

ESCOLA SUPERIOR DO PARLAMENTO CEARENSE
MBA EM CIÊNCIAS POLÍTICAS

OTÁVIO CÉSAR LIMA DE MELO

DESVIO DE FINALIDADE NO ATO ADMINISTRATIVO

FORTALEZA

2017

OTÁVIO CÉSAR LIMA DE MELO

DESVIO DE FINALIDADE NO ATO ADMINISTRATIVO

Artigo científico apresentado a Escola Superior do Parlamento Cearense como requisito parcial para conclusão do MBA em Ciências Políticas.

Orientador(a): Prof.^a Dr.^a Georgina da Silva Gadelha.

FORTALEZA

2017

DESVIO DE FINALIDADE NO ATO ADMINISTRATIVO

Artigo científico apresentado a Escola Superior do Parlamento Cearense como requisito parcial para conclusão do MBA em Ciências Políticas.

Otávio César Lima de Melo

Artigo científico aprovado em 22/06/2017

Orientador(a): _____

Prof.^a Dr.^a Georgina da Silva Gadelha

1º Examinador:

2º Examinador:

DESVIO DE FINALIDADE NO ATO ADMINISTRATIVO

RESUMO: A Administração Pública esta sob a égide de inúmeros princípios que ordenam a atuação do agente público, dando à atividade administrativa uma delimitação que se pela busca ao bem comum, devendo satisfazer o interesse público como prática de qualquer ato administrativo. Entretanto, muitas condutas da Administração Pública não obedecem aos ditames legais, extrapolando o ordenamento jurídico ao atender o interesse particular, de terceiros ou as que embora supostamente estejam revestidos do interesse público, não correspondem ao objetivo específico da lei, devendo ser invalidadas pela própria Administração ou pelo Poder Judiciário, por configurar-se desvio de finalidade. Adotou-se uma metodologia bibliográfica no artigo. Em decorrência do presente estudo, analisaremos o instituto do desvio de finalidade sob a luz da Doutrina Brasileira e da jurisprudência dos Superiores Tribunais Brasileiro.

Palavras-chave: Administração Pública; Desvio de Finalidade do Ato Administrativo; Princípios da Administração.

INTRODUÇÃO

Na realização da atividade administrativa, a Administração Pública exerce inúmeros atos almejando atender o interesse público. Esse exercício se manifesta por meio do ato administrativo, vinculado à lei ou a dispor da discricionariedade contida no ordenamento legal.

O poder público ao relacionar-se com o administrado detém uma posição elevada, impondo unilateralmente sua vontade ao cidadão. Embora, a Administração Pública esteja em um nível superior que o administrado, sua atuação não é livre, devendo agir dentro vontade da lei, limitando a atividade administrativa com o objetivo de proteger o respeito aos direitos individuais.

Logo, é de fundamental importância o exame do ato administrativo para entendimento do Estado e da organização social onde se está incluso. O ato administrativo impõe as barreiras do agir administrativo, estabelecendo o início e o fim da atuação do Poder Público para viabilizar o convívio de vidas e das consequentes relações subjetivas no Estado.

Para tanto, necessário se faz a análise do papel da Administração Pública no dever estatal de concretização e de realização do interesse público, por meio de

um sistema harmônico do regime jurídico administrativo, viabilizado pelo exercício de prerrogativas e imposições por meio de princípios aplicados a atividade administrativa do Estado.

Os princípios que norteiam a Administração Pública além de possuírem diversas serventias, disciplinam o comportamento do gestor público, visto que para atingir a finalidade precípua do Estado, o interesse público, determina que o administrado não esteja sujeito somente às vontades e ambições do administrador, devendo ser o princípio da legalidade o pilar de qualquer ato administrativo.

Conforme entendimento de Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2011, apud CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO, p. 409):

Para cada finalidade que a Administração pretende alcançar existe um ato definido em lei, pois o ato administrativo caracteriza-se por sua tipicidade, que é o atributo pelo qual o ato administrativo deve corresponder às figuras definidas previamente em lei como aptas para produzir determinado resultado.

Na perseguição desse ideal, necessário se faz analisar a correta obediência legal da atividade administrativa por meio da motivação dos atos administrativos. A Motivação pode ser compreendida como a fundamentação, a explicitação dos motivos que conduziram o Administrador a realização da edição do ato administrativo, descrevendo o fato com base no ordenamento legal.

Por sua vez e pela importância da matéria, o trabalho encontra-se estruturado nas seguintes seções; ato administrativo, desvio de finalidade do ato administrativo e, por último, as considerações finais.

2 ATO ADMINISTRATIVO

O Estado para perfazer o que se propõe, precisa concretizar uma série de atuações, externando sua vontade, manifestada na elaboração de atos e na realização de fatos no mundo administrativo, chamados de atos administrativos.

Inicialmente, por mais coerente que pareça, é de extrema importância registrar que ato administrativo decorre do exercício da Função Administrativa do

Estado. Logo, a concepção do ato administrativo só passou a ter sentido em decorrência do surgimento das três funções do Estado.

Embora o poder do Estado seja uno, as três funções básicas estatais são referentes à função normativa, jurisdicional e administrativa, sendo cada uma submetida ao uso por um poder político do Estado, através do Poder Executivo, Legislativo e Judiciário.

Contudo, os poderes Executivo, Legislativo e Judiciário também exercem funções atípicas de Estado, sejam exercendo funções administrativas, decorrentes do poder hierárquico e disciplinar. Da mesma forma, o Poder Executivo participa da elaboração da função legislativa, vetando projeto de lei, quando emite medidas provisórias com força legal. Do mesmo modo, o Poder Legislativo também exerce funções judiciárias, quando o Senado Federal processa e julga o Presidente da República por crime de responsabilidade.

