O DESVIO DE PODER

Celso Antônio Bandeira de Mello*

1. Introdução. 2. O desvio de poder. 3. Desvio de poder alheio a qualquer finalidade pública e sua prova. 4. Desvio de poder praticado por agente que atua com vistas a uma finalidade legal. 5. Desvio de poder e vício de natureza objetiva. 6. Desvio de poder em atos legislativos e jurisdicionais. 7. Desvio de poder e "mérito" do ato.

1. *Introdução*

1. No Estado de Direito quer-se o governo das leis e não o governo dos homens, consoante a clássica assertiva proveniente do direito inglês.

Todo o direito público da quadra histórica que sucedeu ao absolutismo e se afirmou nos tempos modernos proclama o princípio do primado das leis sobre a vontade dos governantes. Ao Poder Legislativo incumbe traçar as finalidades que a administração deve perseguir, estabelecendo os meios e modos pelos quais serão perseguidas. É, pois, na lei e nos objetivos que ela encampa que se encontra o rumo válido, único admissível para o administrador.

A regra geral e abstrata expedida pelo corpo representativo dos cidadãos – titulares últimos do poder – é que define os interesses a serem providos e caracteriza (ao menos implicitamente) as situações perante as quais cabe produzir os comportamentos reputados úteis para a sociedade, de tal sorte que, por este meio, enclausura-se a atuação do Executivo – sucessor do rei.

São, pois, as normas de direito instauradas pelo Poder Legislativo, à vista de certos objetivos havidos como prezáveis, que comandam todo o desdobrar da atuação administrativa. Não se considera que o administrador possa obrar a seu ta-

* Professor titular na Faculdade de Direito da Universidade Católica de São Paulo.

lante, perseguindo os escopos que mais lhe aprazam, como sucedia em período histórico pretérito. Seus agentes, seja de que escalão forem, hão de ser dóceis instrumentos de cumprimento da lei e dos fins nela estampados.

2. Assim, a relação que se instaura entre a lei e a atividade administrativa é uma relação de dependência e subordinação, firmando vínculos muito mais estritos do que os que perpassam entre a lei e os particulares. Enquanto estes podem fazer tudo que não lhes seja proibido ("Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer senão em virtude de lei" – art. 153, § 2º da Carta Constitucional), a administração só pode fazer o que lhe seja de antemão permitido. Mais que o simples princípio da não-contradição vigora, ainda, o princípio da conformidade. E é óbvio que tal conformidade é uma conformidade essencial, pois de nada valeria atendê-la na forma, na aparência, e agravar-lhe o conteúdo, a intenção, a finalidade.

Referindo-se à subordinação da atividade administrativa à lei, assim se expressou Renato Alessi:

"(...) tal subordinação que concretiza o princípio da necessária legalidade da atividade administrativa é entendida antes de mais nada em *sentido negativo*: vale dizer no sentido de que a atividade administrativa encontra um limite formal insuperável na lei, a qual pode estabelecer proibições a determinadas atividades, tanto no que concerne às finalidades a cumprir quanto no que respeita aos meios e às formas a serem seguidas para tal escopo; mas é entendida, além disso e sobretudo, em *sentido positivo*: e isto não apenas no sentido de que a lei pode vincular positivamente a atividade administrativa a determinados meios ou formas, mas, ademais, no sentido que, como melhor se verá na ocasião oportuna, a administração, particularmente no que concerne à atividade de caráter jurídico, pode fazer tão-somente *o que a lei consente*."[1]

A mesma idéia é expressada concisamente por Michel Stassinopoulos *(sic)*:

"Em um Estado de Direito, a administração não se encontra apenas na impossibilidade de agir *contra legem* ou *praeter legem*, mas está obrigada a agir sempre *secundum legem*."[2]

3. Resulta claro, então, que desempenhar uma função administrativa é exercer atividade serviente e instrumental; atividade que serve à lei e que é instrumento de sua realização. Por isso, o insigne mestre lusitano de Coimbra, Afonso Rodrigues Queiró, averbou:

[1] Alessi, Renato. *Sistema istituzionale del diritto amministrativo italiano*. 3. ed. Giuffrè, 1960. p. 9.

[2] Stassinopoulos, Michel. *Traité des actes administratifs*. Sirey, 1954. p. 69.

"A administração é a *longa manus* do legislador – é, em suma, a lei em ato."[3]

E disse mais:

"A atividade da administração é uma atividade de subsumpção de fatos da vida real às categorias legais."[4]

Com efeito, todos os agentes do Executivo, desde o que lhe ocupa a cúspide até o mais modesto dos servidores que detenha algum poder decisório, hão de ter perante a lei – para cumprirem corretamente seus misteres – a mesma humildade e a mesma obsequiosa reverência para com os desígnios normativos. É que todos exercem função administrativa, a dizer, função subalterna à lei, ancilar – que vem de *ancilla*, serva. Daí que mais não podem senão cumprir, à fieldade, os escopos legais, tal como previstos pelo poder sobranceiro, comandante, que é o Legislativo.

Do resto, Cirne Lima, o iluminado administrativista gaúcho, já acentuava em que reside a essência de qualquer atividade administrativa. Ele, como ninguém, soube captar e exprimir, em frases sintéticas e lapidares, o ponto nodular da questão. Disse:

"O fim – e não a vontade – domina todas as formas de administração. Supõe, destarte, a atividade administrativa a preexistência de uma regra jurídica, reconhecendo-lhe uma finalidade própria. Jaz, conseqüentemente, a administração pública debaixo da legislação que deve enunciar e determinar a regra de direito".[5]

São do mestre citado as seguintes insuperáveis lições:

"Administração, segundo o nosso modo de ver, é a atividade do que não é proprietário – do que não tem a disposição da coisa ou do negócio administrado."[6]

"Opõe-se a noção de administração à de propriedade nisto que, sob administração, o bem se não entende vinculado à vontade ou personalidade do administrador, porém, à finalidade impessoal a que essa vontade deve servir."[7]

[3] Queiró, Afonso Rodrigues. *Estudos de direito administrativo*. Coimbra, Atlântida, 1968. p. 9.

