

ABUSO DE PODER E SUAS ESPÉCIES: A VIOLAÇÃO DA RETIDÃO ADMINISTRATIVA

Rodolfo Eduardo Silva BANDEIRA¹

Resumo: Vários são os princípios e regras administrativos constitucionalmente consagrados, explícita ou implicitamente. Com efeito, todos guardam estrita relação com o interesse público, âmago do regime jurídico-administrativo pátrio. Assim como não podem se desvincular dos ditames constitucionais e legais pertinentes, os agentes públicos também devem agir sempre conforme o interesse público, sob pena de incorrerem em abuso de poder. Posto isto, o presente estudo intenciona discorrer sobre o gênero abuso de poder e suas espécies excesso de poder e desvio de poder ou desvio de finalidade, abordando em detalhes os aspectos teóricos e manifestações práticas mais relevantes de cada instituto.

Abstract: There are several administrative principles and rules constitutionally enshrined, explicitly or implicitly. Indeed, all of them hold close relation with the public interest, the core of national administrative rights. The same way they can't unlink relevant constitutional and legal dictates, public officials must also always act in the public interest, under penalty of incurring in abuse of power. That said, this study intends to discuss the genre of the abuse of power and its species excess of power and misuse of power or misuse of purpose, addressing in detail the most relevant theoretical aspects and practical manifestations of each institute.

Palavras-chave: Administração Pública. Abuso de poder. Excesso de poder. Desvio de poder.

Keywords: Public Administration. Abuse of power. Excess of power. Misuse of power.

Sumário: 1. Introdução. 2. A Administração Pública e a primordialidade do interesse público. 3. Os agentes públicos e os poderes(-deveres) administrativos. 4. O abuso de poder e suas espécies. 4.1. Excesso de poder. 4.2. Desvio de poder. 5. Considerações finais. 6. Referências.

1 INTRODUÇÃO

A estrutura organizacional contemporaneamente adotada nos denominados Estados Democráticos de Direito – como é o Brasil – pressupõe a presença de indivíduos que, exercendo adequadamente suas respectivas funções, façam as engrenagens do maquinário estatal rodar em harmonia e plenitude. Tais indivíduos são os agentes públicos, pessoas físicas que prestam algum tipo de serviço junto à Administração Pública Direta ou Indireta.

Os agentes públicos, no desempenho de seus misteres, devem acurada obediência a todos os ditames administrativos constitucionais e infraconstitucionais. Assim, é correto afirmar que todo sujeito incumbido de alguma atividade de cunho eminentemente público deve sempre buscar executá-la segundo os parâmetros da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade e da eficiência, nos exatos termos do art. 37, *caput*, da Constituição Federal.

Além disso, tem o agente público o dever de estrita observância de toda regra com efeito no universo jurídico que emane desses cinco princípios basilares, e, ainda que determinado ato

¹ Pós-graduando *lato sensu* em Direito do Estado pelo Projuris Estudos Jurídicos em parceria com as Faculdades Integradas de Ourinhos/SP – FIO. Bacharel em Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP, *campus* de Jacarezinho/PR. Estagiário de pós-graduação em Direito no Ministério Público do Estado do Paraná.

administrativo não encontre norma correspondente no direito positivo, quando correlacionar-se de qualquer sorte com algum daqueles preceitos, deverá o agente curvar-se à legítima vontade do legislador constitucional expressada no supra-aludido dispositivo.

Nota-se, pois, que a atividade administrativa se concentra, no mais das vezes, no campo da vinculação, decorrência direta das imposições legal e moral vigentes no ordenamento jurídico pátrio tocante ao tema. Ao alvedrio do agente público sobra uma exígua faixa de iniciativa, chamada de discricionariedade, em que o legislador faculta ao executor do ato administrativo a tomada de uma decisão dentre certas possibilidades preestabelecidas, conforme lhe soar mais oportuno e conveniente ao caso concreto.

Todavia, mesmo diante de uma aparente brecha para deliberações particulares, não pode o agente administrativo, em hipótese alguma, dispor do múnus público que lhe é conferido a seu bel-prazer, excedendo-se ou desviando-se das premissas do Direito Administrativo e ferindo os interesses de toda a coletividade.

Quando extrapola os limites da retidão administrativa, abusando objetiva ou subjetivamente do poder que o Estado lhe confia, o indivíduo encarregado do ofício público atenta contra os mais medulares princípios administrativos. Consequentemente, o ato abusivo perpetrado eiva-se de nulidade e quem lhe deu causa fica à mercê das imputações de responsabilidade nos âmbitos administrativo, civil e inclusive criminal, a depender da gravidade do ato ilícito e das sequelas por ele deixadas.