Nesse sentido:

[...] da mesma maneira que a Função Legislativa se manifesta e se concretiza na elaboração de normas gerais, bem como a Função Judicial se exterioriza nas suas decisões (sentenças e acórdãos), a Administração formaliza sua função gestora a partir da repercussão direta ou indireta nos interesses, direitos e liberdades dos cidadãos por meio dos atos administrativos. Precisamente, porque é o ato administrativo que concretiza e estabelece o alcance da sua incidência. É importante estabelecer tal conceito para se delimitar o objeto e viabilizar o pleno controle judicial da atividade administrativa. (FRANÇA, 2017, p.38)

Por exercerem diversas funções e de modo a assegurar um sistema de interferência de um poder sobre outro, fora instituído o sistema de freios e contrapesos com a finalidade de que a ordem constitucional fosse efetivada em seus ideais. Nos ensinamentos de Montesquieu:

[...] todo homem que tem poder é levado a abusar dele. Vai até onde encontrar limites. Quem diria! A própria virtude precisa de limites. Para que não possam abusar do poder, pela disposição das coisas, o poder freie o poder.(1987, p. 136, Tradução Pedro Vieira Mota)

Do exposto, ficaremos restringidos a função administrativa, que apesar de ser uma função que não é exercida de maneira exclusiva pelo Poder Executivo, é de grande importância para o presente estudo.

A conceituação do ato administrativo não foi realizada pela legislação brasileira, não havendo, portanto, uma uniformização na doutrina.

O ato administrativo segundo o grande Celso Antônio Bandeira de Mello:

[...] declaração do Estado (ou quem lhe faça às vezes – como, por exemplo, um concessionário de serviço público), no exercício de prerrogativas públicas, manifestada mediante providências jurídicas complementares da lei a título de lhe dar cumprimento, e sujeitas a controle da legitimidade por órgão jurisdicional. (MELLO, 2012, p.389)

No entendimento de Hely Lopes Meirelles, o ato administrativo pode ser:

[...] toda manifestação unilateral de vontade da Administração Pública que, agindo nessa qualidade, tenha por fim imediato adquirir, resguardar, transferir, modificar ou extinguir direitos, ou impor obrigações aos administrados ou a si própria. (MEIRELLES, 2001, p.141)

A doutrina conceitua o ato administrativo sob a luz dos critérios da objetividade e da subjetividade. De acordo com critério objetivo, o ato administrativo seria aquele realizado por órgãos tipicamente administrativos, não abrangendo os atos editados por órgãos do Poder Legislativo e do Poder Judiciário. Na visão subjetiva, há a previsão que o ato administrativo é aquele praticado no exercício da função administrativa, sejam realizados por quaisquer órgãos do Estado.

Na nossa visão, o critério a ser adotado para definição do ato administrativo passa obrigatoriamente a luz da subjetividade, devendo ser considerado como atos administrativos não apenas aqueles emanados pelo Executivo, mais também aqueles praticados pelos outros poderes, inclusive por dirigentes de autarquias, fundações e gestores de empresas estatais, por seus atos refletirem diretamente no interesse público, equivalente aos atos administrativos típicos.

Nesse sentido:

Ato jurídico unilateral praticado, no exercício do poder administrativo, por um órgão da Administração ou por outra entidade pública ou privada para tal habilitada por lei, e que traduz a decisão de um caso considerado pela Administração, visando produzir efeitos jurídicos numa situação individual e concreta. (AMARAL, 1994, pags. 238-239)

2.1 Elementos do Ato Administrativo

Na doutrina brasileira, encontramos discordância com relação aos elementos constituintes do Ato Administrativo. Importante salientar que as dificuldades encontradas na doutrina surgem inclusive na terminologia utilizada, tendo Hely Lopes Meirelles a preferência no termo requisitos do ato administrativo, já Maria Sylvia Zanella Di Pietro utiliza como vocábulo elementos.

Independente da terminologia empregada pela doutrina, utilizamos para fins de uma melhor compreensão no presente estudo, o termo elementos para constituir o ato administrativo, adotando a doutrina quintipartite de elementação, presente no ordenamento brasileiro com a edição da Lei nº 4.717/65, que disciplinou a ação popular: competência, a forma prescrita ou não defesa em lei, objeto lícito, a finalidade e o motivo, presentes no artigo 2º da mencionada lei:

Art. 2º São nulos os atos lesivos ao patrimônio das entidades mencionadas no artigo anterior, nos casos de:

- a) incompetência;
- b) vício de forma;
- c) ilegalidade do objeto;
- d) inexistência dos motivos;
- e) desvio de finalidade.

Parágrafo único. Para a conceituação dos casos de nulidade observar-se-ão as seguintes normas:

- a) a incompetência fica caracterizada quando o ato não se incluir nas atribuições legais do agente que o praticou;
- b) o vício de forma consiste na omissão ou na observância incompleta ou irregular de formalidades indispensáveis à existência ou seriedade do ato;
- c) a ilegalidade do objeto ocorre quando o resultado do ato importa em violação de lei, regulamento ou outro ato normativo;
- d) a inexistência dos motivos se verifica quando a matéria de fato ou de direito, em que se fundamenta o ato, é materialmente inexistente ou juridicamente inadequada ao resultado obtido;
- e) o desvio de finalidade se verifica quando o agente pratica o ato visando a fim diverso daquele previsto, explícita ou implicitamente, na regra de competência. (BRASIL, 1965, art. 2º)

Dos cinco elementos acima mencionados, os três primeiros são sempre vinculados (competência, forma e objeto), ou seja, são aqueles para os quais a lei estabelece os requisitos e condições de sua realização.

