

UNIVERSIDADE ESTADUAL PAULISTA - UNESP
FACULDADE DE HISTÓRIA, DIREITO E SERVIÇO SOCIAL
DEPARTAMENTO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS

ALEXANDRE PADILHA

**O ATO LEGISLATIVO PRATICADO COM DESVIO DE PODER E A
RESPONSABILIDADE DO ESTADO E DO LEGISLADOR**

FRANCA

2003

UNIVERSIDADE ESTADUAL PAULISTA-UNESP
FACULDADE DE HISTÓRIA, DIREITO E SERVIÇO SOCIAL
DEPARTAMENTO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS

Autor: Alexandre Padilha

**O ATO LEGISLATIVO PRATICADO COM DESVIO DE PODER E A
RESPONSABILIDADE DO ESTADO E DO LEGISLADOR**

Dissertação apresentada à Faculdade de
História, Direito e Serviço Social da
Universidade Estadual Paulista- Unesp,
como parte dos requisitos necessários
para obtenção do título de Mestre em
Direito Administrativo.

Orientador: Professor Doutor Augusto Martinez Perez

FRANCA

2003

ALEXANDRE PADILHA

**O ATO LEGISLATIVO PRATICADO COM DESVIO DE PODER E A
RESPONSABILIDADE DO ESTADO E DO LEGISLADOR**

DISSERTAÇÃO VISANDO A OBTENÇÃO DO TÍTULO DE MESTRE

UNIVERSIDADE ESTADUAL PAULISTA- UNESP- CAMPUS DE FRANCA

ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: DIREITO OBRIGACIONAL PÚBLICO- DIREITO
ADMINISTRATIVO

Franca, ____/____/____

BANCA EXAMINADORA:

Orientador:_____

Nome: Prof. Dr. Augusto Martinez Perez

Examinador (a):

Nome: _____

Instituição:_____

Examinador (a):

Nome:_____

Instituição:_____

AGRADECIMENTOS ESPECIAIS

A Deus, pela vida, por minha família e por todas as oportunidades que me tem concedido.

Aos meus pais, Wilson e Maria José, pela educação, amor e carinho que me foram dedicados por toda a vida. A eles devo tudo o que sou e sei.

Ao meu irmão Sérgio por sua amizade e compreensão.

À Marina, minha esposa, por seu apoio, paciência, amor e dedicação, notadamente pelas orientações que me foram dadas quanto ao aspecto metodológico do trabalho.

Ao meu orientador Prof. Dr. Augusto Martinez Perez por ter me concedido a oportunidade de continuar meus estudos, pelas valiosas contribuições dadas para a realização do trabalho e, acima de tudo, pelos exemplos de dignidade, probidade e retidão.

A todos os que contribuíram, direta ou indiretamente, para a realização deste trabalho.

RESUMO

No presente trabalho foi abordado o estudo da prática de atos legislativos próprios- lei em sentido formal- com desvio ou excesso de poder, procurou-se definir como e quando o Estado é obrigado a reparar os danos, material e moral, causados ao particular nessa situação, bem como discutir acerca da responsabilidade pessoal do legislador que tenha concorrido para a elaboração de leis nesse sentido.

Sabe-se que o Direito Positivo é todo baseado na elaboração das leis, as quais são realizadas pelo Poder Legislativo. Dessa forma, o Direito se apóia em muito no conjunto de leis vigentes, as quais devem ser cumpridas por toda a sociedade e aplicadas pelos operadores do Direito em geral, notadamente pelo Poder Judiciário.

Como a lei é uma fonte do Direito, inspiradora da forma de comportamento da sociedade em geral, é de suma importância estudarmos quando a lei em geral possui algum vício insanável decorrente do excesso ou desvio de poder na atuação dos parlamentares que a elaboraram.

Muito embora o exercício da atividade legislativa seja uma das formas de o Estado expressar a sua soberania, hodiernamente em muitas oportunidades temos nos deparado com a elaboração de leis que não atendem os interesses da coletividade em geral. Assim, a atividade parlamentar, que deveria ser exercida em nome do povo e para representar os legítimos interesses do próprio povo, muitas vezes é realizada de forma distorcida para privilegiar os interesses de somente uma pessoa, uma classe ou categoria de pessoas em detrimento do interesse público e do interesse social.

As leis elaboradas com o fito de beneficiarem somente uma ou algumas pessoas em detrimento do interesse popular, da sociedade em geral, devem ser reconhecidas como viciadas pelo desvio ou excesso de poder na sua elaboração.

O parlamentar desvia-se de suas funções para as quais recebeu poderes da população e age visando beneficiar os interesses de uma minoria em detrimento do interesse público. Há, assim, o exercício desviado do poder pelo parlamentar.

Consequência disso é que a lei elaborada nesse sentido padece de vício de inconstitucionalidade material por afrontar os fins e princípios da Administração Pública de todos os poderes, os quais vem previstos explicita ou implicitamente no artigo 37 da Constituição Federal.

Em se tratando de lei inconstitucional, resta ao Estado a obrigação de reparar os prejuízos causados ao particular pela edição da lei, bem como também podem advir ao parlamentar que concorreu para a elaboração da lei a responsabilidade pessoal, a qual pode ser detectada na área cível, penal ou mesmo pela prática de ato de improbidade administrativa.

Palavras-chave: excesso e desvio de poder, atos legislativos, responsabilidade do Estado e do legislador e administração pública.

SUMMARY

In the present thesis it was approached the study of the practice of proper legislative acts – law in formal sense – with diversion or excess of power, it was tried to define how and when the State is obligated to remedy the material and moral damages, caused to the individual in such situation, as well as discuss about the legislator's personal responsibility, who has contributed for the elaboration of laws in this sense.

It's known that the Positive Law is all based in elaboration of laws, which are carried out by the Legislative Power. In this way, the Law is highly supported on the set of valid laws, which must be obeyed by the society in a whole and enforced by the Law operators in general, mainly by the judiciary.

As the law is a source of the Law, which inspires the society's behavior in general, it is extremely important to study when the law, in general, possesses some irremediable failing resulting from the excess or deviation of power in the members of parliament's performance, who had elaborate it.

Even though the legislative activity exercise is one of the ways that the State has to express its sovereignty, currently we have faced, in many opportunities, law's elaboration, which doesn't fit the society's interests in general. Thus the parliamentary activity, which was supposed to be exerted in the people's name and to represent people's legitimate interests, many times has been accomplished in a deviated way in order to privilege only one person, class or category of people's interests to the detriment of public and social's interests.

The laws, which are elaborated with the intent of benefit only one or some few people to the detriment of the public interest, of the society in general, should be recognized as corrupted by the diversion or excess of power in its elaboration.

The member of the parliament deviates from the duties which he received power from people and acts aiming to benefit a minority's interests to the detriment of the public interest. Thus, there is the deviated exercise of the power by the member of the parliament.

The result of this is that the law, which is elaborated in this sense, suffers from the viciousness of the material unconstitutionality by affronting the ends and principles of all powers' Public Administration, ends and principle which are, explicitly or implicitly, due to Federal Constitution in article 37.

Concerning to unconstitutional law, it is left for the State the obligation of repair the damages caused to the individual by the edition of the law, as well as, it may also come upon the member of the parliament who contributed for the elaboration of the law the personal responsibility, which may be detected in the civil or penal area or even by the performance of administrative improbity act.

Key words: excess and diversion of power, legislative acts, State and legislator's responsibility and public administration.

INDICE

Introdução.....	11
1. Noções sobre a responsabilidade do Estado por atos legislativos	14
1.1 Teoria da irresponsabilidade estatal por atos legislativos	15
1.2 Evolução do posicionamento doutrinário a respeito do tema	20
1.3 Posição doutrinária atual acerca da responsabilidade do Estado por atos legislativos	27
2. O desvio de poder no Direito Administrativo	29
2.1 Considerações sobre a teoria do desvio de poder	34
2.2 A prova do desvio de poder	39
3. Considerações acerca dos princípios constitucionais considerados limitadores da discricionária administrativa	51
3.1 Princípio da Impessoalidade	58
3.2 Princípios da Moralidade administrativa e Probidade administrativa	62
3.3 Princípios da Razoabilidade e Proporcionalidade	67
3.4 Princípio da isonomia	72
3.5 Princípio da boa-fé	74
3.6 Princípio da eficiência	77
4. Atos legislativos praticados com desvio de poder ou excesso de poder	79
4.1 Considerações Gerais	80
4.2 O desvio de poder nos atos legislativos e a violação dos princípios constitucionais da administração pública	90
4.3 Abordagem prática do desvio de poder em atos legislativos	104

5. Responsabilidade do Estado em reparar o dano causado por atos legislativos praticados com desvio de poder	110
6. Responsabilidade civil do legislador pela prática de atos legislativos com desvio de poder ou excesso de poder	119
6.1 Requisitos para a responsabilidade civil do legislador	127
6.2 Responsabilidade do legislador por de ato de improbidade administrativa	134
6.3 Responsabilidade penal do legislador advinda do ato legislativo editado com desvio ou excesso de poder	145
7. Conclusões	154
8. Referências Bibliográficas	160
9. Anexos	167

INTRODUÇÃO

O tema a ser abordado no presente trabalho não é facilmente encontrado nas doutrinas nacional e estrangeira. São poucos os doutrinadores que se dedicaram a abordar o assunto com maior profundidade. Isso, de certa forma, tornou mais difícil a tarefa de pesquisa e desenvolvimento mais profícuo do tema.

Entretanto, muito embora a literatura jurídica tenha pouco se dedicado ao estudo mais detalhado do assunto, cotidianamente nos deparamos com atos legislativos praticados com desvio de finalidade, excesso ou desvio de poder por parlamentares. Tal fato revela a necessidade de se promover, de forma mais profunda, o debate a respeito do tema.

Nos atos legislativos praticados com desvio ou excesso de poder, o interesse público é inobservado para que os interesses de alguém ou de um grupo reduzido de pessoas possam ser privilegiados por leis caracterizadas como verdadeiros comandos legislativos individuais, em violação flagrante a princípios constitucionais que impõem ao agente público os deveres de honestidade, fidelidade ao interesse público e respeito à moralidade.

Não se pretende, neste trabalho, esgotar o estudo a respeito do tema. Ao contrário disso, o que se almeja é, simplesmente, tentar despertar a comunidade jurídica acerca da necessidade de se proceder a um debate mais aprofundado do assunto e, além disso, alertar os operadores do Direito, ou seja, Juízes, Promotores de Justiça, Advogados, Procuradores e Delegados de Polícia sobre a premência de se questionarem judicialmente as leis que se apresentam sob o manto de aparente legalidade, legitimidade, mas que, na realidade, ocultam interesses ilegítimos, contrários ao interesse público.

Objetiva também contribuir, ainda que singela ou modicamente, para que os estudos e avaliações possam ajudar na melhoria da sociedade em geral, e procura combater práticas violadoras do interesse público.

Assim, considerando que o tema principal do presente trabalho diz respeito à avaliação da responsabilidade do Estado e dos legisladores por atos legislativos praticados com desvio

de poder, é curial que avaliemos, ainda que de forma perfunctória, essa responsabilidade do Estado por atos legislativos, bem como as hipóteses em que o legislador pode ser responsabilizado por atos praticados desta forma.

1. NOÇÕES SOBRE A RESPONSABILIDADE DO ESTADO POR ATOS LEGISLATIVOS

1.1 Teoria da Irresponsabilidade estatal por atos legislativos

Tanto na doutrina nacional quanto na literatura jurídica estrangeira, o tema da responsabilidade do Estado por atos legislativos muita polêmica provocou e ainda hoje vem provocando calorosos debates.

A idéia inicial difundida no Brasil e no estrangeiro era a de que o Estado não seria responsável pelos atos legislativos causadores de prejuízos aos particulares.

No Brasil, a irresponsabilidade do Estado por atos legislativos foi defendida inicialmente por Cavalcanti (1960, p.436/437), o qual, embora analise e avalie a possibilidade de prejuízos poderem ocorrer em decorrência de leis inconstitucionais ou com caráter expropriatório, sustenta que o Estado seria irresponsável pela reparação, por força de decisão judicial, por danos decorrentes de atos legislativos. Segundo o autor: "Não nos parece sustentável que a responsabilidade do Estado por ato legislativo, ou, em outras palavras, que o Poder Judiciário obrigue o Estado a indenizar os efeitos dos atos legislativos, porque ao Poder Judiciário cabe, como função específica a criação de normas de convivência social, e não seria lícito atribuir a outro poder, esta competência.

Se o ato legislativo produz dano a terceiros, se as suas conseqüências podem causar prejuízo, ao próprio legislador cabe verificar e determinar os danos sujeitos a indenização e fixar as normas de equilíbrio econômico, a fim de restabelecer a justa distribuição dos prejuízos e dos encargos da coletividade."

Portanto, para o citado autor, o Estado somente poderia indenizar os prejuízos decorrentes de leis desde que o próprio Poder Legislativo reconhecesse e avaliasse os prejuízos causados; Não poderia o Poder Judiciário proceder a essa análise pois tal função não lhe caberia.

E o mesmo autor ainda cita um caso ocorrido no Brasil, em que, por força da Lei 4.981/65, a Empresa Revista do Supremo Tribunal Federal teve o contrato para publicação das decisões daquela corte de justiça anulado. Nesta hipótese, a indenização conferida à Revista foi deferida por meio de uma decisão legislativa em que a Câmara reconheceu os prejuízos suportados pela empresa, deferindo-lhe direito à indenização.

O mesmo pensamento é adotado por Meirelles (1991, p.553), o qual nega a possibilidade de responsabilizar o Estado por ato legislativo: "*O ato legislativo típico, que é a lei, dificilmente poderá causar prejuízo indenizável ao particular, porque, como norma abstrata, geral, atua sobre toda a coletividade, em nome da soberania do Estado, que, internamente, se expressa no domínio eminente sobre todas as pessoas e bens existentes no território nacional. Como a reparação civil do Poder Público visa restabelecer o equilíbrio rompido com o dano causado individualmente a um ou alguns membros da comunidade, não há falar em indenização da coletividade...Onde, portanto, o fundamento para a responsabilização da Fazenda Pública, se é a própria coletividade que investe os elaboradores da lei na função legislativa, e nenhuma ação disciplinar têm os demais Poderes sobre agentes políticos? Não encontramos, assim, fundamento jurídico para a responsabilização civil da Fazenda Pública, por danos eventualmente causados por lei, ainda que declarada inconstitucional.*"

No que concerne à avaliação histórica do assunto em âmbito mundial, segundo assinala Cretella Júnior (1998), a primeira notícia que se tem a respeito do reconhecimento da responsabilidade do Estado por atos legislativos, se deu no caso "*La Fleurette*", ocorrido na França, decidido pelo Conselho de Estado francês, em 14 de janeiro de 1998. No citado caso, uma lei que, para proteger a indústria de laticínios ameaçada de colapso total, vedava a fabricação de produtos possíveis de substituírem o leite. Com isso, atingiu poucas empresas e,

especificamente, a Companhia La Fleurette, a qual sofreu consideráveis prejuízos, tendo sido reconhecido o direito de ser ressarcida pelos prejuízos resultantes de tal lei.

Em consideração ao assunto, Di Pietro (2002, p.531) procurou resumir quais os argumentos invocados em defesa da tese da irresponsabilidade do Estado por atos legislativos. Segundo a autora, estes seriam os argumentos:

- "1. o Poder Legislativo atua no exercício da **soberania**, podendo alterar, revogar, criar ou extinguir situações, sem qualquer limitação que não decorra da própria Constituição;
2. o Poder Legislativo edita normas gerais e abstratas dirigidas a toda a coletividade; os ônus delas decorrentes são iguais para todas as pessoas que se encontram na mesma situação, não quebrando o princípio da igualdade de todos perante os ônus e encargos sociais;
3. os cidadãos não podem responsabilizar o Estado por atos de parlamentares por eles mesmo eleitos;"

Contudo, com o devido respeito, parecem-nos falíveis os citados argumentos que sustentam a tese da irresponsabilidade do Estado por atos legislativos, isso porque o primeiro argumento de que o Poder Legislativo atua em nome da soberania, podendo alterar, revogar ou extinguir livremente situações, não nos parece consistente, uma vez que, se fosse acolhido, o legislativo receberia poderes ilimitados para agir de acordo com a sua conveniência, podendo até mesmo desrespeitar a Constituição Federal.

Entretanto, é sabido que qualquer dos Poderes do Estado devem estrita observância à Constituição Federal, de modo que o exercício do poder soberano pelo Legislativo também há que encontrar limites no texto constitucional.

Por outro lado, em muitas oportunidades nos deparamos com o desvio ou excesso de poder na função legislativa, hajam vista leis elaboradas visando preservar o interesse de particulares em detrimento do interesse público. Nestas situações, não se pode admitir, pelo

uso anômalo da função legislativa, que a lei tenha sido criada no exercício do poder soberano do Estado.

O segundo argumento consiste no fato de que o Estado Legislador edita normas de caráter geral, abstrato, as quais devem ser cumpridas de forma igualitária por toda a sociedade, sem violação ao princípio da isonomia.

Tal argumento também não nos parece aceitável. Isso porque, muito embora o conceito mais aceito a respeito de lei seja o de que se trata de um preceito comum e obrigatório, aplicado a todos indistintamente, o certo é que, em muitas oportunidades, o comando legislativo tem destinatários certos, ou seja, a lei é elaborada visando atingir certas pessoas ou categoria de pessoas, as quais terão de suportar os efeitos da lei ou dela se beneficiarem. Trata-se, portanto, de leis de efeitos concretos, em muito assemelhando-se a atos administrativos de caráter normativo.

Nestas situações, em que certas pessoas são prejudicadas ou beneficiadas em contraposição a toda a sociedade que se coloca em situação diametralmente oposta, as características da generalidade e impessoalidade da lei deixam de existir, de modo que somente um ou alguns serão prejudicados ou beneficiados pelo comando legislativo.

Portanto, é evidente, em tais situações, estar violado o princípio da igualdade que mereceria ser observado de modo a reparar a situação de desigualdade criada pela lei, sendo viável de se reconhecerem os prejuízos causados por ela, ficando o Estado com a obrigação de reparar o dano feito ao particular lesado.

Por último, também não merece acolhimento a tese de ser o Estado irresponsável pelos atos legislativos, pelo fato de que foram os próprios cidadãos quem elegeram os parlamentares elaboradores da lei lesiva, uma vez que a delegação de poderes conferida pela população aos parlamentares não lhes confere o direito de criarem leis inconstitucionais,

praticadas, em algumas oportunidades, com desvio ou excesso de poder, visando beneficiar o interesse de poucos em detrimento do interesse público.

Nesta hipótese, de ser inconsistente o argumento da tese da irresponsabilidade estatal por atos legislativos, não somente o Estado ficaria obrigado a reparar o dano causado ao particular, como também o próprio parlamentar que concorreu, intencionalmente ou por culpa grave, para a elaboração da lei poderia, em certos casos, ficar obrigado a ressarcir o prejuízo causado ao Estado, em ação regressiva, como corolário da responsabilidade civil que lhe advém do ordenamento jurídico, em especial da Constituição Federal (artigo 37, § 6º), do Código Civil (artigo 186) e do Código de Processo Civil (artigo 133), este aplicado analogamente. Contudo, tal assunto será mais bem aprofundado em outra passagem deste trabalho, quando serão analisadas as responsabilidades civil, administrativa e penal do legislador.

Muito embora a tese de que o Estado seria irresponsável pelos atos legislativos praticados tenha, por muito tempo, predominado na doutrina, o certo é que esta tendência foi se alterando com o passar do tempo. Observou-se que os argumentos da tese da irresponsabilidade do Estado por atos legislativos, conforme alhures salientado, não eram suficientes para excluir a responsabilidade estatal, de modo que a doutrina e jurisprudência mais modernas filiaram-se, de maneira mais expressiva, à tese da possibilidade de responsabilização do Estado por atos legislativos.

1.2 Evolução do posicionamento doutrinário a respeito do tema

Conforme salientado, muito embora a doutrina se incline, atualmente, pela tese da possibilidade de responsabilizar o Estado por atos legislativos, o que ainda encontra fortes resistências, posto ser grande a preocupação de haver uma indevida intromissão do Poder Judiciário no Poder Legislativo, e de violar o princípio constitucional de separação de poderes, estabelecido no artigo 2º da Constituição da República como um dos princípios fundamentais da carta política.

Barros (1956) *apud* Cahali (1996, p.651), demonstra, de forma bem cristalina, a evidente preocupação em não se afrontar a autonomia do Poder Legislativo pelo Judiciário, quando, apesar de admitir a revisão judicial de um ato legislativo e a responsabilidade do Estado por tal ato, adverte que esta responsabilidade seria a última a ser admitida. Nesse sentido, adverte o autor: "a responsabilidade do Estado por dano resultante da aplicação da lei é a que no direito público surge cronologicamente em último lugar, tanto que inúmeras nações não a afirmaram."

Atualmente, a doutrina pátria admite, com certa uniformidade, que o Estado é responsável em indenizar os atos causados aos particulares em casos de leis declaradas inconstitucionais e de leis de efeitos concretos, cujos efeitos somente um ou alguns lesados suportam como destinatários certos.

Além disso, é lei inconstitucional aquela que se confronta com a Constituição Federal e, como tal, não opera efeitos jurídicos válidos. É, no conceito de Cretella Júnior (1987, p.197), "a lei que, no todo ou em parte, ofende a Constituição. É a lei- federal, estadual ou municipal- que conflita, de modo claro, com o que dispõe a Constituição Federal."

Os prejuízos causados aos particulares pelos efeitos operados pela lei inconstitucional devem, portanto, ser ressarcidos pelo Estado.

Por outro lado, as leis de efeito concreto, por colocarem em situação de desigualdade as pessoas lesadas, visto que somente estas lhes suportariam os efeitos indesejáveis da lei, pelos quais toda a coletividade se beneficiaria, também violariam o princípio constitucional da igualdade, estabeleceriam diferença odiável entre tais particulares e a sociedade. Em razão disso, citadas leis apesar de serem constitucionais na confrontação rígida com os demais preceitos constitucionais, no caso concreto, criam situação de desigualdade inadmissível, ensejando a responsabilidade do Estado em reparar o prejuízo causado aos particulares lesados. Tais hipóteses de atos legislativos causadores de indenização por parte do Estado são amplamente estudadas nas doutrinas nacional e estrangeira.

Em Portugal, *verbi gratia*, assinala Miranda (1993, p.263/264) que o Estado pode ser obrigado a reparar os prejuízos causados aos particulares por atos legislativos lícitos e ilícitos: "A generalidade da lei não obsta à subjectivação de eventuais prejuízos; e, desde que a Administração é obrigada a executar normas contrárias à Constituição, a obrigação de indemnizar recai unicamente sobre o Estado legislador.

Actos legislativos ilícitos são leis inconstitucionais (ou ilegais ou ofensivas de tratados), originariamente(nunca supervenientemente) que violem direitos fundamentais e em que se verifique culpa do legislador. Actos legislativos lícitos que envolvem responsabilidade serão, por exemplo, leis de nacionalizações, declarações de estado de sítio ou de emergência e leis-medidas que lesem direitos ou interesses das pessoas."

No Brasil, a possibilidade de ser o Estado obrigado a reparar os prejuízos causados por atos legislativos inconstitucionais é predominantemente aceito pela doutrina e jurisprudência.

Cretella Junior (1998), Di Pietro (2002), Cahali (1996), Medauar (2000), dentre outros ilustrados juristas admitem a responsabilidade do Estado por leis inconstitucionais. Esta última autora ainda cita um julgado do Supremo Tribunal Federal, no RE 153.464, de

setembro de 1992, em que consta a seguinte ementa: "O Estado responde civilmente por danos causados aos particulares pelo desempenho inconstitucional da função de legislar."

De igual forma, Stocco (1997, p.483) cita em sua obra outro julgado do Supremo Tribunal Federal que reconhece a responsabilidade do Estado por leis inconstitucionais: " 'O Estado responde civilmente pelo dano causado em virtude de ato praticado com fundamento em lei declarada inconstitucional.'(STF- Rel. Castro Nunes- RDA 20/42)."

É assente ainda na doutrina a existência de alguns requisitos para que o ato legislativo próprio declarado inconstitucional possa ensejar a responsabilidade patrimonial do Estado. O primeiro deles diz respeito à necessidade do prévio reconhecimento judicial da inconstitucionalidade da lei para que os seus efeitos deletérios possam ser ressarcidos pelo ente estatal.

Nesse sentido, merecem transcrição as lições de Cretella Júnior (1987, p. 198): "A lei inconstitucional tem dois momentos: antes (da declaração de inconstitucionalidade) e depois (da declaração de inconstitucionalidade). Se jamais o Poder Judiciário proclamar a inconstitucionalidade de uma lei, tudo se passa como se ela fosse constitucional, gerando todos os efeitos nela contidos, amparando os que a ela recorrem, pela presunção de constitucionalidade que informa todo texto do Legislativo. Decretada, entretanto, a inconstitucionalidade, todos os atos praticados durante sua vigência são considerados ilícitos, empenhando a responsabilidade civil do Estado em virtude do ato legislativo ilícito. Logo, ou nunca se declarou a inconstitucionalidade, ou a inconstitucionalidade foi declarada. Uma vez declarada, consideram-se dois momentos para efeitos da responsabilidade estatal.

Desse modo, a declaração de inconstitucionalidade constitui o *prius* indispensável da responsabilidade civil do Estado. Se o Judiciário não se pronuncia pela inconstitucionalidade e não anatematiza a lei conflitante com a Constituição, o preceito legal tem livre trânsito e se faz sentir em todo o meio social como se fosse perfeitamente válido.

O Estado é irresponsável se agir de conformidade com lei inconstitucional não questionada, já que milita a favor do dispositivo legal a presunção de constitucionalidade até que o Poder competente lhe proclame a inconstitucionalidade, invalidando-a quanto aos efeitos."

Em complemento ao exposto acima, entende Cahali (1996) que não é necessário para o ajuizamento da ação reparatória que a lei já tenha sido declarada inconstitucional pelo Poder Judiciário, mas que, no decorrer da lide levada a juízo, seja declarada inconstitucional pelo Poder competente como pressuposto necessário para o reconhecimento do direito à indenização.

É ainda de se questionar a possibilidade do reconhecimento de a inconstitucionalidade da lei ser decretada na própria ação de indenização, por meio do controle difuso de constitucionalidade de lei, *incider tantum*, com efeito meramente entre as partes litigantes.

Cahali (1996, p.658) tem posicionamento contrário à possibilidade de ser reconhecida a inconstitucionalidade da lei na própria ação reparatória de danos, por meio do controle difuso de constitucionalidade; consigna, assim, seu entendimento: "Portanto, nenhuma eficácia de *actio judicati* se pode atribuir à sentença que simplesmente recusou a aplicação da lei, fundando-se na sua inconstitucionalidade; pois, de outro modo, estar-se-ia permitindo até mesmo ação direta de indenização, com declaração incidente de inconstitucionalidade da lei, para reparação dos danos conseqüentes do ato legislativo que se pretende inconstitucional, buscando-se, na fase do conhecimento, um substitutivo da *actio judicati*; tal expediente não se afina com a sistemática constitucional e processual vigente."

Entretanto, com o devido respeito, não podemos concordar com a posição do ilustre escritor. Primeiro, porque o reconhecimento da inconstitucionalidade de uma lei com efeito entre as partes, via exceção, por qualquer órgão do Judiciário, é admitida no ordenamento jurídico brasileiro, especialmente na sistemática constitucional vigente. Em segundo plano,

impor como condição da ação reparatoria a declaração prévia de inconstitucionalidade da lei por via de ação direta de inconstitucionalidade, criaria uma indisfarçável e inadmissível violação ao princípio do acesso à justiça, estabelecido no artigo 5º, inciso XXXV, que estabelece que "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça do direito."

Desta forma, ao se exigir que, somente após o reconhecimento da inconstitucionalidade da lei em ação direta de inconstitucionalidade, poderia o interessado postular, judicialmente, a reparação dos prejuízos sofridos pelos efeitos da lei em questão, estar-se-ia depositando nas mãos dos órgãos elencados no artigo 103 da Constituição Federal, e legitimados a ajuizarem a referida ação, a possibilidade de o pedido de indenização do particular ser apreciado pelo Poder Judiciário, havendo assim inequívoca obstrução ao acesso à justiça, garantido como princípio de ordem constitucional no ordenamento jurídico pátrio.

Em conclusão, entendemos viável que o interessado possa, em ação reparatoria competente, questionar como questão incidental a inconstitucionalidade da lei, pugnando por seu reconhecimento, para que, ao final, seus efeitos lesivos no patrimônio do interessado possam ser reparados pelo Estado.

O outro requisito indispensável para a responsabilização estatal pelos danos causados por lei declarada inconstitucional é que tenha sido demonstrada a relação de causalidade entre seus efeitos e o prejuízo suportado pelo interessado, ou seja, é necessário que o interessado demonstre que o dano por ele suportado foi originário dos efeitos da lei declarada inconstitucional pelo Poder Judiciário.

Outra hipótese em que a doutrina foi paulatinamente reconhecendo como ensejadora da responsabilidade estatal, se dá no caso da lei de efeitos concretos, que acabam atingindo somente uma pessoa ou um grupo reduzido de indivíduos em benefício de toda a coletividade. Tal ato legislativo, apesar de lícito, por regular situação concreta, específica e atingir número

reduzido de pessoas, assemelha-se a verdadeiro ato administrativo com efeitos normativos, e se sujeita, portanto, à regulamentação jurídica própria dos atos administrativos.

Na Espanha, segundo Pérez (1996, p.48), também é admitida a responsabilidade estatal em atos legislativos lícitos, desde que causem prejuízos a certas pessoas. Adverte o autor o seguinte: "La responsabilidad del Estado legislador se ha planteado normalmente cuando se han promulgado leyes de las que se han derivado perjuicios patrimoniales para un sector de la población que se encontraba en la misma situación (leyes sobre nacionalización, leyes implantando monopolios o calificando de dominio público bienes que antes lo eran patrimoniales...). Y los argumentos aducidos a favor y contra de la responsabilidad patrimonial del Estado y consiguiente obligación de indemnización se han repetido en la doctrina de los distintos países."

"El principio de igualdad ante las cargas públicas- consagrado prácticamente en todas las Constituciones- ha sido el fundamento comúnmente aducido a favor de la obligación del Estado de indemnizar los daños derivados de la aplicación de una ley. Si una ley impone a una serie de personas un sacrificio patrimonial, hay que suponer- aunque sea mucho suponer- que el pueblo soberano, a través de sus representantes, lo ha impuesto en beneficio de la Comunidad. Luego si es la Comunidad, toda la Comunidad, la beneficiaria de los resultados obtenidos por la aplicación de la ley que ocasiona unos daños, por qué estos daños van a ser soportados solamente por algunos ciudadanos y no por la generalidad a través del sistema tributario?"