Nesse contexto, o presente artigo, que será construído sobre uma base doutrinária, jurisprudencial e normativa, propõe analisar o abuso de poder e as suas espécies, quais sejam 1) o excesso de poder e 2) o desvio de poder ou desvio de finalidade, traçando definições e diferenciações, apontando as mais substanciais questões a respeito e buscando oferecer exemplos de arbitrariedades que configuram, na prática, situações de abuso de poder.

2 A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E A PRIMORDIALIDADE DO INTERESSE PÚBLICO

Como dito, o texto constitucional de 1988 clama pela figura de uma Administração Pública brasileira isenta de quaisquer condutas corruptas, favorecimentos pessoais, procedimentos antiéticos, medidas letárgicas ou às escondidas, enfim: o que se espera do Estado e de seus agentes é que a ideia do bem comum esteja intrinsecamente presente e seja levada a efeito em absolutamente todos os atos administrativos.

Mas não apenas isso: ora explícita, ora implicitamente, a Carta Magna – assim como toda a legislação esparsa por ela recepcionada ou nela edificada – deixa claro que o interesse da coletividade prepondera sobre o do indivíduo singularmente considerado. Não que este, quando em face de algum ente estatal, seja seu refém; no entanto, como animal social, o indivíduo necessariamente tem de ceder parte de seu livre-arbítrio em favor dos anseios e garantias da comunidade que o cerca – e da qual o próprio sujeito faz parte.

Destarte, é de se inferir que, para o regime jurídico-administrativo, “[...] o interesse público deve ser conceituado como o interesse resultante do conjunto dos interesses que os indivíduos pessoalmente têm quando considerados em sua qualidade de membros da sociedade e pelo simples fato de o serem.” (BANDEIRA DE MELLO, 2013, p. 62).

O interesse público, como pedra fundamental e sustentáculo do Direito Administrativo e das próprias concepções de sociedade e Estado, é dotado de duas características preponderantes que, classicamente, compõem o conteúdo do regime jurídico-administrativo: trata-se do quase indissociável binômio *supremacia do interesse público sobre o interesse privado* e *indisponibilidade do interesse público*.

Segundo Bandeira de Mello (2013, p. 71), o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado sugere uma relação de verticalidade entre a Administração e os entes particulares, diferentemente da habitual horizontalidade que existe nas relações entre estes últimos.

Embora venha sendo alvo de críticas por parte de alguns que, arrazoadamente, rogam por sua relativização frente a circunstâncias concretas – daí Medauar (2013, p. 146-147) preferir a expressão *preponderância do interesse público sobre o interesse particular* –, o preceito ora em mesa distingue-se por sua ampla influência e abrangência nas ordens constitucional e administrativa do direito tupiniquim:

O princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado é princípio geral de Direito inerente a qualquer sociedade. É a própria condição de sua existência. Assim, não se radica em dispositivo específico algum da Constituição, ainda que inúmeros aludem ou impliquem manifestações concretas dele, como, por exemplo, os princípios da função social da propriedade, da defesa do consumidor ou do meio ambiente (art. 170, III, V e VI), ou tantos outros. Afinal, o princípio em causa é um pressuposto lógico do convívio social. Para o Direito Administrativo interessam apenas os aspectos de sua expressão na esfera administrativa. Para não deixar sem referência constitucional algumas aplicações concretas especificamente dispostas na Lei Maior e pertinentes ao Direito Administrativo, basta referir os institutos da desapropriação e da requisição (art. 5º, XXIV e XXV), nos quais é evidente a supremacia do interesse público sobre o interesse privado. (BANDEIRA DE MELLO, 2013, p. 99)

No que toca ao princípio da indisponibilidade do interesse público, novamente Celso Antônio Bandeira de Mello traz esmerada definição:

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 curá-los – o que é também um dever – na estrita conformidade do que dispuser a *intentio legis*. (2013, p. 76)

Em complemento ao supratranscrito, Maria Sylvia Zanella Di Pietro, coligando a indisponibilidade do interesse público aos poderes-deveres do Estado, pondera:

Precisamente por não poder dispor dos interesses públicos cuja guarda lhes é atribuída por lei, os **poderes** atribuídos à Administração têm o caráter de poder-dever; são poderes que ela não pode deixar de exercer, sob pena de responder pela omissão. Assim, a autoridade não pode renunciar ao exercício das competências que lhe são outorgadas por lei; não pode deixar de punir quando constate a prática de ilícito administrativo; não pode deixar de exercer o poder de polícia para coibir o exercício dos direitos individuais em conflito com o bem-estar coletivo; não pode deixar de exercer os poderes decorrentes da hierarquia; não pode fazer liberalidade com o dinheiro público. Cada vez que ela se omite no exercício de seus poderes, é o interesse público que está sendo prejudicado. (2013, p. 67, grifo da autora)

