RECONSIDERAÇÃO DO TEMA DO ABUSO DE PODER

VICTOR NUNES LEAL*

1. Importância teórica e prática. 2. Controle judicial do poder discricionário. 3. Oportunidade e conveniência dos atos administrativos. 4. Área vinculada dos atos discricionários. 5. Desvio de poder ou finalidade. 6. Especialidade da competência. 7. Abuso do poder de denúncia. 8. Requisição judicial de processos administrativos.

1. *Importância teórica e prática*

O tema do abuso de poder, que apresenta certo paralelismo com o abuso do direito, tem inegável importância teórica e prática, porque ambos se situam no terreno da irregularidade ou anormalidade do exercício de um poder ou de um direito.

Em teoria, no direito administrativo, serve ele para aprofundar o estudo do ato administrativo, das condições de sua validade, bem como da necessária proteção contra os atos ilegais ou abusivos. Essa proteção, aliás, não alcança apenas o indivíduo, na esfera dos seus direitos, mas também o serviço público, quanto à regularidade da sua execução. No estudo da matéria, destacam-se, entre nós, Seabra Fagundes e Caio Tácito, além de outros cultores acreditados da especialidade, como Cretella Júnior e Pinto Ferreira.

Na prática, o estudo do abuso de poder cobre toda a área da administração, incluindo as atividades administrativas do Congresso e do Judiciário, como também se projeta no campo penal. A jurisprudência é escassa, mas já conta com julgados importantes, a começar por um pioneiro acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte, de que foi relator o então desembargador Seabra

* Ministro aposentado do Supremo Tribunal Federal; Advogado.

Fagundes. Também o Supremo Tribunal, como outros tribunais do país, apresenta estudos valiosos, seja quanto ao exame de matéria de fato, quando se apresente como fundamento ou motivo do ato administrativo, seja quanto ao desvio de finalidade nas desapropriações por utilidade pública, seja no uso de sanções abusivas em matéria fiscal, seja quanto à anulação, ou trancamento, de processos penais por abuso do poder de denunciar etc.

Embora não tenhamos, aqui, o contencioso administrativo, absorvidos que foram seus rudimentares ensaios pela amplitude do controle judicial da administração, recorremos freqüentemente à experiência dos países que dispõem de jurisdição administrativa, especialmente da França e da Itália, que nos são mais familiares.

Não havendo, pois, incompatibilidade lógica, aqui como lá, o controle jurisdicional dos atos administrativos se exerce, não somente quanto à sua legalidade externa, como quanto à legalidade intrínseca. Alcança, portanto, ao mesmo tempo, a competência, a forma e o objeto, como ainda os motivos e a finalidade do ato administrativo. Quanto ao objeto e aos motivos, como é sabido, pode dar-se grande liberdade de atuação ao administrador, quando assim o disponha a norma legal. A área dessa liberdade é que é o terreno próprio do poder discricionário da administração. No mundo moderno, com o crescente intervencionismo econômico, social e cultural do Estado, tende a desenvolver-se a área do poder discricionário, aumentando, senão na teoria, pelo menos na prática, a importância do seu estudo.

2. *Controle judicial do poder discricionário*

Quanto ao aspecto teórico do poder discricionário, que é terreno propício ao abuso de poder, alguns temas merecem realce, embora não apresentem a mesma complexidade.

No que respeita ao controle judicial do ato discricionário, foi-me atribuído pensamento radical, que não cheguei a externar, mas que foi deduzido de expressões incorretas do meu próprio texto. Assim se manifestou, a respeito, o Prof. Pinto Ferreira:[1]

"Determinados autores estrangeiros opinam pela sujeição dos atos discricionários ao controle jurisdicional, como Marcello Caetano, Gabino Fraga, assim como, ainda no Brasil, partilham tal ponto de vista Matos de Vasconcelos, Tito Prates da Fonseca, Castro Nunes e J. Guimarães.

O assunto é controverso, pois em contrário opinam, no estrangeiro, Otto Mayer e Georges Vedel, no Brasil ainda se mencionando nesta linha Victor Nunes Leal e Luiz Eulálio Bueno Vidigal."

[1] Pinto Ferreira. Da ação popular constitucional. *Revista de Direito Público*, v. 21, p. 25.

Os trechos de minha autoria, de que terá resultado aquela conclusão, certamente utilizavam a expressão *atos discricionários,* sem qualquer esclarecimento definidor. Mais tarde, entretanto, mencionando que o problema envolvia também uma questão de palavras, esclareci:[2]

"Referimo-nos à expressão *atos discricionários,* muito usual na doutrina francesa e na nossa, expressão que empregamos em outras oportunidades (...). Essa expressão, embora generalizada, é conceitualmente defeituosa (...). Não existe, com efeito, ato discricionário; o que existe é *poder discricionário* (...). 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."

Tolera-se, contudo, a expressão imprópria, e Seabra Fagundes explica que ela se salva por indicar os atos que são, na sua parte mais substancial, discricionários. Além disso, não se dispõe de outra expressão mais adequada para tais atos. Em suas próprias palavras:[3]

"Afigura-se-nos demasiado rigorosa a observação. Na expressão *ato discricionário* está subentendido que se trata do 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."

Com o mesmo sentido, de certo modo incorreto, com que se admite a denominação *atos discricionários,* também se pode dizer que os atos discricionários são imunes do controle jurisdicional, pois isto significa que os aspectos discricionários dos atos administrativos é que estão imunes daquele controle.

