



UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS  
UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO  
CURSO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS

DINORAH DE SÁ DOS ANJOS

O DESVIO DE FINALIDADE COMO FATOR DE ILEGALIDADE DO ATO  
ADMINISTRATIVO

SOUSA - PB  
2008

DINORAH DE SÁ DOS ANJOS

O DESVIO DE FINALIDADE COMO FATOR DE ILEGALIDADE DO ATO  
ADMINISTRATIVO

Monografia apresentada ao Curso de Ciências Jurídicas e Sociais do CCJS da Universidade Federal de Campina Grande, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharela em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientadora: Professora Dr.<sup>a</sup>. Maria Marques Moreira Vieira.

SOUSA - PB  
2008

Dinorah de Sá dos Anjos

O DESVIO DE FINALIDADE COMO FATOR DE ILEGALIDADE DO ATO  
ADMINISTRATIVO

Monografia apresentado ao Curso de Ciências Jurídicas e Sociais, da Universidade Federal de Campina Grande, em cumprimento dos requisitos necessários para a obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Aprovada em \_\_\_\_ de \_\_\_\_\_ de 2008.

COMISSÃO EXAMINADORA

---

Profa. MSc. Maria Marques Moreira Vieira - UFCG  
Professora Orientadora

---

Nome – Titulação – UFCG  
Professor(a)

---

Nome – Titulação – UFCG  
Professor(a)

À Deus, idealizador da minha vida, minha rocha inabalável, minha torre forte, meu Senhor e Rei.

A meus pais que acreditaram em meu potencial e sempre investiram na minha formação.

Dedico.

## AGRADECIMENTOS

A **Deus**, que é tudo na minha vida e sempre será minha inspiração a prosseguir.

A minha **Família** pelo apoio e incentivo e por ser o instrumento que Deus utilizou para que esse sonho se tornasse realidade.

A minha **Orientadora** Maria Marques Moreira Vieira figura humana ímpar, que merece o meu reconhecimento e agradecimento por dividir comigo seu saber jurídico.

Aos **Professores da Universidade Federal de Campina Grande – UFCG**, pelos ensinamentos, contribuindo, assim, para uma ampliação dos meus conhecimentos.

À **Universidade Federal de Campina Grande – UFCG** por ter dado a oportunidade de ampliar o meu saber.

A todas as pessoas que, direta ou indiretamente, ajudaram no meu crescer.

“Fiz o melhor que pude na corrida, cheguei até o fim, conservei a fé”. (II Timóteo 4:7)

## RESUMO

A atuação do agente público fica inteiramente atrelada à vontade da lei, que delimitará a finalidade do ato administrativo. Não há liberdade de opção, mas sim, comandos legais a serem respeitados como forma de garantir uma adequada gestão das atividades públicas e assegurar aos administrados o direito a uma boa administração, com honestidade e probidade. Sendo assim, inexistente ação administrativa sem interesse coletivo ou desviada de seu fim previamente estabelecido pelo ordenamento jurídico. Destarte, configura-se o abuso de poder quando a utilização do ato administrativo é feita fora dos limites legais, ou sem utilidade pública, bem como, quando houver omissão do agente que tem o dever de atuar. Dessa forma, a utilização de finalidade diversa daquela constante na lei caracteriza o desvio de finalidade, fato que, por si só, torna o ato nulo, pois contaminado pelo vício da ilegalidade. Podendo ser anulado pela própria Administração ou pelo Poder Judiciário quando submetido à sua apreciação. Portanto, não é suficiente à autoridade agir para atender qualquer fim de interesse público, mas sim, deve considerar, única e exclusivamente, o fim perfeitamente determinado que é aquele para o qual lhe foi atribuída competência. A presente pesquisa utiliza o método bibliográfico bem como o método exegético-jurídico. Tem como objetivo geral investigar os princípios que informam a Administração Pública, enfatizar a importância de alguns indícios e circunstâncias que são imprescindíveis para identificar se o ato é legal ou não. Verificar a difícil comprovação do desvio de finalidade pelo particular já que a prova tem de ser inequívoca. Tem, ainda, como objetivo específico demonstrar que a finalidade é requisito ou elemento indispensável à validade de todo e qualquer ato administrativo. E assim compreender o desvio de finalidade como fator de ilegalidade do ato administrativo.

Palavras-chaves: Impessoalidade – Desvio de Finalidade - Ilegalidade

## ABSTRACT

The public agent's performance is entirely harnessed comfortable of the law, that will delimit the purpose of the administrative act. There is not option freedom, but, legal commands be respected her as form of to guarantee an appropriate administration of the public businesses and to assure to those administered the right to a good administration, with honesty and honesty. Being like this, administrative action previously inexists without interest collective or diverted of your end established for the juridical orderly. Fearless, the abuse of power is configured when the use of the administrative act is made out of the legal limits, or without public usefulness, as well as, when there is the agent's omission that has the duty of acting. In that way, the use of several purpose of that constant one in the law characterizes the purpose deviation, fact that, by itself, it turns the act null, because polluted for the addiction of the illegality. Could be annulled by the own Administration or for the Judiciary Power when submitted to your appreciation. Therefore, it is not enough to the authority to act to assist any end of public interest, but yes, it should consider, only and exclusively, the end perfectly certain that is that for which was attributed him competence. To present research it uses the bibliographical method as well as the exegetic-juridical method. He has as general objective to investigate the beginnings that inform the Public Administration, to emphasize the importance of some indications and circumstances that are indispensable to identify the act is legal or not. To verify the difficult proof of the purpose deviation for the matter since the proof has to be unequivocal. He has, still, as specific objective to demonstrate that the purpose is requirement or indispensable element to the validity of whole and any administrative act. It is like this to understand the purpose deviation as factor of illegality of the administrative act.

Key words: Impersonality – Desviation of Purpose – Illegality



## SUMÁRIO

RESUMO.....	06
ABSTRACT.....	07
INTRODUÇÃO.....	09
<b>CAPÍTULO 1 PRINCÍPIOS INFORMADORES DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA</b>	<b>12</b>
1.1 Princípio da legalidade.....	13
1.2 Princípio da impessoalidade .....	14
1.3 Princípio da moralidade .....	15
1.4 Princípio da publicidade .....	17
1.5 Princípio da eficiência.....	19
1.6 Princípio da finalidade.....	19
1.7 Princípio da supremacia do interesse público .....	20
1.8 Princípio da razoabilidade e proporcionalidade.....	22
<b>CAPÍTULO 2 FINALIDADE COMO ELEMENTO ESTRUTURAL DO ATO ADMINISTRATIVO.....</b>	<b>26</b>
2.1 Estrutura do Ato Administrativo.....	26
2.2 O poder Administrativo quanto a liberdade para a prática do ato.....	29
2.2.1 Poder vinculado .....	30
2.2.2 Poder discricionário.....	31
2.2.3 Limites ao poder discricionário.....	34
2.3 Vícios na estrutura do ato que caracterizam sua invalidação .....	35
<b>CAPÍTULO 3 O DESVIO DE FINALIDADE COMO FATOR DE ILEGALIDADE DO ATO ADMINISTRATIVO.....</b>	<b>39</b>
3.1 Finalidade.....	39
3.2 Teorias relativas ao elemento fim.....	41
3.3 Abuso de poder.....	42
3.3.1 Conceito de abuso de poder .....	43
3.3.2 Excesso de poder .....	44
3.3.3 Desvio de finalidade .....	44
3.4 Prova do desvio de finalidade .....	46
3.5 Os indícios do desvio de finalidade.....	48
3.6 Ilegalidade configurada no desvio de finalidade.....	50
<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS .....</b>	<b>54</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....</b>	<b>56</b>

## INTRODUÇÃO

Levando em consideração a importância que reveste o disciplinamento do ato administrativo pelo ordenamento jurídico brasileiro, tem-se como objeto de estudo O Desvio de Finalidade como Fator de Ilegalidade do Ato Administrativo, pois, todo ato deve ser praticado em atendimento ao interesse público eleito pelo legislador, isto é, não basta o ato ser praticado para atender o coletivo, ele tem que atender o fim definido pela lei. Percebe-se ante o exposto, que deverá o agente público no exercício de suas atribuições atender aos interesses da coletividade, porém adotando conduta para a qual lhe foi atribuída competência. Ficando portanto o administrador público vinculado à vontade legislativa.

Além do interesse público genérico, portanto, há também um interesse público específico, vinculado a competência administrativa. Desvirtuar-se da finalidade legal específica implica em descumprimento do comando legal, incorrendo no vício denominado de desvio de poder ou de finalidade, já que não existe lei que não se destine a uma finalidade de interesse público. Sendo assim, o ato administrativo viciado pelo desvio de poder, por se tratar de ilegalidade, ensejará a sua anulação.

A presente pesquisa tem como objetivo geral investigar os princípios que informam a Administração Pública, enfatizar a importância de alguns indícios e circunstâncias que são imprescindíveis para identificar se o ato é legal ou não. Verificar a difícil comprovação do desvio de finalidade pelo particular já que a prova tem de ser inequívoca. Tem, ainda, como objetivo específico demonstrar que a finalidade é requisito ou elemento indispensável à validade de todo e qualquer ato administrativo. E assim compreender o desvio de finalidade como fator de ilegalidade do ato administrativo.

Não se pode desmerecer a amplitude do enfoque proposto e os riscos metodológicos de tal aplicação. Portanto, a pesquisa desenvolveu-se com a utilização do método bibliográfico para a formatação do referencial teórico empregado no decorrer de todo o

trabalho. Bem como do emprego do método exegético-jurídico na análise das preposições normativas relativas ao tema.

Desenvolveu-se o trabalho em três capítulos. No primeiro será analisado os princípios basilares norteadores e informadores, que conseqüentemente regem o disciplinamento da ação administrativa no âmbito brasileiro. Dentre eles se destacam os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, consubstanciados no art. 37 da Carta Magna de 1988, por conseguinte, a finalidade, a supremacia do interesse coletivo, a razoabilidade e proporcionalidade.

No segundo capítulo será apresentado a estrutura do ato administrativo e suas formas de desconstituição para que se entenda de maneira específica a finalidade como um dos elementos ou requisitos desse ato e será abordado os limites que se impõe ao poder discricionário a começar pela diferenciação entre os Poderes Vinculado e Discricionário.

No terceiro capítulo será dada ênfase ao elemento finalidade, que retrata o interesse público. Será esclarecida que a finalidade pode ser entendida em *lato* ou *strictu sensu*. Este ressalva a delimitação expressa pela lei para cada ato em particular, enquanto, aquele, por sua vez, versa sobre a satisfação do interesse público em geral. Analisará de forma objetiva duas teorias que tentam explicar o papel do elemento fim como integrante do ato administrativo. Tratará do abuso de poder que possui primazia indiscutível para a culminação do assunto central da monografia, abordando os traços diferenciais entre abuso, excesso e desvio de poder. Ilustrará a dificuldade da comprovação do desvio de finalidade. Acontece que, muitas vezes, o agente oculta sua real intenção, tentando de todas as maneiras fazer com que o ato pareça legal ou atrelado ao interesse público. Diante disso, se destacará a importância de alguns indícios e circunstâncias capazes de identificar a legalidade ou não do ato. Por fim, conceituar-se-á ilegalidade, e de maneira sintética, tratará da anulação e cassação como forma de invalidação dos atos administrativos eivados de vício, por não observar os ditames legais.

E apresentará a convalidação como forma de sanar o ato administrativo ilegal.

Dessa forma, como síntese de toda a exposição, resta assinalar que, o presente estudo cinge-se à contribuição para um melhor repensar sobre o desvio de finalidade como fator de ilegalidade do ato administrativo.