[4] Queiró, Afonso Rodrigues. *Reflexões sobre a teoria do desvio de poder em direito administrativo*. Coimbra, 1940. p. 19.

[5] Cirne Lima, Rui. *Princípios de direito administrativo*. 5. ed. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1962. p. 22.

[6] Id. ibid. p. 22.

[7] Id. ibid. p. 20.

"Traço característico da atividade assim designada é estar vinculada – não a uma vontade livremente determinada – porém a um fim alheio à pessoa e aos interesses particulares do agente ou do órgão que a exercita."[8]

4. Quem administra exerce *função*. Que é função? Em direito, tem-se função quando o exercício de um poder corresponde ao desempenho de um dever: o de implementar no interesse de outrem uma finalidade preestabelecida pela regra de direito. Isto é, cabe falar em função – no seu mais profundo sentido técnico-jurídico – quando existe para alguém o assujeitamento a um escopo cujo cumprimento apresenta-se para o sujeito como um dever jurídico instituído em benefício de um terceiro.

De regra, o plano funcional propõe-se de modo mais evidente no campo do direito público – que é o seu reino por excelência – mas também ocorre na província do direito privado. Com efeito, no direito público, a idéia de finalidade obrigatória rege com senhoria absoluta; de revés, no direito privado, privilegia-se a autonomia da vontade e, por isso, a presença de função só é reconhecível em alguns institutos, precisamente quando tal autonomia cede passo ao predomínio do dever instaurado a cargo de alguém e em proveito de outrem: o tutor em relação ao tutelado, o curador em relação ao curatelado exercem função; cumprem um dever, no interesse de outrem, mediante exercício de poderes armados ao propósito de satisfazer as finalidades que presidem tais institutos.

Função, em síntese, é o exercício no interesse alheio de um poder exercido em conta de dever legal. Por isso, como disse Alessi:

"O *poder* estatal enquanto preordenado às *finalidades* de interesse coletivo e enquanto objeto de um dever jurídico em relação ao cumprimento delas, constitui uma *função* estatal."[9]

5. Ora, quem administra interesses públicos gere negócio alheio. Cura interesses dos cidadãos, tomados em seu todo, a dizer, como coletividade. E o faz, não como *dominus*, como senhor, a seu alvedrio, porém na qualidade de agente assujeitado ao dever de desempenhar cometimentos, entregues a seu cargo, para cumprir a lei e alcançar os fins por ela alvejados. As competências que dispõe são concebidas para ensejar a busca das finalidades legais. Em uma palavra: os poderes que quadram ao administrador da coisa pública só existem instrumentalmente, ou seja, como insuprimíveis meios sem os quais não teria como desincumbir-se do dever de perseguir os objetivos estampados na lei.

Segue-se que, para a administração pública, a idéia de finalidade e de dever de atuação no interesse de outrem é que é vincadamente predominante, ficando – por

[8] Id. ibid. p. 21.

[9] Id. ibid. p. 9.

antinomia – a idéia de vontade e a de poder, em plano subalterno, meramente ancilar. O direito administrativo, por isso, não se aglutina – como ingenuamente possam pensar administradores desmandados – em torno da noção de poder, mas congrega-se ao derredor da idéia de dever e – repita-se – de obsequiosa obediência às finalidades estipuladas no imperativo legal.

6. No passado, sublinhavam-se muito os "poderes" da administração. Ao depois, como hoje já se faz com alguma habitualidade, passou-se a mencionar os "poderes-deveres" da administração. Ainda, assim, o binômio está mal-expressado. O que se deve encarecer é que a administração – e, pois, o administrador – enfeixam "deveres-poderes" porquanto os poderes têm destino apenas serviente.

Daí calharem à fiveleta os seguintes escólios respigados no eminente Rui Cirne Lima:

"À relação jurídica que se estrutura ao influxo de uma finalidade cogente, chama-se relação de administração. Chama-se-lhe relação de administração, segundo o mesmo critério pelo qual os atos de administração opõem-se aos atos de propriedade. Na administração o dever e a finalidade são predominantes, no domínio, a vontade."[10]

É lógico, portanto, que o Poder Executivo, órgão administrador, fique por inteiro submisso às finalidades da lei que executa e que, na relação de administração, se defenda tal finalidade também contra o próprio administrador. Assim o disse o nunca assaz citado mestre:

"Preside, destarte, ao desenvolvimento da atividade administrativa do Poder Executivo – não o arbítrio que se funda na força – mas, a necessidade que decorre da racional persecução do fim."[11]

"A relação de administração somente se nos depara, no plano das relações jurídicas, quando a finalidade, que a atividade de administração se propõe, nos aparece defendida e protegida, pela ordem jurídica, contra o próprio agente e contra terceiros."[12]

7. Ora, bem, como já escrevemos algures, a lei tanto pode ser ofendida à força aberta como à capucha. No primeiro caso o administrador expõe-se afoitamente à repulsa; no segundo, por ser mais sutil, não é menos censurável. Vale dizer: a ilegitimidade pode resultar de manifesta oposição aos cânones legais ou da violação

[10] Id. ibid. p. 51-2.

[11] Id. ibid. p. 21.

[12] Id. ibid. p. 52.

menos transparente, porém tão viciada quanto a outra. Isto sucede exatamente quando a administração, em nome do exercício de "poderes discricionários", desgarra da direção mirada pela lei, desvirtua o sentido da competência que maneja e, portanto, ofende a mesma norma jurídica, agravando, pois, direito de terceiros.

Esta forma de ilegalidade não é menos grave do que aquela que se estampa quando o administrador atua à boca cheia pisoteando a lei sem recato. Pelo contrário. Revela maior grau de periculosidade para o sistema normativo e para a garantia da legalidade, justamente porque, não sendo tão perceptível, pode, às vezes, subtrair-se indevidamente ao crivo do Poder Judiciário, se este se mostrar menos atento às peculiaridades do direito administrativo ou cauteloso em demasia na investigação dos atos correspondentes, recusando perscrutá-los com olhos de lince, como cumpre fazê-lo.