Em suma, não existem atos inteiramente excluídos do controle de legalidade, porque não há atos inteiramente discricionários. Ressalvam-se os países que mantêm uma categoria de *atos de governo,* a salvo do controle da jurisdição administrativa. Também há que ressalvar os períodos de exceção revolucionária, em que muitos atos ficam subtraídos ao conhecimento dos tribunais.

3. *Oportunidade e conveniência dos atos administrativos*

Em que consistem esses aspectos discricionários dos atos administrativos? Para usar poucas palavras, consistem na conveniência e oportunidade do ato. A apreciação dessa conveniência — que se pressupõe do interesse público, en-

[2] Nunes Leal, Victor. *Problemas de direito público,* 1960. p. 280.
[3] Seabra Fagundes, M. *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário,* 4. ed. p. 83.

volvendo a utilidade, a razoabilidade e a adequação do ato — é confiada, pelo legislador, à administração pública, ao seu prudente critério, à sua liberdade de escolha ou opção. O mesmo se diz da oportunidade do ato, cabendo à administração a escolha do momento supostamente mais conveniente ao interesse público.

Já dispunha a Lei n.º 221, de 20.11.1894 (art. 13, § 9.º, *a*):

"Consideram-se ilegais os atos ou decisões administrativas em razão da não aplicação ou indevida aplicação do direito vigente. A autoridade fundar-se-á em razões jurídicas, abstendo-se de apreciar o merecimento dos atos administrativos, sob o ponto de vista de sua conveniência ou oportunidade."

Miguel Seabra Fagundes, reservando, como outros autores, o vocábulo *mérito,* ou *merecimento,* para designar a área de opção privativa da administração pública, assim se expressa sobre o ponto ora em exame:[4]

"O mérito está no sentido político do ato administrativo. É o sentido dele em função das normas da boa administração. Ou, noutras palavras: é o seu sentido como procedimento que atende ao interesse público, e, ao mesmo tempo, o ajusta aos interesses privados, que toda medida administrativa tem de levar em conta. Por isso, exprime um juízo comparativo.

Compreende os aspectos, nem sempre de fácil percepção, atinentes ao acerto, à justiça, utilidade, eqüidade, razoabilidade, moralidade etc. de cada procedimento administrativo.

Esses aspectos, muitos autores os resumem no binômio: oportunidade e conveniência."

Quando escrevi uns comentários sobre esta matéria,[5] já faz muito tempo, discordei do uso das palavras mérito e merecimento com aquele sentido restrito, pelo menos em face do nosso direito, tendo em vista a tradição corporificada na Lei n.º 221/1894 (dispositivo acima transcrito). O exame da realidade dos fatos em que se baseia o ato administrativo me parecia matéria de mérito, mas não vedada ao exame do judiciário, que só estaria impedido de examinar, no âmbito do merecimento, o que dissesse respeito à oportunidade e conveniência, como dispunha a Lei n.º 221.

Tinha eu em vista, certamente, o conceito de mérito em direito processual, isto é, a substância da lide. Em caso de demissão de funcionário por falta a ele atribuída, mas que não tivesse sido cometida, a prova ou falta de prova dessa falta, é, processualmente, matéria de mérito, no pleito anulatório de demissão; mas não seria mérito do ponto de vista administrativo, porque a realidade da falta funcional, em que se baseasse a demissão, não é aspecto discricionário, mas vinculado, do ato administrativo. Essa desarmonia terminológica não me parecia aconselhável.

[4] Id. ibid. p. 149-50.
[5] Nunes Leal, Victor. *Revista de Direito Administrativo,* v. 3, jan. 1946.

Apoiava-me, além disso, nestas observações de Castro Nunes, que se fundavam na Lei n.º 221/1894:

"... a apreciação de mérito interdita ao judiciário é a que se relaciona com a conveniência ou oportunidade da medida, não o merecimento por outros aspectos que possam configurar uma aplicação falsa, viciosa ou errônea da lei ou regulamento, hipóteses que se enquadram, de modo geral, na ilegalidade por 'indevida aplicação do direito vigente'."

Seabra Fagundes, fiado na doutrina estrangeira, especialmente italiana, replicou às nossas opiniões. Passado o tempo, acho que ele tinha razão, não, *data venia,* quanto à interpretação que deu à Lei n.º 221/1894 (cuja literalidade, a meu ver, favorecia a posição de Castro Nunes), mas quanto ao entendimento corrente na doutrina italiana. Afinal, não fomos nós, mas os europeus, principalmente os franceses, que melhor desenvolveram a doutrina do abuso de poder administrativo, criando o conceito fertilíssimo do *desvio de poder,* a que nos reportaremos mais adiante. Nada impede que, ao empregarmos a palavra *mérito* em direito processual, deixemos claro, quando não expresso, que não nos referimos à área discricionária de algum ato administrativo.

4. *Área vinculada dos atos discricionários*

Outro aspecto, no estudo teórico do abuso de poder, em que acabei por me render inteiramente às objeções de Seabra Fagundes e Caio Tácito, refere-se ao desvio de poder, ou de finalidade. Não me lembro de já o ter dito de público. Se ainda não o fiz, que o seja hoje, em homenagem àqueles dois mestres do direito administrativo e à Justiça Federal de São Paulo, que organizou o curso em que é proferida esta palestra.

