A TEORIA DO "DESVIO DE PODER" EM DIREITO ADMINISTRATIVO

AFONSO RODRIGUES QUEIRÓ

SUMÁRIO: O problema dos limites do poder discricionário. Conclusão.

O problema dos limites do poder discricionário: Vimos que o poder discricionário se situa exatamente no campo em que o legislador utiliza conceitos não teoréticos, deixando à Administração a faculdade de, ao agir, fixar a significação que o sentimento do direito lhe ditar. Vimos que o legislador, quando procede como tal, isto é, quando formula regras gerais e abstratas, tem necessàriamente de utilizar, em proporções variáveis conforme a matéria a regular, conceitos do mundo do ser e conceitos do mundo do dever-ser. Que no domínio dos primeiros está situado o poder vinculado, a competência ligada, é também óbvio. Trata-se de saber se no domínio dos segundos o agente, que executa a norma, é inteiramente livre, ou se êle se acha de qualquer modo e em qualquer medida também vinculado.

Nós já excluímos aquelas doutrinas que aceitam a idéia de que a Administração compreende duas partes: uma vinculada (aquela em que exista *qualquer espécie de norma a regular* a conduta dos agentes administrativos), e outra *livre*, ou discricionária (aquela em que *não exista qualquer norma* a regular essa conduta). Na verdade, esta solução pode conduzir a admitir uma esfera não excepcional de atividade *livre* da Administração dentro dos limites da lei, isto é, na medida em que a lei não formule normas proibitivas da atividade da Administração: onde não existe proibição existe liberdade. É esta, porém, uma solução difícil ou mesmo impossível de harmonizar com as exigências do moderno Estado de Direito, segundo o qual

---

° N. DA RED.: A primeira parte dêste trabalho está puplicada no vol. VI desta Revista.

tôda a atividade dos órgãos nos legislativos é executiva — sem que execução queira dizer efetivação mecânica e irracional de ordens ou comandos estranhos. Do administrador se pode dizer o que do juiz diz HECK: "der Richter ist nicht bloss ein Subsuntionsapparat, ein Automat" (pág. 22). Tôda a vida do Estado representa a atuação de um programa e de uma concepção superior, legislativa; parte dêsse programa é formulada com normas, com conceitos teoréticos, parte com conceitos práticos, o que é da natureza das coisas. Os primeiros pode dizer-se que são executáveis unìvocamente, os segundos admitem várias interpretações, das quais só uma, ou algumas, ou tôdas, se harmonizam com o programa ou concepção legislativa, ou do regime, no caso que se considera.

Os conceitos práticos são antes de mais nada *conceitos*. Um conceito tem *limites*, do contrário não seria um conceito.[85] Um conceito prático, ou referido a realidades do mundo do dever-ser, tem como limites os próprios limites do dever-ser, isto é, o próprio ser, a realidade empírica. Se a lei fala de uma "falta grave" de um funcionário, o conceito de *gravidade* (conceito prático) é limitado por êstes dois conceitos teoréticos: o de "falta" e o de "funcionário". Quer dizer: se se não tratar de qualquer coisa, de qualquer materialidade que seja uma falta, e se não se tratar também de um funcionário, não será o caso de se falar de *gravidade*. Só *nos limites de uma falta dum funcionário* pode o agente competente apreciar e definir, segundo o seu sentimento do direito, guiado pelas exigências da concepção do Estado no caso concreto, a gravidade dessa falta. É, portanto, plenamente aceitável a doutrina segundo a qual a materialidade dos fatos e a sua qualificação jurídica são elementos da legalidade, e não da oportunidade ou moralidade administrativa. Um êrro sôbre os fatos ou sôbre o direito (qualificação) é uma questão de legalidade. Mas já não é um elemento da legalidade o saber determinar a gravidade da falta, ou seja, a sua qualificação prática; aqui trata-se de um elemento de discricionaridade. Na verificação da existência dos fatos e na sua qualificação jurídica em harmonia com conceitos normativos teoréticos, trabalha-se com juízes assertóricos — *sichere, assertorische Urteile* —; na sua qualificação jurídico-prática, ou discricionária, com juízos disjuntivos.

---

85 Cfr. W. JELLINEK, *Gesetz*, cit., pág. 37.

Mas, já se vê como o nosso ponto de vista difere, na definição dos limites do poder discricionário, da concepção do poder discricionário como dum poder só livre para fora dos limites (das proibições) da lei. No nosso ponto de vista, o poder discricionário existe apenas nos limites (perceptivos, positivos) da lei. Nem podemos dizer que seja regra, nem que seja exceção: apenas que tem limites variáveis em extensão conforme a natureza das matérias a regular, ou seja, das condições do agir administrativo.

Fica-nos, pois, uma esfera de discricionaridade. Limitada de que modo? Se supusermos um sistema de garantias jurisdicionais referido a tudo, ou só a parte, do que na vida do direito diga respeito à legalidade, isto é, aos elementos normativos de significação unívoca, teremos que os órgãos jurisdicionais não podem apreciar seja o que fôr do que diga respeito à discricionaridade. Suponhamos, então, um sistema como êsse. Quais serão os limites do poder discricionário da Administração? Os limites são os da própria lei. O limite é a legalidade, e só a legalidade. Os limites do poder discricionário serão aquêles comandos legais que vedem certas interpretações das condições do agir e imponham certas outras — "was verboten ist, sagt das Gesetz allein" (SCHEUNER). Não haverá mais que averiguar em tôda a sua extensão e profundidade as limitações proibitivas e positivas contidas nas normas legais, limitações que só podem consistir em conceitos teoréticos.

Escritores de tendências liberais procuraram sistemas de limitações diferentes destas. Primeiro que todos, o próprio BERNATZIK. Tendo reconhecido a existência de uma assaz extensa esfera de poder discricionário na Administração (conceitos vagos, poder discricionário técnico), aceitou que nesta esfera os agentes procediam como peritos, como técnicos do interêsse público: daí a sua conhecida fórmula, a vigorar nos domínios do "techniches Ermessem": *Tue was du glaubst, dass es durch das öffentliche Wohl bedingt ist*. Mas, agir segundo a convicção que se tem acêrca do melhor modo de atingir o interêsse público, é um *dever*, e um dever *jurídico* (*Rechtspflicht*), e não apenas um simples dever ético: quando a lei confere êsse *tecniches Ermessen* às autoridades administrativas, *impõe-lhes* que o utilizem na forma sobredita. Se assim não procedem, violam o *direito*, violam a lei (*Pflichtverletzung — Rechtsveletzung*). Essa atitude culposa ou dolosa pode deduzir-se do fato de o comportamento no caso considerado não estar em harmonia com a concepção

geral da comunidade, com o juízo da *Gesamtheit*. A violação dêste dever jurídico, na primitiva exposição de BERNATZIK (in *Rechtssprechung und materielle Rechtskraft*, cit., págs. 45), não dava origem à anulação do ato praticado, mas apenas a uma responsabilidade penal ou disciplinar do agente administrativo. Quer dizer, sôbre o poder discricionário poderia efetivar-se um contrôle disciplinar ou penal, mas não um contrôle pròpriamente jurídico ou de anulação *Rechtskontrolle*) : "nas questões do poder discricionário técnico é indispensável na medida em que êste reina, um contrôle de anulação pelo juiz administrativo". Perante críticas repetidas e insistentes, BERNATZIK (in *Zeitschrift*, cit., pág. 148), vem, porém, a conceder que um contrôle jurídico de *anulação* (e não apenas de responsabilidade) pode, nos casos indicados, ser exercido pelos tribunais do contencioso administrativo.

Em substância, conclui-se que, na sua primitiva formulação, a doutrina de BERNATZIK redundava em elevar o contrôle hierárquico à categoria de limite do poder discricionário : mas as limitações internas do poder hierárquico não são um seu limite jurídico, porque o contrôle não é feito à vista de normas, mas sim de diretivas de boa administração, presumidamente mais conhecidas pelos graus superiores da hierarquia administrativa ; por outras palavras : o contrôle hierárquico em assuntos de poder discricionário exerce-se *discricionàriamente* — "der Dienstgewalt bedeutet keine Einschränkung des Ermessen" (SCHEUNER). De mais, como nota LAUN, os órgãos superiores e inferiores, hieràrquicamente ligados, constituem uma unidade. Na sua formulação posterior, a doutrina de BERNATZIK reduz-se a admitir o contrôle jurisdicional do poder discricionário, o que não é admissível num sistema de direito onde exista uma separação material das competências dos órgãos administrativos e dos órgãos jurisdicionais com base no próprio conceito de discricionaridade, como BERNATZIK reconhece na primeira das duas citadas obras.

Vimos que, para LAUN, nos casos de verdadeiro poder discricionário, o legislador deixa ao agente a determinação do que, em cada um dêsses casos, deve considerar-se o fim imediato a atingir. Mas absolutamente arbitrário nas suas decisões só poderá ser o monarca absoluto. Não podendo ser absolutamente arbitrário, deverá saber-se de que modo é limitado (*gebunden*).

