O DESVIO DE PODER NO CONTROLE DOS ATOS ADMINISTRATIVOS, LEGISLATIVOS E JURISDICIONAIS

CAIO TÁCITO

1. Desvio de poder administrativo. 1.1. Conceito. 1.2. Direito francês. 1.3. Direito italiano. 1.4. Direito brasileiro. 2. Desvio de poder legislativo. 2.1. Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. 2.2. Direito italiano. 2.3. Doutrina brasileira e portuguesa. 3. Desvio de poder jurisdicional. 3.1. Direito italiano. 3.2 Jurisprudência brasileira. 3.3. Conclusões.

A teoria do desvio de poder como vício de legalidade por inobservância do fim expresso ou implícito na norma de direito foi elaborada e desenvolvida no plano da competência administrativa.

No presente estudo pretendemos demonstrar que, a par dessa reconhecida aplicação, é válido estendê-la aos atos legislativos e jurisdicionais.

1. *Desvio de poder administrativo*

A Administração Pública exerce a função que lhe é própria mediante atos administrativos com os quais a autoridade competente, fundada em norma de direito, cuida de alcançar os resultados adequados ao interesse coletivo.

Não trata a autoridade de interesse próprio ou individual. A ação que exerce tem como endereço uma finalidade pública, que não pode descumprir.

Enquanto no ato jurídico privado as razões que inspiram o autor, bem como o objetivo a ser alcançado, são, via de regra, indiferentes à validade do ato, o mesmo não ocorre com o ato jurídico público e, especialmente, com o ato administrativo.

Qualquer ato administrativo está vinculado a um fim público, ainda que a norma de competência a ela não se refira.

A manifestação de vontade do agente público terá, necessariamente, que se dirigir à observância da finalidade específica relacionada com a natureza da atividade exercida.

Se a autoridade se desvia da finalidade legal específica, o ato administrativo se torna viciado em elemento essencial à sua legalidade.

Caracteriza-se, na hipótese, o vício que se conceituou como desvio de finalidade ou desvio de poder.

A terminologia é expressiva e procura indicar, graficamente, o movimento ilícito da vontade que, descumprindo a ordem da lei, se dirige a um alvo diverso daquele que lhe é determinado.

A noção de *détournement de pouvoir* como vício de legalidade do ato administrativo foi construída na jurisprudência do Conselho de Estado da França a partir do famoso caso Lesbats, decidido em 25 de fevereiro de 1864 e confirmado em 7 de junho de 1865, no qual se firmou o entendimento de que o recurso por excesso de poder compreendia o caso em que a autoridade praticasse determinado ato no uso de seus poderes legais, porém visando a fim diverso daquele previsto, explícita ou implicitamente, na regra de competência. Cuidava-se de autorização da municipalidade para o estacionamento de veículos em praça fronteira à estação de estrada de ferro para atender ao transporte de passageiros Evidenciou-se, à luz da prova, que a negativa de autorização a determinado transportador (ato, em princípio, discricionário) obedecia, em realidade, ao propósito de garantir a exclusividade do serviço a outra empresa (ver, sobre o teor do aresto Lesbats — Henri Welter — *Le controle jurisdictionel de la moralité administrative*, 1929, p. 161-4).

A anulação de casos de monopólios velados, no tocante a estacionamento de veículos, renovou-se em outros arestos do Conselho de Estado (arrêt Bouchardon, 2.8.1870 e arrêt Ville de Cannes, c. Rabé, 8.6.1917, este último objeto de comentário de Maurice Hauriou, *in La jurisprudence administrative de 1892 à 1929*, tomo II, p. 343 .

O desvio de poder é, por definição, um limite à ação discricionária, um freio ao transbordamento da competência legal além de suas fronteiras, de modo a impedir que a prática do ato administrativo, calcada no poder de agir do agente, possa dirigir-se à consecução de um fim de interesse privado, ou mesmo de outro fim público estranho à previsão legal.