Algumas palavras introdutórias são necessárias para colocar esse aspecto do tema. O ato administrativo, como é da essência do estado de direito, tem a sua validez sujeita ao teste da legalidade ou legitimidade, isto é, ao teste da sua conformidade com o direito positivo.

Quando o ato se encontra precondicionado, pela norma jurídica, de modo que nenhuma liberdade de apreciação seja concedida à administração pública, diz-se que o ato é *vinculado:* verificados os seus pressupostos, ele tem de ser praticado, sob pena de omissão ilegal. Não são freqüentes os exemplos de atos administrativos inteiramente vinculados, mas serve de paradigma a promoção de funcionário por antigüidade: aberta a vaga, apurada a antigüidade, não há como deixar de promovê-lo (sem considerar, aqui, a situação excepcional em que, por exemplo, o juiz mais antigo pode ser afastado por motivo de interesse público).

A situação contrária, entretanto, não ocorre, porque — como já foi observado — não se conhece ato inteiramente discricionário, isto é, desvinculado de pres-

supostos legais. Se outros não houvesse — e quase sempre há — pelo menos, o da competência teria de ser respeitado, porque o ato administrativo há de emanar de autoridade competente. Nem se argumente com a situação especial do funcionário de fato, que, além de rara, tem em seu favor a aparência, por se tratar de funcionário supostamente regular.

A esse respeito já observamos, com apoio em autores de nomeada, que a expressão *ato discricionário* pode ser aceita em obséquio ao costume e pela inexistência de expressão equivalente, mas é logicamente defeituosa, por não haver ato inteiramente discricionário. O que existe é o poder discricionário, que se manifesta na prática dos atos administrativos, os quais, embora só parcialmente discricionários, passam a chamar-se atos discricionários, tanto mais que, quando praticados, já se exercitou a opção administrativa discricionária.

Como escrevíamos, em 1948:[6]

"...se nenhum ato administrativo pode ser considerado discricionário, *em sua integridade,* não existe ato discricionário. O que acima se disse da competência, também se pode dizer da forma e da finalidade, que são limitações legais (expressas ou implícitas) dos atos administrativos. Se o ato é viciado no que entende com a competência, a forma ou a finalidade, abre-se ensejo ao pronunciamento jurisdicional. A afirmação que nesse sentido fez o Des. Seabra Fagundes é incontestável (...). A opção de conveniência e oportunidade é que constitui o *conteúdo discricionário* do ato, mas, salvo no tocante a esse ponto, o ato administrativo, em tudo mais, se deve considerar vinculado."

Nesta passagem, já encontramos indicações do que é essencial para o controle dos chamados atos discricionários, porque a finalidade do ato — seja discricionário ou vinculado — é sempre um aspecto da legalidade ou legitimidade do ato, não se inserindo na liberdade de opção de que possa dispor a administração pública.

Caio Tácito assim abordou tais aspectos:[7]

"O poder discricionário é, afinal, a faculdade concedida à administração para apreciar o *valor dos motivos* e determinar o *objeto* do ato administrativo, quando não o preestabeleça a regra legislativa. Ele se submete não somente a limites externos (que Victor Nunes Leal chamou, simbolicamente, de *horizontais*), como sejam a competência, a forma e a existência material dos motivos, como também a limites internos (que se poderiam descrever como *verticais),* que dizem respeito a observância da finalidade legal."

[6] Nunes Leal, Victor. *Problemas de direito público.* 1960, p. 280-1.
[7] Tácito, Caio. *Direito administrativo.* p. 142.

Se o administrador excede os limites externos ou internos, o ato discricionário é ilegal. Quanto aos limites externos, a apreciação dos casos concretos será sempre mais fácil, ou menos complexa. Ainda, por exemplo, que se trate da existência real dos motivos, o problema não é tão difícil como discernir em que sentido optou o administrador na ponderação dos motivos. E esse discernimento é necessário para descobrir se ele violou a finalidade legal do ato, isto é, aquela que está expressa ou implícita na regra de competência.

Ainda em relação à realidade dos motivos, cumpre observar que, nos chamados atos discricionários, nem sempre terão eles que ser divulgados no ato, com o ato, ou a propósito do ato, por ser livre a valorização que a autoridade terá feito desses motivos. Contudo — lição que se tornou corrente, entre nós, logo que divulgada pela grande autoridade de Francisco Campos —, ainda quando a administração não esteja obrigada a revelar os motivos do ato discricionário, se ela, entretanto, os divulga, torna-se possível verificar a existência real de tais motivos. A divulgação deles não teria sentido senão para significar que foi em razão deles, e somente em razão deles, que o ato foi praticado. Eis as palavras de Francisco Campos, repetindo Gaston Jèze:[8]

"... os atos do governo, se a lei só os legitima mediante certos motivos, ou quando o próprio governo, podendo praticá-los, sem motivo declarado, declara, entretanto, o motivo, não poderão, em um e outro caso, continuar a subsistir desde que o motivo, que, de acordo com a lei, é necessário para legitimá-los, ou o motivo invocado ou declarado pelo governo não convém à realidade ou se verifica improcedente por não coincidir com a situação de fato em que consistia o seu pressuposto (...). Desaparecido, por verificada a sua improcedência, o motivo determinante do ato, motivo sem a convicção do qual a Administração não teria agido como o fez, claro é que a conseqüência lógica, razoável e legítima deva ser, com a queda do motivo, a do ato que nele se originou ou que o teve como causa declarada e suficiente."