Primeiro que tudo, são *limites* do poder discricionário os chamados por LAUN limites *externos* : a competência, a forma e os pressu-

postos de fato (*materiallrechtliche Voraussetzungen*). Mas, além dêstes, existem os que se podem chamar *limites internos* do poder discricionário, que devem também ser respeitados pelos agentes da Administração. Limites *internos*, porque se referem ao exercício da própria faculdade discricionária, à escolha dos fins imediatos do procedimento administrativo. Antes de mais nada, essa escolha tem de ser feita tendo em vista o interêsse público. Se assim não fôsse, "não se estaria perante poder discricionário, mas perante o *arbítrio* jurìdicamente permitido". O agente só pode agir, no exercício do seu poder discricionário, tendo em vista o interêsse público. E LAUN concorda com BERNATZIK expressamente, no ponto em que êste afirma que os agentes estão ligados à norma jurdica : *"tue was du glaubst, dass es durch das öffentliche Wohl beding ist"*. É uma norma que resulta da natureza das coisas. Mas a conseqüência da violação desta norma é diferente em LAUN. Para êste só é relevante a hipótese de uma *intencional* desobediência à norma do interêsse público na escolha dos fins, e não uma simples falta ou êrro culposo. Se essa falta intencional se verifica, o funcionário praticou uma "falta pessoal", e o ato não pode considerar-se como ato do Estado ; perde o seu caráter administrativo. "Uma pessoa que intencionalmente age contra a sua função, contra o interêsse público, não pode ser considerada pelo Estado como seu órgão, e não pode ser coberta com a sua autoridade". O funcionário apenas pode ser nesta hipótese civil e penalmente responsável. O seu ato deve considerar-se como absolutamente nulo, *nichtig*, o que pode ser verificado pelo juiz administrativo ou pelo civil ou penal. As conseqüências são, portanto, duas : nulidade do ato e responsabilidade do funcionário. A violação dolosa da regra do público, bem que preside à escolha dos fins da Administração, dá origem a uma figura de desvio de poder chamada *abuso do poder* (discricionário) — *Ermessensmissbrauch*. Quando o funcionário *crê* realizar o interêsse público, embora o não realize, por ignorância ou êrro, não estamos perante êste vício. [86] Estamos perante um vício *subjetivo* (referido ao *dolo*), como violação de um limite interno *subjetivo* do poder discricionário.

---

86 "Akte des freien Ermessens, welche keine sonstigen von der Rechtsordnung gezogenen Schranken ubreschreiten, sind also immer dann und nur nichtig, wenn das behördliche Organ vorsätzlich gegen das öffentliche Interesse gehandelt hat". Cfr. *ob. cit.*, pág. 183.

Mas, além dêste limite interno subjetivo, LAUN constrói também uma teoria do limite interno *objetivo* do poder discricionário. Os agentes administrativos, no exercício do seu poder discricionário, isto é, na escolha dos fins, devem ater-se apenas aos fins permitidos, não aos fins proibidos. Se procederem inversamente, excedem o seu poder (discricionário): estamos então perante um desvio de poder (*Ermessenssüberschreitung*). Ora a proibição de realizar certos fins pode ser violada pelo agente de duas maneiras. Por uma lado, o agente pode, na convicção de que assim realiza o interêsse público, pretender atingir um fim proibido, guiar-se por um motivo vedado — "liegt hier der Fehler lediglich in den Motiven des handelnden Organs"; prossegue-se um fim que não deve prosseguir-se. Não se trata de um *abuso* de poder, porque se supõe que o agente procede na melhor das intenções: simplesmente, não age nos limites do poder discricionário que o legislador lhe conferiu. A figura de desvio de poder que aqui nos aparece é aquela que LAUN chama *Diskretionsverletzung*, violação do poder discricionário. Êste um dos modos. O outro verifica-se quando o agente, por incúria, vem, com o seu ato, a conseguir um efeito vedado que não desejava atingir, mas que o ato, por sua natureza, tal como foi praticado, atinge forçosamente. Trata-se então de um "descaminho do poder discricionário", uma *Ermessenswerirrung*.

São êstes motivos de nulidade do ato, como violações dos limites *jurídicos* do poder discricionário, plenamente controláveis pela jurisdição competente. "Com efeito, torna-se culpado de uma *violação da lei* aquêle funcionário que com um ato do seu poder discricionário procura realizar um fim proibido". Por isso "... necessitam os tribunais administrativos de ser competentes para examinar se os fatos administrativos excedem os limites internos do seu poder discricionário ou não". É outra a questão de saber como, nos casos de uma falta subjetiva (que são os primeiros dois), será possível provar essa falta. Se não resultam dos motivos do próprio ato, ou se a parte não consegue evidenciá-los, será impossível o seu contrôle. O último vício, quanto à prova, não oferece dificuldades. [87]

À teoria de LAUN uma objeção fundamental se deve fazer; e é que, depois de ter circunscrito a esfera do poder discricionário da Administração, e de a ter definido como uma zona de liberdade do

87 Sôbre tôda esta matéria dos limites do poder discricionário segundo LAUN, cfr. a sua obra, *Das freie Ermessen*, cit., de págs. 113 até final.

mesmo teor que a liberdade do legislador na enunciação da sua vontade, obedecendo a necessidades de ordem política liberal (as necessidades do que se chama o moderno Estado de Direito), vem a introduzir pretensos limites *jurídicos* a essa liberdade; quer dizer: vem a eliminá-la quase totalmente. Limites jurídicos, segundo LAUN, no mais próprio e extenso significado da palavra, pois podem os particulares administrados exigir o seu respeito perante, não só os magistrados civis ou criminais, mas ainda o juízo administrativo de anulação. Ora nós mostramos já que, nos limites do seu poder discricionário, o agente é inteiramente livre, num Estado com um sistema jurisdicional de garantias organizado na forma em que o supusemos, ou seja controlando apenas o que há de puramente jurídico (i. é, teorético) na atividade executiva. Um contrôle da própria atividade discricionária e da sua correção em relação a critérios de eqüidade, justiça, oportunidade ou conveniência, não é, neste sentido, um contrôle jurídico. Pode, sim, jurisdicionalizar-se o contrôle não jurídico, e de fato certos sistemas jurídicos positivos o fizeram. Mas, onde disposição adequada não existia, a jurisdição não poderá ultrapassar os seus limites naturais, ou de definição (*jus-dicere*). Saber se uma disposição, como a suposta, é ou não útil, é problema que não cabe ao jurista como tal discutir; é problema político que se define como problema da delimitação legislativa da competência dos tribunais da justiça administrativa.

A forma de desvio de poder que, segundo LAUN, é a violação intencional da regra do interêsse público (abuso de poder) não é, caracteristicamente, um vício jurídico, mas um vício de moralidade administrativa, para empregar a expressão de HAURIOU. [88] Quanto aos vícios internos objetivos, a sua definição só é coerente com o conceito de poder discricionário defendido por LAUN; mas, para nós, êles não são mais que formas de incompetência do órgão, ou então não são nada. Uma autoridade que prossegue fins ou interêsses que não são os que a lei lhe comete, é claro que age num domínio em que é perfeitamente incompetente. [89]

---

88 Cfr. no mesmo sentido, L. GOLDENBERG, *ob. cit.*, pág. 79. E a razão, razão clara, é que, julgando-o, os tribunais condenam não o *objetivo* apartamento do fim (como nos outros vícios), mas a *subjetividade* (intenção) com que o agente se afastou do *melhor* fim.

89 Nem todos os três limites internos, pois, implicam um contrôle do poder discricionário, como afirma GOLDENBERG, *ob. cit., loc. cit.*, mas apenas o limite interno subjetivo. Secundàriamente, tem importância a observação dêste autor, segundo a qual "é contraditório falar de *limite interno*: isso equivaleria a dizer que existe no interior dum poder qualquer coisa que lhe é exterior — o que é evidentemente impossível".

Vimos também que W. JELLINEK restringe demasiado o conceito de poder discricionário, fazendo-o incidir apenas nos chamados conceitos de valor prático *stricto sensu* e excluindo-o, de todos os outros conceitos de valor, que, segundo êsse autor, são suscetíveis de uma interpretação unívoca, estável, com base nos critérios sociais vigentes numa determinada comunidade. Vimos também que, ainda mesmo nos limites apertados do seu poder discricionário, o agente não poderá agir arbitràriamente, já que o poder discricionário é "die von Recht *mit Massgeblichkeit* ausgestattete, *fehlerfrei* zustandegekommene individuelle Abgrenzung" pelo funcionário dos valores ou não valores práticos a que as normas recorrem. Como se vê, na concepção de W. JELLINEK, a lei autoriza apenas as decisões administrativas que não forem *viciadas*. Mas, evidentemente, não se trata de um vício *jurídico*, de um vício *legal*, o que não impede que, segundo W. JELLINEK, seja suscetível de uma apreciação por parte do órgão jurisdicional. [90] JELLINEK apresenta nove tipos de falta ou vício do poder discricionário, entre os quais, todavia, se encontram alguns casos de verdadeira e própria violação da legalidade — como sucede quando a Administração se engana quanto à extensão dos seus poderes, ou quando considera existente um fato inexistente. Todos os verdadeiros tipos de falta no exercício do poder discricionário representam, na concepção do nosso autor, como que uma barreira *contra a arbitrariedade* na Administração, cuja defesa é confiada à justiça administrativa.

Também aqui, sub-reptícia e não desejada pelo autor, se introduz a idéia de atribuir aos órgãos jurisdicionais administrativos a faculdade de controlar a correção, sob o ponto de vista da eqüidade e outros critérios de valor, da atividade da Administração, embora não a título de que apreciarão verdadeiros limites jurídicos. Se, até aqui, êrro estava em considerar limites jurídicos aquêles que eram simples critérios de valor, conveniências ou eqüidade, agora o êrro está em se considerar *natural* e exigido pelo sistema do Estado de Direito, de um modo geral, o contrôle de vícios confessadamente não jurídicos; isto é: o êrro está em confundir *Rechtsstaat* com *Justizstaat*. E' JELLINEK que contrapõe o *Ermessensfehler* à *Rechtswidrigkeit*.