2. *O desvio de poder*

8. A atuação pela qual o poder público, no meneio de uma competência que possui, evade-se ao fim que é próprio dela e busca interesse diverso daquele que teria de ser buscado denomina-se desvio de poder. É a seguinte sua clássica definição, nas palavras de André de Laubadère:

"Há desvio de poder quando uma autoridade administrativa cumpre um ato de sua competência mas em vista de *fim* diverso daquele para o qual o ato poderia legalmente ser cumprido."[13]

Marcel Waline assim descreve a compostura deste vício e sua conseqüência:

"Enfim, a lei jamais dá ao administrador poder de agir senão subentendendo: 'no interesse público'. O administrador desvia, então, seus poderes do fim legal se deles se vem a servir em favor de interesses puramente privados.

Mas, há mais ainda: em numerosos casos a intenção do legislador, conferindo certos poderes à administração, é a de que esta os utilize, não em vista de qualquer interesse público, mas exclusivamente em vista de um fim bem determinado; neste caso, todo uso de um tal poder em vista de um fim, mesmo que de utilidade pública, diverso daquele que foi previsto e querido pelo legislador, é um *desvio de poder;* e é ainda um caso de nulidade do ato administrativo."[14]

Como se vê, o desvio de poder comporta duas hipóteses básicas. Para, ainda uma vez, fazer uso das expressões de doutrinadores da França – país onde nasceu

[13] Laubadère, André de. *Traité élémentaire de droit administratif.* 5. ed. LGDF, 1970. p. 502, n. 894.

[14] Waline, Marcel. *Droit administratif.* 9. ed. Sirey, 1963. p. 451, n. 741.

e se desenvolveu a teoria do desvio de poder, por obra pretoriana do Conselho de Estado – pode-se, com Jean Rivero, dizer:

"1º O caso mais evidente de desvio de poder é a perseguição pelo autor do ato de um fim *estranho ao interesse geral*: satisfação de uma inimizade pessoal, paixão política ou ideológica (...).

2º Há desvio de poder quando o fim perseguido, se bem que de interesse geral, *não é o fim preciso que a lei assinava o tal ato (...)*"[15]

Em ambos os casos considera-se maculado o ato. Entende-se que assim seja. Posto que as competências têm endereço certo, não podem ser manejadas para um fim distinto daquele a que estão legalmente preordenadas, sem que, com isto, em última instância, seja violada a própria regra de competência. Haveria então desvirtuamento do poder, pois, ao contrário de sua razão de existir, não estaria ao serviço do cumprimento do específico dever que lhe corresponde e do qual é – consoante vimos – a contraface.

À lei não é indiferente que se use, para perseguir dado escopo, uma ou outra competência. Cada qual tem seu destino próprio. Cada "poder" – que uma competência administrativa exprime – nada mais é que a face reversa do dever específico de implementar certa finalidade legal. Mesmo quando se trata de buscar um objetivo juridicamente qualificado como prezável, cumpre fazê-lo pelo meio adrede definido pela lei como a via idônea para chegar a tal fim.

9. É a regra de direito que elege a competência certa para alvejar esta ou aquela finalidade. O administrador – sujeito que, por definição, não é proprietário – carece da possibilidade de conduzir a coisa pública em termos distintos dos que foram fixados pelo *dominus* para o meneio dos interesses que lhe pertencem. O *dominus*, no Estado de Direito, é a coletividade, o povo, fonte de todos os poderes conforme expressa dicção do art. 1º, § 1º da Carta do País, e sua vontade comandante é exprimida pelo Poder Legislativo, ao qual cabe dispor sobre "todas as matérias" (art. 43 da Lei Maior). É o Legislativo quem institui as competências, e como apostilou com invejável precisão Caio Tácito:

"A destinação da competência do agente preexiste à sua investidura. A lei não concebe a autorização de agir sem um objetivo próprio. A obrigação jurídica não é uma obrigação inconseqüente: ela visa a um fim especial, presume um endereço, antecipa um alcance, predetermina o próprio alvo. Não é facultado à autoridade suprimir essa continuidade, substituindo a finalidade legal do poder com que foi investido, embora pretendendo um resultado materialmente lícito.

[15] Rivero, Jéan. *Droit administratif*. 2. ed. Dalloz, 1962. p. 223, n. 260.

A teoria do desvio de poder teve o mérito de focalizar a noção do interesse público como centro da legalidade do ato administrativo. A administração está obrigada, no exercício de suas atividades, a cumprir determinados objetivos sociais e, para alcançá-los, obedece a um princípio de *especialização funcional:* a cada atribuição corresponde um fim próprio que não pode ser desnaturado"[16] (o grifo é do original).

10. Se mesmo a busca de um objetivo lícito configura desvio de poder quando efetuada por meio impróprio, maiormente reconhecer-se-á este vício quando a competência é utilizada à margem de qualquer interesse público, para dar vazão a intuitos particulares de favoritismo ou perseguição.

Em tal caso, a autoridade pratica um ato administrativo movida pela amizade ou inimizade, pessoal ou política. Não raro está impulsionada pelo propósito de captar vantagem indevida, angariar prosélitos ou cegada por objetivos torpes de saciar sua ira contra inimigos ou adversários políticos, buscando molestá-los ou, pior ainda, vergá-los a suas conveniências.

A vida administrativa brasileira, desgraçadamente, pode oferecer inúmeros exemplos desta nefanda modalidade de desvio de poder, muito comum por razões sectárias. Tanto assim é, que se põe – como comprovação indireta – a contingência legislativa de vedar, drasticamente, admissões, exonerações e remoções *ex-officio* no período pré e pós-eleitoral. Há nisto um explícito reconhecimento de que ditas práticas, sobremodo vitandas, existiriam aos bolhões não fora pelas cautelas legislativas. Se estas não conseguem evitá-las, podem ao menos restringir em parte suas ocorrências. Coibindo-as liminarmente nas épocas em que os ânimos políticos estão mais encandecidos, guardam a expectativa (tantas vezes frustrada) de que, fora deles, com o arrefecimento das paixões sectárias, os administradores se façam mais contidos.

É bem de ver, contudo, que o vício em causa ocorre em todas as partes. Colhem-se, na literatura especializada da França, inúmeros exemplos de decisões do Conselho de Estado fulminando atos administrativos maculados de desvio de poder, por distintos móveis descoincidentes com o interesse público.