5. *Desvio de poder ou finalidade*

Muito mais difícil — freqüentemente impossível — é verificar se ocorreu, no ato discricionário, desvio de finalidade, ou desvio de poder, que é modalidade do defeito mais genérico de excesso ou abuso de poder. Entretanto, se os motivos do ato foram divulgados, será menos tormentoso averiguar sua adequação com o ato praticado e com a finalidade que teve o legislador em vista, ao dar competência ao agente administrativo para a prática do ato.

[8] Campos, Francisco. *Direito administrativo*. 1958. v. 1, p. 308-9.

O ato administrativo — ensina a doutrina do desvio de poder — só será legítimo, se coincidir com a finalidade prevista ou definida, expressa ou implicitamente, na regra de competência. Exorbitando dessa previsão ou definição, que há de ser específica (pois a possível implicitude não se confunde com a inadmissível falta de especialidade), o ato será ilegal.

Nem sempre estive de acordo com esse conceito tão rigoroso do desvio de poder, mormente com o seu emprego pelo poder judiciário. Parecia-me, antes, um conceito a ser aplicado pela jurisdição administrativa, nos países que a consagram, como é, classicamente, a França. Entendia eu ser necessário, em nosso regime judiciarista, um temperamento àquela doutrina, mais apropriada aos sistemas em que o desvio de poder é julgado pelo contencioso administrativo, isto é, pelo ramo jurisdicional da própria administração.

Motivou aquele meu antigo comentário um autêntico *leading case,* que foi a famosa decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte, na Apelação Cível n.º 1.422 (28-07-48), relatada pelo então desembargador Miguel Seabra Fagundes, nome que já se achava consagrado em nosso direito administrativo com a publicação do seu monumental estudo sobre o controle dos atos administrativos.

A autoridade estadual havia fixado horário de tráfego para uma empresa de ônibus, de modo a prejudicá-la em benefício de empresa concorrente. Examinando em minúcias todas as circunstâncias do caso, o tribunal, unanimemente, anulou o ato por desvio de poder: o seu resultado, em concreto, objetivava interesse particular, desatendendo à finalidade de interesse público do bom funcionamento do serviço, em virtude da qual fora concedida a competência para fixação do horário dos ônibus.

Sem discordar da aplicação da doutrina no caso concreto, onde se demonstrara favorecimento particular em detrimento do interesse público, procuramos restringir um pouco as premissas teóricas do raciocínio da decisão, que nos parecia conceder demasiada interferência ao poder judiciário na revisão dos atos discricionários.

Eis a passagem polêmica do nosso comentário, publicado em fins de 1948:[9]

"Se a administração, no uso do seu poder discricionário, não atende ao *fim legal,* a que está obrigada, entende-se que *abusou* do seu poder. A insistência nesta idéia central é que confere ao voto do des. Seabra Fagundes o sentido inovador de que se reveste, pois esta questão tem sido descurada pela nossa jurisprudência, e o próprio autor deste comentário, ao tratar em outra oportunidade dos atos discricionários, deixou de fazer a respeito as ressalvas que se impunham.

O fim legal é, sem dúvida, *um limite* ao poder discricionário. Portanto, se a opção administrativa desatende a essa finalidade, deve-se concluir que ex-

[9] Nunes Leal, Victor. *Problemas de direito público.* 1960. p. 285-6.

tralimitou da sua *zona livre,* violando uma prescrição jurídica expressa por implícita, o que a tanspõe, por definição, para a *zona vinculada.*

Por isso mesmo, sustentam os autores mais abalizados que existe aí uma violação da lei, um ato ilícito. (...) a natureza interna ou intrínseca dessas limitações não permite, porém, que se dê a este caso, no sistema constitucional brasileiro, o mesmo tratamento que reclama a violação dos limites *externos* do poder discricionário. Nesta última hipótese, conforme vimos no parágrafo anterior, cabe sempre ao judiciário dizer a última palavra, *com amplitude de ação e de critérios,* dado o seu papel de intérprete final e conclusivo do direito. Tratando-se, porém, de violação das *limitações internas* (desvio ou negação do fim legal do ato), impõem-se precauções severas para que se não iniciada no erro de substituir o critério de conveniência do administrador pelo critério de conveniência do juiz."

Prosseguíamos, mais adiante:[10]

"A amplitude com que o Conselho de Estado examina os atos administrativos submetidos ao seu julgamento levou Duguit (...) a negar a própria existência do poder discricionário no moderno direito francês (...). Também Bonnard (...) se exprime em termos quase idênticos: 'Em matéria de fins, não existe jamais para a Administração um poder discricionário'."

Tais conseqüências não me pareciam inteiramente aceitáveis no direito brasileiro, tendo em vista a nossa tradição, que remontava à Lei n.º 221/1894. Mencionava ela, sem dúvida, o excesso de poder (art. 13, § 9.º), mas sua prática nunca favorecera, entre nós, a doutrina do desvio de poder, com a extensão alcançada no direito francês, ou nas construções doutrinárias que permitiam funda interferência do Judiciário na prática da administração norte-americana.