---

90 Cfr. sôbre êste ponto *Gesetz, cit.*, pág. 331 e segs., e *Verwaltungsrecht, cit.* pág. 35 e segs.

Perfeitamente no têrmo da evolução geral da literatura germânica acêrca do problema dos limites do poder discricionário, encontra-se TEZNER. Vimos que, indo na senda do racionalismo legalista, êsse autor concluiu pela abolição quase completa do poder discricionário na Administração. No seu já citado escrito de 1911, *Das détournement de pouvoir und die deutsche Rechtsbeschwerde,* conclui, conseqüentemente, pela eliminação em termos absolutos do instituto do "desvio de poder", e por um alargamento do da "violação da lei". Os tribunais do contencioso administrativo terão perante si questões de direito e questões de fato, e nada mais. Não há, segundo TEZNER, nenhuma necessidade de introduzir na prática o instituto criado pela jurisprudência do Conselho de Estado francês. TEZNER acentua também o caráter *objetivo* dessa censura do contencioso administrativo, enquanto procura motivos puramente jurídicos, contídos na lei e determináveis por meio da interpretação : "o juiz administrativo não tem de ocupar-se com um exame do ato administrativo sob o ponto de vista do seu motivo imanente. A sua missão limita-se a determinar se um ato administrativo é ou não viciado no ponto de vista jurídico objetivo... Não desempenha nenhum papel a questão de saber se foram determinantes na sua emanação motivos condenáveis no ponto de vista disciplinar ou penal. Corresponda o ato administrativo em questão, a todos os respeitos, à ação legal, e será êle jurìdicamente inimpugnável". [91] O juiz administrativo não é nenhum *detetive,* investigador das intenções e íntimos objetivos da moral dos funcionários.

A doutrina francesa, por sua vez, não procura mais do que teorizar as decisões da jurisprudência administrativa, para sôbre elas proceder à construção jurídica correspondente ; doutrina e jurisprudência têm, pois, de ser avaliadas em conjunto. Na falta de textos legislativos, construiu-se tôda uma teoria das causas de anulação dos atos administrativos, [92] que, na sua forma atual, se resume em admitir os vícios de : *incompétence, violation des formes, violation de la loi e détournement de pouvoir.* [93] Mas, uma grave dúvida se le-

---

91 Cit. por JÖHR, *ob. cit.,* pág. 181-182.

92 Diz-se indiferentemente "les vices constitutifs de l'excès de pouvoir", "les causes d'annulation", ou "les ouvertures à recours", Cfr. JEAN APPLETON, *Traité élémentaire du contencieux administratif,* 1927, pág. 591.

93 Cfr. APPLETON, *ob. cit.,* págs. 591 e 592. JÈZE, desde 1911 (*Rev. de Droit Public,* pág. 286), admitia uma quinta abertura, o êrro de fato, que outros enquadram na violação da lei, e outros ainda no "détournement" (moralidade administrativa).

vanta na doutrina francesa: estamos nós em qualquer dêstes casos perante uma ofensa à *legalidade?* A opinião tradicional, filiada nas tradições do legalismo revolucionário, é de que, de fato, cada um dêsses vcios representa a violação de uma *norma*: "deve-se, pois, conservando a classificação tradicional, precisar-lhe alguma coisa os têrmos, e exprimi-la como segue: violação de uma lei de competência; violação de uma lei de forma; violação de uma lei de fundo; violação de uma lei de fim (*détournement de pouvoir*)." [94] Cremos que todo o excesso de poder se resume numa violação da lei". [95] Mas, se esta concepção não custa a aceitar em relação aos três primeiros vícios, é absolutamente discutível, quanto ao quarto, o *détournement de pouvoir*. Vejamos como se põe a questão.

Começa-se, na doutrina francesa tradicional, por assinalar que a Administração é detentora de certas faculdades discricionárias, mas que êsses poderes não são nem podem ser, no Estado moderno, arbitrários. Tem limites, tem restrições impostas pela *lei*: lei de competência, de forma, de fundo, de fim. [96] Mas há realmente uma limitação *legal* do poder discricionário, pelo lado dos fins da atividade administrativa? Em França começou a pôr-se o caso em dúvida, sobretudo a partir de HAURIOU [97] e a sua escola, nomeadamente com H. WELTER [98] e L. GOLDENBERG. [99]

HAURIOU parte de uma análise do conceito de "excès de pouvoir", em geral, e da sua origem histórica. "Êste recurso é contencioso, porque é levado à presença de um juiz público, o Conselho de Estado..., mas, em si, é um recurso hierárquico, primitivamente levado perante o Rei, que confiava o seu exame ao Conselho, e que, em seguida, se tornou contencioso... A jurisdição do excesso de

---

94 Cfr. MICHOUD, *ob. cit.*, pág. 77.

95 Cfr. APPLETON, *ob. cit.*, pág. 592. Cfr. também BONNARD, artigo citado, pág. 366, onde afirma que nos recentes desenvolvimentos do recurso por excesso de poder "nos mantemos absolutamente no contrôle da legalidade, pois que o Conselho de Estado apenas intervem no domínio da competência ligada". Cfr. ainda RÉGLADE, artigo citado, pág. 427; DUGUIT, *Traité*, II, 3.ª ed., pág. 390.

96 Sôbre esta forma de pôr o problema, confira, por exemplo, MICHOUD, *ob. cit.*, págs. 76 e segs.; MARCELLE WALINE, *Manuel élémentaire de Droit Administratif*, 2.ª ed., 1939, pág. 155 e segs.

97 Já em nota no *R. Sirey*, 17. 3. 25, ao arrêt Gomel de 4 de abril de 1914; *Police juridique et fond du droit*, in *Revue Trimestrielle du Droit Civile*, 1926; *Précis élémentaire de Droit Administratif*, 4.ª ed., revista por A. HAURIOU.

98 In *Le contrôle juridictionnel de la moralité administrative*, 1929.

99 *Ob. cit.*, págs. 119 "Rejeitamos, seguindo HAURIOU, a análise exclusivamente legalista do contrôle jurisdicional".

poder... é uma espécie de jurisdição pretoriana, que, misturando a ação hierárquica à ação contenciosa, ligando a moral e o direito, criou direito". [100] "O excesso de poder é uma espécie de delito profissional, cometido não em relação à lei, mas em relação a máximas profissionais, cujos postulados podem ir muito além do que as prescrições da lei... A noção de excesso de poder é muito mais extensa que a de legalidade; corresponde à moral que é mais extensa que o direito". [101] O pensamento de HAURIOU, partido desta premissa, tem tido várias formulações, bem diversas por vêzes. Assim, por exemplo, na nota ao "arrêt", GOMEL enquadrava na *moralidade* administrativa, alem do *détournement de pouvoir*, uma "cinquème ouverture au recours pour excès de pouvoir": o êrro de fato. Quanto ao *Précis* cit. ed. cit., o conceito de moralidade administrativa encontra-se no *détournement de pouvoir* e na incompetência *rationae materiae;* e os vícios de violação da lei de forma, incompetência *rationae personae,* e violação da lei, dizem respeito à violação do *direito existente*.

Mas, precisamente, em que consiste esta *moralidade* administrativa? Não é ela constituída por um domínio legal, pelos fins da lei? Responde-nos HAURIOU que não, porque "o espírito da lei é o limite a impor aos direitos no interêsse da justiça, o espírito da moralidade é a diretiva a impor aos deveres no interêsse do bem, havendo assim uma nítida distinção entre o que é justo e o que é bom". [102]

Os diferentes vícios, ou "ouvertures ao recours pour excès de pouvoir", são, na literatura francesa, a partir de MICHOUD, encarados como limites ao poder discricionário, e precisamente a inovação de HAURIOU consiste em ver, pelo menos em alguns dêsses vícios, e nomeadamente no *détournement de pouvoir,* qualquer coisa que ultrapassa a legalidade. A jurisprudência francesa, mais liberal que a legislação em que rigorosamente deveria basear-se, arranjara sutilmente um limite ao poder discricionário pelo lado dos fins, dos motivos ou móbeis da Administração. [103] A doutrina, perante êste comportamento da jurisprudência, procurou explicá-lo, e, sem que com tal devamos surpreender-nos, pois obedeceu ao espírito da época,

---

100 HAURIOU, *Précis,* cit. págs. 257-58.

101 HAURIOU, nota cit.

102 HAURIOU, *Précis,* ed. de 1927, pág. 419.

103 Cfr. GOLDENBERG, *ob. cit.,* págs. 163-164: "Não é apenas uma idéia de moralidade, é também uma concepção liberal que inspira esta jurisprudência. O indivíduo é o seu grande beneficiário".

que, já apontamos em outra altura, considerou o domínio dos fins como um domínio próprio da lei, plenamente intelectualizável, um domínio de certeza racionalista. Os fins foram considerados como fins *legais,* como matéria de legalidade. Ora, a verdade é que, no exercício do poder discricionário e dentro da sua esfera — a não-legalidade — limites legais não existem, porque discricionaridade já quer dizer: não legalidade. *O détournement de pouvoir* apareceu, assim, lògicamente, a HAURIOU, como qualquer coisa de estranho à legalidade, de pertencente ao próprio domínio da Administração e da sua conduta — da moralidade administrativa. [104] Ou seja, em têrmos ainda mais claros, ao domínio da própria discricionaridade. [105] Sôbre esta, nesse caso também, exercé-se um contrôle jurisdicional. A atitude da jurisprudência, imiscuindo-se no domínio dos móbeis da Administração, sem que texto legal algum lho permitisse e obedecendo apenas a exigências sociais e jurídicas, praticou verdadeira-

---

104 "O *détournement de pouvoir* consiste no fato de uma autoridade administrativa, que pratica um ato da sua competência, observando as formalidades, não cometendo qualquer violação da lei, usar do seu poder para fins e em vista de motivos diferentes daqueles para os quais e em vista dos quais êste poder lhe foi conferido, isto é, *diferentes daqueles que impõe a moralidade administrativa*... E' uma violação da boa fé, porque a Administração deve agir de boa fé, e isso faz parte da sua moral". Cfr. *Précis,* ed. A. HAURIOU, pág. 269.