Assim, Charles Debbasch traz à colação os seguintes casos: regulamentação restritiva de bailes públicos editada pelo Chefe Executivo da Comuna *(maire)* para evitar concorrência a seu próprio estabelecimento; 10 sucessivos atos de suspensão do guarda campestre local, com o fito de vingança pessoal; criação de uma escola no exclusivo interesse de beneficiar a pessoa chamada para dirigi-la; interdição de procissão religiosa por móveis políticos.[17]

Waline, entre outras hipóteses, refere a recusa de autorização para estacionamento de carros de praça, tomada em seguida a uma reunião com empresários da

[16] Tácito, Caio. *Direito administrativo.* São Paulo, Saraiva, 1975. p. 80-1.

[17] Debbasch, Charles. *Contentieux administratif.* Dalloz, 1975. p. 728-9, n. 794.

localidade que operavam neste setor, efetuada por convocação da municipalidade, fazendo presumir que a decisão fora tomada para proteger os empresários locais contra a concorrência; destituição de um secretário da comuna, em seguida à "renovação política da municipalidade", presumida como resultante de motivos políticos estranhos ao interesse comunal; autorização para abertura de lojas, depois do horário legal, por ocasião de uma festa, concedida a um e recusada a outro.[18]

3. *Desvio de poder alheio a qualquer finalidade pública e sua prova*

11. O desvio de poder, com alheamento a qualquer finalidade pública, é um vício que encontra espaço para medrar precisamente quando o agente público está no exercício de competência discricionária. A doutrina caracteriza genericamente o desvio de poder como ilegitimidade específica desta categoria de atos nos quais a administração dispõe de certa liberdade. No desvio de poder, praticado com fins alheios ao interesse público, a autoridade, invocando sua discrição administrativa, arroja-se à busca de objetivos inconfessáveis. É bem de ver que o faz disfarçadamente, exibindo como capa do ato algum motivo liso perante o direito.

Trata-se, pois, de um vício particularmente censurável, já que se traduz em comportamento soez, insidioso. A autoridade atua embuçada em pretenso interesse público, ocultando dessarte seu malicioso desígnio. Sob a máscara da legalidade, procura, à esconsa, alcançar finalidade estranha à competência que possui. Em outras palavras: atua à falsa-fé. Enquanto de público o ato se apresente escorreito, na verdade possui uma outra face que se forceja por ocultar, já que é constituída de má-morte e orientada para escopos subalternos. Dele se pode dizer, com Caio Tácito, que "a ilegalidade mais grave é a que se oculta sob a aparência de legitimidade. A violação maliciosa encobre os abusos de direito com a capa de virtual pureza".[19]

É em razão deste feitio exterior irrepreensível, sob o qual se disfarça a ilegalidade, que o desvio de poder propõe óbvias dificuldades para ser demonstrado. Precisamente por ser um "sepulcro caiado", não é reconhecível senão quando se lhe desvenda a intimidade. Sempre que esteja em causa o desvio de poder praticado com alheiamento a qualquer finalidade pública descobre-se sua existência penetrando fundo nas intenções do agente faltoso, pois são elas que o denunciam.

É isto que, a uma só voz, registram os estudiosos de direito administrativo, reconhecendo que se impõe para o juiz a indeclinável tarefa de esquadrinhar as intenções do agente para conferir se o móvel que o inspirou a praticar o ato foi bem aquele que deveria impulsioná-lo ou se, pelo contrário, foi animado por intentos diversos. Francis-Paul Benoît anota que "(...) os móveis de um ato devem ser

[18] Waline, Marcel. op. cit. p. 481, n. 795.

[19] Tácito, Caio. op. cit. p. 6.

aqueles em consideração dos quais a competência, que lhe serviu de base, foi conferida a seu titular".[20]

O autor adverte, como de resto o faz toda a doutrina francesa, que móvel é o que impulsiona a vontade do agente, ou seja, sua intenção, algo subjetivo; inconfundível, pois, com o que denomina motivo, na técnica do direito administrativo, a saber: pressuposto de fato, algo objetivo, que serve de base para o ato, isto é, situação ocorrente no mundo empírico tomada como o evento cuja existência justifica a providência a ser adotada.

12. Uma vez que esta forma de desvio de poder se manifesta através da intenção viciada é ela que tem de ser investigada. Conquanto se trate, a nosso ver (em desacordo com o pensamento majoritário), de um vício objetivo, porque residente no objetivo descompasso entre a finalidade legal (algo objetivo) e a finalidade que o ato cumpre, de direito (algo também objetivo), é o desvio de intenção (fator subjetivo) que ocasiona a ocorrência do descompasso aludido.

Na medida em que esta modalidade de desvio de poder se denuncia através da intenção viciada, traz consigo as naturais dificuldades de prova que daí decorrem, até porque aquele que age de modo soez procura disfarçar ao máximo sua insídia. Jéan Rivero expressa bem esta dificuldade dizendo: "A segunda dificuldade se situa no terreno da *prova*. A intenção é um elemento psicológico, difícil de ser delimitada, salvo quando o autor se explica abertamente o que será tanto mais raro quanto mais inconfessável for ela."[21]

Waline sublinha com maior vigor esta dificuldade averbando: "Mas, o que ainda é mais difícil é conhecer a verdadeira intenção do autor de um ato cuja legalidade é discutida: com efeito, quando uma autoridade administrativa comete um desvio de poder ela está freqüentemente de má-fé; sabe muito bem que traiu a intenção do legislador; assim, não tem a ingenuidade de indicar as razões inconfessáveis que inspiraram seu ato; dissimula seus verdadeiros móveis que o juiz deve procurar, em vista de todas as circunstâncias em que o ato foi praticado; e esta prova é difícil de fazer-se."[22]

13. Não obstante ressaltem as dificuldades de prova, os autores acentuam também que, por força mesmo da compostura esquiva deste vício, a exigência probatória não poderia ser levada a rigores com ele incompatíveis, sob pena de inviabilizar-se o controle jurisdicional destas condutas viciadas. O mesmo Jéan Rivero já citado esclarece que inicialmente o Conselho de Estado – órgão jurisdicional francês, para lides administrativas, como se sabe – exigia que o desvio de po-

[20] Benoît, Francis-Paul. *Le droit administratif français*. Dalloz, 1964. p. 543, n. 940.

