

RENATA UTUNI FACURI

**AS RESPONSABILIDADES DECORRENTES DO DESVIO DE PODER
NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**

**Franca
2007**

RENATA UTUNI FACURI

**AS RESPONSABILIDADES DECORRENTES DO DESVIO DE PODER
NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**

Dissertação apresentada à Faculdade de História,
Direito e Serviço Social da Universidade Estadual
Paulista "Júlio de Mesquita Filho", para a obtenção
de Título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Élcio Trujillo.

**FRANCA
2007**

Facuri, Renata Utuni

As responsabilidades decorrentes do desvio de poder na
Administração Pública / Renata Utuni Facuri. –Franca :
UNESP, 2007. 175 f.

Dissertação – Mestrado – Direito – Faculdade de História,
Direito e Serviço Social – UNESP.

1. Direito- Responsabilidade estatal. 2. Administração pú-
blica – Desvio de poder. 3. Improbidade administrativa.

CDD – 341.361

RENATA UTUNI FACURI

**AS RESPONSABILIDADES DECORRENTES DO DESVIO DE PODER
NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**

Dissertação apresentada à Faculdade de História, Direito e Serviço Social da Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, para a obtenção de Título de Mestre em Direito.

COMISSÃO JULGADORA

Presidente e Orientador – Prof. Dr. Élcio Trujillo – Unesp/Franca

2º Examinador: Prof. Dr. _____

3º Examinador: Prof. Dr. _____

Franca, de dezembro de 2007.

*Aos meus queridos pais, Aparecida Helena e Chafi, exemplos para minha vida.
Às minhas irmãs, Roberta e Raquel, sempre companheiras.
Aos meus tios, Antônio Henrique e Lílian, e à minha avó, Maria Aparecida,
pelo essencial apoio nessa jornada.
Ao Andreas, com amor.*

Agradecimentos Acadêmicos

A todos os Professores da Unesp – Franca
pelo constante incentivo e apoio valioso

à querida Mércia Rossi e as gaúchas Cláudia e Katerine,
grandes amigas colaboradoras

Agradecimento especial

Ao Prof. Dr. Élcio Trujillo

Meu reconhecimento pelas sábias lições.
Extraordinária importância na minha trajetória acadêmica.
Dileto orientador, muito obrigada.

RESUMO

O agente público ao desempenhar a função pública submete-se a obrigações e deveres que são regidos essencialmente pelo princípio da legalidade, o qual se vincula a outros princípios que regem a Administração Pública, estabelecidos na Constituição, leis ou regulamentos, entre eles o da finalidade e o da moralidade administrativa. Em virtude desses princípios, o agente público tem o dever de boa administração e da probidade administrativa como substância da sua atividade, Há, sobretudo, de se primar pelo interesse público e a ética da relação existente entre o agente e a Administração Pública. A probidade administrativa é a norma que rege a conduta do agente público, sendo elemento subjetivo da prática da sua atividade pública na Administração. A violação corresponde ao ato de improbidade administrativa, regulada pela Lei n. 8.429/92. Assim, o princípio da moralidade e da legalidade é ameaçado por atos que violam a ética, sendo estes combatidos pela responsabilização do agente corrupto no âmbito administrativo, civil e penal. O desvio de poder (ou de finalidade) figura entre outras formas de procedimento ilícito que podem gerar conduta de improbidade administrativa. Este se caracteriza pelo exercício de uma competência administrativa tendo em mira finalidade diversa da que lhe corresponde segundo o comando legal. O ato administrativo maculado do desvio de poder é inválido, não sendo passível de convalidação. Trata-se de vício de estrita legalidade que atinge um dos aspectos legais da competência administrativa: a finalidade. Embora óbvia sua importância, por ser meio de controle dos atos administrativos, raras são as obras atuais que tratam sobre o tema, igualmente, escassos são os julgados. Demonstrar um caráter atual à teoria, relacionando-a, sobretudo, à lei de improbidade administrativa traz maior destaque ao desvio de poder, amplia a sua aplicabilidade nas fundamentações das decisões dos Tribunais, contextualizando, enfim à responsabilidade da Administração Pública decorrente de atos de desvio de poder.

Palavras-chave: responsabilidade, Estado, desvio, ato, improbidade

ABSTRACT

Whenever the public agent performs any kind of public activity he submits himself to obligations and duties which are essentially governed by the principles of legality and this one is linked to other principles that rule the Public Administration established in the Constitution, laws or regulations, namely the one related to finality and also the one about administrative morality. Due to such principles, the public agent must have good administration and administrative probity as the essence of his activity. One should, above all, to excel at the public interest and the ethics of the existing relation between the agent and the Public Administration. The administrative probity is the norm which regulates the public agent conduct, a subjective element of the practice of his public activity in the Administration. The violation corresponds to an act of administrative improbity, regulated by the Law 8.429/92. Thus, the morality and legality principle is threatened by acts which violate the ethics and these are combated through the accountability of the corrupt agent in the penal, civil and administrative circuit. The power deviation (or finality deviation) appears among other forms of illicit procedure which may well lead into administrative improbity conduct. This is characteristic of the exercise of an administrative competence aiming at an objective which is different from the one correspondent to it according to the legal command. The maculated administrative act of the power deviation is invalid, not liable to conformation. It is a case of vice of strict legality which affects one of the legal aspects of the administrative competence: the finality. Despite its obvious importance as a means of control of the administrative acts, one seldom finds current works related to the theme and just as rare are the judged ones. Demonstrating a modern character to the theory, relating it particularly to the law of administrative improbity highlights even more the power deviation and magnifies its applicability in the recitals of the decisions in the Courts, finally contextualizing to the responsibility of the Public Administration resulting from power deviation acts.

Key-words: responsibility, State, deviation, act, improbity.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	13
1 DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.....	16
1.1. Generalidades: o vocábulo Administração e a expressão Administração Pública.....	16
1.2. Administração Pública e Governo.....	17
1.2.1. <i>Aspecto objetivo</i>	17
1.2.2. <i>Aspecto subjetivo</i>	18
1.3. Administração Pública em sentido estrito.....	21
1.4. Administração Pública em sentido objetivo.....	21
1.5. Administração Pública em sentido subjetivo.....	22
1.6. A Administração Pública na Constituição Federal de 1988.....	22
1.7. Princípios da Administração Pública – art. 37, CF.....	24
1.7.1. <i>Princípio da Legalidade</i>	27
1.7.2. <i>Princípio da Impessoalidade</i>	28
1.7.3. <i>Princípio da Moralidade</i>	30
1.7.4. <i>Princípio da Publicidade</i>	31
1.7.5. <i>Princípio da Eficiência</i>	33
1.8. Outros Princípios da Administração Pública.....	34
1.8.1. <i>Princípio da Supremacia do Interesse Público</i>	34
1.8.2. <i>Princípios da Razoabilidade e Proporcionalidade</i>	36
1.8.3. <i>Princípio da Especialidade</i>	38
1.8.4. <i>Princípio do Controle Administrativo ou Tutela</i>	38
1.8.5. <i>Princípio da Autotutela Administrativa</i>	39
1.8.6. <i>Princípio da Hierarquia</i>	40
1.8.7. <i>Princípio da Motivação</i>	41
1.8.8. <i>Princípio da Continuidade do Serviço Público</i>	42
1.9. A visão moderna do controle da atividade administrativa.....	42
2. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA.....	46
2.1. Visão geral.....	46

2.2. Probidade e Moralidade.....	46
2.3. Princípio da Moralidade.....	47
2.4. Princípio da Probidade.....	49
2.5. Evolução no Direito Positivo.....	50
3. LEI n. 8.429/92.....	55
3.1. Lei n. 8.429/92, improbidade administrativa e desvio de poder.....	55
3.2. Agentes da improbidade administrativa.....	56
3.2.1. <i>Sujeito ativo</i>	56
3.2.2. <i>Agentes políticos</i>	58
3.2.3. <i>Sujeito passivo</i>	60
3.3. Modalidades dos atos de improbidade administrativa.....	60
3.3.1. <i>Dos atos que importam enriquecimento ilícito</i>	62
3.3.2. <i>Dos atos que importam prejuízo ao erário</i>	65
3.3.3. <i>Dos atos que atentam contra os princípios da Adm. Pública</i>	68
3.4. Das sanções.....	69
3.4.1. <i>Espécies</i>	70
3.4.1.1. <i>Suspensão dos direitos políticos</i>	70
3.4.1.2. <i>Ressarcimento integral do dano e perda dos bens havidos</i> <i>ilicitamente</i>	72
3.4.1.3. <i>Multa civil</i>	73
3.4.1.4. <i>Perda da função pública</i>	74
3.4.1.5. <i>Proibição de contratar com a Admin. Pública e dela receber</i> <i>benefícios, incentivos ou subvenções, fiscais ou creditícias</i>	74
3.4.1.6. <i>Quadro resumo</i>	75
3.5. Das prescrições.....	76
3.6. Declaração de bens.....	77
3.7. Do procedimento administrativo e do processo judicial.....	77
3.8. Da inconstitucionalidade da Lei n. 10.628/02 ao conceder foro privilegiado nos atos de improbidade administrativa.....	79
4. ATO ADMINISTRATIVO.....	83
4.1. Conceito.....	83

4.2. Atributos.....	85
4.2.1. <i>Presunção de legitimidade e veracidade</i>	86
4.2.2. <i>Imperatividade</i>	87
4.2.3. <i>Auto-executoriedade</i>	88
4.2.4. <i>Tipicidade</i>	89
4.3. Elementos.....	90
4.3.1. <i>Sujeito</i>	91
4.3.2. <i>Objeto</i>	92
4.3.3. <i>Forma</i>	93
4.3.4. <i>Motivo</i>	93
4.3.5. <i>Finalidade</i>	94
4.4. Discricionariedade e vinculação.....	95
4.4.1. <i>Generalidades</i>	95
4.4.2. <i>Ato discricionário</i>	97
4.4.3. <i>Ato vinculado</i>	100
4.5. Extinção.....	100
4.5.1. <i>Modalidades</i>	101
4.5.2. <i>Vícios</i>	102
4.5.3. <i>Conseqüências decorrentes dos vícios</i>	106
4.5.4. <i>Atos administrativos nulos ou anuláveis</i>	107
4.5.5. <i>Convalidação</i>	108
5. O DESVIO DE PODER	110
5.1. Conceito de desvio de poder.....	110
5.1.1. <i>Dificuldade conceitual</i>	112
5.1.2. <i>Conceituação francesa</i>	113
5.1.3. <i>Conceituação italiana</i>	114
5.1.4. <i>Conceituação pátria</i>	115
5.2. A prova do desvio de poder.....	116
5.2.1. <i>Considerações preliminares: controle jurisdicional dos atos administrativos vinculados e discricionários</i>	119
5.2.2. <i>Natureza do desvio de poder</i>	120
5.2.3. <i>Modalidades do desvio de poder</i>	121
5.2.4. <i>A intencionalidade do agente</i>	122

5.2.5. <i>Prova no desvio do fim</i>	123
5.2.6. <i>Os indícios</i>	124
5.2.7. <i>Conclusão</i>	125
5.3. A matéria de fato.....	125
5.3.1. <i>Fato, lei e fim</i>	126
5.3.2. <i>Conclusão</i>	126
5.4. Fundamentos históricos do desvio de poder.....	127
5.4.1. <i>Origem histórica</i>	127
5.4.2. <i>A origem de desvio de finalidade no Brasil</i>	128
5.5. Direito Comparado: sistema de base romanística x inglês.....	130
5.5.1. <i>França</i>	131
5.5.2. <i>Itália</i>	132
5.5.3. <i>Portugal</i>	133
5.5.4. <i>Outros países</i>	134
5.5.5. <i>Inglaterra</i>	135
5.5.6. <i>Estados Unidos da América</i>	136
5.6. Desvio de poder no Brasil.....	137
5.6.1. <i>Na doutrina</i>	137
5.6.2. <i>No direito positivo</i>	139
5.6.3. <i>Na jurisprudência</i>	141
6. RESPONSABILIDADE EXTRACONTRATUAL DO ESTADO	146
6.1. <i>Introdução</i>	146
6.2. <i>Responsabilidade Objetiva do Estado</i>	151
6.3. <i>Causas excludentes e atenuantes de responsabilidade</i>	153
6.4. <i>Responsabilidade por Atos Legislativos e Judiciais</i>	154
6.5. <i>Reparação do dano e Ação Regressiva</i>	156
6.6. <i>Responsabilidade Penal do agente público</i>	158
CONCLUSÃO	160
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	162
JULGADOS	174

INTRODUÇÃO

A Administração pública manifesta em todos os instantes sua vontade. O aparelho administrativo movimenta-se, faz e desfaz relações jurídicas, cumpre deveres, extingue direitos através dos atos administrativos. Dessa forma, esta vontade se concretiza nos atos dos agentes administrativos que se tornam competentes em razão de poderes que lhes foram outorgados pela lei.

Contudo, para que tais atos tenham plena validade, eles deverão preencher requisitos caracterizados em lei, em conformidade aos meios e formas nela estabelecidas, sempre visando o interesse público. Logo, pode-se afirmar que a função administrativa é subordinada à legislativa. Com efeito, só é possível à Administração Pública agir se houver lei formal que lhe outorgue competência, e mais, nos precisos limites da lei autorizadora, do contrário, haverá desvio de finalidade ou de poder.

Assim, configurará desvio de poder quando o exercício de uma competência administrativa tiver em mira finalidade diversa da que lhe corresponde segundo o comando legal. Tal ato, vinculado ou discricionário, é praticado por agente competente de maneira adversa ao fim para o qual fora criado.

Historicamente, o desvio de poder surge no Conselho de Estado francês, que buscava um instrumento para controlar a discricionariedade administrativa.

Ampliando a abrangência do *recours pour excès de pouvoir*, chegou o Conselho de Estado ao *détournement de pouvoir*, figura que atualmente está difundida na doutrina não só da França, mas em diversos países, inclusive o Brasil¹.

Esse recurso visa à anulação dos atos administrativos praticados em ofensa à lei. Num primeiro momento, a anulação decorria tão somente da incompetência do agente, para em seguida abranger também os casos de vício de forma, destacando, nesse sentido, os vícios externos de ilegalidade dos atos administrativos. Mais tarde, passou-se a aceitá-lo como instrumento que invalidasse atos viciados em sua finalidade, motivo e conteúdo, ou seja, para vícios internos de ilegalidade.

¹ MELO, Rafael Munhoz de. *O desvio de poder*. Revista de direito administrativo. Rio de Janeiro, v. 228, p. 31-66, abr/Jun. 2002, p.44.

Após décadas de utilização, a figura do desvio de poder tornou-se um dos mais eficazes instrumentos de controle da atividade administrativa. Ao permitir que o recurso de excesso de poder fosse utilizado como instrumento para invalidar os atos administrativos viciados em sua finalidade, deu origem o Conselho de Estado francês à teoria do desvio de poder, em 1864.

Na Itália, o excesso de poder surge com a Lei de 2 de junho de 1889, que disciplinava as funções do *Consiglio di Stato*, atribuindo-lhe competência para julgar os recursos administrativos nos casos de incompetência, excesso de poder e violação à lei.

Já no Brasil, a adoção da teoria do desvio de poder foi bem mais tardia, infelizmente. Deu-se apenas com Seabra Fagundes, em 1941, na primeira edição de sua principal obra, *O controle dos atos administrativos pelo poder judiciário*, na qual que o autor arrolava o desvio de finalidade entre os motivos de invalidação dos atos administrativos².

Porém, do ponto de vista legislativo, havia um desenvolvimento maior. Além da Lei n. 221/1894, que fazia expressa referência ao excesso de poder como causa de invalidade de medida administrativa tomada em virtude de uma faculdade ou poder discricionário; em 1951, surge a Lei n. 1.522, que em seu art. 28 alude ao desvio de poder, não para eivar de nulidade o ato administrativo, mas sim para sujeitar o agente que praticou o ato à destituição do cargo, sem prejuízo das sanções penais correspondentes.

Mesmo assim, embora, no Brasil, haja embasamento jurisprudencial e legislativo à aplicação da teoria do desvio de poder, é de lamentar que sejam raros os atos administrativos invalidados por força de tal vício, não obstante é prática corrente na vida administrativa brasileira a inobservância da finalidade legal no exercício das competências administrativas.

Em verdade, os casos de desvio de poder são incontáveis e parecem assentar-se na concepção ingênua, até mesmo primitiva, de que as autoridades, sobretudo as investidas em cargos políticos, são como que donas dos poderes públicos enquanto titularizam ditos cargos. Assim,

² Ainda, cabe citar o *leaging case*, quando em Março de 1940, o Tribunal de Justiça de Pernambuco decidiu ser nulo um decreto expropriatório, que não se fundamentara no interesse público, mas em objetivos privados.

[...] são corriqueiras, e feitas de público, ameaças de utilização da própria competência para retaliar adversários políticos ou opositores que, no uso regular de competências públicas em outras esferas (como as estaduais e municipais) ou como cidadãos, resistem às orientações políticas do Governo Federal as quais, muitas vezes, padecem de ilegitimidade gritante ou escandalizam pela tolice, sobretudo nos dias que correm³.

Por tudo isso, pode-se perceber que o problema levantado é merecedor de estudo detalhado, em virtude da necessidade de se dimensionar perfeitamente o fenômeno em questão, propondo uma evolução jurídica do tema e de fixar a teoria do desvio de poder, dando-lhe maior destaque em nosso mundo jurídico.

³ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Discrecionabilidade e controle jurisdicional*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 68.

1 DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

1.1. Generalidades: o vocábulo administração e a expressão Administração Pública

Basicamente, têm-se duas versões para a origem do vocábulo administração.

Segundo o entendimento de Oswaldo Aranha Bandeira de Mello¹, primeiramente, pode-se entender que advém da preposição *ad* mais *ministro, as, are* – verbo -, que significa servir, executar; num segundo momento administração viria de *ad manus trahere*, ou seja, gestão ou direção. Em ambas, afirma-se a idéia de relação de subordinação, de hierarquia.

Para o ilustríssimo jurista, administração, então, vincula o sentido de dirigir, governar, exercer a vontade com o objetivo de obter resultado útil. O vocábulo assume, portanto, “[...] o sentido de atividade superior de planejar, dirigir, comandar, como a atividade subordinada de executar”².

Num segundo momento, ao tratar-se da expressão Administração Pública, necessário se faz a feitura de outras observações.

Na primeira classificação, vinculam-se a esta expressão dois sentidos, sendo um formal e outro material. “O sentido formal ou subjetivo ou orgânico refere-se ao próprio Estado, conjunto de órgãos e entidades incumbidos da realização da atividade administrativa, com vistas a atingir fins do Estado”³. Assim, designa-se às pessoas jurídicas, órgãos e agentes públicos incumbidos de exercer os poderes do Estado – Executivo, Legislativo e Judiciário – em que se triparte a atividade estatal.

O outro sentido, o material, também chamado de objetivo ou funcional dispõe sobre a natureza da atividade exercida pelos referidos entes. Dessa forma, a Administração Pública é a função pública em si, sendo, o Poder Executivo aquele ao qual incumbe majoritariamente o seu exercício.

¹ MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Princípios gerais de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1979, v. 2, p. 33-34.

² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 53.

³ ANDRADE, Flávia Cristina Moura de. *Direito administrativo*. São Paulo: Premier Máxima, 2005, p. 51.

A segunda classificação comumente feita pelos doutrinadores é que a idéia de administrar compreende planejar e executar.

A Administração Pública, subjetivamente considerada, em sentido amplo, abrange os órgãos governamentais, aos quais cabe planejar, dirigir e comandar; bem como os órgãos administrativos, hierarquicamente subordinados, aos quais incumbe executar os planos governamentais. Ademais, ainda no sentido amplo, mas no foco objetivo, a Administração compreende a função pública, que traça as diretrizes governamentais e a função administrativa que a executa.

Por último, em seu sentido estrito, a Administração Pública, no aspecto subjetivo, se forma apenas dos órgãos administrativos, excluindo-se, sobretudo, os órgãos governamentais. Já na ótica objetiva, inclui-se somente a função administrativa, excetuando-se a função política.

1.2. Administração Pública e Governo

1.2.1. Aspecto objetivo

A Constituição Federal consagrou em seu art. 2º a tradicional tripartição de Poderes, ao afirmar que são Poderes do Estado, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário. “Com Base nessa proclamação solene, o próprio legislador constituinte atribuiu diversas funções a todos os Poderes, sem, contudo, caracterizá-la com a exclusividade absoluta”⁴.

Nesse sentido, cada poder possui uma função característica e predominante, que o torna detentor da soberania estatal, entretanto, além dessa função típica, encontram-se outras funções, também previstas no texto constitucional, porém atípicas.

Ao Legislativo cabe estabelecer regras gerais e abstratas que irão reger a sociedade. Por seu turno, ao Executivo e ao Judiciário cabe a aplicação da lei ao

⁴ MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. São Paulo: Atlas, 2002, p. 982.

caso concreto. Mas, enquanto a jurisdição atua sob provocação da parte interessada, quando esta achar seu direito lesado; a administração age independentemente de provocação, pois, prima, essencialmente, pelo cumprimento do comando legal e pelos fins estatais.

É possível dizer que nestes dois últimos a distinção seria que “[...] no Poder Executivo existe a função política, atividades co-legislativas e de direção; e a função administrativa compreende o serviço público, a intervenção, o fomento e a polícia”⁵.

Função política ou de governo

[...] implica uma atividade de ordem superior referida à direção suprema e geral do Estado em seu conjunto e em sua unidade, dirigida a determinar os fins da ação do Estado, a assinalar as diretrizes para as outras funções, buscando a unidade da soberania nacional⁶.

Concluindo, segundo Maria Sylvia Zanella di Pietro, [...] a função política abrange atribuições que decorrem diretamente da Constituição e por esta se regulam; e dizem respeito mais à polis, à sociedade, à nação, do que a interesses individuais⁷. Os atos de convocação extraordinária do Congresso Nacional, a nomeação de Comissões Parlamentares de Inquérito, as nomeações de Ministros de Estado, as relações com Estados estrangeiros, bem como a declaração de guerra e de paz são exemplos de atos políticos.

1.2.2. Aspecto subjetivo

Como foi dito, conforme a teoria tripartite de Montesquieu, o poder estatal é uno, indivisível e indelegável; entretanto, tal poder desdobra-se em três típicas funções: legislativa, executiva e jurisdicional.

A própria Constituição Federal, em seu artigo 2º, ao afirmar que os Poderes da União são independentes e harmônicos entre si, consagra em seu corpo, respectivamente, as teorias da *separação dos três poderes* e dos *freios e*

⁵ DI PIETRO, 2005, op. cit., p. 56.

⁶ ALESSI, Renato. *Instituciones de derecho administrativo*. Buenos Aires: Bosch, Casa Editorial, 1970. t.1, p. 7-8.

⁷ DI PIETRO, op. cit., p. 56.

contrapesos.

A divisão segundo o critério funcional é a célebre separação de poderes, que consiste em distinguir três funções estatais, quais sejam, legislação, administração e jurisdição, que devem ser atribuídas a três órgãos autônomos entre si, que as exercerão com exclusividade. Foi esboçada pela primeira vez por Aristóteles, na obra *Política*, detalhada, posteriormente por John Locke, no *Segundo tratado do governo civil*, que também reconheceu três funções distintas e, finalmente, consagrada por Montesquieu, *O espírito das leis*, a quem se deve a distribuição clássica, tornando-se princípio fundamental da organização político liberal⁸.

Para Montesquieu, era, sobretudo, necessário existir equilíbrio dos poderes, afirmando que,

Para formar-se um governo moderado, precisa-se combinar poderes, regrá-los, temperá-los, fazê-los agir; dar a um poder, por assim dizer, um lastro, para pô-lo em condições de resistir a um outro. É uma obra-prima de legislação, que raramente o acaso produz, e raramente se deixa a prudência produzir [...]. Sendo o seu corpo legislativo composto de duas partes, uma acorrenta a outra pela mútua faculdade de impedir. Ambas serão amarradas pelo Poder Executivo, o qual o será, por seu turno, pelo Legislativo. Esses três poderes deveriam originar um impasse, uma inação. Mas como, pelo movimento necessário das coisas, são compelidos a caminhar, eles haverão de caminhar em concerto⁹.

Assim, cada um dos três poderes possui uma função predominante ou função típica, que o caracteriza, sendo certo que, além daquela, possui outras funções constitucionalmente previstas – as atípicas.

Pode-se dizer que são funções do Poder Legislativo as de legislar e fiscalizar. "As duas têm o mesmo grau de importância, mas a primeira é a típica, ou seja, cabe ao Congresso Nacional elaborar as normas jurídicas, conforme as regras constitucionais; enquanto a segunda é atípica, cabendo ao mesmo Poder, a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial do Poder Executivo"¹⁰.

O Poder Executivo, por seu turno, "[...] constitui órgão constitucional cuja função precípua é a prática dos atos de chefia de Estado, de Governo e de

⁸ MORAES, 2002, op. cit., p. 137.

⁹ MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat. *O espírito das leis*. Introdução, tradução e notas de Pedro Vieira Mota. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p 25-26.

¹⁰ Art. 70, CF: "A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação de subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder"

administração”.¹¹ Assim, embora administre a coisa pública, também legisla (medidas provisórias) e julga (contencioso administrativo), no exercício de suas funções atípicas.

Já o Poder Judiciário tem como função a de julgar, aplicando a lei ao caso concreto, que lhe é posto, resultante do conflito de interesses. Além dessa, possui funções atípicas tais como administrativa (concessão de férias a seus membros) e legislativa (edição de normas regimentais).

Os três Poderes revelam, portanto, as três funções do Estado. A legislativa: ato de produção jurídica primária pela qual o Estado regula as relações; a executiva ou função administrativa, em que se converte a lei em caso individual concreto; e, por fim, a jurisdicional, onde ocorre a aplicação da lei aos litigantes.

A Administração Pública, portanto, em sentido amplo e subjetivo abrange os órgãos governamentais (Governo) e os órgãos administrativos (Administração Pública em sentido próprio e estrito).

No que diz respeito ao poder político, é possível dizer que o Poder Executivo o exerce predominantemente, mas não de maneira exclusiva.

No direito brasileiro, de regime presidencialista e com grande concentração de poderes nas mãos do Presidente da República, é justificável a tendência de identificar-se o Governo com o Poder Executivo. “E quando se pensa em função política como aquela que traça as grandes diretrizes, que dirige, que comanda, que elabora os planos de governo nas suas várias áreas de atuação, verifica-se que o Poder Executivo continua, na atual Constituição, a deter a maior parcela de atuação política, pelo menos no que diz respeito às iniciativas, embora grande parte delas sujeitas à aprovação, prévia ou posterior, do Congresso Nacional; aumenta a participação do Legislativo nas decisões do Governo”¹².

Concluindo, certo é dizer que o poder político se reparte entre os Poderes Executivo e Legislativo. Ao contrário dos Estados Unidos, no Brasil o Poder Judiciário não desempenha relevante papel nesta área, sem grande influência nas decisões políticas do Governo.

¹¹ MORAES, 2002, op. cit., p.1209.

¹² DI PIETRO, op. cit., p. 58.

1.3. Administração Pública em sentido estrito

Analisando a Administração Pública em sentido estrito, pode-se dizer que esta compreende, em sentido subjetivo, as pessoas jurídicas, órgãos e agentes públicos que exercem a função administrativa. Já em sentido objetivo, a Administração se compõe da atividade administrativa exercida por aqueles entes.

Assim, a Administração Pública é objeto de estudo do Direito Administrativo, enquanto o Governo e a função política são objetos predominantemente estudados pelo Direito Constitucional.

1.4. Administração Pública em sentido objetivo

A Administração Pública em sentido objetivo ou material trata-se da atividade concreta que o Estado desenvolve, sob regime jurídico de direito público, visando à realização efetiva dos interesses coletivos.

O fomento, a polícia administrativa e o serviço público são expressões da função administrativa atribuída, preferencialmente, aos órgãos do Poder Executivo.

Entende-se por fomento a atividade administrativa que incentiva a iniciativa privada através de financiamentos, sob condições especiais, para construção de moradias populares, incentivo à cultura ou ao turismo; políticas fiscais; desapropriações; e, ainda, auxílios financeiros.

Por seu turno, a polícia administrativa faz parte da execução de atos que limitam direitos individuais em nome do interesse coletivo. Em outras palavras, “[...] é a faculdade de que dispõe a Administração Pública para condicionar e restringir o uso e gozo de bens, atividades e direitos individuais, em benefício da coletividade ou do próprio Estado”¹³. Assim, o Estado detém a atividade dos particulares que se revela contrária ao bem-estar social, ao desenvolvimento e à segurança nacional. Compreende como tais medidas as licenças, autorizações, fiscalizações e sanções.

O serviço público, conforme o entendimento de Maria Sylvia di Pietro, “[...] é

¹³ MEIRELLES. Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 115.

toda atividade que a Administração Pública executa, direta ou indiretamente, para satisfazer a necessidade coletiva, sob regime jurídico predominantemente público. Abrange atividades que, por sua essencialidade ou relevância para a coletividade, foram assumidas pelo Estado, com ou sem exclusividade”¹⁴.

1.5. Administração Pública em sentido subjetivo

Em sentido subjetivo, compõem a Administração Pública, todos os entes aos quais a lei atribui o exercício dessa função, isto é, todas as pessoas jurídicas de direito público interno – União, Estados, Municípios e Distrito Federal – órgãos da Administração Pública Direta; bem como, as pessoas jurídicas de direito público e direito privado que formam a Administração Pública Indireta do Estado.

De acordo com o Decreto-lei n. 200, de 25-2-67, com a redação dada pela Lei n. 7.596, de 10-4-87:

A administração federal compreende:

I – a administração direta, que se constitui dos serviços integrados na estrutura administrativa da Presidência da República e dos Ministérios;

II – a administração indireta, que compreende das seguintes categorias de entidades, dotadas de personalidade jurídica própria:

- a) autarquias
- b) empresas públicas;
- c) sociedades de economia mista;
- d) fundações públicas.

Sendo assim, a Administração Pública é composta tanto pelos órgãos da Administração Direta do Estado, como da Indireta.

1.6. A Administração Pública na Constituição de 1988

A Constituição da República de 1988, ao constitucionalizar os princípios e preceitos básicos da Administração Pública, permitiu um alargamento da função

¹⁴ DI PIETRO, op. cit., p. 60.

jurisdicional sobre os atos administrativos, consagrando a plena incidência do controle de constitucionalidade.

Essa permissão, juntamente com a característica aberta dos princípios e preceitos constitucionais básicos sobre a Administração Pública, acabou por ampliar a ingerência do Poder Judiciário nos negócios da Administração Pública, autorizando-o a definir, por exemplo, quais os atos imorais do administrador público (art. 37, caput); os requisitos possíveis para ingresso na carreira pública (art. 37, II); os limites da publicidade oficial (art. 37, §1º), entre outras importantes normas.¹⁵

Dessa forma, o Poder Judiciário passou a exercer o papel de legislador negativo.

Embora ao Judiciário não seja permitido avaliar os atos discricionários da Administração Pública, com a constitucionalização das normas da Administração Pública, foi possível que ele controlasse a constitucionalidade dos atos do Executivo quando estes se manifestassem de maneira contrária aos princípios e preceitos fundamentais.

A finalidade desse controle nada mais é que retirar do ordenamento jurídico lei ou ato normativo em dissonância com o sistema constitucional. Portanto, ao STF cabe retirar tanto lei quanto ato normativo inconstitucional do ordenamento, agindo como legislador negativo. “Tal contenção do controle de constitucionalidade dentro dos limites do controle negativo é justificada pelo princípio democrático e pelo princípio da separação e interdependência dos órgãos da soberania”¹⁶.

Continuando,

[...] com a codificação constitucional dos preceitos básicos de Direito Administrativo, tornou-se possível a interpretação judicial desses institutos, [...] ampliando-se a ingerência do Poder Judiciário em assuntos tradicionalmente da alçada do administrador.¹⁷

Ensina José Cretella Júnior que, “[...] pela primeira vez na história do Direito Constitucional positivo brasileiro vamos encontrar, na lei Magna, a expressão Administração Pública, no Capítulo VII, cujo título é precisamente este: Administração Pública”.¹⁸ Ademais, convém frisar que nenhuma das outras

¹⁵ MORAES, 2002, op. cit., p.768.

¹⁶ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998, p. 922.

¹⁷ MORAES, 2002, op. cit., p.770.

¹⁸ CRETELLA JÚNIOR, José. *A Administração Pública*. In: Vários autores. *A Constituição Brasileira de 1988*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990, p. 94.

constituições havia constitucionalizado os princípios e preceitos fundamentais de Direito Administrativo desta maneira como a Magna Carta de 1988, nem em direito comparado.

Então, sendo o Direito Administrativo um direito essencialmente jurisprudencial, a partir da constitucionalização, formou-se uma construção jurisprudencial decorrente da interpretação destas regras. Essa interpretação constitucional, atividade realizada precipuamente pelo STF, passou a incidir sobre todos os princípios, preceitos do Direito Administrativo.

Concluindo,

[...] a codificação constitucional das normas administrativas possibilitou a consagração de uma Teoria Geral do Direito Constitucional Administrativo, voltada para a observância dos princípios constitucionais básicos e tendo por finalidade limitar o poder estatal, prevendo instrumentos de controle e meios de responsabilização dos agentes públicos, para garantia de transparência e probidade na administração e voltados para o combate à corrupção.¹⁹

1.7. Princípios da Administração Pública – art. 37, CF

Os princípios de uma ciência são disposições básicas, fundamentais, que condicionam todas as estruturas subsequentes.

São, em outras palavras, normas jurídicas primárias, que “[...] constituem a essência e a própria identidade da Carta Magna, predefinem, orientam e vinculam a formação, a aplicação e a interpretação de todas as demais normas componentes do sistema jurídico”.²⁰

Quando se fala de princípios, remete-se à idéia de normas jurídicas, cuja substância integral de supremacia e importância é presumida.

Segundo Agustín Gordillo,

[...] o princípio exige que tanto a lei como o ato administrativo respeitem seus limites e, ademais, tenham o seu mesmo conteúdo, sigam sua mesma

¹⁹ MORAES, 2002, op. cit., p.771.

²⁰ PAZZAGLINI FILHO, Marino. *Princípios constitucionais reguladores da administração pública: agentes públicos, discricionariedade administrativa, extensão da atuação do Ministério Público e do controle do poder judiciário*. São Paulo: Atlas, 2000. p. 48.

direção, realcem seu mesmo espírito. Mas ainda mais, esses conteúdos básicos da Constituição regem toda a vida comunitária e não somente os atos a que mais diretamente se referem ou as situações que mais expressamente contemplam; por serem 'princípios' são a base de uma sociedade livre e republicana, são os elementos fundamentais e necessários da sociedade e de todos os atos de seus integrantes.²¹

Embora anteriormente tais princípios fossem vistos como meras normas programáticas, destituídas de imperatividade, utilizadas para contemplação; hoje, gozam de valor jurídico de normas postas à observância da sociedade estatal e de todos que a ela se submetem e participam.

Inúmeras são as funções dos princípios. Conforme a classificação do mestre português Canotilho, podem-se identificar seis funções: normogenética, sistêmica, orientadora, vinculante, interpretativa e supletiva.

Em resumo,

[...] os princípios constitucionais funcionam como vetores que direcionam a elaboração, o alcance e a aplicação da norma jurídica; permitem uma visão universal e unitária de todo o texto constitucional; servem de norte à criação legislativa e à aplicação de todas as normas jurídicas, desde constitucionais e infraconstitucionais; vinculam as regras do sistema jurídico aos princípios constitucionais que as inspiram; servem, ainda, para o ajuizamento do sentido, da dimensão e do conteúdo de regras jurídicas em harmonia com os princípios; e por fim, são aplicados diretamente aos casos concretos nas hipóteses de insuficiência ou falta de norma jurídica peculiar deles²².

Por tudo isso,

[...] possuem destaque fundamental no sistema e, se uma vez violados, importará em ruptura da própria Constituição. Será, antes de tudo, uma inconstitucionalidade muito mais grave do que a violação de uma simples norma, mesmo constitucional.²³

Os alicerces básicos da Administração pública estão previstos no art. 37, CF, somados a outros expressos e implícitos. Em verdade, pouco importa se implícito ou explícito, basta que exista ou não.

Esclarece o art. 37, *caput*, CF:

Administração Pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios

²¹ GORDILLO, Agustín A. *Tratado de derecho administrativo*. Buenos Aires: Macchi, 1974. t. 1, p.12.

²² CANOTILHO, J. J. GOMES. *Direito constitucional*. Coimbra: Livraria Almedina, 1995. p.169.

²³ BORGES. José Souto Maior. *Lei complementar tributária*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975. p. 27.

da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

Tais princípios constitucionais são de observância obrigatória, prioritária e universal no exercício de toda a atividade administrativa do Estado. Além desses fundamentais princípios, o agente público deve observar os demais, que são consagrados de forma expressa ao longo do texto constitucional, relativos a sua atuação. E, ainda, os implícitos decorrentes deles ou da própria essência da Constituição.²⁴

Segundo a classificação de José Cretella Júnior²⁵, os princípios se classificam em *onivalentes* ou *universais*, comuns a todos os ramos do saber, como o da identidade e o da razão suficiente; *plurivalentes* ou *regionais*, comuns a um grupo de ciências, informando-as nos aspectos em que se interpenetram; *monovalentes*, que se referem a um só campo do conhecimento, por exemplo, os princípios gerais do direito; por último, estão os *setoriais*, que informam os diversos setores em que se divide determinada ciência – princípios do Direito Civil, Administrativo, etc.

Os princípios da legalidade e da supremacia do interesse público, embora não sejam específicos do Direito Administrativo por formarem todos os ramos do direito público, são essenciais porque a partir deles ocorre a construção dos demais. Além disso, são fundamentais, pois, como menciona Maria Sylvia di Pietro, “[...] decorrem da bipolaridade do próprio Direito Administrativo: liberdade do indivíduo e autoridade da Administração Pública.”²⁶

O art. 37, caput, CF, como fora dito, traz os princípios que norteiam a Administração Pública: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. Já a Constituição do Estado de São Paulo, em seu art. 11, apresenta outros princípios – razoabilidade, finalidade, motivação e interesse público.

Por fim, a Lei n. 9.784, de 29-1-99 – Lei do Processo Administrativo Federal – em seu art. 2º, elenca os princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

²⁴ PAZZAGLINI FILHO, 2000, op. cit., p. 48.

²⁵ CRETILLA JÚNIOR, José. Os cânones do direito administrativo. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, D.F., ano 25, n. 97, p.5. 1988.

²⁶ DI PIETRO, 2005, op. cit., p. p. 66.

1.7.1. Princípio da Legalidade

Trata-se de vetor basilar do Estado Democrático de Direito, segundo o qual, ao administrador somente é dado realizar o quanto previsto em lei. Dessa forma, possibilita-se a atuação do agente público, ou da Administração Pública, apenas se permitida, concedida ou deferida por norma legal, não se admitindo qualquer atuação que não contenha prévia e expressa permissão legal.

Celso Bandeira de Mello entende que

[...] para se extrair a verdadeira tradução jurídica deste princípio, deve-se avaliar o seu propósito político: o de submeter os excedores do poder em concreto – o administrativo – a um quadro normativo que embargue favoritismos, perseguições ou desmandos. Com efeito, irá garantir que a atuação do Executivo nada mais será senão a concretização da vontade geral representada na lei editada pelo Poder Legislativo.²⁷

O princípio da legalidade, além de estar previsto no art. 37, CF, está disposto também nos artigos 5º, inc. II e XXXV, e ainda, art. 84, IV, CF. O art. 5º, inc. II, CF dispõe que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.

Dessa forma, ao particular é dado a oportunidade de fazer ou deixar de fazer tudo aquilo que a norma não o proíbe, isto é, somente a lei poderá inibir seu livre comportamento. Em contrapartida, o agente público tem uma relação de subordinação à norma jurídica, ou seja, somente poderá fazer aquilo que a lei autorize.

Ainda, especialmente, no que diz respeito ao direito administrativo, o conceito de legalidade contém em si não só a lei, mas, também, o interesse público e a moralidade. Afirmar isso é entender que tanto a moralidade como o interesse público fazem parte da legalidade administrativa.

Assim, o ato administrativo não terá legalidade se o administrador agiu em consonância ao interesse próprio, ainda que obedecida, formalmente, a lei; e também, se o administrador não atuar conforme a moral administrativa ou ética profissional, que consiste num conjunto de princípios morais que se devem observar

²⁷ MELLO, Celso A. Bandeira de. *Curso de direito Administrativo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 91.

no exercício de uma profissão. Nas palavras do professor Bandeira de Mello, “[...] violar a moral corresponde a violar o próprio direito”.²⁸

Também, no que diz respeito ao princípio ora tratado, cabe lembrar que este vem diretamente confirmado pelo art. 84, IV, da Magna Carta, quando esclarece que compete privativamente ao Presidente da República [...] sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução.

É, em última análise, dizer que mesmo os atos mais elevados do Executivo, como regulamentos e os decretos em geral, não inovaram, mas apenas são fiéis executores daquilo que *a priori* já se encontra estabelecido em lei.

Portanto, inexistente no nosso sistema a possibilidade de se editar regulamentos e decretos de maneira aleatória desvinculada das letras legais. Em verdade, o que se observa são atos gerais e normativos efetuados pelo chefe do Executivo em cumprimento de situações anteriormente não regulamentadas em lei e não quaisquer tendências de exacerbação personalista dos governantes.

Sendo assim, a legalidade é a matriz de todos os demais princípios constitucionais que instruem as atividades administrativas.