105 WELTER distingue na atividade administrativa três domínios: o da *legalidade,* o da *moralidade,* e o da *oportunidade.* Cfr. *ob. cit.,* págs. 14 e segs. Primeiramente, "é evidente que, para se regular, o ato administrativo não deve ir contra as regras estabelecidas pelo direito positivo, e também que, pelo seu objeto, deverá, em princípio, ser sempre conforme às prescrições das leis e regulamentos". Sôbre a moralidade: "a apreciação acêrca do fim seguido por uma vontade livre, capaz de distinguir entre o bem e o mal, apresenta, antes de mais, o caráter de um juízo de moralidade. A preponderância do elemento *fim* é tão marcada, que devemos admitir que, logo que a Administração se limita pura e simplesmente a prosseguir a realização dos seus fins próprios, dentro das formalidades requeridas, e pelos processos administrativos regulares, a sua ação se impõe em certas circunstâncias — excepcionais, é certo — *fora de qualquer consideração de legalidade* da decisão tomada pelo agente administrativo". "Enfim... o ato administrativo... deve também ser oportuno... A oportunidade do ato dependerá geralmente da habilidade e da "hardiesse" do administrador... No estado atual do nosso direito, não existe nenhuma sanção jurisdicional da oportunidade dos atos administrativos". A distinção entre a oportunidade e a moralidade administrativas, proposta por WELTER, não se nos apresenta suficientemente esclarecida. Não se pode descobrir como é que, não sendo os *fins* enunciados pela lei, nem sequer de modo implícito, se possa afirmar que à Administração não cabe a escolha livre dos fins; e mais: que se fale em "règles de but". Mais que em qualquer outro autor, a noção de fim é em WELTER vaga e equívoca. De resto, a sua construção parte de uma teoria muito discutível: a teoria da "instituição", de GEORGES RENARD. Entre a legalidade e a discricionaridade não existe terceiro gênero: a legalidade representa-se pelos conceitos legais teoréticos, a discricionaridade pelos conceitos legais práticos. Cfr. sôbre a doutrina de WELTER, GOLDENBERG, *ob. cit.,* págs. 117-118, em sentido semelhante ao nosso. Para WELTER, cabem no conceito de moralidade administrativa o *détournement de pouvoir,* o êrro de fato e a incompetência *ratione materiae.*

mente o "coup de barre hardi", de que fala HAURIOU.[106] E o que não dizem explìcitamente nem HAURIOU nem WELTER, podemos todavia vêlo afirmado claramente na obra já várias vêzes citada de LEO GOLDENBERG: "o contrôle do *détournement de pouvoir implica, as mais das vêzes, para o juiz o exercício de um poder discricionário*". "Com efeito, quando se diz que a autoridade administrativa não pode servir-se do seu poder senão para o fim, em vista do qual êle lhe foi conferido, fica por dizer *qual é êsse fim*, e é ao juiz que pertence fazê-lo, porque a lei é quase sempre omissa a êsse respeito".[107]

Em Itália sustenta-se também que o poder discricionário não corresponde a puro arbítrio, que se trata de uma liberdade "limitada", condicionada. Por um lado, deve obedecer a todos os princípios de legalidade (*legittimità*), sem o respeito dos quais se origina o vício de "incompetenza" e de "violazione di legge", cujas definições são de certo modo idênticas às dos correspondentes vícios no direito administrativo francês. Mas a lei italiana do contencioso administrativo (art. 26 do texto único de 26 de junho de 1926, n.º 1.054, das leis sôbre o Consiglio di Stato) admite ainda um recurso fora dêstes fundamentos: um recurso com base em "eccesso di potere". Qual o significado dêste vício? Diz êle também, e só, respeito à "legittimità"?

Ora, primeiro que tudo, sempre se entendeu que dentro do "eccesso di potere" cabe o chamado *"straripamento di potere"*; ou, por outras palavras, sempre se entendeu que o *"straripamento di potere"* fôsse uma forma sintomática do "eccesso di potere". O "eccesso di potere", neste sentido, define-o a doutrina italiana como a "usurpação de um dos poderes do Estado para além dos limites assinalados pela ordem jurídica, como exercício de poderes atribuídos a órgãos de outra função do Estado ou não consentidos a nenhum dos poderes do Estado".[108] Êste foi o significado originário da expressão "eccessi di potere", e por certo tempo o único que lhe foi atribuído. Mas a jurisprudência italiana foi progressivamente alargando o significado da expressão, excogitando várias outras "formas sintomáticas" do "eccesso di potere", que são outros tantos "limi-

---

106 Cfr. HAURIOU, nota ao "arrêt" Grazietti, Sirey, 03.3.113.

107 Cfr. GOLDENBERG, *ob. cit.*, págs. 164-165. Cfr., no mesmo sentido, a obra recente de LACHARRIÈRE, *Le contrôle hierarchique de l'administration dans la forme juridictionelle*, 1938, pág. 102.

108 Cfr., por exemplo, O. RANELLETTI, *Le guarantigie*, cit., 4.ª ed., 1934, pág. 95.

tes" do poder discricionário. E é assim que o Conselho de Estado italiano, seguido pela doutrina, considera abrangido na noção de "eccesso di potere", além do *"sviamento di potere" o "travisamento dei fatti", o "difetto di motivazione", a "illogicità della motivazione"*, a *"ingiustizia manifesta"*, a *"contradittorietà con anteriori provedimenti nela stessa materia"*. [109]

De todos êstes vícios, incluídos no *"eccesso di potere"*, diz a doutrina dominante que êles são formas de ilegalidade, "illegitimità", do ato administrativo. E a razão dada é que cada uma destas figuras constitui, a seu modo, um "vício da causa" do ato administrativo. [110] Porém, a noção de "causa" do ato administrativo, que em Itália foi pela primeira vez profundamente analisada por CAMMEO, é das mais discutidas pela doutrina. Uma corrente subjetivista considera causa do ato o último dos seus motivos; uma corrente objetivista toma-a pelo "fim prático e concreto" de cada um dos atos administrativos. Neste sentido a tomou CAMMEO, o qual pôde dizer que, enquanto tradução de uma causa própria, todos os atos administrativos são "típicos" (tipicidade dos atos administrativos). [111] Mas começou-se já a reconhecer que a noção de causa, para explicar que o "eccesso di potere" se reconduz à "illegitimità", é insuficiente. [112] Chega-se hoje, dada a insuficiência desta explicação, a revolucionar tôda a construção tradicional do "eccesso di potere". Assim, um autor dos mais clarividentes, analisando as figuras até hoje englobadas nesse vício genérico, conclui que certas delas devem ser trans-

---

109 Cfr. RANELLETTI, *ob. cit.*, págs. 96 e segs.; FRANCESCO ROVELLI, *Lo sviamento di pottere*, in *Raccolta di Scritti di Diritto publico in onore di Giovanni Vacchelli*, 1938, págs. 453-54. Mas a enumeração das "formas sintomáticas" do "eccesso di potere" não é concorde na doutrina e na jurisprudência. Alguns indicam menos, por exemplo, ZANOBINI, *Corso* cit., I, págs. 343 e segs.; outros mais, por ex., C. VITTA, *ob. cit.*, I, pág. 378 e segs.

110 Cfr., por exemplo, VITTA, *ob.* e *vol. cit.*, pág. 378; CAMMEO, *Corso*, I. pág. 448; SALEMI, *La giustizia amministrativa*, 1938, pág. 225; BORSI, *La giustizia amministrativa*, 1938, pág. 42; RESTA, *La natura giuridica dell'eccesso di potere come vizio degli atti amministrativi*, in *Annali della Regia Università di Macerata*, vol. VIII, 1932, págs. 48 e segs.; PAPPALARDO, *L'eccesso di potere amministrativo seconde la giurisprudenza del Consiglio di Stato*, in *Studi in occasione del Centenario*, 1932, vol. II, pág. 429, e segs.; etc.

111 Sôbre a discussão à volta da noção de causa na doutrina italiana, P. BODDA, *La nozione di causa giuridica della manifestazione di volontà nel diritto amministrativo*, 1933; na doutrina francesa, cfr. VEDEL, *Essai sur la notion de cause dans le droit administratif*, 1934.

112 Cfr. neste sentido, ROVELLI, *ob. cit.*, pág. 457; M. S. GIANNINI, *Il potere*, cit., pág. 187.

feridas para a "violazione di legge", enquanto que as outras que se possam reduzir a um vício quanto ao "fim" do ato, permanecerão no "eccesso di potere", na sua figura de "sviamento di potere". [113]

É assim, ainda, que um dos autores italianos mais reputados pôde escrever que entre os vícios dos atos administrativos "alguns dizem respeito à causa jurídica, outros aos motivos, outros à determinação concreta"; que "entre os vícios que dizem respeito *aos motivos*, assume no direito administrativo importância decisiva o "eccesso di potere". E absolutamente fora da doutrina dominante, põe a "ingiustizia manifesta" fora dos vícios da legalidade, para a englobar nos vícios "di merito", isto é, de oportunidade, de discricionaridade. [114] E quando se não ousa dizer o mesmo do "sviamento di potere", [115] convém-se no entanto em que "non si può negare che si trata *di una zona di confine*". [116]

Finalmente, como se pode resolver o problema à face do nosso direito atual?