E arremata o autor: "En definitiva, el fundamento último no es outro que el imperativo de la Justicia, como es la reparación de toda situación injusta sufrida por la víctima."

No Brasil é também uniforme a doutrina em admitir a possibilidade de reparação, pelo Estado, do dano causado pelo ato legislativo de efeitos concretos. Nesse sentido é o

entendimento de Cretella Júnior (1998), Cahali (1996), Di Pietro (2002), Medauar (2000), Mukai (1999), Moreira Neto (2001), dentre outros.

A reparabilidade do dano pelo Estado, no presente caso, na doutrina nacional, na mesma esteira de entendimento do citado autor espanhol, fundamenta-se em razão da necessidade de se preservar o princípio constitucional da igualdade e pelo próprio fundamento de Justiça. Ora, se o ato legislativo impõe sacrifício ou prejuízo a uma pessoa ou a um grupo reduzido de pessoas em benefício de toda a coletividade, por que somente este grupo reduzido de pessoas ficaria obrigado a assumir os prejuízos de uma medida legislativa que beneficia a todos?

Por medida de Justiça, é razoável que toda a sociedade, através dos recursos do erário, arrecadados por meio de impostos, divida a responsabilidade pelos efeitos danosos do ato legislativo com aquelas pessoas lesadas.

1.3 Posição doutrinária atual acerca da responsabilidade do Estado por atos legislativos

Até o presente momento, procuramos demonstrar a evolução do entendimento da doutrina e mesmo da jurisprudência a respeito da responsabilidade do Estado por atos legislativos.

Pudemos observar que a responsabilidade do Estado por atos legislativos, que a princípio era inadmitida, passou, paulatinamente, a ser aceita, sendo uniforme o entendimento atual da doutrina da possibilidade de responsabilizar o Estado por atos legislativos inconstitucionais e por leis de efeitos concretos, onde a lei deixar de ter as características de generalidade e abstração.

Também, o que se pode observar na doutrina mais moderna no Brasil e no estrangeiro, através dos trabalhos específicos a respeito do tema, é que se tem admitido igualmente o reconhecimento do excesso de poder em atos legislativos e a conseqüente obrigação estatal de reparar os danos advindos deste ato.

A análise e reconhecimento do excesso de poder em atos legislativos como pressuposto indispensável para a responsabilização estatal por tal motivo, demanda necessária intervenção do Judiciário na aferição da discricionariedade do legislador, oportunidade em que o julgador passa a analisar questões não meramente formais atinentes à elaboração da lei, mas questões quanto à motivação, à causa e aos objetivos da lei em apreciação, em confrontação com os princípios e fins traçados na Constituição Federal.

Trata-se, sem dúvida, de uma avaliação de certa forma arrojada do Judiciário em frente da atuação do órgão legislativo e que demanda do julgador um trabalho de indisfarçável responsabilidade, posto que ele avalia questões de ordem material atinentes à elaboração da lei, devendo sempre ter a cautela de não invadir, indevidamente, a esfera de atuação do legislador e dos poderes autônomos que são deferidos ao Legislativo.

Entretanto, para que possamos estudar de forma mais aprofundada a questão acima ventilada, é de suma importância façamos um estudo detalhado do excesso ou desvio de poder no Direito Administrativo, o que em muito nos auxiliará para tentarmos compreender o problema na seara de atividade do legislador, sem olvidarmos ainda ser este (o legislador) considerado agente público político e serem os fundamentos da teoria do desvio de poder plenamente aplicáveis à sua atuação legislativa.

2. O DESVIO DE PODER NO DIREITO ADMINISTRATIVO

Questão interessante e de suma importância a ser abordada diz respeito ao abuso de poder no Direito Administrativo. O estudo, contudo, visa dar a exata dimensão do tema na seara do Direito Administrativo como forma de viabilizar a abordagem do desvio de poder na prática de atos legislativos. Essa expressão desvio de poder, sob o ponto de vista gramatical, nos dá a idéia do uso indevido, deturpado do poder pelo agente público.

O Estado, para o desempenho de suas atividades, investe de poderes os agentes públicos para atuar bem e fielmente em seu nome. Tais agentes ficam assim obrigados a cumprir uma gama variada de deveres inerentes ao exercício do cargo que ocupam, exercendo muitas vezes verdadeiros *múnus público*.

Meirelles (1991) elenca alguns deveres impostos ao administrador público no exercício de suas funções. Dentre eles podemos citar os seguintes: a) o poder-dever de agir, o qual é imposto ao agente público no exercício do cargo público, não podendo omitir-se em prejuízo do serviço público e da sociedade quando as circunstâncias impõem a sua atuação; b) o dever de eficiência, consistente na imposição de o agente público, no exercício de suas atividades, agir sempre com presteza, perfeição e rendimento funcional. Note-se que tal dever, devido a sua destacada importância, foi hodiernamente erigido à categoria de princípio constitucional por meio da emenda constitucional n. 19, de 4-6-1998; c) dever de probidade, consistente na obrigação de o agente público agir com lisura, honestidade, sem se valer de suas funções para alcançar fins ilícitos, proscritos por lei. Tal princípio também está estabelecido no artigo 37 da Constituição da República como sendo um dos que devem nortear a atuação da administração pública e, conseqüentemente, também do agente público, inclusive do agente político; d) o dever de prestar contas de sua atuação funcional, posto que o agente público, gerindo bens e interesses alheios, fica, conseqüentemente, com o dever de prestar contas de sua atuação ao destinatário final de sua atividade, a própria sociedade.

Outrossim, além dos deveres acima ventilados, fica o agente público obrigado a exercer o poder que lhe é conferido pelo Estado quando ocupante de um cargo público nos estritos limites da legalidade, da moral, da boa-fé e de todos os princípios gerais do direito.

Como é sabido, para que o agente público exerça o seu poder-dever de agir quando as circunstâncias exigirem, mister se faz que exerça parcela do poder que o Estado lhe confere e que o exercício de tal poder se realize de forma adequada, moderada, nos estritos limites da lei, dos princípios gerais do direito e vise atender o fim essencial de sua atividade, que é a satisfação plena do interesse público.

O agente público, que, no exercício do poder recebido do Estado, deixa de observar os limites impostos pela lei, pelos princípios gerais do direito ou se desvia do interesse público a ser perseguido, age com evidente excesso ou desvio de poder. Tais usos anômalos do poder devem ser reparados pela própria administração ou por reconhecimento de decisão judicial, além de poder sujeitar-se o agente público às penalidades administrativas, civis ou mesmo penais previstas em lei para reprimir sua conduta.

O desvio de poder é, no entendimento de Cretella Júnior (1978, p.15), "...expressão que, à letra, em conjunto, significa, portanto, o seguinte: afastamento na prática de determinado ato; poder exercido em direção diferente daquela vista da qual a lei estabeleceria; distorção de finalidade; distorção de fim, direção diversa da que deveria ter."

O conceito de desvio de poder parece ser igualmente encontrado em vários outros países. Na Espanha, Pérez (1983, p.46/47), ao tratar do assunto define o seguinte: "La desviación de poder, correctamente delimitada en el artículo 83.3, de la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa, consiste en el ejercicio de potestades administrativas par fines distintos de los fijados por el Ordenamiento jurídico."

E ainda o mesmo autor entende que o exercício anômalo do poder pelo agente público, desviando-se dos fins estabelecidos por lei, consiste também em violação do princípio da boa-fé.

Por sua vez, Rivero (1981, p.290), denuncia a ocorrência do desvio de poder na seguinte situação: "Há desvio quando o fim perseguido, se bem que de interesse geral, não é o *fim preciso que a lei atribuía ao acto*. O exemplo típico é o da utilização pelo Maire dos seus poderes de polícia, não para manter a ordem, mas para aumentar os rendimentos da comuna (C.E, 4 de julho de 1924, *Beaugé*, pág. 641: ao proibir aos banhistas que se despissem fora das cabines municipais pagas, instaladas na praia, o Maire teve em vista, não a decência pública, mas o interesse financeiro da comuna)."

Digno de observação o tratamento dado ao desvio de poder em Portugal, onde este somente poderia ocorrer no exercício de poderes discricionários, o que o desvincula de sua aplicação em atos vinculados, segundo se observa da lição de Caetano (1991, p.506) nos seguintes termos: "O elemento do acto que este vício afecta é o fim; ora esse elemento só tem autonomia na medida em que o acto seja produto de exercício de poderes discricionários; logo o desvio de poder é exclusivo dos actos em que hajam sido exercido poderes discricionários. Assim o entendeu também o legislador português quando, pela primeira vez, consagrou este vício no Direito positivo, ao defini-lo indirectamente como exercício de *faculdades discricionárias fora do seu fim*."

Em França, Hauriou (1921) faz uma vinculação do desvio de finalidade ao excesso de poder ao abordar o exercício dos recursos por tal motivo. O excesso de poder seria instituto mais amplo, onde estaria incluído o desvio de finalidade, a incompetência do agente, a violação das formas e mesmo a violação das leis.

Nota-se, portanto, que a expressão desvio de poder, segundo a melhor posição doutrinária no Brasil e no estrangeiro, vincula-se à idéia de desvio de finalidade, utilização do poder para fins não permitidos por lei e que se distanciem do interesse público.

Importante questão a ser abordada na doutrina pátria, segundo o ilustre jurista francês, é a de saber se as expressões excesso ou desvio de poder são sinônimas.

Em nosso entender, os conceitos são divergentes. A idéia vinculada ao excesso de poder é a da extrapolação, extravasamento do exercício do poder pelo agente público, que pode ser manifestado pela realização do ato sem a necessária competência; extrapolação dos limites da competência conferida ou mesmo, pelo uso indevido do poder que lhe fora assegurado mediante o desvio do poder. O abuso de poder nos parece estar intimamente ligado à arbitrariedade pelo agente público.

O desvio de poder, por sua vez, refere-se ao exercício viciado do poder, com distanciamento dos fins a que foram propostos pela lei, princípios gerais do direito e boa-fé. O desvio de poder se prende à idéia de desvio de finalidade. Portanto, o excesso de poder seria o gênero do qual é integrante o desvio de finalidade, que é considerado a espécie.

Cretella Júnior (1978) diferencia, de forma didática, excesso de poder de desvio de poder: "Se o *extravasamento* do poder discricionário se faz de maneira clara, em profundidade, temos o 'abuso' ou 'excesso' de poder; se o extravasamento é disfarçado com a máscara de legalidade, temos o 'desvio de poder'".

2.1 Considerações sobre a teoria do desvio de poder

Bandeira de Mello, Celso Antônio (1992, p.127) cita dois modos em que o desvio de poder pode se manifestar: "a) quando o agente busca uma finalidade alheia ao interesse público. Isto sucede ao pretender usar de seus poderes para prejudicar um inimigo *ou para beneficiar a si próprio ou amigo*; b) quando o agente busca uma finalidade- ainda que de interesse público- alheia à 'categoria' do ato que utilizou."

Entretanto, para que se possa analisar e avaliar se o agente público se distanciou, na sua atividade, dos fins estabelecidos pelo legislador ou se privilegiou interesses particulares em detrimento do interesse público, é mister que o julgador faça uma apreciação dos fatos e circunstâncias, ainda quando o agente público esteja no exercício de seu poder discricionário, para identificar se o desvio ou excesso de poder ocorreram.

Para a apuração de eventual desvio de poder, portanto, considerando que esta modalidade de mau uso do poder público, na maioria das vezes, é mascarada por interesses subalternos que não são detectados à primeira vista, deve o Juiz procurar perquirir os verdadeiros motivos, causas da prática do ato administrativo e fazer uma análise aprofundada dos fatos e, principalmente, das evidências, indícios que demonstrarão o real interesse do agente público ao agir.

Em síntese, é curial que o julgador faça análise e avaliação dos fins, motivos ou causas e objeto do ato administrativo, ou seja, do mérito do ato administrativo, para que possa defrontá-lo com os fins almejados pelo legislador ou para saber se o ato atingiu a finalidade pública de que deveria revestir-se necessariamente.

O mérito do ato administrativo, segundo entendimento de Meirelles (1991), se consubstancia na valoração dos motivos e na escolha do objeto do ato feitas pela

administração; É, pois, no mérito administrativo que reside a discricionariedade na atuação do agente público.

O mesmo Meirelles (1991, p.130) define o motivo ou causa do ato administrativo como sendo "a situação de direito ou de fato que determina ou autoriza a realização do ato administrativo. O motivo, como elemento integrante da perfeição do ato pode vir expresso em lei, como pode ser deixado ao critério do administrador. No primeiro caso será um elemento vinculado; no segundo, discricionário, quanto à sua existência e valoração."

Quando o agente público pratica um ato com o motivo ou causa já previamente estabelecido em lei, praticando verdadeiro ato vinculado, mais facilmente poderá ser observado se houve desvio de poder, pois poderão ser confrontados os motivos aparentes do ato realizado com aqueles previamente fixados em lei ou em ato normativo.

Entretanto, no ato discricionário, a prova do desvio de poder é mais difícil de ser obtida, posto que seus motivos e causas não são pré-determinados em lei e, conforme já salientado, geralmente o desvio de poder pelo agente público é praticado sob o manto aparente de legalidade, ou seja, à primeira vista o ato parece ter sido praticado visando atingir os motivos e causas almejados pela lei, no entanto, em análise mais profunda dos motivos reais do ato, percebe-se que a intenção do agente público era diversa da que o interesse público exigia.

Interessante exemplo é citado por Meirelles (1991), quando aponta o caso *Lesbats*, ocorrido na França em 1864, onde o Conselho de Estado anulou a decisão do Prefeito de Fontainebleau que proibia a recorrente de estacionar seus carros no pátio da estação ferroviária, sob o motivo aparente de que a proibição visava regular o estacionamento de ônibus no local. Entretanto, os motivos reais, verdadeiros da decisão do Prefeito, após análise acurada dos fatos, era a de favorecer a outra empresa transportadora de passageiros, quando a lei não lhe conferia tal poder.

Em se tratando de ato discricionário, quando os motivos e causas não estão estabelecidos em lei, é necessário estudo mais detalhado do caso pelo Poder Judiciário ou pela própria Administração ao rever o ato, posto que mais facilmente poderão ser ocultados os verdadeiros motivos da realização do ato questionado.

Note-se que o citado autor classifica motivo ou causa do ato administrativo como sendo expressões sinônimas. Contudo, Bandeira de Mello, Celso Antônio (1992, p.128) faz didática distinção em seu entendimento entre ambos, na seguinte forma: "Com efeito: motivo é o pressuposto de fato; causa é a relação entre ele e o conteúdo do ato em vista da finalidade que a lei lhe assinalou como própria."

Interessante questão a ser observada nesta passagem do presente trabalho diz respeito à teoria dos motivos determinantes e sua correlação com a teoria do desvio de poder.

Bandeira de Mello, Celso Antônio (1992, p.125) procura demonstrar a teoria dos motivos determinantes: "De acordo com esta teoria, os motivos que determinam a vontade do agente, isto é, os fatos que serviram de suporte à sua decisão integram a validade do ato. Sendo assim, a invocação de 'motivos de fato' falsos, inexistentes ou incorretamente qualificados, vicia o ato mesmo quando, conforme já se disse, a lei não haja estabelecido, antecipadamente, os motivos que ensejariam a prática do ato. Diante dito, se o agente enunciar os motivos em que se calçou, ainda quando não esteja obrigado a enunciá-los, o ato só será válido se estes realmente ocorreram."

Portanto, segundo a teoria dos motivos determinantes, ainda que estes não sejam vinculados por lei, ou seja, a lei não tenha estabelecido quais os motivos para a prática do ato, a partir do momento em que estes foram expostos pelo administrador, fica ele obrigado a observá-los rigorosamente, sob pena de invalidade do ato.

Por outro lado, a teoria do desvio de poder se funda no fato de um ato ter sido praticado visando satisfazer finalidade diversa à sua natureza, distanciando-se, portanto, do fim que deveria ser observado.

Portanto, a teoria dos motivos determinantes seria uma inobservância dos motivos estabelecidos para o ato pelo administrador, enquanto que a teoria do desvio de poder ocorreria quando o fim estabelecido para o ato seria olvidado pelo agente público que o realizou.

Ambas as situações acima especificadas, em nosso entendimento, seriam formas de desvio de poder no ato administrativo, sendo uma concernente ao motivo e a outra relacionada ao fim do ato administrativo.

Contudo, Cerquinho (1979, p.69) entende que motivo e fim do ato administrativo não devem ser confundidos para ocasião de invalidação deste. Segundo a autora citada "Concebemos a pesquisa do motivo, para fins de anulação do ato eivado de desvio de poder, somente como um meio de possibilitar ao Judiciário a prova da ocorrência deste vício, e não, como meio autônomo de anulação, vindo a substituir aquele próprio do desvio de finalidade."

Quanto ao objeto do ato administrativo, Cretella Júnior (1978, p.50) o define como sendo "o efeito produzido imediatamente e diretamente pelo ato."

Zanobini *apud* Meirelles (1991, p.131) procura definir o objeto do ato administrativo da seguinte maneira: "l'oggetto dell'atto amministrativo è la cosa, l'attività, il rapporto, di cui esso si occupa e per cui dispone, giudica, attesta quanto risulta dal suo contenuto."

O mesmo renomado autor brasileiro entende que o objeto do ato administrativo seria o próprio conteúdo do ato, mesma expressão que é utilizada por Bandeira de Mello, Celso Antônio (1992).

O conteúdo do ato administrativo ou legislativo, que mais nos interessa no presente trabalho, deve sempre atender aos fins e motivos que lhe foram designados, sob pena de incidir em desvio de poder.

Por último, o fim do ato administrativo ou mesmo do ato legislativo é sempre o interesse público. Qualquer ato realizado por uma autoridade administrativa, legislativa ou mesmo judiciária que se desvie desse fim, estará incidindo verdadeiramente em desvio de finalidade ou desvio de poder

Portanto, para que se possa avaliar se ocorreu desvio de poder na atuação do agente administrativo, é necessário que a própria Administração ou o Poder Judiciário faça a análise acurada dos elementos acima estudados, procurando descobrir se a atuação do agente público atendeu aos motivos e fins estabelecidos em lei e se o conteúdo do ato não se distanciou dos balizamentos estabelecidos para a sua atuação.

2.2 A Prova do Desvio de Poder

Segundo a lição de Amaral Santos (1990, p.327), "provar é convencer o espírito da verdade respeitante a alguma coisa."

O mesmo autor ainda informa que a prova tem um objeto, uma finalidade e um destinatário. O objeto seria o que se pretende provar; a finalidade a formação da convicção de alguém e o destinatário pode ser o terceiro, terceiros ou o próprio agente da transformação.

Conforme já salientado em outra passagem deste trabalho, o ato administrativo, judicial ou legislativo praticado com desvio de poder, em regra, não possui evidências consistentes de que os motivos e os fins do ato estão em dissonância com os estabelecidos em lei ou que sejam contrários ao interesse público. É preciso, pois, que se investigue com precisão qual o verdadeiro móvel do ato, o seu real fim, para saber se ele se revestiu de absoluta legalidade e se o agente público agiu nos estritos limites dos poderes que recebeu do Estado para agir em seu nome e em seu interesse.

Como geralmente a prova do desvio de poder na prática do ato administrativo não é de fácil obtenção e o ônus da prova dos fatos constitutivos do direito incumbe ao autor da denúncia da irregularidade (Código de Processo Civil, artigo 333, inciso I), cumpre também a ele valer-se de todos os meios de prova em direito admitidos para que seja demonstrada a irregularidade ou ilegalidade na execução do ato.

É preciso ainda que o autor da denúncia, isto é, a pessoa interessada em demonstrar que o ato foi praticado com desvio de poder, comprove, de forma consistente, a ocorrência do desvio de poder, pois conjecturas ou denúncias não calcadas em elementos probatórios consistentes podem ser confundidas com meros atos de inconformismos com a postura

adotada pelo agente público ou ato de revanchismo por inimizade pessoal ou outro motivo qualquer.

Cretella Júnior (1978, p.105) procurar destacar os "móveis" do desvio, ou seja, quais os motivos da prática do desvio de poder pelo agente público. O ato administrativo sempre deve objetivar atingir o interesse público, que é a finalidade precípua de toda atuação de qualquer agente público. Contudo, os móveis pessoal, político ou religioso podem motivar o agente público a desviar-se do fim do ato administrativo que deveria perseguir.

Segundo o citado autor, "o móvel pessoal, que afeta o fim do ato, pode ser o interesse econômico do autor, ou qualquer tipo de inimizade, ódio, vingança pessoal."

"O móvel político é decisão da autoridade para prejudicar ou eliminar adversário que pensa de modo diferente, em matéria governamental."

Visando ilustrar adequadamente o assunto, é interessante trazermos à colação o seguinte aresto proferido pelo Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, onde se reconheceu desvio de poder em ato legislativo motivado por interesse político dos legisladores:

"VEREADOR - Remuneração - Redução após a proclamação dos resultados das eleições - Inadmissibilidade - Ato nulo, pois praticado com vício de competência - Desvio de poder configurado - Recurso provido. Como se não permite a majoração dos próprios vencimentos, por vereadores que já possam saber de sua reeleição, também não se chancela expediente em que, por vingança, na falta de reeleição, venham os vereadores, no final de sua legislatura, reduzir os subsídios para a próxima legislatura, afetando os eleitos, maliciosa e ilegalmente. (Relator: Benini Cabral - Apelação Cível n. 195.980-1 - Itatiba - 21.10.93)"

Por último, o "móvel religioso é qualquer medida favorável ou contrária a determinada religião, em confronto com outra, atingida por reflexos diretos do ato."

Quanto a este último móvel que leva o ato a ser praticado com desvio de poder, o autor cita o exemplo de uma igreja evangélica que foi desapropriada, não por utilidade pública, mas por motivos religiosos, o que eivou de ilegalidade o ato administrativo.

Para se comprovar a ocorrência do desvio de poder no ato administrativo ou que os móveis do agente se distanciaram dos motivos e finalidades estabelecidas em lei para a prática do ato, conforme ressaltado acima, o interessado pode se valer de todos os meios de prova em direito admitidos. E não existe tarifação das provas, posto que todas podem ser importantes para comprovar os fatos, visto que vige no ordenamento jurídico pátrio o princípio do livre convencimento do juiz, que pode se ater àquelas provas que se demonstrem mais adequadas e suficientes para convencê-lo da ocorrência ou não dos fatos, da existência ou não do direito alegado.

Contudo, devido à natureza da irregularidade que se pretende demonstrar, as provas que mais se afiguram pertinentes para a comprovação do desvio de poder seriam as provas testemunhal, documental, a confissão e a prova indiciária, ou seja, a prova circunstancial dos fatos que ensejaram a prática do ato pelo agente público.

Sayagués Laso *apud* Cretella Júnior (1978, p.102) destaca a importância de tais meios de prova para a demonstração do desvio de poder: "*A prova do desvio de poder deve encontrar-se na documentação que figura no expediente administrativo, o que se incorpora, desde logo, nesse expediente jurídico. Também se admite a prova testemunhal, assim como a prova indiciária, mas apreciando-as com critério restritivo e exigindo-se que as presunções sejam graves, concordes e precisas.*"

Segundo Amaral Santos (1990, p.451), "A testemunha é uma pessoa distinta dos sujeitos processuais que, convidada na forma da lei, por ter conhecimento de fato ou ato controvertido entre as partes, depõe em juízo, para atestar a sua existência."

A prova testemunhal pode se revelar importante para comprovar que o agente público, na prática do ato administrativo, agiu impelido por motivo desconforme à lei, visando atingir finalidade diversa para a qual foi estabelecida para o ato.

Pode a prova testemunhal, por exemplo, demonstrar que o agente público era inimigo da parte que foi prejudicada pela prática do ato ou que, ao contrário, era amigo íntimo da parte beneficiária do ato. Tal demonstração, aliada a outros meios de prova conseguidos pelo interessado, pode convencer o juiz de que os motivos e fins reais objetivados pelo agente público na prática do ato administrativos eram pouco nobres, ou seja, eram os de beneficiar ou prejudicar certa pessoa em razão de inimizade capital ou amizade íntima denunciadas por meio da prova testemunhal.

Entretanto, a prova testemunhal, exclusivamente, pode se revelar frágil ou insuficiente para demonstrar a ocorrência do desvio de poder no ato administrativo. Uma, porque a demonstração do desvio de poder deve ser consistente, de forma a não deixar dúvidas quanto ao real fim ou motivo do ato. Segundo, pois a testemunha convocada em juízo pode ter também interesse na causa por ser amigo íntimo, inimigo capital de uma das partes ou mesmo tenha sido induzida a cometer o perjúrio para prejudicar ou beneficiar uma das partes.

Outrossim, merece destaque a importância da prova documental na demonstração do desvio de poder no ato administrativo. É geralmente por meio dela que se consegue obter elementos de convicção consistentes da ocorrência do desvio de poder no ato administrativo.

Nery Júnior; Andrade Nery (1996, p.780) ensinam que "O termo prova documental abrange os instrumentos e os documentos, públicos e privados. Qualquer representação material que sirva para reconstituir e preservar através do tempo a representação de um pensamento, ordem, imagem, situação idéia, declaração de vontade, etc. pode ser denominado **documento**."

Um documento onde estejam expressos, por exemplo, a convicção política, religiosa ou mesmo um interesse econômico ou sentimento de amizade ou inimizade do autor do ato administrativo, pode ser apto, por si só, a demonstrar que o motivo e o fim do ato praticado não eram aqueles estabelecidos e desejados pela lei ou que estejam distantes do interesse público a ser perseguido.

De igual forma, também a confissão se trata de um importante meio de prova para demonstrar que o agente público, na prática do ato administrativo, objetivou fins diversos daqueles que foram estabelecidos para o ato, atuando com desvio de poder.

Ora, se o próprio agente público confirma que o escopo de sua atuação ao praticar o ato administrativo era o de, *verbi gratia*, prejudicar seu inimigo político e não atender o interesse público que precisa nortear sua atuação, evidentemente que o ato deve ser anulado pela própria administração ou pelo Poder Judiciário, quando invocado pelo interessado para tanto.

Tais meios de prova são considerados como provas diretas na expressão de Mirabette (1992), ou seja, quando o fato é revelado sem a necessidade de qualquer processo lógico construtivo, o que não ocorre com a prova indireta, onde a representação do fato se faz através de uma construção lógica.

Entretanto, muito embora os meios de prova acima elencados sejam de suma importância para a demonstração do desvio de poder no ato administrativo, talvez o mais importante e que se revele mais adequado para comprovação do desvio de prova sejam os indícios e as presunções, considerados como meios de prova indireta.

Conforme exhaustivamente já salientado, em geral, o agente público que age com desvio de poder não atua de forma acintosa, às escâncaras, de maneira a deixar provas marcantes de sua conduta ilegal; Visa ocultar os reais objetivos ou propósitos de sua atuação para não propiciar a anulação de seu ato.

Diante disso, a prova circunstancial dos fatos, os indícios e as presunções assumem especial importância na demonstração do desvio de poder na atuação do agente público.

Dellepiane *apud* Amaral Santos (1990, p.497), procurou definir indício da seguinte forma: "Chama-se indício todo rasto, vestígio, pegada, circunstância e, em geral, todo fato conhecido, ou seja, devidamente provado, suscetível de conduzir, por inferência, ao conhecimento do fato desconhecido."

E o mesmo processualista brasileiro, ao invocar Carnelutti, procurou conceituar presunções desta forma: "Presunções são consequências deduzidas de um fato conhecido, não destinado a funcionar como prova, para chegar a um fato desconhecido."

Monteiro (1999) procurou, de forma didática, fazer a diferenciação entre presunção e indício. Este seria o fato conhecido de que se tira a presunção; Um seria a premissa e outra, o resultado.

Como geralmente o desvio de poder é evidenciado por meio de indícios e presunções, Cretella Júnior (1978, p.108) procurou sintetizar quais seriam os sintomas denunciadores do desvio de poder, ou seja, quais seriam os indícios e presunções que revelariam estar o agente público agindo com desvio de poder na prática do ato. São os seguintes os indícios ou sintomas do desvio de poder: " 'contradição do ato com atos posteriores'; 'contradição do ato com atos anteriores'; 'motivação exagerada'; 'motivação contraditória'; 'motivação insuficiente'; 'alteração dos fatos'; 'ilogicidade manifesta'; 'manifesta injustiça'; 'disparidade de tratamento'; 'derrogação de norma interna'; 'precipitação com que o ato foi editado'; 'inexistência, de fato, dos motivos apresentados pelo administrador para justificar a decisão tomada'; 'desigualdade de tratamento dispensada aos interessados'; 'caráter sistemático de certas proibições'; 'caráter geral atribuído à medida que deveria permanecer particular'; 'circunstâncias locais que antecederam a edição do ato'; 'feixe convergente de indícios'."

Considerando que o trabalho do citado jurista conseguiu sintetizar várias formas de evidenciar quando o agente público está praticando o ato com desvio de poder, é interessante anotarmos, resumidamente, um a um, os sintomas do desvio de poder.

Segundo Cretella Júnior (1978), a "contradição do ato com atos posteriores" seria uma forma de se evidenciar o desvio de poder quando a administração edita vários atos simultâneos ou sucessivos com objetivos contraditórios entre si. E o autor cita o exemplo do caso julgado pelo Tribunal de Alçada de São Paulo, onde um certo Prefeito demitiu funcionário público nomeado em caráter efetivo, sob o argumento de as finanças da Prefeitura não serem boas devido ao excessivo número de funcionários. Entretanto, menos de um mês depois, dezenas de nomeações foram feitas pelo mesmo Prefeito.

Outro sintoma denunciador do desvio de poder, segundo o mesmo autor, consiste na "contradição do ato com manifestação anterior de vontade do mesmo órgão". Nesta hipótese, o autor, embasado na melhor doutrina italiana, especialmente em Zanobini, cita os seguintes exemplos: "a punição disciplinar aplicada a alguns funcionários em virtude de fato que, em circunstância anterior, a mesma autoridade não considerara punível; ou a licença forçada ou demissão de funcionário por incapacidade, quando, pouco tempo antes, eram confiados a este encargos delicados e importantes e forma manifestada a satisfação da autoridade pelo modo louvável com que o funcionário os houvera resolvido."

Também as motivações "inexistente", "insuficiente", "exagerada" ou "contraditória", são sintomas denunciadores do desvio de poder pelo agente público na prática do ato.