[21] Rivero, Jéan, op. cit. p. 224, n. 261.

[22] Waline, Marcel. op. cit. p. 481, n. 795.

der resultasse do ato em si mesmo, vindo ao depois a evoluir, admitindo que sua demonstração provenha de elementos vários, tais como: "outras peças escritas, circunstâncias nas quais se produziu o ato, inexatidão dos motivos alegados que deixam transparecer o motivo verdadeiro, etc." E conclui que o Conselho de Estado: "Procura menos uma prova manifesta que uma convicção, a qual pode resultar de um feixe de indícios convergentes."[23]

É rigorosamente igual a orientação tomada na Espanha, conforme nos dá notícia o eminente e fulgurante Eduardo Garcia de Enterria:

"Facilmente se compreende que esta prova não pode ser plena, já que não é presumível que o ato viciado confesse expressamente que o fim que o anima é outro, distinto do assinalado pela norma. Consciente desta dificuldade, assim como a de que a exigência de um excessivo rigor probatório privaria totalmente de virtualidade a técnica do desvio de poder, a melhor jurisprudência costuma afirmar que para que se possa declarar a existência deste desvio *'é suficiente a convicção moral que se forme o Tribunal'* (Decisão de 1º de dezembro de 1959) à vista dos fatos concretos que em cada caso resultem provados, conquanto não bastem 'meras presunções nem suspicazes e especiosas interpretações do ato da autoridade e da oculta intenção que o determina' (Decisão de 7 de outubro de 1963)."[24]

Agustin Gordillo, expressão pinacular do direito administrativo latino-americano, também adverte que o necessário é encontrar "provas indiciárias ou elementos circunstanciais", uma vez que raramente no próprio ato, como em sua motivação, é que apareceria o vício. Donde a prova, de regra, terá de resultar de um conjunto de circunstâncias exteriores ao ato.[25] Observa que o autor do desvio de poder "deixa rastros de sua conduta", que são demonstráveis por prova documental, testemunhal ou indiciária.[26]

14. Em síntese: para detectar o desvio de poder estranho a qualquer interesse público, cumpre analisar todo o plexo de circunstâncias que envolve o ato, verificando-se, assim, se a discricionariedade alegável foi bem usada ou se correspondeu apenas a um pretexto para violar o fim legal e saciar objetivos pessoais.

Para tanto, examinam-se seus antecedentes, fatos que o circundam, momento em que foi editado, fragilidade ou densidade dos motivos que o embasam,

[23] Rivero, Jéan. op. cit. p. 224, n. 261.

[24] Enterria, Eduardo Garcia de. *Curso de derecho administrativo*. 4. ed. Civitas, 1983. t. 1, p. 443-4.

[25] Gordillo, Agustin. *Tratado de derecho administrativo*. Buenos Aires, Macchi, 1974. t. 1, cap. 8, p. 33, parte general.

[26] Id. ibid. cap. 9, p. 25.

ocorrência ou inocorrência de fatores que poderiam interferir com a serenidade do agente, usualidade ou excepcionalidade da providência adotada, coerência do ato com anterior conduta administrativa e até mesmo características da personalidade do agente exibidas em sua atuação administrativa. Com efeito, trata-se de colher "um feixe de indícios convergentes", na expressão já referida de Rivero, capazes de autorizar a "convicção moral do tribunal", a que aludiu Garcia de Enterria, reportando-se à decisão jurisdicional espanhola.

É óbvio que tal convicção forma-se, segundo o senso comum, de homens normais, capazes de avaliar, diante de uma dada realidade concreta, imersa na realidade administrativa de seu País, estado, município e governantes, se dada conduta revela, à face das circunstâncias reais do caso, intenção de cumprir normalmente a lei, provendo a uma necessidade administrativa, ou se, de revés, trai o homem com suas paixões, favoritismos ou vinganças, buscando fins alheios aos da norma que executa.

Assim, não se haverá de acolher alegação de desvio de poder em ato que, inobstante afete desfavoravelmente notório adversário político ou inimigo pessoal do agente haja sido expedido em circunstâncias rotineiras, reproduzindo decisões análogas precedentes, discricionariamente tomadas; tanto mais se a autoridade que o praticou tem revelado, em sua conduta administrativa pregressa, serenidade e deferência para com as leis. Reversamente, se o ato inquinado foi expedido em circunstâncias insuetas, contemporaneamente ou logo de seguida a um antagonismo entre as partes, e a providência discricionária, em face dos precedentes administrativos, é incomum em sua especificidade, concorrem com nitidez veementes indícios de desvio de poder, sobreposse se a autoridade é sabidamente temperamental e já se tem mostrado pouco reverente com as leis.

4. *Desvio de poder praticado por agente que atua com vistas a uma finalidade legal*

15. Sublinhe-se, uma vez mais, que tanto haverá desvio de poder quando a autoridade pratica um ato com objetivos alheios a qualquer interesse público (perseguição ou favoritismo) quanto nas hipóteses em que, embora buscando um interesse público, o faz mediante ato cuja destinação legal é diversa. Em tal caso a autoridade incorre em desvio de poder por haver-se valido de um meio jurídico inidôneo para servir ao fim que buscou, já que a via utilizada era – de direito – preordenada a satisfazer outro escopo normativo e não aquele para o qual foi manejado. Como diz Eduardo Garcia de Enterria: "Los poderes administrativos no son abstractos, utilizables para cualquier finalidad; son poderes funcionales, otorgados por el ordenamiento en vista de un fin específico, con lo que apartarse del mismo ciega la fuente de su legitimidad."[27]

Com efeito, cada ato expressivo de uma competência traz insculpido em si um destino correspondente àquela competência. Ora, cada competência só pode ser

[27] Enterria, Eduardo Garcia de. op. cit. t. 1, p. 442.

exercitada para alvejar os fins em vista dos quais foi normativamente instituída; donde, os atos consectários de uma competência não podem ser expedidos senão para atender às finalidades a ela inerentes. Daí serem viciados de desvio de poder os comportamentos administrativos que miram dado objetivo público por meio de atos cujos escopos, à luz do direito positivo, sejam os de servir outros objetivos públicos, distintos dos que foram colimados.