O nosso Código administrativo de 1896, no seu art. 326, estabelecia que "não é permitido aos tribunais do contencioso administrativo julgar, principal ou incidentalmente, questões sôbre a conveniência ou inconveniência das deliberações dos corpos e corporações administrativas". Consagrava-se assim o princípio geral da insindicabilidade do poder discricionário da Administração. Êsse mesmo artigo referia-se a dois *limites* à insindicabilidade jurisdicional do poder discricionário: a *incompetência* da entidade que emanasse o ato, e a *violação das leis ou regulamentos* administrativos.

O vício chamado "desvio de poder" não era referido pela nossa lei administrativa. Mas a jurisprudência, seguindo o exemplo dos tri-

---

113 Cfr. GIUSEPPINO TREVES, *La presunzione di legittimità degli atti amministrativi*, 1936, págs. 43 e segs.: "o excesso de poder italiano corresponde ùnicamente ao "détournement", quer dizer, identificar-se com o "sviamento" italiano, que, todavia, na prática tem assumido aspectos diversos do francês. Cfr. também ORLANDO, *Giustizia amministrativa*, no seu Tratatto, e D'ALESSIO, *Istituzioni*, cit., pág. 122.

114 Cfr. ZANOBINI, *ob. cit., vol. cit.*, págs. 341 e segs.

115 Sôbre o "eccesso di potere" ingenere, cfr. LUIGI RAGGI, in *Diritto Amministrativo*, I, 1938, pág. 164: "Sôbre o significado desta terceira categoria de vícios chegou-se hoje na doutrina a uma idéia unívoca, fazendo entrar nela a falta ou falsidade, ou ainda a ilicitude, da causa e o êrro nos motivos do ato administrativo. *Êstes implicam a necessidade de um exame no mérito* do ato administrativo, enquanto que, para estabelecer se realmente existia falta de causa ou êrro nos motivos, ocorre passar ao exame das representações subjetivas do órgão que emanou o ato". Está aqui o têrmo de uma evolução!

116 Cfr. G. TREVES, *ob. cit.*, pág. 51, e ainda o recente trabalho, já citado, de ROVELLI.

bunais franceses do contencioso administrativo, acabou por reconhecê-lo num caso ou noutro, [117] com aplauso da doutrina, [118] até que a própria lei (decreto n. 18.017, de 28 de fevereiro de 1930, art. 1.º, § 2.º, n. 2, e Reg. do Supremo Conselho de Administração Pública, aprovado pelo decreto n.º 19.243, de 16 de janeiro de 1931, art. 1.º § 2.º) o consagrou explìcitamente. Depreende-se dêstes textos que o conceito de desvio de poder seria o seguinte: um vício próprio do exercício das "faculdades discricionárias", consistindo no uso destas "fora do seu objeto e fim". Ao mesmo tempo, os diplomas ùltimamente citados elencavam também os vícios possíveis dos atos administrativos de um modo geral, e falavam, assim, de "incompetência", "excesso de poder", "violação de lei" e "ofensas de direitos fundados em leis, regulamentos ou contratos de natureza administrativa" (decreto n.º 18.017, art. 1.º; Reg. citado, art. 1.º, n. 3). [119] Referência aos três primeiros vícios fazem-na também o decreto n. 28.066, de 1 de outubro de 1937, o Regimento do Conselho do Império Colonial, art. 6.º, n.º 3, e o atual Código Administrativo no seu artigo 695. [120]

Êstes vícios foram definidos pela doutrina, nomeadamente pelo Prof. FÈZÁS VITAL.

Qualquer dos três vícios pode afetar um ato praticado no exercício das faculdades discricionárias. Isto é: êsse exercício está sujeito a determinados limites de competência, de lei de fundo ou de forma, e, finalmente, ao limite que consiste em não ser afetado de "excesso de poder". Tal como a jurisprudência e doutrina italianas, a nossa doutrina e jurisprudência consideram que no excesso de poder se compreende, antes de mais, a "usurpação de poderes", ou seja, a prática pela autoridade administrativa de um ato absolutamente estranho às atribuições da administração, considerada esta como uma das funções do Estado. [121] Como "usurpação de poderes", o "excesso

---

117 Cfr. MAGALHÃES COLAÇO, in *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, ano II, págs. 444 e segs.

118 Cfr. autor cit., *ob. cit.*, págs. 441 e segs., *O Direito*, ano 55.º, pág. 55.

119 De resto, a exemplo de leis anteriores, nomeadamente o Código de 1936, em vários artigos.

120 Sôbre se a "ofensa de direitos" constitui um vício característico dos atos administrativos, cfr. MARCELO CAETANO, *Manual* cit., pág. 504.

121 FÈZÁS VITAL: "Os conceitos de incompetência, excesso de poder e violação de lei, no direito administrativo português", in *Rev. de Leg. e de Jurisp.*, ano 55.º, págs. 177 e segs.; MARCELO CAETANO, *Manual* cit., págs. 506 e segs.

de poder" é ainda um vício suscetível de se encontrar em qualquer ato administrativo no qual se exerçam ou não faculdades discricionários — é um vício genérico. Mas, a doutrina portuguêsa e a jurisprudência têm também entendido, e hoje com claro apoio da lei (§ 2.º do art. 1.º do Reg. do Supremo Conselho de Administração Pública), que o vício de "excesso de poder" é um vício complexo, que, além da "usurpação de poderes", compreende ainda o chamado "desvio de poder". [122] E êste já não será um vício genérico, comum a todos os atos administrativos, mas especial para aquêles em que a autoridade beneficie de faculdades discricionárias. Trata-se, pois, de um *limite* ao exercício do poder discricionário, considerado, assim, como não inteiramente livre e arbitrário. "A mais lata discricionaridade nunca dispensa a autoridade que dela desfruta de prosseguir o interêsse geral. Todos os poderes na administração correspondem ao dever de servir a coletividade". [123] "O ato discricionário só é válido, se prosseguir um fim de interêsse público, e precisamente aquêle fim que a lei teve em vista ao conferir o poder ao órgão que o praticou". [124] O desvio de poder consiste exatamente "no exercício pela administração de um poder discricionário, com fim diverso daquele para que a lei o concedeu". [125]

Ora, como resolve a doutrina em Portugal a questão da natureza jurídica do "desvio de poder"? Cremos que sem discrepância a doutrina em Portugal se inclina para a solução segundo a qual o desvio de poder é um vício que diz respeito à *legalidade* dos atos administrativos. MAGALHÃES COLAÇO sustentou, logo que o problema do desvio de poder tomou importância entre nós, que o desvio de poder é uma verdadeira ilegalidade, "para não dizer mesmo, como me inclino aliás a sustentar, que êle é uma verdadeira e simples hipótese de *violação de lei*". O *fim* da lei é o mesmo que o seu *espírito*, e o espírito da lei faz parte da lei mesma, já que "a lei não é apenas, impassìvelmente, o seu texto definitivo". "O espírito da lei, o fim da lei, forma com o seu texto um todo harmônico e indestrutível, e a tal ponto, que nunca poderemos estar seguros do

---

122 Cfr. *Rev. de Leg. e de Jurisp.*, ano 55.º, pág. 178 e segs., MARCELO CAETANO, *ob. cit.*, pág. 567 e segs.

123 Cfr. MARCELO CAETANO, *ob. cit.*, pág. 498 e segs.

124 Cfr. MARCELO CAETANO, *ob. cit.*, pág. 499 e segs.

125 Cfr. M. CAETANO, *ob. cit.*, 507, e "Notas sôbre a jurisprudência administrativa: O desvio de poder", in *O Direito*, ano 71.º, pág. 194.

alcance da norma, se não interpretarmos o texto da lei de acôrdo com o espírito da lei". "Para que o ato dum funcionário seja irrepreensível sob o ponto de vista jurídico, torna-se indispensável que não tenha havido vício no fim que o agente se propôs ao praticar êsse ato; torna-se indispensável que o verdadeiro *fim da lei* tenha sido a causa da prática do ato". "Se êsse fim não se verificou, se o ato foi determinado exclusivamente por um fim diverso daquele que a lei teve em vista, ainda mesmo que o fim visado pelo autor não tenha sido um fim reprovado pelo direito, ou imoral, o ato será viciado de desvio de poder" (in *Boletim* cit., pág. 442 e seg.).

F. VITAL sustenta doutrina de certo modo idêntica. "O desvio de poder viola a lei no seu espírito, na sua finalidade, distinguindo-se da "violação da lei" como vício específico — desde que se trate da violação de uma lei de fundo — em que o ato viciado o é, nesse caso, não no seu fim, mas no conteúdo, no seu objeto, e seja qual fôr o motivo determinante". O fim do ato deve coincidir com o fim ou espírito da lei. Êsse fim corresponde ao *para quê* do ato e consiste na convicção existente no espírito do sujeito, de que, quando o ato jurídico fôr executado, nascerá para êle ou para outra pessoa uma situação que lhe facilitará ou assegurará a realização dum certo querer anterior ou posterior. E', portanto, um elemento de ordem puramente psicológica e subjetiva, uma representação, uma convicção, uma imagem, verdadeira ou falsa. Fim é o mesmo que *motivo determinante*. [126]

Finalmente, MARCELO CAETANO diz-nos que "o ato viciado de desvio de poder é aparentemente regular: o único dos seus elementos essenciais atingidos pela *ilegalidade* é o *fim*, que não é visado pela lei. Violou-se o *espírito da lei*". "De certo que os desígnios pessoais, os cálculos ambiciosos, as previsões que o agente faz, de si para si, no momento em que se determina a exprimir a vontade administrativa, para nada nos importam, uma vez que não desvirtuem o ato na sua finalidade (digamos) objetiva. Diferentemente sucede quando o ato, aparentemente regular, se revela, pelos motivos conhecidos e demonstrados, contrário ao espírito da lei e guiado por um fim que não é o do interêsse público inspirador do poder exercido". [127] O fim é, pois, aquêle interêsse público cuja realização a

126 Cfr. *Rev. de Leg. e de Jurisp.*, ano 55.º, págs. 178 e segs.
127 Cfr. MARCELO CAETANO, *Manual* cit., págs. 507 e 499.

lei tem em vista ao conceder a determinada autoridade certo poder de agir.