É através da motivação dos atos administrativos que podem os interessados saber os motivos que levaram a autoridade administrativa a realizar o ato e é através da motivação que podem os administrados saber se houve a perfeita correlação entre os motivos da realização do ato e a efetiva forma de sua realização, ou seja, para que haja o controle externo da administração.

Di Pietro (1991, p.152), enfatiza, de forma bastante incisiva, a necessidade de ser o ato administrativo motivado: "A motivação, embora não inserida expressamente na Constituição Federal entre os princípios impostos à Administração Pública, está nela implícita, porque é inerente ao princípio da legalidade e, em especial, ao do devido processo legal; e é indispensável até para que os cidadãos possam exercer o seu direito à informação, pois, sem a motivação, não lhes é possível conhecer as razões que serviram de fundamento à decisão administrativa;"

A falta de motivação ou a motivação insuficiente, portanto, além de dificultar o controle do ato administrativo, impedindo o cidadão de entender os motivos da decisão administrativa, pode ser indício de que a omissão na fundamentação se constitua numa forma de ocultar os reais interesses escusos, alheios ao interesse público, que motivam o ato do agente público.

De igual forma, também a motivação exagerada do ato pode constituir indício de desvio de poder.

Cretella Júnior (1978) enfatiza que a superabundância de motivos para a prática do ato pode evidenciar suspeita sobre a pureza da apreciação daquele que o editou, pois o agente que necessita realizar um ato com base no interesse público não precisa super motivar o ato para sua edição. E ainda cita o exemplo do caso de uma desapropriação ocorrida, em Salvador, Bahia, onde um imóvel residencial foi desapropriado, sob o fundamento de utilidade pública, para que nele fosse instalada uma escola-parque. E, exatamente, devido a quantidade excessiva de considerandos utilizados para motivar o ato, Manoel Gonçalves Ferreira Filho *apud* Cretella Júnior (1978) apresentou parecer jurídico entendendo ter ocorrido desvio de poder.

Também a motivação contraditória constitui-se um dos sintomas denunciadores do desvio de poder no ato administrativo.

A falta de nexos ou ilogicidade manifesta entre os motivos apresentados para a prática do ato administrativo podem denunciar o desvio de poder na prática do ato.

O mesmo Cretella Júnior (1978) cita que a doutrina italiana é unânime em reconhecer que a motivação ilógica, contraditória constitui-se em "sintoma inequívoco" da presença de desvio de poder. Além disso, ainda cita o mesmo caso da desapropriação ocorrida na cidade baiana, onde também a ilogicidade dos motivos de desapropriação levaram o citado ilustre parecerista a entender que o ato fora praticado com desvio de poder, recomendando a sua anulação.

A alteração dos fatos, uma das formas de se evidenciar a ocorrência do desvio de poder no ato do agente público, verifica-se quando os fatos que embasaram a decisão da autoridade administrativa não ocorreram ou ocorreram de forma diversa de como, efetivamente, ocorrera.

O intérprete da atuação administrativa faz uma análise dos motivos que ensejaram a prática do ato e os confronta com os fatos que alicerçaram a decisão administrativa. Na revisão dos fundamentos fáticos que serviram de base para a decisão administrativa, o que deve ser observado não é o mérito político da decisão, mas sim, a análise fática dos fundamentos da decisão administrativa de modo a saber se não houve a distorção dos fatos ocorridos.

Não se faz um juízo subjetivo de valores acerca do ato administrativo praticado, mas sim, um juízo dos fatos, a fim de saber se eles não foram incorretamente valorados para fundamentar a decisão relativa ao ato administrativo praticado.

É o que se denomina na doutrina italiana de "travésamento", ou seja, desvio de poder por alteração.

Os autores italianos Landi e Ponteza *apud* Cretella Júnior (1978, p.115) procuram explicar o "travésamento" da seguinte forma: "a alteração e a valoração errônea dos fatos

influem sobre a vontade, ocorrendo quer quando a administração, ao editar o ato, considerou, de modo errôneo, como existentes, fatos inexistentes, ou vice-versa, quer quando atribuiu aos fatos significado errôneo, ilógico ou irracional. Considera-se viciada a alteração dos fatos, por exemplo, o ato que aceita a demissão de funcionário, baseado no pressuposto errôneo que o funcionário tenha apresentado; considera-se de errônea valoração o ato que considera injustificada a ausência do funcionário, quando já foi devidamente comprovado que ela ocorreu, em virtude de doença."

A manifesta injustiça e a disparidade de tratamento feito pelo administrador público também são sintomas denunciadores do desvio de poder na prática do ato pelo agente público.

A doutrina italiana costuma designar como situações idênticas a que se revela como manifestamente injusta e a que confere disparidade de tratamento a pessoas em situações similares, posto que o tratamento desigual aos que se encontram em posição de igualdade é uma forma de revelar uma manifesta injustiça.

Estes elementos denunciadores de desvio de poder na atuação do agente público podem ser muitas vezes observados especialmente na atuação dos administradores públicos, os quais, em represália perseguem e prejudicam a servidor público ligado a rivais políticos. Esta perseguição ou ato prejudicial feito especialmente a certo servidor público muitas vezes evidencia-se manifestamente injusto e realizado por meio de tratamento desigual, situações em que, com facilidade, poderá ser detectado o desvio de poder na atuação do agente público e ensejar a anulação do ato praticado.

Neste caso, o intérprete deve fazer uma análise do mérito do ato administrativo, visto que a manifesta injustiça e a disparidade de tratamento, muitas vezes, somente poderão ser observados com base na percepção subjetiva dos fatos e circunstâncias do ato que evidenciaram o desvio de poder na atuação do agente público.

A violação de normas internas da atividade administrativa é outra forma de se evidenciar o desvio de poder na prática do ato pelo agente público.

Ora, se existem normas internas que regulam a forma de se proceder com relação a certos casos concretos, a violação delas para que, em determinado caso, seja proferida uma certa decisão estranha aos regramentos pré-estabelecidos, pode revelar desvio de poder, para que, naquele caso concreto, uma ou algumas pessoas fossem prejudicadas ou beneficiadas com o ato.

Tais formas de evidenciar o desvio de poder no ato administrativo foram coletadas pelo ilustre autor brasileiro junto à doutrina italiana. E o mesmo Cretella Júnior (1978) ainda elenca outros sintomas denunciadores do desvio de poder baseados em decisões do Conselho de Estado na França. São elas: "(a) pressa com que o ato foi editado, (b) inexistência dos motivos apresentados pelo administrador para justificar a decisão tomada, (c) desigualdade de tratamento dos interessados, (d) caráter sistemático de certas interdições, (e) caráter geral atribuído à medida que deveria permanecer particular, (f) circunstâncias locais que antecederam a edição do ato."

Para detectar e posteriormente confirmar a existência do desvio de poder com base em tais elementos ou sintomas denunciadores, deve o magistrado valer-se dos meios de prova postos à sua disposição e fazer um cotejo de todos os elementos probatórios, especialmente os indiciários, que demonstrem ou não a ocorrência do desvio de poder.

Em razão disso, considerando que as provas a serem observadas, geralmente são indiretas, baseadas em indícios, é necessário que o magistrado se valha do que Rivero (1975) denominou de "feixe de indícios convergentes", querendo significar que todos os indícios que convirjam para a comprovação do desvio de poder devem ser observados pelo magistrado para a formação de seu convencimento.

Nota-se, assim, em conclusão, que deve o magistrado ter a especial sensibilidade para que, em observância aos sintomas denunciadores do desvio de poder existentes no caso concreto, possa valorar subjetivamente as circunstâncias que nortearam a prática do ato, decidir com responsabilidade e sempre respeitar a separação de poderes existente, reconhecendo ou não a existência de desvio de poder no ato praticado pelo agente público.

**3. CONSIDERAÇÕES ACERCA DOS
PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS CONSIDERADOS
LIMITADORES DA DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA**

Um dos mais importantes estudos na seara do Direito Administrativo diz respeito à análise de seus princípios gerais.

Segundo Moreira Neto (2001, p.79) "*Os princípios gerais* contêm proposições básicas que se aplicam à integralidade do sistema jurídico, informando todos os seus ramos e institutos, excetuados os de conteúdo notadamente político-constitucional, que são os *fundamentais...*"

Por princípio geral de direito, Pereira (2002, p.49) procura definir da seguinte forma: "Os princípios gerais de direito, no dizer de Cogliolo, são então aquelas regras oriundas da abstração lógica daquilo que constitui o substrato comum das diversas normas positivas.

A invocação dos princípios gerais de direito faz apelo às inspirações mais altas da humanidade civilizada, e joga com aquelas regras incorporadas ao patrimônio cultural e jurídico da nação, permitindo ao juiz suprir a deficiência legislativa com a adoção de um cânon que o legislador não chegou a ditar sob a forma de preceito, mas que se contém imanente no espírito do sistema jurídico."

Os princípios gerais do direito são, desta forma, cânones extraídos do ordenamento jurídico e que servem de subsídio para que o juiz, em caso de omissão legislativa, supra tal deficiência e julgue de acordo com princípios gerais de direito. São considerados fonte subsidiária do Direito.

O Direito Administrativo, por ser ramo autônomo do Direito, possui sua principiologia própria, que serve para que o intérprete e aplicador da lei possa dela se valer para a solução dos casos concretos.

Destarte, é correto afirmar que a administração pública é regida por uma série princípios erigidos à categoria constitucional que devem sempre nortear a sua atuação. Tais princípios constitucionais, além de fixarem parâmetros para a própria atuação da administração pública, servem igualmente de subsídios para que os administrados possam

saber se a atuação da administração pública pauta-se pela estrita observância de tais princípios, isto é, servem também como uma forma de exercício do controle externo da administração pública pelo administrado.

Medauar (2000, p.143) procura enfatizar a importância dos princípios da Administração Pública: "No direito administrativo, os *princípios* revestem-se de grande importância. Por ser um direito de elaboração recente e não codificado os princípios auxiliam a compreensão e consolidação de seus institutos. Acrescente-se que, no âmbito administrativo, muitas normas são editadas em vista de circunstâncias de momento, resultando multiplicidade de textos, sem reunião sistemática. Daí a importância dos princípios, sobretudo para possibilitar a solução de casos não previstos, para permitir melhor compreensão dos textos esparsos e para conferir certa segurança aos cidadãos quanto à extensão dos seus direitos e deveres."

Com efeito, os princípios constitucionais da Administração Pública estão previstos no artigo 37, *caput* da Constituição da República, que assim estabelece:

"Art 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios constitucionais de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:"

Nota-se, portanto, da interpretação do citado dispositivo constitucional que os princípios da Administração Pública são aplicáveis à administração pública direta e indireta de **qualquer dos poderes**. Sendo assim, a atuação de todos os agentes públicos, seja do Poder Executivo, do Poder Judiciário ou do Poder Legislativo, que é o que mais nos interessa no presente trabalho, deve sempre pautar em estrita observância aos citados princípios constitucionais.

Muito embora a Constituição da República traga expressamente em seu texto (artigo 37), a existência dos princípios da legalidade, moralidade, impessoalidade e eficiência, este

último incluído por força da emenda constitucional n. 19, de 4-6-1998, a doutrina é pacífica em reconhecer a existência de outros princípios implícitos no texto constitucional que devem nortear a atuação da Administração Pública. Nesse sentido é o entendimento de Bandeira de Mello, Celso Antônio (1992), Afonso da Silva (1992), Medauar (2000), Di Pietro (2002), Moreira Neto (2001), Figueiredo (2002), dentre outros.

Há de se ressaltar, ainda, que alguns princípios que não estão explícitos na Constituição Federal, mas que são reconhecidos pela doutrina como princípios constitucionais implícitos referentes à Administração Pública, tais como os princípios da razoabilidade, motivação, finalidade e interesse público, foram expressamente declarados como princípios na Constituição do Estado de São Paulo, que estabelece, em seu artigo 111, o seguinte:

"Artigo 111- A administração pública, direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes do Estado, obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, razoabilidade, finalidade, motivação e interesse público."

Interessante anotar que Bandeira de Mello, Celso Antônio (1992, p.16), antes mesmo de adentrar no estudo dos princípios constitucionais da Administração Pública, faz expressa referência à existência de dois outros princípios de Direito Administrativo que estão implícitos no ordenamento jurídico. Assim, ao dar tratamento diferenciado aos referidos princípios, o ilustre autor procurou enfatizar a destacada importância deles no Direito Administrativo.

Com efeito, assinalou o citado autor: "Juridicamente esta caracterização consiste, no Direito Administrativo, segundo nosso modo de ver, na atribuição de uma disciplina normativa peculiar que, fundamentalmente, se delineia em função da consagração de dois princípios:

- a) Supremacia do interesse público sobre o privado.
- b) Indisponibilidade, pela Administração, dos interesses públicos."

O mesmo autor continua explicando de forma detalhada em que consistiriam citados princípios e, ao tratar do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, expõe o seguinte: "Trata-se de verdadeiro axioma reconhecível no direito público. Proclama a superioridade do interesse da coletividade firmando a prevalência dele sobre o particular, como condição, até mesmo da sobrevivência e asseguramento deste último."

Parece-nos que tal princípio é um corolário lógico de toda a atuação da administração pública. Ora, se a administração pública, direta e indireta, de qualquer dos poderes, como órgãos e poderes integrantes do Estado, existe para a prestação de serviços públicos visando beneficiar a coletividade em geral, não se poderia entender que o interesse particular pudesse se sobrepor ao interesse público no Direito Administrativo.

Quanto ao princípio da indisponibilidade, pela Administração, dos interesses públicos, Bandeira de Mello, Celso Antônio (1992, p.23) procura defini-lo desta forma: "A indisponibilidade dos interesses públicos 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 inapropriáveis. O próprio órgão administrativo que os representa não tem disponibilidade sobre eles, no sentido de que lhe incumbe apenas cura-los- o que é também um dever- na estrita conformidade do que predispor a *intentio legis*."

Além dos princípios explicitamente previstos na cabeça do artigo 37 da Constituição da República, quais sejam, os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, a moderna doutrina, representada por Bandeira de Mello (1992), Medauar (2000), Di Pietro (2002), Cretella Júnior (1983), Afonso da Silva (1992), dentre outros, costuma elencar outros princípios de Direito Administrativo que, muito embora não previstos explicitamente no texto constitucional, são reconhecidos como princípios que devem reger a administração pública. São eles: a) princípio da supremacia do interesse público; b) princípio da finalidade; c) princípio da razoabilidade; d) princípio da proporcionalidade; e)

princípio da motivação; f) princípio do controle judicial dos atos administrativos; g) princípio da responsabilidade do Estado por atos administrativos; h) princípio da continuidade; i) princípio da autotutela administrativa; j) princípio da auto-executoriedade; k) princípio da presunção de legitimidade ou de veracidade; l) princípio da segurança jurídica; m) princípio da licitação pública; n) princípio da prescritibilidade dos ilícitos administrativos.

Evidentemente que os princípios da administração pública não se esgotam nos acima elencados, os quais, entretanto, são considerados os de maior relevância e, por isso, mereceram destaque no presente trabalho.

Não pormenorizaremos todos os princípios explícitos e implícitos da Administração Pública acima destacados, devido à finalidade deste estudo, cujo escopo é o de abordar os princípios de Direito Administrativo que procuram estabelecer limites ao exercício da discricionariedade administrativa para posterior estudo do desvio de poder em atos legislativos. Procuraremos, assim, focar somente aqueles princípios que se afiguram mais relevantes na delimitação do exercício de tal discricionariedade.

O poder discricionário é conceituado por Meirelles (1991), como sendo o poder "que o direito concede à Administração de modo explícito ou implícito, para a prática de atos administrativos com liberdade na escolha de sua conveniência, oportunidade e conteúdo."

Di Pietro (1991, p.87), após realizar um estudo da vinculação do mérito do ato administrativo com a discricionariedade administrativa no direito italiano, reconhece que: "Em geral se relaciona o mérito com o poder discricionário. Por outras palavras, sempre que a Administração possa apreciar e valorar subjetivamente o interesse público, tem-se poder discricionário, incontrolável pelo Poder Judiciário, correspondendo à zona de mérito."

E ainda a mesma autora procura demonstrar que a discricionariedade ocorre "quando a lei deixa à Administração a possibilidade de, no caso concreto, escolher entre duas ou mais

alternativas, todas válidas perante o direito, segundo critérios de conveniência, oportunidade, justiça, equidade, etc., ou seja, segundo razões de mérito."(p. 92)

Ora, o exercício do poder discricionário pela Administração Pública se afigura como indispensável para que o administrador público possa gerir a coisa pública da forma que se afigurar mais interessante ao interesse público. Não fosse a existência do poder discricionário, sempre ficaria obrigado o administrador público a agir conforme os ditames previamente estabelecidos em lei, o que esvaziaria as funções do Poder Executivo e violaria um dos princípios básicos do regime democrático de direito, que é o da separação dos poderes.

Entretanto, o exercício do poder discricionário pelo agente público não lhe confere o direito de agir de acordo com a sua vontade única e exclusivamente, pois, apesar de ele poder agir de acordo com as várias possibilidades que o caso concreto lhe confere, o certo é que tal atuação encontra limites nos princípios constitucionais, explícitos e implícitos, acima arrolados.

Para que o exercício do poder discricionário não se transforme em arbitrariedade, é necessário que os critérios de conveniência, oportunidade, justiça e equidade do administrador público estejam afinados com os princípios gerais de direito e, notadamente, com os princípios da Administração Pública.

Cabe, portanto, nesta oportunidade, fazermos um estudo mais detalhado dos princípios da impessoalidade, moralidade, razoabilidade, proporcionalidade, isonomia e eficiência, pois, dos princípios de Direito Administrativo, são os que se revelam mais importantes para limitar o exercício do poder discricionário do administrador público, baseado no mérito administrativo, o qual, por ser é um conceito jurídico indeterminado, deve ser analisado à luz de tais princípios.

3.1 Princípio da Impessoalidade

O princípio da impessoalidade não vem recebendo da doutrina pátria tratamento uniforme quanto ao seu significado, causando certo transtorno quanto à sua delimitação e mesmo conceituação.

Para Afonso da Silva (1991, p.570), "*O princípio ou regra da impessoalidade da Administração Pública significa que os atos e provimentos administrativos são imputáveis não ao funcionário que os pratica mas ao órgão ou entidade administrativa em nome do qual age o funcionário.*"

E continua: "Por conseguinte, o administrado não se confronta com o funcionário 'x' ou 'y' que expediu o ato, mas com a entidade cuja vontade foi manifestada por ele."

Entretanto, muito embora o princípio da impessoalidade possa ser enfocado sob o ponto de vista ressaltado pelo ilustre autor, pensamos que também deva ser estudado sob outro enfoque.

Segundo entendemos, a impessoalidade, a que se refere o citado princípio constitucional, é atinente à obrigação de que os atos administrativos sejam realizados de forma impessoal, sem objetivar prejuízo ou benefício de uma determinada pessoa, posto que os atos administrativos devem sempre alcançar o interesse público a ser perseguido. Trata-se de obrigação, portanto, imposta à atuação funcional do agente público.

Assim, se todo o ato administrativo visa sempre privilegiar o interesse público, o ato praticado com o escopo de prejudicar ou beneficiar alguma pessoa diretamente é pessoal e, por isso, distancia-se da finalidade pública, geral, indistinta, indiscriminada que deve alcançar.

Nesse sentido é também o posicionamento de Bandeira de Mello, Celso Antônio (1992, p.60), o qual entende que o princípio da isonomia destaca-se porque "Nele se traduz a

idéia de que a Administração tem que tratar a todos os administrados sem discriminações, benéficas ou detrimementosas. Nem favoritismos nem perseguições são toleráveis. Simpatias ou animosidades pessoais, políticas ou ideológicas não podem interferir na atuação administrativa e muito menos interesses sectários, de facções ou grupos de qualquer espécie. O princípio em causa não é senão o próprio princípio da igualdade ou isonomia."

Nesse mesmo sentido, cumpre anotarmos a visão de Figueiredo (2001, p. 62), para quem o princípio da impessoalidade consiste em: "Não pode a Administração agir por interesses políticos, interesses particulares, públicos ou privados, interesses de grupos.

A ação administrativa, repetimos, deve desenvolver-se tendo em vista os critérios do bom andamento do serviço público, do melhor para o interesse público a tutelar. Favoritismos ou desfavoritismos estão proscritos."

A vedação imposta ao administrador público, no exercício de seu poder discricionário, de favorecer ou prejudicar certa ou certas pessoas, ou seja, de agir de forma pessoal, indubitavelmente trata-se de uma maneira muito importante de limitação da discricionariedade administrativa.

Muitas vezes o agente público, a pretexto de atender aos critérios de oportunidade, conveniência, conteúdo, pratica atos visando prejudicar ou beneficiar diretamente certas pessoas, agindo de forma pessoal. Assim agindo, além de praticar ato que inobserva o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular, viola também o princípio da isonomia, posto que confere tratamento diferenciado a pessoas que se encontram em situação isonômica perante a administração.

É de se ressaltar, nesta oportunidade, que existe respeitável entendimento doutrinário, baseado no posicionamento de alguns autores dentre os quais podemos citar Bandeira de Mello, Celso Antônio (1992) e Dallari (1989), no sentido de que o princípio da

impressoalidade nada mais é do que o próprio princípio da igualdade, posto que o tratamento impessoal acaba levando igualmente ao tratamento isonômico.

Entretanto, não comungamos do citado entendimento, na medida em que os princípios da impessoalidade e igualdade, apesar de possuírem uma forte ligação, não se confundem. Pode haver tratamento isonômico da administração perante alguns administrados mas ainda assim haver violação do princípio da impessoalidade.

Nesse sentido, importante a lição de Figueiredo (2001, p.62), o qual procura, didaticamente, demonstrar a possibilidade de haver tratamento isonômico entre as pessoas, mas com violação ao princípio da impessoalidade. "A impessoalidade pode levar à igualdade, mas com ela não se confunde.

É possível haver tratamento igual a determinado grupo (que estaria satisfazendo o princípio da igualdade); porém, se ditado por conveniências pessoais do grupo e/ou administrador, estará infringindo a impessoalidade.

É verdade que estão próximos os princípios, mas certamente não se confundem."

A utilização da máquina administrativa pelo agente público visando favorecer ou prejudicar alguém é muito comum nas administrações públicas. Por exemplo, geralmente o administrador público, agindo sob o móvel de perseguição política, acaba praticando atos que visam prejudicar o servidor público que tenha vinculação com o seu adversário político; Qualquer ato praticado nesse sentido, por violar os princípios da impessoalidade e da própria isonomia, são passíveis de serem anulados perante o Poder Judiciário.

Também na prática de atos legislativos muito freqüentemente se observa a confecção de leis que perdem suas características de generalidade e abstração, para beneficiar ou prejudicar certa ou certas pessoas.

Assim, não raramente nos deparamos com leis que alteram lei de zoneamento urbano visando autorizar a instalação de estabelecimentos comerciais em áreas residenciais ou

mesmo com as que foram elaboradas visando beneficiar os próprios legisladores ou prejudicar seus adversários políticos. São leis que ferem o princípio da impessoalidade previsto no artigo 37 da Constituição da República, o qual trata-se de um dos princípios que devem nortear a atuação da administração pública, direta e indireta, de qualquer dos poderes.

Medauar (2000, p.148) procurou sintetizar a importância do princípio da impessoalidade da seguinte forma: "Com o princípio da impessoalidade a Constituição visa obstaculizar atuações geradas por antipatias, simpatias, objetivos de vingança, represálias, nepotismo, favorecimentos diversos, muito comum em licitações, concursos públicos, exercício do poder de polícia. Busca, desse modo, que predomine o sentido de função, isto é, a idéia de que os poderes atribuídos finalizam-se ao interesse de toda a coletividade, portanto, a resultados desconectados de razões pessoais."

3.2 Princípios da moralidade administrativa e probidade administrativa

Um dos princípios mais importantes no Direito Administrativo é o da moralidade administrativa, que, elevado à categoria de princípio constitucional da Administração Pública, deve servir de referência à atuação de todo agente público no exercício de suas funções.

O princípio da moralidade tem íntima relação com o princípio da probidade administrativa, o qual impõe a todo agente público o dever de agir com probidade, retidão, honestidade no desempenho de suas funções públicas. Uma vez violado o primeiro, mui certamente o dever de probidade, retidão do agente público também estará sendo violado, razão pela qual merecem conjunta e especial atenção.

De igual forma, esses dois princípios de Direito Administrativo têm também nítida vinculação com o princípio da boa-fé, na medida que o administrador que não estiver agindo de boa-fé, desviar-se-á dos deveres de agir com probidade e de forma moral.

Nesse sentido, é oportuna a lição de Gasparini (2002, p.9), para quem "a moralidade está intimamente ligada ao conceito de *bom administrador*, aquele que, usando de sua competência, determina-se não só pelos preceitos legais vigentes, como também pela moral comum, propugnando pelo que for melhor e mais útil para o interesse público. *Por essa razão, veda-se à Administração Pública qualquer comportamento que contrarie os princípios da lealdade e da boa-fé.*"(destaquei)

Outrossim, é importante ressaltar que a violação do princípio da moralidade administrativa traz, como consequência, a prática de ato administrativo com desvio de poder, posto que, uma vez agindo o agente público de forma desonesta, visando alcançar objetivos ou efeitos não permitidos pela lei, muito provavelmente o ato administrativo esteja eivado de vício de excesso ou desvio de poder.

Por outro lado, é de difícil conceituação a expressão moralidade administrativa. Por se tratar de conceito jurídico indeterminado, acaba suscitando debates acerca de seu conceito e extensão. Segundo Hauriou *apud* Meirelles (1991, p.79), a moralidade administrativa não se trata da moral comum, mas da moral jurídica, sendo esta entendida como "o conjunto de regras de conduta tiradas da disciplina interior da Administração."

Ainda para Meirelles (1991, p.80) "A moralidade administrativa está intimamente ligada ao conceito de 'bom administrador', que no dizer do autorizado de Franco Sobrinho 'é aquele que usando de sua competência legal, se determina não só pelos preceitos vigentes, mas também pela moral comum.'"

Portanto, o citado autor brasileiro, não obstante tenha destacado a diferença entre a moralidade comum e a moralidade jurídica, segundo Hauriou, não despreza a ligação que a moralidade administrativa tem com a moral comum.

Por sua vez, Bandeira de Mello, Celso Antônio (1992, p.61) define o princípio da moralidade e sua relação com o dever de probidade do agente público assim: "De acordo com ele a Administração e seus agentes têm de atuar na conformidade de princípios éticos. Violá-los implicará violação ao próprio direito, configurando ilicitude, que assujeita a conduta viciada à invalidação...Segundo os cânones de lealdade e boa-fé, a Administração haverá de proceder em relação aos administrados com sinceridade e lhanza, sendo-lhe interdito qualquer comportamento astucioso, eivado de malícia, produzido de maneira a confundir, dificultar ou minimizar o exercício de direitos por parte dos cidadãos."

Segundo Franco Sobrinho (1974, p.184), "A moralidade afeta a inteligência moral do administrador no momento exato de escolher o caminho ou de discerni-lo. É uma *função* não equívoca. Uma *função* que afronta o princípio da igualdade jurídica, e portanto o princípio da moralidade administrativa. Uma função caracteristicamente de atos administrativos arbitrários. Nunca recomendáveis no plano do direito."

A discricionariedade administrativa, conforme alhures salientado, permite ao administrador público agir, em certos casos, de acordo com suas convicções, definindo-se por decisões políticas que se mostrem oportunas, convenientes e justas, entretanto, no exercício de seu poder discricionário, deve ele sempre se ater à obrigação de tomar decisões discricionárias que não atentem à moral comum, atuando com lisura, retidão e procurando atingir o interesse público. Isso porque, decisão administrativa discricionária que atente ao dever de honestidade, moralidade, boa-fé, transforma-se em decisão arbitrária, em desconformidade com o Direito, suscetível de ser anulada perante o Poder Judiciário.

E a jurisprudência, conforme informam Bastos e Martins (1992, p. 36), vem, de forma sensível, reconhecendo a necessidade de o Judiciário proceder ao exame não somente da legalidade do ato, mas também da circunscrição deste ao princípio da moralidade: "A nossa própria jurisprudência era muito tímida à recepção do princípio, levada a efeito, ao que nos parece, em pouquíssimos casos, como por exemplo no acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, da lavra do desembargador Cardoso Rolim. Ali se assentou que: 'O controle jurisdicional se restringe ao exame da legalidade do ato administrativo; mas, por legalidade ou legitimidade se entende não só a conformação do ato com a lei, como também a moral administrativa e com o interesse coletivo.'"

De igual forma, também o legislador, ao editar atos legislativos próprios (leis em sentido estrito), deve agir de acordo com os princípios da moralidade e probidade, sob pena de serem as leis editadas acoimadas do vício de inconstitucionalidade material por afronta aos citados princípios de ordem constitucional.

O princípio da moralidade administrativa é de tal forma importante que conferiu ao cidadão, no gozo de seus direitos políticos, instrumento processual adequado para combater os atos imorais, praticados com desvio de poder, em prejuízo do erário. Tal instrumento trata-se da ação popular, a qual é regulamentada na Lei n. 4.717, de 29 de junho de 1.965, que, em

seu artigo 2º, estabelece expressamente quais são os atos considerados nulos e cuja nulidade pode ser declarada em sede de ação popular. Entre tais atos, podemos citar aquele praticado com desvio de finalidade.

E, por sua vez, o legislador constituinte, no artigo 5º da Constituição da República, estabelece expressamente que a ação popular pode ser utilizada como instrumento hábil a combater e anular o ato lesivo ao patrimônio público e também à moralidade administrativa, nos seguintes termos: "*LXXII- 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;*"

Além disso, não se pode olvidar que a violação dos princípios da moralidade e da probidade administrativa, importam também na prática, pelo agente público responsável, de ato de improbidade administrativa, consoante estabelece o artigo 11, *caput* da Lei n. 8.429/92- Lei de Improbidade Administrativa-, nos seguintes termos: "*Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições, e notadamente: "*

E o autor do ato considerado improbo pode sujeitar-se, conforme prevê o artigo 12, inciso III da aponta lei extravagante, às seguintes sanções: ressarcimento integral do dano, se houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de três a cinco anos, pagamento de multa civil até cem vezes o valor da remuneração percebida pelo agente, proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoas jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de três anos.

Outrossim, o artigo 85, inciso V, inclui entre os crimes de responsabilidade do Presidente da República o ato que atente contra a probidade na Administração.

Nota-se, portanto, que os princípios da moralidade e probidade são de tal forma relevantes para o bom andamento dos serviços públicos e funcionamento escorreito da Administração Pública, que o legislador impôs sanções de extrema gravidade ao agente público que violar tais princípios no exercício de suas funções.

