo citado,* p. 5.
108 SEABRA FAGUNDES, *artigo citado,* p. 5.

Surge o *mérito* em conexão com o *motivo* e o *objeto*. Relaciona-se com êles. É *um aspecto* que lhes diz respeito. É a maneira de considerá-los na prática do ato. É, em suma, o conteúdo discricionário dêste. [109]

Pode-se dizer, em certo sentido, que não constitui êle, pròpriamente e a rigor, um dos seus elementos componentes. Será *um aspecto* relacionado com dois dêsses elementos (motivo e objeto). Será *a maneira* pela qual são encarados êsses elementos ao praticar-se o ato. [110]

Existirá uma antinomia entre *mérito* e *legalidade* do ato administrativo a tal ponto extrema que não se possa situar aquêle no campo permitido à investigação desta? Em outras palavras: o exame da *legalidade* abrangeria *o mérito ?*

Admite-se, em geral, que o Judiciário não tem o direito de apreciar o *merecimento* ou *mérito* dos atos administrativos no que diz respeito à *conveniência* ou *oportunidade*. Mas, evidentemente são ilegais e, portanto, sujeitos à revisão, os atos administrativos em que o direito em vigor estêve ausente ou em que se aplicou indevidamente.

A apreciação do *mérito* que fica fora da revisão judiciária é a que apresenta pontos de contato com a *conveniência* ou *oportunidade* da medida, jamais o merecimento por outros aspectos que possam configurar aplicação falsa, viciosa ou errônea da lei ou regulamento, hipóteses que se enquadram, de um modo geral, na *ilegalidade por indevida aplicação do direito vigente*. [111]

Supõe-se que *legalidade* e *merecimento* ou *mérito* são conceitos que se repelem; em outras palavras, que o exame da legalidade não comporta o vexame do *merecimento*. [112]

A verdade é que nem todo exame do mérito está excluído da legalidade.

Existem questões de *merecimento* que ultrapassam da legalidade, como outros existem que nela se incluem.

Pouco importa, por exemplo, que o exame das provas para apuração dos motivos legais do ato administrativo seja matéria de merecimento, visto como não há incompatibilidade total entre os conceitos de *mere-*

---

109 SEABRA FAGUNDES, *artigo citado*, p. 6.

110 SEABRA FAGUNDES, *artigo citado*, p. 6 nota 17ª.

111 CASTRO NUNES, *Revista de Direito Administrativo*, III/75-76 e SEABRA FAGUNDES, XXIII/12-13.

112 LEAL, Vítor Nunes. "Atos administrativos perante o Judiciário", in *Problemas de Direito Público*, 1960, p. 266.

cimento e de *legalidade*. Só determinados aspectos do *merecimento* (e não todos) é que são exorbitantes da noção de legalidade. [113]

No exame da legalidade do ato administrativo, o *fim* é essencial, básico, sujeito à apreciação dos órgãos judiciários.

O conceito de legalidade não existe separado da realidade social, porque a lei não é uma simples norma sem apoio na sociedade para a qual se elabora.

Se a ação humana se subordina a um fim ou a um alvo, há uma direção, uma pauta assinalando a via ou a linha de desenvolvimento do ato. A expressão dessa pauta de comportamento é o que nós chamamos de *norma* ou de *regra*. [114]

Comportar-se, de certa forma, é adaptar-se a uma regra; é integrar, no processo da ação, aquela pauta que marca a sua razão de ser. É, por tais motivos que nós não podemos compreender o estudo das regras jurídicas ou morais como simples entidades lógicas, como meras *noções*, sem a referência necessária ao problema da ação, ao problema da realidade social. Reduzir, por exemplo, a Ciência Jurídica a uma pura Ciência de noções lógicas é esvaziar a regra jurídica da conduta que lhe dá sentido e significado. [115]

O conceito de legalidade contém, pois, necessàriamente, uma invocação sociológica. [116]

Quando a lei estabelece expressa ou implìcitamente a finalidade da competência administrativa, [117] não contraria, é claro, razões de

---

113 LEAL, Vítor Nunes. "Atos administrativos perante o Judiciário" in *Problemas de Direito Público*, 1960, p. 267. DUBISSON, Michel escreve: "Para a doutrina clássica a *legalidade* e a *oportunidade* são noções antitéticas" (*La distinction entre la légalité et l'opportunité dans la théorie du recours por excès de pouvoir*, 1958, p. 45). "A análise da legalidade, dum lado, da oportunidade, de outro lado, deixa transparecer que estas duas noções não estão situadas no mesmo plano e que, por isso, não são opostas". A legalidade duma medida é, então, seu valor jurídico, em vista duma regulamentação obrigatória. A oportunidade desta medida é seu "a propósito", seu valor técnico, em vista de certas normas cujo conteúdo depende essencialmente duma apreciação subjetiva. A legalidade e a oportunidade duma determinada medida não correspondem, pois, a noções qualitativas antitéticas. Não podem ser opostas, porque não se situam no mesmo plano". (DUBISSON, Michel. *Op. cit.*, p. 36-37)

114 REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*, 1953, vol. II, p. 345. Cf. 3ª ed., 1962, p. 335.

115 REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*, 1953, vol. II, p. 345. Cf. 3ª ed., 1962, p. 335.

116 TÁCITO, Caio. *Desvio de poder em matéria administrativa*, 1951, p. 30.

117 "A *via regia* para a determinação da validez dos atos, no que se refere à liberdade do agente ou órgão de quem emanam aquêles, poderia ser assim expressa: a competência duma autoridade administrativa não consiste em poder fazer o que não está proibido, *mas em fazer sòmente o que lhe é permitido*, segundo o objeto e fim da atividade administrativa que a autoridade deve realizar". (BIELSA, Rafael. *Sôbre lo contencioso administrativo*, 1954, p. 30).

moralidade, como também procura atender a todos os objetivos de interêsse público.

A nulidade do ato administrativo, quando se verifica o *desvio de poder*, é conseqüência do conflito irreconciliável entre a *conduta do agente* e a *essência da norma legal*. Não porque seja *imoral* ou *inconveniente* deixa a manifestação da autoridade de revestir-se de eficácia jurídica, mas porque infringe a lei, na *letra* ou no *espírito*. [118]

Eis porque a *teoria da legalidade*, que defende a *anulação do ato que se afasta do fim*, não por ser imoral, mas por ser antijurídico, tem de ser aceita, com tôdas suas implicações pelos especialistas de nossa disciplina. *(Continua)*

118 TÁCITO, Caio. *Desvio de poder em matéria administrativa*, 1951, p. 30.