A nossa lei faz hoje exceção àquele tipo de sistemas de direito positivo mais comum, em que se não prescreve expressamente o contrôle jurisdicional do desvio de poder. E uma vez estabelecido legalmente êsse contrôle, põe-se o problema de determinar a sua natureza jurídica, talqualmente se põe naqueles sistemas que, como o francês ou o italiano, não prescrevem explìcitamente o contrôle referido, mas onde as respectivas jurisprudências, secundadas por parte da doutrina, o admitem.

A demonstração tentada entre nós, no seguimento de parte da doutrina francesa e italiana, de que o contrôle do desvio de poder é um contrôle de estrita legalidade, é assaz pouco convincente. Se com COLAÇO, se afirma que o *fim* da lei é um elemento da própria lei, afirma-se muito e demonstra-se pouco. Parece que a melhor doutrina sôbre o fim da lei, a *ratio legis*, consiste em considerá-la como aquêle conjunto de interêsses, exigências, relações, necessidades ou circunstâncias sociais em vista das quais a lei foi emanada, ou que a lei tem em vista, considerada objetivamente, e cujo conhecimento será porventura necessário para determinar o verdadeiro alcance da lei. [128] É apenas um recurso da interpretação da lei, [129] de nenhum modo um elemento da própria lei. E, de duas uma: ou estamos, de fato, perante uma norma, embora de alcance difícil de determinar, e então o fim da norma, o fim tido em vista pelo legislador, ou o quadro dos interêsses que a norma deve justamente regular, vêm, como elemento extrínseco, meta-jurídico, ajudar a determinar-lhe o exato comando; ou não estamos perante uma norma de sentido estável, estamos perante uma lacuna, ou perante uma região de discricionaridade, e nesse caso não se pode falar de fim *da lei*.

Lei, a bem dizer, nesse caso, não existe: o juiz ou o administrador socorrer-se-ão, tendo de julgar ou agir, do seu sentimento do direito, na forma a que em outro lugar aludimos: julgarão pela forma mais razoável, agirão da forma que julgarem mais conveniente e oportuna. [130] No caso da administração: aqui vigora a sua liberdade, o seu justo e bem orientado arbítrio. Aqui é a região onde vi-

---

128 Cfr. Dr. MANUEL DE ANDRADE, prefácio à sua tradução da *Interpretação e aplicação das leis*, de F. FERRARA, 1934, pág. 12, nota.

129 Cfr. Dr. MANUEL DE ANDRADE, *Ensaio sôbre a interpretação das leis*, 1934, pág. 28.

130 Cfr. também Dr. MANUEL DE ANDRADE, *ob. cit.*, pág. 123 e seg.

goram normas, mas normas não jurídicas,[131] insuscetíveis de contrôle jurisdicional, a não ser que a lei (ou qualquer outra fonte de direito) o consinta. Não é a nossa uma doutrina de "cepticismo excessivo", na expressão de PISANELLI a respeito da muito menos céptica doutrina de W. JELLINEK. E que o fôsse, não seria êsse um defeito, desde que aceitemos que em muitas coisas a melhor posição de verdade ainda é o cepticismo.

As idéias do professor F. VITAL sôbre o desvio de poder não diferem, literalmente, muito das de M. COLAÇO. Êle fala também do "fim da lei", do "espírito da lei", e não se lhe pode, por isso, opor nada de novo. Apenas se deve atentar em um ponto. Encontramos na sua exposição uma noção de fim, e essa noção é a noção de DUGUIT (*Traité*, vol. II, págs. 292 e segs.), e, tal como neste autor, o fim é uma idéia, uma representação, ou seja, um elemento *psicológico* (*Rev. de Leg. e de Jurisp.*, pág. 129 do ano 61.º), e não se compreende muito bem como um elemento psicológico do sujeito possa também constituir o "fim da lei". Da teoria assim formulada não se percebe com que coerência se pode chegar a uma vinculação da atividade discricionária. O fim não é uma representação, é um valor, pelo menos em certa medida. O professor português, indo na esteira de DUGUIT, BONNARD e WALLINE, parte duma análise dos *elementos* do ato administrativo, para ver em relação a quais dentre êles é possível o exercício de faculdades discricionárias, e conclui que, quanto ao fim (salvo na hipótese de certos atos em relação aos quais o ilustre professor se conserva na dúvida — *Revista* cit., págs. 145-146), não pode falar-se de poder discricionário. A conclusão lógica seria a de negar a discricionaridade, como faculdade de *livre* apreciação, em todo o direito administrativo, em todos os atos da administração, visto que, se os elementos se podem dissociar para uma análise intelectual, na prática formam um todo. Jamais se pode pensar em um ato referindo o nosso pensamento apenas ao seu objeto, porque o objeto supõe um fim: não se pode supor uma discricionaridade quanto ao objeto e uma vinculação quanto ao fim: se o fim é impôsto, é tal ou tal, o objeto será também impôsto, só podendo querer-se aquêle objeto, aquêle conteúdo que conduza à realização do

131 Cfr., em sentido algum tanto diferente, G. CODACCI-PISANELLI, *L'invalidità come sanzione di norme non giuridiche*, 1939, *passim*. O Dr. MANUEL DE ANDRADE. *Ensaio sôbre a interpretação das leis* (pág. 66, nota), para casos de um modo geral idênticos, fala vagamente de uma limitação pelas "disciplinas do espírito", que excluem o mero arbítrio.

fim. E não se diga que não tem de escolher o conteúdo que conduza a uma melhor realização do fim, que basta realizar o fim; pois que, se, podendo fazer-se o melhor, não se quer fazê-lo, comete-se um desvio de poder. Se há simples êrro na apreciação do fim melhor, a lógica da teoria do desvio de poder, como simples *ilegalidade* (objetiva), deverá conduzir também à anulabilidade. Quer dizer, em suma: a discricionaridade, na lógica da teoria do desvio de poder, tal como é apresentada pelo Professor FÈZÁS VITAL, não deve existir em direito administrativo. É, de resto, o que à face da mesma noção de *fim*, sustenta, em forma algum tanto equívoca (questão diabólica é a do poder discricionário...) DUGUIT, num texto já em outro lugar citado: "esta limitação da competência não só quanto ao objeto do ato, mas também quanto ao fim que o determina, constitui uma garantia muito forte contra a arbitrariedade dos agentes públicos. A conseqüência é, com efeito, que *nada mais é deixado à apreciação discricionária do agente administrativo*" (*Traité*, II, págs. 295-296). Mas esta parece não ser, de fato, a conclusão do Professor VITAL.

Por último, a definição de desvio de poder, como limite do poder discricionário, oferecida pelo Professor MARCELO CAETANO, clara em si, como as dos anteriores autores portugueses aos quais vimos de nos referir ligeiramente, suscita desde logo a mesma crítica que acabamos de fazer ao Professor VITAL. Êle parte também de uma diferenciação dos elementos do ato administrativo, e, segundo o seu conceito, "a competência de um órgão pode compor-se de poderes vinculados e de poderes discricionários, e até no mesmo ato pode haver discricionaridade quanto a certos elementos e vinculação quanto aos outros". Por sua vez, "a discricionaridade consiste numa faculdade de *livre* apreciação sôbre a conveniência e a oportunidade do ato, sua execução, sua forma ou seu conteúdo... O poder discricionário permite uma apreciação *pessoal* do agente a respeito dos motivos que o levam a agir, ou a dispensa de motivação expressa, deixada ao *critério do agente*. Não há, pois, caminho marcado para a formação da vontade administrativa, que *livremente* nasce segundo o juízo que, sôbre a conveniência e a oportunidade do agir, forma o indivíduo investido da função" (*ob cit.*, pág. 498). Mas eis que há um elemento, o elemento final, que não pode ser livremente escolhido.

"Um ato discricionário só é válido se prosseguir um fim de interêsse público, e precisamente aquêle fim que a lei teve em vista ao conferir o poder ao órgão que o praticou" (pág. 499). Mas, em nosso parecer, não se pode falar ao mesmo tempo e quanto ao mesmo ato, em liberdade, a respeito de certos elementos, e de vinculação quanto ao elemento final. A vinculação deve refletir-se sôbre todos os juízos a fazer na elaboração do ato, e outro tanto se pode dizer da liberdade. A doutrina exposta não é, pois, coerente .

E tanto o Prof. F. VITAL como o Prof. MARCELO CAETANO sustentam, como se viu, a inclusão do vício do desvio de poder na categoria "legalidade". [132] Ambos partem do princípio a que POMPEO BIONDI chama da "especialização funcional". [133] O órgão administrativo nasce para realizar "finalidades especialíssimas" do Estado; é escolhido e selecionado tendo em vista a realização de poderes e interêsses especiais. Tem cada ato um fim preciso, "nominal". Escreve o Prof. VITAL: "é evidente que tão *ilegal* se deve considerar a decisão tomada por uma autoridade fora das condições de que a lei faz depender a sua legitimidade, como a tomada por uma autoridade em vista de interêsses cuja defesa a lei não confiou, ou, confiando-lha, o fêz mediante a entrega de outros meios. Se, como diz HAURIOU, "chaque pouvoir administratif est enfermé dans la poursuite de son but propre", a ilegalidade do fim implicará necessàriamente a ilegalidade do ato ou decisão, visto o fim ser, como o objeto, um elemento essencial de todo o ato voluntário e indispensável à apreciação do seu valor social e jurídico" (*Revista* cit., ano 55.º, pág. 179). Isto quer dizer, portanto, que o ato afetado de desvio de poder é um ato *ilegal* e ilegal porque o agente não prossegue o *fim específico* impôsto pela lei, *aquela determinada categoria de interêsse público* tida em vista pelo legislador ao conferir à autoridade os poderes necessários para a emanação do ato. A doutrina portuguêsa vem, pois, assim, a encontrar-se perante as mesmas dificuldades que se levantam hoje na doutrina alemã, francesa e italiana, e a que já aludimos.