1.7.2. Princípio da Impessoalidade

O princípio da impessoalidade foi pela primeira vez acrescido pelo legislador constituinte com essa denominação e encontra-se no mesmo campo de incidência dos princípios da igualdade e da legalidade.

Hely Lopes Meirelles diz que

[...] o princípio da impessoalidade, referido na Constituição de 1988 (art. 37, caput), nada mais é que o clássico princípio da finalidade, o qual impõe ao administrador público que só pratique o ato para o seu fim legal. E o fim legal é unicamente aquele que a norma de direito indica expressa ou virtualmente como objetivo do ato, de forma impessoal.²⁹

Assim, pelo princípio da impessoalidade entende-se que a administração

²⁸ MELLO, Celso A. Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 9. ed. São Paulo, Malheiros, 2003. p. 72.

²⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 82.

deve servir a todos sem preferências ou aversões partidárias ou pessoais. A atuação deverá voltar-se ao atendimento impessoal, geral, ainda que interessar pessoas determinadas, não sendo a atuação atribuída ao agente público, mas à entidade estatal. É o mesmo que dizer: o mérito dos atos pertence à administração e não às autoridades que os exerçam.

Nas lições de Carmem Lúcia Antunes Rocha, aprende-se que

[...] a impessoalidade revela o Estado não-César, contrário àquele que prevaleceu desde a Antiguidade e que tinha na figura do governante o seu padrão normativo e político. A figura do Estado era uma e a mesma coisa que o César, por isso a sua face se espelhava em sua lei, em sua bandeira e até mesmo em sua moeda.³⁰

A agressão a este princípio ocorrerá na prática do nepotismo na Administração Pública, por exemplo. Isto significa, a concessão por agentes públicos, valendo-se das funções por eles exercidas, de favores, ajudas e privilégios de cunho público a seus parentes e amigos.

Outra forma de agressão, encontra-se no art. 37, § 1º da Constituição Federal, que proíbe a utilização do ato administrativo como meio de promoção pessoal, símbolo e imagens; conforme se subscreve:

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.

É o que demonstra jurisprudência selecionada:

Improbidade administrativa. Prefeito municipal. Publicidade. Publicação de jornal com nítido caráter de promoção pessoal. Utilização do erário municipal. afronta ao art. 37, parágrafo único, da Constituição da República. Condenação. Ressarcimento do dano, corrigido monetariamente, bem como da suspensão dos direitos políticos. Recurso provido parcialmente. (Apel. Cível n° 191.796-5/00. Votos n° 14.712 e 12.479. LEX – 264/136).

Finalmente, o objetivo final desse dispositivo constitucional é de garantir a imparcialidade na relação de agentes públicos e de particulares que queiram contratar com a Administração Pública. Qualquer desvio invalida imediatamente o

³⁰ ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. *Princípios constitucionais da administração pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994. p. 147.

ato e impugna tal atuação.

1.7.3. Princípio da Moralidade

Com o advento da Constituição de 1988, o princípio da moralidade, assim como o da finalidade e legalidade, tornou-se pressuposto de validade de todos os atos da Administração Pública.

Quando se fala em moralidade jurídica, está-se tratando de forma diversa à comum. Por considerações de Direito e de Moral, o ato administrativo não terá que obedecer somente à lei jurídica, mas também à lei ética da própria instituição, porque nem tudo que é legal é honesto.

A moral comum é a imposta ao homem para sua conduta externa; a moral administrativa é imposta ao agente público para sua conduta interna, segundo as exigências da instituição a que serve e a finalidade de sua ação: o bem comum.³¹

A evolução da moralidade administrativa mostra que foi no direito civil que a regra moral primeiro se imiscuiu na esfera jurídica, por meio da doutrina do exercício abusivo dos direitos e, depois, pelas doutrinas do não-locupletamento à custa alheia e da obrigação natural. Essa mesma intromissão verificou-se no âmbito do direito público, em especial no Direito Administrativo, no qual penetrou quando se começou a discutir o problema do exame jurisdicional do desvio de poder.³²

Maurice Hauriou foi o primeiro a cuidar do assunto, tendo feito a sua colocação definitiva na 10ª edição do *Précis de Droit Administratif*, onde define a moralidade administrativa como o “[...] conjunto de regras de conduta tiradas da disciplina interior da Administração”; implica saber distinguir não só o bem e o mal, o legal e o ilegal, o justo e o injusto, o conveniente e o inconveniente, mas também entre o honesto e o desonesto; há uma moral institucional, contida na lei, imposta pelo Poder Legislativo, e há uma moral administrativa, que “[...] é imposta de dentro e vigora no próprio ambiente institucional e condiciona a utilização de qualquer poder jurídico, mesmo o discricionário”.³³

Tal princípio se mostra intimamente ligado ao tema central da pesquisa.

A imoralidade administrativa surgiu e se desenvolveu ligada à idéia de desvio de poder, pois se entendia que em ambas as hipóteses a Administração

³¹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 27. ed., São Paulo: Malheiros, 2002. p. 88.

³² BRANDÃO, Antônio José. Moralidade administrativa. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, n. 25, p. 454, 1951

³³ DI PIETRO, 2005, op. cit., p. 77.

Pública se utiliza de meios ilícitos 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, a ilegalidade quanto aos fins (desvio de poder).”³⁴

É através da ação popular, prevista no art. 5º, LXXIII, CF, que qualquer cidadão poderá questionar, visando à anulação de ato lesivo à moralidade administrativa. Há, em verdade, consagrado, constitucionalmente, o direito público subjetivo à administração honesta e moral.

Ainda, o art. 129, inc. III, CF, confere ao Ministério Público a função de zelar pela moralidade da atuação dos agentes públicos, atribuindo-lhe os direitos de instaurar inquérito civil e promover ação civil pública para garantir a moralidade dos atos administrativos.

Resumindo, em consonância ao princípio da moralidade, a atuação administrativa nunca poderá distanciar-se da moral, dos princípios éticos, dos bons costumes, da boa-fé e da lealdade, isso significa que, não contrário à lei, à honestidade, em suma, aos deveres da boa administração. Ademais, é pela imoralidade administrativa que se qualifica o ato de improbidade administrativa.

1.7.4. Princípio da Publicidade

O princípio da publicidade consiste na obrigação à divulgação e o fornecimento de informações a todos os atos da Administração Pública a fim de facilitar o controle e conferir possibilidade de execução. Ainda que meramente interna, constitui um requisito de eficácia aos atos administrativos, pois a partir de seu conhecimento pelo particular, possibilitar-lhe-á impugná-los. Existe, sobretudo, um dever administrativo de manter a transparência em seu comportamento.

A publicidade faz-se pela inserção do ato no Diário Oficial ou por edital afixado no lugar próprio para divulgação de atos públicos, para conhecimento do público em geral e, conseqüentemente, início da produção de seus efeitos, pois somente a publicidade evita os dissabores existentes

³⁴ DI PIETRO, 2005, op. cit., p. 78.

em processos arbitrariamente sigilosos, permitindo-se os competentes recursos administrativos e as ações jurídicas próprias.³⁵

Além da previsão constitucional no art. 37, *caput*, é possível reconhecê-lo em manifestações específicas no art. 5º, inc. XXXIII e XXXIV, 'b', e também, art. 5º, inc. LX e LXXII, da mesma Carta.

O art. 5º, inc. XXXIII assegura o direito a todos de obter informações nos órgãos públicos, que sejam de interesse pessoal, coletivo e geral; salvo, se estiver em jogo a segurança da sociedade e, ou, do Estado. Ao combinar este inciso ao LX, tem-se que é garantido o sigilo dos atos processuais quando necessário à defesa da intimidade e proteção do interesse social.

Já o inc. XXXIV destaca a respeito da expedição de certidão, no prazo de 15 dias, independentemente do pagamento de taxas, conforme a lei n. 9.051/95, para defesa de direito e esclarecimento de situações de interesse pessoal. No caso da certidão ser expedida para outros fins, como para proteção de interesses coletivos, esta ou mesmo o direito à informação não será gratuita.

Ademais, no inc. LXXII, CF, encontra-se o remédio constitucional, *habeas data*, que garante ao indivíduo o conhecimento de informações relativas à pessoa interessada, constante de registro ou banco de dados de entidades governamentais ou de caráter público.

A Lei n. 9.507/97 disciplina o direito à informação que será exercido mediante requerimento dirigido ao órgão ou entidade depositária do registro ou banco de dados e deve ser deferido ou indeferido no prazo de 48 horas, sendo a decisão comunicada ao requerente em 24 horas. Em caso de deferimento, o depositário deve comunicar ao requerente o dia e hora em que tomará conhecimento da informação.

Como visto, o art. 5º da Magna Carta contempla de forma clara e evidente o princípio da publicidade. Ressalta-se, ao final, que negar publicidade aos atos oficiais, conforme o art. 11, IV, da Lei n. 8.429/92, configura-se ato de improbidade administrativa.

³⁵ MORAES, 2002, op. cit., p. 785.

1.7.5. Princípio da eficiência

A partir da Emenda Constitucional nº19, de 4-6-98 inseriu-se o princípio da eficiência entre os princípios constitucionais da Administração Pública, previstos no caput do artigo 37.

Na doutrina, Sérgio de Andréa Ferreira já apontava a existência do princípio da eficiência em relação à Administração Pública, pois

[...] a Constituição Federal prevê que os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário manterão, de forma integrada, sistema de controle interno com finalidade de comprovar a legalidade e avaliar os resultados, quanto à eficácia e à eficiência da gestão orçamentária, financeira e patrimonial nos órgãos e entidades da administração federal, bem como da aplicação de recursos públicos por entidades de direito privado (CF, art. 74, II).³⁶

Analisando o direito comparado, a Constituição Espanhola, promulgada em 27-12-1978, prevê expressamente, em seu art. 103, o princípio da eficácia, ao consagrar que “[...] a administração pública serve com objetividade aos interesses gerais e atua de acordo com o princípio da eficácia, hierarquia, descentralização, desconcentração e coordenação, com obediência plena à lei e ao Direito”.

Pode-se dizer que,

[...] o princípio da eficiência 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 adoção dos critérios legais e morais necessários para a melhor utilização possível dos recursos públicos, de maneira a evitar-se desperdícios e garantir-se maior rentabilidade social. Note-se que não se trata da consagração da tecnocracia, muito pelo contrário, o princípio da eficiência dirige-se para a razão e fim maior do Estado, a prestação dos serviços essenciais à população, visando a adoção de todos os meios legais e morais possíveis para satisfação do bem comum.³⁷

Segundo a classificação de Alexandre de Moraes, compõem-se das seguintes características: direcionamento da atividade e dos serviços públicos à efetividade do bem comum, imparcialidade, neutralidade, transparência, participação

³⁶ MORAES, 2002, op. c)t., p. 786.

³⁷ MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. São Paulo: Atlas, 1999. p. 294.

e aproximação dos serviços públicos da população, eficácia, desburocratização e busca da qualidade.

Nesse sentido, a Constituição Federal diz que constitui um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade ou quaisquer outras formas de discriminação. Também, para ser coerente ao princípio da eficiência, deverá a Administração agir de maneira imparcial e independente, sem privilegiar interesses privados, individuais ou de grupo. Ainda, deverá agir com transparência, neutralidade e eficácia, visando à manutenção de cargos públicos conforme a observância de fatores objetivos como mérito funcional e competência, repudiando, sobretudo, o tráfico de influência.

Sendo assim, o agente público tem o dever jurídico de buscar, em seus atos, a consecução do melhor resultado possível, exercendo suas atividades com presteza, perfeição e rendimento funcional, e ainda, quanto à forma de organização da Administração pública, deverá atentar para os padrões modernos de gestão ou administração, vencendo o peso burocrático.

1.8. Outros princípios da Administração Pública

O art. 37, caput, CF, prevê cinco princípios básicos que guiam a Administração Pública. Entretanto, é possível observar outros princípios infraconstitucionais que regem também a Administração, tais como, supremacia do interesse público, razoabilidade, proporcionalidade, especialidade, controle administrativo ou tutela, autotutela, hierarquia, continuidade do serviço público e motivação.

1.8.1. Princípio da Supremacia do Interesse Público

Pelo princípio da supremacia do interesse público ou da finalidade pública, entende-se que a atividade e os serviços públicos se prestam à efetividade do bem

comum. Esse princípio serve como fundamento para todo o direito público e vincula a Administração Pública em suas decisões, os interesses públicos têm supremacia perante os individuais.

A sua observância demonstrar-se-á na esfera dos três Poderes: Executivo, Legislativo e Judiciário. Estará presente tanto no momento da elaboração da lei como no momento da sua execução em concreto pela Administração Pública. Ele inspira o legislador e vincula a autoridade administrativa em toda a sua atuação.³⁸

O artigo 3º, IV, CF, prevê tal princípio ao referir que constitui um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil promover o bem de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. Da mesma forma, o artigo 37, caput, CF, reforça tal pensamento tendo em consideração que a idéia de interesse público está intimamente ligada à eficiência da administração pública. E ainda, é possível conferir o artigo 2º, caput, da Lei n. 9.784/99, que expressamente se refere a esse princípio, especificando no parágrafo único, com exigência de “[...] atendimento a fins de interesse geral, vedada a renúncia total ou parcial de poderes ou competência, salvo autorização em lei” (inciso II).

Esse princípio reflete, sobretudo, a idéia de que os interesses públicos têm supremacia sobre os individuais. Em nome do primado do interesse público, várias modificações ocorreram, como surgimento de novos preceitos constitucionais que buscassem a interferência do Estado na vida econômica e no direito de propriedade, ou, ainda, uma preocupação com interesses difusos como meio ambiente e patrimônio cultural.

Incumbe ao Estado, portanto, tutelar tudo aquilo que for de interesse público. E a lei, para que isso se efetive, concede poderes à Administração de desapropriar, de punir, de policiar, visando ao interesse geral. No entanto,

[...] se ao usar 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 lei³⁹.

³⁸ DI PIETRO, 2005, op. cit., p. 68.

³⁹ Ibid., p.70.

Daí, o vício do *desvio de poder* ou *desvio de finalidade*, que torna o ato ilegal.

Por último, cabe ainda ressaltar que, para Celso Antônio Bandeira de Mello,

[...] ligado ao princípio da supremacia do interesse público está o da indisponibilidade do interesse público - significa que, sendo interesses qualificados como próprios da coletividade – internos ao setor público – não se encontram à livre disposição de quem quer que seja, por inapropriáveis⁴⁰.

Assim, as pessoas administrativas não possuem disponibilidade sobre os interesses públicos, uma vez que esta disponibilidade está à guarda do Estado em sua manifestação legislativa.

1.8.2. Princípios da Razoabilidade e Proporcionalidade

O artigo 111 da Constituição do Estado de São Paulo dispõe:

A administração pública direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes do Estado, obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, razoabilidade, finalidade, motivação e interesse público.

A razoabilidade é mais um princípio do Direito Administrativo aplicado com o intuito de limitar-se à discricionariedade administrativa, fazendo com que o ato administrativo seja apreciado pelo Judiciário.

Embora o ato administrativo discricionário cumpra a norma concreta expressa, é possível observar a afronta à legitimidade quando esse não tiver fundamentos de fato ou de direito que o sustentem; ou quando não levar em conta fatos notórios ou públicos; e ainda, quando não guardar proporcionalidade entre os meios empregados e o fim alcançado que a lei deseja buscar.

Nesse sentido, [...] a decisão discricionária será sempre ilegítima, desde que irracional, mesmo que não transgrida explicitamente norma concreta e expressa⁴¹. Assim, o princípio da razoabilidade tem suma importância, pois irá corrigir aqueles

⁴⁰ BANDEIRA DE MELLO, Celso A. *Curso de Direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 69.

⁴¹ GORDILLO, Augustin. *Princípios gerais de direito público*. São Paulo: Revista dos tribunais, 1977. p. 183.

atos que não respeitam os critérios de proporcionalidade ou não apresentam atendimento satisfatório dos interesses públicos.

A Lei n. 9.784/99 faz referência aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, separadamente, mas, na realidade, entende-se que este constitui um dos aspectos contidos naquele.

Isto porque o princípio da razoabilidade, entre outras coisas, exige proporcionalidade entre os meios de que se utiliza a Administração e os fins que ela tem que alcançar. “E essa proporcionalidade não deve ser medida pelos critérios pessoais do administrador, mas segundo padrões comuns na sociedade em que vive; e não pode ser medida diante dos termos frios da lei, mas diante do caso concreto”⁴².

Sendo assim,

[...] o princípio da razoabilidade exige proporcionalidade, justiça e adequação entre os meios utilizados pelo Poder Público, no exercício de suas atividades – administrativas ou legislativas –, e os fins por ela almejados, levando-se em conta critérios racionais e coerentes⁴³. A razoabilidade engloba a prudência, a proporção, a indiscriminação, a proteção, a proporcionalidade, a causalidade, em suma, a não-arbitrariedade⁴⁴.

Cabe, ao final, mencionar que a Emenda Constitucional n. 45, de 8-12-2004, dispõe sobre a Reforma do Judiciário, acrescentou um inciso LXXVIII ao artigo 5º da Constituição, assegurando a todos, no âmbito judicial e administrativo, “[...] a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

Entretanto, não basta tal emenda para que se solucione o grande problema da morosidade dos processos judiciais e administrativos no sistema brasileiro. Necessário se faz que se implementem meios para que a celeridade seja alcançada. A súmula vinculante, prevista nos artigos 102, parágrafo 2º e 103-A, CF, trata importante medida que poderia colaborar para a redução dos prazos de tramitação dos processos administrativos e judiciais.

⁴² DI PIETRO, 2005, op. cit., p. 81.

⁴³ DALLARI BUCCI, Maria Paula. O princípio da razoabilidade em apoio à legalidade. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política. Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 4, n. 16, p. 173, jul/set. 1996; BANDEIRA DE MELLO, Celso A. Regulamentação profissional: princípio da razoabilidade. *Revista de Direito Administrativo*, São Paulo, v. 204, p. 333 ss, abr/jun. 1996.

⁴⁴ DROMI, José Roberto. *Derecho administrativo*. 6. ed. Buenos Aires: Ediciones Ciudad. Argentina, 1997. p.

1.8.3. Princípio da Especialidade

“Dos princípios da legalidade e da indisponibilidade do interesse público decorre, dentre outros, o da especialidade, concernente à idéia de descentralização administrativa”⁴⁵.

O princípio da especialidade refere-se às entidades da Administração Pública indireta e dotadas de personalidade jurídica de direito público ou privado, criadas com o objetivo de prestar serviços públicos ou realizar a exploração de atividade econômica.

Esse princípio, em outras palavras relaciona-se à descentralização administrativa, por determinar que as pessoas jurídicas criadas pelo Estado devam agir de acordo com a finalidade definida em lei, dado o fato de seus administradores não serem dotados de livre disponibilidade dos interesses públicos.

A Magna Carta, em seu artigo 37, inciso XIX, determina que apenas por lei específica poderá criar autarquia e autorizar instituição de empresa pública, de sociedade de economia mista e de fundação, cabendo à lei complementar, neste último caso, fixar as áreas de atuação.

Sendo assim, a lei, ao criar uma pessoa jurídica pública, como a autarquia, estabelecerá com precisão as finalidades que incumbe atender, de tal maneira que não será possível que seus administradores fujam dos objetivos definidos em lei, por não terem, como dito, a livre disponibilidade do interesse público.

1.8.4. Princípio do Controle Administrativo ou Tutela

Para que se garantisse a efetiva observação do princípio da especialidade por parte das entidades da Administração Pública indireta, editou-se um outro princípio denominado como o do controle administrativo ou da tutela. Segundo esse princípio, a Administração Pública direta fiscaliza as atividades dos referidos entes, com o intuito de garantir a observância de suas finalidades institucionais.

⁴⁵ DI PIETRO, 2005, op. cit., p 72.

Alexandre de Moraes entende como corolário ao princípio da especialidade:

Trata-se de corolário ao princípio da especialidade, uma vez que surgiu a partir da necessidade de assegurar que os entes da administração pública indireta respeitem estritamente as finalidades e os objetivos determinados em lei para suas atuações. Dessa forma, caberá à administração pública direta, na forma e nos limites previamente fixados em lei, a fiscalização das atividades dos entes da administração pública indireta, com o objetivo de garantir o cumprimento de suas finalidades institucionais⁴⁶.

Ao final, cabe lembrar que em respeito à independência e à autonomia existentes nas entidades da administração pública indireta, somente por meio de previsão legal haverá a possibilidade de controle por parte da administração direta.

1.8.5. Princípio da Autotutela Administrativa

Enquanto pela tutela a Administração exerce controle sobre outra pessoa jurídica por ela mesma instituída, pela autotutela o controle se exerce sobre os próprios atos, com a possibilidade de anular os ilegais e revogar os inconvenientes e inoportunos, independentemente de recurso ao Poder Judiciário⁴⁷.

“A autotutela é um privilégio subjetivo da Administração, que a utiliza quando for necessário, mas não necessariamente em todos os seus atos jurídicos”⁴⁸. Tal entendimento é consagrado em duas súmulas do STF:

Súmula 346: “A Administração Pública pode declarar a nulidade dos seus próprios atos”;

Súmula 473: “A Administração pode anular os seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornem ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência e oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada em todos os casos, a apreciação judicial”.

⁴⁶ MORAES, 2002, op. cit., p. 794.

⁴⁷ DI PIETRO, 2005, op. cit., p. 73.

⁴⁸ GARCIA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás R. *Curso de derecho administrativo*. Madri: Civitas, 2000. t. 1. p. 372.

Concluindo, a Administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornem ilegais, porque deles não se originam direitos. Ademais, a Administração pode zelar pelos seus bens, sem necessariamente recorrer ao Judiciário, através de medidas de polícia administrativa, impedindo que ponham em risco a conservação desses bens.

1.8.6. Princípio da Hierarquia

Em consonância com o princípio da hierarquia, os órgãos da Administração Pública são estruturados de tal forma que se cria uma relação de coordenação e subordinação entre uns e outros, cada qual com atribuição definida na lei⁴⁹.

Já se comparou, com muita felicidade, o aparelhamento administrativo a uma grande pirâmide, cujo vértice é ocupado pelo superior em torno do qual se vão dispor em graus diversos, cada vez mais baixos, os demais funcionários até a base [...] tal escalonamento mostra, em primeiro lugar, que os órgãos do aparelhamento administrativo estão permanentemente vinculados e que, pelo instituto da hierarquia, fica firmada e graduada a competência da autoridade⁵⁰.

Do princípio da hierarquia decorrem as seguintes conseqüências: a unidade de direcionamento das funções administrativas, possibilidade de revisão dos atos dos subordinados, possibilidade de delegação e avocação de atribuições, dever de vigilância para com os subordinados, dever de obediência dos subordinados, existência de mecanismos de resolução de conflitos e atribuições.

Enfim, é oportuno salientar que esse princípio não se aplica às funções legislativas, judiciárias e do Ministério Público, uma vez que a Constituição Federal consagrou o princípio da autonomia funcional.

⁴⁹ DI PIETRO, 2005, op. cit., p. 74.

⁵⁰ CRETELLA JR. José. *Curso de direito administrativo*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987. p. 84-85.

1.8.7. Princípio da Motivação

Segundo o princípio da motivação,

[...] a formalização dos atos administrativos deverá trazer a narrativa escrita dos fatos ensejadores de sua prática (motivos de fato), suas razões jurídicas (motivos de direito) e a demonstração de pertinência lógica entre ambos os motivos, de modo a garantir-se a plena possibilidade de controle de sua validade⁵¹.

Tal princípio se encontra, hoje, consagrado na doutrina e na jurisprudência, não havendo mais a indagação quanto ao alcance da sua obrigatoriedade apenas aos atos vinculados ou só aos atos discricionários, ou se está presente em ambas categorias. Fato é que se justifica em todo tipo de ato, por se tratar de formalidade necessária para permitir o controle da legalidade dos atos administrativos.

A Lei n. 9.184/99 prevê expressamente o princípio da motivação em seu artigo 2º, caput, indicando no parágrafo único do inciso VII a exigência quanto à indicação dos pressupostos de fato e de direito que determinarem a decisão. Ademais, o artigo 50 expõe a obrigatoriedade da motivação quando o ato negar, limitar ou afetar direitos ou interesses; impor ou agravar deveres, encargos ou sanções; decidir processos administrativos de concurso ou seleção pública, dentre outros.

Essa previsão legal, contudo, não exclui a observância do princípio em outras hipóteses, pois seu cumprimento é fundamental para o controle da legalidade do ato administrativo. Ademais, é possível observar a exigência de motivação em leis esparsas, tal como na Lei n. 8.666/93, que trata da licitação e contratos.

Embora fora dito que a observância da motivação é entendida como obrigatória, Alexandre de Moraes⁵² propõe que a motivação poderia ser excluída, excepcionalmente, em três casos.

Primeiro quando atos administrativos não escritos (verbais ou gestuais). Como no caso a Constituição Federal prevê no inciso XXV, do art. 5º, o direito de requisição do Poder Público, ao estabelecer que, em caso de iminente perigo

⁵¹ MORAES, 2002, op. cit., p.196.

⁵² Ibid., p. 796.

público, a autoridade competente poderá usar de propriedade particular, assegurada ao proprietário indenização ulterior, se houver dano.

Num segundo momento, no caso de atos administrativos cujos motivos de fato e de direito sejam notórios e indubitáveis. E, por fim, quando os atos administrativos decorrentes de uma vontade tácita da administração, ou seja, quando o silêncio, por expressa previsão do ordenamento jurídico, for considerado como ato administrativo.

Concluindo, a motivação não exige formas específicas, podendo ser feita com o ato ou por órgão diverso daquele que proferiu a decisão.

1.8.8. Princípio da Continuidade do Serviço Público

De acordo com esse princípio, entende-se que a atividade da Administração Pública é ininterrupta e não se admite a paralisação dos serviços básicos, cujas funções são essenciais ou necessárias a toda coletividade. Dessa situação decorrem certas consequências que garantam a efetivação do princípio.

O artigo 37, VII, CF determina que o direito de greve será exercido nos termos e nos limites definidos em lei específica, sendo pacífico entendimento do STF de que inexistente a auto-aplicabilidade do direito de greve do servidor público, principalmente, dos serviços essenciais, enquanto não existir a edição da referida lei específica.

Ademais, é reconhecido à Administração que esta realize a utilização de equipamentos e instalações da empresa que ela contrata para garantir a continuidade do serviço, bem como sendo impossibilitado àquele que contrata com a Administração de invocar o *exceptio non adimpleti contractus* nos contratos cujo objeto seja a execução de um serviço público.

1.9. A visão moderna do controle da atividade administrativa

O controle da atividade administrativa tem o objetivo de regular o exercício

de autoridade pública, sem esse controle, todos os atos realizados pelos servidores públicos seriam vinculados a sua própria vontade e não ao interesse comum.

A administração pública é tutora de interesses e bens públicos. Tem seu surgimento marcado no período de transição do Estado-Polícia para o Estado legal.

Identificam-se três aspectos fundamentais no Estado-Polícia: “a atividade estatal não se encontraria vinculada a qualquer regra jurídica; inexistiriam direitos subjetivos públicos dos particulares oponíveis a tal atividade e os fins colimados pelo Estado (e, pois, pelo detentor do poder: o Príncipe) não se subordinariam a qualquer limite”.

Em contrapartida, no Estado Moderno, dito Estado de Direito, outras nuances far-se-iam notar: a atuação estatal, em face dos particulares, limitar-se-ia à forma prescrita pelo Direito; existiriam garantias efetivas dos cidadãos a serem observadas pela Administração Pública e os únicos fins a serem alcançados haveriam de ser anteriormente exigidos e legitimados pelo sistema jurídico⁵³.

Resumindo, aquele primeiro seria caracterizado pelo autoritarismo do chefe do poder, no qual os atos estatais coincidiam com os anseios arbitrários do déspota, e este, por submeter todos seus atos aos ditames legais.

A verdade é que, a concepção inicial de Administração pública filia-se a idéia da lei, ao princípio da vinculação legal.

Desse modo, a administração limita-se duplamente: internamente, quando na vinculação jurídica das autoridades às tarefas que lhes competem, e não mais a simples instruções e divisão do trabalho vinculado à obediência ao soberano; e, externamente, pela observância dos direitos subjetivos dos particulares.

No entanto, este impulso positivista, acarretou numa falência da administração pública, pois, passou-se a editar uma enorme quantidade de normas, abrangendo diversas hipóteses, no sentido de que o ato administrativo não contrariasse a lei, nem atacasse a liberdade e à propriedade individuais, permitindo-se somente quando existisse a expressa autorização legal. Tal situação gerou a produção exagerada de normas, fazendo com que elas perdessem suas características essenciais: generalidade, abstração e elasticidade.

A partir daí, passou-se a buscar novas fontes jurídicas que legitimassem o

⁵³ FERREIRA, Daniel. Probidade e razoabilidade como limitações à discricionariedade administrativa. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n. 18. Estudos e comentários. p. 233, 1997.

ato administrativo. Então, neste momento, considerou-se também os princípios gerais do direito, da mesma forma capazes de orientar a atividade administrativa ao interesse público.

Sendo assim, a recente concepção de Administração Pública é marcada pela busca de se estratificar o projeto político segundo os princípios democráticos, influenciada pelo direito constitucional contemporâneo, que prima pelo Estado Democrático de Direito.

Para Carlos Ari Sundfeld, Estado Democrático de Direito é aquele

[...] criado e regulado por uma Constituição, seus agentes públicos fundamentais são eleitos e renovados periodicamente pelo povo e respondem pelo cumprimento de seus deveres, e ainda o poder político é exercido, em parte diretamente pelo povo, em parte por órgãos estatais independentes e harmônicos, que controlam os outros. Ademais, a lei produzida pelo Legislativo é necessariamente observada pelo demais poderes e os cidadãos, sendo titulares de direitos, inclusive políticos, podem opô-los ao próprio Estado⁵⁴.

Logo, a atividade administrativa desenvolvida pelas pessoas políticas, órgãos, Administração direta ou indireta, autarquias, sociedades de economia mista, empresas públicas, fundações governamentais, servidores públicos dentre outros, baseia-se em normas de direito administrativo num contexto de Estado Democrático de Direito.

As normas de direito administrativo regulam a realização do interesse público e conferem à Administração, encarregada de buscá-lo, poderes de autoridade, cujo exercício produz relações jurídicas verticais, em que ela tem uma posição de superioridade frente ao particular. Mas esses poderes são muito condicionados: a Administração só tem quando previstos em lei (legalidade); seu exercício não é mera faculdade, mas dever do administrador, e só pode ocorrer para realizar os fins previstos em lei (função). Para permitir seu registro e controle, a ação administrativa está sujeita à publicidade e ao formalismo, exigindo a realização de procedimentos e a observância de inúmeros requisitos formalísticos⁵⁵.

É preciso lembrar novamente que, o objetivo principal do direito administrativo é da negação do poder arbitrário. Daí o vigor de vários princípios informadores, principalmente da legalidade, no qual todos os atos administrativos não poderão ser fruto dos caprichos das autoridades e também a submissão de toda

⁵⁴ SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de direito público*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 54.

⁵⁵ *Ibid.*, p.105.

a ação administrativa a diferentes níveis de controle, sem o que não há como impedir o arbítrio.

Concluindo, o Estado atual tenta adaptar-se à nova realidade e atender o quanto mais próximo à efetivação dos princípios democráticos almejados pelo homem na concretização de uma vida digna. Esta máquina estatal, mediante novos contornos, almeja reformular suas atividades e seus órgãos para que alcance do interesse público, do bem comum.

2 IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

2.1. Visão geral

Improbidade é o mesmo que desonestidade, mau caráter, falta de probidade. É aquele ato praticado por agente público, contrário às normas da moral, à lei e aos bons costumes, ou seja, ato que indica falta de honradez e de retidão de conduta no modo de proceder perante a administração pública direta, indireta ou fundacional, nas três esferas políticas: Executiva, Legislativa e Judiciária.

No mesmo sentido, leciona Plácido e Silva, “[...] improbidade revela a qualidade do homem que não procede bem, por não ser honesto, que age indignamente, por não ter caráter, que não atua com decência, por ser amoral¹”.

Pode-se concluir, pois, que, improbidade administrativa é o ato que afronta os princípios norteadores da atuação administrativa. Trata-se do designativo da corrupção administrativa, ou ainda, fatos jurídicos decorrentes de conduta humana, positiva ou negativa, de efeitos jurídicos involuntários. Sendo, portanto, um ilícito político administrativo, cuja consequência é a aplicação de sanções de natureza extra penal em processo judicial.

2.2. Probidade e Moralidade

Ao tratar sobre improbidade administrativa, considera-se de suma importância analisar dois conceitos básicos: moralidade e probidade. Embora seja comum encontrar doutrinadores entendendo-os como sinônimos por ambas se relacionarem à idéia de honestidade, é possível identificar distinção clara.

José Afonso da Silva defende a tese de que “[...] a probidade administrativa é uma forma de moralidade administrativa, devidamente qualificada”.² Em outras

¹ DE PLÁCIO e Silva, Vocabulário Jurídico. 27. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, pp. 431.

² SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 1998. p.571

palavras, contida na moralidade administrativa está o da probidade; a probidade é espécie do gênero moralidade administrativa.

Quando se fala na moralidade administrativa, alude-se ao art. 37, *caput* e seu § 4º da CF. O princípio da moralidade é invocado de modo muito mais amplo, como forma de contenção para os atos que, embora em consonância com a lei, ofenderiam a moral, os bons costumes, as regras de boa administração, os princípios da justiça e de equidade e a idéia comum de honestidade.

Já a probidade administrativa é subprincípio decorrente da moralidade administrativa e dever dos agentes públicos, garantindo o direito público subjetivo, atendendo a idéia de honestidade entre os meios e fins empregados pela Administração Pública e seus agentes, influenciada por valores convergentes à noção de boa administração e de finalidade pública, bem como ao cumprimento de regras éticas administrativas que manifestem a vocação institucional do órgão ou entidade administrativa, preservando valores materiais e morais da Administração Pública e exigindo de seus agentes atuação conformada com os princípios e deveres do exercício da função pública.

2.3. Princípio da Moralidade

“Primeiramente, deve-se considerar que a moralidade administrativa não se trata da moral comum, mas da jurídica. Entende-se como conjunto de regras de conduta tiradas da disciplina interior da administração.”³

Para Carmem Lúcia Antunes Rocha,

[...] a moralidade administrativa não se restringe à verificação da obtenção de utilidades para a garantia de um determinado interesse público tido como meta da ação do agente. Mais que isso, a moralidade administrativa que se pretende ver acatada adentra o reino da finalidade de garantia da realização de valores expressos na idéia do bem e da honestidade, que se pretendem ver realizados segundo o direito legítimo.⁴

³ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 18. ed. São Paulo, Malheiros, 1990. p. 83.

⁴ ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. *Princípios Constitucionais da Administração Pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994. p. 193.

Trata-se, sobretudo, da legalidade em sentido amplo, que abrange não só a lei em sentido formal, mas também a observância dos princípios e valores que estão na base do ordenamento jurídico.

O princípio da moralidade administrativa adquiriu no direito brasileiro, em 1988, uma derivação da legitimidade política, isto é, a atuação estatal dirigida ao interesse público, e ainda, finalidade pública como parâmetro da moralidade a ser medida na proporção entre meios e fins.

Assim, possui, base firmada em dois vértices, que implicam a mesma conclusão: finalidade, sempre deverá ser pública, porque é a que alcança o interesse público, e proporcionalidade ou razoabilidade, limitadora da decisão do ato discricionário conforme o interesse público.

A legislação, ao tratar da Administração Pública determina princípios fundamentais, de vital importância no controle da administração, referindo-se, além da moralidade, ao da lealdade e da boa-fé, uma vez que o bom administrador na esfera de sua atuação, não poderia expedir atos desleais ou que burlassem a boa-fé.

Celso Antônio Bandeira de Mello, quando faz alusão à moralidade administrativa, identifica-a como

[...] forma e contenção de atitudes não conformes com os princípios éticos, destacando que em seu bojo ainda estariam acobertados os princípios da lealdade e da boa-fé, segundo os quais o administrador deveria agir com sinceridade e lhanza, sendo-lhe interdito qualquer comportamento astucioso, eivado de malícia, produzindo de maneira a confundir, dificultar ou minimizar o exercício de direitos pelos cidadãos.⁵

Neste sentido, determina o art. 37, §4º, regra geral norteadora da Administração Pública:

A administração pública direta, indireta ou fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e, também ao seguinte:

§4º - os atos de improbidade administrativa importarão 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.

Ainda, o art. 5º, LXXIII, CF garante:

⁵ BANDEIRA DE MELLO, Celso A. *Curso de direito administrativo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p.69.

Qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência.

Portanto, o agente público, em conformidade com o ordenamento jurídico próprio, deve distinguir o lícito do ilícito, o legal do ilegal, o justo do injusto. E também, utilizando a base da relação humana, deve traçar a linha divisória entre o bem e o mal, honesto e desonesto, de tal modo que o conteúdo jurídico de suas atitudes correspondam à conduta ética.

Desse modo, sua conduta deverá estar de acordo tanto com a legislação escrita quanto com a lei ética, ou seja, com a moral pública, bons costumes, regras de boa-fé, princípios de justiça e equidade.

2.4. Princípio da Probidade

Conforme anteriormente dito, o princípio da probidade é subprincípio da moralidade administrativa. Tal princípio está intimamente ligado ao aspecto da conduta do agente e não a um alcance amplo de atuação. É o dever de probidade como aquele pelo qual o funcionário deve servir à Administração com honestidade, procedendo no exercício de suas funções sempre no intuito de realizar os interesses públicos, sem aproveitar os poderes ou facilidades delas decorrentes em proveito pessoal ou de outrem a quem queira favorecer.

Marcelo Figueiredo esclarece:

O princípio da moralidade administrativa é de alcance maior e mais genérico conformando a todos os poderes e funções do Estado uma atuação conforme o padrão jurídico da moral, da boa-fé, da lealdade, da honestidade, enquanto que o princípio da probidade está exclusivamente vinculado ao aspecto da conduta do administrador. A probidade, desse modo, seria o aspecto “pessoal-funcional” da moralidade administrativa.⁶

Nessa lógica, pode-se dizer que todo ato contrário à moralidade

⁶ FIGUEIREDO, Marcelo. *Probidade Administrativa: comentários à Lei 8.429/92 e Legislação Complementar*. São Paulo: Malheiros Editores, 1995. p. 20.

administrativa é ato configurador de improbidade. Porém, nem todo ato de improbidade administrativa representa violação à moralidade administrativa.

Note-se que o princípio da probidade impõe ao agente público limites para a sua atuação discricionária.

O agente público não deve ofender a moral, os bons costumes, as regras de boa administração, os princípios da justiça e de equidade e a idéia comum de honestidade; não deve fazer do exercício de sua função uma forma de obtenção de vantagens para si ou para outrem; não causar lesão aos bens e interesses públicos; agir com ética, lealdade e boa-fé para com os administrados e também cumprir a lei, não atentando por ato omissivo ou comissivo, contra os princípios da Administração Pública, através da violação dos deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade.⁷

A Lei n. 8.429/92 sistematizou juridicamente a improbidade administrativa. “Suas regras advêm desse princípio, norma superior, que exige do agente público e de terceiros atos honestos e leais para com a Administração Pública.”⁸ Exsurge, portanto, a probidade administrativa como instrumento de atuação do princípio da moralidade administrativa - impessoalidade, publicidade, imparcialidade, finalidade, razoabilidade - por meio de proibição de comportamentos infringentes.

Há de se considerar que o legislador ordinário, em respeito ao texto constitucional, enumerou três modalidades de atos contrários à probidade administrativa: atos que importem em enriquecimento ilícito, ou que causem dano ao erário e, por fim, atos de improbidade administrativa que atentam contra os princípios da administração pública. Por fim, as sanções previstas são de ordem política, administrativa e patrimonial.

2.5. Evolução no Direito Positivo

A Constituição Federal, ao tratar do ato de improbidade no capítulo da Administração Pública, inovou, pois, em momentos anteriores, embora já houvesse

⁷FERREIRA, Daniel. Probidade e Razoabilidade como limitações à discricionariedade administrativa. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, v. 18. Estudos e comentários. p. 238. 1997

⁸FREITAS, Juarez. Do princípio da probidade administrativa e de sua máxima efetivação. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 204, p.65-84, abr./jun. 1996. p. 70-71.

no direito brasileiro legislação prevendo sanções para atos que importassem prejuízo para a Fazenda Pública e locupletamento ilícito para o indiciado, apenas em 1988 conferiu-se de maneira expressa.

É possível identificar a previsão de sanções à improbidade administrativa desde o Decreto-lei Federal n. 3.240, de 8-5-41. Sujeitavam-se ao seqüestro e à perda de bens os autores de crimes que resultaram prejuízo à Fazenda Pública, desde que produzisse locupletamento ilícito, e subsidiariamente a reparação do civil do dano e a incorporação ao patrimônio público de bens de aquisição ilegítima de pessoa que exercesse ou tivesse exercido função pública.

Em seguida, a Constituição de 1946, em seu artigo 141, § 31, que “[...] a lei disporá sobre o seqüestro e o perdimento de bens, no caso de enriquecimento ilícito, por influência ou com abuso de cargo ou função pública, ou de emprego em entidade autárquica”.