Acrescentávamos, então:[11]

"Sem dúvida, o *fim legal,* expresso ou implícito, é integrante de toda a atividade administrativa, que pressupõe, por definição, a promoção do interesse coletivo. Sempre, porém, que o interesse coletivo não esteja definido em situações concretas pela própria lei, não pode o Judiciário adotar um conceito de *fim legal* em bases tão restritas que venham a manietar a administração pública, substituindo o administrador pelo juiz (...) casos há, todavia, em que fica patenteada a ausência da conveniência pública, pela manifesta preponderância do favoritismo, da perseguição, ou do puro proveito pessoal do agente. Em tais casos, a prova é sempre difícil, freqüentemente impossível, o que reduz as conseqüências práticas do princípio. Algumas vezes, porém, ela ressalta, os-

[10] Id. ibid. p. 288-9.
[11] Id. ibid. p. 292-3.

tensivamente, do conjunto das circunstâncias e até de evidências documentais. Em situações dessa natureza, pode o Judiciário proclamar que a autoridade exorbitou, abusando do seu poder discricionário, agiu, portanto, *arbitrariamente.*"

E assim concluímos:[12]

"Quando, porém, o ato administrativo se deve qualificar de arbitrário por haver transposto os limites intrínsecos ou internos do poder discricionário (preterição do fim legal, em favor de um fim ilegal), *as cautelas do Judiciário devem ser extremas,* para não se substituir ao administrador na mera apreciação da conveniência ou oportunidade da medida questionada. O critério mais adequado consiste (salvo circunstâncias excepcionais), não em indagar se o fim visado *é diverso* do objetivado pela lei instituidora da competência (como ocorre com o *détournement de pouvoir* dos franceses), mas se o fim real do ato, embora dissimulado, constitui, em si mesmo, uma ilegalidade."

6. *Especialidade da competência*

Referindo-se ao nosso comentário, Caio Tácito — o mais completo analista do desvio de poder em nossa literatura — considera-o contraditório:[13]

"Comungamos, plenamente, com as cautelas receitadas à intervenção judiciária. O desvio de poder somente deve ser declarado quando a sua existência seja evidente e precisa. Em casos dubitativos, prevalece o crédito de confiança na Administração e não se justifica a nulidade do ato administrativo. É suficiente também que o fim legítimo possa ser comprovado, mesmo se conjugado com outras inspirações estranhas. O controle de finalidade pelo Poder Judiciário não ultrapassa, de nenhuma forma, o campo da legalidade para incidir sobre a discrição administrativa.

A solução de conveniência oferecida por Victor Nunes Leal consiste, afinal, em adotar a teoria do desvio de poder somente quando o interesse público tenha sido substituído por um interesse privado ou um motivo de natureza pessoal. Desde que a ação administrativa atenda a um interesse público qualquer, seja ou não inerente ao preceito legal aplicado, estará cumprida a cláusula da legalidade.

Padece, contudo, a aplicação proposta de uma contradição orgânica. A definição legal da finalidade não compadece com o interesse público *in genere,*

[12] Id. ibid. p. 293.
[13] Tácito, Caio. *Direito administrativo.* p. 111.

mas somente com a espécie de interesse público contido na regra da competência do administrador. Se este pode variar de objetivo, em desprezo da vinculação implícita ou explícita da lei, a finalidade deixará de ser (como plenamente o concebe aquele jurista) um *limite* interno do poder discricionário para se converter, ao contrário, em domínio de sua incidência. Se o fim legal é elemento vinculado do ato administrativo, não podemos imaginar que se permita à autoridade executar outro, a não ser aquele referido na lei."

Não que eu tivesse restringido a possibilidade do desvio de poder aos casos em que o interesse público seja substituído por um interesse privado ou um motivo de natureza pessoal, sendo legítimo o ato sempre que a administração atenda a um interesse público qualquer. Também sustentei que se impunha a anulação, quando, sob a roupagem do interesse público, ou coexistindo com ele, "o fim real do ato, embora dissimulado, constitui, em si mesmo, uma ilegalidade". Em suma, como veremos adiante, é o que a Lei da Ação Popular viria a denominar *ilegalidade do objeto* (Lei n.º 4.717//65, art. 2.º, parágrafo único, *c*).

Não obstante esse desencontro entre a opinião emitida e a que me foi atribuída, muito meditei, posteriormente, sobre a pecha de contradição, e acabei reconhecendo-a. É o que ora proclamo, em homenagem aos dois maiores estudiosos do tema entre nós, Seabra Fagundes e Caio Tácito.

O que me faz depor as armas, nesta polêmica, é o pressuposto ou princípio da especificidade da competência administrativa, ou seja, que o agente administrativo tem somente os poderes que lhe hajam sido confiados pelas normas legais, jamais um cheque em branco, para agir segundo sua exclusiva noção do interesse público. O interesse público, em cada caso, há de resultar, sem hesitações, da norma de competência específica, e não de qualquer norma de competência imprecisa ou excessivamente genérica. Como se expressa Caio Tácito,[14] "é necessário que se observe a *finalidade específica,* ou seja, o fim expresso ou implícito relacionado com a própria natureza do ato (. . .); em nenhuma hipótese, pode a autoridade substituir o fim previsto na lei por outro fim público ou privado, lícito ou ilícito".