## CAPÍTULO 1 PRINCÍPIOS INFORMADORES DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Evidencia-se na atual estruturação do estado brasileiro que os princípios assumiram um papel relevante como informadores da ordem jurídica constitucional e administrativa. Moreira Neto (2003, p. 74), assevera que:

O declínio do positivismo jurídico que havia levado o formalismo e o dogmatismo jurídico à excessiva preeminência, minimizando a necessidade e a importância dos princípios, permitiu o ressurgimento de seu emprego, explicitando, destacando e realçando valores, finalidades e interesses, como vigas mestras da convivência social, e por isso, de direito, refletindo-se nas legislações e nos próprios textos constitucionais, como destacadamente, no caso brasileiro.

Como o objeto de investigação deste trabalho é o desvio de finalidade como fator de ilegalidade, necessário se faz uma análise preliminar dos princípios que informam a Administração Pública para que se possa ter uma compreensão pontual da finalidade que ao tempo que se constitui um princípio é também elemento estrutural do ato administrativo, configurando por excelência o atuar da Administração Pública, que se realiza na função administrativa estabelecendo uma relação com os demais princípios norteadores dessa atividade do Estado.

Destarte, não se pode tratar do desvio de finalidade sem antes fazer uma análise geral dos princípios essenciais e informadores de toda e qualquer atividade da Administração Pública, uma vez que constituem os alicerces da ação administrativa. Tais princípios estão consubstanciados, principalmente, no art. 37, *caput*, da Constituição Federal quando diz que a administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, sendo vedado ao administrador público se esquivar de sua observância.

Estes princípios não são os únicos a serem considerados na seara do Direito

Administrativo. Existem outros que também são de fundamental importância tanto na elaboração, como também na aplicação das normas legais. Dentre eles, merece destaque, o da finalidade, o da supremacia do interesse público sobre o particular, da razoabilidade e da proporcionalidade. A observância desses preceitos visa orientar o agente administrativo na prática dos seus atos, bem como, assegurar uma adequada gestão dos negócios públicos de maneira a utilizar os recursos no interesse da coletividade. Além disso, garante aos administrados o direito a uma boa administração, com honestidade e probidade.

Portanto, analisa-se de forma sucinta e objetiva cada um desses princípios jurídicos.

### 1.1 Princípio da legalidade

Entende-se por princípios as idéias básicas norteadoras de determinado sistema jurídico, que define suas diretrizes e possibilita uma maior compreensão do modo como se organizam todos os atos e atividades administrativas. Será dado inicialmente destaque ao Princípio da legalidade que refere-se à submissão do ato administrativo ao texto legal, seja de forma explícita, como também, implícita, à letra ou ao espírito. Assim, a Administração só atuará quando permitida, concedida ou deferida pela lei.

Aduz-se que, o princípio da legalidade constitui suporte básico no qual se encontra estabelecido o Estado de Direito, onde vigora o império da lei. Através desse princípio, toda atividade administrativa está condicionada ao atendimento da lei para que possua eficácia, caso contrário, o ato será inválido. A lei é que fixará quais as garantias individuais a serem observadas, bem como, definirá os limites da atuação administrativa quando da restrição da utilização desses direitos em função do interesse coletivo. Assim, o administrador público deverá sempre se pautar na lei ao desempenhar sua função.

Inserir-se no art. 5º, inciso II da nossa Carta Magna explicitamente o princípio da

legalidade voltado a proteção dos particulares contra o Estado: “Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. Daí pode-se concluir que cada indivíduo possui autonomia de vontade, isto é, tem a liberdade de fazer ou não fazer tudo o que a lei não proíbe. Nesse caso, o princípio da legalidade busca, sempre que possível, prestigiar a livre atuação das pessoas, para que possam agir conforme seus próprios interesses. Apenas quando incompatíveis com os interesses coletivos é que se limita a atuação do particular. (BASTOS, 1999).

Entretanto, não se deve estender esse entendimento à Administração Pública. Não há o que se falar em liberalidade do agente administrativo em escolher como agir. Inexiste princípio de liberdade a ser obedecido, mas simplesmente, comandos legais a serem respeitados. A vontade da Administração é a vontade expressa na norma legal. Assim, far-se-á, apenas, aquilo que for determinado pela lei. Na falta de previsão legal o agente público não poderá atuar, sob pena de invalidação do ato.

É de ressaltar-se ainda que o princípio da legalidade não se confunde com o da reserva da lei. Este estabelece que a regulamentação de determinadas matérias está adstrita à lei; enquanto aquele significa submissão ao império legal. (ROSA, 2005).

## 1.2 Princípio da impessoalidade

Dentro da seara de princípios disciplinadores da Administração Pública também merece destaque o princípio da impessoalidade, pois o mesmo determina que o agente administrativo pratique o ato apenas para o seu fim legal, ou seja, aquele expresso ou implícito indicado pela norma de Direito como objetivo do ato. Sabe-se que a finalidade de toda atividade administrativa é o interesse público, assim, é vedado ao Poder Público buscar outro propósito senão aquele determinado pela lei sob pena de invalidação.

Contudo, não se pode entender a impessoalidade apenas sobre esse aspecto. É importante ressaltar que ele impede que o ato seja exercido com intuito de atender, exclusivamente, a interesses do agente ou de terceiros. Busca-se, com esse princípio evitar perseguições ou favorecimentos que objetivem beneficiar pessoas determinadas. Nesse contexto, veda-se, também, a vinculação do ato à pessoa do agente que o praticou.

Para evitar que o ato esteja atrelado à pessoa do agente público a Constituição apresenta disposições com intuito de eliminar promoções pessoais de autoridades ou servidores públicos sobre suas realizações administrativas. De grande importância o que estabelece o § 1º do artigo 37 da constituição Federal, *in verbis*:

**A publicidade dos atos, programas, obras, serviços e campanhas dos órgãos públicos deverá ter caráter educativo, informativo ou de orientação social, dela não podendo constar nomes, símbolos ou imagens que caracterizem promoção pessoal de autoridades ou servidores públicos. (Grifo nosso)**

Em determinadas situações o interesse público pode coincidir com o de particulares. É o caso, por exemplo, dos atos administrativos negociais e nos contratos públicos, onde é lícito ajustar a pretensão do particular com o interesse coletivo. Todavia, o que não se admite é que o ato administrativo seja desvirtuado do interesse público, que seja utilizado por conveniência para a Administração, com intuito de beneficiar terceiros em detrimento da coletividade.

Para Meirelles (2005, p. 92), o princípio da impessoalidade está relacionado ao princípio da finalidade, pois a finalidade se traduz na busca da satisfação do interesse público, interesse que se subdivide em primário (conceituado como o bem geral) e secundário (definido como o modo pelo quais os órgãos da Administração vêem o interesse público).

### 1.3 Princípio da moralidade

A atuação da Administração Pública não deve se pautar, apenas, pelo estrito



cumprimento da legalidade. Há de se observar, ainda, os princípios éticos, morais, agindo sempre com honestidade, boa-fé e lealdade como corolários de uma boa administração e de Justiça. Dessa forma, resta imprescindível, para uma melhor compreensão da moralidade administrativa, a sua distinção com a moral comum.

Segundo Hariou (1930) citado por Madeira (2006, p. 23),

A moralidade administrativa, que nos propomos estudar, não se confunde com a moralidade comum; ela é composta por regra de boa administração, ou seja: pelo conjunto de regras finais e disciplinares suscitadas, não só pela distinção entre o Bem e o Mal, mas também pela idéia geral de administração e pela idéia de função administrativa.

Cumprir-se, que apesar de serem elementos diferentes e inconfundíveis, a moral comum e a administrativa não podem ser vislumbradas enquanto esferas estanques, pois, o contexto da boa administração tende a ser influenciada por preceitos da moral comum.

Sendo assim, ao exercer o controle da legalidade de determinado ato administrativo, não basta simplesmente verificar sua adequação com a lei, é imprescindível que ele também esteja em conformidade com a moral administrativa e o interesse público. Todavia, os instrumentos de controle dos atos administrativos limitados a apreciação dos aspectos de legalidade, são ineficazes. Acontece que, muitas vezes, o agente busca, sob o véu da legalidade, atingir fins e obter vantagens inteiramente alheias ao espírito do sistema jurídico-democrático. Portanto, para viabilizar a eliminação de tais atos, apesar de aparentemente lícitos, criou-se a teoria do abuso de poder que trouxe para a seara jurídica uma discussão sobre a importância de uma conduta ética e honesta por parte dos administradores públicos.

Ensina Di Pietro (2005, p. 78):

Conforme assinalado, a imoralidade administrativa surgiu e se desenvolveu ligada à idéia de desvio de poder, pois se entendia que em ambas as hipóteses a Administração Pública se utiliza de meios lícitos para atingir finalidades metajurídicas irregulares. A imoralidade estaria na intenção do agente. Essa a razão pela qual muitos autores entendem que a imoralidade se reduz a uma

das hipóteses de ilegalidade que pode atingir os atos administrativos, ou seja, ilegalidade quanto aos fins (desvio de poder).

Entretanto, destaca-se que o princípio da moralidade e o princípio da legalidade não se confundem. No primeiro, pretende-se ajustar a ação da Administração Pública de acordo com uma conduta ética, moral; enquanto que o segundo cuida da sua adequação com o ordenamento jurídico em vigor. Um ato pode ser legal sem necessariamente ser honesto. De tal modo, incumbe ao agente verificar não apenas o que se encontra expresso em lei na frieza de sua letra (legalidade), faz-se mister diferenciar o honesto do desonesto de maneira a respeitar a ética e os bons costumes.

Quando se contempla a finalidade de todo e qualquer ato administrativo, que reside na satisfação do interesse público, verifica-se a presença de um forte conteúdo ético no âmbito da Administração Pública. Portanto, a moralidade administrativa implica numa ética na gestão da coisa pública, estando intimamente ligada a idéia de probidade, uma vez que se o agente administrativo não observar este princípio recairá nos atos de improbidade, cujas sanções estão consubstanciadas no artigo 37, § 4º da Constituição Federal, *in verbis*:

Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.

Conclui-se, desta forma, que inobservados os padrões éticos de probidade, decoro e boa-fé administrativa pelo agente público, o ato praticado será inválido.

#### 1.4 Princípio da publicidade

Outro princípio de grande relevância é o da publicidade. Consiste no dever que tem o Poder Público de cientificar os particulares das atividades administrativas, principalmente divulgando aqueles atos que produzirão efeitos fora dos órgãos da Administração. Decorre do

fato de que à Administração compete a gestão da coisa pública, portanto, deve atuar com transparência e clareza, garantindo aos cidadãos acesso aos registros públicos.

Exsurge-se que a publicidade não é um requisito de forma do ato administrativo, mas, apenas, uma condição para que tenha eficácia. Deste modo, o ato só produzirá seus efeitos a partir da sua publicação que pode ser tanto no Diário Oficial, como também através de edital afixado no lugar onde se procede a divulgação dos atos públicos, pois, só assim, considera-se que o ato tornou-se conhecido aos administrados. Via de regra, a publicidade é obrigatória. Entretanto, em algumas hipóteses previamente definidas pelo ordenamento jurídico admite-se o sigilo, como ocorre, por exemplo, nos casos de segurança nacional. Isto se deve ao fato de que a divulgação do ato ocasionaria um prejuízo ainda maior para a coletividade. (MEIRELLES, 2005).

Na prática, muitas vezes percebe-se que alguns atos administrativos são elevados à categoria de sigilosos quando na realidade devem ser publicados. Nesse caso, verifica-se a atuação de inescrupulosos que tentam locupletar-se ilicitamente em detrimento do patrimônio público, desprezando o princípio da publicidade. De outro lado, a publicidade assegura ao interessado o direito a obter informações, certidões e atestados da Administração. É o que se pode verificar no artigo 5º, XXXIII da Carta Magna.

Todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado.

A publicidade justifica-se como forma de garantir o controle da atividade administrativa pelos particulares, pois se eles não tivessem conhecimento do ato não poderiam impugná-los quando lesados em seus direitos. Esse controle pode ser exercido por meio de ação popular, mandado de segurança, direito de petição, *habeas data*, etc.

### 1.5 Princípio da eficiência

O princípio da eficiência foi introduzido na Constituição Federal pela Emenda nº 19/98 visando assegurar que a Administração Pública exerça suas atividades com maior qualidade, presteza e rendimento funcional.

Morais (2006, p.300) define o princípio da eficiência da seguinte maneira, senão vejamos:

É aquele que impõe à Administração Pública direta e indireta e a seus agentes a persecução do bem comum, por meio do exercício de suas competências de forma imparcial, neutra, transparente, participativa, eficaz, sem burocracia e sempre em busca da qualidade, primando pela adição dos critérios legais e morais necessários para a melhor utilização possível dos recursos públicos, de maneira a evitar-se desperdícios e garantir-se uma maior rentabilidade social.

O que se pretende, portanto, é que o Estado otimize o seu agir de maneira a melhor desempenhar os fins estimados pela coletividade da forma mais rápida e mais econômica possível. No plano interno da Administração, como forma de se primar pela eficiência, o servidor público é submetido a uma avaliação periódica de desempenho para verificar se ele exerce suficientemente suas funções. Além disso, como medida em busca da eficiência na Administração Pública, dilatou-se o estágio probatório para três anos.

### 1.6 Princípio da finalidade

A finalidade do ato é seu intento finalístico, é o norte da correta aplicação da lei. Todo ato administrativo procura atingir uma finalidade de interesse da administração pública. Tem-se que o princípio da finalidade exige que o ato seja praticado sempre com finalidade pública.

Deve-se ressaltar que o que explica, justifica e confere sentido a uma norma é precisamente a finalidade a que se destina. A partir dela é que se compreende a racionalidade

que lhe presidiu a edição. Logo, é na finalidade da lei que reside o critério norteador de sua correta aplicação, pois é em nome de um dado objetivo que se confere competência aos agentes da Administração.

O princípio da finalidade não é apenas uma decorrência do princípio da legalidade, é inerência dele, correspondendo à aplicação da lei em conformidade com sua razão de ser, do seu objetivo. Portanto, a finalidade seria um elemento da própria lei, é o fator que proporciona entendê-la. (MELO, 2000). Sendo, assim, a finalidade encontra-se intimamente ligada a legalidade na medida em que para que o ato administrativo seja legal é necessário que se atente para o espírito da lei. Falando-se assim em finalidade legal que é a congruência da finalidade e da legalidade.

Este princípio proíbe que o ato administrativo venha a ser praticado sem interesse público ou conveniência para a administração, ansiando exclusivamente a atender interesses privados, por nepotismo ou enalço dos agentes da administração pública. Quando o administrador age em desconformidade com este princípio, há um desvirtuamento da lei. A sua conduta revela um desvio de poder, podendo ensejar a nulidade do ato. Portanto, se faz necessário examinar a luz das circunstâncias do caso concreto se o ato em exame atendeu ou concorreu para o atendimento do específico interesse público almejado pela previsão normativa genérica.

Quanto a esta questão será dada maior ênfase no Capítulo 3 por constituir o objeto deste estudo.

### 1.7 Princípio da supremacia do interesse público

Não se pode falar em desvio de finalidade sem antes mencionar o fato de que os interesses públicos têm supremacia sobre os individuais. Este princípio está previsto na Lei n<sup>o</sup>

9.784/99 em seu art. 2º e servirá de base para todas as esferas administrativas, não apenas quando da execução da lei, mas também desde o momento de sua elaboração. Não se encontra, pois, catalogado no art. 37, *caput*, da Constituição Federal, mas isso não quer dizer que ele não tenha sido contemplado pela ordem jurídica constitucional.

Observa-se inversamente ao que ocorre na esfera privada, no âmbito do direito público o elemento volitivo possui existência precária. Os agentes administrativos são investidos de prerrogativas e atribuições que não podem estar submetidas ao seu livre arbítrio. Destarte, eles não poderão dispor do interesse público nem renunciá-los, posto que se trata de uma atividade destinada a concretização de bens e valores caros a toda coletividade.

A doutrinadora Di Pietro (2005, p. 70) , a respeito, nos esclarece:

Se a lei dá a Administração os poderes de desapropriar, de requisitar, de intervir, de policiar, de punir, é porque tem em vista atender ao interesse geral, que não pode ceder diante do interesse individual. Em consequência, se, ao usar de tais poderes, a autoridade administrativa objetiva prejudicar um inimigo político, beneficiar um amigo, conseguir vantagens pessoais para si ou para terceiros, estará fazendo prevalecer o interesse individual sobre o interesse público e, em consequência, estará se desviando da finalidade pública prevista na lei. Daí o vício do desvio de poder ou desvio de finalidade, que torna o ato ilegal.

Os poderes concedidos à Administração Pública são aqueles estritamente necessários para bem desempenhar suas atividades, assim, ela não poderá jamais renunciar a essas prerrogativas. Como exemplo ilustrativo, pode-se citar a desapropriação, devendo o Poder Público aplicar o bem à finalidade a que se destinou. Assim, se o bem expropriado para determinado fim for empregado noutra sem utilidade pública ou interesse social nos deparamos com um desvio de finalidade. Nesse caso, se o expropriado tiver violado o seu direito de preferência poderá reaver o bem (retrocessão) ou pleitear perdas e danos.

Aduz-se que correto se primasse para que o expropriado pudesse reaver o bem. Contudo, grande parte da doutrina e da jurisprudência entende que se trata de um direito resolúvel, apenas, por perdas e danos. Este entendimento funda-se no artigo 35 do Decreto-lei nº 3.365/1941 estabelecendo que “os bens expropriados, uma vez incorporados à Fazenda

Pública, não podem ser objeto de reivindicação”.

O Superior Tribunal de Justiça – STJ, Superior Tribunal de Justiça, Proc.: Recurso Especial. Num.: 73907. Ano: 1997, Turma: Primeira Turma, Relator: Min. Milton Luiz Pereira, já se pronunciou nesse sentido, enfatizando o seguinte:

ADMINISTRATIVO. DESAPROPRIAÇÃO. SENTENÇA. FASE DE LIQUIDAÇÃO. PRETENSÃO. REIVINDICATORIA. RETROCESSÃO. IMPOSSIBILIDADE. SOLUÇÃO EM PERDAS E DANOS. DEL 3.365/1941 (ART. 35). CC, ART. 1050. CPC, ARTS. 467, 468 E 471. DEL 9.760/1946.

1. Ação expropriatória julgada e vencida via recursal, seguindo-se a liquidação da sentença, por evidente, irradia-se a eficácia, proclamando-se a imutabilidade do título sentencial.

2. Inexistindo prazo legal, para que seja utilizada toda a área do bem expropriado, o seu uso integral dependendo da execução de projetos, a utilização parcial e locação ou o arrendamento circunstancial, continuando a afetação patrimonial, revelam-se acontecimentos que não molduram a retrocessão.

3. Incorporado o imóvel ao patrimônio público, fulgurante a coisa julgada, descabe a via reivindicatória, resolvendo-se em danos as perdas, se constituir pedido sucessivo ou em ação própria.

4. Recurso provido.

Contudo, se o agente desapropriar o bem com intuito de beneficiar terceira pessoa e mesmo comprovado que não houve interesse público, o bem não voltaria para o patrimônio do ex-proprietário prevalecendo, assim, o interesse do terceiro que se beneficiou do ato em detrimento do interesse coletivo de proteção da propriedade, fato este inadmissível em decorrência do princípio da supremacia do interesse público.

### 1.8 Princípio da razoabilidade e proporcionalidade

Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade são aplicados quando da prática de atos discricionários, uma vez que os vinculados estão presos ao que está expresso na lei. Compreendem, principalmente àqueles que envolvem restrições aos administrados ou impliquem sanções aos agentes públicos. Diante disso, percebe-se a importância desses princípios na preservação dos direitos e garantias fundamentais ante a intervenção do Estado

na vida dos particulares. Não se trata, aqui, de princípios expressos, mas sim, implícitos, que comumente vêm sendo utilizados pela doutrina e pela jurisprudência devido a sua importância. O que se busca é evitar que o poder discricionário conferido a Administração Pública seja empregado de forma arbitrária impedindo que se cometam excessos. Portanto é para evitar abusos que se impõe a observância da razoabilidade e da proporcionalidade.

Através do princípio da razoabilidade exige-se racionalidade, equilíbrio e sensatez no exercício da função administrativa. Pode estar inserido tanto no princípio do devido processo legal expresso na nossa Carta Magna no art. 5º, LIV, como também no princípio da proporcionalidade entre os meios utilizados pelo agente e os fins a serem alcançados. O princípio da razoabilidade busca analisar se o ato administrativo discricionário realmente irá colaborar para o atendimento dos anseios da coletividade, ou seja, verificar a efetiva necessidade da atividade da Administração Pública para satisfação do fim a que se deseja.

Pelo princípio da proporcionalidade, a adequação dos meios eleitos com o fim pretendido, deve ser feita da maneira menos agressiva possível aos bens e valores constitucionalmente assegurados, preservando a harmonia destes. Neste diapasão, para que um ato seja considerado válido, não basta simplesmente sua conformidade com a lei e que tenha uma finalidade legítima. É imperioso que se verifique a sua adequação e a sua necessidade. Se os meios utilizados não forem adequados à obtenção dos fins que se almeja e se a prática do ato não for efetivamente necessária será inválido. (MEIRELLES, 2005).

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul –TJRS- Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Proc.: Apelação e Reexame Necessário. Num.: 70001142546. Ano: 2000, Turma: Quinta Câmara Cível, Relator: Des. Sérgio Pilla da Silva, caracterizando os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, assim decidiu:

MANDADO DE SEGURANÇA. PODER DE POLÍCIA DO ESTADO - PENA DE SUSPENSÃO DE MATRÍCULAS DO ESTABELECIMENTO DE ENSINO IMPETRANTE. AFRONTA AOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE DA SANCÃO COMPARADA A SUPOSTA



INFRAÇÃO CONSTATADA, QUE RESTOU LASTREADA EM IMPEDIMENTO DE REALIZAÇÃO DA FISCALIZAÇÃO NAS DEPENDÊNCIAS DA ESCOLA POR ATO DA DIRETORA DO ESTABELECIMENTO DE ENSINO. APELAÇÃO IMPROVIDA.

Nessa hipótese, percebe-se que o meio utilizado pelo agente - suspensão de matrículas do estabelecimento de ensino - desatendeu aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade. Apesar da atuação estatal visar a tutela do interesse público (proteção dos próprios alunos), e embora o agente seja competente e, atendidas as formalidades legais na aplicação da restrição imposta, o instrumento empregado para obtenção do fim foi inadequada.