À vista do exposto, dada a notória pertinência entre os temas, torna-se necessário, antes de se adentrar definitivamente no tópico central deste trabalho, tecer alguns breves comentários e esclarecimentos justamente acerca dos poderes-deveres inerentes à atividade administrativa e das pessoas incumbidas de pô-los em prática e, ao mesmo tempo, respeitá-los: os agentes públicos.

3 OS AGENTES PÚBLICOS E OS PODERES(-DEVERES) ADMINISTRATIVOS

Logo nas linhas preambulares do presente estudo foi desvelado que os agentes públicos são, em apertada tentativa de conceituação, os indivíduos prestadores de serviço junto à Administração Pública Direta ou Indireta. Os agentes públicos, por desempenharem função estatal, personificam a figura do próprio Estado e, portanto, são peças essenciais ao regular desenvolvimento das mais diversas atividades administrativas.

Como se vê, a alcunha “agente público” é genérica e, consoante se depreende do art. 2º da Lei nº 8.429/92 (Lei de Improbidade Administrativa), serve para denominar toda a gama de pessoas físicas que, de qualquer modo, se encontram à disposição de determinado ente administrativo, ainda que não detenham cargo público. Sendo assim, agente público é gênero do qual proveem várias espécies – nem sempre uniformes na doutrina.

Exemplo desta divergência é que, para Meirelles (2008, p. 76-82), os agentes públicos subdividem-se em agentes políticos, agentes administrativos, agentes honoríficos, agentes delegados e agentes credenciados; Bandeira de Mello (2013, p. 251-258), por seu turno, classifica os agentes públicos em agentes políticos, agentes honoríficos, servidores estatais e particulares em colaboração com a Administração; já Carvalho Filho (2013, p. 590-593) agrupa-os tão-só em agentes políticos, agentes particulares colaboradores e servidores públicos.

Seja como for, todo e qualquer cidadão considerado agente público sempre atuará em nome do Estado, devendo, invariavelmente, proceder conforme a vontade deste. Neste sentido, enquanto representante estatal, *o agente público atua individualmente em nome coletivo*, e, caso deliberadamente se comporte de maneira avessa aos interesses da Administração Pública, caberá a ele replicar eventuais danos causados.

É o que explica Marçal Justen Filho:

Aquele que formar ou manifestar a vontade estatal estará desempenhando uma *função pública*, em acepção ampla. Isso significa o dever de orientar a própria conduta à satisfação dos valores fundamentais e ao atendimento às necessidades coletivas. Mais precisamente, impõe o dever de responder *individualmente* pelos efeitos de escolhas realizadas de modo incompatível com a função pública assumida. (2012, p. 818, grifo do autor)

Isto posto, verifica-se que a Administração cede poderes – dos quais, conseqüentemente, advêm deveres – ao agente público, nos limites de sua competência, dotando-o de autoridade maior ou menor conforme a função por ele exercida. Quer-se dizer, em outras palavras, que o poder do qual o agente administrativo se reveste não lhe pertence, mas tão somente lhe é emprestado pelo ente estatal ao qual se subordina.

Logo, tal outorga de poderes irá durar enquanto existir efetivo vínculo entre Administração-administrador, e seu uso, por parte deste, ficará rigorosamente adstrito aos interesses daquela. Daí se falar em *poder-dever*, uma vez que, embora brindado com autoridade perante a sociedade, o agente público deve justamente a ela uma atuação condizente com o querer coletivo e com todas as previsões legais e imposições morais intrínsecas à sua função.

Assevera Hely Lopes Meirelles:

O poder administrativo concedido à autoridade pública tem limites certos e forma legal de utilização. Não é carta branca para arbítrios, violências, perseguições ou favoritismos governamentais. Qualquer ato de autoridade, para ser irrepreensível, deve conformar-se com a lei, com a moral da instituição e com o interesse público. Sem esses requisitos o ato administrativo expõe-se a nulidade. (2008, p. 111-112)

Por conseguinte, quando o interesse particular do administrador for elevado em detrimento do interesse público, violada estará a fronteira da retidão administrativa, configurando-se o instituto do abuso de poder:

Cada agente administrativo é investido da necessária parcela de *poder público* para o desempenho de suas atribuições. Esse poder é de ser usado normalmente, como atributo do cargo ou da função, e não como privilégio da pessoa que o exerce. É esse *poder* que empresta *autoridade* ao agente público quando recebe da lei competência decisória e força para impor suas decisões aos administrados. Por isso mesmo, o agente, quando despedido da função ou fora do exercício do cargo, não pode usar da autoridade pública, nem invocá-la ao talento de seu capricho para superpor-se aos demais cidadãos. Tal conduta caracteriza *abuso de poder* e, conforme o caso, tipificaria o crime de *abuso de autoridade*, definido e punido pela Lei 4.898, de 9.12.65. (MEIRELLES, 2008, p. 106, grifo do autor)

Feitos esses indispensáveis raciocínios e observações inaugurais, é de se passar ao debate relativo especificamente ao abuso de poder e às suas espécies. Avancemos.

4 O ABUSO DE PODER E SUAS ESPÉCIES

O *poder* administrativo conferido ao agente público *deve* ser usado com vistas ao bem-estar da sociedade. O Estado, destarte, tem o poder-dever de agir. Não lhe cabe ser omissor, permanecer ocioso, quedar-se inerte: deve, obrigatoriamente, buscar amparar seus administrados da melhor maneira possível. Nessa empreitada, conforme já examinado, o ente estatal repassa parte de suas prerrogativas às pessoas físicas que o representam, guarnecendo-as com os seus próprios poderes – e, reflexamente, encargando-lhes seus deveres.

A manifestação da vontade estatal se dá através de um ato administrativo, o qual “[...] constitui, assim, um dos modos de expressão das decisões tomadas por órgãos e autoridades da Administração Pública, que produz efeitos jurídicos, em especial no sentido de reconhecer, modificar, extinguir direitos ou impor restrições e obrigações, com observância da legalidade.” (MEDAUAR, 2013, p. 153).

Deste modo, cumpre consignar que “o ato administrativo é *válido* quando foi expedido em absoluta conformidade com as exigências do sistema normativo. Vale dizer, quando se encontra adequado aos requisitos estabelecidos pela ordem jurídica.” (BANDEIRA DE MELLO, 2013, p. 391, grifo do autor).

Dito isto, pode-se proclamar, então, que o uso do poder administrativo é tarefa louvável e de fulcral importância em um Estado Democrático de Direito. Ocorre, entretanto, que, estando a ilicitude presente em todos os domínios da existência humana, não é de se esperar que não o esteja também nas mais diferentes esferas da Administração Pública. Portanto, quando o uso do poder é deturpado pela autoridade a quem lhe cabia zelar, surge o *abuso de poder*.

Nas palavras de Meirelles (2008, p. 112, grifo do autor):

O *uso do poder* é prerrogativa da autoridade. Mas o poder há que ser usado normalmente, *sem abuso*. Usar normalmente do poder é empregá-lo segundo as normas legais, a moral da instituição, a finalidade do ato e as exigências do interesse público. Abusar do poder é empregá-lo fora da lei, sem utilidade pública. O poder é confiado ao administrador público para ser usado em benefício da coletividade administrada, mas usado nos justos limites que o bem-estar social exigir. A utilização desproporcional do poder, o emprego arbitrário da força, a violência contra o administrado, constituem formas abusivas do uso do poder estatal, não toleradas pelo Direito e nulificadoras dos

atos que as encerram. O uso do poder é lícito; o abuso, sempre ilícito. Daí por que todo ato abusivo é *nulo*, por excesso ou desvio de poder.

Na visão de Di Pietro (2013, p. 248, grifo da autora), abuso de poder “[...] pode ser definido, em sentido amplo, como o vício do ato administrativo que ocorre quando o agente público exorbita de suas atribuições (**excesso de poder**), ou pratica o ato com finalidade diversa da que decorre implícita ou explicitamente da lei (**desvio de poder**).”.

Sucintamente, José dos Santos Carvalho Filho estabelece que “[...] abuso de poder é a conduta ilegítima do administrador, quando atua fora dos objetivos expressa ou implicitamente traçados na lei.” (2013, p. 48).

Por sua vez, Justen Filho (2012, p. 402) assim interpreta a figura do abuso de poder:

Dá-se o abuso de poder quando um sujeito se vale da competência de que é titular para além dos limites necessários, atuando de modo a lesar interesses alheios sem que tal corresponda a algum benefício para as necessidades coletivas. O abuso de poder corresponde à infração ao princípio da proporcionalidade. Há abuso de poder quando o sujeito infringe a proporcionalidade na versão da adequação, adotando providência inapta a satisfazer o interesse a ser protegido. E há abuso de poder também quando se produz ato excessivamente oneroso, desnecessário para satisfazer o interesse de que se cuida.

