

# DOCTRINA

## TEORIA E PRÁTICA DO DESVIO DE PODER

CAIO TÁCITO \*

*1. Conceito de desvio de poder. 2. Desvio de poder na doutrina brasileira. 3. Desvio de poder na jurisprudência brasileira. 4. Desvio de poder nas desapropriações. 5. Conclusão.*

### *1. Conceito de desvio de poder*

Os atos administrativos estão vinculados ao princípio de legalidade mediante o qual se afirma, no Estado de direito, a limitação do poder e a supremacia da lei. Tanto a administração como o particular, embora não se encontrem em plano de igualdade (o direito administrativo, na conhecida qualificação de Hauriou, é o direito de pessoas desiguais), estão condicionados, em sua conduta, pela imperatividade das normas jurídicas. Mesmo as prerrogativas da administração, que lhe facultam processos unilaterais e compulsórios de ação, emanam sempre da lei e no seu âmbito são exercidas.

Observei, em trabalho anterior:

“Deve o administrador gozar de uma áreas de competência ampla, dentro da qual possa agir com desenvoltura. Ao controle de legalidade incumbe, porém, o patrulhamento das fronteiras, de modo a vedar as excursões abusivas e manter o poder discricionário em seus domínios legítimos. No plano jurídico, a administração funciona sob um regime de liberdade vigiada: tudo lhe é permitido fazer em benefício do interesse público, salvo aquilo que ofenda à lei. A noção de legalidade fiscaliza a atividade discricionária,

\* Professor de direito administrativo da Faculdade de Direito da UEG.

sem nela interferir, a não ser quando exorbitante.” (*O abuso de poder administrativo no Brasil*. 1959. p. 26; mesmo trabalho, In: *Revista de Direito Administrativo*, v. 56, p. 10).

A noção de legalidade abrange, primeiramente, a regra de competência, que atribui à autoridade um determinado poder ou capacidade de agir em nome do Estado. A lei especifica o grau de competência, que não se presume, nem se concebe em termos absolutos. Não há, em matéria administrativa, competência geral ou universal; por mais ampla que seja, ela é sempre qualificada e oriunda de uma previsão legal. Como dissemos no já referido ensaio, “não é competente quem quer, mas quem pode, segundo a norma de direito. A competência é, sempre, um elemento vinculado, objetivamente fixado pelo legislador” (*O abuso...* cit. p. 27).

A competência é, em suma, o elemento da *capacidade* que, a par da licitude do *objeto* e da *forma* completam a validade dos atos jurídicos em geral, tal como enunciado no art. 82 do Código Civil.

Não se esgota, porém, nesses elementos externos a noção de legalidade dos atos administrativos. O administrador não gere interesses próprios ou particulares; ele é titular de atribuições que lhe permitem cuidar de interesses coletivos e a sua conduta é determinada por antecedentes objetivos que a inspiram e condicionam. A autoridade competente não atua no vácuo: ela age em função de aspectos de fato ou de direito que determinam as suas deliberações. O ato administrativo mantém nexo de causalidade com os *motivos determinantes*, cuja efetiva existência se torna, assim, condição de legalidade.

“Não basta, porém, que a autoridade seja competente, o objeto lícito e os motivos adequados. A regra de competência não é um cheque em branco concedido ao administrador. A administração serve, necessariamente, a interesses públicos caracterizados. Não é lícito à autoridade valer-se de suas atribuições para satisfazer a interesses pessoais, sectários ou político-partidários, ou mesmo a outro interesse público estranho à sua competência. A norma de direito atende a fins específicos que estão expressos ou implícitos em seu enunciado” (meu trabalho cit. p. 28).

A *finalidade*, que a lei designa, é, portanto, outro elemento essencial de legalidade de atos administrativos, conforme a lição comum dos doutrinadores no direito brasileiro, como no comparado.