3.3 Princípios da razoabilidade e proporcionalidade

Também os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, por possuírem extrema vinculação, merecem estudo em um só tópico deste trabalho. São objeto de estudo não somente no Direito Administrativo, mas também em outros ramos do Direito, como, por exemplo, do Direito Penal, onde a proporcionalidade e a razoabilidade da imposição da pena são princípios fundamentais de garantia da dignidade da pessoa humana.

Trata-se de princípios de Direito Administrativo implícitos no texto constitucional e que muitos autores nacionais sequer chegam a abordar em suas obras, como é o caso de Meirelles (1991). Assim, não obstante a Constituição Federal não fazer expressa menção ao princípio da razoabilidade, a Constituição do Estado de São Paulo, em seu artigo 111, o proclama como um dos princípios a que se subordina a Administração Pública.

Vale mencionar também que, muito embora os princípios da proporcionalidade e razoabilidade sejam conexos, fortemente ligados, ambos possuem conceitos estanques que devem ser analisados. Nesse sentido, são oportunos os ensinamentos de Medauar (2002, p.153): "Alguns autores pátrio separam *proporcionalidade* e *razoabilidade*. A esta atribuem o sentido de coerência lógica nas decisões e medidas administrativas, o sentido de adequação de entre meios e fins. À proporcionalidade associam um sentido de amplitude ou intensidade nas medidas adotadas, sobretudo nas restritivas e sancionadoras."

Em Portugal, Canotilho (2000, p.259) demonstra que o princípio da proporcionalidade em sentido amplo é também conhecido por princípio da proibição do excesso. Ainda procura demonstrar que, na Europa, notadamente na Itália, Inglaterra e França, desde o período do pós-guerra, o princípio da proporcionalidade está ligado à idéia de combate e de controle dos atos do poder público.

Ainda o mesmo autor procura evidenciar em que situação o controle dos atos da administração, mediante a invocação do princípios da proporcionalidade ou razoabilidade, pode ser utilizado: "Através de *standarts* jurisprudenciais como o da proporcionalidade, razoabilidade, proibição de excesso, é possível hoje recolocar a administração(e, de um modo geral, os poderes públicos) num plano menos sobranceiro e incontestado relativamente ao cidadão. Assim, quando se pedir a um juiz uma apreciação dos danos causados pela carga policial numa manifestação, o que se visa não é contestar a legitimidade da administração na defesa do interesse e ordem públicos mas sim o de averiguar da razoabilidade, proporcionalidade e necessidade da medida de polícia."

Outrossim, Gordillo *apud* Di Pietro (2002, p.80) também procura definir em quais situações poderia se evidenciar irrazoável a decisão discricionária tomada pelo agente público: "a decisão discricionária do funcionário será ilegítima, apesar de não transgredir nenhuma norma concreta e expressa, se é 'irrazoável', o que pode ocorrer, principalmente, quando:

- a) não dê os fundamentos de fato ou de direito que a sustentam ou;
- b) não leve em conta os fatos constantes do expediente ou públicos e notórios ou;
- c) não guarde uma proporção adequada entre os meios que emprega e o fim que a lei deseja alcançar, ou seja, que se trate de uma medida desproporcionada, excessiva em relação ao que se deseja alcançar;"

Entretanto, apesar de possuírem conceitos que podem ser separados pela própria interpretação gramatical das palavras, o certo é que seria difícil de se aceitar a idéia de ato administrativo proporcional, ou seja, aquele que, tendo os meios e fins são adequados, não venha a ser também ato administrativo razoável; Seria difícil de se compreender, igualmente, que um ato proporcional fosse consagrado como não razoável.

Nesse mesmo sentido é o entendimento de Bandeira de Mello, Celso Antônio (1992, p.58), para quem: "Em rigor, o princípio da proporcionalidade não é senão faceta do princípio da razoabilidade. Merece um destaque próprio, uma referência especial, para ter-se maior visibilidade da fisionomia específica de um vício que pode surgir e entremostrear-se sob esta feição de desproporcionalidade do ato, salientando-se, dessarte, a possibilidade de correção judicial arrimada neste fundamento. Posto que se trata de um aspecto específico do princípio da razoabilidade compreende-se que sua matriz constitucional seja a mesma."

Por outro lado, contudo, Medauar (2000), cuja posição respeitamos, mas a ela não aderimos, entende que o sentido de razoabilidade do princípio está incorporado, englobado no princípio da proporcionalidade.

É certo, porém, que os princípios da proporcionalidade e razoabilidade se mostram eficientes instrumentos colocados à disposição do cidadão para controlar o exercício dos atos discricionários do agente público. Este também é o entendimento de Gordillo (1995, p. X-30), para quem os princípios da razoabilidade e proporcionalidade devem ser utilizados como meios hábeis a controlar o exercício do poder discricionário do agente público: "Em ningún momento se puede pensar actualmente que una porción de la actividad administrativa pueda estar fuera o por encima del orden jurídico, y es por ello que se enuncian una serie de principios de derecho que constituyen una valla a la discrecionalidad administrativa;"

E continua: "La decisión 'discrecional' del funcionario será ilegítima, a pesar de no transgredir ninguna norma concreta y expresa, si es 'irrazonable', lo cual puede ocurrir fundamentalmente cuando: a) no dé los fundamentos de hecho o de derecho que la sustentan, o b) no tenga en cuenta los hechos acreditados en el expediente, o públicos y notorios; o se funde en hechos o pruebas inexistentes; o c) no guarde una proporción adecuada entre los

medios que emplea y el fin que la ley desea lograr, o sea, que se trate de una medida desproporcionada, excesiva en relación con lo que se quiere lograr."

Ato discricionário praticado pelo agente público que se distancie dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade não parece ter sido praticado de acordo com os melhores critérios de oportunidade, conveniência e justiça, requisitos indispensáveis para que seja validamente realizado, merecendo reparo por parte do Poder Judiciário, quando invocado, ou da própria Administração Pública.

A utilização dos princípios em comento como forma de limitação da discricionariedade administrativa vem expressamente consagrado por Di Pietro (2002, p.80): "Trata-se de princípio aplicado ao Direito Administrativo como mais uma das tentativas de impor-se limitações à discricionariedade administrativa, ampliando-se o âmbito de apreciação do ato administrativo pelo Poder Judiciário."

E a mesma autora (1991, p.143), em outro trabalho de sua autoria a respeito das limitações ao poder discricionário, sustenta que o princípio da razoabilidade pode ser utilizado como forma de limitar a discricionariedade do legislador, situação que nos interessa diretamente no presente trabalho diante dos fins nele propostos: "Um primeiro dado que salta aos olhos é o de **que o princípio da razoabilidade tanto serve de limite à discricionariedade do legislador** como à do administrador público, merecendo ser o tema analisado sob os dois aspectos separadamente.

Quando encontra raízes no princípio do devido processo legal, **a razoabilidade erige-se de forma mais intensa como limite à emanção de atos de natureza normativa, sejam estes emanados do Poder Legislativo** ou do Poder Executivo." (destaquei)

Em conclusão, pode-se afirmar que a violação dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade pode ensejar o reconhecimento de inconstitucionalidade de lei em sentido estrito, emanada do Poder Legislativo, por vício de inconstitucionalidade material. Cabe,

então, ao Poder Judiciário, com sabedoria e parcimônia, analisar se a lei feriu ou não estes princípios, visto que se trata de conceitos jurídicos indeterminados, exigindo do Magistrado a especial sabedoria e habilidade no trato do caso, para que não se cometa injustiça no reconhecimento de inconstitucionalidade de lei que não possua tal característica e ainda para que se preserve o princípio da separação dos poderes.

Acreditamos que somente a lei, que flagrantemente viole os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, poderia ser reconhecida inconstitucional, sob pena de se substituir a vontade do legislador em editar leis pela do Magistrado, o que seria inadmissível pelo nosso sistema jurídico vigente.

3.4 Princípio da isonomia

O princípio da isonomia, antes de ser um princípio de Direito Administrativo, é um princípio de Direito. Trata-se de um direito natural dos cidadãos de serem tratados de forma igualitária, sem distinções descabidas. O direito de igualdade vem proclamado no artigo 1º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, a qual confere direito aos homens de nascerem e permanecerem iguais em direitos.

Na Constituição Federal do Brasil, o princípio da igualdade vem proclamado no *caput* do artigo 5º o qual estabelece: "*Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:* "

Igualdade essa denominada de igualdade formal que é, na expressão de Afonso da Silva (1992), aquela em que "...a lei e sua aplicação trata a todos igualmente, sem levar em conta as distinções de grupos."

Ocorre, porém, que os homens não são iguais e devem ser tratados desigualmente à medida em que desigualam, conforme já proclamava Rui Barbosa em seu "Oração aos Moços". Esta é a igualdade material pela qual as pessoas devem ser tratadas de acordo com suas desigualdades, atendendo às exigências da justiça social, objetivos da ordem econômica e da ordem social.

Na esfera do Direito Administrativo, Bandeira de Mello, Celso Antônio (1992, p. 32) procura definir o princípio em questão da seguinte forma: "O princípio da isonomia ou igualdade dos administrados em face da Administração firma a tese de que esta não pode desenvolver qualquer espécie de favoritismo ou desvalia em proveito ou detrimento de alguém. Há de agir com obediência ao princípio da impessoalidade."

E continua o citado autor: "Não sendo o interesse público algo sobre que a Administração dispõe a seu talante, mas, pelo contrário, bem de todos e de cada um, já assim consagrado pelos mandamentos legais que o erigiram à categoria de interesse desta classe, impõem-se como consequência, o tratamento impessoal, igualitário ou isonômico que deve o Poder Público dispensar a todos os administrados."

O princípio da isonomia, na medida em que impõe a obrigação da administração em conferir tratamento igualitário a todos os administrados, vedando a prática de atos discriminatórios, fulmina de nulidade, por evidente desvio de poder, o ato administrativo praticado visando beneficiar ou prejudicar certo ou certos administrados.

Há evidente ligação entre os princípios da isonomia e da impessoalidade, uma vez que a violação ao princípio da impessoalidade importará, certamente, na violação do princípio da isonomia e vice-versa.

É exatamente a violação do princípio da isonomia o fundamento para que se reconheça o direito de o particular ser indenizado pelo Estado em razão da elaboração de lei de efeitos concretos, onde somente uma ou algumas pessoas são lesadas em favor do interesse da sociedade em geral, isso porque, para que não haja tratamento desigual entre os particulares, a doutrina entende, com base no princípio da isonomia, que os particulares lesados devem ser reparados dos prejuízos suportados.

A discricionariedade do legislador também encontra barreiras no princípio da isonomia, posto que qualquer lei que vise prejudicar ou beneficiar determinadas pessoas em detrimento do interesse público, viola o princípio da isonomia. Em ocorrendo tal situação, eventual lei editada nesse sentido deve ser declarada inconstitucional por afronta ao princípio da isonomia.

3.5 Princípio da boa-fé

Também o princípio da boa-fé merece destaque no estudo das formas, meios de limitação à atuação discricionária do administrador público e notadamente do legislador.

A Constituição Federal, em seu artigo 231, § 6º, faz menção ao princípio da boa-fé quando trata da ocupação das terras indígenas e o direito à indenização das benfeitorias da ocupação de boa-fé. Também as leis de licitações ou de concessões ou permissões de serviço público fazem referência ao princípio da boa-fé.

Segundo Pérez (1983, p. 49), o princípio da boa-fé consiste: "El principio general de buena fe, que juega, como se ha señalado, no sólo en el ámbito del ejercicio de derechos y potestades, sino en el de la constitución de las relaciones y en el cumplimiento de los deberes, comporta la necesidad de una conducta leal, honesta, aquella conducta que, según la estimación de la gente, puede esperarse de una persona; protege- como dicen las sentencias del Tribunal Constitucional de 21 de abril y 24 de octubre de 1988- 'la confianza que fundadamente se puede haber depositado en el comportamiento ajeno' e 'impone el deber de coherencia en el comportamiento'."

É de se observar que o princípio da boa-fé parece estar intimamente ligado aos princípios da moralidade e probidade, na medida que, não havendo boa-fé na atuação do agente público, certamente não estará o mesmo agindo de acordo com as exigências da moralidade jurídica e da probidade no desempenho de suas funções públicas.

Nesse sentido, é também a lição de Figueiredo (2001, p. 52): "Na verdade, a boa-fé é conatural, implícita ao princípio da moralidade administrativa. Não poderá a Administração agir de má-fé e, ao mesmo tempo, estar a respeitar o princípio da moralidade. Deveras, não poderá a Administração desrespeitar a boa-fé do administrado, não lhe dar importância, ignorá-la."

Talvez o princípio da boa-fé seja o mais relevante princípio norteador da conduta do agente público. O servidor público que age impelido de boa-fé, com ética no desempenho de suas funções, certamente estará alheio a qualquer envolvimento em ato de corrupção, perseguição política ou de qualquer natureza, também não se prestará a praticar atos de favoritismos ou desfavoritismos, dentre outras condutas reprováveis.

Assim, é possível e correto afirmar que a observância ao princípio da boa-fé garante respeito também aos princípios da moralidade, probidade e contribui sensivelmente para a observância dos princípios da legalidade, impessoalidade, igualdade, proporcionalidade, razoabilidade e eficiência.

O assunto é de tamanha importância não somente no Brasil, mas também no cenário internacional, que autor espanhol Jesús Gonzales Perez (1996, p. 31) dedicou-se a tratar dele de forma ampla em sua obra *La Ética en la Administración Pública*, sendo importante trazermos à colação alguns pontos de seu estudo:

"Es tal el nivel de degradación de los valores éticos en las Administraciones públicas, que parece que la cuestión se centre en la corrupción. Cuando ésta constituye tan sólo uno, aunque sea el más grave, de los atentados de la Etica en que puede incurrir un servidor público. Pero existen otros muchos que, ante la generalidad de aquélla, han quedado relegados al olvido o considerados leves pecados veniales, o hasta prácticas administrativas que no vale la pena desterrar."

"La ejemplaridad y honradez son virtudes que deben presidir la actuación de los servidores públicos. Constituye un deber que ha obtenido la sanción legislativa. 'Observar una conducta de máximo decoro' figura en la enumeración de deberes que establece el artículo 80 de La Ley de funcionarios civiles..."

E arremata o autor: "Si el Ordenamiento jurídico ha acogido el deber ético infringido, el acto em que se concrete la infracción no será válido, y podrá hacerse valer la anulabilidad o

nulidad de pleno Derecho en que incurra a través de los cauces procesales que el Ordenamiento jurídico prevé..."

Portanto, também o princípio da boa-fé revela-se como instrumento hábil para controlar os atos administrativos discricionários, os quais têm que ser praticados pelos agentes públicos imbuídos de boa-fé, sob pena de nulidade.

Além disso, os atos legislativos praticados com ofensa ao princípio da boa-fé, praticados sob a motivação de beneficiarem interesses de particulares em detrimento do interesse público, ou ainda realizados sob influência de corrupção, por violarem o princípio da boa-fé, podem ser contestados judicialmente e pode ser reconhecida sua inconstitucionalidade material.

3.6 Princípio da eficiência

O princípio da eficiência foi elevado à categoria de princípio constitucional, conforme anteriormente informado, por meio da emenda constitucional 19, de 4 de junho de 1998, alterando o *caput* do artigo 37 da carta magna.

Segundo o entendimento de Gasparini (2002, p. 19), o princípio da eficiência "impõe à Administração direta e indireta a obrigação de realizar suas atribuições com *rapidez, perfeição e rendimento*, além, por certo, de observar outras regras, a exemplo do princípio da legalidade."

Por sua vez, Moreira Neto (2001, p. 103) acrescenta que "Entendida, assim, a *eficiência* administrativa, como a *melhor realização possível* da gestão dos interesses públicos, em termos de *plena satisfação dos administrados com os menores custos para a sociedade*, ela se apresenta, simultaneamente, como um *atributo técnico* da administração, como uma *exigência ética* a ser atendida, no sentido weberiano de resultados, e como uma *consequência jurídica* exigível, de *boa administração* dos interesses públicos."

E, dessa forma, Moraes (1999, p. 294) define o princípio da eficiência: "Assim, 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 uma maior rentabilidade social. 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 sociais essenciais à população, visando a adoção de todos os meios legais e morais possíveis para a satisfação do bem comum."

Nota-se, portanto, segundo o entendimento dos citados autores, que o princípio da eficiência veio a acrescentar uma exigência a mais na atuação da Administração Pública, notadamente na dos agentes públicos. Estes, além de terem de agir nos estritos limites da lei, em observância aos princípios da moralidade, impessoalidade, igualdade, proporcionalidade, razoabilidade, boa-fé, que são formas de controlar a discricionariedade administrativa, ainda devem agir de forma mais solícita, eficaz, eficientemente, de maneira a praticar o ato de forma mais rápida possível, com menores custos à sociedade, sempre visando atender os interesses da mesma sociedade.

Destarte, o exercício da discricionariedade administrativa encontra mais uma forma de controle, por meio do princípio da eficiência. Se o ato praticado pelo agente público, no exercício do poder discricionário, apesar de revestir-se dos critérios de conveniência, oportunidade, justiça, não se mostrar eficiente para alcançar seus objetivos de forma mais rápida possível e com menores custos, poderá dar ensejo ao seu questionamento judicial e, eventualmente, até ser reconhecida sua invalidade.

Ainda Figueiredo (2001, p. 63) faz outra observação importante quanto à relevância do princípio da eficiência, posto que o controle realizado pelo Tribunal de Contas deve ser realizado a partir de agora não somente com relação à legitimidade do ato, mas também com relação à sua economicidade, verificando-se se os atos "foram úteis o suficiente ao fim a que se preordenavam, se foram eficientes."

**4- ATOS LEGISLATIVOS PRATICADOS COM
DESVIO OU EXCESSO DE PODER**

4.1 Considerações Gerais

Na atualidade, com a adoção do modelo de um Estado Democrático de Direito nos países mais avançados do mundo, a participação popular no poder e, notadamente na elaboração das regras que devem regular as relações sociais, se faz por intermédio de representantes eleitos pelo próprio povo em sufrágio universal, ou seja, pelos parlamentares, os quais ficam incumbidos da elaboração das leis.

Portanto, a idéia de soberania popular é a de que a vontade do povo é expressa nos parlamentos por meio de seus representantes, por ele eleitos e a quem foram conferidos poderes para, efetivamente, representar os interesses populares. Sendo assim, a regra de Direito criada pelos parlamentares seria, na realidade, criada pelo próprio povo, daí a teoria de ser a lei a legítima manifestação da vontade popular.

Enterria Tomaz e Fernandes (1991, p. 148) afirmam o seguinte a respeito do tema: "A comunidade atua na produção das leis através dos órgãos que, segundo cada sistema constitucional, têm atribuída sua representação política. Por isso, em todos os sistemas constitucionais positivos, os órgãos legislativos são sempre aqueles através dos quais se atua o princípio da representação política superior. A técnica da representação pretende fazer valer que as determinações do representante sejam imputáveis ao representado. Deste modo, todos os sistemas políticos, seja qual for a técnica de representação política que, explícita ou implicitamente, utilizem, tentam referir a determinação legislativa à comunidade em seu conjunto, ao povo. Busca-se assim legitimar uma decisão de criação do Direito como decisão irresistível e suprema enquanto aceita como tal pelos próprios destinatários."

Nesse sentido, a própria Constituição da República Federativa do Brasil estabelece em seu artigo 1º, parágrafo único que: "Todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição."

E, para que o poder não seja utilizado indevida e arbitrariamente por qualquer dos poderes do Estado, é proclamado ainda que os poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário) são independentes e harmônicos, disso resultando a regra de que cada um deve atuar nos limites das atribuições que lhe foram confiados pelo Estado.

Ainda, para que qualquer dos poderes não venha se utilizar indevidamente das funções que lhe são atribuídas, estabeleceu-se o que se denominou no direito norte-americano do sistema de freios e contrapesos, no qual cada um dos poderes, autônomos e independentes, exercem funções que não lhes são precípuas, com a finalidade de controlar o uso do poder por parte pelos demais poderes do Estado.

Desta forma, a lei seria na feliz expressão de Ferreira Filho (1995, p. 79) "...a expressão da vontade geral, portanto da identificação do interesse comum, pela razão humana despida de preconceitos e perversões, ao qual a vontade de todos necessariamente haveria de tender."

E continua: "Para a teoria clássica, que a Revolução Francesa consagrou, o representante é um mandatário da Nação. Ele exprime a vontade desta, que descobre com segurança, desde que atenda com fidelidade aos ditames da Razão, pois o que quer a Nação é o que manda a Razão."

Entretanto, o que se tem percebido hodiernamente é que a teoria clássica da representação acima mencionada vem sofrendo uma verdadeira deturpação, na medida que, nem sempre, os interesses defendidos pelos parlamentares nos parlamentos são os interesses da nação, do povo que os elegeu, ou como sustentou o ilustre autor supra-citado "a Razão"

acaba sendo olvidada, favorecendo interesses corporativos, de algumas pessoas, em detrimento do interesse público.

Ferreira Filho (1995) procura atribuir a responsabilidade por tal fenômeno ao problema da *representação*, na medida que seriam os interesses das maiorias eleitorais expressas nos parlamentos que ditam quais os que devem se sobrepôr nos parlamentos, interesses esses que, em muitas vezes, nada têm a ver com os do povo, verdadeiros e legítimos detentores do poder, cujo exercício é confiado aos parlamentares.

Novamente, Ferreira Filho (1995, p. 81), após discorrer acerca das influências que são exercidas nos parlamentos por interesses corporativos e a influência das maiorias eleitorais, procura enfatizar e sintetizar o problema da seguinte maneira: "Por outro lado, essa influência longe está de ser a determinante, ou sempre a determinante. O representante pode ainda, se tiver coragem e desapego bastantes, afrontá-la, segundo sua consciência, como pode deixar-se corromper e contrariá-la em troca de vantagens pessoais. É ela, porém, real e tem de ser aferida se se quiser avaliar corretamente a significação própria da representação.

Desse modo, a representação organizada para servir à Razão e atender aos interesses permanentes da comunidade, independentemente dos desejos do povo, pode ser arrastada ao sabor das maiorias eleitorais a preocupações imediatistas, em detrimento do bem duradouro da comunidade."

É exatamente quando esse fenômeno ocorre, ou seja, quando os parlamentares, representantes legítimos e legais do povo, deixam de tutelar, observar os interesses da comunidade que os elegeu para satisfazer o interesse de minorias, com a ação calcada em maiorias eleitorais, constituídas por força política dos representantes mais expressivos dos partidos políticos, que surge o que se pretende denominar de excesso ou desvio de poder legislativo, questão fulcral a ser estudada no presente trabalho.

Nota-se, portanto, a extrema importância ou correlação entre a questão política e questão de direito, na medida que, muitas vezes, os interesses políticos contrários aos do povo, isto é, aos sociais, transformam-se em regras de Direito, as quais passam a vigorar e obrigam a todos a cumpri-las indistintamente. Em síntese, pela ação política, uma regra de interesse de uma minoria privilegiada se torna regra de Direito, cuja observância e cumprimento é imperiosa à comunidade inteira, ainda que se trate de regra que contrarie os interesses dessa comunidade, o interesse público.

É por isso que deve o operador do Direito atentar também acerca da necessidade de avaliar se a opção política do legislador está ou não contrariando os interesses populares, posto que, nesta hipótese, estará contrariando os fins estabelecidos na Constituição da República, uma vez que o princípio da representação popular foi inobservado, resultando como corolário na inconstitucionalidade da lei elaborada nesse sentido.

Ferreira Filho (1995, p. 80) também reconhece a importância da questão ao afirmar o seguinte: "A questão da *representação* é, por isso, crucial. Particularmente porque se '*coloca no ponto de união e de passagem entre política e direito*'. "(destaquei)

Dessa forma, se faz necessário analisar com todo o cuidado possível quais são os limites de validade da lei, notadamente em relação à Constituição e aos seus princípios fundamentais, e qual a responsabilidade que deve advir ao parlamentar pelo uso indevido do poder que lhe foi confiado. O poder da lei, expresso no constitucionalismo inglês de forma que "a lei pode tudo, menos transformar um homem em mulher", querendo referir-se à impossibilidade de regular o fisicamente impossível, deve ser visto com reservas.

A questão em análise, ou seja, o excesso ou desvio de poder em atos legislativos não é, como já se frisou, ainda amplamente estudada e debatida na doutrina, especialmente na doutrina nacional, razão pela qual o que se pretende, no presente trabalho, é dar uma singela

contribuição ao tema, visando fazer com que este se coadune, da melhor forma possível, com os interesses da comunidade.

É também por meio do controle do excesso ou desvio de poder que se poderão estabelecer limites ao poder discricionário do legislador no exercício de sua atribuição.

Bandeira de Mello, Celso Antônio (1992, p. 290) procura explicar a discricionariedade como sendo "...a vontade administrativa a que a lei dá supedâneo insindicável é aquela que se contém no interior de um círculo de liberdade desenhado por balizas mais ou menos amplas, conforme a hipótese. Este âmbito de autonomia inatacável é delineado pelos termos da lei e pela finalidade que ela propõe colimar."

Como se sabe, os legisladores são considerados agentes políticos do Estado, definidos por Meirelles (1991, p. 66) como sendo "os componentes do Governo nos seus primeiros escalões...Esses agentes atuam com plena liberdade funcional, desempenhando suas atribuições com prerrogativas e responsabilidades próprias, estabelecidas na Constituição e em leis especiais."

Desta forma, considerando que os legisladores são classificados como agentes políticos, com plena liberdade funcional e agindo com responsabilidades próprias, é possível afirmar que a atividade legislativa pela sua essência é discricionária, na medida que confere ao legislador, na avaliação da questão posta em discussão e votação para transformar-se ou não em lei, a possibilidade de decidir se deve tal questão ser regulada por lei e de que forma essa regulação se dará. Há, então, a discricionariedade no que tange à elaboração da lei e ao conteúdo da lei.

Entretanto, para que seja legítima e legal a decisão discricionária tomada pelo legislador ao elaborar uma lei, é mister fazer uma avaliação dos fins a que foram propostos para a elaboração do ato legislativo, visando saber se a lei não se distanciou do interesse público e dos fins estabelecidos na Constituição, ou seja, saber se a lei se encontra ou não

eivada de vício de inconstitucionalidade, de modo a torná-la ineficaz, inoperante perante a ordem jurídica.

Portanto, o controle da discricionariedade do legislador e a avaliação da prática do excesso ou desvio de poder por ele exercida se fazem por meio da análise da constitucionalidade da lei, notadamente mediante o confronto dos fins a que foram objetivados e que foram alcançados com a lei elaborada, pelos fins colimados pela Constituição.

Mendes (1990, p. 38/39) define bem a questão do excesso ou desvio de poder em atos legislativos e a limitação do poder discricionário do legislador pelo controle de constitucionalidade da lei, expondo que: "Cuida-se de aferir a compatibilidade da lei com os fins constitucionalmente previstos ou de constatar a observância do princípio da proporcionalidade (*Verhältnismässigkeitsprinzip*), isto é, de se proceder à censura sobre a adequação (*Geeignetheit*) e a exigibilidade (*Erforderlichkeit*) do ato legislativo.

O excesso de poder como manifestação de inconstitucionalidade configura a afirmação da censura judicial no âmbito da discricionariedade legislativa ou, como assente na doutrina alemã, na esfera de liberdade de conformação do legislador (*gesetzgeberische Gestaltungsfreiheit*), permitindo aferir a compatibilidade das opções políticas com os princípios consagrados na Constituição. Nega-se, assim, à providência legislativa o atributo de um ato livre no fim, consagrando-se a vinculação do ato legislativo a uma finalidade."

Nesse mesmo sentido, cumpre anotarmos a posição do ilustre jurista português Miranda (1996, p. 345/346): "Mesmo considerando que a administração não se reduz a mera actividade executiva da lei, ninguém contesta a muito maior margem de liberdade de que goza o legislador, sem comparação com a discricionariedade administrativa. Esta liberdade é liberdade de iniciativa (de feitura originária da lei, de modificação e de revogação) e liberdade de conformação ou determinação de conteúdo. E ela deriva da própria estrutura das normas

constitucionais- relativamente pouco densas, pelo menos no domínio da Constituição social; da necessária abertura de muitas a diferentes concretizações; enfim, da legitimidade política imediata detida pelo legislador, ao contrário do que sucede com os órgãos administrativos.

Feita esta advertência, insista-se na adstrição da lei ordinária, aos fins, aos valores e aos critérios da Constituição. Nenhuma lei, seja qual for a matéria de que se ocupe, pode deixar de ser conforme com esses fins. Parafraseando um Autor, dir-se-á que a liberdade de conformação do legislador, a sua discricionariedade, começa onde acaba a interpretação que lhe cabe fazer das normas constitucionais."

Entretanto, para que o juiz possa fazer a análise de eventual inconstitucionalidade da lei, por desvio ou excesso de poder, é mister que adentre no campo da discricionariedade legislativa, analisando os fatos, a finalidade que motivaram a elaboração da lei e o critério adotado pelo legislador para regular o assunto, averiguando se o uso do poder discricionário se deu em perfeita adequação aos fins objetivados pela Constituição e com o interesse público que deve nortear toda a atuação do agente público.

Esta também é a posição de Miranda (1996, p. 346): "Por sua banda, os órgãos de fiscalização da constitucionalidade devem raciocinar não tanto com base em juízos lógico-formais quanto em juízos valorativos, procurando soluções constitucionalmente adequadas; e há-de ser através destes juízos, descendo ao fundo das coisas e não se contentando com quaisquer aparências..."

Se o legislador não adotou o melhor critério para a elaboração da lei e regulamentação do assunto tratado, por não estar em perfeita adequação com o interesse público ou com os fins estabelecidos na Constituição, poderá o Judiciário reconhecer o vício material, de conteúdo do ato legislativo, declarando sua inconstitucionalidade.

Não se trata aqui, quando se analisa o desvio ou excesso de poder em ato legislativo, de reconhecer a simples e pura contradição entre a lei e a Constituição, ou seja, de proceder a

um juízo lógico-formal, hipótese clara de inconstitucionalidade da lei, mas de proceder a uma análise mais aprofundada da lei, visando analisar eventual contradição entre o objeto e sentido do ato e a norma constitucional, verificando, de forma mais profunda, se o legislador, no exercício de seu poder discricionário, não se distanciou dos fins a que o ato se propôs e se os fins alcançados não estão em dissonância com os estabelecidos na Constituição.