Ainda se pronunciou o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul - TJRS- Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Proc.: Mandado de Segurança. Num.: 70002462133. Ano: 2001, Turma: Segundo Grupo de Câmaras Cíveis, Relator: Des. Nelson Antônio Monteiro Pacheco, da seguinte maneira:

MANDADO DE SEGURANÇA. PROMOTOR DE JUSTIÇA. EXONERAÇÃO. AÇÃO MANDAMENTAL VISANDO DESCONSTITUIR ATO ADMINISTRATIVO EXONERATÓRIO DE PROMOTOR DE JUSTIÇA POR FATO OCORRIDO DURANTE O PRAZO DE CUMPRIMENTO DO ESTÁGIO PROBATÓRIO. O AFASTAMENTO DEFINITIVO DE INTEGRANTE DO MINISTÉRIO PÚBLICO, MESMO AINDA NÃO IMPLEMENTADO O VITALICIAMENTO, EXIGE PROCESSO ADMINISTRATIVO FORMAL COM TODOS OS SEUS PREDICADOS, PENA DE AFRONTA AO TEXTO DO ART-5, INC-LV, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988. MERO PROCEDIMENTO INVESTIGATÓRIO RELATIVO A UMA ACUSAÇÃO NÃO CONFIGURA PROCESSO ADMINISTRATIVO, POIS NESTE HÁ A CONSTATAÇÃO INEQUÍVOCO DE UMA OU VÁRIAS IMPUTAÇÕES. INEXISTÊNCIA DE IDENTIFICAÇÃO PORMENORIZADA E DETALHADA DA PRÁTICA DE INFRAÇÕES ADMINISTRATIVAS OU DISCIPLINARES E CAUSA DE DIMINUIÇÃO DAS GARANTIAS DE DEFESA, IMPLICANDO A INVALIDADE DA DECISÃO RESPECTIVA. A ANÁLISE DE CADA FATO É IMPERATIVA PARA QUE HAJA CORRESPONDÊNCIA ENTRE A NORMA VIOLADA E A PENALIDADE A SER APLICADA, O QUE, IN CASU, INOCORREU, VIOLANDO OS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE. CONCESSÃO DA SEGURANÇA.

*In casu* pode-se observar, também, não ter havido proporcionalidade, visto que, não houve sequer uma identificação pormenorizada e detalhada da prática das infrações administrativas ou disciplinares.

Vale citar, ainda, outro exemplo que consideram-se ter sido desatendido os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. É o caso da desapropriação por zona, ou seja, a desapropriação de uma área maior que a necessária à realização da obra ou serviço público, abrangendo a zona contígua a ela, com intuito de reservá-la para posteriormente revendê-la, absorvendo a valorização extraordinária que essa área receberá devido à obra. O Poder Público não pode impor aos administrados gravames maiores que aqueles necessários ao atendimento dos fins a que se destina. Além disso, a própria Constituição estabelece um instituto próprio para captar a valorização obtida em decorrência de uma obra pública, a saber, a contribuição de melhoria. Destarte, se a área não era necessária à realização da obra não há porque a Administração Pública expropriá-la persistindo, assim, o direito de propriedade constitucionalmente protegido.

## CAPÍTULO 2 FINALIDADE COMO ELEMENTO ESTRUTURAL DO ATO ADMINISTRATIVO

Neste capítulo será dado enfoque a estrutura do ato administrativo e suas formas de desconstituição no desiderato de entender de maneira específica a finalidade como um dos elementos ou requisitos desse ato e demonstrando que o seu desvio implica na ilegalidade da atividade administrativa.

Destarte, para melhor compreensão da estrutura do ato administrativo, faz-se necessário apresentar o conceito de ato administrativo que é, fundamentalmente, o mesmo de ato jurídico, que era definido pelo Código Civil de 1916, em seu art. 81, diferenciando-se deste em virtude da finalidade pública. O ato administrativo diz respeito a uma modalidade especial de ato jurídico. Portanto, pode-se dizer que ato administrativo é toda manifestação unilateral de vontade da Administração Pública que, agindo nessa qualidade, tenha por fim imediato adquirir, resguardar, transferir, modificar, extinguir e declarar direitos, ou impor obrigações aos administrados ou a si própria. (MEIRELLES, 2005).

### 2.1 Estrutura do Ato Administrativo

Para que os atos jurídicos sejam considerados válidos, faz-se necessário três requisitos essenciais: *agente capaz, objeto lícito e forma prescrita ou não defesa em lei*, enquanto que, para a validade dos atos administrativos, além dos requisitos essenciais a todos os atos jurídicos (competência, finalidade e forma), outros elementos são, ainda, indispensáveis, como, *motivo e objeto*.

O primeiro elemento ou requisito que se apresenta como estrutural do ato é a competência, que é o poder atribuído ao agente da Administração para o desempenho específico de suas funções. A competência resulta da lei e por ela é delimitada. Todo ato

emanado de agente incompetente, ou realizado além do limite que dispõe a autoridade incumbida de sua prática, é inválido, por lhe faltar um elemento básico de sua perfeição, qual seja, o poder jurídico para manifestar a vontade da Administração.

Neste mesmo sentido preleciona Meirelles (2005, p. 151), que:

Para a prática do ato administrativo a competência é a condição primeira de sua validade. Nenhum ato, discricionário ou vinculado, pode ser realizado validamente sem que o agente disponha de poder legal para praticá-lo.

A competência administrativa é intransferível e improrrogável pela vontade dos interessados. Todavia, pode ser delegada e avocada, desde que haja previsão nas normas reguladoras da Administração. Sem que a lei faculte essa mudança de função veda-se a modificação discricionária da competência, porque ela é elemento vinculado de todo ato administrativo e insuscetível de ser fixada ou alterada ao nuto do administrador e ao arrepio da lei.

Observa-se na estrutura do ato que o segundo elemento é a finalidade. Para a doutrinadora Di Pietro (2005, p. 202): “finalidade é o resultado que a Administração quer alcançar com a prática do ato.” Retrata o interesse público a atingir. Portanto não se deve confundir finalidade e objeto (ou conteúdo). Este é o efeito jurídico imediato produzido pelo ato (adquirir, resguardar direitos), enquanto que aquela é o efeito mediato, isto é, a tutela do interesse público. Diferencia-se, ainda, o motivo (ou causa) da finalidade, pois o primeiro é anterior a prática do ato, compreendendo os pressupostos de direito (fundamento jurídico, a base legal) e de fato (que corresponde às circunstâncias, que levaram a Administração a praticar o ato), enquanto que a segunda sucede à prática do ato, porque corresponde a algo que a Administração quer alcançar com a sua edição.

Nesse sentido, de uma maneira mais simples, para melhor compreensão dessa distinção entre finalidade, objeto e motivo, conclui-se que diante de determinada hipótese de fato ou de direito (motivo), o agente pratica um ato administrativo (objeto), visando atingir

determinado resultado (finalidade).

Tem-se como terceiro elemento estrutural do ato a forma, podendo ser conceituada como o meio pelo qual a Administração manifesta sua vontade. Enquanto a vontade dos particulares pode manifestar-se livremente, a da Administração exige procedimentos especiais e forma legal para que se expresse validamente. Portanto, no direito administrativo, o aspecto formal do ato é mais relevante do que no direito privado, devido à obediência a forma e ao procedimento que constituem garantia jurídica para o administrado e o administrador.

Na doutrina encontra-se duas concepções da forma como elemento do ato administrativo. A primeira é a concepção restrita, que considera forma como a exteriorização do ato, podendo ter forma escrita, verbal, etc. A segunda é a concepção ampla, que considera forma não só como a exteriorização do ato, mas também como todas as formalidades que devem ser observadas durante o processo de formação da vontade da Administração. (DI PIETRO, 2005).

O quarto elemento estrutural do ato é o motivo, que pode ser entendido como a situação de direito ou de fato que determina ou autoriza a realização do ato administrativo. Pode vir expresso em lei como pode ser deixado ao critério do administrador. No primeiro caso será elemento vinculado; no segundo, discricionário, quanto a sua existência e valoração. (MEIRELLES, 2005). Outrossim, pode-se dizer que motivo é pressuposto de fato e de direito, servindo como fundamento ao ato administrativo. Será pressuposto de direito quando se basear no dispositivo legal. E, será pressuposto de fato quando leva a Administração a praticar o ato de acordo com os circunstâncias e situações. (DI PIETRO, 2005).

Acrescenta-se, que motivo se diferencia de motivação do ato. Motivo é a situação de fato. Já a motivação, como sintetiza Cretella Jr. (1978, p. 310), “é a justificativa do pronunciamento tomado”. Expressam de modo expresso e textual todas as situações de fato que levaram o agente à manifestação de vontade. Alguns estudiosos entendem que a

motivação é obrigatória, já outros, que a obrigatoriedade se circunscreve apenas aos atos vinculados. Com relação ao motivo não resta dúvida de sua obrigatoriedade. (MADEIRA, 2006).

Relacionado ao elemento motivo existe ainda a teoria dos motivos determinantes, que é aplicada sempre que o ato, a despeito de discricionário, contiver motivos indicados e a estes passar a ser vinculados. Sendo assim, se apresentados os motivos na feitura de uma ato discricionário, a esses motivos estará ele vinculado. A inexistência ou incorreção verídica dos motivos causará sua invalidação. (ROSA, 2005).

Por fim, temos como o quinto elemento estrutural do ato o objeto ou conteúdo, que é o efeito jurídico imediato que o ato produz. Todo ato administrativo tem por objeto a criação, modificação ou comprovação de situações jurídicas concernentes a pessoas, coisas ou atividades sujeitas à ação do poder Público. Sendo assim o objeto identifica-se com o conteúdo do ato, através do qual a Administração manifesta seu poder e sua vontade, ou atesta simplesmente situações preexistentes.

Assim como o negócio jurídico de direito privado, o objeto deve ser lícito, possível, certo e moral. Bem como, pode ser natural ou accidental. Objeto natural é o efeito jurídico produzido pelo ato, sem necessidade de expressa menção. Ele decorre da própria natureza do ato, tal como estabelece a lei. Objeto accidental é o efeito jurídico produzido pelo ato em decorrência de cláusulas acessórias apostas ao ato pelo sujeito que o pratica. Ele traz alguma modificação no objeto natural. Compreende o termo, o modo ou encargo e a condição. (DI PIETRO, 2005).

## 2.2 O poder Administrativo quanto a liberdade para a prática do ato

A administração Pública para melhor desempenho de suas funções administrativa é

dotada de poderes administrativos, que se configuram como instrumentos eficazes na execução de suas atividades buscando cumprir suas finalidades. Como se extrai do conceito de Carvalho Filho (2008, p. 44): “pode-se, pois conceituar os poderes administrativos como o conjunto de prerrogativas de Direito Público que a ordem jurídica confere aos agentes administrativos, para o fim de permitir que o Estado alcance seus fins”.

Já foi afirmado que a finalidade de todo ato administrativo é a tutela do interesse público. Primeiramente, faz-se mister lembrar o princípio da legalidade inerente à Administração, que consagra a inteira dependência desta aquilo que está expresso na lei. Diante desse princípio, o agente administrativo só poderá atuar mediante aquilo que a lei permite, jamais lhe cabendo atuar sem o permissivo legal.

Destarte, o atuar administrativo, seja no âmbito vinculado ou discricionário, deverá harmonizar-se com o princípio da legalidade, bem como com os demais princípios administrativos, a saber: a moralidade, impessoalidade, publicidade, eficiência, etc.

Quando se depara com atos vinculados os agentes públicos estão presos aos ditames legais, não obstante haver um resquício pormenorizado de discricionariedade. No entanto, nos atos discricionários é que encontramos caracterizados, com maior frequência, o abuso de poder por desvio de finalidade. (GASPARINI, 2000). Portanto, torna-se relevante a diferenças básicas entre poder vinculado e poder discricionário, para estabelecer os limites que o elemento fim impõe a discricionariedade.

### 2.2.1 Poder vinculado

O poder vinculado, também denominado poder regrado, é aquele dado à Administração Pública para a prática de atos de sua competência determinando todos os elementos: competência, finalidade, forma, motivo e objeto. Em outras palavras, o

administrador, no campo de sua ação, tem o dever de seguir com rigor e objetividade aquilo que a lei determinar em seu texto diante de certa situação fática, não ficando margem para uma ação diferente daquilo que se diz na lei. (DI PIETRO, 2005).