Depõe Hely Lopes Meirelles no sentido de que

“não se compreende ato administrativo sem fim público... A finalidade do ato administrativo é a que específica e imediatamente determina a lei. Não cabe ao administrador escolher outra, ou substituir a indicada na norma administrativa, ainda que ambas colimem fins públicos. Neste particular, nada resta para escolha do administrador que fica vinculado integralmente à vontade legislativa” (*Direito administrativo brasileiro*. 2. ed. p. 157).

A lição clássica de Roger Bonnard já adotava esse entendimento quando assim fixava a vinculação do ato administrativo ao fim legal e obrigatório:

“En matière de but, il n’y a jamais pour l’administration un pouvoir discrétionnaire, car il ne lui est jamais laissé pouvoir de libre appréciation quant au but à poursuivre. Le but est toujours imposé par les lois et règlements soit explicitement, soit implicitement” (*Précis de droit administratif*. 1935. p. 228).

A doutrina italiana assentou o princípio idêntico de que a *causa*, emanada da lei, integra e tipifica os atos administrativos, conforme elucida Cino Vitta:

“Poichè l’atto amministrativo è per sua natura unilaterale, genericamente esso si appoggia sull’utile pubblico, ed è dottrina corrente che ciascuna categoria di atti amministrativi abbia poi la sua causa in quella particolare specie di utile pubblico che il legislatore abbia per essa determinata” (*Diritto amministrativo*. 3. ed. 1948. v. 1, p. 376).

Não é outro, através das variações terminológicas, o sentido com que, no direito anglo-saxão, o poder discricionário tem, como um de seus balizamentos, o objetivo (*purpose*) determinado pela lei.

Eis o depoimento autorizado de S.A. de Smith, quanto ao direito inglês:

“Discretionary powers must be exercised for the purposes for which they were granted... In general, a discretion must be exercised only by the authority to which it is committed... It must act in good faith, must have regard to all relevant considerations and must disregard all irrelevant considerations, must not seek to promote purposes alien to the letter or to the spirit of the legislation that gives it power to act, and must not act arbitrarily or capriciously” (*Judicial review of administrative action*. 1. ed. 1959. p. 61 e 172).

Reaparece o mesmo conceito na literatura jurídica de língua espanhola, como — para referir um exemplo entre muitos — poder-se-á encontrar no trecho seguinte de Sayaguès Laso:

“... los órganos de administración se encuentran en una situación de *deber*, para cumplir la cual el derecho les asigna determinados *poderes jurídicos*. Por lo tanto, al ejercer dichos poderes han de guiarse por el *fin* propio del servicio a su cargo, prescindiendo de toda idea extraña que pueda desviarlos de su línea de conducta natural...

No puede darse una fórmula genérica acerca de lo que es el *fin* de la actividad administrativa, pues varía de un servicio a otro. La determinación debe hacerse em cada caso, de conformidad con las reglas establecidas por el legislador” (*Tratado de derecho administrativo*. 1953. v. 1, p. 449).

Seria interminável o rol de citações com que poderíamos abonar a compreensão universalmente aceita de que o respeito à finalidade legal — expressa ou implicitamente contida na norma de direito — é condição essencial de legalidade dos atos administrativos.

A doutrina, a jurisprudência e até mesmo a lei brasileira<sup>1</sup> já incorporaram essa concepção, com que se aprimorou a garantia das pessoas privadas — naturais ou jurídicas — contra as formas mais sutis de deturpação da legalidade administrativa.

A inobservância, pelo agente administrativo, do fim específico a que a lei endereça o exercício de sua competência, é causa de nulidade do ato administrativo, a ser declarada na própria instância administrativa, ou pela via judicial.