Canotilho (1982, p. 265), em preciosa lição a respeito do assunto, sintetiza de forma clara como o Judiciário poderá aferir se a atuação discricionária do legislador foi ou não desenvolvida com excesso de poder, conforme se observa:

"Por outras palavras: o legislador, através das determinantes autónomas, continua a valorar autonomamente as circunstâncias de facto e as finalidades sociais, políticas e económicas de determinado acto legislativo. Quando, porém, a constituição impõe concretamente a obtenção de certos fins e traça diretivas materiais para a sua obtenção, impõe-se que, a nível de interpretação da lei, se capte a eventual desconformidade do acto legislativo, por contraditoriedade, não pertinência ou incongruência com os fins e diretivas materiais da constituição. A fiscalização constitucional não se transforma em juízo de mérito (inadequação, inoportunidade ou deficiência da lei para atingir certos fins), pois isso pressuporia uma substituição inadmissível do legislador pelo juiz na *seleção das determinantes autónomas*. O que se pretende é captar juridicamente o eventual 'excesso de poder legislativo' nos casos em que se tem de apreciar se as 'finalidades' da constituição não foram 'menosprezadas' ou 'substituídas' por determinantes autónomas contraditórias, incongruentes ou não pertinentes com os fins e diretivas materiais determinantes heterónomas. Verificar-se-á que, delimitado assim o campo da discricionariedade legislativa, ficam fora de controlo por excesso de poder legislativo eventual vícios baseados em 'elementos subjetivos' da discricionariedade (motivos partidários, interesses familiares de membros de governo, pressão de multinacionais)."

Evidentemente que ao Judiciário somente caberá reconhecer o desvio ou excesso de poder nos atos legislativos quando este for claramente detectado, ou seja, quando os fins propostos pela lei se distanciaram em muito dos fins estabelecidos pela Constituição. Caso este vício não esteja nitidamente observado, nem possa ser facilmente detectado, mesmo com o juízo valorativo e mais aprofundado da questão, nenhuma inconstitucionalidade poderá ser decretada, sob pena de incorrer-se no risco de substituir-se a discricionariedade do legislador pela discricionariedade do julgador, o que causaria flagrante violação do princípio da independência e autonomia dos poderes do Estado.

Outrossim, é precisa a lição de Mendes (1990, p. 42), para quem a aferição do excesso ou desvio de poder em atos legislativos pelo Judiciário há de ser feita com base em critérios jurídicos e não mediante a análise do juízo de conveniência e oportunidade do ato, esfera essa de discricionariedade não passível de invasão pelo Judiciário. Nesse sentido: "Importa assinalar, todavia, que o vício de excesso de poder legislativo, externado soa a forma de desvio de poder, há de ser aferido com base em critérios jurídicos. Não se trata de perquirir sobre a conveniência e oportunidade da lei, mas de precisar a congruência entre os fins constitucionalmente estabelecidos e o ato legislativo destinado à prossecução dessa finalidade."

E arremata o citado autor, o qual analisa o problema também no Direito Alemão: "Uma lei será inconstitucional, por infringente ao princípio da proporcionalidade ou da proibição do excesso, diz o *Bundesverfassungsgericht*, 'se se puder constatar, inequivocamente, a existência de medidas menos lesivas.'"

É de se acentuar que autores acima citados, ou seja, Mendes (1990), Miranda (1996) e Canotilho (1982), procuram enfatizar a possibilidade de reconhecimento do excesso ou desvio de poder quando a lei se mostrar incongruente, desproporcional ou irrazoável, situações em que estariam sendo violados os princípios da proporcionalidade e razoabilidade.

No entanto, além de se poder detectar a ocorrência do excesso ou desvio de poder pela violação dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, também se poderá fazê-los pelos princípios da isonomia, moralidade, impessoalidade, boa-fé e eficiência, limitando o exercício do poder discricionário do legislador, razão pela qual procuraremos enfocar novamente tais princípios, agora para demonstrar a inconstitucionalidade da lei editada com desvio ou excesso de poder em razão da violação desses princípios.

4.2 O desvio de poder nos atos legislativos e a violação dos princípios constitucionais da Administração Pública

O ato legislativo praticado com desvio ou excesso de poder viola fins imaneses estabelecidos na Constituição. E estes fins estabelecidos no texto constitucional muitas vezes podem ser aferidos por meio dos princípios constitucionais.

Desta forma, é possível que se analise eventual abuso ou excesso de poder legislativo pela confrontação dos fins preconizados na lei com os dos princípios constitucionais aparentemente violados; Não se procede a uma análise do mérito da escolha política, mas sim à avaliação da causa e do fim da lei, e da medida particularizada com base nos princípios constitucionais.

A posição em comento é também defendida por Canotilho (1982, p. 262), para quem "A fiscalização rigorosa da inconstitucionalidade, por exemplo, de leis restritivas de direito, liberdades e garantias (cf. art. 18º/3) 'individualmente motivadas', pressupõe que, não estando em causa o *mérito da escolha política*, se questione a 'causa' e o 'fim da lei' e a 'medida' da restrição através de princípios como os da igualdade, proibição do excesso, exigibilidade, oportunidade e proporcionalidade, o que, de forma mais ou menos intensa, sempre postula uma indagação da adequabilidade substancial do acto legislativo ao seu fim. Eis porque os princípios jurídico-constitucionais se afirmariam positivamente como determinantes heterônomas, comandando a satisfação dos fins constitucionais através dos actos legislativos. Desta forma, os problemas não seriam sempre problemas de 'limites' negativos- 'arbítrio', 'discriminação'- mas também problemas de limites positivos- relação de meios e fins (proporcionalidade) e oportunidade do ato (exigibilidade)."

Segundo Canotilho (1982), a valoração, a ponderação que é feita pelo legislador ao legislar, estabelecendo sua escolha política, ou seja, o exercício de sua própria

discricionariedade, o que o autor classificou como *determinantes autônomas*, somente serão válidas se exercidas de acordo com o que denominou de *determinantes heterônomas*, que seriam os comandos que dirigem a forma de exercício das *determinantes autônomas*.

Em síntese, sustenta o citado autor português que ocorrerá vício de discricionariedade quando a escolha política do legislador (*determinantes autônomas*) não estiver de acordo com as regras, fins preconizados pelas normas constitucionais dirigentes (*determinantes heterônomas*).

Há, pois, não somente uma adequação jurídico-formal da lei em face da Constituição, mas também uma *adequação teleológica* da lei ao texto e princípios constitucionais, sob pena de vício de discricionariedade por excesso ou desvio de poder legislativo.

E arremata o Canotilho (1982, p. 267) da seguinte forma, informando a importância das normas constitucionais na conduta do legislador: "Em termos gerais, as normas constitucionais dirigem-se ao legislador sob três formas fundamentais: (1) fixando princípios; (2) estabelecendo imposições; (3) definindo competências. Em qualquer dos casos, a lei, ao concretizar princípios, executar imposições ou exercer competências, não se pode nunca furtar a uma referência positiva e negativa às normas constitucionais."

O mesmo Canotilho (1982) anota, de forma mais genérica, que os casos de leis pessoais, leis excepcionais, leis retroativas são formas em que a função legislativa é desviada dos fins e interesses públicos para satisfazer interesses particulares, de pessoas, grupos ou partidos.

É ainda interessante e adequado para o assunto em análise, trazermos à baila alguns exemplos citados por Canotilho *apud* Mendes (1990, p. 45/46):

"(1) Uma lei, destinada a defender a segurança do trânsito e a visibilidade dos sinais de trânsito, pode proibir a afixação de propaganda política nestes (restrição do direito de

liberdade de expressão), mas seria inconstitucional- por violação do princípio do excesso- se proibisse, pura e simplesmente, a propaganda eleitoral nas estradas portuguesas.

(2) Uma lei justificar a restrição da propaganda política sonora a fim de proteger os cidadãos contra ruídos excessivos(adequação e necessidade), mas seria claramente inconstitucional(por desproporcionada) se estabelecesse a proibição integral de propaganda sonora durante o dia.

(3) Uma lei incentivadora de turismo em Portugal será inconstitucional(por não adequada e não necessária) se pretender obter a promoção turística através da proibição de afixação de cartazes de propaganda eleitoral nas cidades de interesses turístico."

Em tais situações, é possível detectar-se o desvio ou excesso de poder pelo legislador pela não observância dos fins estabelecidos nos princípios previstos na Constituição Federal, notadamente os princípios acima elencados, os quais regem toda a atividade da Administração direta e indireta de todos os poderes do Estado.

Outrossim, entendemos possível citar, exemplificativamente, algumas formas em que o ato legislativo é praticado com desvio de poder, as quais podem ser sintetizadas da seguinte maneira:

- a) quando o legislador age visando beneficiar interesses de minorias em detrimento do interesse público, ainda que agindo de boa-fé, sem interesse pessoal;
- b) quando o legislador age motivado pela corrupção, hipótese em que visa beneficiar os interesses do corruptor, havendo nesta situação nítida má-fé no ato de legislar;
- c) quando edita leis de efeitos concretos, visando prejudicar certa pessoa por sentimento de vingança pessoal ou por rivalidade política ou outro fundamento qualquer nesse sentido;

É necessário, neste momento, fazermos uma análise das hipóteses acima ventiladas para demonstrar, detalhadamente, caso por caso, por quais motivos tais formas de legislar violam os princípios constitucionais supracitados e que definem a maneira ideal de gerir a Administração Pública de todos os poderes.

Note-se que, em todas as hipóteses de desvio ou excesso de poder legislativo acima ventiladas, há evidente distorção do interesse público que deve reger a atuação do agente político, no caso o legislador, bem como há evidente descaracterização do conceito formal de lei, na medida que esta passa a ser utilizada para fins pessoais, não abstratos e genéricos.

A primeira hipótese em que se pode detectar o desvio ou excesso de poder na elaboração de atos legislativos se dá quando o legislador age visando beneficiar interesses de minorias em detrimento do interesse público, ainda que agindo de boa-fé, sem interesse pessoal. Trata-se de hipótese que Canotilho classificou como leis pessoais, posto se dirigir a certa pessoa, categoria ou classe de pessoas que acabam sendo beneficiadas com a lei elaborada.

Nesta situação, ainda que o legislador esteja agindo com boa-fé, sem interesses escusos e independente da escolha política adotada por ele ao elaborar a lei, que faz parte integrante de sua discricionariedade, esta lei padece de vício de inconstitucionalidade material, posto violar alguns princípios constitucionais.

Um exemplo que pode ser citado nesta hipótese e muito freqüentemente utilizado pelo legislativo, notadamente nos municípios, conforme se demonstrará mais detalhadamente em outra passagem deste ensaio, é o de alteração da lei de zoneamento urbano nos municípios visando permitir que determinado comerciante possa instalar seu comércio em área estritamente residencial. Nesta situação, o interesse de uma pessoa é privilegiado em detrimento de toda uma coletividade, criando situação de desigualdade inaceitável.

O primeiro princípio constitucional que demonstra ser violado nesta situação é o princípio da isonomia. Na medida em que a lei beneficia diretamente certa pessoa em detrimento de toda uma coletividade, trata-se de verdadeira lei pessoal, pois, em nenhum momento, observa o interesse público o qual deve ser analisado quando da elaboração do ato legislativo.

Outrossim, a hipótese em estudo, viola também o próprio princípio da soberania popular, a qual é exercida pelo Poder Legislativo ou diretamente, visto que tal poder, ao assim proceder, em nenhum momento visa aos interesses do povo, o qual lhe conferiu mandato e poderes para agir em seu nome e representá-lo dignamente. Esta forma de legislar também faz tábula rasa do princípio constitucional da impessoalidade.

Ora, se a lei tem caráter pessoal e visa beneficiar certa pessoa em detrimento de toda uma coletividade, parece-nos que a impessoalidade, princípio constitucional estabelecido no *caput* do artigo 37 da Constituição Federal, também foi afrontada, razão pela qual a lei em comento padece de vício de inconstitucionalidade material, de conteúdo, além disso, parece-nos que lei feita para beneficiar interesse particular ou de poucas pessoas em detrimento da coletividade, notadamente o exemplo supramencionado, afronta, ainda, o princípio da moralidade, não estando presentes, aí, nem a moral jurídica, nem mesmo a moral comum.

Questão importante a ser abordada diz respeito à possibilidade de ser ou não o ato legislativo confrontante com o princípio da moralidade, apesar de o agente político-legislador- ter agido sem má-fé, sem interesses escusos, subalternos, somente dentro dos limites da discricionariedade que lhe é confiada, de acordo com seu móvel político.

A resposta nos parece ser afirmativa, ou seja, é possível a violação do princípio da moralidade apesar de estar agindo o legislador imbuído do espírito da boa-fé.

Já Hauriou *apud* Afonso da Silva (1992, p. 570) define a moralidade administrativa como sendo o "o conjunto de regras de conduta tiradas da disciplina da Administração.", ora,

um princípio básico da Administração Pública que sempre deve prevalecer é o interesse público em relação aos interesses privados. É regra extraída da disciplina da Administração e que constitui ainda uma regra de moralidade administrativa.

Assim, é possível que o legislador, mesmo agindo com boa-fé, por entender, por exemplo, que uma lei de zoneamento deva ser mudada para possibilitar a expansão do comércio na cidade, portanto, agindo dentro do mérito legislativo, por questão de decisão política, concorra para a alteração de tal lei, que, entretanto, poderá estar eivada de vício de inconstitucionalidade por ter violado o princípio da moralidade administrativa na inobservância do real interesse público a ser tutelado, ou seja, pela falsa interpretação, pelo legislador, do verdadeiro interesse público a ser cuidado, o que implicará na caracterização da inconstitucionalidade da lei por vício de conteúdo, material.

Outrossim, na hipótese em apreço parece-nos que os princípios da proporcionalidade e razoabilidade são afrontados quando a lei pessoal beneficia certa ou certas pessoas em detrimento de um interesse coletivo ou mesmo difuso da sociedade. Para que se possa aferir adequadamente se houve desproporcionalidade ou irrazoabilidade do ato legislativo, poder-se-ão analisar os motivos elencados pelo legislador para fundamentar ou justificar sua elaboração. A exposição de motivos de uma lei revela-se como importante instrumento para fiscalização da constitucionalidade da própria lei, na medida que forem avaliadas a proporcionalidade e razoabilidade da motivação.

Di Pietro (1991, p. 152), ao estudar o assunto, chega a comentar o seguinte:

"A única maneira de verificar-se a observância daquele princípio é pelo exame da motivação. Por isso mesmo, a motivação não pode limitar-se a indicar a norma legal em que se fundamenta o ato (pressuposto de direito) e os fatos (pressuposto de fato). É necessário que na motivação se contenham os elementos indispensáveis para controle de legalidade do ato, inclusive no que diz respeito aos limites da discricionariedade. É pela motivação que se

verifica se o ato decorre da vontade pessoal e arbitrária da autoridade administrativa e se observou a regra da proporcionalidade e da adequação entre os meios e os fins."

Portanto, pela exposição de motivos da lei, poder-se-á aferir se ela fora elaborada, nas palavras de Bandeira de Mello, Celso Antônio (1992) na "extensão" e "intensidade" proporcionais ao que fosse realmente necessário para atingir o interesse público almejado e para saber se o ato se revelou razoável ao fim a que se destinava ao ser idealizado.

Ato legislativo, que visa privilegiar o interesse eminentemente particular, em inobservância ao interesse público, se revela irrazoável, posto que sacrifica o interesse de muitos em privilégio do interesse particular, assim como desproporcional por exigir semelhante sacrifício à sociedade, à coletividade, fazendo com que a lei seja inconstitucional por ferir exatamente esses princípios de ordem constitucional.

Outrossim, o princípio da eficiência nesta situação é descumprido, na medida que o resultado do ato praticado não se revelou eficiente, preciso, adequado para atender aos fins públicos observados quando de sua elaboração.

Medauar (2000, p. 152) dá definição ao princípio da eficiência que se enquadra perfeitamente à análise da hipótese em apreço: "Associado à Administração, o princípio da eficiência determina que a Administração deve agir de modo rápido e *preciso, para produzir os resultados que satisfaçam as necessidades da população.*"(destaquei)

A segunda forma em que pode ser evidenciada a prática do ato legislativo com desvio de poder, conforme já destacado anteriormente, se dá *quando o legislador age motivado pela corrupção, hipótese em que visa beneficiar os interesses do corruptor, havendo nesta situação nítida má-fé no ato de legislar.*

Nesta hipótese, o legislador age impulsionado pela má-fé, pela desonestidade decorrente de promessa ou de efetivo recebimento de vantagem indevida em troca de

aprovação do ato legislativo que seja de interesse de certa pessoa, de grupo de pessoas ou de corporação interessada.

Evidentemente, o ato legislativo, praticado nesse sentido de visar apenas ao interesse do corruptor, distancia-se em muito do interesse público que deve ser observado na conduta do legislador, como agente político que é.

É importante ressaltar, contudo, nesta situação na qual o legislador esteja agindo movido por interesse pessoais reprováveis, de forma improba, que a real causa para a realização do ato não será, obviamente, exposta nos motivos que foram destacados para a elaboração da lei. Trata-se, no caso, de ato praticado com desvio de poder, na medida que o poder legiferante do legislador é desviado do interesse público que deveria observar para beneficiar o interesse manifestamente particular.

Outrossim, muito embora o ato legislativo próprio-a lei- seja fruto de uma decisão colegiada, visto que exige maioria simples ou qualificada para a sua aprovação, dependendo da matéria a ser apreciada, nada obsta que um grupo determinado de parlamentares tenha sido induzido a elaborar a lei em troca do recebimento da vantagem indevida.

Além disso, a corrupção não se manifesta tão somente quando o agente público recebe dinheiro para a prática de ato indevido; A promessa de vantagens em empregos públicos ocupados por parlamentares ou por seus parentes ou amigos, a promessa de benfeitorias em via pública onde se situa imóvel do parlamentar, parentes ou amigos ou qualquer outra forma de recebimento de vantagem indevida em contraprestação ao voto, podem ser caracterizadas como um ato de corrupção.

Pinto (1960, p. 59) conceitua corrupção da seguinte forma: "A corrupção constitui violação das normas éticas que devem orientar a conduta de quantos exerçam cargos ou funções públicas. Ela revela sempre, da parte do seu agente passivo- que é o político ou o servidor público- baixo nível de moralidade."

E arremata o autor, ao lapidar lição a respeito do tema: "Ao enriquecimento ilícito dos governantes corresponde necessariamente, como contraprestação fatal, o empobrecimento do povo, sob a forma de agravação de suas condições de vida.

É necessário que a opinião pública se dê conta deste nexos inevitável entre os dois fenômenos, a fim de que, no seu próprio sofrimento, agravado pela corrupção política e administrativa, encontre os estímulos indispensáveis para tomar posição resoluta no combate à violação das regras de decência no exercício das funções públicas."

E o conceito de corrupção traz logo a idéia de improbidade do agente público, que é definida por Pazzaglini Filho *et al* (1999, p. 62) como sendo "...a obtenção de vantagem econômica, entendida esta como qualquer modalidade de prestação, positiva ou negativa, de que se beneficie quem aufera enriquecimento ilícito, como definia o art. 7º da Lei Federal nº 3.502/58 (Lei Bilac Pinto). Indevida é a vantagem patrimonial não autorizada por lei."

Portanto, a corrupção como móvel para a prática de atos legislativos praticados com desvio ou excesso de poder é a forma mais reprovável de legislar e a que mais afronta os princípios constitucionais que regem a Administração Pública de todos os poderes.

Na realidade, o ato legislativo praticado com desvio ou excesso de poder, quando o legislador age impulsionado pela corrupção e esta não é comprovada, por seus motivos reais permanecerem ocultos, é inconstitucional pelos mesmos fundamentos que ensejam a inconstitucionalidade do ato legislativo com desvio ou excesso de poder praticado de boa-fé, notadamente em razão de ter sido inobservado o interesse público ao ser editada lei com características de ser pessoal, entretanto, uma vez comprovada a motivação corrupta, improba do ato praticado pelo legislador, a inconstitucionalidade da lei revela-se ainda mais flagrantemente.

Neste caso, pelos mesmos fundamentos acima demonstrados anteriormente, quando nos referimos à inconstitucionalidade da lei pessoal praticada ou elaborada de boa-fé, os

princípios da soberania popular, da igualdade, impessoalidade, eficiência, moralidade, razoabilidade e proporcionalidade também podem ser considerados como violados e, como o grau de reprovação da conduta, do ato legislativo com desvio de poder, é muito mais acentuado, a violação a todos esses princípios se manifesta de maneira mais contundente.

Além disso, merece atenção que a violação do princípio da moralidade é a que se revela, em nosso entender, como uma das mais flagrantes, na medida que a imoralidade administrativa do ato salta aos olhos nesta situação. Ainda o ato do legislador, considerado improbo, infringe também o princípio da probidade que deve nortear as funções e atividades da Administração Pública e o dever de probidade a que fica obrigado todo o agente público. Igualmente, o princípio da boa-fé, que na situação anteriormente estudada poderia ser entendido como não violado, nesta hipótese em estudo é evidentemente transgredido.

Nesse sentido, revela-se importante trazermos à colação os ensinamentos de Pérez (1983, p. 49), para quem o princípio da boa-fé consiste: "El principio general de buena fé, que juega, como se ha señalado, no sólo en el ámbito del ejercicio de derechos y potestades, sino en el de la constitución de las relaciones y en el cumplimiento de los deberes, comporta la necesidad de una conducta leal, honesta, aquella conducta que, según la estimación de la gente, puede esperarse de una persona;"

Ora, pelo próprio conceito do princípio da boa-fé assinalado pelo ilustre autor espanhol, o ato legislativo praticado nesta circunstância em estudo, ou seja, quando o legislador age movido pela corrupção, evidentemente que ocorre a violação do princípio constitucional da boa-fé, ensejando o reconhecimento de sua inconstitucionalidade.

A terceira situação hipotética em que a lei elaborada pode evidenciar a ocorrência de desvio ou excesso de poder do legislador se dá quando se editam *leis de efeitos concretos*, visando prejudicar certa pessoa por sentimento de vingança pessoal ou por rivalidade política ou outro motivo qualquer nesse sentido.

O exemplo em estudo, neste momento, nos parece evidente caso típico de desvio de poder em atos legislativos.

O legislador age movido por sentimento de vingança pessoal a certa pessoa, o que pode ser motivado por uma desavença política ou qualquer outro motivo que a torne inimiga capital. Portanto, o interesse do legislador ou mesmo do órgão legislativo, naquele momento, é a de prejudicar uma pessoa, um grupo ou categoria de pessoas, havendo evidente interesse de editar lei com finalidade eminentemente particular, sendo preterido o interesse público que deve reger a atividade do legislador no desempenho de suas funções.

Segundo Cretella Júnior (1978), trata-se, na hipótese em apreço, de desvio de poder por móvel pessoal do legislador, o qual motiva o ato por sentimento de vingança, ódio, que pode também ser baseado em um móvel político ou religioso, caso o motivo de inimizade seja decorrente de desavença política ou desconformidade religiosa.

O ato legislativo praticado nesta situação revela-se violador do princípio da isonomia, na medida que confere tratamento desigual ao desafeto do legislador ou do órgão legislativo no seu conjunto, prejudicando-o em situação em que não era permitido ou razoável tal discriminação.

Ainda que a motivação dada pelo órgão legislativo para a elaboração da lei revista-se de aparente tutela do interesse público, na realidade o ato foi motivado por interesses meramente particulares, nada havendo a justificar, ainda que em tese, o tratamento desigual conferido aos lesados com o ato praticado pelo legislativo.

Em se tratando de ato legislativo praticado com a finalidade de prejudicar certa pessoa ou categoria de pessoas determinadas, evidentemente que a impessoalidade, outro princípio que rege a Administração Pública em todos os poderes, foi inobservado pelo legislador, causando a inconstitucionalidade material da lei editada nesse sentido.

As próprias características da generalidade e abstração da lei, neste caso, são olvidadas, visto que a lei teria as mesmas características de um ato administrativo normativo, merecendo receber semelhante tratamento jurídico.

O princípio da moralidade administrativa também é preterido nesta situação, na medida que os fins e regras da Administração Pública, notadamente a observância do interesse público e a impessoalidade que devem nortear a atuação do agente público, foram desrespeitados.

Os princípios da proporcionalidade e razoabilidade parecem ser descumpridos igualmente na hipótese em análise. Seria não proporcional a lei editada para restringir direitos ou impor obrigações ou penalidades a certa pessoa ou categoria de pessoas, posto que o ato não seria fundamentado em interesse público, mas sim, em interesse particular, havendo desproporção entre os meios e fins utilizados, assim como seria irrazoável que tais medidas de ordem legislativa fossem utilizadas para tal finalidade .

Mendes (1990, p. 44) procura enfatizar a limitação da discricionariedade do legislador exatamente no princípio da proporcionalidade ou proibição do excesso, expondo para tanto que: "A aferição da constitucionalidade da lei em face do princípio da proporcionalidade ou da proibição do excesso contempla os próprios limites do poder de conformação outorgado ao legislador. É o que se constata em decisão do *Bundesverfassungsgericht*, na qual, após discutir aspectos relativos à eficácia e adequação das medidas econômicas consagradas em ato legislativo, concluiu-se que o legislador não havia ultrapassado os limites da discricionariedade que lhe fora outorgada."

No caso em estudo, parece-nos evidente que inexistiu observância da proporcionalidade, visto que a medida legislativa excedeu os limites do exercício regular, normal do poder, havendo evidente excesso de poder, tendo o legislador ultrapassado os limites da discricionariedade para transformar sua conduta em arbitrariedade.

Igualmente nos parece violado o princípio da boa-fé pelo legislador no caso em enfoque, pois este se deixou levar por interesses distintos do interesse público, não agindo com o dever de lealdade, honestidade, condutas esperadas de um agente político, como no caso do legislador.

Finalmente, também o princípio da eficiência foi violado no caso em testilha, posto que a atuação do parlamentar não se deu de forma eficiente, eficaz, com maior rapidez e de forma a atender os interesses da sociedade em geral que lhe confiou poderes para agir nesse sentido.

Portanto, diante da evidente transgressão ou inobservância dos citados princípios constitucionais, que estabelecem os fins a serem observados pelo legislador na escolha política que deve ter para a elaboração das leis, ou seja, no exercício de seu poder discricionário, a lei editada, na forma acima estabelecida, padece de flagrantes vícios de inconstitucionalidade material a serem reconhecidos pelo Poder Judiciário, que atuaria como órgão censurador ou fiscalizador da atividade praticada pelo legislativo com excesso ou desvio de poder.

Antes de encerrarmos o presente capítulo, cabe analisarmos quanto à possibilidade de, nas hipóteses exemplificativas já demonstradas, a pessoa, classe ou categoria de pessoas ou corporação lesada, poderem valer-se do controle de constitucionalidade, por via de exceção ou incidental, na qual a arguição de inconstitucionalidade poderia ser feita de forma difusa pelo interessado como defesa de seu direito em um caso concreto. Nesta hipótese, o reconhecimento da inconstitucionalidade se daria não somente em um processo movido contra ele, mas também em um processo por ele movimentado para que lhe sejam garantidos eventuais direitos violados pela lei considerada inconstitucional.

Como é cediço, o reconhecimento da inconstitucionalidade da lei por via de ação direta de inconstitucionalidade pressupõe que somente as pessoas ou órgãos legitimados (art. 103 da C.F e art. 90 da Constituição do Estado de São Paulo) possam ajuizar a referida ação.

Ora, tal circunstância poderia inviabilizar a pessoa que esteja sofrendo os efeitos indesejados, ilegais e ilegítimos da lei considerada inconstitucional, de ver cessados esses efeitos, posto que ficaria sujeito à condição de que um dos órgãos legitimados viesse a ingressar com a ação direta de inconstitucionalidade para que tais efeitos sejam cessados por meio da decisão judicial nesse sentido.

Outrossim, admitir-se que seria necessário primeiro a declaração de inconstitucionalidade da lei por via de ação direta para condicionar o exercício dos direitos do cidadão lesado com o ato legislativo, consistiria em indisfarçável violação ao princípio constitucional do acesso à justiça, estabelecido no artigo 5º, inciso XXXV da carta política em vigência.

Por isso, sustentamos que a defesa do direito violado pela lei editada com excesso ou desvio de poder, a qual padece de vício de inconstitucionalidade material, pode ser feita por meio de declaração incidental de inconstitucionalidade no processo correspondente, por meio do controle difuso de constitucionalidade.

4.3 Abordagem prática do desvio de poder em atos legislativos

Nesta passagem do trabalho, procuraremos dar alguns exemplos práticos em que se vislumbra a ocorrência de atos legislativos com desvio ou excesso de poder, procurando dar maior enfoque em leis elaboradas no Poder Legislativo da cidade de Ribeirão Preto, onde algumas foram criadas visando alterar a lei municipal n. 5.685 de 20 de fevereiro de 1.990, a qual delimita as áreas residencial, de uso especial, cria corredores comerciais e dá outras providências. Tais alterações legislativas permitiram a instalação, em áreas até então consideradas residenciais, de estabelecimentos comerciais e outros.

Isso privilegiou interesses de certos comerciantes ou entidades, em detrimento do interesse coletivo dos moradores dos respectivos bairros, os quais deixaram de ser residenciais para tornarem-se "mistos", ou seja, com imóveis residenciais predominantemente e alguns imóveis com destinação comercial, de prestação de serviços e outros, diante da autorização legislativa concedida pelas respectivas leis municipais editadas nesse sentido.

O primeiro exemplo que poderíamos citar, diz respeito à lei complementar nº 1.207/2001, a qual autoriza o funcionamento na Rua Capitão Adelmio Norberto da Silva de comércio de máquinas, equipamentos e materiais audiovisuais, gráficos, informática e assistência técnica, tendo sido vetada pelo Poder Executivo, mas cujo veto foi rejeitado pela Câmara Municipal.

Outra lei complementar, a de nº 926/99, autoriza o funcionamento em área até então considerada residencial, na rua Capitão Adelmio Norberto da Silva, entre a rua Adolfo Serra e a avenida Mariano Pedroso de Almeida, de loja de decorações e loja de móveis, foi sancionada pelo chefe do Poder Executivo.

A lei complementar nº 895/99, a qual autoriza o funcionamento em área até então considerada residencial, na rua Nélio Guimarães, de sorveteria, foi sancionada pelo chefe do Poder Executivo.

A lei complementar nº 969/2000, a qual autoriza a construção e o funcionamento de postos de combustível em área até então considerada proibida, em vários trechos especificados na citada lei e notadamente na Avenida Independência, no trecho entre as avenidas Nove de Julho e Itatiaia, foi sancionada pelo chefe do Poder Executivo.