A regulamentação legal veio com a Lei n. 3.164/57 – Lei Pitombo-Godói Ilha,

[...] que sujeitava também a seqüestro e perda, em favor da Fazenda Pública, dos bens adquiridos pelo servidor público, por influência ou abuso de cargo ou função pública, ou de emprego em entidade autárquica, sem prejuízo da responsabilidade criminal em que tenha aquele incorrido. As medidas eram decretadas pelo Ministério Público, ou de qualquer pessoa do povo.⁹

Mais tarde, o Congresso Nacional editou a Lei Bilac Pinto, Lei n. 3.502/58, sem revogar a anterior, estabelecendo as providências para o combate ao enriquecimento ilícito, por influência ou abuso de cargo ou função.

Dentre as inovações dessa lei encontram-se: a aplicação do seqüestro e perda de bens ao servidor público e ao dirigente ou empregado de autarquia; definiu nos artigos 2º, 3º e 4º, os casos de enriquecimento ilícito para os fins da lei; deixou claro que é servidor público todas as pessoas que exercessem, na União, nos Estados, nos Territórios, no Distrito Federal e nos Municípios, quaisquer cargos, funções ou empregos, civis ou militares, nos órgãos dos três Poderes do Estado; manteve a natureza civil da sanção, aplicável independentemente da responsabilidade criminal; dentre outras.

⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2005. p 712.

O AI n° 14/69, ao estabelecer nova redação ao art. 150, § 11, pela EC n° 1/69, da mesma maneira que a Constituição de 1946, estabeleceu a possibilidade de regulamentação legal sobre o confisco e sobre o perdimento de bens por danos causados ao Erário, ou no caso de enriquecimento ilícito no exercício de cargo, função ou emprego na Administração Pública direta ou indireta¹⁰.

Esse confisco, que implicava a perda de bens sem o devido processo legal e sem possibilidade de apreciação judicial (conforme artigo 11 do referido Ato Institucional), contrariava norma expressa do artigo 150, § 11, que proibia o confisco e deixou de existir com a Emenda Constitucional n° 11, de 13-10-78, que, no seu artigo 3º, revogou

[...] os atos institucionais e complementares, no que contrariarem a Constituição Federal, ressalvados os efeitos dos atos praticados com base neles, os quais estão excluídos de apreciação judicial”. Além disso, alterou a redação do artigo 153, § 11, ao prever lei que dispusesse sobre o perdimento de bens por danos causados ao erário, ou no caso de enriquecimento ilícito no exercício de função pública.¹¹

O parágrafo 4º do artigo 37 da atual Magna Carta determina que 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.

A Lei n° 8.429/92 veio regulamentar o artigo 37 que “[...] dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências”.

Com a Lei do Colarinho Branco, os atos de improbidade administrativa ganharam amplitude maior por enquadrarem as três modalidades: enriquecimento ilícito (art. 9º), atos que causam prejuízo ao erário (art. 10) e dos que atentam contra os princípios da Administração Pública (art. 11).

Assim, “[...] embora a Constituição tenha sido promulgada em 5-10-88, já prevendo as sanções para os atos de improbidade, o artigo 37, § 4º, não era auto-aplicável, não podendo a Lei n. 8.429/92 ser aplicada com efeito retroativo”¹². Até a

¹⁰ MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. São Paulo: Atlas, 2002. p.2610

¹¹ DI PIETRO, 2005, op. cit., p 714.

¹² **Irretroatividade da Lei n. 8.429/92**: STJ – “A Lei n. 8.429/92, que tem caráter geral não pode ser aplicada retroativamente para alcançar bens adquiridos antes de sua vigência, e a indisponibilidade dos bens só pode atingir os bens adquiridos após o ato tido como criminoso” (1ªT. – Re. Min. Garcia Vieira, decisão: 19-3-1999).

entrada em vigor dessa lei, apenas eram puníveis os atos que implicassem enriquecimento ilícito, sendo cabíveis, em sede judicial, apenas o seqüestro e a perda de bens (na esfera cível) e as sanções penais cabíveis (na esfera criminal). Na esfera administrativa, as penalidades aplicáveis eram as previstas no estatuto os servidores de cada nível de governo. “As penas previstas no artigo 37, § 4º, da Constituição, repita-se, só podem ser aplicadas por atos de improbidade praticados após a entrada em vigor da Lei n. 8.429/92”¹³.

Com relação ao crime de responsabilidade, é necessário afirmar “[...] a lesão à probidade administrativa sempre foi prevista como crime de responsabilidade do Presidente da República, desde a primeira Constituição em 1891, em seu artigo 54, sendo mantida em todas as demais”¹⁴.

Crimes de responsabilidade são infrações político-administrativas definidas na legislação federal, cometidas no desempenho da função, que atentam contra a existência da União, o livre exercício dos Poderes do Estado, a segurança interna do país, a probidade da Administração, a lei orçamentária, o exercício dos direitos políticos, individuais e sociais e o cumprimento das leis e das decisões judiciais¹⁵.

Embora a doutrina majoritária entenda que o crime de responsabilidade trata-se de instituto de natureza política, pois as infrações são político-administrativas e o processo e o julgamento, igualmente, serão políticos; no Supremo Tribunal Federal, o instituto possui natureza penal.

Nesse sentido, destaca-se o seguinte julgado: “Entenda-se que a definição de crime de responsabilidade, imputáveis embora a autoridades estaduais, é matéria de Direito Penal, da competência privativa da União – como tem prevalecido no Tribunal”¹⁶.

O art. 85, CF prevê rol meramente exemplificativo dos crimes de responsabilidade, uma vez que, o Presidente poderá ser responsabilizado por todos os atos atentatórios à Constituição Federal passível de enquadramento idêntico ao referido rol, desde que exista previsão legal.

A Lei n. 1.079/50 define os crimes de responsabilidade e regula o processo de julgamento. O Presidente da República, os Ministros de Estado, os Ministros do

¹³ DI PIETRO, 2005, op. cit., p.714.

¹⁴ Constituição de 1934 (artigo 57, f); 1937 (artigo 85, d), 1946 (artigo 89, V), 1967 (artigo 84, V) e 1988 (artigo 85, V).

¹⁵ MORAES, 2002, op. cit., p. 1236.

¹⁶ STF - Pleno – Adin n. 834-0/MT – Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Diário da Justiça, Seção I, 9 abr. 1999, p. 2

Supremo Tribunal Federal, o Procurador-geral da República, os Governadores e Secretários de Estado são sujeitos dessa lei.

O artigo 52, parágrafo único, da Magna Carta, ainda prevê duas sanções autônomas e cumulativas a serem aplicadas na hipótese de condenação por crime de responsabilidade: perda do cargo e inabilitação, por oito anos, para o exercício de função pública.

Cabe ressaltar que, embora a doutrina afirme que o ato definido pela Lei n. 1.079/50 possa enquadrar-se como ato de improbidade administrativa previsto na Lei n. 8.429/92 e não há impedimento na aplicação da Lei n. 1.079/50, uma vez que o artigo 37, § 4º, CF indica sanções cabíveis por improbidade, “[...] sem prejuízo da ação penal cabível”; o STF manifestou recentemente entendimento diverso.

A Reclamação n. 2.138/DF (relator Ministro Nelson Jobim) apresentada perante o Supremo Tribunal Federal, sustenta que os agentes políticos não estariam sujeitos às sanções previstas na Lei n. 8.429/92, mas tão-somente aos crimes de responsabilidade previstos na Lei 1.079/50 e no Decreto-Lei 201/1967.

Essa tese da inaplicabilidade da Lei n. 8.429/92 vingou e os agentes políticos deixaram de ser sujeitos da Lei de Improbidade Administrativa, sob justificativa de bis in idem, o que representou um grande retrocesso na prática administrativa instituída no Brasil após a Constituição da República de 1988. Ademais, contrariou a esmagadora tendência doutrinária jurídica e humanística de sempre promover a interpretação evolutiva dos direitos fundamentais contidos na Carta Magna, nos quais está incluído o direito a uma gestão pública norteadada pela probidade e moralidade.

3 LEI n. 8.429/92

3.1. Lei n. 8.429/92, Improbidade Administrativa e o Desvio de Poder

A Lei n. 8.429/92 define o ato de improbidade administrativa, os sujeitos ativo e passivo, as penalidades cabíveis, bem como regula o procedimento administrativo e o processo judicial para investigação e punição do agente público infrator. Como anteriormente mencionado, dentre outros motivos, a importância dessa lei se dá pelo fato dela ter definido os atos de improbidade administrativa em seus artigos 9º, 10 e 11.

A Lei de Improbidade Administrativa constitui-se em apenas um dos instrumentos de controle repressivo, mas perpassa a própria ilicitude do ato e seus possíveis desdobramentos, sendo um instrumento potencialmente eficaz para coibir o mau exercício das funções públicas e o chamado desvio de poder alçado à categoria de improbidade, diante das penalidades que comina aos agentes públicos¹.

Define-se a improbidade administrativa como uma patologia associada ao mau exercício das funções públicas, decorrentes de ações ou omissões do agente competente. Trata-se do desempenho de condutas por parte de agentes públicos, em desacordo com a normativa, constitucional, infraconstitucional e, eventualmente, também administrativa *stricto sensu*, que preside seus atos. Improbidade é, no bojo da Lei no. 8.429/92, em sintonia com o art. 37, parágrafo 4º, da Carta de 1988, má gestão pública *lato sensu*, seja por desonestidade, seja por intolerável ineficiência².

A densidade das proibições e sanções, dirigidas aos ímprobos, é alcançada pela obediência ao devido processo legal, que articula a funcionalidade dos princípios da legalidade, tipicidade, culpabilidade, segurança jurídica, proporcionalidade e simetria entre Direito Penal e Direito Administrativo Sancionador. Nesse cenário, a conduta proibida é previsível diante dos tipos sancionadores desenhados na Lei Geral de Improbidade, considerando-se as interfaces entre normativas inerentes às normas punitivas em branco que compõem esse verdadeiro Código Geral de Conduta dos agentes públicos brasileiros.

¹ MEDINA OSÓRIO, Fábio. *Improbidade administrativa: reflexões sobre laudos periciais ilegais e desvio em face da Lei federal n. 8.429/92*. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 880, 30 de novembro de 2005. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7642>. Acesso em: 14 ago. 2006.

² *Ibidem*.

O desvio de poder é uma das figuras centrais de improbidade, alcançando todo e qualquer bloco normativo previsto no bojo da Lei 8.429/92, tanto nas cláusulas gerais, quanto nas casuísticas.

A formação do desvio de poder, na modalidade ímproba, pode ocorrer no seio de tipos que sancionam enriquecimento ilícito, lesão ao erário ou pura agressão às normas, tal como se percebe nos artigos 9º, 10 e 11 da Lei Geral de Improbidade. A constatação da improbidade depende da valoração que recai sobre o desvio de poder e a nota de gravidade perceptível³.

Há muitos tipos de desvio de poder, eis que se trata de uma categoria historicamente relevante na própria formação do Direito Administrativo contemporâneo, na medida em que interfere no reconhecimento da chamada ilegalidade substancial, além de emprestar conteúdo à imoralidade e pessoalidade administrativas. Há valorização do desvio do poder, pois, diante de seus virtuais conteúdos, integra-se num processo interpretativo complexo, que há de levar em conta os valores, as normas e os atores envolvidos. Nem todo desvio de poder é considerado improbidade administrativa, mas essa configura, normalmente, uma modalidade de desvio de poder acentuadamente grave, nas suas formas mais agressivas⁴.

Portanto,

[...] no conceito de improbidade está inserido qualquer desvio ético de conduta do agente público, qualquer que seja a função exercida, afrontoso à moralidade no desempenho de função pública em qualquer dos Poderes da República (como estabelece o art. 1º) e que envolve enriquecimento ilícito, prejuízo ao erário e atentado aos princípios da Administração Pública.⁵

3.2. Agentes da improbidade administrativa

3.2.1. Sujeito ativo

De acordo com a Lei n. 8.429/92, toda e qualquer pessoa pode ser sujeito ativo da ação de improbidade administrativa desde de que se envolva com Administração Pública, inclusive se dela não faça parte, mas dela se beneficie da

³ MEDINA OSÓRIO, Fábio. *Improbidade administrativa: reflexões sobre laudos periciais ilegais e desvio em face da Lei federal n. 8.429/92*. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 880, 30 de novembro de 2005. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7642>. Acesso em: 14 ago. 2006.

⁴ *Ibidem*, p. 2

⁵ MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. Improbidade Administrativa, agentes políticos e foro privilegiado. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, v. 232, p.231-254, abr./jun. 2003. p. 249.

ação imoral.

Assim, são considerados sujeitos ativos tanto o agente público (art. 1º) como o terceiro que, mesmo não sendo agente, induza ou concorra para a prática do ato de improbidade administrativa, ou dele se beneficie de forma direta ou indireta (art. 3º).

Nesse sentido, dispõe o art. 1º da referida lei:

Os atos de improbidade praticados por qualquer agente público, servidor ou não, contra a administração direta, indireta ou fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios, de Território, de empresa incorporada ao patrimônio público ou de entidade para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, serão punidos na forma desta lei.

Parágrafo único. Estão também sujeitos às penalidades desta lei os atos de improbidade praticados contra o patrimônio de entidade que receba subvenção, benefício ou incentivo, fiscal ou creditício, de órgão público bem como daquelas para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com menos de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, limitando-se, nestes casos, a sanção patrimonial à repercussão do ilícito sobre a contribuição dos cofres públicos.

Ainda, o artigo 3º prevê que as disposições desta lei são aplicáveis, no que couber, àquele que, mesmo não sendo agente público, induza ou concorra para a prática do ato de improbidade ou dele se beneficie sob qualquer forma direta ou indireta.

Ademais, segundo seu artigo 2º, reputa-se agente público, para os efeitos desta lei, todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nas entidades mencionadas no artigo anterior. De tal sorte, o próprio legislador já definiu o agente público, para os fins da lei.

Portanto,

[...] são sujeitos do ato de improbidade administrativa o agente público, servidor ou não, que exerça, embora transitoriamente, ou sem remuneração, seja por eleição, nomeação, designação, contratação ou por qualquer outra forma de investidura ou vínculo, [...], cargo, emprego ou função na Administração Pública direta ou indireta, em empresa incorporada ao patrimônio público ou entidade para cuja criação ou custeio erário tenha concorrido ou concorra mais de 50% do patrimônio ou da receita anual⁶.

⁶ MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. São Paulo: Atlas, 2002. Pp.2614.

Por fim, com relação aos agentes políticos, necessário se faz afirmar que, recentemente, o Supremo Tribunal Federal manifestou entendimento de que a Lei de improbidade administrativa não se aplica a tais sujeitos, uma vez que, esses já respondem pelo crime de responsabilidade, como se verá a seguir.

3.2.2. Agentes políticos

Agentes políticos são aqueles que, no âmbito do respectivo Poder, desempenham as funções políticas de direção previstas na Constituição, normalmente de forma transitória, sendo a investidura realizada por meio de eleição (no Executivo, Presidente, Governadores, Prefeitos e, no Legislativo, Senadores, Deputados Federais, Deputados Estaduais, Deputados Distritais e Vereadores) ou nomeação (Ministros e Secretários Estaduais e Municipais)⁷.

Vê-se, então, que a idéia de agente político está ligada à de governo e à de função política, a primeira remete à idéia de órgão (aspecto subjetivo) e a segunda, à de atividade (aspecto objetivo).

Assim, cabe ao agente político a função política que

[...] implica em uma atividade de ordem superior referida à direção suprema e geral do Estado em seu conjunto e em sua unidade, dirigida a determinar os fins da ação do Estado, a assinalar as diretrizes para as outras funções, buscando a unidade de soberania estatal⁸.

Os agentes políticos são, portanto, os que agem em nome e por conta do Estado, como titulares do direito de participação ativa na vida deste, para cujo exercício são chamados. Por conseguinte, ligados ao Estado por relação de representação. Incumbe-lhes propor, estabelecer ou decidir as diretrizes políticas dos entes públicos, enfim, focalizar os princípios diretores e coordenadores da sua atividade.⁹

Acontece que, recentemente, o Supremo Tribunal Federal proferiu decisão que afastou os agente políticos como sujeitos da Lei de improbidade administrativa.

Para o Supremo Tribunal Federal, guardião da Constituição Federal, não se

⁷ GARCIA, Emerson. *Sujeitos dos atos de improbidade: reflexões*. Jus Navegandi, Teresina, ano 9, n. 715, 20 jun. 2005. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6912> .Acesso em: 14 ago. 2006.

⁸ ALESSI, Renato. *Instituciones de derecho administrativo*. Buenos Aires: Bosch, Casa Editorial, 1970. t. 1.

⁹ MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Princípios gerais de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1969. v. 2. Das pessoas. p. 287.

aplica a Lei n. 8.429/92 aos agentes políticos, pois, conforme decisão, os atos de improbidade, em verdade, redundariam em crimes de responsabilidade, sujeitando, assim, o agente político à responsabilidade de igual natureza.

Isso significa dizer que grande parte dos atos de improbidade administrativa possuem correspondência na tipologia da Lei n. 1.079/50, que trata dos crimes de responsabilidade, o que seria suficiente para demonstrar que a infração política absorveria o ato de improbidade.

Além disso, segundo esta lógica desenvolvida, o artigo 85 do texto constitucional teria recepcionado esse entendimento ao dispor que o Presidente da República praticaria crime de responsabilidade sempre que atentasse contra a probidade da administração, o que possibilitaria o seu *impeachment*.

O *impeachment*, desde a sua gênese, é tratado como um instituto de natureza político-constitucional que busca afastar o agente político de um cargo público que demonstrou não ter aptidão para ocupar. Os crimes de responsabilidade, do mesmo modo, consubstanciam infrações políticas, sujeitando o agente a um julgamento de igual natureza. Essa constatação, por si, já demonstra o desacerto da tese que procura equipará-los às condutas disciplinadas pela Lei de Improbidade, afeitas à seara cível e sujeitas a uma relação processual conduzida por um órgão jurisdicional¹⁰.

Observa-se que retirar os agentes políticos como sujeitos ativos da lei significa desprovê-los da obediência ao artigo 37, parágrafo 4º, CF, pois, somente seria aplicável aos servidores públicos.

Retirou-se, sobretudo, a aplicação da Lei de improbidade administrativa àqueles que têm participação da vida ativa do Estado, os agentes políticos, sujeitos que ocupam, geralmente, o mais alto grau hierárquico do Poder Executivo, os principais destinatários das normas que disciplinam a Administração Pública e que definem os atos de improbidade.

O novo entendimento do STF é de tamanha estranheza, pois, nega ao Legislativo a possibilidade de atribuir conseqüências criminais, cíveis, políticas e administrativas a um mesmo fato. Se o próprio constituinte originário não vedou tal possibilidade, como pode o intérprete fazê-la?

¹⁰ GARCIA, Emerson. *Sujeitos dos atos de improbidade: reflexões*. Jus Navegandi, Teresina, ano 9, n. 715, 20 jun. 2005. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6912> .Acesso em: 14 ago. 2006.

3.2.3. Sujeito Passivo

Dispõe o artigo 1º da Lei n. 8.429/92 as entidades que podem ser atingidas por atos de improbidade administrativa, abrangendo “[...] a administração direta, indireta ou fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios, de Território, de empresa incorporada ao patrimônio público ou de entidade para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual”.

Portanto, o sujeito mediato é o Estado, uma vez que a Lei n. 8.429/92 tem por escopo proteger o patrimônio público, a administração da coisa pública (bens, direitos, recursos com ou sem valor econômico).

O sujeito passivo imediato é a pessoa jurídica efetivamente afetada pelo ato, desde que incluída no seguinte rol, previsto no artigo 1º, caput, da Lei n. 8.429/92: órgãos da Administração Pública direta; órgão da Administração indireta¹¹ ou fundacional; empresa ou entidade para cuja criação o erário haja concorrido ou concorra com mais de 50% do patrimônio ou receita anual; empresa ou entidade que receba subvenção, benefício ou incentivo, fiscal ou creditício, de órgão público; empresa incorporada ao patrimônio público¹².

3.3. Modalidades dos atos de improbidade administrativa

Como foi dito, improbidade é desonestidade, relaciona-se com a conduta do administrador e pode ser praticada não apenas pelo agente público, *lato sensu*, senão também por quem não é servidor e infringe a moralidade pública.

A lei classifica e define três espécies de atos de improbidade administrativa:

¹¹ **Improbidade administrativa e servidores de sociedade de economia mista e de empresas públicas:** STF – “Considerando que o disposto no parágrafo 1º do artigo 327 do CP, que equipara a funcionário público, para efeitos penais, quem exerce cargo, emprego ou função em entidade paraestatal, abrange os servidores de sociedade de economia mista e de empresas públicas e que esta equiparação se aplica tanto ao sujeito passivo do crime como ao ativo, a Turma indeferiu habeas corpus impetrado em favor de paciente acusado da prática do delito de tráfico de influência (CP, art. 332) – teria recebido determinada importância para exercer influência sobre funcionários de sociedade de economia mista –, em que se alegava a atipicidade do fato (CP, art. 332: ‘Solicitar, exigir, cobrar ou obter, para si ou para outrem, vantagem ou promessa de vantagem, a pretexto de influir em ato praticado por funcionário público no exercício da função’). Precedentes citados RHC 61.753-RJ (RTJ 111/267 e HC 72.198-PR (DJU de 26-5-95))” (STF – 1ª T. – HC n. 79.823/RJ – Rel. Min. Moreira Alves, decisão: 28-3-2000. Informativo STF, n. 183).

¹² MORAES, 2002, op. cit., p.2614.

os que importam em enriquecimento ilícito (art. 9º); os que causam prejuízo ao erário público (art. 10); e os que atentam contra os princípios da Administração Pública (art. 11).

Antes de analisar cada uma delas, é mister que se realize um parêntese sobre a incidência do princípio da proporcionalidade na adequação típica das condutas às descrições das normas.

A tipicidade do ato ímprobo é vaga composta por conceitos jurídicos indeterminados, especificamente, por cláusulas gerais, que descrevem de maneira abstrata a conduta. Admite-se, portanto, no direito administrativo, a tipificação de condutas através destas cláusulas limitando o comportamento positivo ou negativo do agente público.

Note-se que, a partir da legalidade administrativa, dá-se substrato básico na compreensão da possibilidade de o Estado proibir e sancionar condutas sem ofender ao sistema constitucional do Estado Democrático de Direito.

Assim, a tipificação do ato ímprobo passa por um duplice estágio: formal e material.

Quando se fala na tipicidade formal de um ato ímprobo, está se considerando que o intérprete deverá realizar um juízo de adequação entre a norma e o fato.

Esta interpretação é bastante aberta, dotada de conceitos jurídicos indeterminados; nunca é, rigorosamente, completamente formal, pois pressupõe, não raro, o ingresso de valores sociais e metajurídicos no ato hermenêutico, configurando especial complexidade de elementos interpretativos.¹³

Tal fato não gera a responsabilidade objetiva do agente, devendo sempre haver a demonstração, dependendo da previsão legal, da existência do dolo ou culpa. Nesse sentido, Régis de Oliveira afirma que “[...]evidente está, no entanto, que qualquer comportamento pressupõe o elemento subjetivo da plena consciência da infração do comportamento previsto”.¹⁴

Adotou-se, portanto, a regra da responsabilidade subjetiva em relação aos

¹³ OSÓRIO, Fábio Medina. *Princípio da proporcionalidade constitucional: notas respeito da tipificação material e do sancionamento aos atos de improbidade administrativa reprimidos na Lei 8.429/92*. Estudos e comentários. Revista Trimestral de direito público, São Paulo, n. 26. p.268. São Paulo. 2005.

¹⁴ OLIVEIRA, Régis Fernandes de. *Moralidade e impessoalidade administrativa*. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 766, p. 107. 1999

atos de improbidade administrativa, excluindo, também, a inversão do ônus da prova na hipótese de evolução desproporcional de patrimônio do agente público.

Continuando, pode-se, desse modo, encontrar condutas que reúnem os elementos típicos, que formalmente se enquadram na Lei 8.429/92, porém, esse enquadramento se mostra incompatível com as exigências elementares de justiça e bom senso.

Seria o caso, por exemplo, citado pelo autor Francisco de Assis Toledo, quando se refere a um processo contra antigo servidor público, o qual era acusado de haver cometido peculato consistente no desvio de algumas poucas amostras de amêndoas. Há de se reconhecer uma eventual ausência de tipicidade material de comportamentos com escassa ou nenhuma lesividade ao bem jurídico tutelado pela norma, com controle de constitucionalidade baseado no princípio da proporcionalidade, decretando-se a atipicidade do comportamento.

Em verdade, não haveria ofensa material aos valores proporcionalmente tutelados pela Lei 8.429/92, em termos a exigir o desencadeamento de processos e sanções rigorosas, perda de função, suspensão de direitos políticos, multa civil, justificando, apenas, uma advertência de chefia ao servidor.

Sendo assim, deve-se lembrar que, a Lei de Improbidade Administrativa se destina a coibir aqueles comportamentos que, independentemente da lesão ao erário e do enriquecimento ilícito, se apresentem altamente lesivos à comunidade e aos princípios regentes da administração pública.

Feito o parêntese, oportuno é o estudo das modalidades de atos de improbidade administrativa.

3.3.1. Dos atos que importam o enriquecimento ilícito

Segundo o art. 9º, *caput*, haverá enriquecimento ilícito quando o agente auferir qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do vínculo com a Administração Pública. É preciso ressaltar que essa vantagem não se limita à patrimonial, mas abrange inclusive aspectos da moralidade administrativa, a ética, ou seja, a licitude da conduta.

No direito romano é possível encontrar princípios como *suun cuique tribuere*

– a cada um o que é seu -, e *neminem laedere* – não lesar a ninguém, clássicos que deram fundamento a esta modalidade.

Nos seus doze incisos posteriores, o art. 9º indica algumas situações específicas. São elas:

- I) Auferir qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, mandato, função ou emprego, ou atividades nas entidades mencionadas no art. 1º desta Lei.
- II) Receber, para si ou para outrem, dinheiro, bem móvel ou imóvel, ou qualquer outra vantagem econômica, direta ou indireta, a título de comissão, percentagem, gratificação ou presente de quem tenha interesse, direto ou indireto, que possa ser atingido ou amparado por ação ou omissão decorrente das atribuições do agente público;
- III) Perceber vantagem econômica, direta ou indireta, para facilitar a aquisição, permuta ou locação de bem móvel ou imóvel, ou a contratação de serviços pelas entidades referidas no art. 1º por preço superior ao valor de mercado.
- IV) Utilizar, em obra ou serviço particular, veículo, máquinas, equipamentos ou material de qualquer natureza, de propriedade ou à disposição de qualquer das entidades mencionadas no art. 1º desta Lei, bem como o trabalho de servidores públicos, empregados ou terceiros contratados por essas entidades.
- V) Receber vantagem econômica de qualquer natureza, direta ou indireta, para tolerar a exploração ou a prática de jogos de azar, de lenocínio, de narcotráfico, de contrabando, de usura ou de qualquer atividade ilícita, ou aceitar promessas de tal vantagem.
- VI) Receber vantagem econômica de qualquer natureza, direta ou indireta, para fazer declaração falsa sobre medição ou avaliação em obras públicas ou qualquer outro serviço, ou sobre quantidade, peso, medida, qualidade ou característica de mercadorias ou bens fornecidos a qualquer das entidades mencionadas no art. 1º desta Lei.
- VII) Adquirir, para si ou para outrem, no exercício de mandato, cargo, emprego ou função pública, bens de qualquer natureza cujo valor seja desproporcional à evolução do patrimônio ou à renda do agente público.
- VIII) Aceitar emprego, comissão ou exercer atividade de consultoria ou

assessoramento para pessoa física ou jurídica que tenha interesse suscetível de ser atingido ou amparado por ação ou omissão decorrente das atribuições do agente público, durante a atividade.

- IX) Perceber vantagem econômica para intermediar a liberação ou aplicação de verba pública de qualquer natureza.
- X) Receber vantagem econômica de qualquer natureza, direta ou indiretamente, para omitir ato de ofício, providência ou declaração a que seja obrigado.
- XI) Incorporar, por qualquer forma, ao seu patrimônio, bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1º desta Lei.
- XII) Usar em proveito próprio, bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1º desta Lei.

Indicadas as situações, parece-nos necessário, ainda, mencionar, a respeito do enriquecimento ilícito, sobre o ônus da prova.

Assim, constitui ato de improbidade administrativa essas doze condutas descritas, auferir qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, mandato, função, emprego ou atividade da Administração Pública direta, indireta ou fundacional de qualquer dos três Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios, de Território, empresa incorporada ao patrimônio público ou de entidade para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com mais de 50% do patrimônio ou da receita anual.

Para que haja a tipificação, necessário se faz o preenchimento de quatro requisitos: a) dolo do agente – vontade livre e consciente do agente em qualquer das condutas citadas; b) obtenção de vantagem patrimonial pelo agente – não obrigatoriamente patrimonial, basta que receba algum benefício, qualquer prestação positiva ou negativa que aufera ao agente enriquecimento ilícito¹⁵; c) ilicitude da vantagem obtida; e d) existência de nexos causal entre o exercício funcional e a vantagem indevida (nexo de oficialidade).

¹⁵ “Ainda que não concorra o prejuízo ao erário ou ao patrimônio das entidades referidas no artigo 1º, a percepção, ainda que indireta, de dinheiro, bem móvel ou imóvel, ou qualquer outra forma de vantagem econômica, já realizada o tipo. Todavia, nos casos tratados nos incisos III, IV, XI e XII ocorrerá, necessariamente, dano material”. PAZZAGLINI FILHO, Marino; ROSA, Márcio Fernando Elias; FAZZIO JR. Waldo. *Improbidade administrativa*. 3ªed. São Paulo: Atlas, 1998.Pp. 60.

Cabe, enfim, ressaltar que esse rol é meramente exemplificativo, havendo a possibilidade de tipificação como ato de improbidade administrativa de outras condutas, contanto que haja congruência com os elementos do tipo do artigo. Ademais, a tipificação dos atos de improbidade administrativa, por serem de natureza civil, são descrições mais genéricas e conceituais do que as exigidas pelo Direito Penal, possibilitando uma interpretação mais construtiva por parte da doutrina e jurisprudência¹⁶.

3.3.2. *Dos atos que causam prejuízo ao erário*

O art. 10 refere-se ao ato de improbidade que causa prejuízo ao erário, quando o sujeito por ação ou omissão, dolosa ou culposa, enseja perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento por desaviso ou negligência, ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades públicas.

Da mesma forma, o artigo dispõe de treze incisos exemplificativos que revelam condutas ímprobas:

- I) Facilitar ou concorrer por qualquer forma para a incorporação ao patrimônio particular, de pessoa física ou jurídica, de bens, rendas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1º desta Lei.
- II) Permitir ou concorrer para que pessoa física ou jurídica privada utilize bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1º desta Lei.
- III) Doar a pessoa física ou jurídica, bem como ao ente despersonalizado,

¹⁶ **Enriquecimento ilícito de agente público e credibilidade do cargo:** TJSP – “Demais, de se ressaltar que o enriquecimento ilícito abala a credibilidade do cargo ocupado pelo agente ímprobo, destruindo em conseqüência, os alicerces das instituições democráticas” (TJSP – 4ª Cam. Direito Público – Ag. Instr. N. 160.658-5/9-00 – Rel. Dês. Soares Lima, decisão: 25-5-2000).

Ato de improbidade e elemento subjetivo: TJSP – “Inexistindo prova de que o funcionário público agiu de má-fé, presume-se a sua boa-fé, o qual deve ser excluído do pólo passivo da demanda...” (RT 735/266). No mesmo sentido: TRT – “o nosso ordenamento jurídico propõe para a caracterização do ato de improbidade administrativa que, além da prática do ato, há de se perquirir a existência do elemento subjetivo, isto é, do dolo. Não há ato de improbidade administrativa se dos elementos colhidos no caderno processual apenas se vislumbra a caracterização de culpa” (TRT – 9ª Região – 2ª T. – Recurso Ordinário n. 10807/97 – Curitiba-PR; Rel. Juiz Luiz Celso Napp, decisão: 23-6-1998).

ainda que de fins educativos ou assistenciais, bens, rendas, verbas ou valores do patrimônio de qualquer das entidades mencionadas no art. 1º desta Lei, sem observância das formalidades legais e regulamentares aplicáveis à espécie.

- IV) Permitir ou facilitar a alienação, permuta ou locação de bens integrantes do patrimônio de qualquer das entidades referidas no art. 1º desta Lei, ou ainda a prestação de serviços por parte delas, por preço inferior ao mercado.
- V) Permitir ou facilitar a aquisição, permuta ou locação de bem ou serviço por preço superior ao mercado.
- VI) Realizar operação financeira sem observância das normas legais e regulamentares ou aceitar garantias insuficientes ou inidôneas.
- VII) Conceder benefício administrativo ou fiscal sem a observância das formalidades legais ou regulamentares aplicáveis à espécie.
- VIII) Frustrar a licitude do processo licitatório ou dispensá-lo indevidamente.
- IX) Ordenar ou permitir a realização de despesas não autorizadas em lei ou regulamento.
- X) Agir negligentemente na arrecadação de tributo ou renda, bem como no que diz respeito à conservação do patrimônio público.
- XI) Liberar verba pública sem a estrita observância das normas pertinentes ou influir de qualquer forma para a sua aplicação irregular.
- XII) Permitir, facilitar ou concorrer para que terceiro se enriqueça ilicitamente.
- XIII) Permitir que se utilize, em obra ou serviço particular, veículos, máquinas, equipamentos ou material de qualquer natureza, de propriedade ou à disposição de qualquer das entidades mencionadas no art. 1º desta Lei, bem como o trabalho de servidor público, empregados ou terceiros contratados por essas entidades.

Ressalta-se que é possível a verificação de outras condutas, tidas como ato de improbidade administrativa, desde que ocorra na tipificação a congruência com os elementos do tipo previsto no *caput* do artigo.

Na tipificação, dever-se-á atentar para o preenchimento dos seguintes requisitos: a) conduta dolosa ou culposa do agente – ou seja, não se exige apenas a

existência da vontade livre e consciente do agente para concretizar qualquer das condutas descritas, também se responsabiliza o agente que manifestar conduta culposa (imprudência, negligência ou imperícia); b) conduta ilícita – a conduta deverá ser caracterizada como ilícita, vale dizer, uma conduta que analisada per se seja inicialmente lícita, mas acabe por gerar perda patrimonial ao erário não ensejará a responsabilidade por ato de improbidade administrativa¹⁷; c) existência de lesão ao erário ou perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres – isto é, deverá acarretar prejuízo concreto ao erário; d) não-exigência de obtenção de vantagem patrimonial pelo agente – não se exige necessariamente a ocorrência de vantagem do agente dolosa ou culposa; e) existência de nexo causal entre o exercício funcional e o prejuízo concreto gerado ao erário público.

Portanto, mesmo que não gere lesão ao Erário, este agente público responderá pelo ato em razão de ter produzido lesão moral, também prevista na lei em questão. Deverá o intérprete, contudo, observar o princípio da proporcionalidade, essência dos direitos fundamentais.

No caso da lei de improbidade, a presença do elemento subjetivo é tanto mais relevante pelo fato de ser objetivo primordial do legislador constituinte o de assegurar a probidade, a moralidade, a honestidade dentro da Administração Pública. Sem um mínimo de má-fé, não se pode cogitar da aplicação de penalidades tão severas como a suspensão dos direitos políticos e a perda da função pública¹⁸.

Uma lei não deve onerar o cidadão mais intensamente do que o imprescindível para a proteção do interesse público. Assim, a intervenção deve ser apropriada e necessária para alcançar o fim desejado, nem deve gravar em excesso o afetado, isto é, deve poder ser dele exigível.¹⁹

¹⁷ Exemplo clássico citado pela doutrina aponta a **inexistência da ocorrência de ato de improbidade administrativa** por parte do funcionário público – motorista que conduzindo veículo oficial, em atividade oficial, por imprudência, acabe gerando uma colisão com terceiros. Essa conduta, certamente, acarretará sua responsabilidade penal e a responsabilidade civil do Estado (risco administrativo, CF, art. 37, § 6º), porém, não importará ato de improbidade, uma vez que, a análise da conduta per se – dirigir veículo oficial em atividade oficial – não é ilícita. (MORAES, 2002, op. cit., p.2623).

¹⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 18ª ed. São Paulo: Atlas, 2005. Pp. 728.

¹⁹ HECK, Luís Afonso. *O Tribunal Constitucional Federal e o Desenvolvimento dos Princípios Constitucionais*. Porto Alegre: Fabris Editor, 1995. p. 43.

3.3.3. *Dos atos que atentam contra os princípios da Administração Pública*

A última modalidade dos atos de improbidade administrativa é dos atos que atentam contra os princípios da Administração Pública.

De acordo com o art. 11 da referida lei, será ímprobo, o agente que por qualquer ação ou omissão violar os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições, atentando contra os princípios da Administração Pública. Ofenderão, assim, aos princípios, aquele que:

- I) Praticar ato visando fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele previsto, na regra de competência.
- II) Retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício.
- III) Revelar fato ou circunstância de que tem ciência em razão das atribuições e que deve permanecer em segredo.
- IV) Negar publicidade aos atos oficiais.
- V) Frustrar a licitude de concurso público.
- VI) Deixar de prestar contas quando obrigado a fazê-lo.
- VII) Revelar ou permitir que chegue ao conhecimento de terceiro, antes da respectiva divulgação oficial, teor de medida política ou econômica capaz de afetar o preço da mercadoria, bem ou serviço.

Nesse sentido, a tipificação da conduta prevista pelo art. 11 deverá cumprir os seguintes requisitos: a) conduta dolosa do agente – existência de vontade livre e consciente do agente em relação a qualquer das condutas descritas; b) conduta comissiva ou omissiva ilícita que, em regra, não gere enriquecimento ilícito ou não cause lesão ao patrimônio público²⁰; c) violação dos deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições; d) atentado contra os princípios da Administração Pública – além dos princípios elencados no art. 37 da Constituição Federal, cabe também o respeito aos princípios da supremacia do interesse público, razoabilidade, proporcionalidade, presunção da legitimidade, especialidade, controle

²⁰ A ratio legal para a existência do art. 11 é a necessidade da existência de um tipo subsidiário, para que possa haver a responsabilização do agente cuja conduta seja ilícita e em afronta aos princípios da administração pública, mesmo que não haja o enriquecimento ilícito, exigido no art. 9º da lei, ou lesão ao patrimônio público, cuja exigência é feita pelo art. 10. (MORAES, 2002, op. cit., p.2625)

administrativo, autotutela administrativa, hierarquia, motivação e continuidade do serviço público; e) existência denexo causal entre o exercício funcional e o desrespeito aos princípios da administração pública.

Em suma, chega-se à conclusão de que se tutela o dano moral efetuado contra a Administração Pública. Havendo, portanto, um conteúdo eminentemente ético. Os danos são inúmeros ao afrontar os princípios da administração pública, por isso, cabe analisar cada caso, indagar a intenção do agente, para verificação do dolo, pois, de outro modo, não acarretará em ilícito previsto em lei.

3.4. Das sanções

Uma vez tipificado o ato ímprobo, o legislador impõe sanções cumulativas visando à proteção da probidade administrativa. Em consonância ao princípio da proporcionalidade, prima-se pelo interesse coletivo impondo ao agente ímprobo punição correta, proporcional e justa.

De tal sorte, o parágrafo 4º do art. 37 da Magna Carta prevê penas que consistem na suspensão de direitos políticos, na perda da função pública, na indisponibilidade dos bens e no ressarcimento do erário, sem prejuízo da ação penal cabível.

Note-se que o dispositivo constitucional, ao indicar as medidas cabíveis, não se refere a elas como sanções. E, na realidade, nem todas têm essa natureza.

“É o caso da indisponibilidade dos bens, que tem nítido caráter preventivo já que tem por objetivo acautelar os interesses do erário durante a apuração dos fatos, evitando a dilapidação, a transferência ou ocultação dos bens, que tornariam impossível o ressarcimento do dano”²¹.

Também, o art. 12 da Lei n. 8.429/92 institui várias penalidades, dentre elas: cominação da multa, proibição de contratar com o Poder público ou de receber incentivos fiscais ou creditícios.

Da mesma forma que se referiu a respeito do princípio da proporcionalidade na adequação típica das condutas às descrições das normas, é oportuno relacioná-

²¹ DI PIETRO, 2005, op. cit., p. 729.

lo também na atenuação dos rigores sancionatórios abstratos.

O princípio da proporcionalidade exige o exame da natureza do ataque ao bem juridicamente protegido e a sanção prevista a esse ataque. A sanção deve estar relacionada ao bem jurídico protegido. Há, sempre, uma cláusula de necessidade embutida nas medidas que buscam salvaguardar a segurança, saúde, ou moral pública.²²

Assim, a proporcionalidade fundamenta o grau de reprovabilidade incidente à conduta proibitiva. Com efeito, quando da fixação de sanções decorrentes de improbidade administrativa, há fatos atribuídos aos agentes que não merecem a cumulação de todas as sanções.

Ainda, previamente, cabe mencionar que, o caráter das sanções estabelecidas no art. 12 da Lei n. 8.429/92 não é penal, em razão da própria Constituição Federal aludir em seu art. 37, §4º, a respeito, pela ausência da vedação constitucional a que se consagrem sanções extra penais nos moldes previstos pela Lei n. 8.429/92.

Ademais, segundo entendimento majoritário, as modalidades de atos de improbidade administrativa descritas no art. 9º, 10 e 11 não constituem crime no âmbito da referida lei. Portanto, prevê-se uma sanção de natureza civil ou política, independentemente das sanções penais, civis ou administrativas previstas em leis específicas.