O uso da competência para a prática de ato que não visa alcançar a finalidade legal, mas, sob a aparência de fazê-lo, pretende realmente servir a outro fim, caracteriza uma espécie peculiar de *vicio* do ato administrativo. Como, nessa hipótese, a manifestação de vontade do agente competente segue direção diversa daquela que o legislador concebeu e, portanto, *se desvia* do alvo legal, a jurisprudência do Conselho de Estado da França — através

<sup>1</sup> O art. 2.º da Lei n.º 4.717, de 29.6.1965 arrolou, expressamente, o *desvio de finalidade* entre as causas de nulidade de atos lesivos ao patrimônio público. O art. 28 da Lei n.º 1.522, de 26.12.51 estabeleceu sanção disciplinar para a prática de ato administrativo eivado de *desvio de poder*. O art. 3.º da Lei n.º 1.207, de 25.10.1950, regulou hipótese típica de desvio de poder, embora sem assim qualificá-la, quando prevê a nulidade da designação de local inadequado para realização de comício político, que importe em frustrar o direito de reunião, admitindo até mesmo a indicação judicial de outro lugar apropriado.

da qual se construiu essa modalidade específica de recurso por excesso de poder — batizou-a com o nome, pelo qual se tornou conhecida, de *détournement de pouvoir*, ou, em vernáculo, *desvio de poder*, ou, ainda, *desvio de finalidade*.

A primeira decisão do tribunal administrativo francês, homologada pelo Imperador, que se constitui como semente dessa figura de controle jurisdicional foi o famoso aresto no caso *Lesbats*, emitido em 25 de fevereiro de 1864 e confirmado por outra decisão de 7 de junho de 1865. Anulando ato do Prefeito de Fontainebleau que, no uso do poder de polícia, negara autorização ao recorrente para o ingresso de suas viaturas no pátio da estação de estrada de ferro a fim de servir aos passageiros que desembarcavam, caracterizou a decisão judicial que o objetivo do ato administrativo não era, como devia ser o fim daquela competência discricionária, o atendimento satisfatório dos usuários, mas em verdade o de garantir a outro transportador, já autorizado, o monopólio do serviço (ver: Welter, Henri. *Le contrôle juridictionnel de la moralité administrative*. 1929. p. 161-4).

Henri Ebren, na monografia que dedicou ao tema, no início do século, assinalou a originalidade dessa criação do mais alto tribunal administrativo francês, que, penetrando na intimidade do ato administrativo, possibilitava o diagnóstico da ilegalidade sub-reptícia:

“Une théorie aussi ingénieuse permet d’atteindre dans l’acte administratif le vice le plus caché et le plus imperceptible, et peut-être le plus dangereux, le détournement de pouvoir” (*Théorie du détournement de pouvoir*. 1901. p. 28).

No *détournement de pouvoir* ocorre “la substitution de la volonté personnelle de l’administrateur, à la volonté de la loi” (p. 30) e o ato intrinsecamente viciado guarda toda a aparência de regularidade, como uma fruta corrompida no seu cerne:

“Il faut donc chercher sous les *apparences* de l’acte, les causes déterminantes. Cela veut dire que l’acte *apparaît* comme régulier et légalement pris; mais *qu’en réalité* il est vicié par le but que se proposait l’administrateur en le prenant” (ibid. p. 36).

Produto, há mais de um século, da formação pretoriana do direito administrativo francês, o desvio de poder continua a figurar, até hoje, entre os casos (*ouverture*) do recurso por excesso de poder, a par da moderna admissão do controle da existência dos motivos (ver, na bibliografia recente, Benoit, F. P. *Le droit administratif français*. 1968. p. 544; Waline, Marcel. *Précis de droit administratif*. 1969. v. 1, p. 346).

Em livro atual sobre os recursos contra atos administrativos nos países da Comunidade Econômica Européia, J. M. Benoit e M. Fremont fizeram estudo comparativo dos sistemas vigentes na Alemanha, Bélgica, França, Itália, Luxemburgo e Holanda. Em todos, o vício do desvio de poder é consagrado expressamente em lei (Alemanha, Bélgica, Luxemburgo e Holanda) ou na jurisprudência (França e Itália) como fundamento da ação especial de anulação dos atos administrativos, em razão da inobservância do fim próprio (*Les recours contre les actes administratifs dans les pays de la Communauté Économique Européenne*. 1971).