Vimos como a orientação mais recente na doutrina francesa e italiana é a de considerar o desvio de poder colocado numa zona fron-

---

132 Cfr., respectivamente, *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, ano 61.º, págs. 81 e segs., e *Manual*, cit., pág. 508.

133 Cfr. *La teoria generale della discrezionalità nella dottrina dello Stato moderno*, cit., pág. 345.

teiriça entre a legalidade e a discricionaridade, que em França se chama "moralidade administrativa", ou mesmo a de o considerar incluído na discricionaridade. Mas agora chega o momento de nós, tendo em conta a consagração legal do vício do desvio de poder pelo nosso direito administrativo, darmos dêle uma construção adequada, que responda a tôdas as dúvidas levantadas.

Recordemos as idéias que expusemos sôbre os conceitos de *legalidade e discricionaridade*, categorias irredutíveis e que enquadram, sem possibilidade de um terceiro gênero, tôdas as variantes de conceitos jurídicos, quer dizer, todo o direito formulado. Vimos como a legalidade se refere aos conceitos legais teoréticos, e a discricionaridade aos outros conceitos, únicos existentes além daqueles, os conceitos práticos ou de valor, que têm de existir nas normas para que estas sejam tais, isto é, gerais e abstratas. Recordemos a nossa noção de *Competência*. Vimos que a competência duma autoridade era um conjunto de interêsses, de atribuições que a lei lhe faz na forma de direitos e de deveres, e só essas. "Kompetenz ist das Recht und die Pflicht eines Beamten oder einer Behörde, innerhalb eines bestimmten Wirkungskreises, staatliche Befugnisse auszuüben". [134] A competência é um *poder* e um *dever* de realizar certas esferas ou círculos de atividades, de interêsses públicos. Bem entendido, êsses poderes e deveres são conferidos pela *lei*, por uma *norma*. Ora, êsses círculos legais de atividades e interêsses são definidos por conceitos e por êles delimitados. Não pode deixar de ser assim: trata-se de normas, e as normas, como sabemos, são a expressão de conceitos. Na medida em que êsses conceitos são conceitos teoréticos, a competência do órgão é uma competência absolutamente determinada em amplitude e extensão. O círculo de interêsses, todavia, pode não estar estritamente delimitado. A lei pode referir-se-lhes com expressões vagas que traduzem conceitos de ordem prática, e então não pode falar-se em interêsse público preciso, nominal, categorial. A autoridade age com extensa liberdade, "liberdade intelectual de apreciação"; [135] o interêsse público é suscetível de tomar feições diversíssimas e tôdas elas da competência da autoridade considerada. Se é perfeitamente definível, por ex., o conceito de "salubridade", não o é já, por ex., o conceito de "perspectiva monumental". Aqui só se

---

134 G. MEYER e G. ANSCHÜTZ, in *Wörterbuch des deutschen Staatsund Verwaltungsrechts*, de STENGEL e FLEISCHMANN, III, pág. 1.026.

135 Cfr. CHIOVENDA, *Principii di Diritto processuale civile*, 1923, § 13, pág. 294.

pode dizer o que no conceito não está abrangido, mas não o que êle compreenda. Todo conceito prático tem os seus limites, precisamente porque se trata de um conceito. A competência definida por meios dêstes conceitos sòmente pode ser delimitada por forma negativa, e não por forma positiva, como no outro caso. Quer dizer: a competência é, no primeiro caso, limitadíssima, no segundo mais ou menos extensa; no primeiro pode dizer-se o que ela é, no segundo apenas o que ela não é. Limites estreitos, interêsses perfeitamente indicados e circunscritos, por um lado, limites largos, afastados, interêsses latíssimos, fluriformes por outro mas sempre *limites*. E onde se podem estabelecer limites, está o *direito*, está a *legalidade*. E', pois, seguro que os limites da competência, tais como os definidos, estão compreendidos no conceito de legalidade. Mas: a competência é tôda a legalidade: "jede Verwaltungs-rechtsnorm erleilt — como nota Otto Mayer — einem Organ gewisse Befugnisse zum Handeln".[136] Eis, pois, que o vício do desvio de poder, para que possa enquadrar-se exclusivamente na legalidade, deverá dizer respeito "aos limites" da competência, ou à "matéria" desta quando definida por conceitos teoréticos.

Ora, exatamente, não é nova a teoria que reconduz o vício do desvio de poder à incompetência. Recordemos uma passagem da monografia de Michoud sôbre o poder discricionário muito expressiva a êste respeito: "o Conselho de Estado, de resto, não limitou o exame do fim apenas à questão do fim de interêsse geral. O administrador, a seus olhos, comete uma ilegalidade, não apenas quando age num interêsse privado, mas também quando age em vista de um interêsse coletivo diferente daquele que tinha o dever de prosseguir. Aí também o limite é um limite de legalidade, porque resulta de regras legais precisas, que são as *regras de competência*. Se, conforme a feliz expressão de Hauriou, cada poder administrativo está limitado à prossecução do seu fim próprio, então é que *não lhe é permitido dispor da sua competência* para a obtenção de um fim que nela não está contido" (*ob. cit.*, págs. 89 e 90). E talvez que a teoria, assim sub-reptícia e involuntàriamente introduzida no meio de con-

---

136 Cit. por Jöhr, *ob. cit.*, pág. 190. A competência tem, assim, o valor que outros dão à "violação da lei", de vício genérico. Sempre se exclui o "vício de forma". Os *limites*, note-se, da competência é que são questão de legalidade. Mas na própria *matéria* da competência há, em certas hipóteses, como acabamos de ver, larga margem de discricionaridade, e isto deve reter-se cuidadosamente. Pode dizer-se, pois: "na competência está tôda a legalidade".

siderações destinadas a provar uma tese diversa, se pudesse filiar, mais remotamente, em AUCOC e LAFERRIÈRE. Vamos, porém, mais adiante. Escreve JÈZE: "não se pode presumir que os agentes públicos usem dos seus poderes para atingir um fim diferente do que é visado pela lei orgânica da sua *competência*" (*Rév. du Droit Public*, 1922, pág. 520). E BONNARD: "quando a lei estabelece uma competência, fixa sempre duma maneira mais ou menos explícita o fim em vista do qual essa competência poderá ser exercida" (*Rév. du Droit Public*, 1923, pág. 391). Por sua vez, escreve APPLETON: "quando um administrador ao tomar uma decisão visa um fim diferente daquele em vista do qual os seus poderes lhe são conferidos, *sai verdadeiramente da sua competência*" (*ob. cit.*, pág 622). Incisivamente, R. ALIBERT: "vendo as coisas bem de perto, o desvio de poder é uma espécie de incompetência". [137] Também JÖHR: "também pelo lado dos fins a competência de uma autoridade é limitada" (*ob. cit.*, pág. 193).

Esta doutrina harmoniza-se perfeitamente com a concepção do "fim" do ato como "círculo objetivo de interêsses", "parcela do interêsse público", como "causa". Assim como também à face dela se compreende que, para que se anule um ato por "desvio de poder", seja suficiente uma violação *objetiva* da lei de fim, tal como se postula para a lei atributiva de competência; compreende-se que, tratando-se de uma ilegalidade, para que esta se verifique seja suficiente o objetivo desprêzo da lei — resultado de intenção ou de mera culpa ou êrro. [138] Nada mais há a fazer do que observar o ato no seu conteúdo e na sua motivação, e verificar se existe uma violação objetiva da norma que marca as finalidades da atividade administrativa, demonstrar que "a autoridade não tomou a decisão determinada pelo fim que a lei teve em vista ao atribuir-lhe a competência" (prova negativa).

Mas, se o desvio de poder é uma forma da incompetência, não se vê qual o interêsse da jurisprudência dos vários países, e entre nós também do próprio legislador, em enunciá-lo como ví-

---

137 Cfr. *Le contrôle juridictionnel de l'Administration au moyen du recours pour excès de pouvoir*, 1926, pág. 236.

138 Cfr. M. HAURIOU e GUILLAUME DE BÉZIN, *La declaration de volonté dans le droit administratif français*, in *Rev. trim. de droit civil*, 1903, págs. 547 e segs.; JOHR, *ob. cit.*, pág. 201; ALIBERT, *ob. cit.*, pág. 258, e F. VITAL, *Rev. de Leg. e de Jurisp.*, ano 55.º, pág. 196.

cio autônomo, compreendido no "excesso de poder". Para se falar de competência ou do seu contrário, a incompetência, é claro que é mister encontrarmo-nos perante *interêsses públicos,* isto é, interêsses que a lei confiou a qualquer das grandes funções do Estado : a legislação, a jurisdição, ou a execução. Se, além de um especial *interêsse público,* a autoridade realiza também um *interêsse particular,* seu ou de outrem, não é já *incompetente ;* nesse caso realiza uma duplicidade de interêsses : realiza um interêsse particular acessório, decorrente da realização de um interêsse público. Em tôda a atividade administrativa, como atividade pública, há isto de característico : existe em benefício da comunidade e, portanto, dos administrativos. O interêsse público vai partilhar-se entre os particulares, *difunde-se* sob a forma de vantagens singulares. O funcionário deve agir na zona do interêsse público que lhe é confiada, e aqui deve ainda agir, por assim dizer, sem a *consciência* de que o interêsse público se difunda parcialmente, injustamente, sem a intenção, sem o fim de beneficiar mais êste ou aquêle. Claro que a lei não pode ter mão na sua consciência, no seu pensamento, a não ser para o punir. A lei não pode regular a sua moral, a zona dos motivos do seu agir : pode, sim, confiar a outros agentes o poder de verificar até que ponto se afastam da "boa e justa administração", da "moralidade administrativa" e discricionàriamente anular os atos com cujos motivos não se harmonize a justiça. A zona dos "motivos", dos "fins", assim definida, é uma zona incerta, daquele gênero de incerteza que nós caracterizamos já como o mais próprio domínio da discricionaridade.