3.4.1. Espécies

3.4.1.1. Suspensão dos direitos políticos

Dentre os direitos fundamentais garantidos na Constituição, está o de gozo dos direitos políticos. Trata-se da possibilidade de o indivíduo votar ou ser votado, em outras palavras, “[...] é a realidade em que cada um deve poder exercer o seu direito eleitoral ativo e passivo de modo formal com o máximo de igualdade”.²³

²² OSÓRIO, op. cit., p. 260.

²³ HECK, op. cit., p. 248.

Contudo, as sanções previstas na Lei de Improbidade Administrativa impõem determinados limites jurídicos perante os direitos fundamentais. Deve-se lembrar que, numa realidade de Estado Democrático de Direito, os direitos fundamentais e a democracia estão implicados em relacionamento mútuo: “[...] a democracia pressupõe liberdade individual protegida juridicamente para todos; a liberdade para todos pressupõe democracia”.²⁴

A própria Constituição, Lei maior do ordenamento, expressamente, prevê a vedação à cassação de direitos políticos, cuja perda ou suspensão, todavia, somente se admite nas hipóteses estritas do art. 15, incs. I, II, III, IV, V da CF, quando trata da improbidade administrativa, criando-se sanção político civil.

Note-se também que, em seu art. 37, §4º, a Magna Carta estabelece que a improbidade administrativa gera a suspensão dos direitos políticos na forma e gradação previstas em lei.

A Lei n. 8.429/92 regula a forma e a gradação da sanção relativa à suspensão dos direitos políticos decorrente da condenação por improbidade administrativa, devendo incidir o princípio da proporcionalidade na eleição dessa modalidade sancionatória, tendo em vista sua especial intensidade e peculiar força.²⁵

A ação civil pública é a forma eleita para obtenção da sanção. Já quanto à gradação, faz-se necessário observar que o decreto condenatório virá da constatação do dolo ou culpa, dependendo do tipo proibitivo da Lei em questão. Sendo certo que não se admite a responsabilidade objetiva.

No caso de enriquecimento ilícito, a suspensão dos direitos políticos é de oito a dez anos, cabendo ao julgador fixar o *quantum*, fundamentando-se na periculosidade do evento. Quando for hipótese de lesão ao erário, o prazo obrigatório de suspensão de direitos políticos varia entre cinco a oito anos.

Agora, se o ato de improbidade se configurar na modalidade de agressão aos princípios da Administração Pública, sem danos ao erário e sem o enriquecimento ilícito, a suspensão pode oscilar entre três e cinco anos.

Como foi mencionado, nestes três casos, a suspensão deverá ser expressa e a decisão do juiz será limitada pelo termo mínimo e máximo, não conferindo a ele

²⁴ OSÓRIO, op. cit., p. 260.

²⁵ *Ibidem*, p. 148

o poder discricionário, ademais, a sentença será fundamentada. Por outro lado, constatada a tipicidade do ato ímprobo e preenchidos os requisitos, não poderá o julgador optar pela exclusão da sanção relativa à suspensão dos direitos políticos, ou reduzi-los a um patamar fora do legal. É incabível o desprezo às normas legais e aos comandos constitucionais.

3.4.1.2. Ressarcimento integral do dano e perda dos bens havidos ilicitamente

O patrimônio do agente responde pelo dano material e moral causado à Administração Pública. Nessa óptica, o Estado é legitimado, nos limites legais, a exigir o ressarcimento ao erário e recuperação dos bens incorporados ilicitamente ao patrimônio do agente ímprobo.

Conforme já foi dito, na Lei n. 8.429/92, o ato ímprobo pode causar tanto o dano material quanto moral contra a Administração, por isso o agente desleal e desonesto com o Poder Público fica obrigado à recomposição do ato ilícito por dano patrimonial e extra patrimonial, independentemente da origem dos bens, seja ela lícita ou ilícita.

Há quem considere que, em verdade, não se trata de sanção, mas reparação, pois busca-se restabelecer o *status* anterior ao ato ímprobo, restaurando o patrimônio público lesado.

Essa medida poderá ser aplicada nas três modalidades de atos de improbidade administrativa.

No art. 9º, no caso do ressarcimento ao erário, poderá ser aplicada, pois não se exige a ocorrência de prejuízo ao erário para caracterização desse ato de improbidade; já na perda dos bens havidos ilicitamente, deve ser aplicada, uma vez que se exige como requisito para os atos de improbidade previstos nesse artigo a obtenção de vantagem patrimonial.

O ato de improbidade que causar prejuízo ao erário terá como sanção o ressarcimento ao erário uma vez que exige a ocorrência de prejuízo ao erário para a caracterização desse ato de improbidade; enquanto a perda dos bens acrescidos ilicitamente poderá ser aplicada se houver o acréscimo ilícito, pois, não se exige a obtenção patrimonial pelo agente para caracterização dos atos de improbidade

desse artigo.

Por fim, as possibilidades do art. 11 são compatíveis à aplicação do ressarcimento ao erário por não exigir a ocorrência de prejuízo ao erário para a caracterização desses atos de improbidade. Ademais, quanto a perda dos bens acrescidos ilicitamente, não há previsão específica no art. 12, porém há a genérica do art. 6º (“no caso de enriquecimento ilícito, perderá o agente público ou terceiro beneficiário os bens ou valores acrescidos a seu patrimônio”).

3.4.1.3. *Multa civil*

Salvo na descaracterização da tipicidade do ato de improbidade administrativa, qualquer modalidade de improbidade administrativa terá, invariavelmente, o pagamento de multa civil como sanção, o que, por força constitucional, ocorrerá o pedido de indisponibilidade de bens (art. 37, §4º, CF).

Trata-se de sanção menos grave que a suspensão dos direitos políticos e a interdição temporária de direitos (proibição de contratar com a Administração Pública por determinado período ou dela receber benefícios, incentivos ou subvenções, fiscais ou creditícios), donde a sua aplicabilidade não poderia sequer ser deixada de lado com suposta invocação do princípio da proporcionalidade ou razoabilidade.²⁶

Mesmo no caso de ausência de prejuízo ao erário, é certa a medida de aplicação da multa em qualquer das três espécies de atos, vez que a multa assume um caráter sancionatório moral.

A cobrança dos valores relativos à multa civil será em conformidade com o devido processo legal. O valor estipulado levará em conta a gravidade do fato e o montante do prejuízo causado ao erário. Ademais, a conduta do agente como um todo, a capacidade econômica do agente e os efeitos gerados na sociedade, também, serão parâmetros considerados.

O valor da multa, então, pode ser de até 3 vezes o valor do acréscimo patrimonial, em caso de enriquecimento ilícito; de até 2 vezes o valor do dano, no

²⁶ OSÓRIO, op. cit., p. 154.

caso de dano ao erário; e de até cem vezes o valor da remuneração percebida pelo agente, no caso de atentado aos princípios da Administração.

É relevante lembrar que, no caso de ausência de bens ou de patrimônio passível de execução, liberará o demandado dos efeitos dessa sanção; observar-se-á, contudo, o prazo prescricional comum para a execução por dívida certa em dinheiro pelo Poder Público contra os particulares.

3.4.1.4. Perda da função pública

A perda da função pública é sanção genérica prevista para as três espécies de atos de improbidade administrativa. Assim, o agente público que praticar atos que importem no enriquecimento ilícito, dano ao erário ou desrespeito aos princípios da Administração Pública, perderá toda e qualquer função pública que estiver exercendo na atualidade da condenação exeqüível.

Isto importa dizer que, ao tempo da condenação, perde o agente público a função pública, cargo eletivo ou não, que estiver exercendo independentemente de qual for.

Tal sanção é dada em conjunto com a suspensão dos direitos políticos. Respeitará o direito a ampla defesa e ao contraditório, na esfera administrativa mesmo antes do processo judicial.

3.4.1.5. Proibição de contratar com a Administração Pública e dela receber benefícios, incentivos ou subvenções, fiscais ou creditícias

Em verdade, a última sanção prevista no art. 12 da Lei n. 8.429/92 compreende várias sanções. O legislador limita o exercício da atividade profissional do agente condenado por qualquer das modalidades de atos de improbidade administrativa, e ainda limita os direitos de percepção de benefícios e/ou incentivos fiscais ou creditícios do agente ímprobo junto ao Poder Público.

Nesse caso, não há limites estipulados na restrição de liberdade no mundo negocial. O julgador, mediante fundamentação, e considerando a gravidade do ato ímprobo, estipulará o prazo da pena. Com relação ao artigo 9º, o prazo será de 10 anos; já o art. 10 será de 5 anos, e por fim, o art. 11 tem como prazo 3 anos.

Para Luís Afonso Heck,

[...] o legislador somente pode limitar o livre exercício da profissão no interesse do bem-estar comum. Além disso, o legislador deve ter condições de poder justificar a intervenção nesse direito fundamental com considerações apropriadas e razoáveis e não deve buscar de sua potestade legislativa para fins inadequados.²⁷

Identifica-se, portanto, respeito aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade na aplicação da sanção.

3.4.1.6. Quadro resumo

Em suma, as sanções aplicadas a cada modalidade de atos de improbidade administrativa rege-se-ão desta maneira:

Os atos de improbidade administrativa que importam em enriquecimento ilícito estão sujeitos às seguintes cominações: perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio; ressarcimento integral do dano, quando houver; perda da função pública; pagamento de multa civil de até três vezes o valor do acréscimo patrimonial; proibição de contratar com o Poder público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de dez anos.

No caso de prática de atos de improbidade que causem prejuízo ao erário, as sanções aplicáveis são: ressarcimento integral do dano, se houver; perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, se concorrer esta circunstância; perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de cinco a oito anos; pagamento de multa civil de até duas vezes o valor do dano; proibição de contratar com o Poder público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou

²⁷ HECK, op. cit., p.181.

creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de cinco anos.

Por último, se a prática de atos de improbidade atentarem contra a moralidade e demais princípios da Administração, haverá a sanção: ressarcimento integral do dano; perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de três a cinco anos; pagamento de multa civil de até cem vezes o valor da remuneração percebida pelo agente; proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefício ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que for intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de três anos.

3.5. Das prescrições

A Constituição Federal, em seu art. 37, § 5º, determinou que a lei estabelecesse os prazos prescricionais para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízo ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento.

Há de se revelar que o prazo para o ajuizamento das ações da referida Lei n. 8.429/92 é de cinco anos após o término do exercício de mandato, cargo em comissão ou função de confiança.

“Já nos casos de exercício de cargo efetivo ou emprego, devem as ações respeitarem o prazo prescricional previsto na lei específica para faltas disciplinares puníveis com demissão a bem do serviço público”²⁸.

Cabe observar que somente as ações para obtenção de ressarcimento por dano causado ao erário público são imprescritíveis.

²⁸ Prazo prescricional e Regime jurídico dos Servidores Públicos Civis da União, das Autarquias e das Fundações Públicas Federais (Lei n. 8.112/90): *Em seu art. 142, a Lei n. 8.112/90 estabelece o prazo prescricional para as infrações disciplinares: Art. 142. A ação disciplinar prescreverá: I – em 5 anos quanto às infrações puníveis com demissão, cassação de aposentadoria ou disponibilidade e destituição de cargo em comissão; II – em 2 anos, quanto à suspensão; III – em 180 dias, quanto à advertência. § 1º O prazo de prescrição começa a correr da data em que o fato se tornou conhecido. § 2º Os prazos de prescrição previstos na lei penal aplicam-se às infrações disciplinares capituladas também como crime. § 3º A abertura de sindicância ou a instauração de processo disciplinar interrompe a prescrição, até a decisão judicial proferida por autoridade competente. § 4º Interrompido o curso da prescrição, o prazo começará a correr a partir do dia em que cessar a interrupção.*

3.6. Declaração dos bens

Com o intuito de possibilitar uma fiscalização efetiva e um acompanhamento da evolução patrimonial dos agentes públicos, evitando o acréscimo ilegal do seu patrimônio, a Lei de Improbidade Administrativa prevê em seu art. 13 a obrigatoriedade de todo e qualquer agente público a apresentação de declaração, anualmente atualizada, dos bens, e valores que compõem o seu patrimônio privado.

Em seguida, a Lei n. 8.730/93 estipulou que tais declarações também fossem entregues aos Tribunais de Conta com indicações de suas fontes, para exercício de cargos, empregos ou funções nos três Poderes. Assim sendo, coube a este Tribunal averiguar as situações e mutações patrimoniais, em relação ao patrimônio dos agentes públicos, para que se verificasse possível aumento injustificado, havendo desproporção entre suas rendas e seus rendimentos.

De tal sorte, ambos os dispositivos têm o intuito de dar condições de fiscalizar atos de improbidade de enriquecimento ilícito do agente público.

3.7. Do procedimento administrativo e do processo judicial

O procedimento administrativo e o processo judicial têm o intuito de apurar os atos de improbidade administrativa e aplicar devidamente as sanções aos agentes ímprobos. “A lei prevê um procedimento administrativo, que servirá de base para o processo judicial visando à aplicação de sanções, notadamente a perda de cargo e suspensão dos direitos políticos, de competência privativa do Poder Judiciário”.²⁹

Primeiramente, no que concerne ao procedimento administrativo, devemos considerar que, qualquer cidadão é legitimado para representar à autoridade administrativa com a finalidade de que seja instaurada a investigação destinada a apurar a prática de ato de improbidade administrativa, conforme o art. 14 da Lei³⁰.

²⁹ FERNANDES, Flávio Sátrio. *Improbidade administrativa*. Jus Navegandi, Teresina, a. 2, n. 21, nov. 1997. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=359>>. Acesso em: 14 de Agosto de 2006.

³⁰ Observe que, por se tratar de instrumento de participação político-fiscalizatória dos negócios do Estado, cuja finalidade é a defesa da legalidade constitucional e do interesse público geral, o exercício da representação

Além desta, outra possibilidade seria a de o interessado representar diretamente perante o Ministério Público, bem como, este último pode de ofício requisitar a instauração de inquérito policial ou procedimento administrativo.

No caso de o autor da denúncia imputar falsamente ao agente público a prática do ato de improbidade administrativa, o art. 19 prevê punição, embora o próprio Código penal cuide expressamente a respeito da denúncia caluniosa.

A partir da denúncia, uma comissão será encarregada de apurar a prática de improbidade administrativa e esta dará conhecimento da sua instauração ao Ministério Público e ao Tribunal de Contas, os quais poderão designar representantes para acompanharem o procedimento administrativo.

Após a investigação, inicia-se o processo judicial e poderá ser solicitado pelo Ministério Público ou qualquer pessoa jurídica interessada o seqüestro de bens do agente ou de terceiro que tenha enriquecido ilícitamente ou tiver causado dano ao erário, e ainda, no mesmo pedido poderá incluir a investigação, o exame e o bloqueio de bens, contas bancárias e aplicações financeiras mantidas pelo indiciado no território nacional ou, mesmo no exterior segundo as leis e tratados internacionais.

Ademais, outra medida cautelar prevista em lei, é a disposta no art. 7º, aplicada nos casos de enriquecimento ilícito ou lesão ao patrimônio público: a indisponibilidade dos bens do indiciado.

Entende a melhor doutrina que a indisponibilidade dos bens, como medida cautelar, inominada que é, tem por finalidade a proibição de alienar, negociar, transacionar, dispor de bens e valores, sendo medida anterior ao arresto, que a lei chama equivocadamente de seqüestro, este, medida cautelar nominada, visa à apreensão de coisa litigiosa, certa e determinada, entregue a um depositário. A indisponibilidade é dos bens genericamente considerados, enquanto que o arresto é de um bem específico e requerido toda vez que houver fundados indícios de responsabilidade.³¹

Feito isso, cabe aduzir a respeito do foro competente. Será competente a justiça comum ou federal, dependendo dos bens, serviços ou interesses que tenham sido afetados, se da União ou não.

prevista no presente artigo estará desvinculado da comprovação da existência de qualquer lesão a interesses próprios do peticionário. (MORAES, 2002, op. cit., p. 2632).

³¹MATTOS NETO, Antônio José de. Responsabilidade civil por improbidade administrativa. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n.20. Doutrina. p. 62, 1997.

A respeito da Lei n.8.429/92, conclui-se que se trata de importante instrumento no controle da Administração Pública que visa a assegurar seus princípios norteadores da moralidade e da probidade, tutelando não só danos materiais quanto morais, impondo precioso valor ético em nosso ordenamento jurídico.

3.8. Da inconstitucionalidade da Lei n. 10.628/02 ao conceder foro privilegiado nos atos de improbidade administrativa

A Lei n. 10.628/02, de 24 de Dezembro de 2002, alterou em seu art. 1º, o art. 84 do Código de Processo Penal, nas seguintes formas:

A competência pela prerrogativa de função é do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça, dos Tribunais Regionais Federais e Tribunais de Justiça dos Estados e Distrito Federal, relativamente às pessoas que devam responder perante eles por crimes comuns e de responsabilidade.

§1º A competência especial por prerrogativa de função, relativa a atos administrativos do agente, prevalece, ainda que o inquérito ou ação judicial sejam iniciados após a cessação do exercício da função pública;

§2º A ação de improbidade, de que se trata a lei n. 8.429, de 02 de junho de 1992, será composta perante o tribunal competente para processar e julgar criminalmente o funcionário ou autoridade na hipótese de prerrogativa de foro em razão do exercício de função pública, observado o disposto no §1º.

Com isso, instaurou-se, mediante lei ordinária, o foro por prerrogativa de função para a ação de improbidade administrativa.

O debate acerca da inconstitucionalidade reside neste específico instante em que se alega como competente para criar e dispor sobre rol taxativo de cada Tribunal, apenas o poder constituinte derivado, que somente poderia alterá-lo através de emenda constitucional.

Ademais, sabe-se ainda que, em nosso ordenamento jurídico, a repartição de competência originária para processo e julgamento de crimes comuns e de responsabilidade é expressa pela Constituição Federal, sendo vedada qualquer interpretação extensiva.

Portanto, no regime jurídico brasileiro, [...] o sistema é de reserva

exclusivamente constitucional para criação de privilégio de foro”³². Não haverá outros foros privilegiados que os instituídos pela própria Constituição.

Além disso, no que tange aos crimes de improbidade administrativa não caberia falar em condutas criminosas, sob pena de violação ao princípio da reserva legal e garantias constitucionais dos indivíduos e da sociedade, uma vez que se cuidou de extrair as conseqüências no âmbito administrativo, quando se tratar da Lei n. 8.429/92.

Doutrinadores, estudiosos e juízes do país inteiro questionaram a inconstitucionalidade da lei promulgada no final do mandato do então presidente Fernando Henrique Cardoso. Regia, entre eles, o entendimento de que a alteração é inadmissível por lei ordinária se a matéria é regulada pela Lei Fundamental.

Além do mais, entende-se como medida casuística e um desserviço à nação, aprovada em caráter de urgência, com o intuito de proteger o ex-presidente e sua equipe de duzentos possíveis processos a que estariam sujeitos. Dessa forma, de acordo com a nova lei, seriam julgados não no foro de 1ª instância, mas pelo STF, órgão vinculado ao poder, que tem os juízes nomeados pelo presidente.

No entanto, os Congressistas justificaram o foro privilegiado para autoridades como Presidente da República, Ministros do Estado, Governadores, Secretários de Estado e Prefeitos, por³³ resguardarem a figura daqueles que decidem o destino e direcionam os rumos do País, que os julgamentos efetuados nos tribunais seriam mais imparciais ou isentos do que os dos juízes de 1º grau; que a prorrogação da competência, mesmo depois de cessado o exercício funcional, seria saída útil para proteção do próprio exercício da função pública.

Apesar disso, os opositores insistiram em haver uma dupla inconstitucionalidade na Lei n.10.628/02: material e formal.

A inconstitucionalidade material figuraria em razão da desobediência à teoria gradualista da ordem jurídica em que a norma busca sua validade na Constituição, obedecendo à forma prevista e ao órgão constitucionalmente competente para sua elaboração.

Ao dispor em lei ordinária o foro privilegiado aos atos de improbidade

³² MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda 1 de 1969*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971. p. 239, t. V.

³³ SILVA, Danni Sales. *Lei n.º 10.628/02: um privilégio inconstitucional ataca o controle da improbidade administrativa*. Jus Navigandi, Teresina, ano 7, n. 63, mar. 2003. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3886>>. Acesso em: 18 set. 2007.

administrativa, os congressistas vestiram uma competência que, segundo os juristas contrários, é originária a Constituição, não podendo haver qualquer extensão. Assim, somente o Poder Constituinte Reformador, através de emenda constitucional, poderia modificar a competência originária dos Tribunais.

Quanto à inconstitucionalidade formal, esta viria pela malícia do legislador ordinário em confundir dois conceitos: jurisdição e competência. Aquela seria de direito material constitucional, atribuição constitucionalmente assegurada ao poder constituinte derivado; enquanto esta refere-se fora das incidências especiais de direito constitucional. Daí a inconstitucionalidade, pelo fato de o legislador ordinário invadir atribuição restrita ao poder constituinte.

Como resposta a esta situação, em “[...] apenas três dias após entrar em vigor, a lei foi questionada pela Associação Nacional do Ministério Público – CONAMP.”³⁴

A ação de inconstitucionalidade tramitou no Supremo Tribunal Federal, sob o nº 2.797. Inicialmente, denegaram a liminar, ao fundamento de ausência de perigo na demora de concessão da tutela, em decisão lavrada pelo Ministro Ilmar Galvão. E, enquanto a questão permaneceu sem resposta definitiva, juízes federais e estaduais em todo o País atropelaram a Lei do Foro Privilegiado, exercendo o controle pela via difusa.

É sabido que, em nosso país, o controle de constitucionalidade dá-se, na órbita do Poder Judiciário, “[...] sob o sistema misto, o qual se caracteriza pela permissão a todo e qualquer juiz ou tribunal de realizar no caso concreto a análise sobre a compatibilidade do ordenamento jurídico com a Constituição Federal”.³⁵

A exemplo disso, cita-se o caso ocorrido na Comarca de Jaguarão, no Estado do Rio Grande do Sul, no qual o juiz Orlando Faccini Neto, em processo de improbidade administrativa movido pelo Ministério Público contra o prefeito da cidade, entendeu como competente a Justiça Comum do RS, excluindo o foro por prerrogativa de função.

Em 15 de setembro de 2005, a questão resolveu-se enfim. Por maioria, o Tribunal julgou procedente a ação, conforme o entendimento do relator, declarando a inconstitucionalidade da Lei n. 10.628/02:

³⁴ MACEDO, Fausto. Juízes desafiam nova lei e barram foro privilegiado. *O Estado de São Paulo*, Suplemento nacional, p. A-11, 16 fev. 2003.

³⁵ MORAES, Alexandre de *Direito Constitucional*. 6. ed. revista, ampliada e atualizada. São Paulo: Atlas, 1999. p. 541.

O Tribunal, por unanimidade, rejeitou as preliminares. Votou o presidente: ministro Nelson Jobim. Em seguida, após o voto do senhor ministro Sepúlveda Pertence, relator, que julgava procedente a ação, pediu vista dos autos o senhor ministro Eros Grau. Falaram, pela Associação Nacional dos Membros do Ministério Público – CONAMP, o Dr. Aristides Junqueira Alvarenga; pela Advocacia-Geral da União, o Dr. Álvaro Augusto Ribeiro da Costa, Advogado-geral da União, e, pelo Ministério Público Federal, o Dr. Cláudio Lemos Fonteles, Procurador-Geral da República. – Plenário, 22.09.2004. Renovado o pedido de vista do senhor ministro Eros Grau, justificadamente, nos termos do parágrafo 001º do artigo 001º da Resolução 278, de 15 de dezembro de 2003. Presidência do senhor ministro Nelson Jobim – Plenário, 10.11.2004. O Tribunal, por maioria, julgou procedente a ação, nos termos do voto do relator, para declarar a inconstitucionalidade da Lei n. 10.628, de 24 de dezembro de 2002, que acrescentou os parágrafos 1º e 2º ao artigo 84 do Código de Processo Penal, vencidos os senhores ministros Eros Grau, Gilmar Mendes e a presidente. Ausente, justificadamente, neste julgamento, o senhor ministro Nelson Jobim (presidente). Presidiu o julgamento a senhora ministra Ellen Gracie (vice-presidente). – Plenário, 15.09.2005.

O Congresso Nacional, portanto, saiu perdedor, ao tentar criar via lei ordinária o inconstitucional foro por prerrogativa de função. Entretanto, revelam-se os parlamentares insistentes ao apreciar, atualmente, a PEC 358, da reforma do Judiciário, que amplia o foro privilegiado a agentes públicos e a extensão daquele às ações de improbidade administrativa.

Concluindo, até o momento, buscou-se realizar uma análise prévia que consiste na base argumentativa do próprio tema proposto. Ofereceram-se noções fundamentais sobre Administração Pública, seu controle e princípios constitucionais norteadores; em seguida, partiu-se para o essencial entendimento sobre improbidade administrativa, legislação constitucional e ordinária, agentes, modalidades de atos contra a probidade, sanções, dentre outros tópicos.

Contudo, agora, é preciso enfatizar outros pontos importantes para a conduta do raciocínio lógico a ser formado introduzindo a segunda parte do estudo.

4. ATO ADMINISTRATIVO

4.1. Conceito

O ato administrativo é um ato jurídico, pois se trata de uma declaração que produz efeitos jurídicos. Sendo um ato jurídico, aloca-se dentro do gênero fato jurídico. Este se define como: qualquer acontecimento a que o Direito imputa e enquanto imputa efeitos jurídicos. O fato jurídico, portanto, pode ser um evento material ou uma conduta humana, voluntária ou involuntária, preordenada ou não a interferir na ordem jurídica. Basta que o sistema normativo lhe atribua efeitos de direito para qualificar-se como um fato jurídico.¹

Os atos jurídicos distinguem-se dos fatos, pois, aqueles são declarações, enunciados, falas prescritivas, pronúncia sobre certa coisa ou situação, dizendo como deverá ser; enquanto os fatos não são declarações nem prescrições, apenas ocorre, uma vez que, a lei que fala sobre ele.²

Tal distinção se revela importante porque, em direito administrativo, existem tanto os atos quanto os fatos jurídicos, sendo certo que apenas os atos administrativos podem ser anulados e revogados, dentro dos limites do Direito; já os fatos administrativos³ não são anuláveis ou revogáveis. Ademais, os atos administrativos possuem presunção de legitimidade enquanto os fatos não.

Cabe ainda ressaltar a distinção entre os atos da Administração e os atos administrativos, uma vez que, “[...] nem todo ato da Administração é ato administrativo e, de outro lado, nem todo ato administrativo provém da Administração Pública”⁴.

É possível observar que existem atos da Administração, atos em sentido amplo, ou seja, praticados no exercício da função administrativa; e os atos administrativos em sentido estrito, pois fazem parte apenas certa categoria de atos praticados no exercício da função administrativa.

¹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1994. p. 169.

² Classificação desenvolvida pelo Ilustríssimo Doutrinador Celso Antônio Bandeira de Mello in *Curso de Direito Administrativo*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1994. p. 170.

³ Maria Sylvania Zanella di Pietro explica que *quando o fato descrito na norma legal produz efeitos no campo do direito administrativo, ele é um fato administrativo, como ocorre com a morte de um funcionário, que produz a vacância de seu cargo; com o decurso do tempo, que produz a prescrição administrativa. Se o fato não produz qualquer efeito jurídico no Direito Administrativo, ele é chamado de fato da Administração*. In *Direito Administrativo*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2005. p.183.

⁴ BANDEIRA DE MELLO, 1994, op. cit., p. 173.

A Administração Pública pratica inúmeros atos, por exemplo, que não merecem ser chamados de administrativos, tais como: atos regidos pelo direito privado, como a simples locação de uma casa para nela se instalar uma repartição pública. Seu conteúdo bem como seus correspondentes efeitos não são regidos pelo direito administrativo, e sim, apenas as condições da emanção. Outro exemplo seriam os atos políticos ou de governo praticados com margem de discricção e diretamente em obediência à Constituição Federal, no exercício da função política.

Ademais, há atos materiais da Administração,

[...] que não contêm manifestadamente vontade, mas que envolvem apenas execução, como a demolição de uma casa, a apreensão de mercadoria, a realização de um serviço; bem como os chamados atos de conhecimento, opinião, juízo ou valor, que não expressam uma vontade e, portanto, também não podem produzir efeitos jurídicos – atestados, pareceres, votos – que são, da mesma forma, atos da Administração⁵.

Assim, existem atos que não são praticados pela Administração Pública, mas são incluídos entre os atos administrativos, por se submeterem à mesma disciplina jurídica aplicável aos demais atos da Administração tidos como administrativos. É o caso, por exemplo, de atos relativos aos servidores dos Poderes Legislativo e Executivo, como as licitações.

Feita essa análise prévia, cabe partir para o conceito em si dos atos administrativos.

Muitos critérios foram desenvolvidos para definir o ato administrativo. Entretanto, é possível dizer que existem características comuns que formam o conceito de ato administrativo.

Odete Medaur ensina que ato administrativo constitui

[...] um dos modos de expressão das decisões tomadas por órgãos e autoridades da Administração Pública, que produz efeitos jurídicos, em especial no sentido de reconhecer, modificar, extinguir direitos ou impor restrições e obrigações com observância da legalidade⁶.

Segundo o entendimento de Bandeira de Mello,

[...] o ato administrativo é a declaração do Estado (ou de quem lhe faça as vezes – como, por exemplo, um concessionário de serviço público) no

⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia. *Direito administrativo*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2005. p.184

⁶ MEDAUR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 147.

exercício de prerrogativas públicas, manifestada mediante providências jurídicas complementares da lei, a título de lhe dar cumprimento, e sujeitas a controle de legitimidade por órgão jurisdicional⁷.

Maria Sylvia Zanella di Pietro leciona que ato administrativo é “[...] a declaração do Estado ou de quem o represente, que produz efeitos jurídicos imediatos, com observância da lei, sob regime jurídico de direito público e sujeita a controle pelo Poder Judiciário⁸”.

Sendo assim, é possível identificar características necessárias para conceituar o ato administrativo: “[...] declaração de vontade expressa ou tácita do Estado ou de quem lhe faça as vezes; sujeição ao regime jurídico de direito público; produção de efeitos jurídicos imediatos; possibilidade de controle jurisdicional⁹”.

Finalmente, com relação à declaração tácita do ato administrativo, é possível dizer que

[...] se trata da vontade normativa - a presunção *juris et jure* que a lei manda ver no *facto* do silêncio do órgão da Administração que tenha o dever de se pronunciar, dentro de certo prazo, sobre questão que lhe seja submetida. A norma atribui ao silêncio ou abstenção do órgão, nesses casos, o valor de uma declaração positiva – aprovação, deferimento – ou negativa – reprovação, indeferimento – de vontade. A conduta passiva do órgão, a sua abstenção, tem caráter voluntário porque a lei manda atribuir valor de vontade a certo comportamento¹⁰.

4.2. Atributos

Os atos administrativos distinguem-se dos atos privados, por óbvio. Daí dizer que aqueles possuem prerrogativas e se submetem ao regime jurídico administrativo ou ao regime jurídico de direito público. Tais atos, como emanção do Poder Público, trazem em si certos atributos que os distinguem dos atos jurídicos privados e lhes emprestam características próprias e condições peculiares de atuação¹¹.

A importância desses atributos reside no fato de conferirem ao ato administrativo qualidades diferenciadas para permitir a produção efetiva de seus efeitos típicos.

⁷ BANDEIRA DE MELLO, 1994, op. cit., p. 173.

⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 1999. p. 162.

⁹ MORAES, 2002, op. cit., p. 797.

¹⁰ CAETANO, Marcelo. *Princípios fundamentais do direito administrativo*. Coimbra: Almedina, 1996. p. 97.

¹¹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 141.

A doutrina tradicional, representada por Hely Lopes Meirelles, menciona como atributos do ato administrativo a presunção de legitimidade, imperatividade e auto-executoriedade. Maria Sylvia Zanella di Pietro fala em presunção de legitimidade e veracidade e acrescenta a esse rol a tipicidade. Já Celso Bastos retira a tipicidade e adiciona a exigibilidade como o quarto atributo do ato administrativo.

Adotar-se-á o posicionamento de Maria Sylvia Zanella di Pietro.

4.2.1. Presunção de legitimidade e veracidade

Os atos administrativos, qualquer que seja sua categoria ou espécie, nascem com a presunção de legitimidade, independentemente da norma legal que a estabeleça. Essa presunção decorre do princípio da legitimidade da Administração, que, nos Estados de Direito, informa toda a atuação governamental. Além disso, a presunção de legitimidade dos atos administrativos responde a exigências de celeridade e segurança das atividades do Poder Público, que não poderiam ficar na dependência da solução de impugnação dos administrados, quanto à legitimidade de seus atos, para só após dar-lhes execução.¹²

Embora se fale em presunção de legitimidade ou veracidade, as expressões não têm o mesmo significado. Há de se observar que a presunção de legitimidade se refere à conformidade do ato com a lei, portanto, em razão disso, até que se prove o contrário, o ato administrativo foi emitido com a observância legal. A presunção de veracidade, por seu turno, propõe-se aos fatos motivadores do ato. Presumem-se verdadeiros os fatos alegados pela Administração – certidões e atestados – dotados de fé pública.

A presunção de legitimidade, então, autoriza a imediata execução ou operatividade dos atos administrativos, mesmo que argüidos de vícios ou defeitos que os levem à invalidade. Enquanto, porém, não sobrevier o pronunciamento de nulidade, os atos administrativos são tidos por válidos e operantes, quer para a Administração, quer para os particulares sujeitos ou beneficiários de seus efeitos. Admite-se, todavia, a sustação dos efeitos dos atos administrativos através de recursos internos ou de mandado de segurança, ou de ação popular, em que se conceda a suspensão liminar, até o pronunciamento final de validade ou invalidade do ato impugnado¹³.

Assim, o ato administrativo, por ser considerado verdadeiro e legal, é de

¹² DIEZ, apud MEIRELLES, 2001, op. cit., p.150.

¹³ MEIRELLES, 1997, op. cit., p. 141.

execução imediata, criando deveres e obrigações ao particular, independentemente de sua aceitação.

Os fundamentos que justificam esse atributo do ato administrativo envolvem-se na idéia central de que se não existisse tal princípio, toda a atividade administrativa seria diretamente questionável, gerando, sobretudo, obstáculos ao cumprimento dos fins públicos, pois, estar-se-ia antepondo o interesse privado ao interesse social, ou seja, ao interesse público¹⁴.

Ademais, dentre outros motivos, o ato administrativo é forma de expressão da soberania do Estado, de tal sorte que ele é praticado com o consentimento de todos.

Enfim, concluindo, da presunção de veracidade, decorrem alguns efeitos: a) o ato administrativo produzirá seus efeitos enquanto não for decretada a sua invalidade pela Administração ou pelo Judiciário, sendo, entretanto, possível a suspensão de seus efeitos caso o interessado consiga em juízo ou através de recurso administrativo; b) ao contrário do que ocorre com os atos privados, é defeso ao Judiciário apreciar *ex officio* a validade do ato, havendo a necessidade da parte interessada requerer; c) a presunção da veracidade inverte o ônus da prova, porém não é de modo absoluto, cabendo a parte que propôs a ação, provar os fatos, inicialmente, que fundamenta a pretensão como verdadeiros.

4.2.2. Imperatividade

A imperatividade é o atributo pelo qual os atos administrativos se impõem a terceiros, independentemente de sua concordância¹⁵. Decorre do que Renato Alessi denomina como “poder extroverso”, que permite ao Poder Público editar provimentos que vão além da esfera jurídica do sujeito eminente, ou seja, que interferem na esfera jurídica de outras pessoas, constituindo-as unilateralmente obrigações¹⁶.

¹⁴ *Diversos são os fundamentos que os autores indicam para justificar esse atributo do ato administrativo: o procedimento e as formalidades que precedem a sua edição, os quais constituem garantia de observância da lei; o fato de ser uma das formas de expressão da soberania do Estado, de modo que a autoridade que pratica o ato o faz com o consentimento de todos; a necessidade de assegurar celeridade no cumprimento dos atos administrativos, já que eles têm por fim atender ao interesse público, sempre predominante sobre o particular; o controle a que se sujeita o ato, quer pela própria Administração, quer pelos demais Poderes do Estado, sempre com a finalidade de garantir a legalidade; a sujeição da Administração ao princípio da legalidade, o que faz presumir que todos os seus atos tenham sido praticados de conformidade com a lei, já que cabe ao poder público a sua tutela.* (DI PIETRO, 2005, op. cit., p. 191).

¹⁵ DI PIETRO, 2005, op. cit., p. 193.

¹⁶ BANDEIRA DE MELLO, 1994, op. cit., p. 195.

Há de se frisar que, por óbvio, a imperatividade somente existe nos atos administrativos que impõem obrigações, isto é, atos administrativos normativos, ordenatórios, punitivos. Não haverá tal atributo quando forem atos enunciativos, negociais ou, ainda, tratar-se de direitos dos administrados, tais como licença, pareceres, permissão e autorização.

A imperatividade decorre da só existência do ato administrativo, não dependendo da sua declaração de validade ou invalidade. Assim sendo,

[...] todo ato dotado de imperatividade deve ser cumprido ou atendido enquanto não for retirado do mundo jurídico por revogação ou anulação, mesmo porque as manifestações de vontade do Poder Público trazem em si a presunção de legitimidade¹⁷.

Destaca-se, por fim, que a imperatividade distingue o ato administrativo do privado uma vez que este não cria qualquer obrigação para terceiros sem a sua concordância.

4.2.3. Auto-executoriedade

“Entende-se por auto-executoriedade a qualidade pela qual o Poder Público pode compelir materialmente o administrado, sem precisão de buscar previamente as vias judiciais, ao cumprimento da obrigação que impôs e exigiu”¹⁸.

Em outras palavras, significa dizer que a Administração Pública pode impor a execução de determinado ato administrativo ao particular sem necessariamente recorrer ao Poder Judiciário.

Ao contrário do direito privado que possui raras exceções de execução sem título, tais como: legítima defesa, a retenção da bagagem do hóspede que não pague as despesas de hospedagem, bem como a defesa da posse em caso de esbulho, o corte de ramos da árvore do vizinho que invadem propriedade alheia; a regra no Direito Administrativo é da auto-executoriedade.

Contudo, nem todos os atos administrativos admitem esse atributo. Por

¹⁷ MEIRELLES, 1997, op. cit., p. 144.

¹⁸ BANDEIRA DE MELLO, 1994, op. cit., p. 195.

exemplo, quando se tratar expressamente de hipótese prevista em lei ou de medida urgente que, se não adotada de imediato, pode ocasionar prejuízo maior para interesse público.

A auto-executoriedade administrativa, por óbvio, deve respeito aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa (CF, art. 5º, LV), que deverão ser observados no procedimento administrativo instaurado para fazer cumprir determinado ato administrativo. Essa observância é, em regra, necessária para que o administrado possa socorrer-se ao Judiciário no caso de ameaça ou lesão a direito¹⁹.

É possível afastar o contraditório e a ampla defesa em favor da auto-executoriedade do ato administrativo em virtude do interesse público, excepcionalmente, quando tal interesse estiver a sofrer um perigo iminente e a atuação cautelar do Poder Público fizer-se necessária para garantir a eficácia da medida administrativa²⁰.

Em caso de eventuais abusos ou prejuízos, esses serão analisados e responsabilizados posteriormente.

4.2.4. Tipicidade

Tipicidade é o atributo pelo qual o ato administrativo deve corresponder a figuras definidas previamente pela lei como aptas a produzir determinados resultados. “Para cada finalidade que a Administração pretende alcançar existe um ato definido em lei”²¹.

Trata-se de atributo absolutamente necessário em um Estado de Direito, uma vez que se refuta a possibilidade de a administração pública praticar atos administrativos inominados, em desrespeito ao princípio da legalidade, e, conseqüentemente, obrigar os administrados a cumpri-lo, em função dos atributos da imperatividade e executoriedade²².

Ademais, cabe ressaltar que a tipicidade existe apenas com relação aos atos unilaterais. Inexiste nos contratos em razão de estes dependerem da aceitação do

¹⁹ MORAES, 2002, op. cit., p.800.

²⁰ **Auto-executoriedade do ato administrativo. TJSP** – “Mandado de segurança – Ato administrativo – Apreensão de aparelhos sonoros – Estabelecimento comercial autuado inúmeras vezes por infração à legislação sobre limites do som – Possibilidade de a Prefeitura promover *manu propria*, o cumprimento da lei – Exercício do poder de polícia caracterizado – Ordem concedida – Recurso não provido” (Rel. Dês. Silva Ferreira – Apelação Cível n. 143.646-1 – São Paulo – decisão: 4-8-1992).

²¹ DI PIETRO, 2005, op. cit., p. 194.

²² MORAES, 2002, op. cit., p.801.

particular, a Administração não pode impor a sua vontade. Entretanto, não há impedimentos de que se compactue um contrato inominado, desde que atenda melhor ao interesse público e ao particular.

4.3. Elementos

O ato administrativo goza de presunção de legitimidade e veracidade, desde o momento de sua edição. No entanto, para que este tenha validade e eficácia, necessário se faz que ocorra a observância de cinco elementos: sujeito, objeto, forma, motivo e finalidade.

Assim, como prescreve João Caetano:

[...] para que o ato administrativo seja válido é necessária a verificação de vários requisitos. Em primeiro lugar, a conduta há de ser proveniente de um órgão da administração competente para a adaptar. Depois, é indispensável que, havendo exigências legais quanto ao processo de formação e de manifestação de vontade, sejam observadas as formalidades, e formas prescritas. O ato visa a produzir efeitos jurídicos num caso concreto: tal é o objeto. Ora, para que os efeitos jurídicos se produzam validamente é preciso que sejam respeitadas certas normas quanto à individualização do caso concreto e quanto aos requisitos objetivos e subjetivos que são pressupostos da lei. Enfim, o ato administrativo tem de ter um fim de interesse público. Este fim reveste a maior importância no caso de serem exercidos poderes discricionários²³.