O art. 114 da lei alemã prevê o controle jurisdicional quando a autoridade administrativa usou o poder discricionário para fim diverso daquele para o qual lhe foi conferido, e a jurisprudência dilatou o conceito para alcançar também as violações aos princípios gerais de direito, entre os quais se inscreve o da proporcionalidade entre os meios e o fim (op. cit. p. 102-3).

Na Itália, o *sviamento di potere* é figura de excesso de poder, relacionado à violação da finalidade legal, que permite a anulação judicial do ato administrativo (op. cit. p. 318; Virga, Pietro. *La tutela giurisdizionale nei confronti della Pubblica Amministrazione*. 1971. p. 261).

A lei belga de 1946, a luxemburguesa de 1939 e a holandesa de 1929, consolidada em 1962, sob influência do vizinho modelo francês, reproduzem, em termos equivalentes, a noção do desvio de poder (op. cit. p. 173, 360 e 434).

Julio A. Prat, em sua completa monografia sobre o desvio do poder, após o estudo aprofundado do sistema francês, demonstrou a acolhida do instituto tanto nos países de jurisdição administrativa autônoma — como Bélgica, Itália, Alemanha, Holanda, Portugal, Suécia, Grécia, Turquia, Egito e Colômbia — mas ainda nos de tradição judiciarista unitária — Reino Unido e Estados Unidos (*De la desviación de poder*. Montevideo, 1957).

A Espanha, que, segundo este autor, não acolhia o recurso com base no desvio de poder (p. 336) arrolou-o expressamente na Lei Jurisdicional do Contencioso Administrativo de 1956 e as decisões do Tribunal Supremo sobre o tema inspiraram a elaboração doutrinária (ver: Useros, Martinez. *Desviación de poder*. Murcia, 1956; e na *Revista de Administración Pública*, os trabalhos de S. M. Retortillo Baquer: *La desviación de poder en el derecho español*. n. 22, p. 129, 1957; Clavero Arévalo, M. F. *La desviación de poder en la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo*. 1959. v. 30, p. 105; Trujillo Peña, J. *La desviación de poder en relación con el recurso de apelación y el silencio administrativo*. 1961. v. 35, p. 153; Garcia, J. A. &

Fos, Trevijano. *Acotamento cualitativo de la pretensión contencioso administrativa y desviación de poder en el sistema español vigente*. 1962. v. 38, p. 9).

No direito norte-americano a figura de *ultravires* tem acolhido situações correspondentes às do *détournement de pouvoir*, enquadrando-as como formas abusivas do poder discricionário (*abuse of discretion*).

Em artigo recente, publicado em *The University of Chicago Law Review*, foram referidas duas decisões, distanciadas em quase um século, que apresentam todos os contornos do desvio de poder, ainda que inominado. No primeiro deles (*Yick Wo v. Hopkins* — 118 U.S. 356 — 1886) a Corte Suprema apreciou a aplicação de uma postura municipal de S. Francisco obrigando lavandarias que operassem em casas de madeira a obter licença especial, a pretexto de proteção contra o fogo. Como, porém, fossem concedidas cerca de 80 licenças a candidatos não-chineses e negadas a 200 chineses e apenas um não-chinês, a Corte Suprema afirmou a ilegalidade do procedimento porque “é irresistível a conclusão que nenhuma razão existe, a não ser a hostilidade à raça e nacionalidade a que pertencem os pretendentes”. Em caso moderno (*Kennedy Park Homes Association v. City of Lackawanna* — 436 F. 2d 108 2d Circ. 1970), a Corte Suprema negou a avocação, pela via de *certiorari* (401 U.S. 1010. 1971), de decisão da Corte de Apelação que declarara inconstitucional o indeferimento do pedido de ligação de um conjunto residencial à rede de esgotos da cidade diante da prova que a recusa apenas visava a impedir a integração racial em zona exclusivamente branca do bairro (ver: *Right to travel and land use regulations*. In: *The University of Chicago Law Review*, v. 39, n. 3, p. 616-7, Spring 1972).