Como esse sentido, o conceito se transferiu ao direito italiano com a noção de *sviamento di potere*, adotado pelo Conselho de Estado na Itália, com fórmulas variadas, que apresentam como base o uso de uma faculdade discricionária para um fim diverso daquele para o qual foi concedida pela norma de direito

(Renato Alessi, *Sistema Istituzionale del Diritto Amministrativo Italiano*, Giuffé, 1953, p. 306 e segs.).

Com semelhante abrangência o vício de legalidade em causa encontra paradigma no direito de outros países, inclusive no peculiar sistema anglo-saxão em que o *abuse of discretion* se fundamenta na regra de subordinação da competência ao fim legal (*subordination to scope*).

A par de levantamento amplo da recepção do conceito no direito comparado tivemos oportunidade de documentar, há 40 anos, a acolhida do desvio de poder na doutrina e na jurisprudência brasileiras em tese de habilitação à livre docência na Faculdade de Direito da Universidade do Rio de Janeiro, em 1951 (Desvio do poder em matéria administrativa, incorporada ao livro *Direito Administrativo*, ed. Saraiva, 1975, p. 46-133).

Na oportunidade, destacamos que o acódão pioneiro de 28 de julho de 1948, do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte, relatado pelo então Desembargador Seabra Fagundes, acolhendo a noção do desvio de finalidade (*Revista de Direito Administrativo*, 14, p. 52) guardava analogia com o precedente francês do referido caso Lesbats.

Tratava-se de mandado de segurança versando o exercício do poder de polícia do trânsito por parte de autoridade estadual competente, fixando horário para o tráfego intermunicipal de determinada empresa de ônibus que importava em prejudicá-la em benefício de empresa concorrente. Acolhendo o voto do relator, o tribunal decidiu pela nulidade do ato que não atendia ao fim legal de bom funcionamento do serviço de transporte, mas objetivava outro fim estranho de favorecimento de terceiro.

A teoria do desvio de poder adquiriu renovada consagração na jurisprudência e na doutrina nacionais e alcançou definitiva afirmação na lei sobre ação popular (Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965), cujo art. 2º inscreve o desvio de finalidade entre os casos de nulidade, definindo que sua ocorrência "se verifica quando o agente pratica o ato visando a fim diverso daquele previsto, explícita ou implicitamente na regra de competência" (alínea *e* do citado art. 2º).

Pacificamente se firmou, assim, entre nós, a acolhida do desvio de poder como forma típica de nulidade de atos administrativos.

Depõe Hely Lopes Meirelles no sentido de que "não se compreende ato administrativo sem fim público (...). A finalidade do ato administrativo é aquela que a lei indica explícita ou implicitamente. Não cabe ao administrador escolher outra, ou substituir a indicada norma administrativa, ainda que ambas colimem fins públicos. Nesse particular, nada resta para escolha do administrador, que fica vinculado integralmente à vontade legislativa" (Meirelles, Hely Lopes, *Direito administrativo brasileiro*, 14. ed. 1989, p. 128-9).

2. *Desvio de poder legislativo*

No exercício de suas atribuições e nas matérias a eles afetas, os órgãos legislativos, em princípio, gozam de discricionariedade peculiar à função política que desempenham.

Temos, contudo, sustentado a necessidade de temperamento da latitude discricionária de ato do poder legislativo, ainda que fundado em competência constitucional e formalmente válido.

O princípio geral de direito de que toda e qualquer competência discricionária tem como limite a observância da finalidade que lhe é própria, embora historicamente vinculado à atividade administrativa, também se compadece, a nosso ver, com a legitimidade da ação do legislador.

Tivemos oportunidade de sustentar, perante o Supremo Tribunal Federal, em duas oportunidades, a nulidade de leis estaduais em que, no término de governos vencidos nas urnas, eram criados cargos públicos em número excessivo, não reclamados pela necessidade pública, e comprometendo gravemente as finanças do Estado, tão-somente para o aproveitamento de correligionários ou de seus familiares.