De acordo com Carvalho Filho (2013, p. 48), “a conduta abusiva dos administradores pode decorrer de duas causas: 1ª) o agente atua fora dos limites de sua competência; e 2ª) o agente, embora dentro de sua competência, afasta-se do interesse público que deve nortear todo o desempenho administrativo.”.

Percebe-se, pois, que o abuso de poder sempre pressupõe a existência de algum vício (ou defeito) em determinado ato administrativo, seja um vício quanto à *competência* ou quanto à *finalidade* do ato. Na primeira hipótese, tem-se o denominado *excesso de poder*; nesta última, há *desvio de poder* ou *desvio de finalidade*. Em todo caso, o ato deformado torna-se ilegal, ficando sujeito à revisão administrativa ou judicial.

A revisão do ato abusivo no âmbito administrativo é disciplinada pela Súmula nº 473 do Supremo Tribunal Federal, a qual prescreve: “A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.”.

No que tange à revisão judicial, é de se trazer à colação a lição de Hely Lopes Meirelles:

Entre nós, o *abuso de poder* tem merecido sistemático repúdio da doutrina e da jurisprudência, e para seu combate o constituinte armou-nos com o remédio heróico do *mandado de segurança*, cabível contra ato de qualquer autoridade (CF, art. 5º, LXIX, e Lei 1.533/51), e assegurou a toda pessoa o *direito de representação* contra abusos de autoridade (art. 5º, XX-XIV, ‘a’), complementando esse sistema de proteção contra os excessos de poder com a Lei 4.898, de 9.12.65, que pune criminalmente esses mesmos *abusos de autoridade*. (2008, p. 113-114, grifo do autor)

Em arremate, acrescenta José dos Santos Carvalho Filho:

O comportamento abusivo de autoridades públicas só pode ser eficazmente combatido pelo instrumento do *controle*, seja qual for o Poder estatal em que seja exercido. A ausência de controle rende ensejo à prática de abuso de poder; assim, para coibi-lo, necessária se torna a criação de mecanismos adequados à identificação do abuso e de seu autor, bem como das consequências

jurídicas a que estará sujeito o responsável pela ilegalidade. Sensível a tais situações, aliás, a EC 45/2004 determinou a instituição de órgãos específicos no combate a abuso de poder cometido por integrantes do Poder Judiciário e do Ministério Público (Conselho Nacional de Justiça e Conselho Nacional do Ministério Público), admitindo reclamações dos interessados e punição aos responsáveis. (2013, p. 49-50, grifo do autor)

Consoante afirmado, o abuso de poder caracterizar-se-á quando padecer de vício relacionado à competência ou à finalidade de seu correspondente ato administrativo. Nada impede, porém, que se vislumbre, no caso concreto, ambos os mencionados defeitos, ocasião em que o ato estará contaminado tanto pelo excesso de poder quanto pelo desvio de finalidade. Tal é o que ocorreu no seguinte julgado do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado da Bahia:

REMESSA NECESSÁRIA. MANDADO DE SEGURANÇA. APREENSÃO DE MERCADORIAS COM A FINALIDADE DE COAGIR O CONTRIBUINTE AO PAGAMENTO DE ICMS. IMPOSSIBILIDADE. ILEGALIDADE DO ATO DEMONSTRADA. EXCESSO DE PODER E DESVIO DE FINALIDADE DO ATO ADMINISTRATIVO CONFIGURADOS. INTELIGÊNCIA DA SÚMULA 323 DO STF. SEGURANÇA CONCEDIDA. REMESSA NECESSÁRIA DESPROVIDA. SENTENÇA INTEGRADA. É inadmissível a apreensão de mercadorias com o propósito de coagir o contribuinte ao pagamento de tributos. Já se trata de fato público e notório que a apreensão de mercadorias, por agentes fiscalizadores, em situações consideradas irregulares, com a finalidade de coagir o contribuinte ao pagamento do ICMS, revela-se ilegal e abusiva. Esta conduta vem sendo repelida pela doutrina e jurisprudência pátria, uma vez que a apreensão é utilizada não para se apurar fatos indispensáveis à feitura do lançamento ou para comprovar infrações, mas simplesmente para efetuar a cobrança, por via oblíqua, em que não se permite ao contribuinte a oportunidade de defesa.