Há que se registrar que, com relação à citada lei complementar que autorizava a instalação de posto de gasolina na área mencionada, posteriormente se descobriu que o próprio Prefeito Municipal que sancionou a lei era proprietário de um imóvel no local, que foi vendido a terceiros para a construção de um posto de gasolina.

A lei complementar nº 1.088/2000, a qual autoriza o funcionamento, na rua Visconde de Inhaúma, de "casa de repouso", onde até então tal atividade era proibida por lei, foi sancionada pelo chefe do Poder Executivo.

Tais leis municipais nitidamente foram elaboradas, mediante iniciativa de alguns edis do município de Ribeirão Preto, visando autorizar que certos comerciantes ou entidades pudessem instalar-se em áreas consideradas como residenciais e cujas atividades descritas eram até então proibidas pela legislação municipal.

Portanto, tais leis padecem, em nosso entendimento, de vícios insanáveis de inconstitucionalidade com relação ao texto constitucional do Estado de São Paulo, notadamente pela violação do artigo 111 da Constituição do Estado de São Paulo, na medida que transgridem vários princípios que regem as atividades da Administração Pública de todos os poderes do Estado.

Dentre eles, podemos citar o princípio da isonomia ou igualdade, o qual foi descumprido, visto que tais leis criavam situação de desigualdade entre pessoas que se

encontravam em situação similar, uma vez que autorizavam somente alguns comerciantes ou entidades a se instalarem ou funcionarem em área considerada como residencial ou cujas atividades eram até então proibidas, ficando todos os demais comerciantes e entidades relacionadas a outras atividades existentes na cidade impedidos de, igualmente, se instalarem nas vias públicas citadas.

Além disso, cria a odiosa situação de favorecimento de uma minoria em detrimento do interesse coletivo de todos os moradores do bairro, contrariando o interesse público em que se deve pautar a atuação do agente público, notadamente o legislador, considerado um agente político.

O princípio da impessoalidade também fora flagrantemente violado nas hipóteses acima elencadas, visto que as citadas leis municipais são consideradas leis pessoais, elaboradas com o escopo evidente de favorecimento de alguma ou algumas pessoas em detrimento do interesse coletivo dos moradores do bairro ou mesmo difuso de todos os moradores da cidade em verem preservado o crescimento ordenado, dentro dos padrões urbanísticos exigidos pela cidade.

Levando-se em consideração que tais leis se distanciam do conjunto de regras e princípios que regem a Administração Pública, as mesmas violam também o princípio da moralidade administrativa, posto que a moral jurídica parece ter sido olvidada pelos legisladores; Também a moral comum, aquela que, a senso comum, é aceita pela comunidade, fora transgredida quando da elaboração das citadas leis municipais.

Os princípios da proporcionalidade e razoabilidade também foram descumpridos nas citadas leis. O primeiro posto que os meios utilizados para alcançar a finalidade da lei não foram adequados e proporcionais, pois nada obstaria que o progresso do comércio ou a instalação de entidades fossem realizadas em outras áreas existentes no município legalmente destinadas a essas finalidades.

De outra banda, parece-nos que não foram razoáveis as leis ao permitirem que, em nome do progresso da cidade, geração de empregos e outros argumentos, pudessem várias pessoas ser lesadas em favorecimento dos interesses de um grupo reduzido de pessoas beneficiado com as citadas leis municipais. Assim, também o princípio da razoabilidade, expressamente consagrado no artigo 111 da Constituição do Estado de São Paulo e implicitamente reconhecido na Constituição Federal, fora violado, padecendo tais leis de vício de inconstitucionalidade também por esse fundamento.

O princípio da boa-fé, que exige do agente público agir com lealdade, honestidade, dentre outros atributos que se espera de um servidor público, também fora inobservado, visto que, ao privilegiar somente alguns em detrimento do interesse de muitos, o interesse público, mais precisamente os da comunidade destinatária final das atividades dos legisladores, parece estar sendo olvidado. Assim agindo, os legisladores parecem descumprir o dever de lealdade para com a comunidade que os elegeu.

E, finalmente, também o princípio da eficiência fora violado, pois, na medida que o ato não atingiu os objetivos de eficácia, eficiência, atendimento dos interesses da população, o serviço público, em comento, não alcançou o grau de eficiência que dele se esperava.

Nota-se, assim, que citadas leis padecem de vícios de inconstitucionalidade material, visto que o conteúdo das mesmas acaba afrontando princípios insculpidos na Constituição do Estado de São Paulo e mesmo na Constituição Federal que exigem finalidades diversas das que foram preconizadas nas leis municipais em comento.

O exercício do poder discricionário dos vereadores os levou a aprovarem tais leis, sendo certo que fundamentos de ordem discricionária não devem ser questionados pelo Poder Judiciário, ao qual incumbe somente analisar se estas leis são ou não inconstitucionais à luz dos princípios constitucionais que regem a Administração Pública.

Portanto, ao Poder Judiciário incumbe a análise jurídica do problema e não a análise dos fundamentos que levaram os legisladores, no exercício do poder discricionário, a legislarem daquela forma.

Assim, os princípios de natureza constitucional citados acabam limitando o exercício do poder discricionário do legislador, posto que fixam regras, limites para o exercício de tal poder, o que Canotilho (1982) procurou denominar de "*determinantes heterônomas*" e sempre que estes princípios e regras são descumpridos, a lei padece de desvio ou excesso de poder, possibilitando ao Poder Judiciário, guardião do texto constitucional, fazer cessar os efeitos desta lei considerada inconstitucional.

Caso sintomático de desvio ou excesso de poder em atos legislativos, agora na esfera federal, é o referente à Lei n. 9996, de 14 de agosto de 2.000, que os parlamentares editaram visando anistiar as multas aplicadas pela Justiça Eleitoral nos pleitos eleitorais de 1996 e 1998. Em ação direta de inconstitucionalidade nº 2306/DF, o Supremo Tribunal Federal sustou cautelarmente os efeitos da citada lei.

No presente caso, parece-nos que os Senhores parlamentares legislaram em proveito próprio, na medida que muitos dos votantes da referida lei foram beneficiados pela anistia referente a multas eleitorais impostas por ocasião das eleições ocorridas nos anos de 1996 e 1998.

Tal lei padece de inconstitucionalidade, uma vez que violou o princípio da isonomia e conferiu tratamento privilegiado a certos parlamentares e cidadãos com relação aos demais que se encontravam em situação semelhante, mas cujas multas não tinham origem eleitoral; viola igualmente os princípios da moralidade e boa-fé, posto que os legisladores instituíram lei que favorece seus interesses, além de infringir o princípio da impessoalidade, visto que tinha destinatários certos, ou seja, alguns dos parlamentares que a elaboraram.

Nota-se nesta hipótese, que o legislador, ao exercitar seu poder discricionário, extrapolou os limites que lhe foram confiados. Atuou em benefício próprio, em detrimento do interesse público que reclama a responsabilização daqueles que, injustificadamente, descumpriram a legislação eleitoral. Além disso, como o exercício da discricionariedade administrativa violou princípios constitucionais, cujos fins não foram observados pela lei federal, revelou-se a ocorrência do desvio e do excesso de poder pelos parlamentares.

Portanto, estas são algumas situações práticas em que vislumbramos a ocorrência do desvio ou excesso de poder em atos legislativos, os quais foram trazidos a debate com o fito exclusivo de, didaticamente, tentar demonstrar quando o fenômeno em estudo acontece na vida cotidiana.

**5- RESPONSABILIDADE DO ESTADO EM
REPARAR O DANO CAUSADO POR ATOS LEGISLATIVOS
PRATICADOS COM DESVIO DE PODER**

Conforme anteriormente estudado no presente trabalho, a doutrina e jurisprudência mais modernas se inclinam no sentido de aceitar a tese da responsabilidade do Estado por atos legislativos.

Neste capítulo, procuraremos focar a responsabilidade do Estado por atos legislativos praticados com desvio de poder.

Imaginemos algumas hipóteses em que determinada pessoa tenha sido lesada patrimonial ou mesmo moralmente por um ato legislativo elaborado com desvio ou excesso de poder, como podemos citar nos seguintes exemplos: a) o proprietário de um imóvel residencial que tenha sofrido prejuízos pela autorização legal de instalação de um comércio ao lado de sua residência, o que lhe trouxe transtornos da mais variada espécie, como excessivo barulho, desvalorização imobiliária, dentre outros; b) uma igreja que teve retirada, por lei, a autorização para o seu funcionamento no local em razão de ministrar o evangelho contrário aos preceitos religiosos dos parlamentares, apesar de a justificativa legal para tal restrição ter sido outra; c) ou o caso do político que, tendo cumprido rigorosamente à legislação eleitoral e vendo seu adversário político, que abusou dos limites impostos por lei para a propaganda eleitoral (o que o ajudou na sua eleição), anistiado da multa eleitoral que lhe tinha sido imposta pela Justiça Eleitoral, pretende então reclamar os prejuízos causados pela derrota nas urnas diante do abuso realizado pelo concorrente.

Analisando-se as situações hipotéticas acima descritas, parece-nos que as pessoas lesadas nas citadas situações têm o direito de serem ressarcidas pelo Estado dos prejuízos sofridos.

No presente caso, seria possível aplicar-se a teoria do abuso de direito ou de poder para justificar a responsabilidade do Estado em reparar os danos causados ao particular.

Nesse sentido, oportuno o magistério de Aguiar Dias (1994, p. 603), o qual disserta em linhas gerais sobre o abuso de poder no exercício do poder de polícia da administração, cuja teoria se enquadra no tema em enfoque no presente trabalho por tratar de situação similar e que merece o mesmo tratamento jurídico: "A doutrina do abuso de direito deve ter cabida em face do desvio ou excesso no chamado poder de polícia, que comporta, para a administração, a faculdade de estabelecer injunções, proibições, autorizações, recusas e exceções... Toda vez que ele se possa identificar no ato da autoridade, deve ser reconhecida a responsabilidade do Estado e, em nossa opinião, à luz do moderno critério finalista, isto é, da destinação social do direito. A aspiração de uma justiça informada nos princípios da equidade e da perfeita harmonia entre o direito do particular e o das pessoas com quem convive não pode deixar de pesar no problema da responsabilidade do Estado."

Além de a responsabilidade do Estado poder ser fundada na teoria do abuso de direito ou do poder, conforme já assinalado no primeiro capítulo deste trabalho, as doutrinas nacional e estrangeira têm reconhecido a possibilidade de ser o Estado obrigado a indenizar por atos legislativos, quando a lei for declarada inconstitucional ou no caso da lei de efeitos concretos que tenha causado prejuízos a certa pessoa ou categoria de pessoas.

Nesse sentido, mister se faz trazer à colação os ensinamentos de Di Pietro (2002, p. 532), os quais sintetizam a responsabilidade do Estado por atos legislativos nas seguintes situações: "Com relação às leis inconstitucionais, a tese da responsabilidade do Estado é aceita, entre outros, por Amaro Cavalcanti (1957: 313), Guimarães Menegale (1957:50), Cretella Júnior (1970; v.8:253), Diogenes Gasparini (1995:593), Juary C. Silva (1985:292).

Este último autor coloca o tema da responsabilidade do Estado de forma **unitária**, que abrange atos dos três Poderes. O fundamento que ele aponta, nos três casos, **'é o princípio do Estado de Direito'**, vale dizer, o da plena submissão de toda a atividade estatal ao Direito,

concebendo-se esta como criado pelo Estado, senão como algo que se coloca **acima** do Estado."

E continua: "Com relação às leis de efeitos concretos, que atingem pessoas determinadas, incide a responsabilidade do Estado, porque, como elas fogem às características da generalidade e abstração inerentes aos atos normativos, acabam por acarretar ônus não suportado pelos demais membros da coletividade. A lei de efeito concreto, embora promulgada pelo Legislativo, com obediência ao processo de elaboração das leis, constitui, quando ao conteúdo, verdadeiro ato administrativo, gerando, portanto, os mesmos efeitos que este quando cause prejuízo ao administrado, independentemente de considerações sobre a sua constitucionalidade ou não."

Da mesma forma, Freitas (2001), na parte conclusiva de sua monografia, sustenta que a responsabilidade do Estado por atos legislativos inconstitucionais decorre da violação do princípio da legalidade, enquanto que, quanto à lei de efeitos concretos, o fundamento da responsabilidade estatal é a infração do princípio da igualdade, na medida que impõe ônus somente a algumas pessoas em favorecimento de toda a sociedade.

Sob o fundamento da responsabilidade do Estado por leis de efeitos concretos, Pérez (1996, p. 48), também assinala o seu embasamento no princípio da igualdade: "El principio de igualdad ante las cargas públicas- consagrado prácticamente en todas las Constituciones- ha sido el fundamento comúnmente aducido em favor de la obligación de una ley."

Após a análise dos fundamentos mais conhecidos da responsabilidade do Estado por atos legislativos, tendo em conta primeiro que o ato legislativo praticado com desvio ou excesso de poder é uma modalidade de ato legislativo, e depois o abuso de direito encontrado nesta hipótese, todas as possibilidades acima estudadas de responsabilidade do Estado podem ser aplicadas ao excesso ou desvio de poder em atos legislativos.

Em síntese, a responsabilidade do Estado por atos legislativos por desvio ou excesso de poder pode ser fundada na teoria da responsabilidade do Estado por abuso de direito ou em razão da elaboração de lei inconstitucional ou por se tratar de lei de efeito concreto. As três situações acima abarcadas são reconhecidas pela doutrina como fundamentos para responsabilizar o Estado por atos legislativos.

As leis elaboradas com excesso ou desvio de poder, conforme assinalado anteriormente, padecem de vício de inconstitucionalidade material por violarem vários princípios que regem a Administração Pública de todos os Poderes, os quais são previstos na Constituição Federal (art. 37) e na Constituição do Estado de São Paulo (art. 111).

Portanto, em se considerando que o ato legislativo com desvio ou excesso de poder apresenta vício de inconstitucionalidade, conforme entendimento da melhor doutrina, há a responsabilidade do Estado em indenizar os particulares que tenham suportado os efeitos da lei considerada inconstitucional.

Por outro lado, ainda que se admita a hipótese de a lei editada com excesso ou desvio de poder ser considerada constitucional e, como a lei elaborada nesse sentido tem geralmente a característica de ter efeito concreto, visto que praticada geralmente com o intuito de beneficiar ou prejudicar alguém ou uma categoria de pessoas, agindo o legislador de boa ou má-fé, também seria o Estado obrigado a reparar o prejuízo causado ao particular, posto que tal situação também é reconhecida pela doutrina e jurisprudência como fundamento para responsabilizar o Estado por ato legislativo.

Nesse caso, considerando que a lei criou situação de injustiça, privilegiando os interesses de uns em detrimento dos interesses de outros, os quais foram lesados, gerando situação de desigualdade, poderia o princípio da isonomia ser invocado para embasar o direito à indenização, ainda que considerada constitucional a lei.

Em tais casos, embora a lei não tenha sido reconhecida como inconstitucional em ação direta de inconstitucionalidade, pode o interessado postular em juízo o ressarcimento dos prejuízos sofridos, alegando *incider tantum* a inconstitucionalidade da lei que lhe causou o prejuízo em apuração.

Portanto, parece-nos inquestionável que há responsabilidade do Estado em indenizar pela edição de atos legislativos com excesso ou desvio de poder. Resta-nos somente analisarmos, de forma perfunctória, se tal responsabilidade é objetiva ou subjetiva.

Em regra, a responsabilidade do Estado vem estabelecida no artigo 37, § 6º da Constituição Federal, a qual define a responsabilidade objetiva do Estado por ato de seus agentes da seguinte forma:

"As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa."

É por meio do artigo acima citado que se consagrou de forma definitiva, no direito pátrio, a teoria da responsabilidade objetiva do Estado e que poderia ser invocada para sustentar a responsabilidade estatal por atos legislativos editados com desvio ou excesso de poder, visto que o prejuízo causado ao lesado teria decorrido de conduta do agente público.

Entretanto, o tema da responsabilidade estatal objetiva por atos legislativos é essencialmente controvertida na doutrina, havendo posições divergentes quanto a sua possibilidade ou não. Por exemplo, em memorial intitulado, *O dever estatal de reparar o dano*, na AC 165.036, os ilustres Vicente Ráo, Celso Neves, José Frederico Marques e Américo Marco Antônio sustentaram a responsabilidade objetiva do Estado por atos judiciais e legislativos danosos. Por outro lado, contudo, a doutrina dominante pressupõe a existência de leis inconstitucionais e de efeitos concretos danosos para fundamentar a responsabilidade do Estado, o que pressupõe a idéia da existência de culpa na conduta do legislador.

Outrossim, é tema que deva ser debatido com o devido cuidado, posto que a responsabilidade objetiva do Estado em atos legislativos pode ensejar uma quantidade enorme de demandas contra o Estado. Qualquer pessoa lesada por meio de uma lei, ainda que haja a presunção de sua constitucionalidade, poderia pleitear em juízo e ser indenizada pelos prejuízos sofridos em razão de tal lei, causando assim um quadro ainda mais preocupante de insolvência estatal. Ademais, caso se reconheça a constitucionalidade da lei a posteriori pela suprema corte do país, poderia o particular ser indenizado pelos prejuízos sofridos por essa lei, mesmo sendo esta declarada constitucional em momento oportuno.

Em nosso entendimento, a responsabilidade do Estado por atos legislativos somente poderia ser fundamentada na responsabilidade subjetiva. Entretanto, a responsabilidade do Estado, apesar de subjetiva, não pode ser fundamentada na doutrina civilística ou da culpa civil comum, teoria esta há muito superada quanto a sua aplicação no campo do direito administrativo. Tal teoria se revela descabida para regular as relações do Estado para com o particular ou as relações entre pessoas jurídicas de direito público.

Nesse sentido, anotamos a posição de Aguiar Dias (1994, p. 607) que sustenta o seguinte: “É preciso não transigir com a velha idéia de que a responsabilidade civil do Estado é assunto de direito civil. É esse persistente equívoco que leva autores dos mais ilustres a afirmarem a sobrevivência do artigo 15 do Código Civil, na regulação da responsabilidade civil do Estado, só admitindo a aplicação da doutrina do risco em casos especiais, tais como se verifica no direito comum.”

E continua: “Ora, a responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito público é problema de direito administrativo, que tem suas regras especiais em quase todos os domínios do direito, não admirando que as tenha em relação à responsabilidade, que apresenta outros fundamentos e justificativas não admitidas no direito civil. Nem se censure a inserção do tema

na Constituição onde está melhor situado do que no Código Civil, porque este não se destina, especificamente, senão a regular relações de direito privado.”

Bandeira de Mello, Celso Antônio (1992, p. 329) define responsabilidade subjetiva da seguinte forma: “Responsabilidade subjetiva é a obrigação de indenizar que incumbe a alguém em razão de um procedimento contrário ao Direito- culposo ou doloso- consistente em causar um dano a outrem ou em deixar de impedi-lo quando obrigado a isto.”

Considerando que a teoria do risco, seja ela do risco administrativo ou do risco integral, perfaz a idéia da responsabilidade objetiva do Estado, o que nos parece descabida no presente caso, o melhor entendimento é no sentido de que a teoria da culpa administrativa é a que melhor se revela para embasar a responsabilidade do Estado quando atos legislativos praticados com desvio ou excesso de poder causarem prejuízos a particulares.

Segundo Bandeira de Mello, Celso Antônio (1992, p. 329), entende-se por culpa administrativa o seguinte: “Em face dos princípios publicísticos não é necessária a identificação de uma culpa *individual* para deflagrar-se a responsabilidade do Estado. Esta noção civilista é ultrapassada pela idéia denominada *faute du service* entre os franceses. Ocorre a *culpa do serviço* ou ‘falta do serviço’, quando este não funciona, *devendo funcionar*, funciona mal ou funciona atrasado. Esta é a tríplice modalidade pela qual se apresenta e nela se traduz um elo entre a responsabilidade tradicional do direito civil e a responsabilidade objetiva.”

E arremata: “Em suma: a ausência do serviço devido ao seu defeituoso funcionamento, inclusive por demora, basta para configurar a responsabilidade do Estado pelos danos daí decorrentes em agravo dos administrados.”

No caso em estudo, considerando que o serviço público funcionou mal, posto que o agente público, no caso o legislador, agiu com abuso ou desvio de poder ao elaborar a lei, a

qual apresenta vício de inconstitucionalidade, seria possível que o particular fosse indenizado pelo prejuízo por ele experimentado baseado na teoria da culpa administrativa.

Entretanto, para que o particular possa ser indenizado segundo a doutrina da culpa administrativa, deverá ele provar que o prejuízo sofrido foi causado pela *falta do serviço* que pode se apresentar de três forma distintas conforme acima destacado: pela inexistência do serviço, pelo mau funcionamento do serviço ou pelo retardamento do serviço.

Segundo Bandeira de Mello, Oswaldo Aranha (1969), a responsabilidade do Estado, baseada na teoria da culpa administrativa ou culpa do serviço ou falta do serviço, é subjetiva e não objetiva. Destarte, para que seja reconhecida a responsabilidade do Estado em indenizar, mister se faz que exista, além do serviço prestado a descontento, a existência do dolo ou da culpa.

Nesse mesmo sentido, Meirelles (1991, p. 547), para quem na responsabilidade do Estado por culpa administrativa: “Exige-se, também, uma culpa, mas uma culpa especial da Administração, a que se convencionou chamar de *culpa administrativa*.”

**6- DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO
LEGISLADOR PELA PRÁTICA DE ATOS LEGISLATIVOS COM
DESVIO OU EXCESSO DE PODER**

Questão interessante a ser abordada nesta passagem do trabalho diz respeito à possibilidade de ser o legislador responsabilizado, pessoalmente, pelas leis elaboradas com desvio de poder.

Conforme analisamos no capítulo anterior do presente estudo, a doutrina e jurisprudência já vêm reconhecendo a possibilidade de o Estado ser obrigado a indenizar o particular pelos atos legislativos inconstitucionais e pelas leis de efeitos concretos danosos.

Outrossim, analisamos que o ato legislativo editado com desvio ou excesso de poder é uma modalidade de ato legislativo, o qual geralmente padece de vício de inconstitucionalidade, posto que viola princípios constitucionais da Administração Pública, o que, portanto, também enseja a responsabilidade do Estado em indenizar o particular atingido.

Tal responsabilidade do Estado, em nosso entender, é subjetiva, posto que o particular lesado somente poderia ser indenizado quando viesse a comprovar que o legislador, que elaborou a lei com desvio ou excesso de poder, agiu com culpa ou dolo. Aí, parece-nos patente a responsabilidade do Estado em indenizar esse particular pelos danos a ele advindos por lei elaborada com desvio ou excesso de poder.

Muito embora o Estado possa ser responsabilizado a indenizar o particular quando a lei fora elaborada com desvio ou excesso de poder, entendemos seja possível que o legislador, que tenha agido com culpa grave ou dolo, no presente caso, fique obrigado a reparar o prejuízo suportado pelo Estado, em ação regressiva que lhe venha a ser proposta pelo ente estatal.

A tese da irresponsabilidade dos agentes políticos (juízes, promotores, prefeitos, legisladores), os quais detêm e exercem uma parcela da soberania do Estado, parece-nos estar superada. Os que defendem esta teoria, sustentam que o agente político, ao exercer o poder soberano do Estado, não age em nome próprio e sim, em nome do Estado e que necessita de

liberdade para agir, não podendo a sua ação sujeitar-se a limites que lhe restrinjam ou retirem tal liberdade, sob pena de a soberania estatal poder estar afetada.

Batista Martins *apud* Dergint (1994, p. 199) proclama a tese da irresponsabilidade pessoal do juiz, a qual pode também ser aplicada ao legislador pelos mesmos fundamentos: "tornar o juiz civilmente responsável pelos julgamentos que profere é absurdo que a doutrina jamais pode tolerar. Nem o juiz, nem o Estado que o houver investido na função, respondem pelos danos causados em consequência de *erro judiciário*. Se assim não fosse, o exercício da judicatura não seria possível, porque os juízes são contingentes e estão sujeitos, na apreciação dos fatos, a errar como qualquer outro normal."

Ora, se o citado autor entende que seria inadmissível impor-se ao Estado e ao Juiz responderem por erro judiciário, outro não deveria ser o entendimento quanto ao erro legislativo, posto que incumbe ao próprio legislador a edição de leis que serão interpretadas e aplicadas pelo Juiz, ou seja, o próprio Direito Positivo é originário da atuação legislativa. Se fosse impossível impor-se responsabilidade ao Juiz, pelo mesmo raciocínio estaria o legislador isento de qualquer ato equivocado que viesse a praticar.

Entretanto, conforme alhures salientado, pensamos que tal teoria se encontra superada e não pode ser aceita hodiernamente. Não se pode impor como barreira intransponível para a responsabilização do agente político, o argumento de que este, ao exercer em nome do Estado o seu poder soberano, não poderia jamais ser responsabilizado pessoalmente pelos atos praticados.

Muito embora o agente político, notadamente o legislador, necessite de esfera de liberdade para agir com autonomia no exercício do poder soberano do Estado, não se deve olvidar que o legislador pode agir, desviando-se das funções para as quais foi investido pelo povo, deixando de representar os interesses públicos, coletivos, para tutelar interesses de

somenos importância, visando favorecer certa pessoa ou categoria de pessoas em detrimento do interesse público.

Assim agindo, o legislador, como homem falível que é, atuando com dolo ou culpa grave, pode distanciar-se do exercício do poder soberano do Estado. Dessa forma, a tese da irresponsabilidade do agente político por exercer poder soberano do Estado desmoronaria como um castelo de cartas.

Em síntese, o fato de o legislador ser agente político e, como tal, atuar em nome do poder soberano do Estado, não o isenta de ser um homem, falível a interesses de somenos importância e, assim, exercer com desvio de finalidade as suas funções, razão pela qual também ser responsabilizado, pessoalmente, por seus atos ilegais e irregulares.

Pensamos, contudo, que somente em caso de culpa grave e dolo poder-se-ia cogitar de responsabilizar o legislador, em ação regressiva, por atos legislativos praticados com desvio ou excesso de poder.

Monteiro (1999, p. 282/283) procura demonstrar a diferença entre dolo e culpa e explicar os graus de culpa reconhecidos pelo direito:

"Quando existe a intenção deliberada de ofender o direito, ou de ocasionar prejuízo a outrem, há o *dolo*, isto é, pleno conhecimento do mal e direto propósito de o praticar. Se não houve esse intento deliberado, proposital, mas o prejuízo veio a surgir, por imprudência ou negligência, existe a culpa (*stricto sensu*)."

E continua: "No estudo da culpa distinguam-se outrora três culpas: culpa lata ou grave, leve e levíssima. Culpa lata é a falta com intenção dolosa, ou por negligência imprópria ao comum dos homens; culpa leve é a falta evitável com atenção ordinária; culpa levíssima é a falta só evitável com atenção extraordinária, ou por especial habilidade, e conhecimento singular, é a culpa dos homens *aux cent yeux*, na frase expressiva de Toullier."

Quando o legislador agir com dolo, desviando-se das funções para as quais foi investido, agindo intencionalmente com desvio ou excesso de poder, parece-nos inquestionável que tenha ele a obrigação de reparar os prejuízos advindos de sua conduta. Por exemplo, quando, para receber benefícios para si ou para outrem, legisla em favor dos interesses de uma categoria de pessoas, tutelando os seus interesses em detrimento do interesse público ou, ainda, quando legisla visando prejudicar inimigo pessoal, editando lei com desvio ou excesso de poder com efeitos concretos, deve ser responsabilizado e obrigado a indenizar os prejuízos advindos de seu ato.

Ao tratar da responsabilidade civil do órgão do Ministério Público, o artigo 85 do Código de Processo Civil proclama: *"Art. 85. O órgão do Ministério Público será civilmente responsável quando, no exercício de suas funções, proceder com dolo ou fraude."*

Similar dispositivo sobre a responsabilidade civil do juiz vem tratado no artigo 133, inciso I do estatuto processual civil em vigência; Prevê a possibilidade de o juiz responder, civilmente, por seus atos quando *"no exercício de suas funções, proceder com dolo ou fraude."*

Portanto, se a legislação em vigor prevê a possibilidade de outros agentes políticos, no caso membro do Ministério Público e o Juiz, poderem ser responsabilizados, civilmente, quando agirem com dolo ou fraude, pensamos que mesmo tratamento jurídico deva ser conferido ao legislador, posto tratar-se de agente político, que deve pautar sua conduta de igual forma que os citados agentes públicos.

Conforme leciona Maximiliano (1996), onde há a mesma situação de fato, o mesmo tratamento jurídico deve ser conferido, ou como proclamavam os romanos: *Ubi eadem ratio, ibi eadem legis dispositio*- "Onde existe a mesma razão fundamental, prevalece a mesma regra de direito."

A questão que nos parece mais tormentosa é quanto à possibilidade de se reconhecer a responsabilidade do próprio legislador por seus atos culposos.

Para que o legislador possa agir com autonomia e independência no exercício de suas funções, é mister lhe seja conferido liberdade de ação. Tal liberdade, contudo, não pode ser confundida com possibilidade de agir de acordo com seu talante, com sua vontade, independente das limitações que lhe são impostas por todo o ordenamento jurídico.

Em razão da necessidade de se preservar a liberdade de atuação do legislador, temos sustentado, desde o início deste capítulo, que ele somente poderia ser responsabilizado pessoalmente, ao editar leis com desvio ou excesso de poder, isto é, se agiu com culpa grave, ou seja, se sua conduta foi eivada com erro grosseiro, não suscetível de ser praticada pelo homem médio comum, se, apesar de não ter agido com dolo, sua conduta esbarrou na barreira divisora entre dolo e culpa, quase invadindo o campo do ato intencional.

Por culpa grave, Diniz (2002, p. 458), entende que é a culpa que se dará "quando, dolosamente, houver negligência extrema do agente, não prevendo aquilo que é previsível ao comum dos homens."

Nota-se que citada autora chega mesmo a estabelecer uma tênue diferença entre culpa grave e dolo, os quais podem, inclusive, ser confundidos aos olhos do desavisado intérprete. Por exemplo, podemos citar o caso daquele legislador que, mesmo tendo a possibilidade de saber que a lei em apreço violou o interesse público, criando benefício evidente que salta aos olhos a um ou alguns particulares, ainda assim fez aprovar o texto de lei, muito embora não tivesse agido com a intenção de beneficiar o interesse particular em detrimento do interesse coletivo. Ou ainda o caso do legislador, o qual, mesmo podendo perceber que a lei ofendia a direito individual de inimigo político do autor do projeto de lei, criando situação de injustiça, com evidentes prejuízos ao particular, ainda assim, contribuiu para que a lei fosse aprovada, muito embora não tivesse a intenção de prejudicar ou criar situação de injustiça.