Nessa visão:

Atos vinculados são aqueles que a Administração pratica sob a égide de disposição legal que predetermina antecipadamente e de modo completo o comportamento único a ser obrigatoriamente adotado perante situação descrita em termos de objetividade absoluta.

Destarte, o administrador não dispõe de margem de liberdade alguma para interferir com qualquer espécie de subjetivismo quando da prática do ato. (MELLO, 2004, p. 227)

Os elementos motivação e finalidade podem ser vinculados ou discricionários. A discricionariedade pode ser compreendida da seguinte forma:

Atos discricionários são os que a Administração autorizada pela lei, pode praticar com liberdade de escolha de seu conteúdo, de seu destinatário, de sua conveniência, de sua oportunidade e do modo de sua realização.

A rigor, a discricionariedade não se manifesta no ato em si, mas sim no poder de a Administração praticá-lo pela maneira e nas condições que repute mais convenientes ao interesse público. (MEIRELLES, 2013, p. 178)

A análise de cada elemento é importante, já que constituem a base estrutural dos atos administrativos, sendo pressupostos indispensáveis para a validação dos atos administrativos.

Um ato praticado com a inobservância desses elementos permite que sejam identificados os vícios presentes no ato administrativo estando sujeito à anulação e eventual controle jurisdicional.

A presença de todos os elementos que serão minuciosamente descritos é indispensável para que o ato administrativo exista, para que possa ser considerado perfeito, válido, produzindo todos os efeitos jurídicos. Existente esse elemento, o ato administrativo, adquire legitimidade, imperatividade e coercibilidade.

2.2.1 Competência

O elemento competência está relacionado aos poderes legais específicos que o agente público possui para realizar determinado ato administrativo. Para a efetivação da prática administrativa, torna-se imprescindível que o agente esteja revestido do ônus público, conferindo-lhe os atributos necessários para a produção do mencionado ato, surtindo os efeitos almejados.

Logo, para que o ato administrativo possa ser válido, deve ser imbuído por um sujeito apto, habilitado pelo ordenamento normativo para realiza-lo, possuindo titularidade jurídica para concretizar a vontade do Estado.

Importante registrar entendimento do STJ:

ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. INTERDIÇÃO DE SETORES DE EMPRESA POR FISCAIS DO TRABALHO. PRESERVAÇÃO DA SAÚDE E INTEGRIDADE FÍSICA DOS TRABALHADORES. AUTORIDADE COMPETENTE: DELEGADO REGIONAL DO TRABALHO. INTERPRETAÇÃO DO ART. 161 DA CLT. VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC. NAO-CÔNHECIMENTO. PRECEITOS LEGAIS DITOS VIOLADOS NAO-PREQUESTIONADOS. INCIDÊNCIA DAS SÚMULAS 282/STF E 211/STJ.

[...]

7. A competência é elemento do ato que advém diretamente da lei, e porque proveniente desta é intransferível e improrrogável, salvo se a lei dispuser expressamente sobre a possibilidade de delegação ou avocação.

8. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, não-provido. (STJ, REsp 724.196/RS, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 23/10/2007, DJ 19/11/2007)

Logo, a competência administrativa não pode ser cedida, contudo, pode ser avocada e delegada desde que permitido em leis ou normas da administração pública, não podendo ser, caso a competência seja restrito a outro órgão.

Na falta do elemento competência, a relação jurídica administrativa não se conclui conforme a legalidade obrigatória do ato, conferindo segurança jurídica ao cidadão. Portanto, não se pode admitir atos administrativos provenientes de sujeito alheio daquele especificado pela lei, por faltar-lhe legitimidade de atuação, viciando a formação do ato administrativo.

2.2.2 Forma

Forma é a obediência das formalidades essenciais à existência e seriedade do ato, sendo o revestimento do ato administrativo, por meio do qual se instrumentaliza, revelando a sua aparência.

A inexistência da forma levaria à inexistência do ato, sendo de relevância fundamental para o Direito Administrativo, conforme leciona Di Pietro:

No Direito Administrativo, o aspecto formal do ato e de muito maior relevância do que no direito privado, já que a obediência à forma (no sentido estrito) e ao procedimento constitui garantia jurídica para o administrado e para a própria Administração: é pelo respeito à forma que se possibilita o controle do ato administrativo, quer pelos seus destinatários, quer pela própria Administração, quer pelos demais Poderes do Estado. (DI PIETRO, 2012, p. 215)

Importante salientar que o respeito ao elemento forma não significa o aprisionamento da administração pública. Exige-se por parte dos Administradores que utilize a forma escrita para que o ato administrativo possa ser verificado quando preciso, mesmo que às vezes, o ato possa ser praticado de forma diversa da escrita, quando houver previsão legal expressa.

A forma do ato administrativo define os contornos da atuação administrativa em sua exteriorização, precisando apoiar-se com indicações claras e objetivas, seus limites, consequências e reflexos definidos na forma como é expresso o ato administrativo. De tal modo, o controle do ato administrativo deve estar vigilante para o uso da forma inadequada do seu conteúdo, já que macula o alcance do interesse público proposto.