No Estado de Direito é garantia do administrado saber que o poder público está adstrito não só aos fins que de antemão a lei elegeu como prezáveis, mas também aos meios que adrede categorizou como sendo os próprios para suprir as finalidades consideradas valiosas. Tais limitações não podem ser costeadas ou transgredidas. Portanto, se as autoridades – deliberada ou involuntariamente – fizerem inadequado uso das competências que detêm, incorrem em desvio de poder ao se servirem de um ato quando cabia apenas usar de outro.

16. Este uso impróprio de uma competência, tendo em vista alcançar um fim público, pode ocorrer como fruto de: a) uma consciente (e injurídica) opção pela via inadequada; b) uma inconsciente (e igualmente injurídica) adoção da via imprópria, por supô-la adequada ao caso.

A primeira hipótese tem lugar quando a administração deseja ladear óbices que existiriam caso se servisse do meio jurídico previsto como idôneo ou quando pretende simplesmente tornar sua ação mais singela ou mais expedita, ou ainda quando se propõe a alcançar efeitos mais enérgicos ou impressivos do que aqueles que a lei lhe facultava perante o caso. Em todas estas hipóteses – é bem de ver – a autoridade administrativa estará pretendendo se substituir ao legislador no seu juízo quanto ao modo mais conveniente de atender o interesse público e estará simultaneamente pisoteando uma garantia do administrado.

Cite-se como exemplo de comportamento incurso neste vício o de remover um funcionário para servir em local distante ou que, por qualquer razão, lhe seja gravoso, com o fito de puni-lo por alguma falta real que haja cometido.

A remoção não é instituto legalmente concebido como figura sancionatória e por isso não pode ser usada com tal fim, ainda que o servidor haja deveras incorrido em comportamento ensejador de sanção, caso em que terá de ser aplicada uma das penalidades estatutariamente previstas como cabíveis e não adotadas outras medidas juridicamente concebidas para atender fim diverso.

Ocorre que o desvio de poder consistente no uso impróprio de uma competência visando interesse público também pode ocorrer, como se disse, sem intenção consciente de buscar um fim para o qual é inapta a competência utilizada. Ou seja, o agente pode supor que o ato praticado é expressivo de competência adequada ao escopo perseguido. Tratar-se-ia de um erro de direito.

Neste caso não se poderá dizer que houve um vício na intenção, no móvel do agente, pois haverá pretendido valer-se de um meio próprio, ainda que deveras não o fosse. Ninguém contesta que em tal caso terá havido desvio de poder. Isto, contudo, é o quanto basta para revelar ser errônea a inteligência dominante de que

o desvio de poder é um vício de intenção, um vício subjetivo. Não é. É um vício objetivo, pois resulta do objetivo descompasso entre a competência utilizada e o fim categorial dela. O defeito na intenção, quando existente, denuncia a ocorrência do objetivo desencontro com a finalidade legal, mas é a resultante – o objetivo desencontro com a finalidade legal – aquilo que faz inválido o ato.

17. Em alguns casos – na maioria deles – há realmente um vício de intenção, como sucede em todas as hipóteses de favoritismo ou perseguição. É dizer: indubidosamente, quando o agente atua assomado por um móvel pessoal, alheio ao interesse público, ocorre efetivamente um vício de intenção. Também haverá vício de intenção quando a autoridade, mesmo buscando uma finalidade pública, deliberadamente maneja uma competência que sabe ser inadequada, de direito, à hipótese vertente, pois em tal caso estará se insurgindo contra o ditame legal regedor da espécie e sobrepondo seu próprio critério ao da lei.

Inversamente, não haverá vício de intenção quando o agente incorre em erro de direito e faz uso impróprio de uma competência, por supor cabível, à face da lei, sua utilização no caso concreto, quando, em realidade, descabia manejá-la para aquele fim.

O simples fato de haver casos de desvio de poder nos quais não se pode inquinar de viciosa a intenção do agente obriga às seguintes conclusões:

a) desde logo é impossível, generalizar a afirmação de que o desvio de poder é um vício de intenção; quando muito poder-se-ia tentar caracterizá-lo como tal apenas nas hipóteses (as mais comuns, reconheça-se) em que o agente atua por favoritismo, por perseguição (sem buscar qualquer escopo público) ou com o propósito deliberado de usar uma competência inadequada para buscar objetivo público;
b) igualmente e pelos mesmos fundamentos não se pode generalizar para todas as hipóteses de desvio de poder a suposição de que a prova do desvio de poder depende de móvel incorreto do autor do ato;
c) conquanto o desvio de poder seja vício apontado como específico dos atos exercidos por ocasião de competência discricionária, não são de excluir hipóteses de sua ocorrência – certamente muito raras – perante situações nas quais a conduta do agente se realiza sob a égide de norma cuja linguagem sugira vinculação. Figuremos dois exemplos.

Suponha-se norma – tal qual a antiga lei prussiana, referida por Jellinek – segundo cujos termos a autoridade policial esteja obrigada a dissolver bandos de ciganos. Agregue-se-lhe um parágrafo único, dispondo: "Considera-se bando o agrupamento de 15 ou mais ciganos." Pois bem, imagine-se que um agente policial se defronte com um grupo de 15 ciganos, os quais, entretanto, conforme se verifique no caso, sejam um casal, seus 12 filhos e a mãe do chefe da família. Se o agente policial determinar a dissolução do grupo estará incidindo em desvio de poder (apesar da dicção da norma exeqüenda), sobreposse se a Constituição vi-

gente contiver dispositivo análogo ao da brasileira, estabelecendo que o Estado protegerá a família. Não sendo finalidade da regra repressiva em causa desagregar um núcleo familiar, o ato que o dissolvesse corresponderia à "utilização de uma competência com fim diverso daquele em vista do qual foi instituída", ou seja, incidiria em desvio de poder.