O desvio de poder cinde-se, pois, numa dupla natureza jurídica : ou cabe na incompetência, e se situa no domínio da *ilegalidade* (e é o caso, por ex., do desvio com objetivos ou interêsses financeiros ou fiscais, por parte de uma autoridade com poderes de polícia, isto é, com poderes relativos a fins de polícia) ; ou se refere à discricionaridade (e é o caso de desvio de poder com um fim de animosidade pessoal, de caráter privado, etc.). No primeiro caso a autoridade é incompetente ; no segundo é competente, mas a lei (ou outra fonte de direito) preocupa-se com os motivos à face dos quais se usa da competência conferida, concedendo a determinados agentes, com funções fundamentalmente hierárquicas, mas decidindo em forma contenciosa, o poder de vigiar a adaptação da atividade admi-

nistrativa a certas normas não jurídicas, a que se pode chamar normas de moralidade administrativa, ou de boa e justa administração.

A primeira forma de desvio de poder compreende-se que seja, como a incompetência de um modo geral e a violação de lei, um vício objetivo, isto é, que se pode verificar independentemente das intenções do agente. O segundo, vício moral, deve ligar-se à intenção, ao comportamento doloso do agente. A prova deve ser destinada, no segundo caso, a demonstrar *positivamente* que o agente agiu por um motivo administrativamente imoral; no primeiro, basta provar que o ato não teve em vista o interêsse público específico, enunciado pelo legislador: basta uma prova *negativa*. Êsse interêsse público constitutivo da competência tem uma tradução em motivos de fato, pressupostos ou condições do agir, que terão de realizar-se efetivamente, sob pena de nulidade do ato ou procedimento. A segunda forma de desvio de poder pode verificar-se, ou pela afirmação espontânea dêsse desvio no *dossier* do procedimento, ou será aparente através de formalidades prévias, informações, fundamentação... No direito administrativo francês, informa-nos HAURIOU do início de uma jurisprudência segundo a qual o Conselho de Estado pode ordenar um inquérito administrativo. [139-140]

A nossa jurisprudência tem aplicado com mais ou menos tato a doutrina francesa de desvio de poder, que em Portugal foi exposta pelos autores que referimos. Sôbre a questão de saber se a *intenção* é essencial para que se verifique o desvio de poder, ou se basta a culpa ou êrro, a jurisprudência não se decidiu, porém, ainda concretamente. [141]

---

139 Cfr. HAURIOU, *ed. cit.*, pág. 269.

140 A nossa doutrina sôbre o desvio de poder está contida em germe na passagem seguinte de M. WALINE, onde se vê que afloram dúvidas semelhantes às nossas acêrca da sua natureza: "Há de certo modo dois graus na apreciação feita pela administração quanto ao seu papel: 1.º, nunca deve esquecer-se de que é uma missão pública ou de interêsse que lhe está confiada, e deve respeitar a distinção de que falamos entre poder discricionário e poder arbitrário. Em caso algum deverá prosseguir um interêsse privado ou uma vingança pessoal; 2.º, não é bastante que prossiga um fim público; não está encarregado, efetivamente, de prosseguir qualquer fim público; êle está na administração especialmente encarregado de tal ou tal missão precisa, definida pela sua competência. *A primeira regra é sancionada pela anulação com base em desvio de poder* (móbil pessoal ou móbil político); *a segunda, pela anulação com fundamento em incompetência ou desvio de poder* (móbil fiscal, détournement de procédure) ou enfim com fundamento em violação de lei (êrro de direito). Cfr. *"Le Pouvoir Discretionnaire de l'Administration et sa limitation par le contrôle juridictionnel*, in *Rev. du Droit Public*, 1930, pág. 213.

141 Cfr. M. CAETANO, in *O Direito*, ano 71.º, artigo cit., pág. 194.

Quando o n.º 2.º do § 2.º do art. 1.º do Decreto n.º 18.017 já citado, que consagra expressamente o desvio de poder entre nós, o define como o "exercício de faculdades discricionárias fora do seu *objeto e fim*", nós poderemos, se bem o desejarmos, encontrar nesse texto apoio para a nossa doutrina do desvio de poder. Ou, por outra: devemos crer que ela se encontra consagrada pelas palavras dêsse texto legal. Êle quer dizer, simplesmente, que as autoridades administrativas devem agir apenas dentro do *objeto* estrito da sua competência, isto é, prosseguir a *esfera do interêsse público* que a lei lhes conferiu. E não só isso, mas que também necessitam de não tomar, como fim, ou seja, como *móbil*, um interêsse de determinados particulares — um interêsse particular de qualquer ordem.

Em teoria, seria mais lógica mesmo a doutrina segundo a qual essa vinculação ao objeto e ao fim legais — isto é, ao interêsse público e ao fim público — se pode entender como própria de tôda a atividade administrativa: todos os atos administrativos têm de ser praticados pela autoridade competente e sem motivos de moral administrativa reprováveis. Não porque em todos êles haja uma margem de poder discricionário, mas porque todos os atos administrativos têm de completamente observar a lei e a moral administrativa — a primeira tal como os tribunais a interpretam, a segunda tal como os tribunais a definem. [142]

Poderíamos pensar que a lei portuguêsa consagra esta doutrina. Mas a verdade é que há fazer-lhe restrições. Seria supor que ela quis quebrar os laços do parentesco que a ligam aos sistemas francês e italiano, tais como comumente são entendidos. Nestes, o desvio de poder é um vício característico e próprio do poder discricionário. [143] A nossa lei emprega a expressão "exercício de faculdades discricionárias". Uma interpretação só, excluída aquela, é possível, e deve considerar-se como a consagrada pela nossa jurispru-

---

142 A doutrina tradicional, segundo a qual o desvio de poder é um vício carecterístico e próprio do poder discricionário, resulta, assim, dum mau entendimento dêste último. O desvio de poder nasceu como limite jurisprudencial à teoria dos atos de pura administração, ou atos discricionários (cfr. JEAN LUDOVICI, L'évolution de le notion de Pouvoir discrétionnaire, 1937, págs. 41 e 78). Quando depois se reconheceu que não há atos puramente discricionários, mas sim uma certa margem variável de discricionaridade em todos os atos, aquêle vício passou dos "atos discricionários" para o "poder discricionário". A vinculação pelo "fim do ato", característica da teoria do desvio de poder, denuncia a sua antiga origem.

143 Contra, cfr. F. WODTKE, *"Der recours pour excès de pouvoir"*, 1912, que, numa análise exaustiva da jurisprudência francesa, conclui por admitir que o Conselho de Estado anula com base em desvio de poder no exercício da competência ligada.

dência : [144] a lei portuguêsa confere aos tribunais administrativos o contrôle contencioso, quanto ao fim não público da atividade administrativa, só quando esta se baseia em normas de competência de conteúdo ou matéria discricionária — ou seja, normas que incorporam conceitos práticos ou de valor, de limites jurídicos bastante largos — e não em todos os casos de competência, e também portanto de competência vinculada. Têm êsses tribunais a faculdade de apreciar êsses limites jurídicos — no que julgam sôbre legalidade ou competência (objeto) pròpriamente dita (1.ª forma do desvio de poder) — e de reprimir, anulando-as, as decisões tomadas com apreciação livre, discricionária, pela autoridade nos limites da sua competência, desde que se mostre evidente, pela forma dita, que ela se decidiu com um móbil (fim) não público (2.ª forma de desvio de poder). Êste último contrôle é, como vimos, puramente discricionário, e representa uma "Doppelverwaltung". Trata-se de um limite *estatuído,* não natural, do poder discricionário. Donde resulta que os limites jurisdicionais próprios do poder discricionário, que são apenas aquêles que uma exaustiva interpretação das normas legais pode determinar (os conceitos legais teoréticos, a *lei* — SCHEUNER), podem ser alterados pelos vários sistemas de direito administrativo, e foram-no, de fato, pelo nosso. [145]

Verdadeiramente, deve dizer-se que onde começam os *limites* acaba o que é limitado : se há pròpriamente uma limitação ao mesmo tempo discricionária e jurisdicional do poder discricionário além dos seus limites naturais, então isso significa que o poder discricionário termina realmente para as autoridades administrativas ativas mais aquém do que poderia naturalmente terminar : êsse, porém, que lhes tiram, vai para a administração contenciosa ; muda de titular.

Em conclusão : o poder discricionário — a discricionaridade — tem uma dimensão natural, que pode ser reduzida pelos vários sistemas positivos, mediante a criação de determinadas limitações ; essas limitações são, *materialmente,* de natureza hierárquica-administrativa interna ; *formalmente,* jurisdicionais. Um dêsses limites é uma das formas do desvio de poder, no sistema administrativo português.

---

144 Cfr. M. CAETANO, artigo cit., pág. cit.

145 Seria interessante fazer a aproximação da nossa doutrina, traçada à face do direito positivo, com a doutrina de LAUN, traçada, essa, como doutrina melhor. Verificar-se-ia, se a aproximação fôsse feita, o seu íntimo parentesco.