Para o desfazimento dessas leis que caracterizavam os chamados testamentos políticos, o Supremo Tribunal Federal consagrou a tese da validade de novas leis que, anulando leis inconstitucionais, reconheciam o abuso pelos poderes legislativos estaduais da competência, em princípio discricionária, da criação de cargos públicos.

O primeiro acórdão, proferido no mandado de segurança nº 7.243, em sessão de 20 de janeiro de 1969, manteve a anulação de leis do Estado do Ceará, com as quais, no apagar das luzes de uma situação política derrotada, em apenas 56 dias, mediante 25 atos legislativos foram instituídos, sob forma de criação ou transformação, 3.784 novos cargos públicos, o que equivalia a um terço do total do funcionalismo estadual então existente, estimado em 12.000 servidores, elevando o custo mensal do pessoal, a 94,24% das rendas do Estado.

Por essa forma, violava-se norma expressa de constituição estadual, que fixava o teto de 50% para a vinculação de receita ao custeio do funcionalismo público e se objetivava impedir o funcionamento regular do Poder Executivo, no período do novo mandato que se ia inaugurar.

Em comentário a essa decisão, que firmou precedente memorável, destacávamos a importância da tese por ela abonada:

"A competência legislativa para criar cargos públicos visa ao interesse coletivo de eficiência e continuidade da administração. Sendo, em sua essência, uma faculdade discricionária, está, no entanto, vinculada à finalidade, que lhe

é própria, não podendo ser exercida contra a conveniência geral da coletividade, com o propósito manifesto de favorecer determinado grupo político, ou tornar ingovernável o Estado, cuja administração passa, pelo voto popular, às mãos adversárias.

Tal abandono ostensivo do fim a que se destina a atribuição constitucional configura autêntico desvio de poder (*détournement de pouvoir*), colocando-se a competência legislativa a serviço de interesses partidários, em detrimento do legítimo interesse público". (*Rev. Direito Administrativo,* vol. 59, p. 347-8).

A mesma situação se renovou, no Estado do Rio Grande do Norte, perante outro testamento político de um governo vencido no pleito eleitoral sucessório, em que se comprometia desmedidamente o erário, elevando a mais de 80% a despesa com o funcionalismo público.

Em decisão proferida na Representação nº 512, julgada, por unanimidade, pelo Tribunal Pleno, em sessão de 7 de dezembro de 1962, o Supremo Tribunal Federal reputou legítima a anulação pela Assembléia Legislativa, de leis inconstitucionais que compunham o testamento político em causa.

Em memorial oferecido como advogado do novo governo estadual ponderávamos que "o desvio de poder legislativo, caracterizado no inventário político ofende o princípio da independência e harmonia dos poderes, além de violar a Constituição estadual".

Em acórdãos posteriores nos recursos extraordinários nº 48.655 e nº 50.219 (*Revista de Direito Administrativo,* vol. 78, p. 269 e 281) aplicando a orientação firmada, a Corte Suprema reafirmou a tese da anulação, pelo Poder Legislativo, de seus próprios atos inconstitucionais.

A acolhida do cabimento do desvio de finalidade, como vício de inconstitucionalidade, fora anteriormente abonada em outro julgado do Supremo Tribunal Federal em voto do Ministro Orosimbo Nonato, relator do recurso extraordinário nº 18.331 que, nos termos da respectiva ementa, após recordar o conhecido axioma de que o poder de taxar não se pode extremar como poder de destruir, destaca:

"E um poder cujo exercício não deve ir até o abuso, o excesso, o desvio, sendo aplicável, ainda aqui, a doutrina fecunda do *détournement de pouvoir*" (*Revista Forense,* p. 145-6)".

O excesso do poder de taxar foi igualmente repelido com respeito à lei do Estado do Rio de Janeiro que exigia taxa judiciária em termos excessivos, sem correspondência com o serviço prestado (Representação nº 1.077, *RTJ* 111/55).