(TJ-BA - REEX: 0001052-05.2002.8.05.0274, Relatora: Cynthia Maria Pina Resende, Data de Julgamento: 28/01/2014, Quarta Câmara Cível, Data de Publicação: 30/01/2014)

Dado esse exemplo prático de situação marcada pelo abuso de poder em seus dois aspectos, vejamos, doravante, cada uma das ramificações do explanado gênero em seus respectivos pormenores, iniciando-se pelo excesso de poder.

4.1 Excesso de poder

O *excesso de poder*, uma das espécies de abuso de poder, diz respeito à carência de competência para a execução de um ato administrativo. Aqui, o agente público, a princípio, é competente para realizar certos atos, mas se comporta de modo a transcender os limites de suas atribuições, indo além do que lhe fora primitivamente permitido, ou seja, excedendo as incumbências reservadas à sua função.

Para Carvalho Filho (2013, p. 48-49), “excesso de poder é a forma de abuso própria da atuação do agente fora dos limites de sua competência administrativa. Nesse caso, ou o agente invade atribuições cometidas a outro agente, ou se arroga o exercício de atividades que a lei não lhe conferiu.”.

Ilustrando hipóteses de excesso de poder, Di Pietro (2013, p. 248) expõe que este “[...] ocorre quando o agente público excede os limites de sua competência; por exemplo, quando a autoridade, competente para aplicar a pena de suspensão, impõe a penalidade mais grave, que não é de sua atribuição; ou quando a autoridade policial se excede no uso da força para praticar ato de sua competência.”.

Medauar (2013, p. 170) lembra que o excesso de poder está inserido no âmbito da incompetência e esta, por sua vez, “fica caracterizada quando o ato não se incluir nas atribuições legais do agente que o praticou”, conforme conceituação legal do art. 2º, parágrafo único, *a*, da Lei nº 4.717/65 (Lei da Ação Popular).

Praticamente esgotando a teoria atinente ao excesso de poder, Marçal Justen Filho aprofunda-se no tema ora em comento:

Diz-se que um ato é praticado com excesso de poder quando o agente ultrapassa o limite da competência de que era titular. A competência administrativa é limitada, o que significa que, em alguns casos, o agente deverá atuar até certo limite. Significa que os limites da competência envolvem não apenas critérios *qualitativos* mas também *quantitativos*, por assim dizer. A figura do excesso de poder é relevante especialmente quando se trata de atividade discricionária. A procedimentalização da atividade administrativa propicia maior utilização para o instituto. Em inúmeros casos, disciplina-se a competência de modo variável, em vista das circunstâncias. Assim, é necessário verificar se o conteúdo do ato é compatível com a competência do sujeito, mas também é indispensável apurar se tal competência compreende todas as providências de que o sujeito cogita. O ato praticado com excesso de competência recebe tratamento jurídico equivalente àquele praticado sem competência. (2012, p. 391, grifo do autor)

O excesso de poder pode ser verificado de maneira nítida ou encoberta e praticado tanto com dolo como com culpa por parte do agente administrativo:

Essa conduta abusiva, através do *excesso de poder*, tanto se caracteriza pelo descumprimento frontal da lei, quando a autoridade age claramente além de sua competência, como, também, quando ela contorna dissimuladamente as limitações da lei, para arrogar-se poderes que não lhe são atribuídos legalmente. Em qualquer dos casos há *excesso de poder*, exercido com culpa ou dolo, mas sempre com violação da regra de competência, o que é o bastante para invalidar o ato assim praticado. (MEIRELLES, 2008, p. 114, grifo do autor)

A jurisprudência nacional é farta em decisões reconhecendo, em atos administrativos contraditados, a figura do excesso de poder. É o caso que adiante se apresenta, proveniente do Tribunal da Cidadania:

ADMINISTRATIVO – PODER DE POLÍCIA – IRRETROATIVIDADE DA LEI – PRINCÍPIO DA LEGALIDADE E DA SEGURANÇA JURÍDICA – EXCESSO DE PODER CONFIGURADO.

1. Impossível a aplicação de multa pela Administração quando o dispositivo legal que embasou a aplicação da penalidade só veio ao mundo jurídico com a Lei n. 9.636/1998, muito tempo depois do fato que daria ensejo à penalidade.

2. Este entendimento tem base no princípio da legalidade, da irretroatividade das leis e da segurança jurídica, e, portanto, está configurado o excesso de poder da Administração. Não se discute, todavia, no caso dos autos, a legalidade da situação jurídica dos particulares, tampouco o direito de ocupação na qualidade de foreiro.

3. "...A aplicação de sanções administrativas, decorrente do exercício do poder de polícia, somente se torna legítima quando o ato praticado pelo administrado estiver previamente definido pela lei como infração administrativa..." (EDcl no RMS 21274/Denise Arruda). Recurso especial improvido.