Toda minha dúvida, entretanto, resultava das competências implícitas, já que estas não podem ser recusadas à administração. Na prática, a implicitude pode conduzir aparentemente à outorga de competências atípicas, ou inespecíficas, nas quais, afinal, mais de uma finalidade de interesse público pudessem ser facultadas à administração. Realmente, poderá haver freqüentes casos de extrema dificuldade de interpretação, mas as noções de tipicidade e especialidade da competência parecem orientação mais segura, porque fixam nítidos pontos de referência para aferição do desvio de poder.

[14] Id. ibid. p. 61-2.

Certamente, não são análogas as situações, mas a noção de tipicidade, em outras áreas como o direito penal e o direito tributário, tem sido muito fértil em conseqüências, em benefício dos direitos individuais. E os direitos individuais são elementos intrínsecos ao próprio conceito de interesse público no estado de direito, pois este é regime de poderes limitados. Nenhum dever é mais elementar no Estado do que combater a criminalidade em geral. Nem por isso, haveremos de recomendar que os penalistas abram mão do conceito de tipicidade penal.

Do mesmo modo, estando em causa a possibilidade de abuso, excesso ou desvio de poder administrativo, a garantia maior dos direitos individuais, há de ser, paralelamente, a necessária especialidade das competências administrativas. O reconhecimento da alta relevância deste princípio é que nos leva a aceitar a crítica de Caio Tácito. O uso de competência difusa ou inespecífica é ilegal por esta própria circunstância, o que é suficiente como base teórica para a condenação do desvio de poder.

O fundamento legal dessa afirmativa encontra-se, hoje, em forma clara e explícita, no art. 2.º da Lei n.º 4.717, de 29-6-65, preceito cujo alcance transcende do âmbito dessa lei, destinada à disciplina da ação popular. Assim está ele redigido:

"Art. 2.º — São nulos os atos lesivos ao patrimônio das entidades mencionadas no artigo anterior, nos casos de:

a) incompetência;

b) vício de forma;

c) ilegalidade do objeto;

d) inexistência dos motivos;

e) desvio de finalidade.

Parágrafo único. Para a conceituação dos casos de nulidade observar-se-ão as seguintes normas:

a) a incompetência fica caracterizada quando o ato não se incluir nas atribuições legais do agente que o praticou;

b) o vício de forma consiste na omissão ou na observância incompleta ou irregular de formalidades indispensáveis à existência ou serenidade do ato;

c) a ilegalidade do objeto ocorre quando o resultado do ato importa em violação de lei, regulamento ou outro ato normativo;

d) a inexistência dos motivos se verifica quando a matéria de fato ou de direito, em que se fundamenta o ato, é materialmente inexistente ou juridicamente inadequada ao resultado obtido;

e) o desvio de finalidade se verifica quando o agente pratica o ato visando a fim diverso daquele previsto, explícita ou implicitamente, na regra de competência."

Da última alínea, sobre o desvio de finalidade, sobressai nitidamente, a par da implicitude admissível, o já citado princípio da especialidade da competência administrativa. Daí a reconsideração que ora faço de minha anterior opinião divergente, que a rigor ficaria limitada à hipótese da ilegalidade do objeto (alínea *c*).

O doutrinador protege melhor a sociedade, bem como os indivíduos, presumindo a liberdade, em vez de presumir o poder. O poder sempre se defende e, com freqüência, se excede, usurpando faculdades que não tem. A lei define o interesse público — pressuposto da atuação do poder — com expressões às vezes muito amplas, de tal modo que o poder, quase sempre, com exceções raríssimas, está mais bem armado do que desarmado para o cumprimento de seus deveres.

Por isso mesmo, se o administrador age com finalidade diversa da que inspirou a concessão da sua competência específica, não é preciso indagar se por alguma outra razão era ilegal a opção diversa que fez. Essa outra opção, por não ter sido outorgada, já era de si mesma ilegal, posto que a autoridade não tem senão os poderes que a lei lhe confere.

Qualquer outro que ela exerça será ilegal, pois não terá sido concedido. Não há que indagar se ele seria, em si mesmo ilegal, isto é, vedado à administração. Ele é vedado pela simples razão de não ter sido concedido. Por tudo isso, a pesquisa, nos casos concretos, há de ser sempre no sentido da finalidade específica, ainda quando esta possa conter-se, implicitamente, em finalidade genérica, prevista na norma própria.

Para não desarmar a autoridade, basta admitir as finalidades implícitas, pois estas implicitudes, na prática, serão sempre mais abundantes do que o desejável, de onde resultam, ordinariamente, poderes excessivos, e não poderes insuficientes, para o administrador.

A par da lei da ação popular, que define o desvio de finalidade (e, de modo geral, sem lhe dar nome, o excesso de poder), nossas Constituições têm empregado as expressões *abuso de autoridade,* quando se referem ao direito de petição (1891, 1934, 1946, 1967 e 1969); *abuso de poder,* quando cuidam do *habeas-corpus* (1934, 1946, 1967, 1969), ou mesmo do mandado de segurança (1946, 1967, 1969). Igualmente, a Lei n.º 221/1894 mencionava o *excesso de poder* (art. 13, § 9.º); a Lei n.º 1.522, de 26-12-51, que regulou preços e abastecimento, aludiu a "atos derivados de abuso ou de desvio de poder" (art. 28); a Lei n.º 1.207, de 25-10-50, relativa ao direito de reunião, configurou hipótese de desvio de poder com a localização de comício em local impróprio; mais recentemente, embora regulando em especial os efeitos penais (mas também aludindo a efeitos administrativos e civis, dos *abusos de autoridade*), a Lei n.º 4.898, de 09-12-65, usou as expressões *abuso de poder* e *abuso ou desvio de poder* (art. 40, *a* e *h*).