Consideremos uma segunda hipótese. Suponha-se lei que, em linguagem desatada, estatua: "É terminantemente proibido o ingresso de veículos automotores no perímetro central da cidade." Imagine-se que dentro deste perímetro alguém sofre um enfarte em plena rua. Se, ante a gravidade e urgência da situação, um médico pretender ali ingressar com seu automóvel, transportando equipamento instalado no veículo para socorrer emergências da espécie, certamente deverá ser-lhe facultado o ingresso com seu automóvel no perímetro central vedado a veículos automotores. Se o agente público responsável pelo trânsito o impedir, sob a alegação de que está a cumprir uma regra que não lhe deixa alternativa, incidirá um desvio de poder. Com efeito, inequivocadamente, apesar dos termos peremptórios da norma, não haverá sido finalidade dela gerar embaraços no caso de situações extremas como a indicada. A "lógica do razoável", tão encarecida – com justa razão – por Recasens Siches, impõe a adoção de conduta afinada com uma intelecção fiel à finalidade da regra. Logo, se o agente não o fizer, estará utilizando a competência para finalidade distinta daquela em vista da qual foi instituída. De conseguinte, incorrerá em "desvio de poder".

5. *Desvio de poder é vício de natureza objetiva*

18. Temos insistido em que, no desvio de poder, o vício existente é de natureza objetiva, pois se aloja sempre na finalidade; nunca na incorreta intenção do agente (mesmo quando ela ocorra), razão por que não se deve qualificá-lo como um vício subjetivo em nenhuma hipótese.

Percival Júlio Vaz Cerquinho desenvolve com muita segurança esta tese, observando que a intenção defeituosa do agente "não é tomada de *per si* (...) mas sim como índice da desconformidade entre o que a norma geral autoriza e a norma individual produzida".[28]

Assim, o que invalida o ato é o descompasso objetivo entre o fim juridicamente previsto na regra de direito e o fim por ele realizado. Sem embargo, reconhece-se, boamente, que nos casos de incorreta intenção do agente, a desarmonia entre o fim do ato e o fim legal é conseqüência inevitável do vício na direção da vontade. Em outras palavras: basta o vício na orientação volitiva para que se produza, como conseqüente relevante, uma divergência entre a finalidade da norma e a finalidade que o ato deveria ter.

[28] Cerquinho, Percival Júlio Vaz. *O desvio do poder nos atos administrativos*. São Paulo, Resenha Universitária, 1977. p. 28.

Repita-se: o defeito jurídico invalidante estará na finalidade do ato – não no móvel do agente. Contudo, o defeito de intenção é suficiente para acarretar o desajuste do ato em relação à finalidade legal. Esta contaminação do fim pela falha da vontade decorre das razões seguintes.

19. A competência discricionária não é dada ao administrador para que busque seus interesses pessoais nem para que alcance qualquer resultado jurídico – ainda que se trate de resultado abonado pelo direito, mas objetivável mediante outra categoria de ato.

Então, se o agente teve sua vontade orientada para a satisfação de uma finalidade pessoal alheia ao interesse público, segue-se que não procedeu à valoração exigida pela lei ao deferir-lhe discrição administrativa. A margem de liberdade que desfrutava tinha por escopo balancear circunstâncias para alcançar o interesse público. Desde que não foi à vista dele que se decidiu, deixou de realizar o comando legal.

20. Dir-se-á, talvez, que, ainda assim, pode ter realizado objetivamente o interesse que a lei desejava ver atingido, ante a eventual coincidência, casualmente ocorrida, entre sua aspiração injurídica e o interesse público. Esta objeção, entretanto, não é de acolher. Isto porque o intérprete (ou o juiz) não está, de direito, autorizado a concluir que dada providência adotada pelo agente corresponde ao interesse público concreto, caso a norma admita como possível mais de uma solução.

Quando só há uma solução legal há vinculação. Só existe discricionariedade se a lei admitir mais de uma decisão e a situação concreta as comportar. Neste caso, exclusivamente o agente (e mais ninguém) pode dizer qual a decisão conveniente. Terceiros terão de aceitar que tanto aquela quanto alguma outra, comportável no âmbito da discrição *in concreto*, poderia ser as convenientes.

Existe, pois, para o intérprete e para o juiz, uma impossibilidade de pronúncia sobre a solução cabível *in concreto*, isto é, sobre a melhor forma de realizar o interesse público (desde que a medida adotada não seja desarrazoada na situação vertente), pois este poder pertence apenas ao titular da discrição. Tal poder é dever de optar pelo melhor, pois se a lei pudesse ter antecipadamente definido a única solução satisfatória, teria optado e então axiomaticamente estaria fixada a melhor. Assim, o agente está obrigado a decidir pelo melhor, ainda que seja ele o titular desta dicção *in concreto*.

Coloca-se, então, o seguinte quadro: o intérprete e o juiz não podem dizer, de direito, que o agente optou pela solução cabível, ainda que por simples coincidência. Seria inútil, pois, que o agente tentasse fazer prova de que a solução era a melhor, dado que ao juiz estaria defeso apreciar a procedência ou improcedência da demonstração. O poder do juiz, ante uso de discrição administrativa, é apenas o de reconhecer se foi exercitada dentro das fronteiras legais ou se, a pretexto de discrição, o agente ultrapassou seus limites. Em suma: o juiz só pode dizer que um

ato não é de interesse público, por violada a discricionariedade. Contrariamente, não pode dizer que um ato praticado dentro dos limites da discrição é precisamente aquele que deveria ter sido expedido (o melhor: que, afinal, corresponde ao cabível), pois no interior destas fronteiras só o agente pode-se pronunciar. Inobstante, sabe-se, na hipótese de desvio de poder, que o administrador, ao expedir o ato, orientou-se por interesse pessoal e não público, violando a razão da norma que o habilitava a decidir.

21. Ante o quadro lógico exposto, a solução só pode ser dada por uma presunção jurídica. Ou se presume que o ato é legítimo – por abrigado, em tese, no campo de soluções possíveis – ou se presume que o ato é ilegítimo – por lhe haver faltado a direção para o interesse público que comandaria o juízo reclamado pela lei e por ela havido como o conducente à identificação do ato cabível.