Em tese de concurso (1951) estudei também, do ângulo do direito comparado, a difusão do conceito do desvio de poder como vício de legalidade dos atos administrativos, identificando a sua ampliação geográfica que, da França, irradiou-se ao mundo europeu e afinal dilatou-se a outros continentes. Os subsídios acostados demonstraram que, na época, a noção aparecia, sob diversas roupagens, no direito italiano, norte-americano, português, mexicano, belga, egípcio, espanhol e argentino (ver extrato da tese, no *Dicionário Enciclopédico do Direito Brasileiro*, como verbete Desvio de poder. v. 16, p. 93-107).

José Cretella Júnior, em ensaio sobre o assunto, recenseou as formas de integração do desvio de poder nos sistemas jurídicos da França, Itália, Portugal, Bélgica, Espanha, México, Uruguai, Argentina, Chile e inclusive nos Estados Unidos e Inglaterra (*Do desvio de poder*. 1964).

O *détournement de pouvoir* não se acastelou, portanto, nos lindes da jurisdição administrativa francesa, que lhe serviu de berço. Por influência direta ou evolução paralela encontra símile, sob a mesma ou equivalente denominação, praticamente em todos os países filiados ao sistema de separação de poderes.

## 2. *Desvio de poder na doutrina brasileira*

A doutrina clássica, no Brasil, omite a teoria do desvio de poder, não obstante sua voga, desde a segunda metade do século passado, na jurisprudência francesa, de tão ampla influência em nosso direito administrativo. Os livros pioneiros de Pereira do Rego (1857), Veiga Cabral (1859), Visconde do Uruguai (1862), Ribas (1862), Viveiros de Castro (1914), Carlos Porto Carrero (1918), Oliveira Santos (1919) e Aarão Reis (1923) silenciam por completo sobre a matéria.

A primeira menção expressa à limitação da competência discricionária pelo vínculo ao fim, parece-nos ser a de Aurelino Leal, durante os trabalhos da Conferência Judiciária-Policia de 9 de agosto de 1917, enfeixada no volume intitulado *Polícia e Poder de Polícia* (1918).

Defendendo a latitude legítima do poder discricionário, com apoio em Michoud e Tazner, refere-se ao *détournement de pouvoir* e exemplifica:

“Pelo nosso direito, o Chefe de Polícia age com larga discricionariedade, aliás já reconhecida por acórdão unânime da 3.<sup>a</sup> Câmara da Corte de Apelação, em assuntos teatrais. Pode, por exemplo, impedir, *por motivos de ordem pública*, a representação de uma peça; mas, praticando essa atribuição, a autoridade desliza e age com capricho pessoal que o interessado consegue *provar*. Não hesito em afirmar que o ato não é discricionário porque transpôs as raias do *fin* que a lei teve em vista: a manutenção da ordem. Por outras palavras: o *fin* da lei ou do regulamento era um; ele formava o círculo jurídico geral, dentro do qual a autoridade se podia mover. Desnaturando-o, a autoridade sai da linha da discricionariedade, que é relativa e legal, para o campo do arbítrio, que é absoluto e ilegal” (op. cit. p. 46-7 e 144).

José Mattos de Vasconcellos, inspirando-se em Roger Bonnard, situa o *fin* entre os elementos determinantes do ato administrativo, mas não se aprofunda nos efeitos que possam decorrer de sua violação (*Direito administrativo*. 1936. v. 1, p. 98). Também Tito Prates da Fonseca limita-se à afirmação sumária de que “a desvirtuação da finalidade — *détournement*



de *pouvoir*, dizem os franceses – pode tornar o ato ilegal. A administração não terá agido com o escopo a que a lei vinculou o ato” (*Lições de direito administrativo*. 1943. p. 344).