Nesse poder, a lei condiciona o comportamento do agente ao seu texto. É a vinculação da lei. Nela a ação do administrador é mínima, conquanto não haja espaço para uma apreciação subjetiva, pois, o administrador não poderá se desviar da lei nem para mais, nem para menos, deverá ele seguir inteiramente o que o ordenamento jurídico diz. Caso faça o contrário o ato é nulo por estar em desconformidade com a lei. Isso ocorre pelo princípio da legalidade na administração pública, que diversamente do que acontece com os particulares onde tudo é permitido até quando a lei não proíbe, na Administração Pública só se admite aquilo que é permitido por lei. (MELLO, 2000).

O princípio da legalidade é o da completa submissão da Administração ao império da lei, que estabelece os requisitos essenciais a atuação administrativa, os seus motivos, o seu objeto, desde que a lei vincule a observância desses elementos para a validade do ato administrativo.

Cumpra-se destacar, que serão sempre vinculados a todo o ato administrativo: a competência, a finalidade pública e a forma; pois o administrador não poderá praticar ato algum sem que tenha competência para isso, sem que se atenda o fim ou o interesse público do ato, e sem a forma adequada dita pela lei de como executar esse ato. Sendo assim, o exercício desse poder permite ao Judiciário revê-lo em todos os seus aspectos, pois neles poderá ocorrer infringência de preceitos legais ou regulamentares que condicionam sua prática.

### 2.2.2 Poder discricionário

Ao contrário do que acontece com os atos vinculados, os discricionários, pressupõem



uma certa margem de liberdade de escolha ou decisão para que o agente analise, de acordo com a conveniência e oportunidade, qual a melhor solução para a realização da finalidade pública que se busca. Em outras palavras, o Poder Discricionário se configura na Administração Pública como uma maior liberdade de ação do administrador na prática de atos administrativos na escolha de sua conveniência, oportunidade e conteúdo. Acrescenta-se que Poder Discricionário da Administração Pública, não obstante conferir-lhe a prática de atos com liberdade de escolha de sua oportunidade e conveniência, não escapa aos limites da lei. Aliás, como toda atividade administrativa, sob pena de se incorrer em arbítrio ou em ofensa aos Princípios da Legalidade e da Impessoalidade.

Nesse sentido, destaca-se as lições de Bastos (1999, p. 326):

O campo por excelência em que medra o atentado à impessoalidade é o da discricionariedade. Aqui, ao moldar o seu comportamento, cabe a prática da escolha de um ato que melhor atenda a finalidade legal. Nesta ocasião é que o administrador pode ser tentado a substituir o interesse coletivo por considerações de ordem pessoal, favorecendo ou discriminando sem justificação legal. A introdução destes elementos estranhos à preocupação legal macula, sem dúvida, o ato do vício tecnicamente chamado de desvio de finalidade ou abuso de poder. O ato torna-se arbitrário. O primado da lei cede diante da conveniência do administrador.

Justifica-se essa liberdade pelo fato de que a lei em si, não pode prevê todas as hipóteses fáticas capazes de repercutir no mundo jurídico. Explicitando previamente todas as situações possíveis em que seja necessária sua atuação. Além disso, é uma forma de garantir que a Administração procure uma solução que melhor atenda aos fins legais e ao interesse da coletividade, assegurando uma maior equidade quando da análise do caso concreto de maneira a apreciar corretamente a conveniência e a oportunidade de sua atuação. O dever jurídico de buscar a solução que satisfaça da melhor maneira a finalidade da lei, já que esta não tem condições de prever todas as situações fáticas capazes de repercutir no mundo jurídico.

Por sua vez, Meirelles (2005, p. 118), acrescenta que a discricionariedade do ato não significa arbitrariedade:

Convém esclarecer que poder discricionário não se confunde com poder arbitrário. Discricionariedade e arbítrio são atitudes inteiramente diversas. Discricionariedade é liberdade de ação administrativa, dentro dos limites permitidos em lei; arbítrio é ação contrária ou excedente da lei. Ato discricionário, quando autorizado pelo Direito, é legal e válido; ato arbitrário é sempre ilegítimo e inválido.

No Estado de Direito, onde impera o princípio da legalidade, não se concebe liberdades irrestritas. Deste modo, o ato discricionário também detém vinculação à lei. A ação perseguirá aquele fim que é aspirado pela norma, ou seja, a liberdade conferida ao agente é relativa ou parcial, porquanto subsistem os requisitos de competência, forma, finalidade. (DI PIETRO, 2005).

O interesse coletivo é o norte do administrador no momento do exercício do Poder Discricionário. Se o administrador se desviar desse roteiro, praticando ato que, embora discricionário, busque outro objetivo, incidirá em abuso de poder por desvio de finalidade, que poderá ser reconhecido pela própria Administração ou através de controle do Poder Judiciário. Cumpre esclarecer que o controle jurisdicional não elimina a discricionariedade. Limita-se, apenas, a fazer com que o ato se apresente conforme os ditames legais. (MADEIRA, 2006).

Observa-se que o Poder Disciplinar conferido a Administração como forma de punir as infrações funcionais cometidas por seus agentes, constata-se que a sua discricionariedade está na escolha e na graduação da sanção a ser imposta pela falta cometida. De outro lado, em algumas hipóteses, depara-se com situações em que o funcionário é removido da unidade onde trabalha a título de punição, devido a perseguições políticas. Esse comportamento é, indubitavelmente, inaceitável pelo nosso ordenamento jurídico. (MEIRELLES, 2005). Acontece que o servidor só poderá ser removido de ofício pela Administração quando demonstrada a sua real necessidade e não como forma de punição. Nesse caso, configura-se não apenas o desvio de finalidade da autoridade, mas também a inobservância da legalidade e da moralidade que não admite perseguições políticas.

Diante do exposto, quando se faz referência à discricionariedade, relata-se sobre a impossibilidade de o administrador se abster de considerar o fim legal a que se destina o ato. A atividade discricionária permanece sempre sujeita a um mínimo legal, no que se refere à competência, finalidade e forma. Uma vez que a atuação do Poder Público está totalmente vinculada à satisfação do interesse da coletividade, ainda que no âmbito da discricionariedade, se depara com um poder conferido à Administração visando o alcance de tal finalidade. O poder é, desta forma, um mero instrumento para que o dever de bem administrar seja efetivamente cumprido.

Constata-se a importância na seara jurídica do desvio de finalidade estabelecer os limites do poder discricionário, que devem ser considerados em seus aspectos externos e internos. Os limites externos referem-se a sujeição ao ordenamento jurídico a que fica submetida toda atividade administrativa, delimitando sobre a competência, a forma e os pressupostos do fato. Por sua vez, os limites internos, por sua vez, estão relacionados com o exercício da própria discricionariedade, a opção feita pela autoridade administrativa dos seus fins imediatos, atendendo ao bem comum, bem como, verificando a moralidade administrativa.

### 2.2.3 Limites ao poder discricionário

A doutrina e a jurisprudência moderna destacam a tendência de limitação ao poder discricionário da Administração, com o intuito de possibilitar um maior controle judicial dos atos administrativos. Essa imposição de limites ao poder discricionário tem como objetivo evitar o uso indevido da discricionariedade administrativa, como forma de proteger atos que, embora praticados sob o fundamento da discricionariedade, revestem-se de arbitrariedade.

Neste contexto, pode-se enaltecer os princípios implícitos da razoabilidade e da

proporcionalidade como as maiores restrições impostas ao poder discricionário da Administração. O princípio da razoabilidade tem por fim aferir a compatibilidade entre os meios e os fins de um ato administrativo, evitando limitações desnecessárias, arbitrárias ou abusivas por parte da Administração Pública. Sendo assim, como preleciona Alexandrino; Paulo (2005, p.133):

A razoabilidade, assim, termina por funcionar como uma limitação à discricionabilidade incidente sobre os elementos motivo e objeto, por exigir um comportamento adequado, compatível e proporcional do administrador público, bem assim que o ato resultante se conforme fielmente à finalidade pública.

O princípio da proporcionalidade representa, em verdade, uma das vertentes do princípio da razoabilidade. Isso porque a razoabilidade exige, entre outros aspectos, que haja proporcionalidade entre os meios utilizados pelo administrador público e os fins que ele pretende alcançar. Se o ato administrativo não guarda uma proporção adequada entre os meios empregados e o fim almejado, será um ato desproporcional, excessivo em relação a essa finalidade. (ALEXANDRINO; PAULO, 2005). O excesso acaso existente, não milita em benefício de ninguém. Representa, portanto, apenas um agravo inútil aos direitos de cada qual. Percebe-se, então, que as medidas desproporcionais ao resultado legitimamente almejável são, desde logo, condutas ilógicas, incongruentes. (MELLO, 2000).

### 2.3 Vícios na estrutura do ato que caracterizam sua invalidação

No Direito Civil, os vícios estão previstos nos artigos 166 e 171 do Código Civil, correspondente, respectivamente, às nulidades absolutas e relativas; eles se referem basicamente, aos três elementos do ato jurídico: sujeito, objeto e forma. No Direito Administrativo, também, os vícios podem atingir os cinco elementos do ato, caracterizando os vícios quanto à competência e à capacidade (em relação ao sujeito), à forma, ao objeto, ao

motivo e à finalidade. Esses cinco vícios estão definidos no artigo 2º da Lei de ação popular (Lei nº 4.717/65).

Di Pietro (2005) aborda a questão dos vícios que podem atingir os atos administrativos iniciando com os vícios relativos à competência e à capacidade. São os vícios relativos ao sujeito. Sob esse aspecto, o ato pode apresentar vícios de duas categorias: incompetência e incapacidade. Existe um entendimento defendido por parte da doutrina, no sentido de que, quando o ato é vinculado, a incapacidade ou capacidade do agente é irrelevante, todavia a doutrinadora acima citada defende que mesmo para os atos vinculados, a capacidade é relevante. Com relação a incompetência, esta ocorre quando a autoridade pratica o ato sem ter competência legal para praticá-lo. Dentro dessa modalidade, existem várias possibilidades. Além dessa simples incompetência, existe a hipótese de usurpação de função, que é um crime previsto no artigo 328 do Código Penal. Nesse caso, o ato é praticado por quem não tem a condição de servidor público de nenhuma espécie. Ele simplesmente se apossou do exercício de um cargo público e praticou um ato qualquer. Esse ato é ilegal ou, segundo alguns, é inexistente.

Outro vício, ainda relativo à competência, seria o excesso de poder, que ocorre quando a autoridade vai além daquilo que ela teria competência para praticar. Por exemplo, ela só pode aplicar a pena até de suspensão, mas aplica a pena de demissão. Outra irregularidade, ainda com relação ao sujeito, é o chamado exercício de fato da função pública, seria a prática do ato por pessoa que está investida em cargo, função ou emprego público, mas existe uma irregularidade na sua investidura. Por exemplo, o servidor precisava ter nível superior e não tem; ou foi nomeado para cargo inexistente; ou continua a trabalhar após completar setenta anos de idade. Em todos esses casos, existiu o ato de investidura, porém de alguma forma a situação contraria a lei. A grande peculiaridade desse vício é que ele não acarreta necessariamente a invalidação do ato. Embora praticado por uma pessoa que não está

regularmente investida, o ato é considerado válido, em respeito à boa-fé do terceiro beneficiário do ato. Apenas no caso de má-fé do terceiro é que o ato vai ser invalidado. (DI PIETRO, 2005).