Note-se que há a divergência da doutrina sobre a melhor nomenclatura a ser adotada: elementos ou requisitos. Hely Lopes Meirelles, Cretella Júnior e Diógenes Gasparini posicionam-se pela terminologia requisitos; enquanto Maria Sylvia, Odete Medaur e Alexandre de Moraes adotam elementos.

Quanto à diferença entre elementos e requisitos, [...] os primeiros dizem respeito à existência do ato; enquanto são indispensáveis para sua validade. Nesse caso, agente, forma e objeto seriam os elementos de existência do ato, enquanto os requisitos seriam esses mesmos elementos acrescidos de caracteres que lhe dariam condições para produzir efeitos jurídicos: agente capaz, objeto lícito e forma prescrita ou não defesa em lei²⁴.

²³ CAETANO, Marcello. *Princípios fundamentais do direito administrativo*. Coimbra: Almedina, 1996. p. 114.

²⁴ DI PIETRO, 2005, op. cit., p.195.

No entanto, embora a maioria dos autores prefiram apresentar os vocábulos como sinônimos, no direito positivo brasileiro, na Lei n. 4.717/65 – Lei da ação popular, em seu artigo 2º menciona os cinco *elementos* dos atos administrativos: competência, forma, objeto, motivo e finalidade.

Por outro lado, cabe lembrar que,

[...] sendo o ato administrativo um ato jurídico, há nele componentes para que atue com a validade e eficácia em campo próprio. A ausência ou presença viciada de alguns desses elementos tem como efeito imediato a produção de atos inexistentes, de atos nulos ou de atos anuláveis, conforme a maior ou a menor gravidade verificada no processo etiológico do ato²⁵.

Será válido e perfeito o ato administrativo que contiver os três requisitos de ato jurídico: agente capaz, objeto lícito e forma prescrita ou não proibida pelas leis gerais e pelos regulamentos administrativos.

4.3.1. *Sujeito*

Sujeito é o produtor do ato. Trata-se do elemento exterior a quem a lei atribui competência para a prática do ato. Enquanto no direito civil para ser titular de direitos e obrigações é necessário que o sujeito tenha capacidade, no direito administrativo é necessário ainda que o sujeito tenha competência.

Considerando que em direito administrativo quem tem capacidade para a prática dos atos administrativos são pessoas públicas políticas – União, Estados, Distrito Federal e Municípios – é possível dizer que as funções do Estado competem aos entes da Federação e tais funções são distribuídas em órgãos administrativos, que, por sua vez, são formados por agentes, pessoas físicas. Sendo assim, a competência é o conjunto de atribuições das pessoas jurídicas, órgãos e agentes, fixadas pelo direito positivo.

“Tal competência decorre de lei, deriva diretamente da Constituição Federal ou da legislação, não cabendo ao próprio órgão administrativo estabelecer suas

²⁵ CRETILLA JÚNIOR, José. O desvio de poder da Administração Pública. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p.34.

próprias atribuições.”²⁶

Ademais, ao analisar a competência do agente, para que o ato seja válido, cabe a verificação de três pontos básicos: competência material, territorial e temporal.

A competência material – *ratione materiae* – significa que a matéria a ser tratada pelo ato administrativo deve estar arrolada no rol de atribuições legais do agente, considerando-se, sobretudo, o grau hierárquico e delegações.

Já a competência territorial ou *ratione loci*, apreciar-se-á o limite territorial para que o agente possa exercer suas atribuições legais.

Por último, “[...] quanto à competência temporal – *ratione temporis* – o agente somente poderá exercer suas atribuições a partir de sua investidura legal e até o término de suas atividades, seja pelo seu falecimento, demissão ou aposentadoria, sob pena de o ato ser declarado como inexistente”.²⁷

A capacidade do agente, enfim, é o primeiro requisito que se exige no ato administrativo. Pode-se dizer ser o defeito mais grave dentre os vícios deste ato uma vez que o ato administrativo editado por agente incapaz sequer chega a ingressar no mundo jurídico, é inexistente.

4.3.2. Objeto

Diz-se que o segundo requisito do ato administrativo é o objeto. Entende-se por objeto aquilo que se busca pela ação direta ou indireta do ato administrativo, ou seja, é o próprio conteúdo do ato.

O objeto do ato administrativo, sobretudo, deverá ser lícito, moral, possível e certo, desde sua origem até a evolução do ato.

Para possuir tais atributos, o ato apresentará não contrariedade à norma legal nem aos princípios da ordem ética vigente em certa coletividade. Ainda, caberá demonstrar sê-lo possível, necessidade lógica, tendo em vista que todo ato jurídico deverá ter possibilidade às exigências físicas da realidade.

²⁶ MEIRELLES, 1997, op. cit., p. 134.

²⁷ **Competência do ato administrativo e validade:** Conforme decidiu o TJSP, é ato administrativo inexistente a aplicação de multa em veículo por agente que não faz parte do corpo encarregado do poder de polícia (TJSP – Relator: Benini Cabral – Apelação Cível n. 206.779-1 – São Paulo, decisão: 15-6-1994).

E, por fim, o ato administrativo apresentará, também, a certeza. O que significa que a vontade manifestada almeja efeitos jurídicos precisos e perfeitos.

4.3.3. Forma

“Forma é o meio pelo qual se exterioriza o ato ou a manifestação de vontade do agente público. Em sentido amplo, é o procedimento em cujo bojo será editado o ato administrativo, ou conjunto de solenidades com que a lei cerca a exteriorização dos atos administrativos.”²⁸

Cretella Júnior, ao tratar da classificação das formas do ato administrativo, esclarece por fim:

A forma do ato administrativo tem essencialmente um caráter material. Entre as formas, podemos citar a oral, a escrita, a mímica, os sinais convencionais, a assinatura, lugar, dia, hora, acesso ao público. Pode-se falar ainda nas formas típicas de que se revestem os atos administrativos: decreto, portaria, aviso, despacho, regulamento, circular, resoluções. As formas podem ser solenes ou não solenes. Há formas importantíssimas para a perfeição do ato, ao passo que há outras que, faltando, não afetam a perfectibilidade do ato administrativo. Tratando-se do ato administrativo, a forma oral é exceção, a forma escrita é regra²⁹.

4.3.4. Motivo

Abstraindo-se, então, os elementos comuns a todos os atos administrativos, tais como a capacidade das partes (ou competência), a licitude do objeto (objeto) e a adequação da forma à lei (forma), a doutrina do direito administrativo elenca outros dois elementos peculiares: motivo ou causa e a finalidade.

A dificuldade em tratar a respeito do conceito de motivo do ato administrativo paira no fato de que alguns autores entendem motivo como uma causa, enquanto outros como fim.

²⁸ ANDRADE, Érico. Desvio de poder no direito administrativo brasileiro - exame da doutrina e jurisprudência do STJ. *Direito Administrativo, Contabilidade e Administração Pública*, São Paulo: Iob, v. 8, n. 1, p. 3-22, 2004. p. 5.

²⁹ CRETELLA JÚNIOR, 1997, op. cit., p. 36.

Porém, “[...] motivos são as razões de fato e de direito que ensejam a edição do ato administrativo, são seus suportes de fato e de direito”.³⁰

O motivo pode manifestar-se após o ato, este se denomina como ato administrativo motivado. Caso não se exija a motivação do ato, então, estaremos frente aos atos administrativos imotivados.

Sobre a motivação, distingue-se a situação que abriga os atos discricionários e outra que se limita aos atos vinculados.

Os atos discricionários, por exemplo, não precisam ser motivados, regra geral. A autoridade, tendo competência naquela esfera, para editá-los ou não, pratica o ato, sem explicar-lhe os motivos, porque estes motivos estão implícitos: oportunidade, conveniência, motivos que informam a esfera da discricionariedade da Administração Pública³¹.

Por exemplo, na escolha de agente público que integra a lista tríplice de nomes sufragados por um colegiado, não é preciso dar o motivo.

A autoridade superior escolhe um dos três, mas na declaração expropriatória, que é típico ato administrativo, veiculado por decreto, é necessário que o poder público fundamente, isto é, dê os motivos por que declarou de utilidade pública, a necessidade pública ou o interesse social, determinado imóvel ou determinado bem³².

4.3.5. Finalidade

A finalidade é o resultado prático que se busca alcançar através do ato. Trata-se do fim a ser atingido com a edição do ato. Ademais, ressalte-se que a finalidade de todos os atos administrativos será sempre o interesse público.

A cada um desses elementos de legalidade corresponde uma causa de nulidade do ato administrativo. São vícios de legalidade externa a incompetência (em cujo conceito se inclui a usurpação de poder), o vício de forma e a ilicitude do objeto. São vício de legalidade interna a inexistência material ou jurídica dos motivos e o desvio de poder³³.

³⁰ ANDRADE, 2004, op. cit., p. 5.

³¹ CRETILLA JÚNIOR, 1997, op. cit., p. 37

³² Ibid, p. 37.

³³ ANDRADE, 2004, op. cit., p.6.

Enfim, é possível resumir-se dizendo, com certa margem de segurança, que

[...] a competência corresponde à destinação subjetiva do poder administrativo; a forma significa a exteriorização material e jurídica desse poder; a finalidade, o escopo previsto explícita e implicitamente na regra atributiva de competência; o motivo ou causa seriam as considerações de fato e de direito que impelem o administrador à prática de ato; e, finalmente, o objeto ou conteúdo confundir-se-ia com a criação, extinção, declaração ou modificação jurídica produzida pelo ato administrativo³⁴.

Ademais, ao analisar os cinco elementos do ato administrativo, cabe a observação final a respeito do grau de liberdade que a lei outorga ao administrador para a realização do ato.

Importa registrar que a lei outorga ao administrador, para a realização do ato, um grau de liberdade diferenciado em relação aos elementos. Quanto a competência, forma e finalidade, serão sempre vinculados, visto que contidos na tipicidade legal. Já os outros dois, motivo e objeto, ora se apresentarão vinculados, conforme estejam ou não descritos na regra de competência. Assim, no primeiro caso fala-se em poder administrativo vinculado; enquanto no outro, em discricionário.

4.4. Discricionariedade e vinculação

4.4.1. Generalidades

A clássica teoria da repartição de funções estatais entre vários órgãos independentes, cujos contornos iniciais surgiram com Aristóteles, reservou ao Poder Executivo as funções de gerenciamento da res pública e prestação de serviços à comunidade. Ocorre que, para o bom desempenho dessas funções e o alcance de suas finalidades, sempre em prol do interesse público, a administração pública tem assegurada uma posição de supremacia em relação aos administrados, com a existência de diversos poderes da Administração³⁵.

O Estado necessita visceralmente do exercício do poder, sem o que não pode assegurar a realização ou alcance de seus fins. Este poder se encontra institucionalizado e se expressa através de autoridades que, pelo fato de ocuparem determinados postos na sociedade, têm a capacidade de

³⁴ CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. *Considerações acerca do desvio de poder na Administração Pública*. Arquivos do Ministério da Justiça. Brasília: Imprensa Nacional, v. 34 n. 138, p. 92-105, ABR/JUN/1976, p. 94.

³⁵ MORAES, 2002, op. cit., p. 805.

editar normas cuja obediência é forçosa. Não, é portanto, a lei do mais forte, mas a lei daquele que é legitimado a editá-la. Daí, o porquê do fenômeno do poder no Estado estar intrinsecamente ligado com o direito.³⁶

Os poderes da Administração, genericamente, possuem caráter instrumental, ou seja, são os instrumentos através dos quais a Administração busca atingir seu fim, visando sempre ao interesse público. Considera-se, sobretudo, que tais poderes têm o significado de poder-dever. Não se trata de faculdade do administrador realizar ou não determinado ato. Certo é que se trata de dever, não podendo dispor de seu exercício, conforme o princípio da indisponibilidade do interesse público. Assim, os poderes da Administração Pública são irrenunciáveis e a omissão do agente, em caso de dever agir, caracteriza-se como abuso de poder.

Celso Antônio Bandeira de Mello chega a mencionar que é dever-poder, de forma a dar maior ênfase à sua utilização compulsória:

Tendo em vista este caráter de assujeitamento do poder a uma finalidade instituída no interesse de todos – e não da pessoa exercente do poder –, as prerrogativas da Administração não devem ser vistas ou denominadas como “poderes” ou como “poderes-deveres”. Antes se qualificam e melhor se designam como “deveres-poderes”, pois nisto se ressalta sua índole própria e se atrai atenção para o aspecto subordinado do poder em relação ao dever, sobressaindo, então, o aspecto finalístico que as informa, do que decorrerão suas inerentes limitações.³⁷

Tradicionalmente, a doutrina divide os poderes quanto à espécie como hierárquico, disciplinar, regulamentar ou normativo e de polícia; quanto à margem da liberdade como discricionário e vinculado.

Segundo o entendimento de Maria Sylvia Di Pietro, quanto aos chamados poderes discricionários e vinculados, “[...] não existem como poderes autônomos; a discricionariedade e a vinculação são, quando muito, atributos de outros poderes e competências da Administração.”³⁸ Entretanto, tal entendimento demonstra-se minoritário.

Em linhas gerais, afirma-se que poder hierárquico trata-se daquele conferido ao agente público para que este organize a estrutura da administração e fiscalize a atuação de seus subordinados. Dessa maneira, a Administração confere graus de

³⁶ BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito administrativo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 2.

³⁷ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1994. p. 195.

³⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia. *Direito administrativo*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 1995. p. 73.

subordinação entre os agentes e os órgãos, sendo possível todos conhecerem quem é o competente para realização de cada ato.

Já o poder disciplinar, é o poder de o agente público aplicar sanções aos demais agentes, em razão da prática de infração disciplinar funcional. Tais sanções são apenas as administrativas: advertência, suspensão, demissão, dentre outras. Cabe, ainda, ressaltar que a punição não corresponde a uma opção que a Administração tem ou não de punir, sob pena de o agente público ser responsabilizado por cometimento do crime de condescendência criminosa e improbidade administrativa. Haverá, portanto, discricionariedade apenas na escolha de qual pena será aplicada.

O poder regulamentar ou normativo revela-se, por sua vez, em dois sentidos: amplo, quando se confere ao agente público para expedição de atos normativos gerais e abstrato – o poder normativo em si; e sentido estrito, caso em que se concede autorização ao chefe do executivo para expedição de decretos, sendo denominado como poder regulamentar.

Observa-se, em seu turno, o poder de polícia quando a Administração fiscaliza ou exige o cumprimento das leis. A atividade do Estado limita o exercício dos direitos individuais em benefício do direito coletivo.

Por último, o poder vinculado demonstra-se quando o agente se encontra diante de uma situação em que a ele é dada a possibilidade de um único agir. A sua margem de liberdade é mínima na prática dos atos administrativos. É através da obediência restrita à lei que o agente age, não sendo possível que ele realize qualquer juízo de conveniência ou oportunidade na concretização do ato.

4.4.2. Ato discricionário

O Estado de Direito assegura à sociedade que todas as suas funções devem se realizar da forma do Direito e as normas do Direito são quadro da sociedade do próprio Estado. Assim, a sua maneira de agir está pré-determinada dentro de esfera balizada pelas normas jurídicas.

Segundo Afonso Rodrigues Queiro,

[...] o princípio característico e essencial do Estado de Direito é precisamente o de que o Estado se comporta em relação aos particulares na forma do direito, [...], ligado pelas normas jurídicas, qualquer que seja a sua fonte; e que, diversa e opostamente, no Estado-Polícia a atividade do Estado, incluindo aquela que está em imediata relação com os particulares, não se encontra sujeita, vinculada a qualquer regra jurídica de que os mesmos particulares possam exigir o cumprimento.³⁹

O poder discricionário demonstra-se nos atos discricionários os quais são aqueles cuja prática exige do administrador, por força da maneira como a lei regulou a matéria, que sopesse as circunstâncias concretas do caso, de tal modo que seja inevitável uma apreciação subjetiva sua quanto à melhor maneira de proceder para dar correto atendimento à finalidade legal.⁴⁰

Neste poder, o agente público tem uma margem de liberdade fixada pela lei. Dessa maneira, é possível que ele avalie a situação em que deve agir e escolher qual caminho poderá seguir. Ao administrador são oferecidos dois critérios – conveniência e oportunidade – para discernir quando e como deve agir.

Sendo o critério do discernimento a conveniência e a oportunidade, há, assim, nos atos administrativos, dois aspectos inconfundíveis: mérito e legalidade. O mérito é a indagação da oportunidade e conveniência do ato, a zona livre em que a vontade do administrador decide sobre as soluções mais adequadas ao interesse público. É a sede do poder discricionário do administrador, que se orienta por critérios de utilidade.

“A legalidade é a observância da lei, que vincula a manifestação de vontade do administrador, estabelecendo um nexo de causalidade entre o resultado do ato e a norma de direito.”⁴¹

Nas palavras de Caio Tácito, a primeira condição de legalidade é a competência do agente.

Não há, em direito administrativo, competência geral ou universal: a lei preceitua, em relação a cada função pública, a forma e o momento do exercício das atribuições do cargo. Não é competente quem quer, mas quem pode, segundo a norma de direito. A competência é, sempre, um elemento vinculado, objetivamente fixado pelo legislador.

O ato vinculado se concretiza pela vontade condicionada ou cativa da Administração, obrigada a manifestar-se positivamente, desde que o interessado preencha, no caso, determinados requisitos fixados a priori pela lei. Tratando-se de ato vinculado, o exame da legalidade pelo Judiciário importa na indagação da existência de fato ou motivo que o legitime.⁴²

³⁹ QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. *Reflexões sobre a teoria do desvio de poder em direito administrativo*. Coimbra: Coimbra Editora, 1940. p. 1.

⁴⁰ BANDEIRA DE MELLO, 1994, op. cit., p.171.

⁴¹ TÁCITO, Caio. *O abuso de poder administrativo no Brasil (conceito e remédios)*. Rio de Janeiro: Departamento administrativo do serviço público e Instituto Brasileiro de Ciências administrativas, 1959. p. 26.

⁴² CRETILLA JÚNIOR, José. *Direito administrativo brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 246.

Assim, o administrador tem o dever de obedecer aos ditames legais que ele mesmo prescreveu.

Em verdade, não existe arbitrariedade no exercício do poder discricionário. Todo ato discricionário contém uma parte vinculada, em que o agente só tem uma opção, sob pena de cometer ilegalidade. Como foi dito, a competência é sempre vinculada, sendo certo que, a Administração age por meio de seus funcionários, nos limites de suas competências, conforme regras legais.

Segundo Bandeira de Mello,

[...] não se confundem discricionariedade e arbitrariedade. Ao agir arbitrariamente, o agente estará agredindo a ordem jurídica, pois terá se comportado fora do que lhe permite a lei. Seu ato, em consequência, é ilícito e, por isso mesmo, corrigível judicialmente. Ao agir discricionariamente o agente estará, quando a lei lhe outorga tal faculdade (que é simultaneamente um dever) cumprindo a determinação normativa de ajuizar sobre o melhor meio de dar satisfação ao interesse público por força da indeterminação legal quanto ao comportamento adequado à satisfação do interesse público no caso concreto⁴³.

Quando o agente público age no exercício do poder discricionário, portanto, é dada a ele uma margem de liberdade conferida pela própria lei. Então, de acordo com a situação, o agente pode agir e escolher qual o comportamento que poderá tomar, guiado pelos limites da lei.

Em suma,

[...] discricionariedade é liberdade dentro da lei, nos limites da norma legal, e pode ser definida como a margem de liberdade conferida pela lei ao administrador a fim de que este cumpra o dever de integrar com sua vontade ou juízo a norma jurídica, diante do caso concreto, segundo critérios subjetivos próprios, a fim de dar satisfação aos objetivos consagrados pelo sistema legal⁴⁴. A discricionariedade existe, por definição, única e tão somente para proporcionar em cada caso a escolha da providência ótima, isto é, daquela que realize superiormente o interesse público alvejado pela lei aplicanda⁴⁵.

⁴³ BANDEIRA DE MELLO, 1994, op. cit., p.205.

⁴⁴ Ibid., p.204.

⁴⁵ Ibid., p. 208.

4.4.3. Ato vinculado

Atos vinculados ou regrados são aqueles para os quais a lei estabelece os requisitos e condições de sua realização. Nessa categoria de atos, as imposições legais absorvem, quase que por completo, a liberdade do administrador, uma vez que sua ação fica adstrita aos pressupostos estabelecidos pela norma legal para a validade da atividade administrativa. Desatendido qualquer requisito, compromete-se a eficácia do ato praticado, tornando-se passível de anulação pela própria Administração, ou pelo Judiciário, se assim o requisier o interessado⁴⁶.

Ao falar que o ato vinculado depende do preenchimento de todos os pressupostos legais, refere-se, na verdade, à chamada *vontade objetiva da administração*. Em contrapartida, a lei pode estabelecer regramentos básicos para edição de determinado ato administrativo, concedendo, de modo implícito ou explícito, maior liberdade de escolha ao administrador, permitindo ao administrador público uma atuação formada de *vontade subjetiva*, o que se observa no ato discricionário.

É importante afirmar que há a necessidade de equilíbrio entre as atividades vinculadas e discricionárias da administração pública, pois,

[...] a atividade da Administração não pode conformar-se com uma generalização da competência vinculada: é-lhe indispensável adaptar-se constantemente às circunstâncias particulares e mutáveis que a norma não pode prever. Inversamente, uma Administração amplamente discricionária não ofereceria aos administrados qualquer segurança; seria voltada ao arbítrio. Donde a necessidade de uma dosagem entre as duas⁴⁷

4.5. Extinção

De acordo com a classificação de Celso Antônio Bandeira de Mello, há diversas maneiras de extinção do ato administrativo: pelo cumprimento de seus efeitos, pelo desaparecimento do sujeito ou do objeto da relação jurídica, pela renúncia feita pelo próprio beneficiário do ato, e ainda, pela retirada, que abrange a

⁴⁶ MEIRELLES, 1997, op. cit., p. 150.

⁴⁷ RIVERO, Jean. *Direito administrativo*. Coimbra: Almedina, 1981. p. 94.

cassação, a caducidade, contraposição, revogação e anulação⁴⁸.

4.5.1. Modalidades

Primeiramente, sobre a revogação diz-se que consiste na retirada de ato administrativo válido em razão de a Administração considerá-lo inconveniente e inoportuno. Trata-se de ato discricionário em que há a realização de um novo juízo com relação ao mérito do ato administrativo. Então, isso significa que no momento da edição do ato, considerava-se conveniente e oportuno, porém com o tempo, por algum motivo, a Administração desejou cancelá-lo por meio de revogação.

Por características próprias, a revogação não retroage, ou seja, tem efeitos *ex nunc*, pois o ato em sua origem era válido, parando de gerar efeitos apenas com a sua revogação. Tal apreciação do mérito cabe ressaltar que apenas a Administração o realiza, não podendo o Poder Judiciário reapreciá-lo.

Sendo ato discricionário, a revogação deverá observar limites legais, implícitos e explícitos, sob pena de ilegalidade.

Maria Sylvia elenca que

[...] não podem ser revogados os atos vinculados, precisamente porque nestes não há os aspectos concernentes à oportunidade e conveniência. Da mesma forma, não podem ser objeto de revogação os atos que exauriram os seus efeitos, pois, como a revogação não retroage, apenas impede que o ato continue a produzir efeitos, se o ato já se exauriu, não há de se falar em revogação. Também, não podem ser revogados os atos que geram direitos adquiridos, conforme a Súmula 473, do STF⁴⁹.

A respeito da competência, cabe lembrar que apenas quem pratica o ato ou aquele que tem poderes, implícitos ou explícitos, para dele conhecer de ofício ou por via de recurso, poderá revogá-lo por motivos de conveniência ou oportunidade. Tal competência é intransferível, salvo por força de lei.

Por outro lado, a anulação pode ser feita tanto pela Administração quanto pelo Judiciário. Anulação é a invalidação do ato em virtude de ilegalidade. Esta

⁴⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Elementos do direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 1992. p. 151-152.

⁴⁹ DI PIETRO, 2005, op. cit., p. 238.

produz efeitos retroativos (*ex tunc*) alcançando o ato desde sua edição viciada.

O fundamento legal que permite que a Administração anule seus próprios atos está contido nas *Súmulas 346 e 473*, ambas do STF. Pela primeira entende-se que “a Administração Pública pode declarar a nulidade de seus próprios atos”; e esclarece a segunda que “a Administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornem ilegais, porque deles não se originam direitos, ou revoga-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial”.

Ademais, a própria Lei do Processo Administrativo Federal, Lei n. 9784/99, em seu artigo 53 estipula que “a Administração deve anular seus próprios atos, quando eivados de vício de legalidade, e pode revogá-los por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos”.

Por último, no Estado de São Paulo, a Lei do Processo Administrativo, Lei n. 10.177/98, determina em seu artigo 10 que a Administração anulará seus atos inválidos, salvo quando: a) ultrapassado de dez anos contados de sua produção; b) da irregularidade não resultar qualquer prejuízo; c) forem passíveis de convalidação.

No que tange ao Poder Judiciário, o artigo 5º, XXXV, CF determina que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Dessa forma, a anulação pode também ser feita pelo Poder Judiciário, mediante provocação de interessado que se achar lesado.

Enfim, se de um lado, deverá o interessado provocar o Judiciário para que ele anule ato administrativo, por outro, a Administração independe de provocação, tendo em vista o princípio da legalidade, pois ela tem o poder-dever de zelar pela observância do interesse público em face também dos princípios da supremacia do interesse público e da indisponibilidade do interesse público.

4.5.2. Vícios

Quando se fala em vícios do ato administrativo, deve-se ter em mente que, embora seja ato jurídico e que muitos princípios de direito civil a ele se aplicam, não se pode esquecer que tal ato apresenta peculiaridades, como maior número de elementos, bem como natureza um pouco diversa do ato de direito privado. Portanto,

não se pode aplicar literalmente os artigos 166 e 171 do Código Civil aos atos administrativos.

Em Direito Administrativo, os vícios podem atingir cinco elementos do ato administrativo, quais sejam: competência, forma, objeto, motivo e finalidade.

Os vícios relativos ao sujeito apresentam-se em duas categorias: incompetência e incapacidade. Quanto à competência, esta vem definida em lei, sendo assim, será ilegal o ato praticado por administrador incompetente ou que exorbite suas atribuições ou por excesso de poder ou função de fato.

O artigo 328 do Código Penal define como crime usurpação de função o ato que o sujeito pratica não investido no cargo, emprego ou função, logo se apossa por conta própria sem ter a qualidade.

No caso do excesso de poder, este ocorre quando o agente público ultrapassa os limites de sua competência, por exemplo quando alguma autoridade vai além da medida das atribuições de seus atos, aplica penalidade mais gravosa, para a qual é incompetente.

Já o desvio de poder, o vício, aloca-se na finalidade do ato, em que o sujeito pratica ato com finalidade diversa da lei. Tanto o excesso como o desvio de poder são espécies de abuso de poder e podem configurar como crime de abuso de autoridade “[...] infrações previstas na Lei n. 4.898, de 9-12-65, alterada pela Lei n. 6.657, de 5-6-79, hipótese em que ficará sujeito à responsabilidade administrativa e à penal, podendo ainda responder civilmente, se de seus ato resultarem danos patrimoniais⁵⁰”.

Ainda, haverá vício relativo ao sujeito em função de fato no caso de agente público estar irregularmente investido no cargo, emprego ou função, mas a sua situação é de aparente legalidade.

“Ao contrário do ato praticado por usurpador de função, que a maioria dos autores considera como inexistente, o ato praticado por funcionário de fato é válido, precisamente pela aparência de legalidade de que se reveste; cuida-se de proteger a boa-fé do administrado”⁵¹.

A respeito dos vícios de incapacidade, que se encontram previstos nos artigos 3º e 4º do Código Civil, bem como os resultantes de erro, dolo, coação,

⁵⁰ DI PIETRO, 2005, op. cit., p.230.

⁵¹ Ibid., p.230.

simulação ou fraude, não há de se falar em distinção de nulidade relativa ou absoluta porque, em direito administrativo, aplica-se critério diverso.

Em verdade, cabe falar das hipóteses de impedimento e suspensão previstas como casos de incapacidade do sujeito, no artigo 18, Lei n. 9.784/99 – Lei do Processo Administrativo Federal.

O artigo determina estar impedido de atuar em processo administrativo o servidor ou autoridade que:

I – tenha interesse direto ou indireto na matéria;

II – tenha participado ou venha a participar como perito, testemunha ou representante, ou se tais situações ocorrem quanto ao cônjuge, companheiro ou parente e afins até o terceiro grau;

III – esteja litigando judicial ou administrativamente com o interessado ou respectivo cônjuge ou companheiro.

No caso de suspeição, existe previsão legal no artigo 20 da referida lei, ao prever que esta poderá ser argüida no caso de autoridade ou servidor ter amizade íntima ou inimizade notória com algum dos interessados ou com os respectivos cônjuges, companheiros, parentes e afins até o terceiro grau.

Se por um lado, em direito processual, o impedimento gera nulidade absoluta, podendo ensejar inclusive ação rescisória e a suspeição gera nulidade relativa, uma vez que o vício desaparece se não argüido em momento oportuno; por outro lado, em direito administrativo, ambas as hipóteses são casos de atos anuláveis, visto que passíveis de convalidação pela autoridade que não esteja em idêntica situação de impedimento ou suspeição.

Num segundo momento, sobre os vícios relativos ao objeto, faz-se necessário lembrar o que dispõe o artigo 2º, parágrafo único, c, da Lei n. 4.717/65 que diz: “[...] a ilegalidade do objeto ocorre quando o resultado do ato importa em violação de lei, regulamento ou outro ato normativo”.

Em verdade, para ser isento de vício, o objeto do ato deverá ser lícito, possível de fato e de direito, moral e determinado. Assim, não poderá ser proibido pela lei, ou impossível porque os efeitos pretendidos são irrealizáveis, ou ainda, imoral e incerto.

Quanto à forma, o vício consiste no caso de se configurar omissão ou inobservância incompleta ou irregular de formalidades indispensáveis à existência ou

seriedade do ato⁵². Será, sobretudo, ilegal quando a lei expressamente exigir ou visar finalidade que só se alcança pela prática de certa formalidade.

No caso de vício quanto ao motivo, dever-se-á observar a inexistência de motivos ou falsidade de motivos. É o caso, por exemplo, em que a Administração transfere funcionário alegando motivos que na verdade não existem, havendo, na realidade, perseguição política.

Por derradeiro, quanto aos vícios relativos à finalidade, cabe destacar que são casos em que se configuram o desvio de poder ou desvio de finalidade.

A lei n. 4.717/65 define desvio de poder em seu artigo 2º, parágrafo único, e, como aquele que “o agente pratica ato visando a fim diverso daquele previsto, explícita ou implicitamente, na regra de competência”.

Entretanto, necessária à ressalva que, ao falar de desvio de finalidade, deve-se apreciar a intenção subjetiva do administrador e do legislador.

Nesse sentido, Cretella Júnior esclarece que:

O desvio de poder difere dos outros casos, porque não se trata aqui de apreciar objetivamente a conformidade de um ato com uma regra de direito, mas de proceder-se a uma dupla investigação de intenções subjetivas: é preciso indagar se os móveis que inspiram o autor de um ato administrativo são aqueles que, segundo a intenção do legislador, deveriam realmente, inspira-lo.⁵³

Haverá desvio de finalidade, por exemplo, no caso de desapropriação realizada a fim de prejudicar determinada pessoa e não em vista do interesse público.

Concluindo, fato muito comentado pela doutrina é a questão da prova no desvio de poder, visto que de maneira alguma o agente público irá declarar sua verdadeira intenção, pois procurará ocultá-la para não ser responsabilizado pelo ato ilegal. Por essa razão, entende-se que o desvio de poder se comprova por meio de indícios, quais sejam: motivação insuficiente, motivação contraditória, camuflagem dos fatos, dentre outros.

⁵² Art. 2º, parágrafo único, b, da Lei n. 4.717/65.

⁵³ CRETELLA JÚNIOR, 1997, op. cit., p. 32.

4.5.3. Conseqüências decorrentes dos vícios

No que tange às conseqüências decorrentes dos vícios, é preciso a ressalva de que grandes são as divergências doutrinárias. Isso se dá porque alguns autores entendem que é possível a aplicação da classificação de nulidade relativa e absoluta conforme os artigos 166 e 171 do Código Civil, enquanto outros entendem que não.

Seabra Fagundes⁵⁴, por exemplo, entende que “[...] é possível aplicar-se ao direito administrativo a teoria de nulidades do direito civil, agrupando os atos administrativos em três categorias: atos absolutamente inválidos ou nulos, atos relativamente inválidos ou anuláveis e os atos irregulares.”

Os atos nulos seriam aqueles que violam regras fundamentais atinentes à manifestação da vontade, ao motivo, à finalidade ou à forma. Já os atos anuláveis enquadrariam os que infringem regras dos cinco elementos do ato administrativo, mas face ao caso concreto, prefere-se dar-lhes invalidade parcial em observância ao interesse público. Enfim, “[...] denominam-se atos irregulares aqueles que possuem defeitos irrelevantes que não afetam o interesse público em si, logo seus efeitos perduram”⁵⁵.

No entendimento de Celso Antônio Bandeira de Mello⁵⁶, “[...] o critério importantíssimo para distinguir tipos de invalidade reside na possibilidade ou impossibilidade de convalidar-se o vício do ato”.

Atos nulos não se convalidam.

Classificam-se naqueles que a lei assim declarar ou atos em que é materialmente impossível a convalidação, pois, se o mesmo conteúdo fosse novamente produzido, seria reproduzida a invalidade anterior; é o que ocorre com os vícios relativos ao objeto, à finalidade, ao motivo, à causa. São anuláveis os que a lei assim o declare e os que podem ser praticados sem vício, é o caso dos atos praticados por sujeito incompetente, com vício de vontade, com defeito de formalidade⁵⁷.

Ademais, serão inexistentes, para Bandeira de Mello, os atos eivados de comportamento de condutas criminosas, vedadas pelo direito.

⁵⁴ FAGUNDES, Seabra. *O controle dos atos administrativos pelo Judiciário*. São Paulo: Saraiva. 1984. p. 42-51

⁵⁵ Caso em que a lei exige portaria e se expede outro tipo de ato. Em geral, os atos irregulares possuem vício relacionado à forma.

⁵⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros. 2004. p. 431

⁵⁷ DI PIETRO, 2005, op. cit., p. 234.

Por fim, na concepção de Cretella Júnior⁵⁸, os atos são nulos, anuláveis e inexistentes; sendo que os dois primeiros distinguem-se conforme a possibilidade de serem ou não convalidados. Por sua vez, o ato inexistente não chega sequer a entrar no mundo jurídico pela ausência de elemento essencial, como ocorre por ato que deveria ser praticado por funcionário investido de suas funções e, na verdade, advém de particular.

4.5.4. Atos administrativos nulos e anuláveis

Os vícios em Direito Civil como em Direito Administrativo podem gerar nulidades absolutas ou relativas.

Ocorre que, no Direito Civil, as nulidades previstas nos artigos 166 e 171, não podem ser transpostas no Direito Administrativo sem considerar suas peculiaridades.

No Direito Civil, a nulidade absoluta não pode ser sanada, enquanto a relativa pode. Ademais, a nulidade absoluta pode ser decretada de ofício ou mediante provocação do interessado ou do Ministério Público pelo juiz; já a relativa prescinde da provocação da parte interessada.

Ao tratar do Direito Administrativo, deve-se lembrar que esta última distinção com relação às nulidades relativas e absolutas não se faz necessária, porque a Administração possui o poder de autotutela e, assim, não depende de provocação do interessado para decretar nulidade, independentemente de qual for.

Em contrapartida, cabe a primeira distinção, por alguns vícios poderem ser sanados e outros não. Diz-se sanável ou convalidável nos casos de nulidade relativa. Do contrário, será absoluta.

⁵⁸ CRETELLA JÚNIOR, José. *Do ato administrativo*. São Paulo: Bushstsky. 1977. p. 138.

4.5.6. Convalidação

“Convalidação ou saneamento é o ato administrativo pelo qual se supre um vício existente em um ato ilegal, com efeitos retroativos à data em que este foi praticado”⁵⁹.

A doutrina aceita a convalidação no caso de vícios sanáveis, notadamente relacionados com a competência, desde que não exclusiva, ou com a forma do ato, quando incluídos os aspectos formais dos procedimentos administrativos.

O artigo 55 da Lei n. 9.784/99, lei do processo administrativo federal, estabelece que “em decisão na qual se evidencie não acarretarem em lesão ao interesse público nem prejuízo a terceiros, os atos que apresentarem defeitos sanáveis poderão ser convalidados pela própria Administração”. Trata-se, pois, de faculdade da Administração.

Também, a Lei do Processo Administrativo Paulista em seu artigo 11 dispõe que :

A Administração poderá convalidar seus atos inválidos, quando a invalidez decorrer de vício de competência ou de ordem formal, desde que:
 I – na hipótese de vício de competência, a convalidação seja feita pela autoridade titulada para a prática do ato, e não se trate de competência indelegável;
 II – na hipótese de vício formal, este possa ser suprido de modo eficaz.
 § 1º - Não será admitida a convalidação quando dela resultar prejuízo à Administração ou a terceiros ou quando se tratar de ato impugnado.

Há discussão doutrinária quanto a convalidação ser ato discricionário ou vinculado. Aqui, segue o entendimento de que a convalidação é ato que pode ser tanto discricionário como vinculado.

Para Weida Zancaner, o ato de convalidação é, às vezes, vinculado, e outras vezes, discricionário. Segundo a autora, “[...] só existe uma hipótese em que a Administração Pública pode optar entre o dever de convalidar e o dever de invalidar segundo critérios discricionários”⁶⁰.

Assim,

[...] tratando-se de ato vinculado praticado por autoridade incompetente, a autoridade competente não poderá deixar de convalidá-lo, se estiverem

⁵⁹ DI PIETRO, 2005, op. cit., p. 235.

⁶⁰ ZANCANER, Weida. *Da convalidação e da invalidação dos atos administrativos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990. p. 50

presentes os requisitos para a prática do ato; a convalidação é obrigatória, para dar validade aos efeitos já produzidos; se os requisitos legais não estiverem presentes, ela deverá necessariamente anular o ato. Se o ato praticado por autoridade incompetente é discricionário e, portanto, admite apreciação subjetiva quanto aos aspectos de mérito, não pode a autoridade competente ser obrigada a convalidá-lo porque não é obrigada a aceitar a mesma avaliação subjetiva feita pela autoridade incompetente; neste caso, ela poderá convalidar ou não, dependendo de sua própria apreciação discricionária⁶¹.

Por outro lado, nem sempre será possível a convalidação. Dependerá, pois, do tipo de vício que atinge o ato.

No caso de vício quanto ao sujeito, se o ato for praticado por autoridade incompetente, admitir-se-á a convalidação, isto é, ratificação desde que não seja competência exclusiva, situação em que se exclui a delegação ou avocação. Da mesma forma, não se admite ratificação em razão da matéria, no caso de existir exclusividade de atribuições.

Quanto à forma, é possível se ela não for essencial à validade do ato. Já no que tange ao motivo e à finalidade, nunca será possível a convalidação, tendo em vista que o motivo se refere à situação de fato que ocorreu ou não, enquanto a finalidade pode ser diversa da lei ou contra o interesse público, portanto, em ambos não se corrige a intenção do agente.

Por fim, sobre o objeto ou conteúdo ilegal, não pode ser objeto de convalidação, mas é viável a conversão, ou seja, ato administrativo em que se converte um ato inválido em ato de outra categoria, com efeitos retroativos à data original. Visa, sobretudo, aproveitar os efeitos já produzidos.

⁶¹ DI PIETRO, 2005, op. cit., p. 236.

5. O DESVIO DE PODER

5.1. Conceito de desvio de poder

O desvio de finalidade ou de poder verifica-se quando a autoridade, embora atuando nos limites de sua competência, pratica o ato por motivos ou com fins diversos dos objetivados pela lei ou exigidos pelo interesse público.

O desvio de poder é, assim, a violação da ideologia da lei, ou, por outras palavras, a violação da moral da lei, colimando o administrador público fins não queridos pelo legislador, ou utilizando motivos ou meios imorais para a prática de um ato administrativo aparentemente legal¹.

Sobre a nomenclatura, Carlos Castro comenta que:

O Direito Administrativo não logrou em sistematizar de modo uniforme a nomenclatura e o conceito das diversas hipóteses de exercício patológico do poder administrativo, comumente designadas por abuso, excesso e desvio de poder. Autores há que entendem sinônimas essas expressões a exemplo de GASTON JÈZE. Para outros, como D'ALESSIO e VITOR NUNES LEAL, o desvio de poder seria mais uma modalidade do excesso de poder. Um terceiro grupo, enfim, bem representado entre nós por CRETELA JÚNIOR, HELY LOPES MEIRELES e CAIO TÁCITO, prefere ver no abuso do poder um gênero de que seriam espécies o excesso e o desvio de poder. Agrada-me mais a terceira posição, por razões de fidelidade para com a doutrina clássica francesa, que engendrou com distinção conceitual as figuras do *excès de pouvoir* e do *détournement de pouvoir*, e que sérvio de magistério ao administrativo brasileiro, embora modernamente a tendência seja no sentido de assimilá-las².