Castro Nunes, em seu livro *Do mandado de segurança* (1. ed. 1937) alude ao desvio de poder como modalidade de excesso ou abuso de poder. Cabe, no entanto, a Seabra Fagundes o primeiro estudo sistemático, entre nós, da teoria do *détournement de pouvoir*, que ele preferiu denominar *desvio de finalidade*. Em seu livro sempre atual sobre *O Controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*, cuja primeira edição é de 1941, versou excelentemente o tema, firmando a colocação da finalidade entre os elementos constitutivos do ato administrativo e o desvio de finalidade como o vício correspondente à prática do ato para atender a escopo diverso do que a lei estatuiu. Repetiria a mesma divulgação do remédio judicial para o vício em causa na tese apresentada, em 1943, ao Congresso Jurídico Nacional, com respeito à “Proteção do indivíduo contra o ato administrativo ilegal ou injusto”.

Bilac Pinto identificou a prática de ato viciado por desvio de poder na transferência de serventário de justiça, admitindo, inclusive, a obrigação de indenizar (*Revista Forense*, v. 69, p. 539, 1937).

Tive oportunidade também de desenvolver, em 1951, o estudo daquele instituto jurídico, na tese com que concorri à livre docência de direito administrativo, na então Faculdade de Direito do Rio de Janeiro, atualmente integrada na Universidade do Estado da Guanabara (*Desvio de poder em matéria administrativa*. 1951. edição extracomércio). Voltei ao assunto para realçar a importância do controle do fim nos atos de polícia, de caráter eminentemente discricionário (O poder de polícia e seus limites. In: *RDA*, 27/9). Em caso concreto, relativo a tarifas de serviço público no Uruguai, emiti parecer no qual, a par de outros aspectos, indiquei a ocorrência de desvio de poder (*RDA*, 44/531 e *RF*, 163/115).

Mais recentemente, José Cretella Júnior, em tese de concurso à livre docência na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, professou o mesmo tema (*Do desvio de poder*. 1964), de que cuidou também em artigo sobre “Anulação de ato administrativo por desvio de poder” (*RDA*, 91/25-53).

Victor Nunes Leal teve oportunidade de opinar, em parecer de 31 de agosto de 1955, no sentido de que “constitui desvio de poder o uso de competência de natureza tributária – sobretudo a recusa de receber imposto devido – para impedir a alienação de bens particulares de empresa concessionária” (*Revista Forense*, 163/110-15).

A incorporação à receita tarifária de empresa concessionária do saldo de adicional destinado a cobrir aumentos de salários foi reputada um abuso ou desvio de poder, na opinião de Carlos Medeiros Silva, em parecer de 16 de outubro de 1951, emitido como Consultor-Geral da República, visto que “a desconformidade entre o objetivo da lei e o ato administrativo autoriza não só a revogação como a anulação desta” (*RDA*, 27/364).

### 3. *Desvio de poder na jurisprudência brasileira*

Não se confina apenas ao campo doutrinário a naturalização, entre nós, do *détournement de pouvoir*.

Na jurisprudência de nossos tribunais afloram casos expressivos em que essa figura teórica lastreou a anulação de atos administrativos viciados pelo uso da competência legítima para obtenção de resultado que se não compece com a finalidade legal específica.