2.2.3 Objeto

Segundo Marcello Caetano:

o ato administrativo tem um objeto, produzir efeitos jurídicos num caso concreto, e que esse objeto tem de ser certo e legal: o caso concreto tem de estar precisamente caracterizado, os efeitos não de ser os que a lei permitir ou impuser. Isto é, se ao objeto do ato faltar certeza e legalidade, o ato está viciado. (CAETANO, 2003, p. 145)

Logo, objeto é o efeito jurídico que o ato administrativo gera, não existindo ato caso não existisse sobre o que tratar, ou seja, todo ato administrativo tem por objeto a criação, modificação ou a comprovação de situações jurídicas inerentes a coisas, pessoas ou atividades sujeitas a atividades do Estado.

2.2.4 Motivação

A motivação nos atos administrativos é o pressuposto de fato ou de direito em que se fundamenta o ato administrativo, o que compeliu o Estado a fazer determinado ato.

Sobre pressuposto de fato e de direito, explica Di Pietro:

Pressuposto de direito é o dispositivo legal em que se baseia o ato. Pressuposto de fato, como o próprio nome indica, corresponde ao conjunto de circunstâncias, de acontecimentos, de situações que levam a administração a praticar o ato. (DI PIETRO, 2012, p. 217)

Conforme leciona Marçal Justen Filho:

O motivo envolve uma situação externa ao agente, a qual se traduz numa representação mental que desencadeia uma decisão [...] [...] 'motivo' não se confunde com 'motivação'. O motivo é esse processo mental interno ao agente que pratica o ato. A motivação consiste na exteriorização formal do motivo, visando propiciar o controle quanto à regularidade do ato. (JUSTEN FILHO, 2006, pags. 204-205)

Mesmo quando o Legislador facultou ao Administrador em determinados atos administrativos a dispensa da motivação como ocorre nos casos clássicos que a doutrina sempre elenca como da contratação para cargos de livre nomeação, denominados cargos de confiança, caso o agente público motive mesmo assim o ato, a ele estará vinculado. Caso seja comprovado que o motivo não existiu, a consequência direta será ainda a invalidação do ato administrativo. A doutrina denominou de teoria dos motivos determinantes.

Sobre essa teoria, a que melhor explica:

De acordo com esta teoria, os motivos que determinaram a vontade do agente, isto é, os fatos que serviram de suporte à sua decisão, integram a validade do ato. Sendo assim, a invocação dos “motivos de fato” falso, 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. Uma vez enunciados pelo agente os motivos em que se calçou, ainda quando a lei não haja expressamente imposto essa obrigação de enunciá-los, o ato será válido se estes realmente ocorreram e o justificavam. (MELLO, 2009, p. 398)

O Superior Tribunal de Justiça já adotou essa teoria em recente julgado, senão vejamos:

Há direito líquido e certo ao apostilamento no cargo público quando a Administração Pública impõe ao servidor empossado por força de decisão liminar a necessidade de desistência da ação judicial como condição para o apostilamento e, na sequência, indefere o pleito justamente em razão da falta de decisão judicial favorável ao agente. O ato administrativo de apostilamento é vinculado, não cabendo ao agente público indeferi-lo se satisfeitos os seus requisitos. O administrador está vinculado aos motivos postos como fundamento para a prática do ato administrativo, seja vinculado seja discricionário, configurando vício de legalidade – justificando o controle do Poder Judiciário – se forem inexistentes ou inverídicos, bem como se faltar adequação lógica entre as razões expostas e o resultado alcançado, em atenção à teoria dos motivos determinantes. Assim, um comportamento da Administração que gera legítima expectativa no servidor ou no jurisdicionado não pode ser depois utilizado exatamente para cassar esse direito, pois seria, no mínimo, prestigiar a torpeza, ofendendo, assim, aos princípios da confiança e da boa-fé objetiva, corolários do princípio da moralidade. (STJ. MS 13.948-DF, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, julgado em 26/9/2012)

Eliana Calmon, com muita propriedade, leciona que:

"No passado, estava o Judiciário atrelado ao princípio da legalidade, expressão maior do Estado de direito, entendendo-se como tal a submissão de todos os poderes à lei.

"A visão exacerbada e literal do princípio transformou o Legislativo em um super poder, com supremacia absoluta, fazendo-o bom parceiro do Executivo, que dele merecia conteúdo normativo abrangente e vazio de comando, deixando-se por conta da Administração o *facere* ou *non facere*, ao que se chamou de mérito administrativo, longe do alcance do Judiciário.

"A partir da última década do Século XX, o Brasil, com grande atraso, promoveu a sua revisão crítica do Direito, que consistiu em retirar do Legislador a supremacia de super poder, ao dar nova interpretação ao princípio da legalidade.

"Em verdade, é inconcebível que se submeta a Administração, de forma absoluta e total, à lei. Muitas vezes, o vínculo de legalidade significa só a atribuição de competência, deixando zonas de ampla liberdade ao administrador, com o cuidado de não fomentar o arbítrio. Para tanto, deu-se ao Poder Judiciário maior atribuição para imiscuir-se no âmago do ato administrativo, a fim de, mesmo nesse íntimo campo, exercer o juízo de legalidade, coibindo abusos ou vulneração aos princípios constitucionais, na dimensão globalizada do orçamento.

"A tendência, portanto, é a de manter fiscalizado o espaço livre de entendimento da Administração, espaço este gerado pela discricionariedade, chamado de "Cavalo de Tróia" pelo alemão Huber, transcrito em "Direito Administrativo em Evolução", de Odete Medauar.