Nesta hipótese, em que o legislador agiu com culpa grave e cuja irregularidade salta aos olhos de todos, pensamos ser possível responsabilizá-lo pelo ato praticado nesse sentido.

Por outro lado, admitir-se que o legislador seja obrigado a indenizar mesmo quando tenha agido com culpa leve ou levíssima, causaria uma indesejável limitação ao exercício de sua função, posto que ficaria sempre atemorizado com a possibilidade de ser obrigado a indenizar por qualquer erro, o que tornaria inviável o exercício de suas relevantes funções.

Toldo (2000, p. 101), ao analisar a responsabilidade por culpa do membro do Ministério Público, agente político como o legislador, também entende que apenas em culpa grave poderia ser tal agente público responsabilizado pessoalmente. Nesse sentido: "A admitir-se a responsabilização por *culpa leve* ou por *culpa levíssima*, inviabilizar-se-ia a ação do Ministério Público, pois, de fato, mesmo o mais prudente dos homens pode incorrer em ações ou omissões que, de alguma forma, prejudicam alguém. Nesse caso, o membro do Ministério Público poderia sentir-se intimidado em sua ação..."

Dergint (1994, p. 210) traz à baila o tratamento jurídico da responsabilidade civil do magistrado por culpa no direito estrangeiro, reconhecendo que, na Itália, França e Espanha, o magistrado somente responderá se agir com culpa grave: "No Direito Francês, no italiano e no espanhol, conforme determinações legislativas relativamente recentes, exige-se, para a caracterização da responsabilidade do juiz (apurável somente via ação regressiva do Estado), a ocorrência de uma culpa qualificada, isto é, uma 'culpa grave'".

Desta forma, também a responsabilidade civil do legislador deve receber o mesmo tratamento jurídico que a conferida aos magistrados e membros do Ministério Público, reconhecendo-se a possibilidade de ser ele (legislador) responsável, civilmente, quando agir com culpa grave.

O fundamento para que se responsabilize o legislador, civilmente, pelo ato legislativo com desvio de poder praticado, é o próprio artigo 37, § 6º da Constituição Federal, o qual

proclama que as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviço público responderão pelos prejuízos causados a outrem por atos praticados por seus agentes, quando agirem nessa qualidade, ficando assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

Outrossim, o artigo 186 do Código Civil, artigo nuclear da responsabilidade civil no ordenamento jurídico pátrio, pode ser invocado para embasar a responsabilidade do legislador nesse tipo de ação. Tal dispositivo proclama o seguinte: *"Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imperícia, violar direito e causar prejuízo a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito."*

Estaria, assim, o legislador suscetível de ser responsabilizado, civilmente, por culpa grave, também com base na teoria da responsabilidade civil, preconizada no Código Civil, aplicável a qualquer cidadão que cause, por culpa ou dolo, prejuízo a outrem.

6.1 Requisitos para a responsabilização civil do legislador

Conforme salientado anteriormente, reconhecemos a possibilidade de o legislador ser obrigado a indenizar os prejuízos causados a outrem sempre que agir com dolo, má-fé ou culpa grave.

Ao tratar da responsabilidade civil do juiz, Laspro (2000), cujos ensinamentos podem ser aplicados neste trabalho devido à similitude dos tratamentos jurídicos que se deve conferir aos magistrados e legisladores, estabelece quatro requisitos para a sua caracterização: a qualidade de agente do autor no exercício de atividade pública, a existência de um dano injusto, o nexo de causalidade e o nexo subjetivo.

Em nosso entendimento, contudo, para que a responsabilidade civil do legislador possa ser reconhecida, mister se faz a ocorrência de alguns requisitos, quais sejam: o exercício da atividade parlamentar com desvio ou excesso de poder; o dano injusto provocado a outrem e o nexo de causalidade.

O primeiro requisito indispensável para que o legislador seja responsabilizado, civilmente, pelo exercício de suas atividades, consiste na necessidade de o parlamentar ter causado prejuízo a outrem em razão da elaboração de uma lei, ou seja, de que esteja no exercício de sua atividade-fim, que é exatamente a de elaborar leis.

É possível também que o parlamentar cause prejuízo a outrem por outro motivo alheio ao exercício de suas funções, contudo, quando tal hipótese ocorrer, o fundamento para a responsabilização do parlamentar será outro, posto que dissociado de sua atuação na atividade parlamentar.

No presente trabalho, como o enfoque do estudo diz respeito ao exercício da atividade parlamentar com a elaboração de leis com desvio ou excesso de poder, é necessário, ainda,

que a ação do legislador tenha ocorrido nesta situação, ou seja, que o parlamentar tenha se desviado dos fins constitucionalmente estabelecidos para a sua atividade, elaborando leis com desvio de finalidade, agindo com dolo, má-fé ou culpa grave.

O outro requisito a ser observado para que o legislador seja, civilmente, responsável pelos prejuízos causados a outrem quando agir com desvio ou excesso de poder, consiste na ocorrência de um dano injusto.

O dano injusto, na visão de Laspro (2000, p. 174), pode ser definido por aquele dano "que deve ser oriundo da efetiva violação de um direito subjetivo, e pode resultar em prejuízos patrimoniais e morais, sendo, entretanto, indispensável a possibilidade de ser liquidado monetariamente."

Em ocorrendo o prejuízo ao particular, pela elaboração de lei com excesso ou desvio de poder, em razão da própria natureza do ato legislativo elaborado e imposto ao particular, é possível afirmar que o dano causado será sempre injusto, posto que a atividade do parlamentar que o causou é considerada ilícita, salvo se o prejuízo decorreu de culpa exclusiva da vítima.

O dano causado ao particular pode ser moral ou patrimonial. Por dano moral, Diniz (2002, p. 459) reconhece que é aquele que recai sobre "a honra, nome profissional e família, não pede um preço para a sua dor, mas apenas que se lhe outorgue um meio de atenuar, em parte, as conseqüências do prejuízo."

Por outro lado, para a mesma autora, "o dano patrimonial compreende o dano emergente e o lucro cessante, ou seja, a efetiva diminuição no patrimônio da vítima e o que ela deixou de ganhar."

Quanto à possibilidade de cumulação dos pedidos de dano moral e material em tema de responsabilidade civil do Estado, a jurisprudência já se manifestou nos seguintes termos, consoante aresto que se traz à colação:

"INDENIZAÇÃO- Responsabilidade civil do Estado- Cumulatividade de ressarcimentos- Admissibilidade- Danos materiais e morais- Lesões diferentes e irreduzíveis entre si- Obrigações distintas- Recurso não provido."(Rel. Walter Moraes, Ac. 204.970-1- São Paulo, 3-5-1994)

Outrossim, para que o legislador seja responsável, civilmente, pela lei elaborada com desvio ou excesso de poder, é necessário que haja um nexo de causalidade entre a lei elaborada nesse sentido e o dano causado ao particular, isto é, que o prejuízo tenha sido causado pela lei elaborada com desvio ou excesso de poder.

Finalmente, é mister seja comprovado que haja o nexo subjetivo na conduta do parlamentar, ou seja, tenha ele agido com dolo ou culpa em sua atuação, de modo a propiciar o reconhecimento de sua responsabilidade.

Por outro lado, poderá deixar de haver esse nexo de causalidade, e a indenização não será devida nas seguintes hipóteses: a) quando o dano se deu por culpa exclusiva da vítima; b) quando a vítima concorreu com sua conduta para a ocorrência do dano, hipótese em que a indenização será devida, pela metade ou proporcionalmente, à conduta da vítima; c) por força maior ou caso fortuito.

Nestas hipóteses, como deixa de haver a relação de causalidade entre a conduta do parlamentar e o dano provocado à vítima, não há que se falar em ressarcimento ou em ressarcimento integral do prejuízo experimentado por esta.

Outra questão interessante a ser abordada no que tange à responsabilidade civil do legislador, é a de saber se a demanda indenizatória deva ser promovida pela vítima primeiramente contra o Estado, para em seguida, este demandar regressivamente o parlamentar, ou se a demanda poderia ser intentada diretamente contra o parlamentar responsável pelo ato e o Estado, em litisconsórcio facultativo.

Meirelles (1991, p. 555) defende que a ação indenizatória deva ser promovida, primeiramente, contra o Estado para que, posteriormente, este demande o servidor em ação regressiva. Nesse sentido: "A ação de indenização da vítima deve ser ajuizada unicamente contra a entidade pública responsável, não sendo admissível a inclusão do servidor na demanda. O lesado por ato da Administração, nada tem a ver com o agente causador do dano, visto que o seu direito, constitucionalmente reconhecido (art. 37, § 6º), é o de ser reparado pela pessoa jurídica, e não pelo agente direto da lesão. Por outro lado, o servidor culpado não está na obrigação de reparar o dano à vítima, visto que só responde pelo seu ato ou por sua omissão perante a Administração a que serve, e só em ação regressiva poderá ser responsabilizado civilmente."

O mesmo entendimento é anotado por Mukai (1999, p. 539), para quem "a regra do art. 37, § 6º, da Constituição Federal é clara: a vítima é indenizada pelo Estado; este é indenizado, regressivamente, pelo agente."

Também Afonso da Silva (1992) e Di Pietro (2002) entendem que a demanda contra o servidor responsável deverá ser a regressiva, a ser ajuizada pela pessoa jurídica que indenizou a vítima, caso o servidor tenha agido com culpa ou dolo.

Por outro lado, Medauar (2000, p. 435) entende ser possível o ajuizamento da demanda indenizatória contra o Estado e o servidor responsável, em litisconsórcio facultativo, quando este agir com abuso de poder ou autoridade: "A vítima ou o seu cônjuge, companheiro, herdeiros ingressam com ação para obter *reparação do dano*, interposta, em regra, contra a pessoa jurídica de direito público ou pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviço público. Já se disse que, nos casos de abuso de autoridade, a Lei 4.898/65 permite que a vítima acione diretamente o agente, sem prejuízo da ação contra a Administração. A jurisprudência vem admitindo, ainda, que o autor proponha a ação contra a

Fazenda Pública e contra o agente, cumulativamente, num litisconsórcio facultativo, conforme ensina Yussef Said Cahali (*Responsabilidade civil do Estado*, 1995, p. 212)."

No caso em estudo, como sustentamos que a responsabilidade do Estado seria subjetiva e tendo o parlamentar agido com excesso de poder, sustentamos também que a demanda possa ser promovida contra os dois, ou seja, contra o Estado e contra o parlamentar responsável.

Ainda entendemos possível que, uma vez demandado o Estado para indenizar a vítima do ato legislativo editado com excesso ou desvio de poder, possa este denunciar à lide o parlamentar para que se defenda nos autos e seja, regressivamente, condenado a indenizar o Estado, se for o caso.

Não obstante a existência de argumentos desfavoráveis à possibilidade de a fazenda pública denunciar à lide o servidor responsável pelo ato lesivo, tais como o fato de serem as responsabilidades, do Estado e do servidor, distintas, bem como haver a necessidade de priorizar o direito da vítima, dentre outros, Medauar (2000, p. 436) sintetizou adequadamente os argumentos favoráveis à possibilidade de denúncia à lide do servidor, no caso do parlamentar:

"Em *sentido favorável à denúncia* existe também farta jurisprudência, argumentando-se o seguinte: a) o art. 70, III, do Código de Processo Civil alcança todos os casos de ação regressiva; b) por economia processual e para evitar decisões conflitantes, a responsabilidade do agente pode ser apurada nos autos da ação de reparação de dano; c) recusar a denúncia à lide do agente cerceia um direito da Administração."

Finalmente, questão interessante a ser abordada diz respeito à possibilidade de responsabilizar civil ou criminalmente o legislador, mesmo pertencendo ele a um órgão colegiado.

Muito embora o legislador integre um órgão colegiado, onde as leis são elaboradas e aprovadas mediante o voto favorável da maioria simples ou qualificada dos parlamentares, entendemos ser possível a responsabilização pessoal do legislador, desde que se possa comprovar, por qualquer meio de prova, sua participação na elaboração e aprovação da lei editada com excesso ou desvio de poder, como por exemplo, quando o parlamentar apoiou publicamente e fez campanha favorável à aprovação da lei. Além disso, quando a votação do projeto de lei for aberta, ou seja, permita identificar quais parlamentares votaram favoravelmente à aprovação da lei com excesso ou desvio de poder, a responsabilidade pessoal do legislador poderá ser tranqüilamente constatada.

Como a responsabilidade pessoal do legislador, ao editar leis, não se trata de matéria muito abordada na doutrina pátria, peço licença para trazer à colação os ensinamentos de Laspro (2000, p. 267), o qual aborda a possibilidade de se responsabilizar o magistrado por voto proferido no Tribunal ao ser julgada uma determinada causa. Nesta situação, há também a deliberação do assunto de forma colegiada, e, por tratar-se de hipóteses similares, entendemos pertinente transcrevermos os ensinamentos do citado autor:

"Ao contrário de alguns países, dentre os quais destaca-se a Itália, o julgamento colegiado no direito processual brasileiro, admite a ampla publicidade do voto divergente.

Isto significa que o entendimento de cada juiz da turma julgadora é perfeitamente identificável, razão pela qual um dos maiores problemas na responsabilidade civil nessas hipóteses não ocorre no direito brasileiro, na medida em que sua individualização é possível a partir do simples resultado do julgamento.

Assim, como regra geral, a responsabilidade pelo erro judiciário será solidária dentre todos aqueles que participaram do julgamento como tal considerado, desde que tenham acompanhado o voto vencedor."

Desta forma, feitas as devidas ressalvas, é possível afirmar que o legislador possa ser individualmente responsável pelo voto proferido ou pelos atos praticados tendentes à aprovação de lei editada com excesso ou desvio de poder, ainda que participando de uma decisão colegiada do parlamento.

6.2 Responsabilidade do legislador por ato de improbidade administrativa

Como se sabe, uma mesma conduta praticada por certa pessoa, desde que viole a lei, pode lhe acarretar uma série de conseqüências, na órbita criminal, civil ou até administrativa.

Na hipótese em estudo, a conduta do parlamentar que tenha concorrido para a aprovação de lei editada com excesso ou desvio de poder, pode lhe acarretar não somente a responsabilidade civil de indenizar os prejuízos causados ao particular, mas também a responsabilidade de ordem civil, decorrente de sua má conduta funcional, que se distanciou dos princípios que regem as atividades da administração pública.

Conforme estudado anteriormente, neste trabalho, vimos que a lei elaborada com excesso ou desvio de poder padece de vício de inconstitucionalidade. Tal inconstitucionalidade, porém, não se afere mediante mera comparação do dispositivo legal infraconstitucional com o texto constitucional para que já se denuncie, flagrantemente, o vício de inconstitucionalidade da lei.

Essa inconstitucionalidade da lei elaborada com excesso ou desvio de poder, muitas vezes, requer uma apreciação subjetiva do caso, confrontando a *mens legis* do dispositivo infraconstitucional com fins preconizados nos princípios constitucionais que regem a atividade da Administração Pública.

Canotilho (1982, p. 265) faz brilhante exposição acerca do problema, lembrando que: "A fiscalização constitucional não se transforma em juízo de mérito (inadequação, inoportunidade ou deficiência da lei para atingir certos fins), pois isso pressuporia uma substituição inadmissível do legislador pelo juiz na *seleção das determinantes autónomas*. O que se pretende é captar juridicamente o eventual 'excesso de poder legislativo' nos casos em que se tem de apreciar se as 'finalidades' da constituição não foram 'menosprezadas' ou

'substituídas' por determinantes autónomas contraditórias, incongruentes ou não pertinentes com os fins e directivas materiais das determinantes heterónomas."

Assim, em se reconhecendo que a lei elaborada com desvio ou excesso de poder violenta princípios da Administração Pública estabelecidos na Carta Magna, a conduta do legislador que concorreu para a elaboração desta lei pode também se enquadrar na prática de ato de improbidade administrativa.

Os atos de improbidade administrativa são regulados pela Lei Federal n. 8.429/92, que regulamentou inteiramente a matéria, revogando as leis ns. 3.164/57, conhecida por Lei Pitombo-Godói Ilha, a qual foi complementada pela Lei n. 3.502/58, conhecida por Lei Bilac Pinto.

O ato do legislador, ao editar leis com excesso ou desvio de poder, quando age movido por interesses particulares ou de alguns particulares em detrimento do interesse público, evidentemente deve ser objeto de censura, posto que tal ato caracteriza improbidade administrativa, que constitui um dos maiores problemas detectados no exercício da atividade da Administração Pública de todos os poderes.

O próprio autor da Lei n. 3.502/98, conhecida por Bilac Pinto, em sua obra (1960, p. 21), há quase meio século já fazia a advertência do grande mal que constitui o ato de improbidade, desonestidade, no serviço público. Vê-se, pois, que suas lições permanecem atuais, evidenciando que pouco se tem evoluído nesse sentido.

Assim proclama o citado autor: "A corrupção política e administrativa constitui um dos mais salientes vícios dos regimes políticos latino-americanos. O que torna mais grave esse fenômeno, que ocorre em todos os níveis de governo, é a apatia da opinião pública em face dele... A opinião pública ainda não se advertiu de que o locupletamento indevido, por parte dos governantes, somente pode ser obtido mediante a violação dos deveres éticos inerentes a seus cargos ou funções e que cada ato atentório da deontologia profissional do político ou do

administrador implica sempre a alteração das finalidades do Estado, em fazê-lo funcionar em benefício de grupos econômicos ou de indivíduos, e em detrimento do povo, quando o seu escopo é o de atuar sempre no exclusivo sentido da realização do bem-estar social da coletividade."

O artigo 1º da Lei n. 8.429/92, estabelece quem é o sujeito passivo do ato de improbidade administrativa, preconizando o seguinte: *"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."*

Vê-se, pois, que o artigo 1º do citado diploma legal é bem amplo, posto que define como ato de improbidade qualquer ato praticado por agente público contra a administração direta, indireta ou funcional de qualquer dos poderes de todos os entes da federação, assim como qualquer ato prejudicial às empresas incorporadas ao patrimônio público ou de entidade, criada ou custeada com pelo menos 50% constituída por patrimônio ou receita pública.

Por outro lado, o artigo 2º da apontada lei, define que: *"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."*

Ora, ao se proceder à interpretação dos supratranscritos dispositivos legais, infere-se que pode o legislador praticar ato de improbidade administrativa, posto que é considerado pela lei como agente público. Além disso, ao atuar com desvio ou excesso de poder, privilegiando interesses particulares ou de particulares em detrimento do interesse público,

causando prejuízo a qualquer das entidades mencionadas no artigo 1º da lei em comento, estará incidindo na lei em referência, uma vez que poderá violar quaisquer dos atos típicos de improbidade administrativa estabelecidos na lei.

Ao comentar o assunto, Osório (1998, ps. 106/107) reconhece, expressamente, a possibilidade de a lei de improbidade administrativa ser aplicada aos legisladores, mesmo quando atuarem na edição de leis:

"Atos administrativos podem ser praticados sob a forma de leis ou decretos legislativos, e, nem por isso, quando ostentarem efeitos concretos, deixarão de submeter seus praticantes aos ditames da Lei número 8.429/92.

Além disso, pode ocorrer a desonestidade na prática de atos formalmente jurisdicionais ou legislativos e nesse caso tampouco haverá impossibilidade formal de incidência das sanções decorrentes da improbidade administrativa."

E conclui o autor:

"Também se enquadram na categoria dos atos administrativos as chamadas leis de efeitos concretos, vale dizer, aqueles dispositivos legais que, não obstante se traduzam, formalmente, como leis, do ponto de vista material e substancial atuam como atos administrativos, v.g, leis que fixam diárias e vencimentos dos agentes políticos, leis que regulam a atuação concreta do Poder Executivo na concessão de benefícios fiscais e/ou creditícios, que estipulam regras, enfim, para um caso concreto e particularizado.

Não se pode extrair do sistema, de uma visão teleológica das normas ou mesmo da literalidade legal a conclusão de que somente os atos administrativos seriam passíveis de enquadramento na Lei número 8.429/92, pois em nenhum momento tal restrição foi efetuada pela legislação, a qual simplesmente referiu que o ato poderia ser praticado contra a administração de qualquer dos Poderes da União, Distrito Federal, Estados ou Municípios,

sem especificar a natureza do ato, se administrativo, jurisdicional ou parlamentar."(destaquei)

Como visto anteriormente, o ato legislativo editado com desvio de poder viola os princípios constitucionais da moralidade, impessoalidade, isonomia, boa-fé, proporcionalidade, razoabilidade, dentre outros, os quais regem o exercício das atividades da Administração Pública de todos os Poderes.

De igual forma, o artigo 4º da Lei n. 8.429/92 prevê que "os agentes públicos de qualquer nível ou hierarquia são obrigados a velar pela estrita observância dos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade no trato dos assuntos que lhe são afetos."

Vê-se, assim, que a lei de improbidade administrativa reforçou a exigência constitucional de que a atividade da Administração Pública de qualquer dos Poderes e, conseqüentemente, a conduta do agente público, deve sempre se pautar pela estrita observância dos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade.

Dessa forma, o ato legislativo praticado com desvio de poder, com desvio de finalidade ou com excesso de poder, viola os princípios que regem o bom desenvolvimento da atividade pública, assim como transgride os princípios que devem nortear a proba, correta e adequada atividade a ser desenvolvida pelo agente público, no caso o legislador.

Ao comentar citado artigo de lei, Figueiredo (1997, p. 28) disserta: "A norma representa aplicação concreta do art. 37, 'caput', da CF, que determina à administração direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, obediência aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, dentre outros. Os agentes públicos devem preliminarmente respeitar e fazer cumprir a Constituição e, ato contínuo, as leis e atos normativos."

E arremata o autor, com precisão: "Ressalte-se a importância do comando, notadamente no Brasil, onde os agentes públicos, diuturnamente, interpretam regulamentos e demais atos administrativos de modo totalmente divorciado da lei."

Entretanto, o legislador, ao estabelecer regramentos legais com excesso ou desvio de poder, não somente viola princípios constitucionais da Administração Pública e princípios que norteiam suas atividades estabelecidos pela lei de improbidade administrativa, mas também incide na prática de ato de improbidade administrativa típico, previsto no artigo 11 da Lei n. 8.429/92, que dispõe o seguinte:

"Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e notadamente."

Ora, o legislador que age movido por interesses particulares ou de alguns particulares em detrimento do interesse público, editando leis com excesso ou desvio de poder, contrariando os fins e princípios estabelecidos na Constituição Federal ou Estadual, não age com imparcialidade, honestidade e lealdade, deveres esses que devem pautar sua conduta e, assim agindo, atenta os princípios constitucionais que regem a Administração Pública de todos os Poderes e pratica o ato de improbidade administrativa estabelecido no "caput" do artigo 11 da lei em comento.

Outrossim, tais condutas podem tipificar o inciso I do artigo 11 da Lei n. 8.429/92, que estabelece tratar-se de ato de improbidade administrativa "praticar ato visando fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele previsto, na regra de competência.". É, na hipótese, caso típico de desvio de poder ou desvio de finalidade no exercício das atividades pelo agente público.

Pazzaglini Filho *et al* (1999, p. 125) comenta acerca do citado ato de improbidade da seguinte forma: "No inciso I, o agente público pratica ato nulo, por ilicitude do objeto ou por

incompetência. É o desvio de finalidade, seja porque atua com o fito pessoal (por exemplo, vingança, protecionismo etc.), seja porque tem em mira finalidade administrativa diversa da determinada pela lei."

E ainda Osório (1998, p. 211) adverte que "A ausência de finalidade pública em atos administrativos é especial causa de improbidade administrativa, pois revela distorção comportamental intolerável perante a Lei número 8.429/92 e, muito especialmente, perante o art. 37, **caput**, da Carta da República de 1988."

O agente público que praticar qualquer das figuras típicas de atos de improbidade administrativa previstas no "caput" e no inciso I do artigo 11 da Lei de Improbidade Administrativa, sujeitar-se-á às sanções previstas no 12, inciso III da lei em referência, as quais consistem nas seguintes penalidades: ressarcimento integral do dano, se houver, 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 e 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 três anos.

Nota-se, assim, que as penalidades estatuídas em lei para o legislador que tenha violado os princípios da Administração Pública ou que tenha se desviado da finalidade pública no exercício de sua legislatura, são extremamente severas.

Considerando ainda que seria, em tese, possível a prática de ato de improbidade administrativa pela violação dos princípios constitucionais da Administração Pública na forma culposa, é necessário que o aplicador da lei, ao proceder à análise do caso concreto, atue com prudência para que não venha a punir de forma extremamente severa atos que não se revelem como sendo de extrema gravidade; Daí porque também sustentamos que somente em

caso de culpa grave do legislador se poderia cogitar de ele responder pelo ato de improbidade administrativa prevista no "caput" do artigo 11 da lei em estudo.

Outrossim, é possível ainda que a lei tenha sido elaborada com desvio de poder, de finalidade ou excesso de poder e que os parlamentares tenham agido impulsionados pelo recebimento de vantagem, patrimonial ou extrapatrimonial, ou seja, o que motivou a aprovação da lei pelo parlamentar, foi o recebimento de vantagem indevida, causando-lhe enriquecimento ou beneficiamento ilícito. Tal conduta do parlamentar também configura ato de improbidade administrativa que importa em enriquecimento ilícito, previsto no artigo 9º, inciso I da Lei n. 8.429/92, que estabelece o seguinte:

"Art. 9º. Constitui ato de improbidade administrativa importando em enriquecimento ilícito auferir qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, mandato, função, emprego ou atividade mencionadas no art. 1º desta lei, e notadamente.

I- 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."

Assim, o legislador que legisle para auferir vantagem indevida para si ou para seus familiares ou amigos, recebendo dinheiro ou promessa de qualquer outra vantagem, fazendo aprovar projetos de leis que se distanciem dos fins preconizados na Constituição Federal, olvidando o interesse público para satisfazer os interesses dos particulares corruptores, pratica, em tese, o ato de improbidade administrativa previsto no artigo 9º, inciso I da lei referenciada.

Ressalte-se que, nesta figura típica de ato de improbidade administrativa, não se admite a modalidade culposa, visto que quem recebe vantagem indevida e se enriquece ilicitamente, obviamente está a agir com dolo.

Há de se ressaltar, ainda, que não somente o legislador estaria incidindo na prática do ato de improbidade administrativa citado, mas também o próprio corruptor que se beneficiou do ato legislativo praticado em contraprestação à vantagem ilícita por ele oferecida ao legislador.

É que o artigo 3º da lei de improbidade administrativa em análise permite que as disposições da lei sejam 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 de qualquer forma.

Nesta hipótese, advertem Pazzaglini Filho *et al* (1999, p. 63) que os envolvidos no ato, além de sujeitarem-se à responsabilidade civil pelo ato de improbidade praticado, ainda sujeitar-se-ão à responsabilidade criminal decorrente do ato:

"Todas as hipóteses apresentadas no art. 9º permitem, conjuntamente com a verificação da responsabilidade civil do agente público e do terceiro beneficiado, a repressão penal. Assim é porque também cometerá crime contra a Administração Pública o agente que se enriquecer ilicitamente, sendo comuns os casos de concurso do ato de improbidade com os delitos de concussão (art. 316, CP), corrupção passiva (art. 317, CP) e peculato (art. 312, CP)."

Ao praticarem o citado ato de improbidade administrativa previsto no artigo 9º, inciso I, sujeitam-se os legisladores e o corruptor, no que couber, às sanções previstas no art. 12, inciso I da apontada lei, ficando sujeitos à perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, devendo ressarcir integralmente o dano causado ao patrimônio público, quando houver, além de perderem os legisladores a sua função pública, de terem suspensos os direitos

políticos de oito a dez anos, de serem obrigados a pagar uma multa civil de até três vezes o valor do acréscimo patrimonial indevido, de ficarem proibidos de contratar com o Poder Público ou de receberem benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual sejam sócios majoritários, pelo prazo de dez anos. Observa-se, assim, que estas sanções são de gravidade ainda mais extremada.

Para que os atos de improbidade administrativa sejam adequadamente reprimidos, a Lei de Improbidade Administrativa, em seu artigo 14, estabelece alguns instrumentos:

Em primeiro plano, conferiu-se a qualquer pessoa representar à autoridade administrativa competente, que no caso seria o Presidente da Casa Legislativa onde atua o parlamentar, solicitando que seja instaurada a investigação necessária para apuração da prática de ato de improbidade administrativa.

Depois, além da possibilidade de se instaurar a apuração do ato de improbidade administrativa no próprio órgão onde atue o agente público, a Lei n. 8.429/92, em seu artigo 22, possibilitou ao Ministério Público que, ao receber qualquer comunicação da prática de ato de improbidade administrativa, possa requisitar a instauração de inquérito policial ou procedimento investigativo administrativo visando à apuração dos fatos.

Nesta hipótese, parece-nos que o legislador permitiu ao Ministério Público requisitar à autoridade administrativa competente que instaure o procedimento administrativo investigatório visando à apuração do ato de improbidade administrativa.

Outrossim, confere-se, ainda, a possibilidade ao Ministério Público de ele próprio investigar o suposto ato de improbidade administrativa denunciado por meio do inquérito civil, o qual é previsto no artigo 8º, § 1º da Lei da Ação Civil Pública (Lei n. 7.347/85).

Ainda prevê o artigo 16 da Lei de Improbidade Administrativa que o Ministério Público, ao ter em mãos indícios suficientes da responsabilidade do agente público pela

prática de ato de improbidade administrativa, possa, como medida cautelar destinada a ressarcir o erário, requerer ao juízo competente o sequestro dos bens do agente ou do terceiro que tenha se enriquecido ilicitamente.

Por outro lado, uma vez comprovada a prática do ato de improbidade administrativa, prevê o artigo 17 da lei em comento o instrumento da ação judicial principal a ser movida pelo Ministério Público ou pela pessoa jurídica interessada, visando à aplicação das penalidades legais ao agente público que praticou o ato de improbidade. E a Ação Civil Pública tem se revelado como instrumento processual mais adequado e utilizado com grande frequência pelo Ministério Público objetivando a punição do agente público improprio.

Como se observa de forma perfunctória, a Lei n. 8.429/92 prevê severas sanções ao agente improprio e também oferece instrumentos necessários tanto para reprimir os atos de improbidade administrativa praticados, como para propiciar o ressarcimento dos prejuízos eventualmente causados ao erário.