A Lei federal previu ainda dois vícios de incapacidade que seriam o impedimento e a suspeição, que não estão previstos na lei estadual, mas ainda assim podem ser aplicados, até por analogia com o direito judiciário. Quando uma pessoa, que seja impedida ou que seja suspeita, pratica um ato, na realidade, há uma certa infringência ao princípio da moralidade e ao princípio da impessoalidade. O impedimento traz uma presunção absoluta, que não admite prova em contrário, tanto que, se a pessoa impedida praticar o ato, diz a lei que ele pratica falta grave, para efeitos disciplinares. Seria o caso da pessoa que tem interesse direto ou indireto na matéria, que tenha participado ou venha a participar como perito, testemunha ou representante, ou se tais situações ocorrem quanto ao cônjuge, companheiro ou parentes afins até o terceiro grau e, ainda, quando ele esteja litigando, judicial ou administrativamente, com o interessado ou respectivo cônjuge ou companheiro. Tais situações caracterizam impedimento absoluto. Já a suspeição encerra uma presunção apenas relativa, porque, se ninguém invocá-la, o ato fica válido. É o que acontece quando a pessoa tem amizade íntima ou inimizade notória com algum dos interessados ou com os respectivos cônjuges, companheiros, parentes e afins até o terceiro grau. (DI PIETRO, 2005).

Pela Lei nº 4717/65 no artigo 2º, parágrafo único, c, diz que: “a ilegalidade do objeto ocorre quando o resultado do ato importa em violação de lei, regulamento ou ato normativo”. Esse conceito não abrange todas as hipóteses. Existem outras hipóteses de objeto inválido como: objeto imoral; objeto impossível, a nomeação de uma pessoa para um cargo que não existe; também é o caso do objeto indeterminado quanto aos destinatários.

No artigo 2º da referida Lei, está estabelecido que o vício de forma consiste na omissão ou na observância, incompleta ou irregular, de formalidades indispensáveis à

existência ou seriedade do ato. Normalmente a Administração Pública está sujeita a excesso de formas, mas na Lei federal de processo administrativo o princípio que se adotou como regra foi o do informalismo. Como regra geral, os atos do processo administrativo não dependem de forma determinada senão quando a lei expressamente a exigiu, quer dizer que, se a lei não exigir nada, a forma é livre. A forma e a formalidade, no direito administrativo, são importantes como meios de controle da Administração Pública, porque se o ato não ficar documentado, se ele não tiver uma forma escrita, se ele não observar determinadas formalidades, dificultará o controle, tanto pelo Judiciário como pelo Tribunal de Contas ou pela própria Administração Pública.

Com relação ao motivo, ocorrerá o vício quando a matéria, de fato ou de direito, em que se fundamenta o ato, é materialmente inexistente ou juridicamente inadequada ao resultado obtido. O ato será ilegal quando o fato não existiu ou quando existiu de maneira diferente do que a autoridade está dizendo. Quando um funcionário pratica uma infração e a autoridade o pune por outra infração, diferente daquela que justificaria uma outra punição, então o motivo é ilegal, é falso. (DI PIETRO, 2005).

O vício relativo à finalidade é o desvio de poder ou desvio de finalidade, definido pela Lei citada no artigo 2º, parágrafo único, e, como aquele que se verifica quando: “o agente pratica o ato visando a fim diverso daquele previsto, explícita ou implicitamente, na regra de competência”. Um exemplo muito comum é remover o funcionário “ex-offício”, a título de punição, ao invés de se instaurar um processo e aplicar a penalidade adequada.

## CAPÍTULO 3 O DESVIO DE FINALIDADE COMO FATOR DE ILEGALIDADE DO ATO ADMINISTRATIVO

A Administração Pública, no uso do seu poder discricionário, como se pôde observar, deve atender aos fins legais. Pois, ao desvirtuar-se deste imperativo legal desvia-se sua finalidade, a que está obrigada, agindo com abuso de poder o que invalida o ato inquinado de vício.

Todavia, torna-se difícil a comprovação do desvio de finalidade sendo necessário destacar alguns indícios e circunstâncias que são imprescindíveis para identificar se o ato é legal ou não. Provado de forma irrefutável a ilegalidade o ato é invalidado.

### 3.1 Finalidade

Pode-se falar em fim ou finalidade em dois sentidos diferentes: a) Em sentido amplo, a finalidade corresponde ao fim almejado por todo ato administrativo, que é a satisfação do interesse público; b) Em sentido restrito, deve-se atentar para a finalidade específica predeterminada pela lei para cada ato, ou seja, o resultado que ele deve produzir. Nesse entendimento, a finalidade do ato administrativo será única e exclusivamente àquela decorrente da lei. A essa finalidade legal vincula-se o agente público, mesmo quando atua no exercício do poder discricionário. (DI PIETRO, 2005).

Não é qualquer finalidade que justifica a expedição do ato, mas, sim, aquela que atende a um interesse público ou social. Acontece que a Administração Pública visa o benefício da coletividade, portanto, seus atos estão sempre voltados para um fim público. O administrador público fica inteiramente atrelado à vontade legislativa, pois, compete ao legislador delimitar qual a finalidade do ato. Diante disso, a autoridade administrativa, não tem liberdade de opção. O agente deve cumprir o que a lei estabelece não podendo escolher



outra finalidade, ou substituir a indicada na norma administrativa ainda que atenda ao interesse coletivo. A utilização de finalidade diversa daquela constante na lei, caracteriza o desvio de finalidade, fato que, por si só, torna o ato nulo, pois contaminado pelo vício da ilegalidade.

Neste diapasão, cada autoridade, no exercício de suas atribuições, possui fins específicos ao serviço que desempenham, não podendo exercer outro, mesmo que também seja de interesse público. Daí concluir, portanto, que não é suficiente à autoridade agir para atender qualquer fim de interesse público, mas sim, deve considerar, única e exclusivamente, o fim perfeitamente determinado que é aquele para o qual lhe foi atribuída competência.

É de Meirelles (2005, p. 152) a seguinte conclusão:

A finalidade do ato administrativo é aquela que a lei indica explícita ou implicitamente. Não cabe ao administrador escolher outra, ou substituir a indicada na norma administrativa, ainda que ambas colimem fins públicos. Neste particular, nada resta para escolha do administrador, que fica vinculado integralmente à vontade legislativa.

A alteração da finalidade expressa na norma legal, ou implícita no ordenamento da Administração caracteriza o desvio de poder (...), que rende ensejo à invalidação do ato, por lhe faltar um elemento primordial em sua formação: o fim público desejado pelo legislador.

A finalidade do ato é examinada como aspecto da legalidade, tendo-se em vista verificar se a Administração pública agiu ou não de acordo com o fim previsto na lei. Indaga-se da finalidade, para apurar se o fato administrativo foi praticado com o objetivo de alcançar o fim desejado pelo texto legal. Dessa maneira, é ilegal a medida ordenada por autoridade incompetente ou o uso que, das faculdades discricionárias, faça a autoridade sem a observância do modo e condições estabelecidos na lei e para fins diversos daqueles declarados nas disposições legais.

### 3.2 Teorias relativas ao elemento fim

Algumas teorias tentam explicar o papel do elemento fim como integrante do ato administrativo, a importância de que se reveste, as consequências advindas de sua distorção e a natureza que o titulariza. Assim, será analisado de forma objetiva três teorias que são consideradas importantes.

**Teoria da Moralidade Administrativa:** os adeptos dessa teoria assinalam que o desvio de finalidade não realça a subordinação do poder administrativo ao bem do serviço. Noção esta que ultrapassa o princípio da legalidade e que permite limitar o poder no que ele tem de mais discricionário: os móveis que o conduz a agir. (CRETELLA, 1978).

Destarte, o juiz, ao averiguar se o ato é lesivo ou não ao patrimônio de uma das pessoas que nele participam, terá de ater-se, primeiramente, a um critério moral, de maneira a averiguar quais as vantagens e desvantagens do ato, a honestidade da operação, etc.; e só depois examinar a legalidade, isto é, a adequação com as prescrições legais sobre competência, formação e conteúdo do ato administrativo.

Sustentava-se que eram passíveis de anulação os atos que, perfeitos quanto ao aspecto geral, contrariavam a moralidade administrativa. Conduta consubstanciada na observância de uma boa administração, orientada exclusivamente para o interesse público. (CRETELLA, 1978).

**Teoria da Legalidade:** refere-se à submissão do ato administrativo ao texto legal, seja de forma implícita, como também, explícita, à letra da lei ou ao seu espírito. Na realidade, o desvio de poder importa em violação ao espírito da lei, respeita, no entanto, o administrador a letra da lei. Examinar o fim é também examinar a legalidade do ato. Analisar o motivo da lei é, também, examinar-lhe a sua conformidade com a lei. No exame da legalidade do ato administrativo, o fim é essencial, básico, sujeito à apreciação dos Órgãos Judiciários.

(CRETELLA, 1978).

A nulidade do ato administrativo, quando se verifica o desvio de poder, é consequência do conflito irreconciliável entre a conduta do agente e a essência da norma legal. Não porque seja imoral ou inconveniente a manifestação da autoridade de revestir-se de eficácia jurídica, mas porque infringe a lei na letra ou no espírito. Eis porque a Teoria da Legalidade defende a anulação do ato que se afasta do fim, não por ser imoral, mas por ser antijurídico.

Teoria do Desvio de Finalidade: preceitua que o ato administrativo deve, necessariamente, cumprir uma finalidade pública, em sintonia com os diversos interesses públicos legalmente previstos, de forma explícita ou implícita. Caso contrário, será ilegal e, consequentemente, anulável se emitido com desvio de finalidade. (MADEIRA, 2006).

### 3.3 Abuso de poder

Poder, em sentido técnico próprio exprime a idéia de mera faculdade. Todavia, para o Direito Administrativo não é assim que ocorre. Atualmente, é pacífico na doutrina e na jurisprudência o entendimento de que o poder atribuído ao agente público, por ser indispensável para atender ao interesse coletivo, consubstancia-se, na verdade, em dever de agir. Portanto, não pode a autoridade administrativa evadir-se de sua prática, pois dessa maneira estaria contrariando um dos princípios norteadores de toda atividade administrativa, a saber: o princípio da eficiência do qual tratamos no início deste estudo.

O uso normal do poder pela autoridade administrativa atende a determinações dispostas pelo Direito que deverão ser observadas isto, será utilizado em benefício da coletividade. Constitui, assim, uma prerrogativa inerente às funções que exerce na Administração Pública, não podendo, de forma alguma, ser renunciado pelo agente, que deve

realizar todas as atribuições que lhe foram conferidas. Assim, uma das características que pode-se destacar é a irrenunciabilidade desse poder-dever de agir. Ressalte-se, ainda, que essa atuação não pode ser feita de qualquer forma. O agente tem a obrigação de agir com presteza, exatidão e rendimento na função que exerce.(MEIRELLES, 2005).

Outro aspecto importante que merece destaque refere-se à omissão administrativa. Assim, quando se fala em abuso de poder é comum as pessoas relacionarem imediatamente a ação contrária ou excedente a lei (forma comissiva). Entretanto, ele também se reveste da forma omissiva, isto é, a inércia da Administração diante de situações que exigem sua atuação, ensejando, inclusive, a responsabilização civil da Administração. (ALEXANDRINO; PAULO, 2005).

Daí concluir-se que, numa abordagem mais ampla, configura-se o abuso de poder quando sua utilização é feita fora dos limites legais, ou sem utilidade pública, bem ainda, quando houver omissão do agente. O uso anormal do poder não é amparado pelo ordenamento jurídico. Nesse caso, os atos que daí emanarem serão desprovidos de qualquer fundamento legal uma vez que exercido com afronta aos direitos e garantias dos administrados.

O mandado de segurança, é um dos remédios constitucionais assegurados a todo indivíduo que tiver sido lesado em seus direitos devido ao abuso de poder cometido por uma autoridade administrativa.

O Abuso de Poder, Excesso de Poder e Desvio de Finalidade apesar de intimamente ligadas, não são sinônimas, possuindo características próprias que as diferenciam entre si. Assim, é necessário distinguir cada uma delas de maneira a entendê-las melhor.