"Dentro desse novo paradigma, não se pode simplesmente dizer que, em matéria de conveniência e oportunidade, não pode o Judiciário examiná-las. Aos poucos, o caráter de liberdade total do administrador vai se apagando da cultura brasileira e, no lugar, coloca-se na análise da motivação do ato administrativo a área de controle. E, diga-se, porque pertinente, não apenas

o controle em sua acepção mais ampla, mas também o político e a opinião pública. (STJ.REsp 429570/GO; Rel. Min. Eliana Calmon, DJ 22.03.2004)

Portanto, é de fundamental importância para compreensão da realização do ato administrativo o claro e o objetivo estabelecimento de suas causas, definindo seus motivos, para aferir se seus fins estão baseados no ordenamento jurídico, bem como se os reflexos decorrentes de sua expressão relacionam-se com as previsões estabelecidas quando da construção do ato administrativo.

2.2.5 Finalidade

Finalidade é o bem jurídico a que o ato administrativo deve atingir, ou seja, o resultado que a Administração Pública quer atender com a realização do ato. O que se almeja com o ato administrativo é tão fundamental quanto às razões do ato administrativo, as consequências, bem como o caminho percorrido para se conseguir tal objetivo.

Di Pietro sobre finalidade explica que:

Pode-se falar em fim ou finalidade em dois sentidos diferentes:

1. em sentido amplo, a finalidade sempre corresponde à consecução de um resultado de interesse público; nesse sentido, se diz que o ato administrativo tem que ter finalidade pública;
2. em sentido restrito, finalidade é o resultado específico que cada ato deve produzir, conforme definido na lei; nesse sentido, se diz que a finalidade do ato administrativo é sempre a que decorre explícita ou implicitamente da lei. (DI PIETRO, 2012, pags. 216-217)

O elemento finalidade é a essência pelo qual todo ato administrativo deve estar direcionado ao interesse público indicado pelo ordenamento jurídico, sendo que a sua inobservância leva a nulidade do ato administrativo, caracterizada pelo desvio de finalidade, conforme dispõe a Lei 4.717/65 já mencionada neste trabalho.

Constantemente, a finalidade de qualquer ato administrativo é a concretização do interesse público, definido e realizado a partir de um legítimo procedimento para tanto, determinando os efeitos a serem sentidos.

Romeu Felipe Bacellar Filho ensina:

O direito administrativo repugna a ideia de que o administrador público possa praticar um ato em desacordo com o interesse público, visto que a Administração Pública se justifica como fator de realização do interesse público. Assim, os atos administrativos devem ser expedidos em estrita vinculação à finalidade pública prevista expressa ou implicitamente na lei. (BACELLAR FILHO, 2005, p. 60)

3 DESVIO DE FINALIDADE

3.2 Princípios da Administração Pública aplicáveis no Desvio de Finalidade do Ato Administrativo

Os limites do ato administrativo do Estado são compostos, fundamentalmente, por princípios que estabelecem limites, bem como surgem como trilhos que contornam a forma que a Administração Pública pode e deve seguir para a realização do interesse público. Os princípios da Administração Pública demonstram a impossibilidade do distanciamento do alcance do interesse público na atividade do Estado, por meio de delimitação do ato administrativo através de normas, presentes principalmente no caput do art. 37 da Carta Magna de 1988.

Sobre os princípios, nos ensina Celso Bandeira de Melo:

Princípio é mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para exata compreensão e inteligência delas, exatamente porque define a lógica e a racionalidade do sistema normativo, conferindo-lhe a tônica que lhe dá sentido harmônico. (MELLO, 2010, p. 53)

Os princípios constitucionais aplicados a Administração Pública possuem previsão no caput do art. 37 da Constituição Federal de 1988: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. Contudo, salientamos que discorreremos sobre os princípios da legalidade e da moralidade em decorrência da incidência direta na comprovação do desvio de finalidade do ato administrativo.

O princípio da legalidade, determina que a Administração tem que agir conforme o que a lei, em sentido estrito, estabelece e mediante a melhor interpretação do Direito voltado à obtenção da manutenção da harmonia do sistema

e da efetivação dos objetivos constitucionais inscritos no art. 3.º da CF/1988.

Nesse sentido:

No Estado de Direito a Administração só pode agir em obediência à lei, esforçada nela e tendo em mira o fiel cumprimento das finalidades assinaladas na ordenação normativa. Como é sabido, o liame que vincula a Administração à lei é mais estrito que o travado entre a lei e o comportamento dos particulares. Com efeito, enquanto na atividade privada pode-se fazer tudo o que não é proibido, na atividade administrativa só se pode fazer o que é permitido. Em outras palavras, não basta a simples relação de não-contradição, posto que, demais disso, exige-se ainda uma relação de subsunção. Vale dizer, para a legitimidade de um ato administrativo é insuficiente o fato de não ser ofensivo à lei. Cumpre que seja praticado com embasamento em alguma norma permissiva que lhe sirva de supedâneo. (MELLO, 2010, p. 960)

Importante mencionar, o obrigatório atendimento que o ato administrativo deve possuir juridicamente com a ideia de hierarquização legislativa, de forma que a atuação do Estado esteja conforme o ordenamento normativo próprio. Isto é, para o controle da legalidade do ato administrativo indispensável se faz verificar sua conformação legal ante a Constituição, às leis infraconstitucionais e ao sistema normativo administrativo a que está vinculado.

Sobre o princípio da moralidade (MORAES, 2004, p. 210):

O princípio da moralidade administrativa, no sentido estrito de conformação da conduta dos agentes públicos, sob a perspectiva da ética, além de conexo aos princípios da impessoalidade e da publicidade, relaciona-se aos valores confiança, honestidade, lealdade e respeito aos valores culturais predominantes em determinada sociedade, aos quais correspondem as seguintes dimensões: (a) boa-fé (tutela da confiança); (b) probidade administrativa (deveres de honestidade e de lealdade); (c) razoabilidade (expectativa de conduta civiliter do homem comum, da parte do agente político).