Logo, o abuso de poder se caracterizaria pela violação de legalidade, extrínseca ou intrínseca, na prática dos atos administrativos, pela qual se romperia o equilíbrio ditado pela ordem jurídica. Dessa forma, haveria abuso de poder nos vícios de legalidade externa, como a incompetência, vício de forma e ilicitude do objeto. Ademais, figurariam os vícios de legalidade interna do ato administrativo, como inexistência material ou jurídica dos seus motivos e, também, a imoralidade desses motivos, caracterizadora do desvio de poder.

¹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 97.

² CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. *Considerações acerca do desvio do poder na administração pública*. Arquivos do Ministério da Justiça, Brasília, D.F., v. 34, n. 138, p. 92-105, abr./jun. 1976. p. 95.

É possível, então, dizer que existem dois tipos básicos de abuso de poder: o excesso e o desvio. Naquele se incluem todos os casos de violação de legalidade administrativa, tanto externa quanto interna, com exceção apenas do desvio de poder, que se restringiria a uma forma especial de ilegalidade intrínseca, marcada pela ilicitude moral dos motivos que conduzem o administrador público ao realizar o ato.

Ilustra tal definição, a situação em que a autoridade pública decreta desapropriação, alegando utilidade pública, porém, visando, na verdade, à satisfação de interesse político ou pessoal, ou ainda, favorecer interesse de particular ou prejudicar algum desafeto. Tal ato é ilícito e apresenta disfarçadamente como se legal fosse e tivesse interesse público.

Então,

[...] se infringida 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. Tanto ocorre esse vício quando a Administração remove o funcionário a título de punição, como no caso em que ela desapropria imóvel para perseguir o seu proprietário, inimigo político. No primeiro caso, o ato foi praticado com finalidade diversa da prevista na lei; no segundo caso, fugiu ao interesse público e foi praticado para atender ao fim de interesse particular da autoridade³.

O desvio de poder é, por definição, um limite à ação discricionária, um freio ao transbordamento da competência legal além de suas fronteiras, de modo a impedir que a prática do ato administrativo, calcada no poder de agir do agente, possa dirigir-se à consecução de um fim de interesse privado, ou mesmo de outro fim público estranho à previsão legal⁴.

Em outras palavras,

[...] o uso do poder discricionário pelo administrador para atingir fins privados, divorciados do interesse público, ocorre quando a má fé ou qualquer sentimento pessoal informa a edição do ato⁵.

A lei regulamentar da ação popular (Lei n. 4.717, de 29.6.65) já consigna o desvio de finalidade como vício nulificador do ato administrativo lesivo do patrimônio público e considera caracterizado quando “[...] o agente pratica o ato visando o fim diverso daquele previsto, explícita ou implicitamente, na regra de competência” (art. 2º, “e”, e parágrafo único, “e”). Com essa definição legal, o desvio de finalidade entrou definitivamente para o nosso Direito Positivo como causa de nulidade dos atos da Administração.⁶

³ DI PIETRO, Maria Sylvania. *Direito administrativo*. 18.ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 203.

⁴ TÁCITO, Caio. O desvio de poder no controle dos atos administrativos, legislativos e jurisdicionais. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 228, p. 1-12. abr/jun. 2002. p. 2

⁵ CRETELLA JÚNIOR, José. A prova no desvio de poder. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, v. 230, p. 197-216, out/dez. 2002. p. 198.

⁶ MEIRELLES, 1997, op. cit., p.97.

Por fim, percebe-se que o instituto do desvio de poder surge pelo descompasso entre a finalidade legal, ou seja, a finalidade contida na regra conferidora de competência, e aquela efetivamente visada pelo agente público com a prática do ato administrativo. Daí, porque alguns autores preferem dizer desvio de finalidade ao desvio de poder.

Ainda que a norma não se refira à finalidade pública, subentende-se que qualquer ato administrativo é vinculado ao fim público. Quando a autoridade usa do poder discricionário para atingir fim diferente do que a lei fixou, o Poder Judiciário fica autorizado a decretar nulidade do ato, já que a Administração fez uso indevido da discricionariedade, ao desviar-se dos fins de interesse público definidos na lei.

5.1.1. Dificuldade conceitual

Caio Tácito, ao registrar que a noção de abuso de poder de autoridade administrativa “[...] é o reverso do princípio da legalidade da administração pública, conclui que o abuso do poder se caracteriza pela violação da legalidade extrínseca ou intrínseca dos atos administrativos”⁷.

Entende-se que o doutrinador considera que qualquer violação da lei ou ilegalidade enquadra-se no conceito de abuso de poder, ou seja, adota o conceito amplo do recurso de excesso de poder dos franceses.

Em contrapartida, doutrinadores como Hely Lopes Meirelles e José dos Santos de Carvalho Filho adotam conceito mais restrito. Para eles, excesso de poder e desvio de poder são espécies de abuso de poder. Dessa forma, haveria excesso de poder quando a autoridade, embora competente para praticar o ato, vai além do permitido e exorbita os limites de suas faculdades administrativas. Já o desvio de finalidade, configurar-se-ia quando a autoridade, ainda que atuando nos limites de sua competência, pratica atos por motivos ou fins diversos daqueles almejados pela lei ou exigido pelo interesse público.

Do ponto de vista de Seabra Fagundes, “[...] o abuso de poder corresponde

⁷ TÁCITO, Caio. *Temas de Direito Público*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, v. 1. p. 39 e 42.

a tudo que diga respeito à infração às regras de competência”⁸. Ademais, o desvio de poder é espécie do gênero ilegalidade.

Ocorre que a noção e o conteúdo do excesso de poder são mais incertos. Ao traçar o conceito de desvio de poder, deve-se ter em mente que, no decorrer do tempo, diferentes acepções foram aceitas. Os países ora restringiram, ora ampliaram seu conteúdo, o que significou diferentes conceitos nos sistemas jurídicos.

Feito isso, cabível é, em linhas gerais, distinguir as diferentes conceituações dadas pela doutrina do direito comparado, antes mesmo do próprio estudo histórico da teoria do desvio de poder.

5.1.2. *Conceituação francesa*

Os doutrinadores franceses são unânimes, não só na aceitação da figura em apreço como também se empenham com entusiasmo em expor de maneira completa, a paralela teoria do desvio de poder, apresentada como instrumento de liberdade oposto a qualquer parcela de despotismo, utilizado por autoridade administrativa arbitrária⁹.

Leon Duguit, escrevendo a respeito da distinção entre o desvio de poder e abuso de poder menciona:

O agente edita um ato que entra em sua competência, mas ele o faz, perseguindo fim diverso daquele que a lei tinha em vista, dando-lhe tal competência. Há aí, ainda, verdadeiramente, ultrapassagem de poder. Quando é executado um ato de ordem jurídica em que o funcionário age em vista de fins diversos daquele que a lei teve em vista, dando-lhe competência, diz-se, em terminologia definitivamente consagrada, que há desvio de poder, mas (dar-se-ão exemplos mais adiante), esta espécie de violação da lei funcional pode apresentar-se mesmo para atos não jurídicos; propomos denominá-la então abuso de poder¹⁰.

No direito francês, diferentemente do direito brasileiro,

[...] o desvio de poder é vício que afeta o ato, mediante o qual a Administração prossegue rumo diverso do que lhe foi assinalado pela norma

⁸ FAGUNDES, M. Seabra. *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967. p. 273.

⁹ CRETELLA JUNIOR, José. *O desvio de poder na Administração Pública*. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 133.

¹⁰ DUGUIT, Leon. *Manuel de Droit Constitutionnel*, apud CRETELLA JÚNIOR, 1997, op. cit., p.135.

jurídica; desvia-se, assim o poder de seu fim legal¹¹.

Há excesso de poder quando o agente da Administração embora executando ato de sua competência e seguindo as formas prescritas pela legislação, usa do poder discricionário de que é detentor para casos e motivos diversos daqueles em vista dos quais tais poderes lhe foram outorgados¹².

Por fim, Francis-Paul Benoit, depois de observar que o termo poder é usado aqui no sentido preciso de competência, adota a definição clássica, conceituando esta figura jurídica como “[...] a decisão administrativa na qual a autoridade que a editou agiu em vista de um fim diverso daquele para o qual fora conferido o poder de editá-lo”¹³.

5.1.3. *Conceituação italiana*

Por sua vez, o direito italiano não definiu o conceito de excesso de poder como causa anulatória do procedimento administrativo. Foi através da jurisprudência que os italianos buscaram um caminho para identificar o desacordo entre os dados materiais e a manifestação subjetiva do agente. Identificaram, pois, como modalidades de excesso de poder: a inexistência ou falsa apreciação dos fatos, a insuficiência ou notória impropriedade dos motivos e a contradição de critérios.

O direito italiano confunde o excesso de poder e o desvio de poder do direito francês. “A jurisprudência italiana acompanha a lição do Conselho de Estado da França e repele tanto o ato administrativo inspirado em um fim de natureza privada, como o que objetive um fim público diverso do endereço legal”¹⁴.

Umberto Fragola esclarece que a expressão excesso de poder é acolhida em duas leis diversas com dois significados diferentes. Na lei sobre conflitos de atribuição, de 31 de março de 1877, n. 2.761, excesso de poder é excesso de poder jurisdicional. É o que a doutrina italiana denomina de “defeito de jurisdição”, como se vê, no novo Código de Processo Civil Italiano, arts. 37, 41, 360 e 362. Conceito bem diverso é o de excesso de poder administrativo, acolhido pelas leis sobre Conselho

¹¹ MAJADAS, Marcia Fratari. *Desvio de poder no direito comparado*. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas; Renovar, v. 236, p. 111-120, Papel. abr./jun. 2004.p. 113.

¹² AUCOC, Leon. *Conférence sur l'Administration et le Droit Administratif*. Paris, 1869, vol. I, pp. 399-400.

¹³ *Le Droit Administratif Français* apud CRETTELLA JÚNIOR. 1997, op. cit., p.19.

¹⁴ MAJADAS, 2004, op. cit., p. 114.

de Estado Italiano e sobre a Junta Provincial administrativa de 1888¹⁵.

Para Alessio,

[...] o desvio de poder seria cometido pelo agente da Administração, o qual, embora operando nos limites de sua competência e observando as formas prescritas em lei, usa do seu poder discricionários em casos e por motivos diversos daqueles em vista dos quais o poder lhe fora atribuído¹⁶.

Ugo Forti aponta que

[...] o desvio de poder ocorre quando a Administração faz uso da faculdade que lhe compete, mas não nos casos e nos fins para os quais o direito lhe conferira. Isso ocorre ou porque tenha feito uso desse poder para interesse público diverso daquele que a lei havia contemplado, ou visando interesse privado que, por definição, é diverso daquele na contemplação do qual pode e deve agir a Administração¹⁷.

Portanto, nos Direitos Italiano e Francês, a teoria do desvio de poder é de cunho jurisprudencial.

O desvio de poder pode ser declarado administrativamente, solvendo-se à revelia da intervenção jurisdicional. Diferentemente, no Direito Brasileiro, leva-se ao exame do motivo do ato administrativo pelo Poder Judiciário, que encontra, apoio na jurisprudência e na doutrina¹⁸.

5.1.4. Conceituação pátria

Segundo o entendimento de Cretella Júnior, para que ocorra o desvio de poder, quatro elementos devem estar presentes: 1º) autoridade administrativa; 2º) competência; 3º) uso do poder discricionário; 4º) fim diverso do fixado em lei.

A “autoridade administrativa” (causa eficiente do ato administrativo), “usa de sua competência”, de acordo com as formas prescritas em lei (causa formal), “para exercer o poder discricionário que lhe é posto nas mãos” (causa material), não, entretanto, “para perseguir o fim previsto em lei”, mas para “fim diverso” (causa final) daquele que a lei lhe fixara¹⁹.

¹⁵ CRETELLA JUNIOR, Jose. *O desvio de poder na administração pública*. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 21

¹⁶ ALESSIO, Renato. *Instituzioni di Diritto Amministrativo Italiano*, 4 ed., 1949, vol. II, pp. 245-246.

¹⁷ CRETELLA JUNIOR, 1997, op. cit., p. 140.

¹⁸ MAJADAS, 2004, op. cit., p. 116.

¹⁹ CRETELLA JUNIOR, 1997, op. cit., p. 140.

Logo, desvio de poder é o vício que incide sobre o fim do ato administrativo que gera a nulidade. Tal fenômeno surge com o intuito de impor limitação ao âmbito de atuação discricionária por parte da Administração Pública, buscando eliminar qualquer tipo de arbitrariedade.

5.2. A prova do desvio de poder

Como foi dito, há desvio de poder quando ocorre o uso do poder discricionário da Administração para atingir fins privados, divorciados do interesse público. Existe grande dificuldade em apurar a prova do desvio de poder, sobretudo quando o prejudicado pelo ato pretende recorrer ao Poder Judiciário.

A questão da prova do desvio de poder tem desafiado os estudiosos desde que elaborada a teoria na França, nos fins do século XIX. Isso ocorre pois, o desvio de poder é vício que se contamina com a validade interna do ato administrativo, caracterizando pela ilicitude moral dos motivos pessoais do administrador, que não se compatibilizam com a finalidade constante na lei.

O desvio de poder é conduta mais visível nos atos discricionários. Decorre desse fato a dificuldade na obtenção da prova efetiva do desvio, sobretudo porque a ilegitimidade vem dissimulada sob a aparência de perfeita legalidade²⁰.

A prova no desvio de poder deverá consistir em algo palpável, concreto, fato que se projete no mundo jurídico, criando a certeza da conduta ilegal e fornecendo, desse modo, fato concreto para o julgador formar sua convicção sobre a patologia do ato e prolatar a sentença, anulando-o²¹.

Cretella Júnior, ao dissertar sobre a prova do desvio de poder menciona brilhantemente:

No caso, a prova, regra geral, é difícil. Assim como os sintomas denunciadores de moléstia insidiosa resistem aos esforços do especialista para fazer o diagnóstico que revele a causa do mal, a prova do desvio de poder desafia também a argúcia do intérprete que pretende surpreender o *animus* do administrador, mascarando-se essa conduta de maneira sutil e

²⁰ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 8. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2001. p. 29.

²¹ CRETELLA JÚNIOR, 2002, op. cit., p.198.

escapando, não raro, à apreensão objetiva²².

O administrador, portanto, via de regra, tenta manifestar o ato discricionário de maneira coerente à legalidade e à finalidade pública, escondendo, pois, o verdadeiro motivo. Entretanto, em algum deslize, o *animus nocendi*, prejudicando o funcionário, ou então, favorecendo amigo, acaba que o administrador se entrega. Dificilmente, o administrador irá confessar ou deixar vestígios concretos de sua conduta irregular. Mas, certas indiscutíveis condutas do administrador o revela.

O ato praticado com desvio de finalidade – como todo ato ilícito ou moral – ou é consumado às escondidas ou se apresenta disfarçado sob o capuz da legalidade e do interesse público. Diante disso, há que ser surpreendido e identificado por indícios e circunstâncias que revelem a distorção do fim legal, substituído habilidosamente por um fim ilegal ou imoral não desejado pelo legislador. A propósito, já decidiu o STF que:

[...] indícios vários e concordantes são prova”. Dentre os elementos indiciários está a falta de motivo ou discordância dos motivos com o ato praticado. Tudo isto dificulta a prova do desvio de poder ou de finalidade, mas não torna impossível se recorrermos aos antecedentes do ato e à sua destinação presente e futura por quem o praticou²³.

Para Carlos Castro, essa questão de prova do desvio de poder sobreleva em importância no direito brasileiro, onde prolifera uma diversidade de vias judiciais que, em tese, se prestam a controlá-lo, como sejam as ações ordinárias, a ação popular e o mandado de segurança.

O processo de conhecimento é o que normalmente comporta fases de instrução bem demarcadas, que se destinam justamente à perquirição da verdade dos fatos através de todo gênero de provas.

A ação popular, embora admita uma ampla instrução cognitiva, está constitucionalmente reservada à anulação dos atos lesivos ao patrimônio público, erigindo-se a lesividade, consoante assinalado pela melhor doutrina, em requisito essencial do seu cabimento.

A sua vez, o mandado de segurança, conquanto não seja uma via incompatível com a discussão do desvio de poder, não é a sua sede própria, já que esbarra na exigência, muitas vezes impossível de satisfazer,

²² CRETELLA JÚNIOR, 2002, op. cit., p. 198

²³ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 1992. p. 97.

de se demonstrar de plano, mediante documentos, a imoralidade subjetiva do agente administrativo lesadora de direito individual²⁴.

Hely Lopes Meireles dispõe a respeito da prova no mandado de segurança que:

As provas tendentes a demonstrar a liquidez e certeza do direito podem ser de todas as modalidades admitidas em lei, desde que acompanhem a inicial. O que se exige é prova pré-constituída das situações e fatos que embasam o direito invocado pelo impetrante. Por exigirem-se situações e fatos comprovados de plano, é que não há instrução probatória do mandado de segurança. Há, apenas, uma dilação para informações do impetrado sobre as alegações e provas oferecidas pelo impetrante e subsequente manifestação do Ministério Público sobre a pretensão do postulante. Fixada a lide nestes termos, advirá a sentença considerando unicamente o direito e os fatos comprovados com a inicial²⁵.

Contudo, o mandado de segurança pode ser utilizado para o questionamento de desvio de poder. Assim já decidiu em acórdão célebre relatado pelo então Desembargador Seabra Fagundes, cuja ementa é:

O ato administrativo discricionário que encobrendo fins de interesse público, deixe à mostra finalidades pessoais, poderá cair na apreciação pelo Poder Judiciário, não obstante originário de competência livre. O fim legal dos atos da Administração pode vir expresso ou apenas subentendido na lei. O direito que resulta não da letra da lei, mas do seu espírito, exurgindo implicitamente do texto, também pode apresentar liquidez e a certeza que se exige para a concessão do mandado de segurança²⁶.

Sendo assim,

[...] a imoralidade administrativa, verificável pelo contraste entre os motivos internos do agente administrativo e as finalidades objetivas contidas explícita ou implicitamente, na norma legal conferidora da competência. Para essa verificação, pode valer-se o administrado de todo o gênero de provas, notadamente as que indiciam a conduta ilegítima, que devem ser pesadas pelos órgãos que controlam a legitimidade dos atos da Administração [...], compensando-se assim a dificuldade normalmente existente de demonstrar-se um defeito oculto, quando não simulado²⁷.

²⁴ CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. *Considerações acerca do desvio de poder na Administração Pública*. Arquivos do Ministério da Justiça. Brasília, D.F., v. 34, n. 138, p. 92-105, abr./jun., 1976. p. 104.

²⁵ MEIRELES, Hely Lopes. Problemas do mandado de segurança. Monografia publicada. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 73. p. 40-41, 1999.

²⁶ RDA, 14/52.

²⁷ CASTRO, 1976, op. cit., p.105.

5.2.1. Considerações preliminares: controle jurisdicional dos atos administrativos vinculados e discricionários

O poder Judiciário exerce controle sobre os atos administrativos vinculados e discricionários. É possível dizer que em relação ao ato administrativo vinculado, este controle demonstra-se pleno, uma vez que inexistente vontade subjetiva da Administração em sua realização.

Já os atos discricionários têm, por definição, maior liberdade da Administração na concretização. Dessa forma, o controle judicial deverá respeitar a discricionariedade administrativa nos limites em que ela é assegurada à Administração Pública pela lei.

Isto ocorre precisamente pelo fato de a “[...] discricionariedade ser um poder delimitado previamente pelo legislador; este, ao definir determinado ato, intencionalmente deixa um espaço para livre decisão da Administração Pública, legitimando previamente a sua opção; qualquer delas será legal”²⁸. Nesse sentido, cabe à autoridade observar a conveniência e a oportunidade diante o caso concreto com fundamento permissivo do legislador.

De tal sorte que o Judiciário poderá decidir, ao apreciar o ato discricionário, aspectos de legalidade e verificar se o administrador ultrapassou os limites que lhe foram traçados. Caso se configure uma das hipóteses, invalidará o ato sob justificativa de invadir o campo da legalidade.

A teoria do desvio de poder atinge justamente na defesa da ampliação do campo de apreciação pelo Poder Judiciário.

Considerando que desvio de poder se faz no momento em que o agente público utiliza poder discricionário para atingir fim diverso do fixado pela lei, fica o Judiciário autorizado a anular o ato administrativo por desviar-se do interesse público legal.

Da mesma forma, a teoria dos motivos determinantes defende a idéia de que todos os atos administrativos devem ser motivados, pois, é através da análise destes motivos que o Poder Judiciário fará o controle de legalidade do ato. Se, por hipótese os motivos verdadeiros do ato não forem demonstrados através da apreciação do

²⁸ DI PIETRO, 2005, op. cit., p. 210.

motivo, ou seja, os pressupostos de fato e as provas de sua ocorrência, certo é que o ato será anulado.

Revela-se, pois, uma tendência a limitar-se a discricionariedade administrativa e ampliar-se o controle judicial. Isto ocorre, em virtude do uso de conceitos legais indeterminados do legislador ao tratar da finalidade e dos motivos do ato administrativo. Este atual posicionamento observado na doutrina é de grande importância porque restringe a vontade do intérprete e impede arbitrariedades que a Administração Pública pratica sob o argumento de agir discricionariamente.

5.2.2. Natureza do desvio de poder

Pode-se dizer que o desvio de poder atinge o espírito da lei considerando-se que aquele se configura pelo exercício de competência administrativa com finalidade diversa da que lhe corresponde o comando legal.

Em razão disso, por um tempo, defendeu-se na França que o desvio de poder era, na verdade, um vício à moralidade e não à legalidade. Porém, a doutrina mais moderna negou por entender que, ao pensar dessa forma, desenvolvia-se uma visão estreita da legalidade e de sua relação com a finalidade.

Sendo a finalidade uma das faces da legalidade do ato administrativo, e a competência da Administração Pública outorgada pela lei tendo em mira interesse público específico, deverá ser este objetivado na realização do ato administrativo. Pois bem, se a competência é exercida visando fim legal diverso, contraria-se certamente a lei, havendo, portanto vício à legalidade.

Isto não significa que o princípio da moralidade dispensa importância no estudo, uma vez que se trata de princípio constitucionalmente previsto no artigo 37, cabendo à Administração e aos seus agentes atuar conforme os princípios éticos.

Mas, de qualquer forma, havendo desvio de poder ocorrerá vício à legalidade.

5.2.3. Modalidades do desvio de poder

A finalidade do ato administrativo será sempre o interesse público. Contudo, por vezes, poderá haver interesse público específico, vinculado à competência administrativa.

Dessa forma, diz-se que existem duas modalidades básicas de desvio de poder. A primeira identifica-se quando o agente administrativo pratica ato visando à finalidade totalmente diversa ao interesse público; já a segunda, embora alcance o interesse público, este não se revela como o ligado à competência do agente administrativo.

Portanto, na primeira hipótese o agente pratica ato que não atende ao interesse público e sim interesses particulares ou de terceiros. É o caso, por exemplo, da contratação pelo Município de empresa de coleta de lixo, sem licitação, com intuito de beneficiar terceiro. Sobretudo, ocorrerá afronta direta a texto legal visando a beneficiar alguém e não à coletividade.

Já na segunda modalidade, o agente público almeja interesse público distinto do ato administrativo praticado. Exemplo típico da segunda modalidade de desvio de finalidade é a utilização do poder de polícia para aumentar a arrecadação tributária do ente estatal. O aumento da arrecadação do Estado não é, a toda evidência, finalidade de interesse particular, mas sim de interesse público. Nem por isso deixa de se configurar desvio, pois a competência outorgada à Administração Pública para exercer sua atividade de polícia não se presta para tal fim²⁹.

Revela-se esta modalidade igualmente grave como a anterior.

Ao alterar o interesse público, há usurpação da função legislativa pelo agente administrativo, uma vez que cabe ao legislador definir a competência da Administração na busca da finalidade pública específica. Ademais, afronta-se a segurança jurídica, pois, o indivíduo tem nas leis a medida da competência da Administração; se alterada arbitrariamente pelo administrador, surpreenderá o particular, pois o ato administrativo praticado não respeitará as formalidades.

A existência dessa segunda modalidade do desvio de finalidade coloca uma pá de cal sobre a tese de que o desvio de finalidade seria vício de

²⁹ MELLO, Rafael Munhoz de. O desvio de poder. *Revista de direito administrativo*. Rio de Janeiro, v.228, p.31-66, abr/jun. 2002. p 55.

moralidade [...], pois, o agente exerceu sua competência para atender o interesse público, mas não aquele interesse cujo atendimento lhe fora atribuído pela lei³⁰.

5.2.4. A intencionalidade do agente

O desvio de poder suscita delicadíssimo problema de prova. Tratando-se de percrustar intenções, a dificuldade não causará espanto.

Com muita sabedoria o juiz administrativo exige provas, de qualquer modo, palpáveis, quer resultantes da própria redação do ato, hipótese rara, mas que pode ocorrer porque, inadvertidamente, o autor da decisão fornece, às vezes, elementos que caracterizam a ilegalidade de suas intenções, quer do *dossier*, ou seja, do cotejo do ato impugnado com outros documentos.³¹

Assim, na apuração do desvio de poder é comum haver o vício da intenção do agente, ou seja, a intenção da autoridade de praticar o ato para satisfação de interesse outro que não aquele legalmente previsto. Entretanto,

[...] para a configuração do desvio de poder interessa apenas que a finalidade do ato tenha sido diversa da finalidade da competência, independentemente da indagação ou da prova da efetiva intenção ou querer do agente³².

O vício está na situação em razão de o ato não manter relação adequada com a finalidade em vista da qual poderia ser praticada. Não é o defeito da intenção que vicia em si o ato, e sim o desacordo existente entre a finalidade do ato e a finalidade da competência.

Entretanto, há quem entenda que o desvio de poder é um vício subjetivo,

[...] que se configura nas hipóteses em que o agente administrativo exerce sua competência, visando a atingir finalidade diversa da legal, seja ela particular ou distinta do interesse público. Nesse caso, apenas haveria o desvio se configurasse que a intenção do agente fosse viciada³³.

³⁰ MELLO, 2002, op. cit., p.57.

³¹ Lê Droit Administratif Français apud CRETELLA JÚNIOR, 1997, op. cit., p. 102.

³² ANDRADE, Érico. Desvio de poder no direito administrativo brasileiro - exame da doutrina e jurisprudência do STJ. Direito Administrativo, *Contabilidade e Administração Pública*, São Paulo: Iob, v. 8, n. 1, p. 3-22, 2004. p. 10.

³³ Nesse sentido, Carmen Chinchilla Marin. In: MARIN, Carmem Chinchilla. *La desviación de poder*. 2. ed. Madri: Civitas, 1999. p. 118

Acontece que não se compartilha de tal entendimento. Embora seja relevante a intenção do agente para a investigação do desvio de finalidade, principalmente nos casos de competência discricionária, ela será apenas indicativo de que houve vício à legalidade.

5.2.5. Prova no desvio do fim

O ato administrativo é a forma primária de exercício da função administrativa, que por seu intermédio adquire objetividade. “O conceito do ato administrativo e de suas conseqüências jurídicas é, pois, o núcleo do Direito Administrativo, o centro por assim dizer do seu sistema planetário”³⁴.

Pela característica do nosso ordenamento jurídico, os atos administrativos presumem-se válidos. O ônus da prova incumbe a quem alega os fatos. De tal sorte que o vício deverá ser comprovado por aquele que o alega.

Segundo Caio Tácito,

[...] o Poder Executivo (salvo os casos excepcionais de desapropriação de bens públicos subordinada à autorização legislativa) é o único competente para a apreciação do mérito do ato, não podendo o juiz substituir pelo seu o juízo de valor que somente à Administração incumbe exprimir³⁵. Quando se possa comprovar que o móvel verdadeiro da vontade do administrador extravasou desse balizamento teleológico e a realmente, ao invés de servir ao interesse público qualificado na norma de direito, serviu-se dela para, sob a capa de legitimidade formal, realizar um objetivo não querido pelo legislador, o respeito à supremacia da lei impõe o desfazimento do ato violador de própria essência da ordem jurídica³⁶.

A prova do desvio de poder deve-se encontrar tanto na documentação do expediente administrativo como na testemunhal e indiciária, exigindo-se, contudo que haja critérios restritivos com presunções graves e precisas.

Portanto, a prova do desvio de finalidade é negativa, bastando demonstrar que a finalidade não foi objetivada pelo exercício de competência, sendo desnecessária a prova de qual finalidade efetivamente buscada pelo agente. É, pois,

³⁴ TÁCITO, Caio. *Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 1975. p. 55.

³⁵ *Ibid.*, p. 132.

³⁶ *Ibid.*, p. 132.

pela análise dos indícios que se levará à convicção de que o agente visou outra finalidade senão a legal.

Passa-se ao estudo dos indícios.

5.2.6. Os indícios

A doutrina e a jurisprudência pátrias mencionam os indícios denunciadores do desvio de poder, que são alguns dados que permitem concluir pela ocorrência dessa ilegalidade, tais como: contradição entre fatos invocados a título de motivo e o conteúdo do ato; desproporção entre meios e fins; contradição entre os motivos expostos; ocultação de fatos relativos à situação, etc³⁷.

Maria Sylvia Zanella di Pietro, no mesmo sentido, afirma que:

A grande dificuldade com relação ao desvio de poder é a sua comprovação, pois o agente não declara a sua verdadeira intenção; ele procura ocultá-la para produzir a enganosa impressão de que o ato é legal. Por isso mesmo, o desvio de poder comprova-se por meio de indícios, são os sintomas a que se refere Cretella Júnior:
a) a motivação insuficiente; b) a motivação contraditória; c) a irracionalidade do procedimento acompanhada da edição do ato; d) a contradição do ato com as resultantes dos atos; e) a camuflagem dos atos; f) a inadequação entre os motivos e os efeitos; g) o excesso de motivação³⁸.

Nesse sentido, os indícios podem ser os mais variados.

Dessa forma, cabe ao magistrado, no controle do desvio de finalidade, em especial quanto a sua prova, não atuar como mero espectador, que aguarda que as partes tragam as evidências para o processo. Deve-se, sobretudo, lembrar que o processo tem funções sociais, jurídicas e políticas a serem perseguidas, que não condizem com tal figura.

Ademais, dificuldades são certas para o indivíduo na produção probatória, visto que a Administração pode retardar elementos necessários à demonstração. Assim, o juiz deve utilizar-se dos poderes que detém para alcançar a verdade real. Tal posicionamento revela-se mais coerente aos princípios constitucionais e ao Estado Democrático de Direito.

³⁷ MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 181 e 182.

³⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2000. p. 224.

5.2.7. Conclusão

Concluindo, ao demonstrar que o ato praticado pelo agente público é eivado de vício objetivo, que consiste na hipótese do distanciamento entre a competência legislativa e a finalidade legal, revela-se o desvio de finalidade.

Necessário se faz que na prova do desvio de finalidade se investigue o móvel do agente, principalmente nos casos de competência discricionária, embora não se possa exigir prova contundente sob pena de se tornar este desvio uma figura sem relevância prática.

É mister, assim, que o intérprete não se contente com a letra dos motivos determinantes, mas mergulhe em seu espírito, atento a suas omissões e contradições, pondere a veracidade e a proporcionalidade dos meios em razão do fim colimado, preferindo, em suma, verificar sob a roupagem do ato os verdadeiros contornos de sua ossatura³⁹.

5.3. A matéria de fato

Considerando que o desvio de poder é um vício relacionado à legalidade, poder-se-ia dizer que cabe ao juiz a análise pura e simplesmente das questões de direito.

Mas, tratando-se de ato administrativo, entende-se, pois, necessário apreciar a materialidade dos fatos, visto que os fatos condicionam a própria legalidade do ato.

Assim, agirá corretamente o magistrado, ao analisar, antes mesmo dos tipos de ilegalidade relacionados ao motivo, os fatos objetivos do ato jurídico. Do contrário, se fiscalizasse apenas a legalidade, deixaria de lado o rigor jurídico na apreciação da legalidade no modo concreto, pelas próprias condições de fato.

Segundo Cretella Júnior,

³⁹ TÁCITO, 1997, op. cit., p.180.

[...] só o exame completo dos elementos de fato é que fornecerá índice seguro para o patrulhamento do domínio da legalidade, pois [...] a existência material, sua correlação com a lei, não só se acham fora do terreno preciso da legalidade, como, em nossos dias, são condições da mais alta relevância para o exame concreto dessa mesma legalidade⁴⁰.

5.3.1. Fato, lei e fim

“O defeito de mérito do ato administrativo é um dos vícios da ilegalidade. Esta *inoportunidade* ou inconveniência deriva de errônea visão e apreciação dos fatos, em relação com os fins que a lei tem em mira⁴¹”.

Para Cretella Júnior, “[...] é possível que o judiciário examine na matéria de fato a motivação, por ser questão de grande importância, pois, a antinomia legalidade-oportunidade não corresponde, modernamente, ao binômio questão de direito – questão de fato, já que estes termos se vinculam de maneira bastante íntima”⁴².

Dessa forma, não está proibido o exame dos elementos internos do ato administrativo, uma vez que se o fato inexistiu ou se o fato real foi interpretado erroneamente, o ato será inválido.

Logo, apreciar o fato não significa, porém, de maneira alguma, apreciar só o fato, porque a referida apreciação é sempre feita para verificar se as condições exigidas pela lei para que a decisão fosse tomada estavam reunidas ou não e, por conseguinte, se as decisões eram legais ou não. Em outras palavras: o juiz aprecia os fatos apenas na medida em que isso é necessário para resolver a questão de direito⁴³.

5.3.4. Conclusão

Sendo assim, imprescindível é o exame dos elementos de fato. Por tratar-se de desvio de poder, na maioria das vezes haverá malícia da autoridade na prática do

⁴⁰ CRETELLA JÚNIOR, 1997, op. cit., p. 111.

⁴¹ VITTA, Cino. *Diritto Amministrativo*, 3. ed., 1949, vol. I, p. 435-436

⁴² CRETELLA JÚNIOR, 1997, op. cit., p. 113

⁴³ WALINE, Marcel. *Droit Administratif*. 9. ed. Paris, Éditions Sirey, 1963. p. 476.

ato para que este não demonstre sua verdadeira intenção. Então, forçoso se faz a análise dos elementos constitutivos do ato para que os julgadores possam alcançar pelo motivo e o fim, inclusive da matéria de fato, na verificação da legalidade. Contribuiria sobretudo para o declínio da teoria do desvio de poder apreciar apenas a competência e a forma do ato.

5.4. Fundamentos históricos do desvio de poder

Observa-se na maioria dos institutos jurídicos atuais, que suas origens advêm das raízes do direito romano. Em contrapartida, o *desvio de poder* é produto de elaborações doutrinárias recentes do século XIX.

A *teoria do desvio de poder* surge no Conselho de Estado Francês para coibir abusos dos governantes e agentes públicos.

Waline explica que a

[...] criação da teoria do desvio de poder se deve, em parte, à timidez dos tribunais judiciários, receosos de atentarem contra o princípio da separação das autoridades administrativas e judiciárias. Eis uma primeira razão pela qual a jurisprudência sobre o desvio de poder é criação original do Conselho de Estado⁴⁴.

5.4.1. Origem histórica

O desvio de poder foi primeiramente admitido como vício de ilicitude do ato administrativo no caso LESBATS, em decisão tornada célebre no contencioso administrativo de França, no ano de 1864. Lá, o Prefeito de Fontainebleau, a pretexto de executar lei que lhe conferia competência para ordenar o estacionamento de ônibus defronte à estação rodoviária municipal, proibiu uma certa empresa de estacionar seus veículos no pátio da estação, permitindo, porém, a outra empresa fazê-lo.

⁴⁴ CRETELLA JÚNIOR, José. *O desvio de poder na Administração Pública*. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 118.

O Conselho de Estado, em grau de recurso, anulou tal ato da Prefeitura, sob a motivação de que ocorrera *détournement de pouvoir*, uma vez que a lei atributiva da competência não tinha o alcance de permitir ao Executivo local estabelecer privilégios e discriminações entre os administrados⁴⁵.

Na realidade, o caso *Lesbats* é tido como o *leading-case* do direito administrativo francês, embora não tenha sido o primeiro, uma vez que, antes dele, houve o caso *Vernes*, de maio de 1858. De qualquer forma, foi aquele que obteve maior repercussão.

A importância da decisão *Lesbats* está no fato de que a autoridade judiciária já tinha declarado por duas vezes legal o ato do Prefeito e o Conselho de Estado o havia anulado duas vezes por excesso de poder. O juiz ordinário e o juiz administrativo tinham, ambos, razão, considerando o ato com critérios de juízo inerentes a cada caso⁴⁶.

5.4.2. A origem de desvio de finalidade no Brasil

No Brasil, a adoção da teoria do desvio de poder foi bem mais tardia do que no continente europeu.

Ainda que já no final do século XIX a Lei n. 221, de 20 de novembro de 1894 fizesse expressa referência ao excesso de poder como causa de invalidade de “medida administrativa tomada em virtude de uma faculdade ou poder discricionário”, não houve, como ocorrera na Itália apenas cinco anos antes, a percepção da oportunidade que se abria ao controle dos atos administrativos, através da utilização da teoria já então consagrada no direito administrativo francês⁴⁷.

Assim, nas primeiras décadas do século XX, pouco se falou da teoria com a justificativa do receio de que o Poder Judiciário invadisse o campo de atuação da Administração Pública, ao analisar a compatibilidade do ato administrativo à finalidade legal.

Talvez, o fato de França e Itália terem desenvolvido o controle da finalidade do ato administrativo na jurisdição contenciosa-administrativa tenha facilitado na

⁴⁵ CASTRO, 1976, op. cit., p. 96.

⁴⁶ Cf. Oreste apud CRETELLA JUNIOR, op. cit., p.81

⁴⁷ MELLO, 2002, op. cit., p. 46.

estruturação da teoria do desvio de poder. Ao contrário do Brasil, que não adota tal órgão na jurisdição, não houve inicial identificação para importação dessas idéias. Ademais, existiu quem afirmasse que tal teoria apenas fosse possível e viável em países que contemplassem a jurisdição administrativa.

Themístocles Cavalcanti ensinava que:

Em nosso regime, somente a própria autoridade administrativa, dentro de sua competência legal, pode corrigir os vícios dos atos administrativos que decorrem do motivo determinante do ato, da sua justiça, oportunidade. Esta não é tolerável entre nós a doutrina francesa, salvo para os efeitos criminais, aplicada quando o funcionário age dolosamente, usando de meios não admitidos pela lei, deformando, quanto aos seus fins e modo de proceder, uma atribuição legal⁴⁸

Foi então, em 1941, com a obra de Seabra Fagundes, *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*, que a figura passou a ser tratada como motivo de invalidação dos atos administrativos:

*A atividade administrativa sendo condicionada pela lei à obtenção de determinados resultados, não pode a Administração Pública deles desviar, demandando resultados diversos dos visados pelo legislador. Os atos administrativos devem procurar atingir as conseqüências que a lei teve em vista quando autorizou a sua prática, sob pena de nulidade. Tratando, por exemplo, de desapropriação, a Carta Constitucional a permite para atender à necessidade ou utilidade pública. Decretada a expropriação de um imóvel no interesse direto de pessoa privada, o ato será inválido por falta de finalidade legal. Terá havido aí desvio de finalidade, ou seja, o que os franceses chamam de *detournement de pouvoir*⁴⁹.*

Ademais, foi também Seabra Fagundes quem configurou como relator do *leading-case* sobre o tema, ao invalidar o ato administrativo praticado no exercício de competência discricionária em violação à finalidade legal.

A decisão foi proferida no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte. Trata-se de mandado de segurança impetrado contra decisão administrativa que indeferira requerimento de empresa de ônibus que desejava prestar o serviço de transporte num determinado horário, em prejuízo de outra empresa, beneficiada pelo ato administrativo impugnado.

Seabra Fagundes em seu voto afirmava que:

⁴⁸ CAVALCANTI, Themístocles. *Tratado de direito administrativo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1948. v. II, pp. 294-25

⁴⁹ FAGUNDES, Seabra. *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1941.

O ato administrativo que fixou honorários para as viagens de ida e vinda do terceiro ônibus do impetrante (10h e 22h), se depreende do exame conjunto das peças do processo, apesar de praticado no exercício de legítima competência (C. de Trânsito, arts. 56, parágrafo 2º e 57, c) e de ter objetivo lícito (coordenação dos transportes coletivos entre São José de Mipibu e esta Capital), peça por desvio de finalidade, pois longe de visar, como seria de supor, o exclusivo interesse público a um bom serviço de comunicações, o que teve em mira foi cercear a atividade do impetrante favorecendo o seu concorrente⁵⁰.

Numa perspectiva geral sobre a origem do desvio de poder no Brasil, esses eram os pontos principais a serem mencionados. Posteriormente, mais se falará sobre a legislação e jurisprudência, embora já fique elucidado que além da lei 221/1894, há também a Lei n. 1522/51 e a Lei n. 4717/65.

5.5. Direito Comparado: sistema de base romanística x inglês

Os sistemas administrativos de base romanística são conjuntos de direitos que se inspiram no direito romano, ou seja, estruturam seus institutos tendo como base o direito privado romano, não deixando de realizar adaptações oriundas do decurso temporal, motivadas por fatores de natureza histórico-social.

Tanto o direito francês como o direito italiano constituem dois modelos de direito comparado, trata-se de sub-sistemas com excelente doutrina e sistematização.

A contribuição da França para o direito administrativo comparado é das mais relevantes. Em primeiro lugar, cumpre não esquecer que a França é o berço do direito administrativo. “Ato de nascimento do direito administrativo é geralmente considerado com a Lei 28 pluviôse do ano 8 (1800), que, pela primeira vez, deu à Administração francesa uma organização juridicamente garantida e exteriormente obrigatória”⁵¹.