Comentando o sentido inovador da jurisprudência do Pretório Excelso, registra Seabra Fagundes, entre as fecundas criações pretorianas, "a extensão da teoria do desvio de poder originária e essencialmente dirigida aos procedimentos

dos órgãos executivos, aos atos do poder legisferante, de maior importância num sistema de Constituição rígida, em que se comete ao Congresso a complementação do pensamento constitucional nos mais variados setores da vida social, econômica e financeira" (*Revista Forense,* p. 151-549).

Em decisão de 31 de agosto de 1967, no recurso em mandado de segurança nº 16.912, o tema do desvio de poder como vício especial de ato legislativo foi expressamente invocado.

Apreciando lei de organização judiciária na qual se inserira emenda em benefício de determinado serventuário, advertiu o Ministro Prado Kelly: "tratava-se de reforma judiciária e a emenda representou um desvio de poder da própria legislatura".

São do mesmo ministro as seguintes expressões:

"Tenho por demonstrado que a emenda não obedeceu ao presumido escopo de interesse público e sim a uma inspiração que nem por ser equânime ou reparadora (como pareceu ao interveniente) deixa de ser particularista ou de favorecimento pessoal".

Nessa decisão plenária, o Ministro Victor Nunes Leal, após aderir à posição "de que podemos exercer controle sobre os desvios de poder da própria legislatura", convocado por interpelação do Ministro Aliomar Baleeiro a declrar "se admitia um desvio de poder do Poder Legislativo fora do caso de inconstitucionalidade", não vacilou em afirmar categoricamente "admito" (acórdão no RMS 16.912, *RTJ,* 45/530-545, especialmente p. 536-7).

Em questão relativa a permissão para explorar linhas de ônibus, o Supremo Tribunal Federal apreciou a incidência de desvio de poder legislativo, admitindo, em tese, a aplicação do princípio (*RTJ* 47/650 e 48/165).

Em três situações, o Supremo Tribunal Federal repeliu, por inconstitucionalidade, a aplicação de sanções administrativas com a finalidade real de constranger o contribuinte à regularidade fiscal.

Decidiu a Corte Suprema que "é inadmissível, a interdição de estabelecimento ou a apreensão de mercadorias como meio coercitivo para cobrança de tributo" (Súmulas n.os 70 e 323).

E, dilatando o princípio à inconstitucionalidade dos Decretos-leis n.os 5 e 42, de 1937 — que restringiam indiretamente a atividade comercial de empresas em débito, impedindo-as de comprar selos ou despachar mercadoria — implicitamente configurou o abuso de poder legislativo (Súmula nº 547 e acórdão no recurso extraordinário nº 63.026, *RDA* 10/209).

O excesso legislativo foi invocado em acórdão do Supremo Tribunal Federal no recurso extraordinário nº 62.731, do qual foi relator o Ministro Aliomar Baleeiro. Afirmou-se a inconstitucionalidade de decreto-lei que vedava a purgação de mora em locações. Destacou a ementa da decisão a impertinência do

fundamento por se tratar de "assunto miúdo de direito privado" que não se incluía no conceito de segurança nacional, necessário àquela forma de processo legislativo (*Revista de Direito Administrativo,* vol. 94, p. 169).

O poder de polícia das profissões somente pode ser exercido com observância do princípio da razoabilidade, afirmou o acórdão na representação nº 930 (*apud* Gilmar Ferreira Mendes, ob. cit., 451).

E porque o impedimento do exercício profissional da advocacia a juízes aposentados até dois anos após a inatividade ofendia ao princípio da razoabilidade foi declarada a inconstitucionalidade da lei que estabelecia tal interdição temporária, por violação àquele princípio (Representação nº 1.054, *RTJ* 112/007).