O princípio da moralidade é de extrema importância para a atividade administrativa, impondo ao Estado o cumprimento não apenas da norma, mas também a esse princípio, entendimento de grande parte dos tribunais, no qual transcrevemos o seguinte julgado do STF:

[...]

5. A criação de 28.177 cargos, sendo 79 de natureza especial e 28.098 em comissão, não tem respaldo no princípio da moralidade administrativa, pressuposto de legitimação e validade constitucional dos atos estatais.

6. A criação de cargos em comissão para o exercício de atribuições técnica e operacionais, que dispensam, a confiança pessoal da autoridade pública no servidor nomeado, contraria o art. 37, inc. V, da Constituição da República. (STF. ADIn 4.125, rel. Min. Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, j. 10.06.2010, DJe-030 15.02.2011)

Portanto, o princípio da moralidade, resume-se na impossibilidade do agir administrativo em desacordo com os mínimos padrões de conduta estabelecidos em uma sociedade. Apesar do peso da subjetividade que esse princípio contém, quando da aplicação no Direito, deve o agente observar se os valores do bem atuar público, mediante prestações justas e legítimas, foram verificados pela Administração.

3.3 Desvio de Finalidade do Ato Administrativo

Todo ato administrativo vem precedido de legitimidade, já uma vez realizado, pressupõe que os elementos do ato administrativo estudados acima foram integralmente obedecidos.

Nesse sentido, presentes a presunção de legalidade e legitimidade no ato administrativo até a comprovação em sentido contrário, o atos administrativos foram editado de acordo com o ordenamento. A doutrinadora Maria Sylvia Zanella Di Pietro defensora desse entendimento, explica:

O procedimento e as formalidades que precedem a sua edição, os quais constituem garantia de observância da lei; o fato de ser uma das formas de expressão da soberania do Estado, de modo que a autoridade que pratica o ato o faz com o consentimento de todos; a necessidade de assegurar celeridade no cumprimento dos atos administrativos, já que eles têm por fim atender ao interesse público, sempre predominante sobre o particular; o controle a que se sujeita o ato, quer pela própria Administração, quer pelos demais Poderes do Estado, sempre com a finalidade de garantir a legalidade; a sujeição da Administração ao princípio da legalidade, o que faz presumir que todos os seus atos tenham sido praticados de conformidade com a lei, já que cabe ao poder público a sua tutela. (DI PIETRO, 2002, p. 189)

Caso não houvesse a presunção de legitimidade e de legalidade acima

apontado, o Estado não poderia administrar, já que todo ato administrativo seria diretamente questionado, impedito à realização da finalidade e dos fins públicos, sobrepondo como resultado o interesse individual ao interesse público.

Logo, enquanto não decretada anulação do ato administrativo pelo próprio Estado ou pelo Poder Judiciário, este surtirá efeitos, conforme ensinamentos de:

Os atos administrativos, quando editados, trazem em si a presunção de legitimidade, ou seja, a presunção de que nasceram em conformidade com as devidas normas legais, como bem anota Diez. Essa característica não depende de lei expressa, mas deflui da própria natureza do ato administrativo, como ato emanado de agente integrante da estrutura do Estado. Vários são os fundamentos dados a essa característica. O fundamento precípua, no entanto, reside na circunstância de que se cuida de atos emanados de agentes detentores de parcelado poder público, imbuídos, como é natural, do objetivo de alcançar o interesse público que lhes compete proteger. Desse modo, inconcebível seria admitir que não tivessem a aura de legitimidade, permitindo-se que a todo momento sofressem algum entrave imposto por pessoas de interesses contrários. Por esse motivo é que se há de supor que presumivelmente estão em conformidade com a lei. (CARVALHO, 2001, p. 93)

A teoria do desvio de finalidade fora originada da jurisprudência do Conselho de Estado francês, criada especificadamente para julgar as questões referentes ao Estado, envolvendo a prática dos atos Administrativos, separando as autoridades administrativas das autoridades judiciárias.

Diante desse quadro, fora criada a teoria do desvio de finalidade no intuito de evitar que os governantes exercessem atividade administrativa com interesses pessoais, anulando atos eivados de vícios realizados por autoridades competentes. Ou seja, a teoria do desvio de poder, fora criada em decorrência da atividade administrativa, que reconheceu a não observância da finalidade implícita ou explícita da norma, descrevendo-a como um vício de legalidade.

José Cretella Júnior traz em sua obra um caso emblemático que deu notoriedade a teoria do direito administrativo francês em matéria de desvio de poder:

O prefeito da cidade francesa de Fontainebleau proibira que certo motorista estacionasse o ônibus no pátio interno da Estação daquela cidade do interior da França. A proibição baseava-se no intuito de assegurar o

cumprimento de contrato celebrado entre a empresa ferroviária e outro proprietário de ônibus, pelo qual só este último teria direito de estacionamento e desembarque. Havia texto de lei anterior, promulgada a 15 de novembro de 1846, que conferia à autoridade poderes para regular o estacionamento e circulação de veículos, mas o Conselho de Estado anulou a decisão do Prefeito, porque este não podia exercer seus poderes de polícia para fins estranhos aos da manutenção de ordem e da organização do trânsito.(CRETELLA, 1997, p. 121)

A diferença presente no direito público e no direito privado, revela-se no momento em que o direito administrativo é submetido pela busca da finalidade, ao contrário do direito civil, no qual predomina o ideal da propriedade. Nesse ponto, o agir administrativo vinculado ou discricionário deve almejar o atendimento da finalidade pública estabelecida no ordenamento.