Entre as duas hipóteses para resolver a presunção pertinente, temos por induvidoso que jamais caberia adotar aquela que conduz a prestigiar má-fé ou quando menos a abonar juízo descoincidente com a orientação suposta na estipulação legal. Pelo contrário, a presunção acolhível é a de que a desatenção, o desvio em relação ao critério legal, conduz ao desvio do fim exigido para o ato.

Assim, tanto no caso de móvel pessoal quanto no de móvel estranho à categoria do ato este extravio da vontade resulta, na lógica jurídica, ofensa à finalidade legal e, portanto, em vício na finalidade que o ato deveria ter. E note-se: trata-se de presunção *juris et de jure*. Isto porque, consoante assinalado, não há possibilidade lógica de provar-se que a solução adotada coincida com o interesse público, por inexistir quem tenha, de direito, titulação para apreciar tal prova. É dizer: não há como derrubar esta presunção.

Quanto aos casos em que ocorre desvio de poder sem defeito na intenção do agente, é manifesto que o vício invalidante é e só poderia mesmo ser de natureza objetiva.

6. *Desvio de poder em atos legislativos e jurisdicionais*

22. Questão interessante, à qual se alude apenas de passagem, concerne à admissibilidade do vício de desvio de poder em ato legislativo ou em ato jurisdicional. Um exemplo de cada permitirá verificar que inobstante a amplitude dos poderes legislativo e jurisdicional, podem ocorrer hipóteses reveladoras deste vício e, por isso, suscetíveis de correção jurisdicional. Se o Legislativo, em revide à decisão judicial que reintegrou dado funcionário daquela Casa de Leis, por haver sido indevidamente demitido, extinguir o cargo em questão, terá incidido em desvio de poder. Esse sistema, como o brasileiro, no qual existe o controle direto e o controle difuso da constitucionalidade das leis pelo Judiciário, não resta dúvida de que a extinção do cargo, na hipótese em apreço, pode ser fulminada pelo Judiciário, com base no desvio de poder em que terá sido incursa a lei cogitada.

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 de, gerando unanimidade, impedir a interposição de embargos de divergência, terá se patenteado desvio de poder, corrigível jurisdicionalmente.

7. *Desvio de poder e "mérito" do ato*

23. A título de consideração postrema, ressalte-se que a investigação jurisdicional do desvio de poder em nada agrava a discricionariedade do agente administrativo. Não afeta o "mérito" do ato. Corresponde a um estrito exame de legalidade, pois "El vicio de desviación de poder es un vicio de estricta legalidad", como anotou Garcia de Enterria.[29]

Bem observa a doutrina que a legalidade de um ato não resulta apenas de elementos reconhecíveis em seus aspectos externos. Obedecer à lei não é homenagear-lhe a forma, mas reverenciar-lhe o conteúdo. Logo, o Poder Judiciário, para conferir se um ato administrativo é legítimo, não se pode lavar de aprofundar seu exame até a intimidade do ato.

Nisto não há ofensa à liberdade que o agente dispõe no exercício de discrição, pois esta o agente a possui tão-só para poder atender, deveras, àquilo que a lei almeja no caso concreto. Donde, não há discrição e sim ilegalidade quando o agente se desvia do fim legal.

Cumpre não deificar esta "liberdade administrativa", pois na província da relação de administração, como inicialmente se enfatizou, não está em pauta um poder de "livre autodeterminação" (que é a essência da "autonomia da vontade", no direito privado), mas um "dever de cumprir a finalidade legal".

Já ressaltamos em outra oportunidade que:

"A 'liberdade legal' no direito administrativo não é valor em si, pois não passa de mero instrumento concedido tão-só como meio indispensável a que a administração possa, diante das situações concretas, tomar a providência legal reclamada naquele caso."[30]

Segue-se que não existe liberdade administrativa para atuar em descompasso com esta finalidade. Donde, averiguar se o agente administrativo operou de maneira idônea para buscar tal finalidade é o mínimo que se pode esperar seja da alçada do Poder Judiciário para que este cumpra sua função própria.

24. O "mérito" do ato administrativo não pode ser mais que o círculo de liberdade indispensável para avaliar o que é conveniente e oportuno à luz do escopo da lei. Nunca será liberdade para decidir em dissonância com este escopo.

[29] Enterria, Eduardo Garcia de. op. cit. p. 443.

[30] Mello, Celso Antônio Bandeira de. Controle judicial dos atos administrativos. *RDP*, n. 65, p. 34-5.

25. Por tal razão, extrapolam o mérito e maculam o ato de ilegitimidade os critérios que o agente adote para decidir-se que não tenham sido idoneamente orientados para atingir o fim legal. É o que se passa naqueles:

a) contaminados por intuitos pessoais – pois a lei está a serviço da coletividade e não do agente; b) correspondentes a outra regra de competência, distinta da exercitada – pois à lei não são indiferentes os meios utilizados; c) que revelam opção desarrazoada – pois a lei não confere liberdade para providências absurdas; d) que exprimem medidas incoerentes: 1. com os fatos sobre os quais o agente deveria exercitar seu juízo; 2. com as premissas que o ato deu por estabelecidas; 3. com decisões tomadas em casos idênticos, contemporâneos ou sucessivos – pois a lei não sufraga ilogismos, nem perseguições, favoritismos, discriminações gratuitas à face da lei, nem soluções aleatórias; e) que incidem em desproporcionalidade do ato em relação aos fatos – pois a lei não endossa medidas que excedem ao necessário para atingimento de seu fim.

Em todos estes casos, a autoridade haverá desbordado o "mérito" do ato, evadindo-se ao campo de liberdade que lhe assistia, ou seja, terá ultrapassado a sua esfera discricionária para invadir setor proibido. O ato será ilegítimo e o Poder Judiciário deverá fulminá-lo, pois estará colhendo, a talho de foice, conduta ofensiva ao direito, que de modo algum poderá ser havida como insindicável, pena de considerar-se o direito como a mais inconseqüente das normações e a mais rúptil e quebradiça das garantias.