Em parecer no qual analisamos a inconstitucionalidade de deliberação do Banco Central do Brasil determinante da indisponibilidade de contas bancárias do estado-membro a suas empresas, enfatizávamos que "importa desvio do Poder Legislativo decreto-lei que se utilize do bloqueio de contas bancárias como meio de cobrança regressiva de aval a empréstimos externos" (*RDA* 172/239).

Em outro parecer relativo à validade da lei municipal que subordinava a permissão de funcionamento de estabelecimentos comerciais aos sábados e domingos à prévia aprovação pelos órgãos sindicais, entendíamos ocorrer violação da competência legal, a ser exercida pelo município, como emanação do poder de polícia.

Ressaltamos que, obrigando à intervenção dos sindicatos para a obtenção de licença especial de funcionamento, o legislador teve em mira o fortalecimento do sistema sindical, invadindo órbita de competência privativa da União.

Concluímos, assim, que "à toda evidência, a lei municipal, visando beneficiar o movimento sindical, está maculada pelo vício de abuso do poder normativo, caracterizado como desvio de finalidade" (*Revista de Direito Administrativo,* 164/460).

O tema do desvio de poder legislativo foi amplamente estudado, no direito italiano, por Livio Paladin, em ensaio sob o título "Osservazioni sulla discrezionalità e sull'eccesso di potere del legislatore ordinario" (*Rivista Trimestrale di Diritto Publico,* ano VI, nº 4 outubro-dezembro 1956, p. 993-1.046).

Pondera o autor que "l'illegitimità di ogni fine, diverso da quello costituzionalmente previsto, consente logicamente di configurare, sul piano legislativo, qual vizio della causa degli atti amministrativi, che è l'eccesso di potere" (a ilegitimidade de todo fim, diverso daquele constitucionalmente previsto, conduz logicamente a configurar-se, no plano legislativo, aquele vício de causa dos atos administrativos, que é o excesso de poder — rev. cit., p. 1.031).

A figura do desvio de poder legislativo foi, pioneiramente, sustentada por Santi Romano, que, reconhecendo o poder discricionário do legislador, destaca, porém, o limite que se impõe em face da finalidade da competência legislativa: "ma la figura dele potere discrezionale richiede per l'appunto che di esse si faccia uso conforme alle finalità da cui il potere medesimo deriva; si ha altrimenti uno sviamento di potere, che constituisse una viclazione di diritto, nel senso più proprio della parola. Son concetti questi di commune applicazione riguardo alle competenza degli organi amministrativi e non si saprebbe indicare il perchè non possono riferirsi, nella loro generalità, al Parlamento. In certi campi della sua funzione legislativa, questo non ha poteri sconfinati, ma poteri discricionali, il che vuol dire limitate, e non altro, dall'obbigo di farne uso per dati motivi (mas a figura do poder discricionário reclama precisamente que dele se faça uso conforme à finalidade, da qual o próprio poder deriva: há de outra forma um desvio de poder, que constitui uma violação de direito, no sentido próprio da palavra. São conceitos estes de aplicação comum no que se refere à competência dos órgãos administrativos, e não se saberá indicar por que não parecem se referir, em sua generalidade, ao Parlamento. Em certos campos de sua competência legislativa, este não possui poderes sem fronteiras, mas poderes discricionários, importa dizer, limitados pelo menos da obrigação de fazer uso por motivos determinados) Santi Romano — Osservazioni preliminari per una teoria sui limite della funzione legislativa nel diritto italiano, publicado no Arquivo dell'Diritto Publico — 1902 e incluído na coletânea Scriti minori — volume primeiro — Diritto Costitucionale, 1950, p. 199).