O desvio de finalidade é um tipo de abuso cometido por agente público que almejou fim diverso daquele que a lei aferiu, já que a finalidade da lei está sempre voltada para o interesse público. Caso o agente exerça um ato em desacordo com esse fim, desvia-se de seu poder e pratica, configurando assim uma conduta ilegítima.

Nesse sentido, trazemos um importante julgado emitido pelo STF quando do exame do desvio de finalidade na nomeação de um Ministro de Estado:

Nenhum Chefe do Poder Executivo, em qualquer de suas esferas, é dono da condução dos destinos do país; na verdade, ostenta papel de simples mandatário da vontade popular, a qual deve ser seguida em consonância com os princípios constitucionais explícitos e implícitos, entre eles a probidade e a moralidade no trato do interesse público "lato sensu.

[...]

Especificamente nos casos de desvio de finalidade, o que se tem é a adoção de uma conduta que aparenta estar em conformidade com uma certa regra que confere poder à autoridade (regra de competência), mas que, ao fim, conduz a resultados absolutamente incompatíveis com o escopo constitucional desse mandamento e, por isso, é tida como ilícita.

[...]

Aplicando essas noções ao caso em tela, tem-se que a Presidente da República praticou conduta que, a priori, estaria em conformidade com a atribuição que lhe confere o art. 84, inciso I, da Constituição – nomear Ministros de Estado. Mas, ao fazê-lo, produziu resultado concreto de todo incompatível com a ordem constitucional em vigor: conferir ao investigado foro no Supremo Tribunal Federal.

Não importam os motivos subjetivos de quem pratica o ato ilícito. O vício, o ilícito, tem natureza objetiva. A bem dizer, a comprovação dos motivos subjetivos que impeliram a mandatária à prática, no caso em tela, configura elemento a mais a indicar a **presença do vício em questão, isto é, do desvio de finalidade. (grifo nosso)**

Nesse contexto, o argumento do desvio de finalidade é perfeitamente aplicável para demonstrar a nulidade da nomeação de pessoa criminalmente implicada, quando prepondera a finalidade de conferir-lhe

foro privilegiado. (STF, MS 34070 MC / DF.rel. Min. Gilmar Mendes.DJe-05422.03.2016. Acesso em: 06abr. 2017)

O desvio de poder ou de finalidade esta configurada quando o Administrador Público age nos limites de sua competência, mas realiza ato administrativo visando a atingir uma finalidade que não é aquela almejada pelo ordenamento jurídico correspondente ou tem seu ato fundamentado em fim diverso do estabelecido na norma e exigido pelo interesse público.

A Administração Publica na efetivação de suas atividades, está obrigada a cumprir determinados objetivos sociais e, para atingi-los, deve obedecer a um princípio de que não pode ser desnaturado. Assim, pode-se demonstrar vício também no ato e conseqüente nulidade nos casos em que o ato administrativo mesmo baseado em uma finalidade pública, não preservou o interesse geral, correspondendo ao um ato que a lei destinou para fim diverso.

Em decorrência desse último ato, a comprovação objetiva do desvio de finalidade é difícil comprovação, já que em virtude de inúmeros objetivos perseguidos presentes na Administração Pública, em muito ajuda o enquadramento de medidas em algum deles, o que dificulta a comprovação do desvio de finalidade.

Mesmo assim, os direitos coletivos devem ser obedecidos quando o Administrador realiza o ato administrativo, já que seus atos devem buscar atingir os interesses da coletividade, baseados no ordenamento e no bem comum.

Logo, o ato administrativo tem a finalidade de alcançar o interesse público, configurando o desvio de poder quando o Administrador que realizou o ato administrativo usou em seu benefício o poder discricionário, atingindo finalidade diversa do que foi ordenado legalmente, onde o Poder Judiciário é autorizado a decidir a nulidade do ato, uma vez que a administração publica utilizou indevidamente da discricionariedade, desviando os fins do interesse publico.

O interesse público pode ser entendido como o resultado das forças de uma dada sociedade, no campo jurídico, político e econômico exteriorizadas em certo momento, refletindo os valores de desenvolvimento de um maior número possível de cidadãos dessa sociedade. Então, alcançar esse produto, considerando as forças de uma sociedade, é o dever primordial do Estado, já que, possui relevância jurídica passível de determinação e concretização.

O Direito Administrativo inicialmente transparece ser um conjunto de

normas puramente abstratas de imputação, mais ao observa-lo mais intensamente, sua função representa o estabelecimento e a viabilização de específicas estruturas para a tomada de decisões, resultando na ponderação dos interesses envolvidos.

Na visão de Marçal Justen Filho:

A determinação do conteúdo do interesse público produz-se ao longo do processo de produção e aplicação do Direito. Não há interesse público prévio ao Direito, senão como manifestação abstrata insuficiente para determinar uma solução definida.

[...] o processo de concretização do Direito produz a seleção dos interesses, com a identificação do que se reputará como interesse público em face das circunstâncias. (JUSTEN FILHO, 1999, p. 133)

Então, o percurso do Estado passa na busca incessante de promoção do interesse público, percorrendo as atividade de orientação, determinação, fiscalização e correção da função pública direcionada, obrigatoriamente, para a efetivação de determinado interesse público legalmente constituído.