### 3.3.1 Conceito de abuso de poder

O abuso de poder é gênero do qual o excesso e o desvio de poder são espécies. Neste

sentido, Meirelles (2005, p. 110) entende que “o abuso de poder ocorre quando a autoridade, embora competente para praticar o ato, ultrapassa os limites de suas atribuições ou se desvia das finalidades administrativas”.

Assim, quando o agente atua fora dos limites de sua competência, configura-se o excesso de poder. De outro lado, quando, apesar de competente afasta-se da finalidade pública o que qualifica o desvio de poder ou de finalidade.

### 3.3.2 Excesso de poder

Apesar desse estudo ter como objetivo o desvio de finalidade, torna-se imperioso traçar algumas considerações, ainda que breves, acerca do excesso de poder para entendermos melhor o tema abordado.

O excesso de poder, por sua vez, caracteriza-se no ato do agente que age fora dos limites que a lei confere para sua competência, praticando atos a que não lhe são inerentes, invadindo a competência de outrem. (ROSA, 2005).

Note-se que quando o ato está eivado de excesso de poder, depara-se com uma ofensa ao requisito competência, invalidando, assim os seus efeitos.

### 3.3.3 Desvio de finalidade

Ocorre o desvio de poder ou de finalidade quando o agente público, ainda que competente para a prática do ato administrativo e apesar de este mesmo ato revestir-se de forma prescrita em lei, utiliza-o sem finalidade de atender ao interesse público, bem ainda, por motivos ou para fins diversos daqueles almejados pela lei, desvirtuando o sentido que o ordenamento jurídico lhe conferira. (ALEXANDRINO; PAULO, 2005).

Em outras palavras, configura-se essa modalidade de abuso quando o administrador desvia-se ou afasta-se do fim a que deveria realizar de maneira a atingir resultado distinto, não salvaguardado em lei.

Como preleciona, Cretella Júnior (2002, p. 317) considera-se desvio de poder:

O uso indevido, que a autoridade administrativa, dentro de sua faculdade discricionária, faz a 'potestas' que lhe é conferida, para atingir finalidade, pública ou privada, diversa daquela que a lei preceituara. (grifo do autor)

Observou-se ante o exposto que, para configurar-se o desvio de finalidade, a autoridade deve ser competente para a prática do ato administrativo. Pois se incompetente não há que se falar em desvio de finalidade, mesmo quando a lei deixa margem à discricionariedade por parte do administrador, a competência, a finalidade e a forma são elementos vinculados de todo ato administrativo, devendo ser considerado pelo agente da Administração Pública.

Destarte, o vício que o desvio de poder está acometido é situado no requisito finalidade, e não na competência, como ocorre com o excesso de poder.

Uma vez afastando-se de sua finalidade legal, tal ato será considerado ilegal, pois falta um dos elementos essenciais para a sua validade. Nesse caso, a ilegalidade subsiste no fato de que o poder foi desempenhado com fim diverso daquele em vista do qual fora estabelecido. O poder concedido é, assim, desviado de seu fim. (MEIRELLES, 2005).

O que se busca aqui não é avaliar a conformidade ou desconformidade do ato com uma norma jurídica, mas sim, verificar as intenções subjetivas do administrador público que deve estar inteiramente atrelada à vontade do legislador.

Acerca do desvio de finalidade, Bastos (2002, p. 96) o exemplifica expondo que,se:

O agente público que tem competência para remover e suspender um funcionário, não pode removê-lo com a finalidade de puni-lo. A finalidade do ato de remoção não é punitiva. Para punir o funcionário o agente deverá valer-se de ato previsto no sistema legal para esta finalidade. O uso de um ato para alcançar uma finalidade que não lhe é própria caracteriza o desvio de poder ou desvio de finalidade.

Nesse caso, seja transgredida a finalidade legal do ato (em sentido estrito), seja desatendido o seu fim de interesse público (sentido amplo), o ato será ilegal, por desvio de poder. Esse vício estará caracterizado, tanto no caso em que a Administração remove o funcionário a título de punição, como também, quando ela desapropria um imóvel para perseguir o seu proprietário, inimigo político. No primeiro caso, o ato foi praticado com finalidade diversa da prevista na lei; no segundo, fugiu ao interesse público e foi praticado para atender ao fim de interesse particular da autoridade.

Difícil é a comprovação do desvio de finalidade pelo particular. Pois o agente não declara, efetivamente, sua real intenção, tentando de todas as maneiras fazer com que o ato pareça legal ou atrelado ao interesse público. Diante disso, ressalta-se a importância de alguns indícios e circunstâncias capazes de identificar se o ato é legal ou não. É o caso, por exemplo, da falta de motivo, motivação insuficiente ou conflitante, da contradição entre os motivos e o ato praticado, etc. (DI PIETRO, 2005).

### 3.4 Prova do desvio de finalidade

O desvio de finalidade da Administração Pública pelo particular é de difícil comprovação. Isto se deve ao fato de que o agente, ao atuar, não declara, efetivamente, suas verdadeiras intenções.

Muitas vezes acontece de a atuação administrativa pautar-se sob a falsa alegação de que imprescindível ao interesse público, onde o que se busca verdadeiramente é beneficiar a si mesmo ou a terceiros.

O doutrinador Theodoro Júnior (2000, p. 456) entende o conceito de prova pode sob dois aspectos, senão vejamos:

Há, por isso, dois sentidos em que se pode conceituar a prova no processo: um objetivo, isto é, como o instrumento ou o meio hábil, para demonstrar a

existência de um fato (os documentos, as testemunhas, a perícia); e outro subjetivo, que é a certeza (estado psíquico) originada quanto ao fato, em virtude da produção do instrumento probatório. Aparece a prova, assim, como convicção formada no espírito do julgador em torno do fato demonstrado.

Prova é o instrumento capaz de evidenciar a existência ou inexistência de um fato. Em outras palavras, entende-se que prova é tudo o que convence acerca da veracidade ou certeza do acontecimento de algo, sendo utilizado, portanto, como elemento determinante para formar o convencimento do julgador.

Dentre os atributos dos atos administrativos destaca-se a presunção de legitimidade, ou seja, são considerados válidos enquanto não for pronunciada sua nulidade. De tal modo, a pessoa que alegar os fatos imputados ao agente possui o ônus de provar suas alegações, demonstrando a ocorrência dos fatos relacionados com a realização do ato administrativo, bem como que tais fatos comprovam que a Administração Pública desviou-se da finalidade fixada pela lei. (CRETELLA JÚNIOR, 1978).

É de se ressaltar que, para a prova do desvio de finalidade, o interessado poderá se valer de todos os meios probantes admitidos em Direito e que estão consubstanciadas no Código de Processo Civil. Admitindo-se, assim, a prova testemunhal, bem como a prova indiciária, mas apreciando-as de forma restritiva.

De grande importância é a prova documental que figura no expediente administrativo ou que se incorpora, desde logo, ao expediente jurídico. Por exemplo, se a realização de determinado ato administrativo está condicionada a uma finalidade específica, previamente fixada em lei, desatendida esta, o ato será inválido.

Para isso, deve-se fazer um estudo aprofundado das provas, analisando-se a psicologia do autor do ato, que será examinada e apreciada pelo juiz, pois não se observará, no que diz respeito ao desvio de finalidade, os elementos externos, tais como forma e competência, nem dos elementos internos, relativos ao objeto do ato. Pede-se a prova do desvio de poder ao próprio ato e aos documentos administrativos que o acompanham. (CRETELLA JÚNIOR,



1978).

A iniciativa de anulação do ato, viciado pelo desvio de poder, só ocorre quando há prova irrefutável de que o agente administrativo agiu com finalidade diversa daquela que os interesses públicos reclamavam.

### 3.5 Os indícios do desvio de finalidade

Diante da dificuldade de se comprovar o desvio de finalidade, é necessário enfatizar a importância de alguns indícios e circunstâncias que são imprescindíveis para identificar se o ato é legal ou não, se atende ao interesse coletivo ou desvia-se dele. É o que ocorre, por exemplo, com a falta de motivo, a motivação insuficiente ou conflitante, bem como a contradição entre os motivos e o ato praticado.

Se indício é qualquer coisa ou fato sensível que tem ou pode ter relação com outro fato, é bem de ver-se a importância que tal elemento adquire na comprovação do desvio de poder, uma vez que se observa a dificuldade de se encontrar prova absolutamente irrefutável, que comprometa de tal modo a autoridade administrativa, geralmente bastante esclarecida e astuciosa para não deixar vestígios de seu propósito fraudulento, ocultando as reais intenções do agente que o inspiraram para a prática do ato. (CRETELLA JÚNIOR, 1978).

A prova do desvio de poder tem de ser inequívoca. Assim, a demissão do servidor a pretexto de falta de verba, mas na realidade por motivos políticos fica evidenciada se, logo depois, a mesma autoridade admite outros servidores, alguns inclusive para o cargo de servidor demitido, de modo a levar a certeza ao espírito dos Órgãos Judiciários, convencendo-os de que o fim previsto em lei foi desvirtuado pelo agente, sacrificando-se o interesse público em prol de relutância de natureza pessoal ou de interesse público não assinalado em lei.

É difícil encontrar provas, ou mesmo indícios que revelem a intenção do

administrador, ao editar o ato administrativo, deixando vestígios, mesmo leves, do “móvel” que impulsionou o editor da medida. Nesse caso, os sintomas é que revelarão o mal, inserido em quadro clínico indiscutível.

Internamente, o sintoma se revela na própria motivação do ato. Se a motivação é excessiva, insuficiente, deficiente, inexistente ou contraditória, o desvio de poder é caracterizado pelo próprio exame dos elementos constantes no ato. Nesse caso, a própria autoridade é que fornece direta ou indiretamente a prova da ocorrência do desvio.

A motivação refere-se a fundamentação, em geral escrita, dos motivos do ato, ou seja, da situação fática que autoriza a prática do ato. Será indispensável principalmente quando se trata de ato discricionário.

Se a motivação conflita com a que fundamenta outros atos, anteriores ou posteriores à sua edição, ou se choca com fatos, ocorrentes antes ou depois da prática do ato, o desvio de poder ressalta pelo choque entre essas circunstâncias inconciliáveis. Outras vezes, claro feixe convergente de indícios, caracteriza o desvio, já que cada um desses indícios, de per si, isoladamente, seria insuficiente para tipificar a *aberratio finis legis*. (CRETILLA JÚNIOR, 1978).

As circunstâncias em que o ato é editado, podem constituir sintoma inequívoco de desvio de finalidade, como, por exemplo, quando a autoridade demonstra precipitação em praticar o ato, como no caso em que o chefe do executivo mal toma posse, e declara de utilidade pública o imóvel de seu inimigo ou do cargo de desafeto político.

O ato administrativo, editado com desvio de poder, é suscetível de apresentar indícios, traços ou sintomas, que revelam a intenção deteriorada do administrador.

O *animus* do administrador, por mais arraigado que seja, pode ser denunciado por sintomas indiscutíveis, assim enumerados: a) contradição do ato com atos ou medidas anteriores ou posteriores; b) motivação excessiva, contraditória, ou insuficiente; c) alteração

dos fatos; d) injustiça manifesta; e) disparidade de tratamento; f) derrogação de norma interna; g) precipitação na edição do ato; h) caráter sistemático de certas proibições; i) circunstâncias locais que precederam a edição do ato; j) convergência de feixe de indícios; l) caráter geral dado a medida que deveria ter permanecido particular.(CRETELLA JÚNIOR, 1978).