6.3 Responsabilidade penal do legislador advinda do ato legislativo editado com desvio ou excesso de poder

Da conduta do legislador que tenha ensejado a edição de lei com excesso ou desvio de poder, conforme já examinado, podem advir a sua responsabilidade civil em indenizar os danos causados com seu ato ao poder público, em ação regressiva, ou mesmo em indenizar o particular lesado caso tenha sido diretamente demandado, a sua responsabilidade pessoal pela prática de ato de improbidade administrativa e, finalmente, também a possibilidade de sujeitar-se às penas estabelecidas na legislação penal em vigor.

O legislador, ao atuar com desvio de finalidade, com desvio ou excesso de poder, eventualmente poderá, dependendo de sua conduta, estar cometendo crimes contra a Administração Pública, os quais estão previstos nos artigos 312 a 327 do Código Penal.

Existem alguns tipos penais que, exemplificativamente, podem ser citados como sendo possíveis de serem praticados pelo legislador que age com desvio ou excesso de poder.

O primeiro crime passível de poder ser cometido pelo legislador quando atuar dessa maneira é o de concussão, previsto no artigo 316 do Código Penal, o qual estabelece o seguinte tipo penal em seu *caput*:

"Art. 316. Exigir, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida."

Noronha (2000) nos ensina que a concussão foi punida pelos gregos com a pena de morte. Em Roma, a conduta era punida, mas confundida com a corrupção. A *Lei Júlia*, por exemplo, pune aquele que recebe dinheiro para julgar ou decidir qualquer negócio (Dig. 1, XLVIII, Tít. XI- *De lege Julia repetundarum*).

Para a configuração do crime de concussão, o legislador, a pretexto de legislar de forma benéfica a uma pessoa, categoria ou classe de pessoas contrariamente ao interesse público, exige de tais pessoas vantagem indevida.

Na presente figura típica penal, o legislador não solicita ou recebe vantagem indevida, mas **exige** que a vantagem indevida, patrimonial ou econômica, lhe seja concedida.

Conseqüentemente, o elemento subjetivo do tipo penal em apreço é o dolo, visto que o agente público, no caso o legislador, faz exigência da vantagem indevida para a prática do ato.

Noronha (2000, p. 242) estabelece quais são os requisitos para a configuração do delito de concussão:

"Há violação do dever de probidade do funcionário e abuso de autoridade ou poder do que dispõe. São, portanto, elementos da concussão: a exigência de vantagem ilícita; que esta seja para o próprio concussário ou para outrem; que a exigência se ligue à função do agente, mesmo que esteja fora dela ou ainda não a tenha assumido."

Jesus (1996) ressalta que a simples insinuação feita pelo funcionário público, desde que contenha a exigência implícita, pode ser apta a configurar o delito de concussão.

O crime se consuma, nesta hipótese, com a simples exigência da vantagem indevida, independente da obtenção desta. Nesse sentido, Mirabete (1993, p. 307), confirma o asseverado nos seguintes termos: "Consuma-se o crime, que é de natureza formal, com a simples exigência da vantagem indevida; se sobrevém a efetiva percepção desta, o que ocorre é apenas o exaurimento do delito."

Desta forma, se o legislador, a pretexto de beneficiar o interesse do particular em lei a ser elaborada em flagrante oposição ao interesse público, exige a vantagem indevida, o crime já estará consumado.

A pena prevista para o crime de concussão é de 02(dois) a 08(oito) anos de reclusão e ainda o pagamento de pena pecuniária.

Em razão da pena abstratamente cominada ao crime de concussão, o legislador que, eventualmente, for condenado por tal crime, sujeitando-se à pena mínima, terá direito a receber o benefício da suspensão condicional da pena, desde que atendidos os demais requisitos previstos no artigo 77 do Código Penal, isto é, desde que não reincidente em crime doloso, a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a sua personalidade, bem como os motivos e circunstâncias do crime autorizem a concessão do benefício e não seja indicada ou cabível a substituição prevista no artigo 44 do Código Penal.

Outrossim, aquele que for condenado à pena não superior a quatro anos, antes mesmo de ter sua pena suspensa, conforme acima mencionado, poderá ter a pena privativa de liberdade substituída pela restritiva de direitos, tais como a prestação de serviços à comunidade, prestação pecuniária, dentre outras, desde que atendidos os requisitos previstos no artigo 44 do Código Penal, ou seja, desde que não seja reincidente, e a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a sua personalidade, bem como os motivos e circunstâncias do crime autorizem a concessão do benefício.

Outro crime passível de ser perpetrado pelo legislador ao editar lei com desvio ou excesso de poder, é o de corrupção passiva, previsto no artigo 317 do Código Penal Brasileiro.

Estabelece o tipo penal do artigo 317, *caput* do Código Penal o seguinte:

"Art. 317. Solicitar ou receber, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida, ou aceitar promessa de tal vantagem."

Faria (1961, p. 96) conceitua a corrupção da seguinte forma: "A-corrupção- é o tráfico da função pela qual se estabelece uma relação ilícita entre o funcionário indigno e o terceiro que, valendo-se da sua venalidade, sujeita-o às iniciativas da sua vontade."

E conclui: "O seu elemento básico é, em regra, a cupidez do ganho, a venalidade, que é incriminada e punida independentemente da justiça ou injustiça do próprio ato, por isso que é do interesse universal que não caia em descrédito ou seja suspeitado o Poder Público, tornando venais os atos do ofício cuja prestação gratuita é imposta por lei."

Pessina *apud* Faria (1961, p. 96) procura definir a corrupção de forma incisiva como sendo "*a prostituição da pureza do cargo pela parcialidade ou pelo interesse.*"

As condutas típicas do delito de corrupção passiva consistem em o funcionário público solicitar ou receber a vantagem ou aceitar a promessa de recebê-la.

Na primeira hipótese, qual seja, a de solicitar, é a iniciativa do próprio funcionário público de pedir uma indevida vantagem, que pode ser pecuniária ou de qualquer outro tipo. Nas demais condutas típicas, o corruptor tem a iniciativa de oferecer a vantagem indevida e o funcionário público a recebe ou aceita a promessa de recebê-la.

O elemento subjetivo do tipo penal do crime de corrupção passiva é o dolo, que consistente na vontade livre e consciente de solicitar ou receber a vantagem ou aceitar a promessa como retribuição indevida pela prática, omissão ou demora do ato de ofício.

Segundo Noronha (2000, p. 258), o crime de corrupção passiva é de mera conduta. Nesse sentido, cumpre transcrevermos a lição do ilustre autor: "Soa o dispositivo: *solicitar, receber* ou *aceitar a promessa*. Nesses momentos, o crime consuma-se. Trata-se, como se vê, de delito de mera atividade ou simples conduta. Na forma de *solicitar*, a iniciativa é do funcionário e pode não ser correspondida pelo *extraneus*, isto é, solicitada ou pedida a vantagem, este não a cede. O crime consumou-se do mesmo modo. Já nas formas de receber ou aceitar a promessa, há também ação daquele, importando, em regra, um acordo ou ajuste prévio, mas praticando ele o crime de corrupção ativa."

Assim, quando o legislador, a pretexto de legislar em benefício de uma pessoa, uma classe ou categoria de pessoas, contrariamente ao interesse público, extrapolando os limites da

discricionariedade legislativa e agindo com abuso de poder, solicita vantagem indevida, a recebe ou aceita promessa de recebê-la, independentemente de efetivamente legislar nessa forma, estará, em tese, praticando o crime de corrupção passiva.

Há de se ressaltar, ainda, a diferença fundamental entre os crimes de corrupção passiva e concussão. Enquanto no primeiro o funcionário público, no caso o legislador, solicita a vantagem indevida, na concussão o funcionário exige que o particular lhe entregue a vantagem.

Nesse sentido Franco *et al* (1993, p. 1644) cita decisão do egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo, o qual aponta didaticamente o traço distintivo entre os dois delitos, consoante se observa do seguinte aresto:

"É regra de hermenêutica que a lei não pode repetir-se. Entre os arts. 316 e 317 do CP há de existir uma diferença ontológica expressa no sentido diverso dos verbos-núcleos 'exigir' e 'solicitar'. 'Exigir' implica obrigar a alguma coisa, sob certa pena. 'Solicitar' é simples pedido. Enquanto no primeiro caso a vítima é levada pelo medo a atender a exigência, no segundo satisfaz o pedido livremente, recebendo ou não, em contrapartida, alguma vantagem."(TJSP- AC- Rel. Jefferson Perroni- RT 564/327)

A pena prevista para o crime de corrupção passiva na sua forma fundamental é de 01(hum) a 08(oito) anos de reclusão e ao pagamento da pena de multa. Entretanto, na sua forma qualificada, que ocorre quando, em razão da vantagem ou promessa, o funcionário retarda ou deixa de praticar o ato funcional; a pena é então aumentada de um terço.

O agente público, no caso o legislador, que eventualmente for condenado pela prática do crime de corrupção passiva, também terá direito a receber a suspensão condicional da pena, desde que a pena imposta não ultrapasse a 02 anos e desde que atendidos os demais requisitos do artigo 77 do Código Penal.

Igualmente terá direito à substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos caso a condenação não ultrapasse a 04 anos e desde que atendidos os demais requisitos previstos no artigo 44 do Código Penal.

Finalmente, considerando o disposto no artigo 89 da Lei n. 9.099/95, antes mesmo de eventual julgamento da ação penal, terá direito o legislador, caso tenha praticado o crime na sua forma simples, a receber o benefício da suspensão condicional do processo pelo período de 02 a 04 anos.

Segundo esse benefício legal, o agente que praticar delito cuja pena mínima abstratamente cominada não supere a 01 ano e desde que seja primário e não registre antecedentes criminais desabonadores, terá o seu processo penal suspenso por dois a quatro anos, mediante o cumprimento de algumas condições, tais como não se ausentar da comarca onde reside sem autorização judicial, não cometer novos delitos, reparar o dano causado à vítima e justificar suas atividades ao juízo da comarca onde reside. Após decorrido o prazo e cumpridas as condições impostas, o processo será declarado extinto e a punibilidade do agente será declarada extinta, nos termos do § 5º do art. 89 da Lei n. 9.099/95, sem que isto importe em condenação ao agente que ainda continuará primário.

Ainda possível se cogitar a possibilidade de o legislador cometer, em tese, o delito de prevaricação.

O crime de prevaricação é definido no artigo 319 do Código Penal nos seguintes termos:

"Art. 319. Retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício, ou praticá-lo contra a disposição expressa de lei."

A conduta típica da prevaricação consiste no retardamento ou na omissão indevida, pelo funcionário público, de ato de ofício que deveria praticar ou na prática de ato contra expressa disposição de lei. Portanto, as duas primeiras figuras típicas dizem respeito a um ato

omissivo praticado pelo funcionário público, enquanto que a última figura típica se caracteriza pelo comportamento comissivo do agente.

Faria (1961, p. 103), conceitua prevaricação da seguinte forma:

"A prevaricação caracteriza-se pela infidelidade ao dever funcional e pela parcialidade no seu desempenho.

Não é limitada à função judiciária, mas pode ser praticada por outros agentes no exercício de cargo público."

Tal conceito pode ainda ser complementado pelo insigne Noronha (2000, p. 262), que ensina o seguinte: "Prevaricação é infidelidade ao dever de ofício, à função exercida. É o não cumprimento das obrigações que lhe são inerentes, movido o agente por interesse ou sentimento próprios. Nossa lei compreende a *omissão* de ato funcional, o *retardamento* e a *prática*, sempre contrários à disposição legal."

Faria (1961, p. 104) esclarece quais são os elementos do delito: "a) a qualidade do funcionário, consoante definição do art. 327; b) o ato de ofício, que pode ser *justo*, mas retardado ou omitido, o *injusto* quando infringente do texto legal."

Entretanto, como o objeto do estudo neste trabalho compreende a responsabilidade penal do legislador pela prática de atos legislativos com desvio ou excesso de poder, o que pressupõe um comportamento comissivo do parlamentar, penso que este somente poderia praticar o delito de prevaricação na última hipótese típica do artigo 319 do C.P, ou seja, quando praticar ato contra expressa disposição de lei, movido por sentimento ou interesse pessoal.

No caso, como é o próprio legislador quem faz as leis, somente poder-se-ia admitir que tivesse prevaricado quando viesse, de forma livre e consciente, movido por interesse ou sentimento pessoal, concorrer para a edição de leis que sabia serem inconstitucionais.

Assim, é de se concluir que somente em caso de dolo específico, que consiste na vontade livre e consciente dirigida à prática do ato ilegal ou inconstitucional, para satisfazer interesse ou sentimento pessoal, poder-se-ia cogitar da prática do crime de prevaricação pelo legislador.

A mera divergência política entre os legisladores, que tenha impulsionado determinado legislador a concorrer para a prática do ato legislativo inconstitucional, não é suficiente para configurar o crime de prevaricação, visto que tal crime exige, conforme salientado, que o ato tenha sido praticado para satisfazer interesse ou sentimento pessoal do legislador.

Nesse sentido, cumpre anotarmos o ensinamento de Faria (1961, p. 105), nos seguintes termos: "A divergência política não basta, por si, para constituir elemento do crime.

É mister que o *propósito deliberado*, a *intenção direta*, e assim, o erro ou a simples negligência apenas, poderão determinar a responsabilidade civil ou legitimar sanções de outra natureza."

A pena estabelecida para o crime de prevaricação, conforme preceito secundário do tipo previsto no artigo 319 do Código Penal, é de detenção de 03(três) meses a 01(hum) ano, e ainda o pagamento da pena pecuniária. Esse crime é considerado pelo artigo 61 da Lei n. 9099/95, como sendo de menor potencial ofensivo. Pode, inclusive, propiciar ao legislador que o tenha praticado o recebimento do benefício da transação penal, conforme prevê o artigo 76 da apontada lei extravagante, desde que presentes todos os requisitos legais.

Outrossim, caso processado, julgado e condenado, o legislador que tenha praticado o crime de prevaricação poderá receber também o benefício da suspensão condicional da pena ou mesmo ter sua pena privativa de liberdade substituída pela pena restritiva de direitos.

Estas são algumas condutas típicas penais passíveis de serem praticadas pelo legislador quando legislar com abuso de poder ou desvio de finalidade. Tais crimes são praticados somente quando o legislador, conforme alhures demonstrado, tiver agido com dolo,

com a vontade deliberada de obter vantagem indevida para si ou para outrem e quando beneficiar a si ou a outrem com sua conduta.

Ressalte-se, ainda, que tais condutas dolosas praticadas pelos parlamentares e que configurem crimes pela legislação penal em vigor, podem ainda lhes causar a perda do mandato de parlamentar pela prática de procedimento considerado incompatível com o decoro parlamentar, conforme estabelece o artigo 55, inciso I do texto constitucional em vigência.

Vê-se, pois, que a conduta do legislador que age impulsionado por interesses meramente privados, visando atender interesses de particulares, com atuação meramente clientelista, em arrepio ao interesse público, editando leis inconstitucionais, pode, pois, ensejar-lhe a responsabilidade civil de indenizar os danos provocados, a responsabilidade decorrente da prática de ato de improbidade administrativa ou mesmo até a responsabilidade penal nas hipóteses acima mencionadas.

7. CONCLUSÕES

Após o estudo realizado acerca do tema, podemos chegar às seguintes conclusões:

- A tese da irresponsabilidade estatal por atos legislativos, defendida por aqueles que entendiam que não poderia o Judiciário analisar se o Estado poderia ou deveria ser responsabilizado por atos próprios do Poder Legislativo, deve ser considerada como superada.

- A posição atual da doutrina é a de que o Estado deva responder pelos atos legislativos declarados inconstitucionais pelo Poder Judiciário e pelas leis de efeitos concretos, as quais causem prejuízo ao particular.

- São necessários dois requisitos fundamentais para que se reconheça a responsabilidade do Estado por atos legislativos havidos como inconstitucionais. O primeiro trata-se do prévio reconhecimento judicial da inconstitucionalidade da lei. O segundo diz respeito ao nexo de causalidade entre o prejuízo sofrido pelo lesado e inconstitucionalidade da lei, ou seja, ter sido a lei inconstitucional, assim reconhecida pelo Judiciário, que causou prejuízo ao outrem.

- É possível, em nosso entendimento, que o reconhecimento da inconstitucionalidade da lei possa ser feito de forma incidental, na própria ação reparatória promovida pelo lesado.

- Até o momento em que o Judiciário não reconhecer a inconstitucionalidade da lei, é impossível reconhecer-se o direito à indenização àquele que sofreu prejuízo decorrente da lei em vigor, pois até então vigora a presunção da constitucionalidade da lei.

- A exigência de que, somente após o reconhecimento, em ação direta, da inconstitucionalidade da lei, é possível obter a reparação do dano, constitui-se em indisfarçável violação do princípio do acesso à justiça, previsto na Carta Magna, posto que condiciona o exercício de um direito pelo cidadão lesado à iniciativa do ajuizamento da ação direta a outras pessoas e órgãos.

- A lei de efeitos concretos, ou seja, a lei que acaba prejudicando uma ou algumas pessoas em benefício de toda a coletividade, assume características de ato administrativo normativo e enseja a responsabilidade do Estado em reparar os prejuízos causados a tais pessoas.

- O fundamento para a responsabilidade estatal por leis de efeitos concretos é o princípio da isonomia, posto que não seria lícito impor sacrifício a somente algumas pessoas em benefício de toda a sociedade.

- O agente público recebe poderes do Estado para representá-lo na prática de atos, contudo, o exercício deste poder deve observar sempre os ditames da lei, sob pena de incorrer em abuso de poder ou de autoridade.

- O desvio de poder ou de finalidade é uma forma de exercício indevido, pelo agente público, dos poderes que lhe foram confiados para atuar em nome do Estado.

- Como a prática do ato administrativo ou legislativo com desvio de poder ou finalidade muitas vezes não se revela de forma patente, cristalina, é mister que o julgador faça uma análise e avaliação dos fins, motivos ou causas e objeto do ato administrativo ou legislativo para saber se estes estão afinados com os fins Constitucionalmente estabelecidos.

- O ato praticado com desvio de poder ou finalidade, como geralmente não deixa evidente os reais motivos que levaram o administrador ou o legislador a praticá-lo, para exame de sua legalidade, requer a utilização de todos os meios de prova e assumem especial importância as provas circunstanciais, presunções e indícios.

- Os princípios constitucionais da Administração Pública, estabelecidos no artigo 37 da Constituição Federal, assim como outros princípios implícitos no texto constitucional, são formas de limitação da discricionariedade administrativa e legislativa.

- Tais princípios constitucionais, notadamente os princípios da impessoalidade, moralidade, probidade, razoabilidade, proporcionalidade, isonomia, boa-fé e eficiência,

revelam-se como princípios de destacada importância na aferição do exercício regular do poder e como instrumentos de controle da discricionariedade administrativa e legislativa.

- O desvio ou excesso de poder nos atos legislativos pressupõe o exercício irregular da discricionariedade que foi conferida ao legislador e resulta na inconstitucionalidade da lei por afronta aos princípios constitucionais supracitados.

- O controle do excesso ou desvio de poder do ato legislativo não se pode fazer pelo simples confronto da legislação infraconstitucional com dispositivo inserido na Carta Magna. Ao contrário, pressupõe a avaliação dos motivos, dos fins do ato legislativo para aferir subjetivamente se os princípios constitucionais da Administração Pública foram ou não violados.

- O controle da discricionariedade legislativa, a aferição da ocorrência ou não do excesso ou desvio de poder pelo ato do legislador, pressupõe bastante cautela do Poder Judiciário, o qual somente deve reconhecer o desvio ou excesso de poder se este se revelar consistente, comprovável, demonstrável, sob pena de substituir a vontade do legislador pela do julgador, constituindo em flagrante violação ao princípio da separação do exercício dos poderes do Estado, previsto no artigo 2º da Constituição Federal.

- A opção política do legislador, que constitui a essência da atividade essencialmente discricionária do parlamentar, apenas será válida se estiver em conformidade com os fins constitucionalmente estabelecidos, e se estiver em harmonia com os princípios constitucionais da Administração Pública de todos os poderes.

- Leis que visem tutelar interesses eminentemente particulares em desconformidade com o interesse público, uma das formas de manifestação de exercício abusivo e desvio de poder pelo parlamentar, devem ser consideradas inconstitucionais por afrontarem os princípios da Administração Pública.

- O Estado é responsável, civilmente, em indenizar os prejuízos causados ao particular pelo ato legislativo praticado com desvio ou excesso de poder. Contudo, neste caso a responsabilidade do Estado é subjetiva, posto que baseada na teoria da culpa administrativa pela qual se incumbe ao lesado demonstrar que o prejuízo suportado foi causado por um mau funcionamento do serviço público.

- Como o excesso ou desvio de poder em ato legislativos resulta em sua inconstitucionalidade, evidentemente que não será difícil demonstrar que o agente público estatal, no caso o Legislador, incorreu em culpa ou dolo em sua conduta e que o serviço público foi mal prestado.

- O Legislador que agir com dolo ou culpa grave, poderá ser responsabilizado, em ação regressiva ou mesmo em ação direta, em indenizar os danos causados ao particular ou suportados pelo Estado.

- O fundamento para que o Legislador, ao agir com culpa grave, seja obrigado a reparar os danos causados quando editar lei com excesso ou desvio de poder, é o mesmo que permite que tanto o Magistrado quanto ao membro do Ministério Público sejam responsabilizados quando assim procederem.

- O Legislador, ao agir com excesso ou desvio de poder e violar os deveres da honestidade, impessoalidade, legalidade e lealdade às instituições, pode incidir nos atos de improbidade administrativa previstos no "caput" e inciso I do artigo 11 da Lei n. 8.429/92, sujeitando-se às sanções estabelecidas no artigo 12, inciso III da apontada lei extravagante.

- Se o legislador agiu com excesso ou desvio de poder, ao tutelar interesse de uma pessoa, classe ou categoria de pessoas contrariamente ao interesse público, movido pelo fato de ter recebido vantagem indevida, patrimonial ou extra patrimonial, poderá, em tese, praticar o ato de improbidade administrativa previsto no artigo 9º, inciso I da Lei n. 8.429/92, sujeitando-se às sanções previstas no artigo 12, inciso I da lei em comento.

- É possível, ainda, que o Legislador que tenha agido com desvio ou excesso de poder, desde que dolosamente, possa incidir na prática de crime, tais como concussão, corrupção passiva ou prevaricação, quando sua atuação for motivada na exigência ou no recebimento de vantagem indevida ou ainda quando for inspirada em satisfazer um interesse ou sentimento pessoal.

- É possível ainda que o Legislador, ao atuar com excesso ou desvio de poder na edição de leis, tenha recebido vantagem indevida e praticado ato que viole o decoro parlamentar, podendo perder seu mandato parlamentar, conforme estabelece o artigo 55, inciso I da Constituição Federal.

8. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALESSI, Renato. *La Responsabilit  Della Pubblica Amministrazione*. Milano: Dott. A. Giuffr  Editore, 1993

BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. *Princípios Gerais de Direito Administrativo*. Volume I, Rio de Janeiro: Forense, 1969

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Elementos de Direito Administrativo*. 3^a edição, São Paulo: Malheiros, 1992

_____. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2000.

BRASIL. Constituição da República. *Constituição Federal*., 4^a ed., São Paulo: Saraiva, 2002

BRASIL. Lei n. 8.429/92, de 02 de junho de 1.992. 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. *Diário Oficial da União*, Brasília, 02 de junho de 1992.

BRASIL. Lei n. 4717/65, de 29 de junho de 1965. Regula a ação popular. *Diário Oficial da União*, Brasília, 29 de junho de 1965

BRASIL. Lei n. 5869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. *Diário Oficial da União*, Brasília, 11 de janeiro de 1973

BRASIL. Decreto-lei n. 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Institui o Código Penal. *Diário Oficial da União*, Brasília, 31 de dezembro de 1940.

BASTOS, Celso Ribeiro; Martins, Ives Gandra. *Comentários   Constituição do Brasil*. vol.3, tomo III, São Paulo: Saraiva, 1992.

CAETANO, Marcelo. *Manual de direito administrativo*. vol.I., 10^a ed, Coimbra: Livraria Almedina, 1991.

CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade civil do Estado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996

CANOTILHO, José Joaquim Gomes., *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Livraria Almedina, 1997.

_____. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador: Contributo para a compreensão das Normas Constitucionais Programáticas*, Coimbra: Coimbra Editora Limitada, 1982

CAVALCANTI, Themístocles. *Tratado de direito administrativo*. vol. I. 4ª ed. São Paulo: Livraria Freitas Bastos, 1960.

CRETELLA JUNIOR, José. *Anulação do ato administrativo por desvio de poder*. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

_____. *Direito administrativo brasileiro*. vol. I. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

_____. *Direito administrativo brasileiro*. vol. II. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

_____. *Manual de direito administrativo*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

_____. *O estado e a obrigação de indenizar*. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

DALLARI, Adilson Abreu. *Suplemento Jurídico do Departamento de Estradas de Rodagem do Estado de São Paulo*. jan/mar. 1989, n. 134.

DERGINT, Augusto do Amaral. *Responsabilidade do Estado por atos judiciais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

DIAS, José de Aguiar. *Da Responsabilidade Civil*. Volume II, 9ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 1994

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. 1º volume, São Paulo: Saraiva, 2002

DI PIETRO, Maria Sylvia. *Discrecionalidade Administrativa na Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 1991

_____. *Direito administrativo*. 14ª ed. São Paulo: Atlas, 2002.

ENTERRÍA, Eduardo Garcia de; FERNANDEZ, Tomás Ramon. *Curso de direito administrativo*. Trad. Arnaldo Setti. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

FARIA, Bento de. *Código Penal Brasileiro*. Volume VII, Rio de Janeiro: Distribuidora Recorde Editora, 1961

FERNÁNDEZ, Tomás- Ramón. *Arbitrariedad y Discrecionalidad*. 1ª edição, Madrid: Editorial Civitas S.A., 1991

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*, 24ª. ed., São Paulo: Saraiva, 1997.

_____. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*, volume I, 2ª edição, São Paulo: Saraiva, 1997

_____. *Do processo legislativo*. São Paulo: Saraiva, 1995.

FIGUEIREDO, Marcelo. *Proibição Administrativa. Comentários à Lei 8429/92 e legislação complementar*. 2ª edição, São Paulo: Malheiros, 1997

FIGUEIREDO, Lúcia do Valle do (Org.). *Princípios informadores do direito administrativo*. 1ª ed. São Paulo: NDJ, 1997.

FIGUEIREDO, Lúcia do Valle do. *Curso de direito administrativo*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

FRANCO, Alberto Silva *et al.* *Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial*. 4ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993

FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. *O controle da moralidade administrativa*. São Paulo: Saraiva, 1974.

FREITAS, Marisa Helena D'Arbo Alves de. *Responsabilidade do Estado por Atos Legislativos. Dissertações e Teses*. Franca: Unesp- FHDSS, 2001

GASPARINI, Diógenes. *Direito administrativo*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

GORDILLO, Augustín. *Tratado de Derecho Administrativo*. Parte Generale, tomo I, 3ª ed., Buenos Aires: Ediciones Macchi, 1995.

_____. *Tratado de Derecho Administrativo*. Parte Generale, Tomo 2, Buenos Aires: Ediciones Macchi, 1991

HAURIOU, Maurice. *Précis de Droit Administratif et de Droit Public*. Paris: Librairie de la Société du Recueil Sirey, 1921

JESUS, Damásio E. de. *Código Penal Anotado*. 6ª edição, São Paulo: Saraiva, 1996

JÉZE, Gaston. *Principios Generales Del Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Editorial Depalma, 1948

LASPRO, Oreste Nestor de Souza. *A responsabilidade civil do juiz*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. *Ética e Administração Pública*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 16ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 1996

MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 16ª edição, 2ª tiragem, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991

MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle de Constitucionalidade: aspectos jurídicos e políticos*. São Paulo: Saraiva, 1990.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Manual de Direito Penal*. 6ª edição, São Paulo: Atlas, 1993

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 2ª ed., Coimbra: Coimbra editora, 1993.

_____. *Manual de direito constitucional*. tomo II. 3ª ed., Coimbra: Coimbra editora, 1996.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*. 1º volume, 36ª edição, São Paulo: Saraiva, 1999

MORAES, Alexandre. *Direito Constitucional*. São Paulo: Atlas, 1999

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

MUKAY, Toshio. *Direito Administrativo Sistematizado*. São Paulo: Saraiva, 1999.

NERY JÚNIOR, Nelson & ANDRADE NERY, Rosa Maria. *Código de Processo Civil Comentado*. 2ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996

NORONHA, Edgard de Magalhães. *Direito Penal*. Volume 4, São Paulo: Saraiva, 2000

OSÓRIO, Fábio Medina. *Improbidade Administrativa- Observações sobre a Lei 8.429/92*. 2ª edição, Porto Alegre: Síntese, 1998

PAZZAGLINI FILHO, Marino *et al.* *Improbidade Administrativa. Aspectos Jurídicos da Defesa do Patrimônio Público*. 4ª edição, São Paulo: Atlas, 1999

PEDROSO, Antônio Carlos de Campos. *Normas jurídicas individualizadas: teoria e aplicação*. São Paulo: Saraiva, 1993.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Volume I, 19ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 2002

PEREZ, Jesus Gonzáles. *El principio general de la buena fé em el derecho administrativo*. Madrid: Civitas, 1983.

_____. *La ética en la administracion pública*. 1ª ed. Madrid: Civitas, 1996.

_____. *Responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas*. Madrid: Civitas, 1996.

PINTO, Francisco Bilac Moreira. *Enriquecimento ilícito no exercício de cargos públicos*. Rio de Janeiro: Forense, 1960.

RIBEIRÃO PRETO. Câmara Municipal. Disponível na internet. <http://www.câmara.coderp.com.br>, acesso em 31/10/2002

RIVERO, Jean. *Direito administrativo*. Trad. Rogério Ehrhardt Soares. Coimbra: Livraria Almedina, 1981.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*. 2º volume, 13ª edição, São Paulo: Saraiva, 1990

SÃO PAULO(SP). Assembléia Legislativa. Constituição do Estado de São Paulo anotada e atualizada até 12.03.2002/ supervisão geral de Auro Augusto Caliman; coordenação Maria Helena Alves Ferreira e Silvia Regina Soares Rogeri. 2ª edição, ver. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, 2002.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 1992.

SILVA, Maria Cuervo; CERQUINHO, Vaz. *O desvio de poder no ato administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979.

STOCO, Rui. *Responsabilidade Civil e sua Interpretação Jurisprudencial*. 3ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997

TOLDO, Nino Oliveira. *Responsabilidade do Estado por ato do Ministério Público*. 2000. XXp. Dissertação Mestrado – Faculdade de direito, Universidade Estadual Paulista, Franca.