(STJ - REsp: 720.337 AL 2005/0013947-9, Relator: Ministro HUMBERTO MARTINS, Data de Julgamento: 26/08/2008, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 16/09/2008)

Resta agora, pois, tratar sobre a segunda espécie de abuso de poder: o desvio de poder ou desvio de finalidade.

4.2 Desvio de poder

O *desvio de poder* – também chamado de *desvio de finalidade* – é um defeito relativo ao fim, ao escopo, ao propósito de determinado ato administrativo. Nesta espécie, o agente público é competente para a prática do ato, mas o faz obliterando a lei e/ou o próprio interesse público como um todo, utilizando suas atribuições para objetivos privados e, conseqüentemente, desviando-se do querer coletivo.

Celso Antônio Bandeira de Mello, delimitando o significado de desvio de poder, assevera que este ocorre “[...] quando um agente exerce uma competência que possuía (em abstrato) para alcançar uma finalidade diversa daquela em função da qual lhe foi atribuída a competência exercida.” (2013, p. 410).

Segundo Meirelles (2008, p. 114, grifo do autor), “o *desvio de finalidade* ou *de poder* verifica-se quando a autoridade, embora atuando nos limites de sua competência, pratica o ato por motivos ou com fins diversos dos objetivados pela lei ou exigidos pelo interesse público. O desvio de finalidade ou de poder é, assim, a violação ideológica da lei [...]”.

A definição legal do instituto em foco, por seu turno, está estampada no art. 2º, parágrafo único, *e*, da Lei nº 4.717/65 (Lei da Ação Popular), o qual dispõe que “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.”.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro, contudo, ressalva que o conceito legal acima reproduzido estaria incompleto. Para a autora, “visto que a finalidade pode ter duplo sentido (amplo e restrito), pode-se dizer que ocorre o desvio de poder quando o agente pratica o ato com inobservância do interesse público ou com objetivo diverso daquele previsto explícita ou implicitamente na lei. O agente **desvia-se** ou **afasta-se** da finalidade que deveria atingir para alcançar resultado diverso [...]” (2013, p. 251, grifo da autora).

Com efeito, o desvio de poder ou de finalidade está intimamente ligado à maculação de um interesse público, na medida em que o agente usa das atribuições estatais que lhe são confiadas com o fito de auferir vinganças ou proveitos particulares:

Se a lei dá à Administração os poderes de desapropriar, de requisitar, de intervir, de policiar, de punir, é porque tem em vista atender ao interesse geral, que não pode ceder diante do interesse individual. Em consequência, se, ao usar de tais poderes, a autoridade administrativa objetiva prejudicar um inimigo político, beneficiar um amigo, conseguir vantagens pessoais para si ou para terceiros, estará fazendo prevalecer o interesse individual sobre o interesse público e, em consequência, estará se desviando da finalidade pública prevista na lei. (DI PIETRO, 2013, p. 67)

Nem sempre, porém, é tarefa simples atestar a ocorrência de um ato manchado pelo desvio de poder. Neste sentido, Odete Medauar fala sobre a teoria do desvio de poder, as dificuldades para a obtenção de provas em casos práticos e a solução encontrada para tanto no ordenamento jurídico-administrativo brasileiro:

A *teoria do desvio de poder*, de origem francesa, representou importante passo no sentido de direcionar o exercício do poder discricionário aos fins de interesse público, explícitos ou implícitos, em razão dos quais esse poder foi conferido ao agente administrativo. Os poderes atribuídos aos agentes visam ao atendimento do interesse público pertinente à matéria em que esses agentes atuam. Não se destinam tais poderes à satisfação de interesses pessoais, de grupos, de partidos, nem são instrumentos de represália, vingança ou favorecimento próprio ou alheio. Exemplo: usar o poder de expropriar em represália a declarações formuladas na imprensa por um administrado. A existência de *desvio de poder* ou *de finalidade* no ato administrativo nem sempre é de fácil comprovação. No exemplo acima, as declarações na imprensa escrita fornecem um dado que pode levar à comprovação

do desvio de poder. A dificuldade na prova do desvio de poder ou de finalidade levou a doutrina e a jurisprudência pátrias a mencionar os chamados *indícios denunciadores* do desvio de poder, que são alguns dados que permitem concluir pela ocorrência dessa ilegalidade, tais como: contradição entre fatos invocados a título de motivo e o conteúdo do ato; desproporção entre meios e fins; contradição entre os motivos expostos; ocultação de fatos relativos à situação etc. (2013, p. 172, grifo da autora)