Denunciado o desvio de poder pela parte prejudicada, a autoridade julgante pode motivar a razão de decidir em um dos sintomas acima enumerados, inventário empreendido pela mais autorizada doutrina estrangeira, com base em casos concretos, julgados, em definitivo, pela própria Administração Pública ou pelo Poder Judiciário quando chamado a decidir. Assim, apenas quando da análise das situações fáticas é que se verificará se ocorreu ou não o desvio de poder ou de finalidade. (CRETELLA JÚNIOR, 1978).

### 3.6 Ilegalidade configurada no desvio de finalidade

O conceito de ilegalidade, a permitir anulação do ato administrativo, não deve ser compreendido em seu sentido estrito, quer seja, a frontal violação do texto legal. Conforme Meirelles (2005, p. 203),

O conceito de ilegalidade ou ilegitimidade, para fins de anulação do ato administrativo, não se restringe somente à violação frontal da lei. Abrange não só a clara infringência do texto legal, como, também, o abuso, por excesso ou desvio de poder, ou por relegação dos princípios gerais do Direito. Em qualquer dessas hipóteses, quer ocorra atentado flagrante à norma jurídica, quer ocorra a inobservância velada dos princípios do Direito, o ato administrativo padece de vício de ilegitimidade e se torna passível de invalidação pela própria Administração ou pelo Judiciário, por meio de anulação.

Tratando-se da anulação, consiste ela na supressão do ato administrativo pelo Poder Judiciário ou pela Administração Pública, seja por sua ilegitimidade, ou pela ilegalidade. Destarte, somente se anula o ato realizado por pessoa incompetente, desviado de seu fim ou sem obedecer a forma prescrita na lei, pois justifica-se no dever de submissão do ato ao

dispositivo legal, como dispõe Meirelles (2005, p. 202).

Quando a Administração verificar a ilegalidade de algum ato, deverá anulá-lo a fim de restabelecer a legalidade, se isso não ocorrer, pode o interessado recorrer ao Judiciário uma vez que o artigo 5º, XXXV, da Carta Magna preceitua que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Dessa forma, como o desvio de finalidade fere direitos, então, também, será submetido à revisão judicial. Sendo objeto, inclusive, de mandado de segurança e ação popular.

A inobservância do fim legal do ato administrativo ensejará, portanto, a sua nulidade, tanto pelo Poder Judiciário, como também pela própria Administração Pública uma vez que o desvio de finalidade constitui fator de ilegalidade, tratando-se, pois, objeto de anulação e não revogação do ato, retroagindo às suas origens.

A ilegalidade ou ilegitimidade do ato, conquanto se referir à violação expressa ao disposto no texto legal considera-se, ainda, o abuso de poder, bem como, a inobservância dos princípios gerais do Direito, principalmente do Direito Administrativo, moralidade, eficiência, motivação. A anulação de um ato só será feita quando se verificar a violação explícita ou implícita das normas ou os princípios legais a que estão submetidos o Poder Público, conforme explicita o autor acima citado.

Os efeitos que se vislumbra na anulação são retroativos, ou seja, *ex tunc*. Assim, o ato viciado e seus efeitos serão considerados desde o início como se nunca tivessem sido praticados.

Por sua vez, Mello (2000, p. 409) considera os atos anuláveis como sendo aqueles que a lei assim o declare, bem como, aqueles que podem ser re praticados sem vício. O mesmo considera que os atos anuláveis, assim como os inválidos, inexistentes e nulos, não deveriam ser produzidos, nem, sequer, produzir efeitos, porém, não é o que ocorre na realidade. Os atos anuláveis, mesmo depois de invalidados, produzem uma série de efeitos, como, por exemplo,

aqueles efeitos que atingiram os terceiros de boa-fé.

Destarte, devem ser considerados os efeitos incidentes do ato anulado para terceiros de boa-fé, pois os atos administrativos presumem-se válidos enquanto não for pronunciada sua nulidade. Não se confunde terceiro de boa-fé com partícipe do ato. O primeiro refere-se a sujeito estranho a formação do ato, bem como, ao seu objeto, porém, submetido aos seus efeitos reflexos; enquanto que o segundo compreende um beneficiário direto.

É importante ressaltar, ainda, que a Lei Federal 9.784/99 que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, em seu artigo 54, § 1º, sem estabelecer distinção alguma entre atos nulos e anuláveis, considera que o direito da Administração de anular atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis aos administrados, decai em cinco anos, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé.

Por sua vez, encontra-se a cassação como uma modalidade de anulação. Neste caso, a ilegalidade do ato restou configurada na sua execução, ou seja, inicialmente o ato foi legítimo, porém, deturpado na sua realização. Com atos negociais comumente isto acontece, pois a sua execução compete ao particular que, muitas vezes, conduz o ato a caminhos diversos daqueles para o qual deveria utilizar.

O ato administrativo poderá ser convalidado, desde que não ocorra lesão ao interesse público, nem prejuízos a terceiros. Possibilita-se, ainda, a correção de meras irregularidades, que tornam o ato, apenas, defeituoso ou ineficaz até que seja retificado, passando a produzir efeitos. Porém, esse entendimento não é pacífico na doutrina e na jurisprudência.

Em lição preciosa, Di Pietro (2005, p. 235) expõe que “convalidação ou saneamento é o ato administrativo pelo qual é suprido o vício existente em um ato ilegal, com efeitos retroativos à data em que este foi praticado”. A convalidação corresponde, assim, à possibilidade de correção do ato administrativo que será feito de maneira válida e com

efeitos retroativos, ou seja, *ex tunc*.

Estabelece ainda a referida lei em seu artigo 55 estabelece que “em decisão na qual se evidencie não acarretarem lesão ao interesse público nem prejuízo a terceiros, os atos que apresentarem defeitos sanáveis poderão ser convalidados pela própria Administração Pública”.

Apesar de alguns doutrinadores rejeitarem essa possibilidade. Entende-se que, ao Poder Público, no uso de sua discricionariedade, faculta-se convalidar o ato que não apresentar lesão ao interesse público ou prejuízo a terceiros. Nas demais situações, os atos ilegais serão anulados.

É de se ressaltar, contudo, que a finalidade de todo e qualquer ato administrativo é a satisfação dos interesses da coletividade. Assim, se praticado sem finalidade pública ou desviado daquela expressamente prevista pela lei, não poderá ser convalidado, ante a impossibilidade de se corrigir, posteriormente, a intenção do agente que praticou o ato.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

No início desta monografia investigou-se os princípios basilares e informadores como uma forma de buscar uma melhor compreensão acerca da atuação da Administração Pública no âmbito brasileiro.

Dando seguimento ao trabalho, pode-se verificar que restou demonstrada a finalidade como requisito essencial para a validade do ato administrativo, possibilitando uma apreensão das razões que explicam a supremacia da vontade legislativa em relação à vontade do administrador público no que tange à finalidade do ato administrativo praticado por este.

Portanto, mostrou-se que a autoridade administrativa não tem liberdade de opção em agir para atender qualquer fim de interesse público, mas sim, deve considerar, única e exclusivamente, o fim perfeitamente determinado que é aquele para o qual lhe foi atribuída competência. Pois a utilização de finalidade diversa daquela constante na lei caracteriza o desvio de finalidade, fato que, por si só, torna o ato nulo, pois contaminado pelo vício da ilegalidade.

Por ser um vício de índole subjetiva, residindo na intenção que impulsionam o agente público a emitir o ato administrativo, a questão das provas se torna difícil, mas não impossível, pois, pode-se constatar a intenção viciada através de indícios ou sintomas denunciadores do desvio de finalidade.

O agente público que embora exerce uma competência discricionária e agindo conforme as formalidades externas da lei pode emitir ato em desconformidade legal ao buscar finalidade não prevista na norma. Cabendo aos operadores do Direito cercar-se de todas as precauções para flagrar esse desvio de conduta, sobretudo trazendo à tona as circunstâncias fáticas que envolvem o caso, a fim de coibir ilegalidade.

Para uma melhor compreensão do tema, foi pesquisado seus aspectos principais, de

forma a obter uma abordagem mais ampla, não tendo objetivo de se tornar fonte inesgotável de todas as doutrinas, mas sim, garantir uma maior qualidade de informações.

Toda pesquisa jurídica visa à atualização e conhecimento do tema enfocado, para que, com os conhecimentos adquiridos, o cientista do Direito possa contribuir, através do exercício da sua profissão, na construção e aperfeiçoamento de uma sociedade mais humana, uma sociedade mais justa e equilibrada.

Sendo assim, este trabalho buscou mostrar quão grandeza o desvio de finalidade se eleva na aurora jurídica, merecendo capítulos extensos nos manuais de nossas mentes apresentando-se como tema indispensável para a formação de futuros operadores do direito.



## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. *Direito Administrativo*. 10ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2005.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1999.

\_\_\_\_\_. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 1994.

BRASIL, *Constituição Da República Federativa Do*. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2008.

BRASIL, Decreto-lei nº 3.365 de 21 de junho de 1941. Dispõe sobre desapropriações por utilidade pública. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 18 de julho de 1941.

Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil/decreto-lei/De13365.htm>

BRASIL, Lei Federal 9.784 de 29 de janeiro de 1999. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 11 de março de 1999.

Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/LEIS/L9784.htm>

BRASIL, *Novo Código Civil*. Brasília: Gráfica do Senado Federal, 2002.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Súmula nº 473. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 15 de junho de 1970.

Disponível em:

<http://74.125.45.104/search?q=cache:hSoBnGezEKYJ:www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp%3Fs1%3D473.NUME.%2520NAO%2520S.FLSV.%26base%3DbaseSumulas+S%3%BAmula+473+STF&hl=pt-BR&ct=clnk&cd=1&gl=br&client=firefox-a>

BRASIL, Supremo Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 73907., da 1ª Turma do Supremo Tribunal de Justiça, Brasília, DF, 23 de setembro de 2002.

Disponível em:

[http://www.stj.gov.br/SCON/pesquisar.jsp?newsession=yes&tipo\\_visualizacao=RESUMO&b=ACOR&livre=Recurso%20Especial%2073907](http://www.stj.gov.br/SCON/pesquisar.jsp?newsession=yes&tipo_visualizacao=RESUMO&b=ACOR&livre=Recurso%20Especial%2073907)

BRASIL, Supremo Tribunal de Justiça. Apelação e Reexame Necessário nº 70001142546., da

5º Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Brasília, DF, 17 de agosto de 2000.

Disponível em: [http://www.tj.rs.gov.br/site\\_php/jprud2/ementa.php](http://www.tj.rs.gov.br/site_php/jprud2/ementa.php)

BRASIL, Supremo Tribunal de Justiça. Mandado de Segurança nº 70002462133., do 2º Grupo de Câmaras Cíveis do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Brasília, DF, 14 de setembro de 2001.

Disponível em: [http://www.tj.rs.gov.br/site\\_php/jprud2/ementa.php](http://www.tj.rs.gov.br/site_php/jprud2/ementa.php)

CRETELLA JÚNIOR, José. *Curso de Direito Administrativo*. 20º ed. Rio de Janeiro:Forense, 2002.

\_\_\_\_\_. *Anulação do Ato Administrativo por Desvio de Poder*. 1º ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 18º ed. São Paulo: Atlas, 2005.

\_\_\_\_\_. *Discricionariedade Administrativa*. 1º ed. São Paulo: Atlas, 1991.

FARIA, Edimur Ferreira de. *Curso de Direito Administrativo Positivo*. 3º ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

FILHO CARVALHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 19. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

MADEIRA, José Maria Pinheiro. *Administração Pública*. 3. ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2005.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 20º ed. São Paulo: Atlas, 2006.

MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. *Legitimidade e Discricionariedade*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 30º ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 25° ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

ROSA, Márcio Fernando Elias. *Direito Administrativo*. 7° ed. São Paulo: Saraiva, 2005. (Sinopses Jurídicas).

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 16° ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 44. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, v. I.