Além disso, foi na França que se inaugurou a primeira cátedra de direito administrativo, na Universidade de Paris, em 1828, atraindo atenção dos juristas do

⁵⁰ RDA 14-69

⁵¹ CRETELLA JR., José. *Direito administrativo comparado*. São Paulo: J. Bushatsky : EDUSP, 1972, p. 79

mundo todo.

Em contrapartida, não se pode deixar de mencionar a contribuição do Conselho de Estado Francês na estruturação do direito administrativo, elaboração da jurisprudência e de pareceres.

Ocorre que “[...] o sistema administrativo de base romanística sofre de um grande defeito insanável de origem, que é o da predominância do privado sobre o público, já que é conhecido dos romanistas o fato de terem sido os latinos “gigantes do direito privado e pigmeus do direito público”⁵².

Por sua vez, o direito inglês é denominado de sistema do *common law*. Esta expressão designa o direito não-escrito de um país que tem como bases o costume, o uso e as decisões dos Tribunais de Justiça.

Acontece que este sistema constituiu obstáculo ao desenvolvimento de um direito administrativo autônomo, por não ser compatível aos princípios fundamentais do sistema, nem ao procedimento por ele seguido. Da mesma forma que o direito de base romanística, o direito inglês tem fortes bases privatistas.

No direito inglês não há tratamento, por exemplo, distinto entre os poderes atribuídos a um funcionário, em virtude de lei, e aqueles que possui um patrão para com os empregados, em virtude de um contrato de trabalho.

Na Inglaterra, embora haja submissão da Administração ao direito, não existe um Direito Administrativo. Lá, a Administração é regida pelo direito privado, ela obedece ao direito como qualquer cidadão britânico no que diz respeito aos atos, contratos e responsabilidade contratual.

Sendo assim, não existe na Inglaterra o Administrative Law, o Direito Administrativo do Brasil. Para estudar o desvio de poder nesses países, dever-se-á analisar o desvio de poder por interesse privado e financeiro.

5.5.1. França

Particularmente, a aplicação do desvio de poder na França cabe ao juiz administrativo, verdadeiro criador desse direito pretoriano. Não há, em toda

⁵² CRETELLA JÚNIOR, 1972, op. cit., p.72.

legislação francesa, qualquer referência expressa ao desvio de poder, como forma de nulidade do ato administrativo. Entretanto, sob tal fundamento se sucedem, no Conselho de Estado, recursos contenciosos, moldados na jurisprudência, constituindo-se a teoria do desvio de poder em um dos limites mais eficazes aos abusos do Poder Executivo.

Entre os autores franceses, a teoria encontra-se bem desenvolvida e aceita. Consideram eles que o desvio de finalidade recai sobre o fim, sendo que não basta o confronto da regra de direito de elementos objetivos, tais como, competência, forma e o conteúdo do ato.

Em razão do trabalho da jurisprudência, desenvolveu-se o pensamento no ordenamento francês que se deve apreciar o poder discricionário em maior profundidade.

Contudo, embora o desvio de poder tenha sido uma das principais criações do direito francês, entende-se que seu apogeu ocorreu há 30 anos e que atualmente se encontra em declínio.

Isso se dá em virtude, primeiramente, de que era princípio absoluto dos poderes de polícia no interesse puramente financeiro da Administração ou de seus concessionários, o que constituía desvio de poder e acarretava a anulação do ato; e a segunda razão reside no fato de que existe, na França, outro meio de alcançar o mesmo resultado para a anulação do ato: o controle dos motivos⁵³.

Assim, o Estado francês anula por defeito ou inexatidão dos motivos, decisões que ele teria com base no desvio de poder.

Por fim, no que tange ao direito positivo, não há no ordenamento francês qualquer previsão a respeito do *détournement de pouvoir*.

5.5.2. Itália

Na Itália, o excesso de poder surge no âmbito administrativo com a Lei de 2 de junho de 1889, ao mencionar no art. 24 as funções do Consiglio di Stato, atribuindo-lhe a competência para julgar os recursos administrativos nos casos de

⁵³ WALINE, Marcel. *Doit Administratif*. 9. ed. Paris: Éditions Sirey, 1963. p. 487-488

incompetência, excesso de poder e violação à lei.

A particularidade do excesso de poder italiano reside no fato de que este não se limita ao desvio de finalidade, abrange outros vícios relativos ao ato administrativo, em especial aqueles que decorrem de competência discricionária; como, por exemplo, inexistência dos pressupostos de fato invocados, erro e fato, ilogicidade manifesta, injustiça manifesta, dentre outros.

Enfim,

[...] embora as decisões do Conselho de Estado italiano não tenham tido a repercussão de seu congênere gaulês, neste setor, a verdade é que, dentro do próprio direito em que repercutiram, com base na realidade, tiveram o mérito de incentivar a doutrina que, nos compêndios de ordem geral e nas monografias especializadas, deu o maior dos realces a esta conquista do mundo administrativo, contra a arbitrariedade dos governantes⁵⁴.

5.5.3. Portugal

“Em Portugal, a recepção do desvio de poder encontrou um clima propício, não só por parte da doutrina, como também por parte da jurisprudência, acabando por incorporar-se ao direito positivo⁵⁵”.

No direito português, a doutrina e a jurisprudência adotam a nulidade pelo desvio de poder, mesmo quando a autoridade deixa de executar o fim legal e procura alcançar outro objetivo de interesse público. “Diferentemente do direito Italiano e Francês, para os quais o fim legal do ato administrativo constitui violação da competência, a autoridade administrativa deve orientar-se na execução material da lei pelo próprio propósito final das facultas agendi, que lhe foi conferida⁵⁶”.

Enfim, consagra, pois, a doutrina do desvio de poder como o “[...] vício que afeta o ato administrativo praticado no exercício de poderes discricionários, quando estes hajam sido usados com fim diverso daquele para que a lei os conferiu⁵⁷”.

⁵⁴ CRETELLA JÚNIOR, 1997, op. cit., p.144.

⁵⁵ CAETANO, Marcelo. *Manual de direito administrativo*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 1956. p. 238.

⁵⁶ MAJADAS, 2004, op. cit., p. 114.

⁵⁷ CAETANO, Marcelo. *Manual de direito administrativo*. 6. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1963 p. 261.

5.5.4. Outros países

Considerando o desvio de poder em outros países, primeiramente, na Espanha, entre os possíveis recursos do contencioso-administrativo está o desvio de poder, que surge quando o administrador faz uso do poder que exerce para fim diferente do estabelecido pelas letras da lei.

Nos países latino-americanos, a doutrina é favorável ao instituto do desvio de poder, mas há divergência no que diz respeito à possibilidade de admiti-lo no campo da jurisprudência.

No direito argentino, condiciona-se a validade dos atos administrativos ao respeito à finalidade legal. Dessa forma, assim como no direito brasileiro, haverá desvio de poder quando a aplicação da competência for para fim diverso ou estranho ao estabelecido em lei.

Porém,

[...] os Tribunais argentinos mostram-se relutantes em admitir o recurso do desvio de poder, como proteção jurisdicional contra abusos dos agentes administrativos, não obstante existir no direito argentino um recurso genérico: o da inconstitucionalidade, verdadeiro instrumento de defesa jurisdicional das garantias individuais e coletivas estabelecidas pela Constituição⁵⁸.

Por sua vez, o direito uruguaio considera também o fim como elemento essencial do ato administrativo. Entretanto, o ato não deverá apresentar qualquer outro vício, pois, se for o caso, não caberá investigar o desvio de poder, por supor ato inobjetével entre os demais aspectos.

Na Colômbia, admite-se a existência do desvio de poder configurando-se na hipótese em que o ato possui fim diverso do previsto na norma, ou seja, quando o ato está em descompasso com o fim.

Assim,

[...] enquanto a teoria do desvio de poder apresenta semelhanças no Direito brasileiro, português, argentino e uruguaio, pois, tanto a jurisprudência quanto a doutrina adotam a nulidade em caso de desvio de poder, mesmo quando a autoridade, embora deixando de executar o fim legal, procure atingir outro objetivo de interesse público; diferentemente do Direito italiano, francês e espanhol, para os quais o fim legal do ato administrativo constitui

⁵⁸ BIELSA, Rafael. *Estúdios de Derecho Público*. Buenos Aires: Editorial Depalma. 1950. v. I. p. 32

vinculação da competência⁵⁹.

5.5.5. Inglaterra

Sistema do *common law* é o direito inglês, em vigor na Inglaterra, no País de Gales e em toda a *commonwealth*, bem como, com maiores ou menores alterações, nos países de língua inglesa – Irlanda do Norte, Irlanda do Sul, Nova Zelândia, Canadá (com exceção da Província de Quebec), Terranova, Antilhas (na maior parte), Estados Unidos (com pequenas exceções no Estado da Lousiânia, de influência francesa), Índia, Paquistão, Bangladesch, Ceilão, Birmânia e Malásia⁶⁰.

Trata-se de direito não-escrito, baseado nos usos, costumes e decisões dos Tribunais de Justiça.

Ao julgar, o magistrado basear-se-á nos precedentes judiciais, não levando em consideração a legitimidade ou fundamento legal dos precedentes. O direito inglês é, sobretudo, a soma das regras desde o século XIII, decisões proferidas pelos juizes das Cortes Reais Inglesas.

Voltando ao common law em si, diz-se que este se divide em direito inglês propriamente dito e direito norte-americano. Acontece que, embora ambos façam parte do mesmo sistema, há entre eles diferenças marcantes.

Ensina Cretella Júnior que:

Profundas, no entanto, são as diferenças entre o direito inglês e o direito norte-americano, aproximando-se este, sob muitos aspectos, do sistema de base romanística. Em suma, trazendo a marca originária da common law, que se reflete em toda a estrutura do direito norte-americano, empregando a nomenclatura inglesa e institutos ingleses, os norte-americanos criaram um tipo de direito intermédio que, no que se refere às fontes, se aproxima do sistema de base romanística e, em especial, do direito francês, mas no que concerne ao espírito se aproxima do direito originário common law⁶¹.

Feita a ressalva, entende-se que o sistema jurídico anglo-americano foi, em verdade, obstáculo ao desenvolvimento de um direito administrativo autônomo, tendo em vista que se choca aos princípios do sistema o reconhecimento de disciplina independente.

⁵⁹ MAJADAS, 2004, op. cit., p. 111.

⁶⁰ CRETELLA JÚNIOR, 1997, op. cit., p.162.

⁶¹ Ibid., p.162.

Por terem como princípios bases o *rule of law* (império da lei), da *judicial supremacy* (supremacia legal) e do *due process of law* (devido processo legal), há na Inglaterra recusa em reconhecer império do direito administrativo, porém, sem dúvida ele existe tanto nos Estados Unidos como na Inglaterra.

Na realidade,

[...] o regime jurídico-administrativo, no sistema *common law*, caracteriza-se por alguns traços que o contrapõem aos sistemas de base romanística, a saber: base mais jurisprudencial do que doutrinária; menos doutrina; relação de emprego público equivalente à do direito do trabalho ou do direito comum; prevalecimento do princípio da execução titulada, repelindo-se o princípio da auto-executoriedade, apenas admitindo por exceção (*summary power*); irresponsabilidade do Estado consubstanciada no brocardo “o rei não pode errar”, responsabilidade do agente público equiparada ao empregado de direito privado⁶².

Sobre o desvio de poder por interesse privado, no direito inglês raros são os casos em virtude da própria conduta íntegra e corretíssima dos funcionários ingleses, e, também, pela dificuldade dos litigantes na prova da acusação, pois a eles cabem o ônus. Em contrapartida, existe decisão *Short versus Poole Corporation* de 1926 em que a Corte admitiu que “[...] a autoridade administrativa não devia agir de má-fé, nem obedecer a móveis desonestos”⁶³.

Por fim, quando se fala no desvio de poder por interesse financeiro, em que há perseguição do fim legal diverso daquele delegado ao funcionário, observa-se ser mais comum. Foi o caso, por exemplo, [...] funcionário que se utiliza de poderes de que dispunha para o fim de proporcionar recursos para seus serviços⁶⁴.

5.5.6. Estados Unidos da América

O sistema americano possui características muito diferentes do sistema continental da Europa, que torna difícil uma aproximação comparativa ao controle de

⁶² CRETILLA JÚNIOR, 1997, op. cit., p. 173

⁶³ TIXIER, Gilbert. Le controle judiciaire de l'Administration Anglaise (contentieux de la legalité), Paris, Librairie Dalloz, 1954.p. 89.

⁶⁴ Decisão *Wilts versus United Dairies Ltda* (1922), a Câmara dos Lordes julgou que o Fiscal de abastecimento agira ilegalmente, impondo o acréscimo de dois pences por galão a todo distribuidor de leite que solicitasse licença para comprar o produto proveniente de região diversa daquela em que ele operava. No caso em tela, o funcionário detentor de poder visava assegurar a distribuição equitativa de leite.

legalidade da ação administrativa do Estado.

A distinção inicia-se pelo fato de que a influência romanística foi raríssima e que no sistema anglo-americano os princípios jurídicos foram elaborados pelos Tribunais quando da apreciação dos *cases*. Assim, a fonte principal do sistema anglo-saxônico é o *case law* e não a lei elaborada pelo legislador.

Dessa forma, é pela análise de precedentes que os juristas irão analisar o caso proposto e, posteriormente, de forma indutiva, irão resolver o problema. Ademais, o sistema alia-se ao *common law*, ou seja, isola-se da influência externa.

O desvio de poder não é, assim, um princípio estranho ao direito americano. “Embora não se apresente, como no sistema francês ou italiano, através de um conceito processual específico e submetido a uma jurisdição administrativa autônoma, ele constitui um pressuposto de ilegalidade da ação administrativa⁶⁵.”

O fato de a doutrina norte-americana não ter importado de outros climas o instituto do desvio de poder, remédio eficiente contra o abuso das autoridades administrativas, de modo algum significa a ausência, naquele sistema, de medidas rigorosas que impeçam qualquer afastamento de finalidade, quando o administrador se desvia do fim colimado⁶⁶.

5.6. Desvio de poder no Brasil

O desvio de poder no Brasil, ao contrário do que ocorreu no direito franco-italiano, tem sua origem na doutrina e, posteriormente, na área jurisprudencial.

5.6.1. Na doutrina

Uma das primeiras obras de Direito Administrativo no Brasil data de 1857, de Vicente Pereira do Rego, publicada em Recife. Mais tarde, em 1959, Prudêncio Giralde Tavares Veiga Cabral, publicou “O Direito Administrativo Brasileiro”.

Porém, observa-se que não houve menção a respeito do desvio de poder,

⁶⁵ TÁCITO, Caio. *Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 1975. p. 96.

⁶⁶ CRETELLA JÚNIOR, 1997, op. cit., p. 179.

uma vez que as obras foram impressas antes do marco inicial do instituto ou bem próximo aos primeiros passos franceses.

Ademais, esclarece Cretella Júnior que a demora, no período imperial, da troca de informações entre os países, bem como o atraso nas publicações, dificultavam a repercussão das últimas descobertas:

Levando-se em conta o moroso trabalho de impressão na época imperial, bem como a tardia repercussão entre nós das conquistas científicas européias, no mundo jurídico, é compreensível que mesmo espírito lúcido, conhecedores embora das últimas descobertas do mundo de direito, não as expusessem em suas obras, que objetivavam transmitir aos nossos estudantes as teorias já pacíficas em outros centros mais adiantados do mundo jurídico⁶⁷.

Os primeiros tratadistas da república, por já viverem um período em que a teoria do excesso de poder se desenvolvia na França com as obras de Leon Aucoc e Henri Berthélemy, foram influenciados por ela.

Em meados do século XX, os autores passaram a fazer maior referência ao desvio de poder, contudo o assunto não atingiu um desenvolvimento sistemático de forma rigorosa como se conseguiu em alguns países do continente europeu.

Para Caio Tácito, “[...] o assunto carece, em nosso meio, de estudo metucioso e sistemático, à altura de sua fundamental importância nas relações entre a Administração e o Judiciário⁶⁸.”

Ademais, embora alguns autores aceitassem a teoria do desvio de poder, outros já a mencionavam de forma tímida como Brandão Cavalcanti. Segundo o autor, “[...] por mais que seja o tema, a sua aplicação não é sem perigo, porque tira à Administração o meio de que dispõe para ajuizar da conveniência, da oportunidade, da necessidade da medida na aplicação da norma legal⁶⁹.”

Em oposição, a melhor doutrina, Seabra Fagundes, O. A. Bandeira de Mello, Vitor Nunes Leal aceitavam a teoria no direito pátrio, por defender que “[...] ao administrador não lhe é lícito desviar-se dos fins do ato administrativo, e tal se verifica quando pratica ato de sua competência, tendo em vista objetivo diverso do legalmente considerado como próprio de sua atribuição⁷⁰”.

⁶⁷ CRETILLA JÚNIOR, 1997, op. cit., p.184

⁶⁸ TÁCITO, 1951, op. cit., p. 62.

⁶⁹ CAVALCANTI, Themistocles Brandão. *Tratado de Direito Administrativo*. 3. ed. Rio-São Paulo: Liv. Freitas Bastos. v. IV, 1956. p. 495.

⁷⁰ MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Princípios gerais de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense. v. I, 1969. p. 430-431.

Hely Lopes Meireles também aceita o desvio de poder e define como “[...] violação ideológica da lei, ou por outras palavras, violação moral da lei, colimando o administrador público fins não queridos pelo legislador, ou utilizando motivos e meios imorais para a prática de ato administrativo aparentemente legal⁷¹”.

Sendo assim, “[...] a doutrina brasileira acolhe, de modo geral, o princípio de que o elemento fim é condição *sine qua non* para a legalidade do ato administrativo, constituindo mesmo barreira irremovível ao poder discricionário à Administração⁷²”. Caso editado de maneira estranha ao fim legal, caberá ao Poder Judiciário ou à própria Administração desfazê-lo com o fundamento na ilegalidade do ato administrativo.

5.6.2. No direito positivo

Do ponto de vista legislativo, o ordenamento jurídico pátrio é mais rico que o francês.

Efetivamente, não se pode dizer que até 1965 houve no Brasil texto de lei que explicitamente tratasse do desvio de poder. Porém, de maneira implícita, é possível salientar que alguns textos legais aceitaram a teoria, embora nenhum deles aceitasse de maneira definitiva a posição por ela.

A primeira lei a tratar a respeito do desvio de poder foi editada em 1894, Lei n. 221. Para Cretella Júnior, “[...] obrigatória é a referência à Lei tendo em vista ser texto legal básico que tanta discussão suscitou e continua suscitando entre os especialistas mais categorizados⁷³.”

Preceitua o parágrafo 3º do artigo 13 da referida lei:

Verificando a autoridade judiciária que o ato de resolução em questão é ilegal, o anulará em todo ou em parte, para o fim de assegurar o direito do autor:

a) considerando ilegais os atos ou decisões administrativas em razão da não-aplicação ou indevida aplicação do direito vigente, a autoridade judiciária fundar-se-á em razões jurídicas, abstendo-se de apreciar o merecimento de atos administrativos, sob o ponto de vista de sua conveniência ou oportunidade;

⁷¹ MEIRELES. Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 20 ed. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 96.

⁷² CRETELLA JÚNIOR, 1997, op. cit., p. 190.

⁷³ Ibid., p. 192.

b) a medida administrativa tomada em virtude de uma faculdade ou poder discricionário somente será havida por ilegal em razão da incompetência da autoridade respectiva ou do excesso de poder.

Com a Lei n. 221, de 1894, art. 13, o que o legislador buscou consignar os casos e o processo, segundo o qual se podia dar a legítima intervenção do judiciário nos atos dos dois outros poderes, sem haver ofensa das faculdades destes, uma vez que até aquele momento, nada havia de positivo nas leis pátrias a respeito.

Para Seabra Fagundes,

[...] nessa lei, na sua ousada concepção de controle do Poder Judiciário sobre os atos administrativos, estão as raízes, pode-se dizer, de todo o sistema brasileiro de proteção dos direitos públicos subjetivos do indivíduo. Nos seus autores, se há de louvar sempre a superioridade com que, elaborando-a enfrentaram um dos mais delicados problemas do regime constitucional brasileiro⁷⁴.

Outra lei à qual cabe menção é a Lei n. 1.522, de 26 de dezembro de 1951, que alude em seu art. 28 o desvio de poder para sujeitar o agente que praticou o ato à destituição do cargo, sem prejuízo das sanções penais cabíveis.

Há também de se fazer referência à Lei n. 4.717, de 29 de Junho de 1965, que disciplina a ação popular. Algumas hipóteses de nulidade dos atos administrativos são arroladas e faz-se expressa menção ao desvio de finalidade no artigo 2º, alínea e. A seguir, no parágrafo único do mesmo artigo define que: “o desvio de finalidade se verifica quando o agente pratica ato visando a fim diverso daquele previsto, explícita ou implicitamente, na regra de competência”.

Por fim, como já foi anteriormente mencionado, cabe lembrar que a Lei n. 8.429/92 possui real relação com o desvio de poder, tendo em vista que o desvio de poder é uma das figuras centrais de improbidade, alcançando tanto as hipóteses gerais como as casuísticas.

Pode, pois, o desvio de poder se configurar nos casos dos artigos 9º, 10 e 11: enriquecimento ilícito, lesão ao erário ou agressão aos princípios da Administração Pública, respectivamente da referida lei.

Contudo, não se pode afirmar que todo desvio de poder é improbidade administrativa, mas, normalmente, uma modalidade de desvio de poder acentuadamente grave, nas suas formas mais agressivas.

⁷⁴ FAGUNDES, Seabra. Conceito de mérito no direito administrativo. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, 1949, v. 23, p. 14.

Conclui-se, então, que no Brasil há embasamento legislativo à aplicação da teoria do desvio de poder, sendo, entretanto, de se lamentar que sejam raros os casos de atos administrativos invalidados por força de tal vício, embora muito freqüentes os casos na Administração Pública.

Bandeira de Mello, ilustre doutrinador, descreve com brilhantismo a realidade que o país vive:

Os casos de desvio de poder no País são incontáveis e parecem assentar-se na concepção ingênua, até mesmo primitiva, de que as autoridades, sobretudo as investidas em cargos políticos, são como que donos dos poderes públicos enquanto titularizam ditos cargos. Assim, são corriqueiras e feitas de público, ameaças de utilização da própria competência para retaliar adversários políticos ou opositores que, no uso regular de competências públicas em outras esferas (como estaduais ou municipais) ou como cidadãos resistem às orientações políticas do Governo Federal as quais, muitas vezes, padecem de ilegitimidade gritante ou escandalizam pela tolice, sobretudo nos dias que correm⁷⁵.

Feito isso, passa-se a análise do último ponto quanto à teoria do desvio de poder.

5.6.3. Na jurisprudência

O direito brasileiro não admite o instituto do contencioso administrativo, por vigorar, na verdade, o sistema judiciarista, da jurisdição una. Não há, como na França, o Conselho de Estado Francês com funções judicantes em matéria administrativa. Assim, no Brasil, a Administração não julga, porque a justiça administrativa é realizada até a última instância pelos Tribunais.

“Nem por isso, entretanto, está ausente do sistema brasileiro copiosa e importante jurisprudência constituída de decisões de órgãos do Poder Judiciário⁷⁶.”

Na jurisprudência pátria, é possível dizer que o desvio de poder demonstra-se geralmente por motivos de natureza religiosa, social, favorecimento e de vingança. São, indubitavelmente, razões suficientes para a anulação do ato administrativo.

⁷⁵ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Discricionariedade e controle judicial*. 2. ed. 3 tr. São Paulo: Malheiros. 2001. p. 68.

⁷⁶ CRETELLA JÚNIOR, 1997, op. cit., p.199.

Pela análise dos precedentes dos tribunais, é na área administrativa que mais frequentemente incide o desvio de poder.

Em primeiro lugar, “[...] o campo é reservado ao poder de polícia e, dentro deste, o que fornece mais exemplos de desvio de finalidade é o instituto da desapropriação⁷⁷”. No mesmo sentido, ocorreu na França, Itália, Espanha e Portugal.

Em segundo lugar, “[...] no terreno do funcionalismo público inspirado, não no interesse público, mas em motivos particulares, apresentam-se punições, leves, médias e graves, que podem culminar com o afastamento do funcionário mediante a demissão simples, ou a demissão a bem do serviço público⁷⁸.”

No Superior Tribunal de Justiça não há grande número de precedentes que cuidam do desvio de poder, senão 10 arrestos.

O primeiro precedente do STJ que merece destaque reconheceu a existência de desvio de poder por parte de vereadores do município de Suzano, no Estado de São Paulo, que realizaram viagem ao Japão às expensas do município, sem que se tivesse demonstrado qual o interesse público real que poderia ter ensejado a despesa⁷⁹.

No caso em tela, o Tribunal reconheceu, pela análise do fundamento fático, que os vereadores se beneficiaram com o ato, além de lesar os cofres da Municipalidade e não agirem conforme a lei. Ademais, não demonstraram a existência de previsão de verba orçamentária destinada para viagem ao exterior nem mesmo hipótese de desempenho de missão de caráter cultural ou interesse do Município, como prevê a Lei Orgânica do Município.

Logo, reconheceu-se o abuso de poder e o desvio de finalidade, sendo o ato nulo praticado por agente público que realiza despesas sem a devida previsão orçamentária.

Em 1991, houve outro importante exemplo sobre o entendimento a respeito do desvio de poder.

Questionou-se se houve ou não o desvio de finalidade em recepção oferecida pela

R. M. C. de M., no Palácio da Alvorada, no dia 05.07.91, a cem senhoras da sociedade brasileira, com recursos públicos, para agradecer e

⁷⁷ CRETELLA JÚNIOR, 1997, op. cit., p. 255.

⁷⁸ Ibid., p. 255.

⁷⁹ ANDRADE, 2004, op. cit., p. 14.

homenagear aquelas pessoas por sua colaboração com atividades assistenciais do Governo Federal e, especialmente, da Legião Brasileira de Assistência, da qual era Presidente⁸⁰.

Segundo o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, não houve desvio de finalidade porque:

A primeira dama tem o direito de realizar recepções na residência oficial do Governo com recursos públicos para receber senhoras da sociedade, sem cometer excessos ou abusos, que no caso concreto, não houve. As despesas, de pequena monta, na hipótese, foram normalmente custeadas pela administração do palácio do Planalto, dentro da dotação orçamentária própria (...) Não houve o desvio de finalidade, só pelo fato de a homenagem ter sido extensiva a uma amiga sua e colaboradora na Presidência da República e na LBA. (...) Em princípio, é legal e legítimo o uso de residência oficial do Presidente da República, pela Primeira Dama, para promover recepções a pessoas da sociedade, custeadas pelos cofres públicos, caso não haja desvio de finalidade que, no caso em debate não houve⁸¹.

Ademais, o Superior Tribunal de Justiça alegou que cabia ao autor a prova do desvio de poder, sendo que não houve demonstrado qualquer violação a dispositivo legal pela ré.

“Porém, em outro precedente, o mesmo Tribunal entendeu que os réus teriam que comprovar a finalidade pública de viagem e em outro que a prova caberia ao autor⁸².”

Também é interessante lembrar o considerado *leading-case* do STJ no tema em desvio de finalidade. O terceiro exemplo fala a respeito de Município do Estado de São Paulo onde tramitava projeto para aumento de remuneração dos vereadores. Contudo, após a eleição municipal, como a maioria não se reelegeu, votou-se substitutivo ao projeto originário, reduzindo a remuneração dos vereadores.

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo anulou o ato sob o argumento de desvio de finalidade, cuja decisão foi confirmada pelo STJ:

O desvio de poder pode ser aferido pela ilegalidade explícita (frontal ofensa ao texto da lei) ou por censurável comportamento do agente, valendo-se de competência própria para atingir finalidade alheia àquela abonada pelo interesse público, em seu maior grau de compreensão e amplitude. A análise da motivação do ato administrativo, revelando um mau uso da competência e finalidade despojada de superior interesse público, defluindo

⁸⁰ ANDRADE, 2004, op. cit., p. 15.

⁸¹ STJ. Resp 77.779-DF, Rel. Min Garcia Vieira, DJU 12-04-99.

⁸² Respectivamente: Resp 52.082-SP e Resp 77.779-DF

o vício constitutivo, o ato aflige a moralidade administrativa, merecendo inafastável desfazimento. No caso, embora guardando aparência de regularidade, ressaltando o desvio de finalidade, revestindo-se de ilegalidade deve ser anulada a Resolução concessiva do aumento de remuneração⁸³

Para o Tribunal, a redução da remuneração dos vereadores da legislatura posterior configurou atitude de mesquinha competição, uma vez que os vereadores não eleitos tomaram ciência de que não se beneficiariam mais com o projeto. Embora o ato editado pela Câmara dos Vereadores fosse legal e regular, havia influência política e não visava à economia em nome do interesse coletivo. Havia, portanto, vício nos motivos do ato.

“Sobre a aplicação de penalidades aos servidores públicos, o STJ entendeu ter havido desvio de finalidade quando o servidor foi punido criminalmente por um determinado fato e, com base nesse mesmo fato, já punido na esfera penal, pretendeu-se extrair mau comportamento para licenciá-lo⁸⁴.”

Fundado na convivência do serviço, com base apenas na circunstância de estar o recorrente classificado na categoria de ‘mau comportamento’, cuja indissociabilidade da infração penal de que adveio sua condenação é reconhecida tanto pela Administração, quanto pelo aresto fustigado – o licenciamento sob censura revela-se, no mínimo, ato destituído de motivação apta a legitimar a exclusão do militar em questão do serviço ativo da Aeronáutica e o seu conseqüente desligamento da organização a que estava vinculado. [...] Procede, a meu ver, o argumento da sentença segundo o qual a indigitada medida administrativa revestiu-se de inolvidável ‘desvio de poder’ para atingir finalidade alheia. [...] Foi na linha dessa doutrina que considerou o Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo constituir abuso de poder a remoção de servidor público sem justificativa das razões de ordem pública para providência⁸⁵.

Em sede de desapropriação, o Superior Tribunal de Justiça entendeu que a destinação do imóvel para outra finalidade, que não aquela descrita no ato expropriatório, importa em desvio de finalidade, a gerar direito de indenização ao particular:

Entendo que assiste razão aos recorrentes, eis que o imóvel teve sua finalidade desviada, uma vez que o objetivo da desapropriação – construção de quadra poliesportiva – não foi atingido. Só não há desvio de finalidade quando o bem desapropriado para um fim público passe a ser usado para outro fim público [...]. No caso em exame, a só destinação do imóvel para depósito de veículo para DETRAN não atende ao preceito expropriatório da

⁸³ STJ. Resp 21.156-0SP, Rel Min. Milton Luiz Pereira, DJU 10-10-94

⁸⁴ ANDRADE, 2004, op. cit., p. 19.

⁸⁵ RT, 664/63.

finalidade pública, eis que, embora faça o órgão parte da administração pública, o depósito não gera benefícios para a comunidade local da mesma ordem caso tivesse sido erigida a quadra de esportes. Não impressiona o fato de ter-se destinado, anos depois da desapropriação e após o ajuizamento da ação, grande parte da área da Fazenda Pública de São Paulo, visando a instalação de Delegacia de Ensino, eis que patente o receio da Municipalidade quanto ao resultado deste processo⁸⁶.

Nesse precedente, o Ministro Peçanha Martins foi voto vencido ao entender que se o bem foi utilizado para fim público qualquer, mesmo que não o consignado em ato expropriatório, não se trata de retrocessão. Para ele, bastava a prova da utilização do bem expropriado em iniciativas e serviços de natureza pública.

Sendo assim, o Poder Judiciário adota o exame dos motivos do ato administrativo. Contudo, larga é a discussão sobre o ato administrativo viciado ser anulado por qualquer razão ou fundamento, seja o vício no elemento finalidade, motivo ou competência.

E, para ma maior efetividade da legalidade, principalmente no que tange ao desvio de poder, faz-se mister que o Judiciário, com maior frequência e menos inibição, parta para o exame dos motivos do ato, ou seja, se os motivos alegados existem e se são aptos ou idôneos à edição do ato administrativo. E, dentro desse exame administrativo, a função jurisdicional deverá entrar no âmago do poder discricionário, para perquirir se a finalidade que pautou a edição do ato administrativo foi aquela mesma finalidade normativa em razão da qual o poder discricionário foi conferido ao administrador⁸⁷.

⁸⁶ STJ, Resp 43.651-SP, Rel. Min. Eliana Calmon, DJU 05-06-2000.

⁸⁷ ANDRADE, 2004, op. cit., p. 21.

6 RESPONSABILIDADE EXTRA CONTRATUAL DO ESTADO

6.1. Introdução

“Responsabilidade é noção categorial, no campo do direito, peculiar a todos os setores da atividade humana.”¹

Segundo Élcio Trujillo,

[...] de todos os seus significados, fundados nas mais diferentes doutrinas, aquele que mais imune tem se colocado às críticas é o que adota a noção de responsabilidade como aspecto da realidade social. Este instituto não é exclusivo da vida jurídica, mas antes, vincula-se a todos os campos da atuação social².

Portanto, responsável é, em princípio, o homem ou entidade por ele criada para agir. Sua ação penetra não só o mundo físico, mas também o moral, religioso, social, político, econômico e jurídico. Em todos eles há normas que limitam a ação humana, restringindo-a. Transpostas, desencadeiam a aplicação de sanções. Responde-se de algum modo, material, moral ou espiritualmente, pelos prejuízos causados pela violação normativa³.

Yussef Said Cahali define responsabilidade do Estado como “[...] obrigação legal que lhe é imposta de ressarcir os danos causados por suas atividades a terceiros⁴”.

Ao tratar do tema, inevitável remeter às três funções do poder estatal: administrativa, jurisdicional e legislativa.

Observa Maria Sylvia Zanella di Pietro que, quando se trata de dano resultante de comportamento do Executivo, do Legislativo ou do Judiciário, a responsabilidade é do Estado, pessoa jurídica; por isso é equivocado falar-se em responsabilidade da Administração Pública, já que esta não tem personalidade jurídica, não é titular de direitos e obrigações na ordem civil.

A atividade lesiva da Administração Pública advém do descumprimento de um contrato ou da infração das obrigações gerais que todos devem respeito,

¹ STERMAN, Sonia. *Responsabilidade do Estado. Movimentos multitudinários: saques, depredações, fatos de guerra, revoluções e atos terroristas*. Revista editora dos Tribunais, 1992. p. 12

² TRUJILLO, Élcio. *Responsabilidade do Estado pelo ato lícito*. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de História, Direito e Serviço Social. Universidade Estadual Paulista. Unesp. Franca. 1995. p. 34.

³ *Ibidem*.

⁴ CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade civil do Estado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982. p.1

referentes ao patrimônio alheio.

Tal responsabilidade é eminentemente civil, portanto, de ordem pecuniária. Entende-se, pois, que esta responsabilidade patrimonial decorre de atos jurídicos, ilícitos, ações ou omissões do Poder Público.

Configurar-se-á a responsabilidade desde que haja dano causado a terceiro por comportamento omissivo ou comissivo do Estado. Ainda que o ato seja lícito, se causar dano ao indivíduo, impondo-lhe ônus maior que o suportado aos demais membros da sociedade, o Estado responderá civilmente.

Enfim, “[...] a responsabilidade extracontratual do Estado corresponde à obrigação de reparar danos causados a terceiros em decorrência de comportamentos comissivos ou omissivos, materiais ou jurídicos, lícitos ou ilícitos, imputáveis aos agentes públicos⁵.”

Numa perspectiva histórica, o tema recebeu tratamento distinto conforme o tempo e o espaço, sendo certo que se relacionou intimamente com o regime político e sua base filosófica.

Fato é que o tema, a responsabilidade das pessoas jurídicas de direito público, demonstra-se recente, cerca de pouco mais que cem anos. Tem sua origem ligada ao Direito Administrativo, por obra do Tribunal de Conflitos Francês, na notória decisão do caso Blanco, de 1873.

Ao longo de sua evolução, conheceu períodos de irresponsabilidade, passando para a responsabilidade subjetiva, vinculada à culpa, sendo que ainda hoje é aceita em várias hipóteses; evoluindo para a teoria da responsabilidade objetiva, aplicável conforme requisitos variáveis de um sistema para outro, segundo normas do direito positivo.

A teoria da irresponsabilidade prevaleceu na época dos estados absolutistas. Entendia-se que o rei era o Estado, sendo que possuía autoridade incontestável perante o súdito. Ademais, por ele exercer a tutela do direito, não poderia agir contra ele⁶. Assim, esta teoria negava a responsabilidade do Estado, pela reparação dos danos causados aos particulares, pois, se atribuísse responsabilidade ao Estado, estaria colocando-o no mesmo nível do súdito, sendo um desrespeito a sua soberania.

Com o tempo, essa teoria passou a ser combatida por condições óbvias: se

⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 562.

⁶ *The king can do no wrong.*

o Estado deve tutelar o direito, não pode este deixar de responder por atos que causem danos a terceiros.

Tanto os Estados Unidos, quanto a Inglaterra, abandonaram a teoria da irresponsabilidade, por meio do Federal Tort Claim Act, de 1946, e Crown Proceeding Act, de 1947, respectivamente. Contudo, sofre limitações esta responsabilidade, não se aplicando aos entes locais nem às empresas estatais.

Outra importante teoria é a da culpa civil ou da responsabilidade subjetiva. Segundo esta teoria, o Estado é responsável desde que demonstrada a culpa.

Nesta segunda fase da evolução histórica do instituto, a questão se põe parcialmente sobre o terreno civilístico; para deduzir uma responsabilidade pecuniária do Poder Público, faz-se remissão aos princípios da responsabilidade por fato de terceiro (patrão, amo ou comitente/preponente, representado, mandante)⁷.

Num primeiro momento, para fins de responsabilidade, os atos distinguiam-se em atos de império e de gestão, admitindo-se em relação aos últimos a responsabilidade e, em relação àqueles, negando-a.

O Estado desempenhava duas classes de funções: essenciais ou necessárias, caracterizando-se por assegurar a existência do Poder Público – relativas à manutenção da ordem constitucional e jurídica e, sendo ele soberano, em contrapartida, havia as denominadas facultativas ou contingentes, que satisfaziam necessidades locais, de progresso, bem-estar, sendo o Poder Público gestor de interesses coletivos.

Ao par disso, os primeiros atos seriam aqueles praticados pela Administração com prerrogativas, privilégios de autoridade, impostos unilateral e, coercitivamente, ao particular, independentemente de autorização judicial, os quais eram regidos por um direito especial, exorbitante do direito comum, porque os particulares não podem praticar atos semelhantes.

Os segundos seriam praticados pela Administração em situação de igualdade com os particulares, para a conservação e desenvolvimento do patrimônio público e para a gestão de seus serviços; como não difere a posição da Administração e a do particular, aplica-se a ambos o direito comum⁸.

⁷ CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade Civil do Estado*. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 20.

⁸ DI PIETRO, 2005, op cit., p.564.

Entretanto, houve severa oposição a essa teoria, em virtude da impossibilidade de se dividir a personalidade do Estado, tanto pela dificuldade, quanto pela divisão de suas atividades em atos de gestão e na prestação de serviços públicos.

Cretella Júnior entende que:

*[...] embora apresentando inegável progresso em relação à teoria anterior, a teoria dos atos de gestão (com culpa evidente do funcionário) de modo algum é satisfatória em face dos princípios que informam os sistemas jurídicos, porque para aquele que sofre o dano não interessa a natureza do ato, se é de império ou de gestão. Se o Estado é o guardião do Direito, como deixar desamparado o cidadão que sofreu prejuízo do próprio Estado?.*⁹

Abandonou-se, atualmente, esta distinção entre os atos de império e de gestão, contudo, ainda hoje, há autores que continuam apegados à doutrina civilista, aceitando a responsabilidade do Estado desde que demonstrada a culpa.

As teorias publicistas da responsabilidade do Estado dividem-se em: teoria da culpa do serviço ou da culpa administrativa e teoria do risco, que se subdivide em risco administrativo e risco integral.

A primeira delas, teoria da culpa do serviço ou da culpa administrativa, representou o ponto de transição entre as idéias civilistas e a doutrina publicista da responsabilidade do Estado. Utilizaram-se, porém, noções provenientes do direito privado para estabelecer os seus fundamentos, confrontando a relação servidor público - Estado, com a relação empregador-empregado, ampliando contudo, a noção de culpa¹⁰.

Dessa forma, desvinculo-se a responsabilidade do Estado da idéia de culpa do funcionário, passando-se a considerar a culpa do servidor público. Realizou-se distinção entre a culpa individual do funcionário, sendo certo que quando configurada, ele responderia individualmente por ela; já, quando não fosse possível identificar a culpa do funcionário, haveria a culpa anônima do serviço público, e, portanto, a responsabilidade do Estado, pelo mal funcionamento, atraso ou omissão do serviço.

Para a teoria do risco administrativo, constitui condição de admissibilidade da obrigação estatal o estabelecimento do vínculo etiológico entre a atuação administrativa e o evento lesivo, devendo, tanto o comportamento tido por

⁹ CRETILLA JÚNIOR, José. *O Estado e a obrigação de indenizar*. São Paulo: Saraiva, 1980. p. 70.

¹⁰ TRUJILLO, 1995, op. cit., p. 68.

gerador do dano, quanto o próprio dano alegado, apresentar características tais que os tornem aptos a desencadear a obrigação estatal¹¹.

Segundo Maria Sylvia,

[...] essa doutrina baseia-se no princípio da igualdade dos ônus dos encargos sociais: assim como os benefícios decorrentes da atuação estatal repartem-se por todos, também os prejuízos sofridos por alguns membros da sociedade devem ser repartidos. Quando uma pessoa sofre um ônus maior do que o suportado pelas demais, rompe-se o equilíbrio que necessariamente deve haver entre os encargos sociais; para restabelecer esse equilíbrio, o Estado deve indenizar o prejudicado, utilizando recursos do erário público¹².