Não é outro o pensamento de Mortati quando adverte que "a lei poderá estar viciada de inconstitucionalidade não somente quando o interesse perseguido contesta com aquele imposto pela Constituição, mas também nos casos em que o próprio teor da lei está em absoluta incongruência com a norma editada e o fim do interesse público a ser perseguido e o próprio legislador afirma pretender perseguir. Verifica-se, nessa última hipótese, uma modalidade de vício de legitimidade assinalável ao excesso de poder administrativo" (la legge può risultare viziata per incostituzionalità non solo quando l'interesse perseguido contrasta con quello imposto dalla costituzione, ma anche nei casi in cui dallo stesso tenore della legge risulti un'assoluta incongruenza fra la norma dettata ed il fine di pubblico interesse che si doveva perseguire e che lo stesso legislatore assume di volere perseguire. Si verificherebbe in quest'ultima ipotesi un'ipotesi di vizio della legittimità assimilabile a quello dell'eccesso di potere amministrativo) — Costantino Mortati, verbete Discricionalità — Novissimo Digesto Italiano, vol. V., p. 1.109.

Entendemos, em suma, que a validade da norma de lei, ato emanado do Legislativo, igualmente se vincula à observância da finalidade contida na norma constitucional que fundamenta o poder de legislar.

O abuso do poder legislativo, quando excepcionalmente caracterizado, pelo exame dos motivos, é vício especial de inconstitucionalidade da lei pelo divórcio entre o endereço real da norma atributiva da competência e o uso ilícito que a coloca a serviço de interesse incompatível com a sua legítima destinação.

Gilmar Ferreira Mendes dedicou capítulo especial de sua monografia sobre controle de constitucionalidade à avaliação do excesso de poder legislativo como vício substancial de inconstitucionalidade. Com apoio na doutrina alemã e na lição de Canotilho evidencia a prevalência da vinculação do ato legislativo a uma finalidade e à aplicação do princípio da proporcionalidade como elemento da legitimidade constitucional das leis. Oferece, como exemplos, precedentes colhidos na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (Gilmar Ferreira Mendes. *Controle de constitucionalidade*, Saraiva, 1990, p. 38 a 54).

Canotilho adverte que a lei é vinculada ao fim constitucionalmente fixado e ao princípio de razoabilidade a fundamentar "a transferência para os domínios da atividade legislativa da figura do desvio de poder os atos administrativos" (Canotilho, Direito Constitucional, 4.ª ed., 1986, p. 739).

E, mais amplamente, o mesmo autor estuda o desvio de poder legislativo diante do princípio de que "as leis estão todas positivamente vinculadas quanto a fim pela Constituição" (*Constituição dirigente e vinculação do legislador*, Coimbra, 1982, p. 259).

3. *Desvio de poder jurisdicional*

A acolhida do desvio de poder como vício de ato jurisdicional não tem sido manifesta.

Resta aponta, na Itália, os estudos sobre o excesso de poder jurisdicional que, no entanto, tendiam a ser confundir com a regra da incompetência. Na palavra de Orlando, o desvio de poder (*sviamento*) seria peculiar ao ato administrativo, reservando-se ao ato jurisdicional a figura do transbordamento (*straripamento*) como modalidade de violação de lei (Raffaelle Resta, La natura giuridica del'eccesso di potere come vizio degli atti amministrativi — *in Studi in onore di Federico Cammeo*, vol. II, p. 388, nota 2 e p. 392).

Quando o juiz transcende à jurisdição, a doutrina italiana acolhe a noção francesa do *excès de pouvoir*, como modalidade de usurpação de poder, sob o rótulo de *sconfinamento*, ou seja, de ultrapassagem dos limites da lei (Renato Alessi, ob. cit., p. 305).

O excesso de poder judiciário pressupõe, em suma, a atualidade do poder do qual abusa o titular indo além de seu real escopo.

Carnellutti destaca que "o excesso é qualidade ou atitude de poder *que existe*; a incompetência é expressão do poder *que não existe*". Daí porque *"non potere* e *potere eccessivo* sono bianco e nero".

No mais completo estudo dedicado ao tema do excesso de poder judiciário (Eccesso di potere, *in Rivista di Diritto Processuale Civile*, vol. I, Parte I, 1920, p. 33/segs.), o excelso mestre da Universidade de Pádua identifica no abandono do fim próprio da jurisdição o elemento característico daquela espécie de vício de legalidade da conduta do juiz.