Logo, o agir administrativo é praticado para a efetivação do interesse público, através de um poder constituído pelo um conjunto de normas. Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, o administrador não dispõe de poderes-deveres, mas de deveres-poderes, que deverão beneficiar o cidadão, vejamos:

A saber: as prerrogativas que nesta via exprimem tal supremacia não são manejáveis ao sabor da Administração, porquanto esta jamais dispõe de “poderes” *sic et simpliciter*. Na verdade, o que nela se encontram são “deveres-poderes” como a seguir se aclara. Isto porque a atividade administrativa é desempenho de “função”.

[...]

Com efeito, por exercerem função, os sujeitos de Administração Pública têm que buscar o atendimento do interesse alheio, qual seja, o da coletividade, e não interesse de seu próprio organismo, *qua tale* considerado, e muito menos o dos agentes estatais. (MELLO, 2010, pags. 96-97)

Logo, pode ser compreendido o poder como dever baseado em lei para a realização de determinado ato, definindo o desvio quando tal dever for realizado objetivando fim diverso daquele que se deveria alcançar.

Dessa maneira, importa destacar que essa busca pela realização do interesse público necessita estar organizada, baseada em limites bastante claros, justamente para que a tarefa se aproxime ao êxito esperado pelos administrados.

A comprovação de que um ato administrativo eivado de vício por desvio

de finalidade pública representa uma limitação à teoria dos atos administrativos discricionários, coibindo o abuso das autoridades administrativas, anulando não apenas os vícios de competência de um ato administrativo, mais também, os que porventura distorcem a finalidade prevista em lei.

Portanto, a teoria do desvio de finalidade tem por objetivo diferenciar um ato discricionário de um ato arbitrário, que fora resultado de um abuso de poder, de maneira que possa minimizar o alcance da teoria tradicional dos atos administrativos discricionários, considerando incompatível com a ordem jurídica, os atos praticados pelo Estado por desvio da finalidade pública, importando a sua anulação.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A análise dos princípios da legalidade e da moralidade nos revela a necessidade de observar limites de duas naturezas para a realização dos atos administrativos: limites de natureza legal, que implicam na subserviência ao ordenamento jurídico e de natureza moral, que determina que a Administração Pública atue baseado em padrões éticos de conduta, devendo ser comportar de maneira honesta na sua relação com os particulares e com os agentes públicos. Não basta que o agente público esteja restrito apenas ao princípio da legalidade, devendo a sua atuação, além disso, estar pautada em padrões morais.

Com o avanço do Constitucionalismo nos mais variados campos do Direito e, em especial, do Direito Administrativo, fora necessário uma revisão dos postulados clássicos da disciplina, passando o Direito Administrativo a ser concebido não mais como instrumento para a manutenção do poder estatal, mas, ao contrário, como Direito defensivo da população.

Diante desse neoadministrativismo, o controle jurisdicional passou a ser realizado sobre os atos administrativos, constituindo um direito fundamental do administrado em relação ao Estado, pois, a partir dele, outros direitos puderam ser concretizados.

O ato administrativo representa o instrumento de realização da

Administração Pública no exercício da função administrativa e no alcance da finalidade pública.

A nossa doutrina e a jurisprudência dos Tribunais Superiores, no intuito seguir a evolução da sociedade e ajustar o Direito a este novo quadro, tem elaborado novos padrões para o controle do ato administrativo discricionário, limitando ou reduzindo a discricionariedade do agente público.

Da análise da jurisprudência e da doutrina, pretendeu-se demonstrar um caminho para delinear a extensão do ato administrativo eivado de vícios decorrentes do desvio de finalidade cometido pelo Estado, levando a anulação de tais atos.

REFERÊNCIAS

- AMARAL, Diogo Freitas do. **Curso de direito administrativo**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1994. vol.1.
- BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Direito administrativo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.
- CAETANO, Marcello. **Princípios fundamentais do direito administrativo**. 10. ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- CRETELLA JÚNIOR, José. **O desvio de poder na administração pública**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2002.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012.
- FRANÇA, Phillip Gil. **Ato Administrativo e interesse público: gestão pública controle judicial e consequencialíssimo administrativo**. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.
- JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006.
- JUSTEN FILHO, Marçal. **Conceito de interesse público e a personalização do direito administrativo**. Revista Trimestral de Direito Público, vol. 26. São Paulo, 1999.
- MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 26 ed. São Paulo: Malheiros, 2001.
- MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 39 ed. Atualização de Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros, 2013.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 17ª Ed. São Paulo: Malheiros. 2004.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 26ª ed. rev. São Paulo: Malheiros, 2009.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 27. ed. Malheiros: São Paulo, 2010.
- MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**, 28º ed.rev., São Paulo: Malheiros, 2011.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 29 ed. São Paulo: Malheiros. 2012.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **O Espírito das leis**. Tradução Pedro Vieira Mota. São Paulo: Ediouro, 1987.

MORAES, Germana de Oliveira. **Controle jurisdicional da administração pública**. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2004.

Jurisprudência

STF, MS 34070 MC / DF.rel. Min. Gilmar Mendes. DJe-054 22.03.2016. Acesso em: 06 abr. 2017.

STF. ADIn 4.125, rel. Min. Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, j. 10.06.2010, DJe-030 15.02.2011. Acesso em: 30 mar. 2017.

STJ. REsp 724.196/RS, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 23/10/2007, DJ 19/11/2007. Acesso em: 30 mar. 2017.

STJ. MS 13.948-DF, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, julgado em 26/9/2012. Acesso em: 05 abr. 2017.

STJ. REsp 429570/GO; Rel. Min. Eliana Calmon, DJ 22.03.2004.. Acesso em: 05 abr. 2017.

Normas Jurídicas

BRASIL. Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965. Regula a ação popular. Brasília. Site: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4717.htm. Acesso em: 29 mar. 2017.