Justen Filho (2012, p. 400), em didática explanação, oferece notável exemplo de situação caracterizada pelo desvio de poder:

O exemplo clássico [de desvio de poder] é a remoção compulsória de um servidor em virtude da infração aos deveres funcionais. O superior hierárquico dispõe de competência para determinar a remoção, mas o problema reside em produzir o ato para punir o servidor. O vício reside em que a competência para remover compulsoriamente o servidor foi instituída como instrumento para ampliar a qualidade da atividade administrativa. Ao utilizar a remoção como meio punitivo, altera-se a finalidade que orienta tal competência. Mais ainda, deixa-se de utilizar a competência adequada, que é aquela punitiva. Quem pratica infração a dever funcional deve sofrer uma das sanções previstas, entre as quais não se encontra (usualmente) a remoção compulsória.

O julgado a seguir, oriundo do Egrégio Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, ilustra o tratamento jurisprudencial dado ao desvio de poder:

PROCESSO CIVIL. EXONERAÇÃO. DESVIO DE PODER. PROVA TESTEMUNHAL. PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. NULIDADE DO PROCESSO.
I - O ATO ADMINISTRATIVO, MOTIVADO POR PERSEGUIÇÃO, POSSUI APARÊNCIA DE LEGALIDADE, NO ENTANTO CONFIGURA DESVIO DE PODER.
II - A NULIDADE DA MOTIVAÇÃO DA EXONERAÇÃO EXIGE PROVA, QUE DEVE SER ADMITIDA SOB PENA DE VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA.
III - APELAÇÃO CONHECIDA E PROVIDA. PRELIMINAR ACOLHIDA PARA CASSAR A R. SENTENÇA. UNÂNIME.
(TJ-DF - AC: 0021646-58.2004.8.07.0001, Relatora: VERA ANDRIGHI, Data de Julgamento: 29/08/2005, 4ª Turma Cível, Data de Publicação: DJU 04/10/2005)

Assim como nos atos viciados pelo excesso de poder, todo ato corrompido por desvio de poder ou desvio de finalidade se expõe a nulidade, dele não advindo quaisquer direitos ou expectativas. Muito pelo contrário: o ato administrativo perpetrado com abuso de poder, seja por excesso ou com desvio, a depender de suas implicações, pode até mesmo configurar um ilícito penal, caso se enquadre em alguma das figuras típicas previstas na Lei nº 4.898/65 (Lei de Abuso de Autoridade).

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em um sistema governamental onde se preza a democracia, o Estado deve organizar-se de modo a por todos os seus cidadãos em pé de igualdade. Com a promulgação da Constituição da República de 1988, o Brasil deu grande passo rumo a uma Administração Pública mais equânime, eficaz, transparente, diligente e humana, e isso se deve muito a um preceito que permeia todo o texto constitucional: a primordialidade do interesse público.

Foi-se o tempo de mandos e desmandos por parte dos indivíduos que detinham o poder estatal em mãos. O agente administrativo contemporâneo é incumbido não só de poderes, mas também – e principalmente – de deveres, e sua conduta é observada de perto por todos os membros da coletividade, que já não sofrem arbitrariedades e descomedimentos calados e estão cada vez mais conscientes de seus direitos enquanto administrados.

Infelizmente, o abuso de poder, seja na forma de excesso de poder, seja na forma de desvio de finalidade, ainda é prática recorrente país afora. Logo, para que esse cenário continue mudando e seja possível estabelecer um padrão de qualidade superior no que se refere à retidão administrativa brasileira, é imprescindível a colaboração e o empenho de um corpo social crítico e fiscalizador, que não tolere ato abusivo algum e faça valer, por meio dos remédios jurídicos disponíveis e também de seu próprio coro, todas as garantias emanadas da Lei Maior.

6 REFERÊNCIAS

- BAHIA. Tribunal de Justiça. *Reexame necessário nº 0001052-05.2002.8.05.0274*. Disponível em: <<http://esaj.tjba.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=119097&v1Captcha=swcxj>>. Acesso em: 14 ago. 2014.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 30. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2013.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso especial nº 720.337*. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=REsp+720337&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO>. Acesso em: 18 ago. 2014.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 26. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2013.
- DI PIETRO, Maria Sylvia. *Direito administrativo*. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2013.
- DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça. *Apelação cível nº 0021646-58.2004.8.07.0001*. Disponível em: <<http://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj>>. Acesso em: 21 ago. 2014.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 8. ed. rev., ampl. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2012.
- MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 17. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- VADE MECUM. *Vade mecum OAB e concursos*. 3. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014.