Porque o abuso de poder não é manifesto, o excesso de poder se apresenta — ainda aqui a lição de Carnellutti — como "um vício oculto do ato, não um vício aparente; é como uma doença da qual o diagnóstico não se faz diretamente, mas tão-somente pelos sintomas" (ob. cit., p. 48).

Significativamente, como ilustração da assertiva, o autor traz à colação a definição de Hauriou, pertinente ao *détournement de pouvoir*, no qual ocorre "o ato de um agente da Administração que, permanecendo fiel à letra sai do espírito de sua função" (ob. cit., p. 48, nota 1).

Fundado na aproximação entre tais conceitos, Carnellutti propõe a revisão da *communis opinio* sobre a heterogeneidade da noção do excesso em relação à sentença e o ato administrativo.

Invoca a profunda distinção entre a incompetência e o excesso de poder. E como este último se caracteriza pelo "uso do poder judiciário para um fim não judiciário", conclui, enfaticamente no sentido de que "se possa utilmente recorrer-se à doutrina administrativa e trazer da fecunda aplicação do conceito do *sviamento* estímulo e modo de aclarar a substancial unidade do fenômeno" (ob. cit., p. 54).

Os poderes do juiz, embora traçados na lei, certamente contêm uma dose de discricionariedade que lhe atribui, especialmente nas inovações da ordem pública perante as transformações sociais, um conteúdo criador do direito.

Impõe-se reconhecer, conforme a lição de Cappelletti que "na interpretação judiciária do direito legislativo está ínsito um certo grau de criatividade". É inerente ao processo interpretativo uma certa margem de discricionariedade, que mais se exacerba quando a lei autoriza o juiz a decidir por eqüidade (Mauro Cappelletti, Giudici legislatori? Giuffré, 1984, p. 10 a 14).

A tônica da criação judiciária como técnica de fecundação da lei inspirou, em certa fase da história da Corte Suprema norte-americana, a concepção do chamado *governo dos juízes*, na ênfase da semente política que influencia o controle de constitucionalidade.

A liberdade facultada ao juiz na construção do direito e na ponderação dos interesses em jogo não se pode afastar, porém, do *princípio da proporcionalidade*, como lembra Egas Moniz de Aragão, sob o pálio da doutrina alemã (Medidas cautelares inonimadas, *Revista Universitária de Derecho Procesal*, Madrid, 1990, p. 505).

A esse propósito, o ilustre mestre da Universidade do Paraná invoca expressiva decisão do Tribunal de Alçada do Estado no mandado de segurança n.º 91/87.

Tratava-se de litígio em que se pretendia a revisão dos encargos financeiros em contrato garantido com títulos de crédito.

Obteve o devedor medida cautelar suspensiva do protesto e da execução dos títulos de responsabilidade dos sócios e das empresas do grupo econômico até que fosse solvida a revisão contratual do valor da dívida.

A decisão concessiva da segurança invoca a lição de Larenz no sentido da necessidade de "determinar onde se situa o limite da satisfação lícita de um interesse à custa de outro interesse também digno de tutela".

Entendeu-se que a suspensão ou inibição do direito do credor era, no caso, medida excessiva, podendo a tutela dos interesses dos devedores ser alcançada paralelamente mediante a revisão judicial do contrato.

Pondera o voto vencedor que "não se explica bem porque o interesse legítimo do credor há de ceder perante interesse do devedor que, nas circunstâncias do caso, não se releva de valor superior".

Daí a conclusão do acórdão, dando provimento ao apelo, sob o fundamento de que "a medida geral de inibição ou de suspensão do direito do credor se revela assim desproporcionada" (*Paraná Judiciário*, PJ 25, p. 175-6).

A opção, em princípio válida por medida judicial mais severa, se torna ilícita na medida em que excede à finalidade da competência do juiz.

É o modelo do desvio de poder jurisdicional, ainda que sem o batismo terminológico.