7. *Abuso do poder de denúncia*

Não é nosso propósito, nem estamos preparados, discutir os desdobramentos do abuso de poder e do enriquecimento ilícito na esfera criminal, nem a composição de danos na esfera civil, nem mesmo os efeitos funcionais de tais atos irregulares. Nosso objetivo quase exclusivo foi fazer uma reformulação de ponto de vista sobre a doutrina do abuso de poder administrativo.

Por isso mesmo, não entraremos no estudo das situações em que poderá haver abuso de poder no exercício de funções legislativas, como no de funções jurisdicionais. Aos mais dotados fica a tarefa de esquadrinhar estas outras áreas de inegável importância para os estudos jurídicos.

Entretanto, não podemos deixar de indicar, particularmente, um aspecto da maior significação prática e teórica, o do abuso de poder no oferecimento de denúncia criminal pelo Ministério Público. A este respeito, quando juiz do Supremo Tribunal Federal, tive ensejo de relatar um *habeas-corpus* impetrado pelo ilustre Prof. Heleno Cláudio Fragoso, que deixou delineados, em sua petição, todos os elementos básicos em que se firmou o tribunal, para, unanimemente, conceder a ordem.

Tratava-se de um complicado processo em torno de operações do Instituto Brasileiro do Café, realizadas no mercado internacional, por intermédio de empresa particular. O produto do desconto de cambiais relativas a esses negócios acabou não sendo destinado ao Instituto. Em conseqüência, foram denunciadas, de uma vez, 19 pessoas.

Em relação às oito primeiras, a denúncia explicitou os atos, tidos por criminosos, que imputava a cada uma. Quanto às 11 demais, usou de expressão vaga, nestes termos:

"O nono denunciado" (Fulano de Tal, que foi o único em favor do qual se impetrou o *habeas-corpus*) "e deste ao décimo nono inclusive (...), cooperaram com ele e com os demais denunciados (...) executando cada um a parte que lhe cabia na urdidura geral (...), participando por atos comissivos e por comportamentos omissivos, das fraudes e demais crimes referidos na denúncia."

Com respeito ao paciente, objeto de acusações tão vagas e indiscriminadas (pois não se dizia que parte da urdidura geral cabia a cada um), constavam documentos comprobatórios de que nada se apurara contra ele em comissão parlamentar de inquérito, que investigara tais episódios, e ainda que tinha deixado de ser diretor de empresas envolvidas desde antes da data em que se caracterizou o desvio do produto das cambiais resultantes da venda de cafés do IBC.

Proferi, então, longo voto, e vários dos ministros também justificaram os seus, todos favoráveis à concessão da ordem. Do meu — que muito se inspirou na petição inicial, pela colocação nova que dera ao caso o ilustre impetrante, Prof. Heleno Fragoso — constam estas passagens:[15]

"... como se viu da sustentação do ilustre advogado, o *habeas-corpus* se funda em deficiência da denúncia e abuso de poder (falta de justa causa).

Na primeira parte do meu voto, quero referir-me, particularmente, ao problema do abuso de poder. A Constituição dá o *habeas-corpus*, no art. 141, § 23, quando a violência ou coação atual ou iminente, caracteriza 'ilegalidade ou abuso de poder', empregando as mesmas palavras, no § 24, quanto ao mandado de segurança. Se as duas expressões fossem de todo co-extensivas, a Constituição não usaria ambas; empregaria uma ou outra. Já as Constituições de 1891 (art. 72, § 22) e 1934 (art. 113, § 23), utilizavam as duas noções: ilegalidade ou abuso de poder. E diversas leis ordinárias têm utilizado o mesmo conceito, ou equivalente: "abuso" e "desvio de poder" (Lei n.º 1.522-51, art. 28); "desvio de poder" e "desvio de finalidade" (Lei n.º 4.717-65); "abuso de cargo ou função" (Lei n.º 3.502-58); "abuso das autoridades" (Lei n.º 4.319/64, art. 4.º, n.º 13), etc., com repercussões de ordem penal".

Ponderei, a seguir, que as expressões, aparentemente restritivas, do Código de Processo Penal, promulgado sob a Constituição de 1937, teriam de ser interpretadas em conjugação com a Constituição de 1946, então vigente, e prossegui:

"Como o abuso de poder, pela Constituição, autoriza o *habeas-corpus*, e o Código regula o *habeas-corpus* no pressuposto da coação ilegal, daí resulta que os casos de abuso de poder ficam transformados, pelo Código, em casos também de ilegalidade *stricto sensu*. Não é, pois, a ilegalidade que define o abuso de poder, é o abuso de poder que se insere na categoria da ilegalidade."

Mais adiante, argumentei:

"A conceituação do abuso de poder, para concessão de *habeas-corpus*, como diz o ilustre impetrante, tem sido negligenciada em nossa doutrina e jurisprudência. Mas assim acontece, porque a noção de falta de justa causa tem sido interpretada com suficiente amplitude, para abranger, pelo menos, a maior parte dos casos ocorrentes de abuso de poder."