Substitui-se, pois, a noção de culpa pela denexo de causalidade entre o ato-funcionamento do serviço público e o dano-prejuízo sofrido pelo administrado. É, assim, denominada teoria do risco, por se entender que a atividade estatal gera risco de dano e é objetiva, pela própria característica de que para estar configurada a responsabilidade, basta o nexo causal entre o ato estatal e o dano suportado pelo particular.

A teoria do risco divide-se em: risco administrativo e risco integral, sendo que aquela admite as causas excludentes da responsabilidade do Estado, culpa de terceiros e força maior, enquanto esta, não. Entretanto, há entendimento diverso da doutrina, ao afirmar-se que não há como delimitar o contorno das modalidades de risco administrativo, de risco integral e mesmo do acidente administrativo. Nesse terreno, extremamente movediço, há rótulos iguais para designar coisas diferentes, e rótulos diferentes para designar coisas iguais¹³.

No mesmo sentido, Cahali argumenta que

[...] a distinção entre o risco administrativo e risco integral não é ali estabelecida em função de uma distinção conceitual ou ontológica entre as duas modalidades pretendidas de risco, mas simplesmente em função das conseqüências a uma ou outra modalidade: o risco administrativo é qualificado pelo seu efeito de permitir a contraprova de excludente de responsabilidade, efeito que se pretende seria inadmissível se qualificado como risco integral, sem que nada seja enunciado quanto à base ou natureza da distinção¹⁴.

¹¹ FREITAS, Marisa Helena D'Arbo Alves. Responsabilidade do Estado pelos danos às vítimas de crime. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de História, Direito e Serviço Social. Universidade Estadual Paulista. Unesp. Franca, 2001. p.87.

¹² DI PIETRO, 2005, op. cit., p. 265.

¹³ ZANCANER, Weida. *Da responsabilidade extracontratual da Administração Pública*. São Paulo, Ed. RT, 1981, p. 95.

¹⁴ CAHALI, 1996, op. cit., p. 40.

Sendo assim, vê-se que as divergências são terminológicas, ao entender que a responsabilidade é, portanto, objetiva, em que se prima por observar se houve o nexo causal entre o ato, funcionamento do serviço público e o dano, prejuízo suportado pelo particular.

6.2. Responsabilidade Objetiva do Estado

Historicamente, observa-se que as Constituições pátrias, desde 1946, adotaram um posicionamento de responsabilização objetiva do Estado. Nesse sentido, não se cogitou a irresponsabilidade estatal no ordenamento jurídico, sendo aceita a responsabilidade como princípio geral e fundamental.

Identificou-se, mesmo nas Constituições anteriores, uma certa solidariedade estatal dos atos dos agentes da Administração Pública. Entretanto, até então a responsabilidade era relacionada à culpa. Necessário se fazia demonstrar imprudência, negligência ou imperícia do agente público e o ato por ele praticado.

Disponha o Código Civil de 1916 em seu artigo 15:

As pessoas jurídicas de direito público são civilmente responsáveis por atos de seus representantes que nessa qualidade causem danos a terceiros procedendo de modo contrário ao Direito ou faltando a dever prescrito em lei, salvo o direito regressivo contra os causadores do dano.

Acontece que a demonstração de culpa pela vítima revelava-se de difícil demonstração tendo em vista a sua inferioridade desta com relação ao Estado, chegando, muitas vezes, a ficar sem a indenização pela condição de desigualdade entre as partes.

Em razão disso, a Constituição de 1946 adota a responsabilidade objetiva do Estado, desconsiderando a necessidade da inquirição de culpa. O artigo 194 prescrevia que “as pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsável pelo dano que os seus funcionários, nessa qualidade causem a terceiros”.

Assim,

[...] a partir da Constituição de 1946, a responsabilidade civil do Estado Brasileiro passou a ser objetiva, com base na teoria do risco administrativo, onde não se cogita da culpa, mas, tão somente, da relação de causalidade. Provado que o dano sofrido pelo particular é consequência da atividade administrativa, desnecessário será perquirir a ocorrência de culpa do funcionário ou, mesmo, de falta anônima de serviço. O dever de indenizar da Administração opor-se-á por força do dispositivo constitucional que consagrou o princípio da igualdade dos indivíduos diante dos encargos públicos¹⁵.

Por sua vez, o art. 37, § 6º, da Constituição Federal de 1988, prevê expressamente:

As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviço público responderão pelos danos causados que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurados o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

Portanto, no mesmo sentido das Constituições anteriores, manteve-se a responsabilidade objetiva do Estado, sob a modalidade de risco administrativo e também se estabeleceu a responsabilidade subjetiva do funcionário.

Em suma, apenas as pessoas de direito público – União, Estados, Distrito Federal, Municípios, Territórios e autarquias – possuem responsabilidade objetiva. Já as pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos – entidades da administração indireta que executem atividade econômica de natureza privada – sociedades de economia mista e empresas públicas – não se aplicará a regra constitucional, mas a responsabilidade subjetiva de direito civil, quando não desempenharem serviço público.

Ademais, deverá haver o dano causado a terceiros em decorrência da prestação de serviço público, isto é, o nexo de causa e efeito. E, ainda, o dano deverá ser causado por agente das aludidas pessoas jurídicas, o que abrange todas as categorias: agentes políticos, administrativos ou particulares em colaboração com a Administração, sem interessar o título sobre o qual prestam serviço. Por fim, os agentes deverão agir nessa qualidade, ou seja, deverá agir, causar o dano, em nome do exercício de suas funções.

¹⁵ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 4. ed. São Paulo: Malheiros. 2003., p 242.

6.3. Causas excludentes e atenuantes da responsabilidade

Aponta a doutrina que a responsabilidade do Estado poderá ser atenuada quando a atividade estatal não for causa única do evento danoso. Estando aliada a outras circunstâncias. Identificam-se, no tema em tela, basicamente, duas formas de excludente da responsabilidade do Estado: força maior e culpa da vítima.

A força maior é o acontecimento exterior, independentemente de vontade humana, fato imprevisível, estranho à vontade do homem, acidente cuja causa é conhecida, mas que se apresenta com um caráter de irresistibilidade.

São, portanto, fenômenos da natureza – terremotos, ciclones, maremotos, tempestades, que dentre outros fatos que apresentam característica de inevitabilidade diante das possibilidades técnicas, está alheio à vontade do sujeito a quem se pretende atribuir responsabilidade do dano causado.

Distingue-se, por outro lado, do caso fortuito, pois, neste o dano é decorrente de ato humano, e, assim, admite seja configurada a falha da Administração. Portanto, são elementos distintos por terem fontes geradoras diversas.

No caso de motivo de força maior aliado à omissão do Poder público na realização do serviço, o Estado será responsabilizado por não ter tomado as condutas necessárias para que se evitasse o dano a terceiro. É o caso, por exemplo, de quando as chuvas provocam enchentes na cidade, inundando casas e destruindo objetos, o Estado responderá se ficar demonstrado que a realização de determinados serviços de limpeza dos rios ou dos bueiros e galerias de água pluviais teria sido suficiente para impedir a enchente¹⁶. Porém, neste caso, entende-se que a responsabilidade não é objetiva, porque decorrente do mau funcionamento do serviço público; a omissão na prestação do serviço tem levado à aplicação da teoria da culpa do serviço público (*faute du service*); é a culpa anônima, não individualizada; o dano não decorreu de atuação de agente público, mas de omissão do poder público¹⁷.

Pode-se dizer que, da mesma forma, ficará caracterizada a omissão do Estado quando se tratar de ato de terceiros, como no caso de danos causados por multidão ou por delinqüentes, tendo em vista a manifestação do mau funcionamento, não funcionamento ou funcionamento tardio, sendo suficiente para justificar a sua

¹⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1992. p. 362.

¹⁷ *Ibidem*.

responsabilidade.

Num segundo momento, a culpa da vítima também exclui a responsabilidade do Estado. Contudo, é necessário apreciar se esta culpa se revela de maneira total ou parcial. Se total, o Estado não responderá, em contrapartida, se a culpa for parcial, atenua-se a sua responsabilidade ao repartir com a vítima.

6.4. Responsabilidade por Atos Legislativos e Judiciais

Quando se fala em responsabilidade do Estado, entende-se a dimensão nos três tipos de funções pelas quais se reparte o poder estatal: a administrativa, a jurisdicional e a legislativa.

“A função legislativa representa, sem dúvida, a mais profunda manifestação política do organismo estatal, posto que, através dela, opera-se o fenômeno da criação do Direito, entendendo-se como tal o conjunto de regras jurídicas que organizam e disciplinam a vida da coletividade e do próprio Estado”¹⁸.

Via de regra, com relação aos atos legislativos prevalece a irresponsabilidade.

A lei, em sentido material, ato legislativo típico, não pode causar prejuízo a ninguém enquanto norma genérica, abstrata e impessoal; seus efeitos, positivos ou negativos, dependem de sua efetiva incidência sobre o caso concreto, quando, então, passível de reparação será o ato jurídico ou administrativo que ensejou a aplicação da norma, jamais a lei em tese. A lei absolutamente genérica nada mais que simples interesse pode contrariar. A eventual lesão de direito subjetivo decorrerá diretamente da aplicação da lei e apenas indiretamente dela¹⁹.

Com relação às leis inconstitucionais, a responsabilização do Estado depende de prévia manifestação de vício pelo Supremo Tribunal Federal. Por essa manifestação confirma que o dano foi causado por ato emitido contra a lei, ou seja, fora do exercício de competências constitucionais.

Já quanto às leis de efeitos concretos, que atingem pessoas determinadas, haverá responsabilidade por elas fugirem às características de generalidade e

¹⁸ CAVALIERI FILHO, Sérgio Cavalieri. *Programa de responsabilidade civil*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 286.

¹⁹ *Ibid.*, p. 286.

abstração, elementos inerentes aos atos normativos. Tais indivíduos acabam suportando ônus não compartilhado por outros membros da sociedade.

Na realidade, a lei de efeito concreto, embora promulgada pelo Legislativo, com obediência ao processo de elaboração das leis, constitui, quanto ao conteúdo, verdadeiro ato administrativo, gerando, portanto, os mesmos efeitos que este quando cause prejuízo ao administrado, independentemente de considerações sobre a constitucionalidade ou não²⁰.

Por fim, Cretella Júnior entende que haverá responsabilidade do Estado mesmo em se tratando de leis constitucionais quando, embora com o intuito de editar normas gerais e abstratas, o poder Legislativo acaba atingindo diretamente um grupo delimitado de pessoas.

Sobre a responsabilidade do Estado por atos jurisdicionais, o assunto não é pacífico, havendo divergências doutrinárias.

Primeiramente, existem os adeptos da tese de irresponsabilidade os quais fundamentam seu posicionamento com base na independência da Magistratura, prerrogativa de caráter absoluto. Entendem serem os juízes não responsáveis pelos danos que suas decisões erradas possam causar. Somente em casos de revisão ou rescisão da sentença haveria possibilidade de ressarcimento do prejuízo infligido por uma sentença ilegal.

O Supremo Tribunal Federal entende que

[...] o Estado não é civilmente responsável pelos atos do Judiciário, salvo casos declarados em lei. Por exemplo, no caso de demora da decisão de uma causa, o juiz responderá civilmente quando incorrer em fraude, dolo ou sem justo motivo, omitir ou retardar medidas que deve ordenar de ofício ou a requerimento da parte²¹.

Contra o entendimento da irresponsabilidade repousam os seguintes argumentos: o Judiciário não é um super poder colocado sobre os outros; soberano é o Estado como um todo, como entidade titular máxima do poder político, sendo que os três poderes exercem atribuições em seu nome; ademais, ainda que soberano, este se subordina à lei, sem abdicar à sua soberania; e, por fim, a independência do juiz não implica na irresponsabilidade do Estado.

²⁰ DI PIETRO, 1992, op. cit., p. 363.

²¹ RTJ 39/190, 56/273, 59/782, 94/423.

6.5. Reparação do dano e Ação Regressiva

A reparação de danos causados a terceiros pode se dar diretamente na esfera administrativa, caso haja acordo entre o ente público e a pessoa lesada. Trata-se de situação em que a Administração reconhece desde logo sua responsabilidade e ajusta o valor da indenização.

Não sendo resolvida a questão na via administrativa, o prejudicado poderá acionar o Poder Judiciário, ingressando com a ação de indenização contra a pessoa jurídica que causou o dano.

Dispõe o art. 37, § 6º, CF:

As pessoas de direito público e as de direito privado prestadora de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes causarem a terceiros, assegurando o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

Assim, claro é o dispositivo, ao afirmar que quem responde pelo dano é a pessoa jurídica causadora do dano, a qual tem o direito de regresso contra o seu agente, desde que tenha agido com dolo ou culpa.

A ação poderá ser proposta diretamente contra o agente público, quando demonstrado sua culpa ou dolo, ou, contra o ente responsável, quando incidirá a responsabilidade objetiva, que dispensa a prova subjetiva, ou, ainda, contra os dois.

O prazo prescricional que visa obter indenização por danos causados a terceiros por agentes de pessoas jurídicas de direito público ou pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos é de cinco anos, conforme o art. 1º, Lei n. 9.494/97.

Em contrapartida, há quem defenda que o prazo é de 3 anos, através de interpretação normativo-sistemática do art. 206, § 3º, V, do Código Civil²².

Sendo assim, a Constituição Federal prevê em seu artigo 37, § 6º, o dever de indenizar do Estado aqueles que sofram prejuízo com a conduta dos agentes públicos. Da mesma forma, assegura o direito de regresso contra o agente responsável pelos danos, nos casos de dolo ou culpa.

Haverá, pois, direito de regresso do Estado de cobrar do agente público a

²² CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 15. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004. p. 473-474.

quantia que ele pagou a terceiro lesado em razão do ato culposo ou doloso do agente. Será imprescindível a ação de regresso nos casos em que há dano ao erário, conforme o art. 37, § 5º, CF.

Ocorre que, existe discussão acerca da necessidade ou não da denúncia da lide ao agente nas ações em que o Estado é processado pelo particular.

De acordo com o art. 70, III do Código de Processo Civil:

*A denúncia à lide é obrigatória: (...)
III – àquele que estiver obrigado, pela lei ou pelo contrato, a indenizar, em ação regressiva, o prejuízo do que perder a demanda.*

Sobre o tema, identificam-se três posições doutrinárias:

Primeiramente, existem aqueles que não admitem a denúncia por entenderem que implicaria misturar na mesma ação a responsabilidade objetiva do Estado com a responsabilidade subjetiva do agente (culpa). Assim, determina-se que se ajuíze ação de regresso com base no art. 122, § 2º, da Lei 8.112/90²³.

Há, ainda, quem entenda que a denúncia da lide é facultativa. No caso, a leitura do comando legal – art. 70, III, CPC – não é obrigatória e, sim, uma faculdade do Poder Público. Portanto, caso o Estado não deseje promover a denúncia, poderá, posteriormente, exercer seu direito de regresso contra o servidor em uma ação autônoma.

Tal entendimento é o da Primeira Seção do STJ que vem firmando entendimento jurisprudencial nesse sentido:

A denúncia da lide ao agente do Estado em ação fundada na responsabilidade prevista no artigo 37, § 6º, CF não é obrigatória, vez que a primeira relação jurídica funda-se na culpa objetiva e a segunda na culpa subjetiva, fundamento novo não constante da lide originária²⁴.

Por último, há aqueles que entendem que a denúncia é obrigatória, sob pena de não ser possível, posteriormente, exercer o direito de regresso, com fundamento no próprio artigo 70, III, CPC.

Enfim, embora a divergência doutrinária exista, acompanha-se o entendimento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça, sendo facultativa a

²³ Art. 122, parágrafo 2º, Lei n. 8.112/90: “tratando-se de dano causado a terceiros, responderá o servidor perante a Fazenda Pública, em ação regressiva”, afasta qualquer denúncia à lide ou litisconsórcio.

²⁴ Resp 313.886.

denúncia da lide no caso de ação regressiva.

6.6. Responsabilidade Penal do agente público

Nas palavras de Bandeira de Mello,

[...] responsabilidade criminal consiste na aplicação de medidas coercitivas genéricas, legalmente cominadas, contra a pessoa física ou natural, a fim de manter a ordem social, preservando-a por suas violações, de caráter intimidativo e repressivo, que obrigam, pela sua exemplaridade e rigor, o respeito ao direito. É o dever de cada membro da sociedade co-participar para a harmonia das relações jurídico-sociais dos indivíduos²⁵.

Ao falar de responsabilidade penal do agente público, está se referindo à prática de ato definido como crime funcional. Será ato criminoso praticado contra o Estado em que o agente público irá suportar pena prevista em lei, por ato comissivo ou omissivo no exercício de seu cargo.

Por outro lado, existem atos que o particular pode praticar que configuram como crimes específicos contra a Administração Pública, tais como de corrupção ativa, desacato ou usurpação de cargo ou função pública e, ainda, de contrabando.

A doutrina faz uma distinção entre crimes funcionais próprios e impróprios. De uma maneira simples, os crimes funcionais próprios seriam aquele que necessariamente devem ser praticados pelo funcionário público por haver previsão no tipo pena, caso contrário haverá atipicidade e não existirá crime. Por sua vez, os crimes funcionais impróprios que podem ser praticados tanto pelo funcionário público como pelo particular. A diferença, entretanto, encontra-se no fato de que, se praticado pelo funcionário público, apesar de não alterar a tipicidade, cria-se uma configuração especial do delito.

A responsabilidade criminal pela prática de ilícito penal por parte do agente público encontra previsão no Código Penal.

Uma vez condenado pela prática de ilícito penal, o funcionário público enfrentará também conseqüências civis e administrativas tendo em vista a

²⁵ MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Princípios gerais de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1969. v. 02. Das pessoas. p. 487-488.

independência das esferas preconizada pelo ordenamento jurídico. Assim sendo, ainda que absolvido criminalmente, poderá ser responsabilizado civil e administrativamente, salvo nos casos em que se decidiu pela inexistência do fato delituoso ou autoria.

Contudo, em havendo ação penal em andamento, afigura-se conveniente aguardar-se o desfecho do processo criminal, sustando-se a instância administrativa, em casos de falta disciplinar a que corresponde crime definido pela Lei Penal, pelos motivos anteriormente mencionados. Embora não haja proibição legal do processamento concomitante para apuração de ambas as responsabilidades.

Concluindo,

[...] para efeitos penais, considera-se funcionário público quem, embora transitoriamente ou sem remuneração exerça cargo, emprego ou função pública. Ainda, equipara-se a funcionário público quem exerce cargo, emprego ou função em entidade paraestatal, e quem trabalha para empresa prestadora de serviço contratada ou conveniada para execução de atividade típica da Administração Pública²⁶.

²⁶ Art. 327, parágrafo 1º, CP.

CONCLUSÃO

A teoria do desvio de poder é uma das mais importantes construções teóricas do Direito Administrativo, fundada no controle do exercício dos poderes administrativos dentro da finalidade pública para a qual se instruiu aos agentes públicos.

A partir de sua criação pela jurisprudência e doutrina francesa, a teoria passou a ser adotada praticamente por todos os países do sistema romano-germânico. Entretanto, destaca-se que a dificuldade do controle jurisdicional do desvio de poder reside na prova da ocorrência do desvio.

Em geral, como visto, o desvio de finalidade decorre da intenção viciada do agente detentor de competência discricionária. “[...] Em tais casos, é preciso analisar o móvel do agente, tarefa árdua porque quanto mais grave for o desvio, mais dissimulado será o agente¹.”

Tendo em vista essa problemática de comprovação do desvio de poder, houve o declínio da teoria do desvio de poder no âmbito do próprio Conselho de Estado Francês. Assim, atualmente, o desvio de poder é raramente utilizado nas decisões de anulação, desempenhando, portanto, papel subsidiário.

Porém, entende-se que a aplicabilidade da teoria é de vital importância no controle dos atos administrativos. Observa-se grande mérito na teoria do desvio de poder pela noção do interesse público como centro da legalidade administrativa.

Assim, ao dar um caráter atual à teoria do desvio de poder relacionado-a à improbidade administrativa se traz à tona uma nova óptica à sua aplicabilidade.

A lei de improbidade administrativa constitui-se um modelo de controle repressivo, sendo instrumento eficaz para coibir o mau exercício das funções públicas e o chamado desvio de poder, alçado à categoria de improbidade diante das penalidades que comina aos agentes públicos.

Entende-se que o desvio de poder é uma das figuras centrais da improbidade. A sua formação se dá no seio das três modalidades da Lei n. 8.429/92.

Há, pois, muitos tipos de desvio de poder, na medida em que interfere no

¹ MELLO, Rafael Munhoz de. *O desvio de poder*. Revista de direito administrativo. Rio de Janeiro, 228: 31-66, Abr/Jun. 2002. p. 59.

reconhecimento da ilegalidade substancial, além de emprestar conteúdo à imoralidade e pessoalidade administrativa.

Na valoração do desvio de poder, haverá de se considerar: valores, normas e atores envolvidos.

Admite-se que nem todo desvio de poder é considerado improbidade, mas, normalmente, se configura.

Portanto, conclui-se que a teoria do desvio de poder possui relevância e merece destaque maior entre os estudos jurídicos.

No mesmo sentido, deve ela ganhar força nas decisões do Judiciário como fundamento de controle dos atos administrativos.

Casos de imoralidade jurídica são vários no cotidiano nacional, verificável pelo contraste entre os motivos internos do agente administrativo e as finalidades contidas explicita ou implicitamente na norma legal.

Necessário se faz que os órgãos que controlam a legitimidade dos atos da Administração apreciem com cautela, em especial, a Magistratura, e passem a utilizar mais a teoria dando-a um caráter atual relacionando-a à própria Lei de Improbidade Administrativa.

Poucos foram os julgados de corrupção encontrados que aliaram o desvio de poder na sua fundamentação. Carece, assim, de maior atenção para que haja maior efetividade da legalidade, principalmente no que tange essa teoria estudada.

Faz-se mister que o Judiciário, com maior freqüência e menos inibição, parta para o exame dos motivos do ato, ou seja, se os motivos alegados existem e se são aptos ou idôneos à edição do ato administrativo.

Dessa forma, esse poder irá se mostrar mais presente ao examinar a completa legalidade do ato administrativo, não apenas apreciando questões formais ou sua legalidade extrínseca, sob temor de apreciar o mérito administrativo.

Ao utilizar a teoria do desvio de poder, estará prestigiando o que mais valioso há na doutrina administrativa, além de exercer melhor controle dos atos administrativo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALESSI, Renato. *Instituciones de derecho administrativo*. Buenos Aires: Bosch, Casa Editorial, 1970. t.1.

ALESSIO, Renato. *Instituzioni di Diritto Amministrativo Italiano*, 4. ed., 1949, v. II.

ALMEIDA FILHO, Amaro Alves de. Processo Administrativo disciplinar. *Justitia*, nº 101.

AMARAL FILHO, Marcos Jordão Teixeira do. Os princípios administrativos na Constituição de 1988. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, São Paulo, jun. 1998.

ANDRADE, Érico. Desvio de poder no direito administrativo brasileiro - exame da doutrina e jurisprudência do STJ. *Direito Administrativo, Contabilidade e Administração Pública*, São Paulo, v. 8, n. 1, p. 3-22, 2004.

ANDRADE, Flávia Cristina Moura de. *Direito administrativo*. São Paulo: Premier Máxima, 2005.

ARAS, Vladimir. *Obtenção de foro especial e improbidade administrativa*. Jus Navigandi, Teresina, a. 6, n. 57, jul. 2002. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2998>>. Acesso em: 14 de Agosto de 2006.

AUCOC, Leon. *Conférence sur l'Administration et le Droit Administratif*. Paris, 1869, vol. I.

BANDEIRA de Mello, Celso Antônio. *Curso de direito Administrativo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. *Curso de direito administrativo*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

_____. Controle judicial dos atos administrativos. *RDP*, nº 65.

_____. *Direito administrativo na constituição de 1988*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

_____. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. São Paulo: Malheiros, 2001

_____. *Elementos de direito administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.

_____. *Regime constitucional dos servidores da administração direta e indireta*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

_____. Regulamentação profissional: princípio da razoabilidade. *Revista de direito administrativo*, v. 204, p. 333 ss, abr/jun. 1996.

_____. Relatividade da competência discricionária. *Revista trimestral de direito público*. São Paulo, v. 25, pp. 13-19, 1999.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1992.

_____. *Curso de direito administrativo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

_____. O princípio da moralidade no direito público. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*. São Paulo, ano 6, n. 22, p. 44, jan/mar. 1998.

BIELSA, Rafael. *Estudios de Derecho Público*. Buenos Aires: Editorial Depalma. 1950. v. I.

BITTENCOURT, C. A. Lúcio. *O controle jurisdicional da constitucionalidade das Leis*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1968.

BORGES, José Souto Maior. *Lei complementar tributária*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975.

BRANDÃO, Antônio José. *Moralidade administrativa*. RDA n. 25.

CAETANO, Marcello. *Princípios fundamentais do direito administrativo*. Coimbra: Almedina, 1996.

CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade civil do Estado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*. Coimbra: Almedina, 1993.

_____. *Direito constitucional*. Coimbra: Livraria Almedina, 1995,

_____. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998.

CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1999.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Ação civil pública, comentários por artigos*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1995.

_____. *Manual de Direito Administrativo*. 8. ed. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2001

CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. Considerações acerca do desvio de poder na Administração Pública. *Arquivos do Ministério da Justiça*. Brasília, D.F. v. 34 n. 138, p. 92-105, abr./jun. 1976.

CAVALCANTI, Themístocles. *Tratado de direito administrativo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1948. v.II.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 4. ed. São Paulo: Malheros.2003.

COMPARATO, Fábio Konder. Ação de improbidade: Lei n. 8.429/92. Competência ao juízo de 1º grau. *Boletim dos Procuradores da República*, ano 1, n. 9, jan. 1999.

CRETELLA JÚNIOR, José. *A Administração Pública*. In: Vários autores. *A Constituição Brasileira de 1988*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990.

_____. *A prova no desvio de poder*. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, n. 230, p. 197-216, out/dez. 2002.

_____. *Comentários à Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.

_____. *Direito administrativo brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1999

_____. *Direito administrativo comparado*. São Paulo: J. Bushatsky : EDUSP, 1972.

_____. *Dicionário de direito administrativo*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1988.

_____. *Do desvio de poder*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1964.

_____. *Do ato administrativo*. São Paulo: Bushstsky. 1977

_____. *O desvio de poder na Administração Pública*. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

_____. *Os cânones do direito administrativo*. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, D.F., ano 25, n. 97, p.5.

_____. *O Estado e a obrigação de indenizar*. São Paulo: Saraiva, 1980.

_____. *Tratado de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1967.

DALLARI BUCCI, Maria Paula. *O princípio da razoabilidade em apoio à legalidade*. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 4, n. 16, p. 173, jul/set. 1996.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Administração Pública no Estado de Direito*. *Revista Trimestral de direito público*. São Paulo, n. 5, 1994, p. 33-41.

Diez, Manoel Maria. *El Acto Administrativo*. Buenos Aires, 1956.

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

_____. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 1992.

_____. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 1991.

DROMI, José Roberto. *Derecho administrativo*. 6. ed. Buenos Aires: Ediciones Ciudad. Argentina, 1997.

FABBRI, Eduardo Ramos. Lei que garante foro privilegiado a políticos é casuística e inconstitucional, afirma jurista. *Revista Verdade*, 20 de Dezembro de 2002.

FAGUNDES, Miguel Seabra. FAGUNDES, Seabra. Conceito de mérito no direito administrativo. *RDA*. Vol. 23.

_____. *O controle dos atos administrativos pelo poder judiciário*. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

FERNANDES, Flávio Sátrio. *Improbidade administrativa*. Jus Navegandi, Teresina, a. 2, n. 21, nov. 1997. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=359>>. Acesso em: 14 de Agosto de 2006.

FERREIRA, Daniel. Proibição e razoabilidade como limitações à discricionariedade administrativa. *Revista Trimestral de Direito Público* – 18. Estudos e comentários.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle de. Corrupção administrativa, causas e remédio. *RDP*, nº 81.

_____. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 1994.

FIGUEIREDO, Marcelo. *Proibição Administrativa: comentários à Lei n. 8.429/92 e a legislação complementar*. São Paulo: Malheiros, 1995.

FIRME, Luciano Wagner. *O procedimento de tomada de contas especial na administração pública do Distrito Federal*. **Jus Navigandi**, Teresina, a. 6, n. 54, fev.

2002. Disponível em: <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2618> Acesso em: 14 de agosto de 2006.

FRANCO, Manoel de Oliveira Sobrinho. *Controle da moralidade administrativa*. São Paulo: Saraiva, 1974.

FREITAS, Juarez. Do princípio da probidade administrativa e de sua máxima efetivação. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, D.F., n. 129, p. 51, 1996.

FREITAS, Marisa Helena D'Arbo Alves. *Responsabilidade do Estado pelos danos às vítimas de crime*. Dissertação (Doutorado em Direito) - Faculdade de História, Direito e Serviço Social. Universidade Estadual Paulista-Unesp, Franca.

GARCIA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás R. *Curso de derecho administrativo*. Madri: Civitas, 2000. t. 1.

GARCIA, Emerson. *A improbidade administrativa e sua sistematização*. **Jus Navigandi**, Teresina, a. 7, n. 86, 27 set. 2003. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=4284>>. Acesso em 14 de agosto de 2006.

GARCIA, Emerson. *A moralidade administrativa e sua densificação*. **Jus Navigandi**, Teresina, a. 7, n. 86, 27 set. 2003. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=4283>>. Acesso em: 14 de agosto de 2006.

GARCIA, Emerson. *Sujeitos dos atos de improbidade: reflexões*. **Jus Navegandi**, Teresina, ano 9, n. 715, 20 jun. 2005. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6912> .Acesso em: 14 ago. 2006.

GASPARINI, Diógenes. *Direito administrativo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1993.

GORDILLO, Augustin A. *Princípios gerais do direito público*. São Paulo: Revista dos tribunais, 1977.

_____. *Tratado de derecho administrativo*. Buenos Aires: Macchi, 1974, t. 1,

GRECCO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1986.

HARGER, Marcelo. A independência do magistrado e o desvio de poder nos atos jurisdicionais . **Jus Navigandi**, Teresina, ano 8, n. 269, 2 abr. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5031>>. Acesso em: 17 set. 2007.

HECK, Luís Afonso. *O Tribunal Constitucional Federal e o Desenvolvimento dos Princípios Constitucionais*. Porto Alegre: Fabris Editor, 1995.

JÚNIOR, Wallace Paiva Martins. Improbidade Administrativa, agentes políticos e foro privilegiado. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, v. 232, p.231-254. Abr./Jun. 2003.

LIMA, Rui Cirne de. *Princípios de direito administrativo*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

_____. *Sistema administrativo de direito brasileiro*. Porto Alegre, 1953.

MACEDO, Fausto. Juízes desafiam nova lei e barram foro privilegiado. *O Estado de São Paulo*. Suplemente nacional. p. A 11, 16. fev. 2003.

MAJADAS, Marcia Fratari. *Desvio de poder no direito comparado*. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 236, p. 111-120, abr./jun. 2004.

MARIN, Carmem Chinchilla. *La desviación de poder*. 2. ed. Madri: Civitas, 1999. p. 118.

MARQUES, José Frederico. *Tratado de direito processual penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1958.

MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. *O controle dos Poderes Executivo e Legislativo pelo Supremo Tribunal Federal* . **Jus Navigandi**, Teresina, a. 8, n. 429, 9 set. 2004. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=5617>>.

MAZILLI, Hugo Nigro. *O foro por prerrogativa de função e a Lei n. 10.628/02*. São Paulo: Complexo Damásio de Jesus, jan. 2003.

MEDINA OSÓRIO, Fábio. *Improbidade administrativa: reflexões sobre laudos periciais ilegais e desvio em face da Lei federal n. 8.429/92*. Jus Navigandi, Teresina,

ano 10, n. 880, 30 de novembro de 2005. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7642>. Acesso em: 14 ago. 2006.

_____. *Observações sobre improbidade administrativa dos agentes públicos à luz da lei n. 8.429/92*. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 740, p.783.

_____. Princípio da proporcionalidade constitucional: notas respeito da tipificação material e do sancionamento aos atos de improbidade administrativa reprimidos na Lei 8.429/92. Estudos e comentários. *Revista Trimestral de direito público*. v.26, (cidade, pág. Ano)..

MEDAUR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

_____. *Direito Administrativo Moderno*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 19. ed. Atualizada por Eurico Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

_____. *Direito administrativo brasileiro*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

_____. *Problemas do mandado de segurança*. Monografia publicada. *Revista de Direito Administrativo*. v. 73.

MELLO, Cláudio Ari. Improbidade administrativa: considerações sobre a Lei n. 8.429/92. *Cadernos de direito constitucional e ciência política*. São Paulo, ano 3, n. 11, p. 49, abr/jun. 1995.

MELLO FILHO, José Celso de. *Constituição Federal anotada*. São Paulo: Saraiva, 1984.

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Princípios gerais de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1979. 2 v.

MELLO, Rafael Munhoz de. O desvio de poder. *Revista de direito administrativo*. Rio de Janeiro, v. 228, p. 31-66, abr/jun. 2002.

MIRANDA, Tatiana Kalina Macedo Chaves de. Discricionariedade: poder ou dever?. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 4, n. 37, dez. 1999. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=345>>. Acesso em: 17 set. 2007.

MODESTO, Paulo. Notas para um debate sobre o princípio da eficiência. *Revista Trimestral de direito público*. v. 31. p. 47/55.

MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. São Paulo: Atlas, 2002.

_____. *Direito Constitucional*. 6. ed. revista, ampliada e atualizada. São Paulo: Atlas, 1999.

_____. *Direito Constitucional*. 7. ed. revista, ampliada e atualizada com a EC n. 24/99. São Paulo: Atlas, 2000.

MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat. *O espírito das leis. Introdução*. Tradução e notas de Pedro Vieira Mota. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

NETO, Antônio José de Mattos. *Responsabilidade Civil por improbidade administrativa*. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 752, p.31.

_____. Responsabilidade civil por improbidade administrativa. *Revista Trimestral de Direito Público*. v.20.

OLIVEIRA, Régis Fernandes de. Moralidade e impessoalidade administrativa. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 766, p.107.

PALU, Oswaldo Luiz. *Controle de constitucionalidade – conceitos, sistemas e efeitos*. 2. ed. revista, ampliada e atualizada de acordo com as Leis 9.868 e 9.882/99. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

PAZZAGLINI FILHO, Marino. *Princípios constitucionais reguladores da administração pública: agentes públicos, discricionariedade administrativa, extensão da atuação do Ministério Público e do controle do poder judiciário*. São Paulo: Atlas, 2000.

PAZZAGLINI FILHO, Marino; ROSA, Márcio Fernando Elias; FAZZIO JR. Waldo.

Improbidade administrativa. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1998.

QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. A teoria do desvio de poder em direito administrativo. *Revista de direito administrativo*, Rio de Janeiro, v. VI, p. 41-78, out. , 1946.

_____. A teoria do desvio de poder em direito administrativo (cont.). *Revista de direito administrativo*. Rio de Janeiro, v. II, p. 52-80, jan./mar. 1947.

_____. *Reflexões sobre a teoria do desvio de poder em Direito Administrativo*. Coimbra Editora, 1940.

ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. *Princípios constitucionais da administração pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

LIMA, Jonas. Ato de improbidade administrativa não é de competência originária do STF nem do STJ . **Jus Navigandi**, Teresina, ano 7, n. 61, jan. 2003. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3633>>. Acesso em: 17 set. 2007.

SEVERINO, Antônio Joaquim. *Metodologia do Trabalho Científico*. 21. ed. São Paulo: Cortez, 2002.

SILVA, Danni Sales. *Lei n.º 10.628/02: um privilégio inconstitucional ataca o controle da improbidade administrativa* . **Jus Navigandi**, Teresina, ano 7, n. 63, mar. 2003. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3886>>. Acesso em: 18 set. 2007.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 22. ed. revista e atualizada nos termos da Reforma Constitucional até a emenda Constitucional n. 39, de 19.12.2002. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

_____. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

STERMAN, Sonia. *Responsabilidade do Estado. Movimentos multitudinários: saques, depredações, fatos de guerra, revoluções e atos terroristas*. Revista editora dos Tribunais, 1992.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de direito público*. 4. ed. São Paulo: Malheiros editores, 2000.

TÁCITO, Caio. *Desvio de Poder em matéria administrativa*. Rio de Janeiro, edição mimeografada, 1951.

_____. Improbidade administrativa como forma de corrupção. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 226, p.1-3, out./dez. 2001.

_____. O abuso de poder administrativo no Brasil (conceito e remédios). Departamento administrativo do serviço público e Instituto Brasileiro de Ciências administrativas, 1959.

_____. *Temas de Direito Público*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, v. 1.

TEMER, Michel. *Elementos de direito constitucional*. 16. ed. revista e ampliada. São Paulo: Malheiros, 2000.

TIXIER, Gilbert. *Le controle judiciaire de l'Administration Anglaise: contentieux de la légalité*. Paris: Librairie Dalloz, 1954.

TOURINHO, Rita Andréa Rehem Almeida. A eficácia social da Atuação do Ministério Público no Combate à Improbidade Administrativa. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 227, p. 253-264, jan/mar, 2002.

TRUJILLO, Élcio. *Responsabilidade do Estado pelo ato lícito*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de História, Direito e Serviço Social. Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho), Franca, 1995.

VASCONCELOS, Telmo da Silva. *O princípio constitucional da moralidade e o nepotismo*. **Jus Navigandi**, Teresina, a. 7, n. 66, jun. 2003. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=4101>>. Acesso em: 14 de agosto de 2006.

VITTA, Cino. *Diritto Amministrativo*, 3. ed., 1949, v. I

WALD, Arnoldo; MENDES, Gilmar Ferreira. *Competência para julgar improbidade administrativa*. Correio Brasiliense.

WALINE, Marcel. *Droit Administratif*. 9. ed. Paris: Éditions Sirey, 1963.

ZANCANER, Weida. *Da convalidação e da invalidação dos atos administrativos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

_____. *Da responsabilidade extracontratual da Administração Pública*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.

JULGADOS

Responsabilidade civil do Estado. Morte de filho menor em creche municipal. Desnecessidade da cogitação de licitude ou ilicitude do fato de culpa dos funcionários. Suficiência do nexo de causalidade entre o fato lesivo e a atitude da referida creche. Aplicação da teoria do risco administrativo. Verba devida pelo Município. (RT, 780:348).

Indenização. Acidente de trânsito. Evento ocasionado por buraco na via pública sem a devida sinalização. Inexistência de culpa da vítima. Verba devida em face do princípio da teoria do risco administrativo. Inteligência do art. 37, § 6, da CF. (RT 747:285).

Responsabilidade civil. Metrô. Danos morais e materiais. Tentativa de assalto, com resultado morte, nas dependências de estação. Dever de entidade zelar pela segurança dos seus usuários. Indenização devida, além das despesas de luto e funeral (TJSP Ap. 67.754-5-SP, 7ª Câmara de Direito Privado, Rel. Jovino de Sylos Neto, j. 26-3-2001).

DESVIO DE PODER. “No que concerne à competência, à finalidade e à forma, o ato discricionário está tão sujeito aos textos legais como qualquer outro. O ato que, encobrendo fins de interesse público, deixe à mostra finalidades pessoais, poderá cair na apreciação do Poder Judiciário, não obstante originário do exercício de competência livre. O fim legal dos atos da administração pode vir expresso ou apenas subentendido na lei. O direito que resulta não da letra da lei, mas do seu espírito, exurgindo implicitamente do texto, também pode apresentar liquidez e certeza que se exigem para concessão do mandado de segurança”. (TJ – RN, em RDA, vol. 14, p. 52).

DESVIO DE PODER. “É nulo o ato de Interventor Federal que demite funcionário do Estado não para atender a interesses públicos, mas para atender a móveis de vingança pessoal” (STF, em RDA, vol. 9, p. 173).

DESVIO DE PODER. “O poder de exonerar e nomear não é dado aos administradores para que satisfaçam a interesses particulares ou simpatias ideológicas ou paritárias. Devem visar ao interesse público” (TA – SP, em RDA, vol. 70, pp. 172-174).

DESVIO DE PODER. “É nula a demissão de funcionários sem que tenha sido apontada, expressamente, a sua falta funcional” (TJ-SP, em RDA, vol. 113, p. 143).

DESVIO DE PODER. “É nulo o ato administrativo expropriatório que não se fundamente em interesse público” (TJ-PE, em RT, vol. 129, p. 704).

DESVIO DE PODER. “O fato da não-utilização da coisa expropriada não caracteriza, por si só, independentemente das circunstâncias, desvio do fim da desapropriação”

(STF, em RDA, vol. 77, p. 238).

DESVIO DE PODER. “Desde que as terras desapropriadas tenham destino diferente, a finalidade da desapropriação foi desvirtuada, devendo o desapropriante devolve-las ao seu dono, ou indenizá-lo” (STF, em RDA, vol. 48, p. 231).

DESVIO DE PODER. “Se o expropriante, além das obras mencionadas em lei, inclui outra, não ocorre em desvio de finalidade” (TJ-SP, em RT, vol. 409, p. 228)

DESVIO DE PODER. “Ocorre desvio de poder ou finalidade, dando causa à retrocessão, quando o expropriante aliena o bem, ou cede o uso, por qualquer título, a instituição privada, ainda que tenha fins sociais” (STF, em RDA, vol. 138, p. 134).