Egas Moniz de Aragão (ob. cit., p. 506 e 520) lembra, a propósito da hipótese, a analogia com o preceito do art. 620 do CPC, segundo a qual "quando por vários meios o credor puder promover a execução, o juiz mandará que se faça pelo modo menos gravoso para o devedor".

A questão da razoabilidade nos atos jurisdicionais foi, igualmente, aflorada em decisão do Supremo Tribunal Federal na ação direta de inconstitucionalidade n.º 223, conforme o voto do relator designado para o acórdão, Ministro Sepúlveda Pertence.

Questionava-se o cabimento da Medida Provisória n.º 173, que vedava a concessão de medidas liminares em mandado de segurança e procedimentos cautelares.

O relator, Ministro Paulo Brossard, acompanhado pelo Ministro Celso de Mello, concedia a liminar suspensiva, porém a maioria da Corte acompanhou o voto denegatório do relator designado.

Acentuando a específica natureza das medidas liminares — que não antecipam juízo de mérito, mas tão-somente visam a garantir a eficácia futura da prestação judicial — destaca o voto vencedor a tendência reinante "ao abuso das virtualidades da tutela cautelar inicial... que traz consigo o risco do constrangimento precipitado, porque derivando essencialmente de uma cognição incompleta, a eventuais direitos da parte contrária àquela a quem se defere a medida cautelar".

Lembra que a outorga do provimento cautelar nem sempre se mantém no caráter meramente conservativo, freqüentemente "altera a situação de fato e, não raras vezes, consiste na antecipação do provimento definitivo".

À luz da reserva indispensável, para que não se torne excessiva a medida cautelar além do requisito essencial da real existência de *periculum in mora*, optou pelo indeferimento da liminar.

Nesse passo mereceu a adesão dos demais Ministros, desde o apoio do Ministro Sydney Sanches, convencido da adequação, na matéria, de "certa dose de razoabilidade" como à observação do Ministro Octávio Gallotti de que a concessão generosa de medidas liminares poderá conduzir a "uma inversão do risco" para inviabilidade de sentença denegatória do mandado e segurança.

Certamente, com o deferimento imoderado de medidas liminares ou cautelares, além de sua definida finalidade, estará o juiz excedendo ao escopo próprio da jurisdição, importa dizer, incidirá em vício que se identifica, substancialmente com a natureza do desvio do poder. A competência jurisdicional estará em tese, presente, mas seu emprego abusivo atingirá alvo diverso que não se coaduna com o conteúdo do poder exercido.

Na literatura nacional somente encontramos um exemplo expresso da ocorrência possível de desvio de poder no exercício da função jurisdicional.

Celso Antonio Bandeira de Mello descreve situação concreta em que, a seu juízo, poder-se-á evidenciar aquele específico vício de legalidade:

"Se em Câmara de um Tribunal determinado juiz mudar seu voto, passando a acompanhar os dois outros, e o fizer deixando explícito que tal mudança é procedida com o fito se, gerando unanimidade, impedir a interposição de embargos de divergência, terá se patenteado desvio de poder, corrigível jurisdicionalmente" (O desvio de poder, *in Revista de Direito Administrativo*, vol. 172, p. 17-8; Ver *Discricionariedade e controle jurisdicional*, Malheiros Editores, 1992, p. 77).

Concluindo, temos que o *détournemente de pouvoir* assim como se universalizou no direito administrativo comparado, com a exportação do modelo francês ao direito dos demais países, também merece ser estendido ao controle de atos típicos do legislativo ou judiciário, a título de modalidade de excesso de poder pela violação da finalidade prevista ou implícita da norma de direito.

A matéria de fato, em tais casos, será de aferição mais difícil. A questão de direito está, porém, presente pelo princípio da necessária razoabilidade no exercício da competência constitucional ou legal, por mais discricionária que se possa entender sua latitude. A finalidade é elemento permanente e de vinculação da conduta do agente administrativo, como do legislador ou do juiz.