Referi-me, depois, a um comentário de Pontes de Miranda, que conceitua o abuso de poder, basicamente, como "exercício irregular do poder", e prossegui:

[15] *Revista Trimestral de Jurisprudência*, 35/517, 529 e segs.

"Ora, formular uma acusação, de que resulte um processo penal, sem que haja os pressupostos de direito, como também os pressupostos de fato, para a ação penal, é caso, sem dúvida, de uso irregular do poder de denúncia, embora nem sempre fácil de demonstrar, porque o poder de denúncia não existe para atormentar as pessoas, para criar dificuldade aos seus negócios, para cercear sua liberdade de locomoção; a denúncia é um instrumento confiado ao Ministério Público para fazer atuar a lei penal, para defender a sociedade contra os criminosos, para reprimir os crimes que tenham sido cometidos. Se o resultado da denúncia é a sujeição de pessoa inocente à ação penal, em princípio, está caracterizado o abuso. Toda a dificuldade do problema consiste, para fins práticos, em verificar até que ponto pode ir o Poder Judiciário, na verificação das provas, para discernir se o Ministério Público agiu no uso regular do seu poder de denunciar.

No direito administrativo, a conceituação das noções aparentadas do excesso de poder, do abuso de poder e do desvio de poder também oferece dificuldades, não pequenas; nem por isso os doutores e juízes deixam de aplicar estas noções, de que é exemplo a jurisprudência do Conselho de Estado da França e a abundante elaboração doutrinária que suas decisões têm suscitado dentro e fora daquele país."

Em seguida, citei Marcel Walline e Caio Tácito, a propósito do abuso de poder, especialmente do desvio de finalidade, e continuei:

"Estas noções, no que toca ao *habeas corpus,* não têm sido muito amplamente examinadas, como dizia, porque, na noção de falta de justa causa, a jurisprudência vem suprindo, progressivamente, essa deficiência da elaboração doutrinária. Umas vezes, na falta de justa causa, se insere a inépcia da denúncia ou a sua deficiência. Outras vezes, a falta de justa causa resulta de não ter sido descrito, na denúncia ou na sentença, um fato criminoso, ou de lhe faltar um elemento essencial à tipificação do crime. Também pode haver contradição entre as premissas e a conclusão, que é modalidade da inépcia; pode faltar a indicação dos atos que caracterizam a co-autoria, ou não haver nexo entre esses atos e o resultado criminoso ou a intenção criminosa. São hipóteses de falta de justa causa, que a jurisprudência vai determinando, paulatinamente. Ainda há outras, evidentemente, que repontam de decisões do próprio Supremo Tribunal: denúncia com ausência total de provas; acusação baseada exclusivamente em prova legalmente inadmissível; acusação contraditada por prova inconteste existente nos autos; acusação baseada tão-somente em indícios irrelevantes; falta de nexo entre a prova, especialmente quando indiciária, e o resultado criminoso, etc."

Citei, nessa altura, numerosos precedentes do Supremo Tribunal sobre falta de justa causa e assim arrematei a parte teórica do voto:

"Desses casos, que acabei de mencionar, que havemos de concluir em relação à norma tradicional de que no *habeas-corpus* não se examina prova? O que deles resulta, em última análise, é que o Supremo Tribunal está aplicando a noção do abuso de poder como fundamento para concessão de *habeas-corpus*. Em muitos casos, realmente, não é possível verificar se houve abuso de poder senão examinando a prova, em certa medida, que não é suscetível de ser estabelecida em termos absolutamente exatos, dependendo, em cada caso, da prudência e tirocínio dos julgadores.

Não há, pois, Sr. Presidente, um desvio do Supremo Tribunal na sua antiga orientação de não examinar prova em *habeas-corpus*. O Supremo Tribunal não examina prova no sentido de que não a submete a uma reapreciação subjetiva. É isso, somente isso, que estamos impedidos de fazer.

Mas como verificar se houve ou não abuso de poder, sem levar em conta, em certa medida, as provas em que se baseia a acusação ou a condenação? Ficaria letra morta a cláusula constitucional, que dá *habeas-corpus* em caso de abuso de poder, se o Supremo Tribunal se impusesse uma vedação absoluta nessa matéria. E o nosso dever é fazer cumprir a Constituição."

8. *Requisição judicial de processos administrativos*

Estas considerações sobre o exame de provas no *habeas-corpus* permitem-me fazer um apelo à justiça em geral e, mais particularmente à Justiça Federal, pela especialidade da sua competência: o apelo é para que façam, como permite o Código de Processo Civil (art. 399), uso mais amplo da requisição de processos administrativos, nos casos de alegação, ou suspeita, de ter havido desvio de finalidade, ou mesmo outra modalidade mais grosseira de abuso de poder.

Tendo em vista a presunção de veracidade da administração pública, nem sempre confirmada na prática, o exame direto dos processos administrativos — para que deles se transladem as peças indicativas dos reais motivos pelos quais se decidiu a autoridade — é providência do mais elevado alcance. Assim se poderão surpreender muitas daquelas situações em que, por erro ou má intenção, se dissimula o desvio de finalidade, mantendo-se a aparência de plena regularidade administrativa.

Assim fazendo, os ilustres juízes continuarão a prestar, com exação, em nível de mais aprofundada análise da prova, seus já inestimáveis serviços à Justiça.