A decisão mais clara e precisa na invocação da teoria do desvio de poder foi a que proferiu o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte, em 28 de julho de 1948, calcada com notável voto, denso de substância doutrinária, da lavra do então Desembargador Seabra Fagundes. O acórdão, que mereceu comentário de Victor Nunes Leal (*Revista de Direito Administrativo*, v. 14, p. 52-82) é o *leading case*, na jurisprudência brasileira, na matéria e se aproxima, de forma singular, da hipótese do caso *Lesbats* que, como vimos, é a decisão pioneira no direito francês. Tratava-se do julgamento da legalidade do ato da Inspetoria Estadual de Trânsito que estabelecera, no uso de poder discricionário, o horário de funcionamento de empresa de transporte coletivo entre a capital e cidades vizinhas. A anulação do ato fundou-se na prova de que em verdade a determinação dos horários visara favorecer outra empresa, assegurando-lhe a clientela nas horas nobres da locomoção de passageiros entre as localidades, em detrimento do concorrente.

Tive ocasião de arrolar outros precedentes judiciais, na minha citada tese, da qual se encontra publicado um excerto, como verbete, no *Dicionário Enciclopédico de Direito Brasileiro* (v. 16, p. 93-107).

Em acórdão de 22 de fevereiro de 1946, o Tribunal de Justiça de Pernambuco, invocando a teoria dos motivos determinantes, anulou ato de demissão de servidor público que comprovadamente atendera a fins pessoais de retaliação, e não à preservação de disciplina ou da moralidade administrativa. Através do exame dos motivos, caracterizou-se, em suma, o desvio de finalidade do ato (*RDA*, v. 9, p. 173-83).

O Tribunal Federal de Recursos, em acórdão de 25 de setembro de 1950, anulou pena disciplinar aplicada a servidor autárquico por motivos comprovadamente políticos (*RDA*, v. 24, p. 153).

O conceito do desvio de finalidade surge, ainda, como razão de decidir, em voto vencido do Ministro Rocha Lagoa em decisão de 24 de maio de 1950 do Tribunal Federal de Recursos (*Diário da Justiça*, 22.1.1951, p. 182-3) e em longo e erudito voto do Ministro Philadelpho de Azevedo em acórdão de 16 de abril de 1945, do Supremo Tribunal Federal (*RDA*, v. 3, p. 199-234, especialmente a partir de p. 225). Também João Castello Branco, como 1.º Subprocurador do antigo Distrito Federal, sustentou a nulidade de ato administrativo por vício de desvio de poder (*RDA*, v. 25, p. 429) e, como Desembargador-Relator, em acórdão de 22 de setembro de 1958, fundamentou a anulação de ato revocatório da licença de obras no fato de que sua finalidade visava efetivamente a solução de litígio privado entre condôminos do imóvel (*Diário da Justiça*, 5.3.1959, p. 998).

Em diversas outras oportunidades, a Justiça brasileira, ora manifestamente, ora pela substância dos julgados, concluiu pela anulação de atos administrativos em que o endereço da manifestação de vontade contemplava finalidade estranha à que a lei prestigiava.

Sem pretensão a esgotar o inventário dos precedentes judiciais, indicaremos a seguir alguns outros que se podem filiar diretamente à aplicação prática da teoria do desvio de poder.

Em decisões de 7 de julho de 1953 e 24 de agosto de 1954 do Tribunal de Justiça do então Distrito Federal, o Desembargador Martinho Garcez Neto, como Relator, invocou expressamente a teoria do desvio de poder, honrando-me com a citação de minha tese de concurso (*Diário da Justiça*, 7.10.1954 e 17.2.1955).

Também o Ministro Orozimbo Nonato em decisão de 17 de junho de 1952, que tive ensejo de comentar (*RDA*, v. 38, p. 350), trouxe à colação a doutrina do *détournement de pouvoir*.

Em acórdão de 9 de abril de 1953, o Tribunal de Justiça de São Paulo adotou o princípio de que “ainda que discricionário, o ato administrativo deve conformar-se à finalidade legal” para confirmar sentença de anulação de ato disciplinar com explícito apoio na teoria do desvio de poder (*RDA*, v. 36, p. 121-8).

O mesmo Tribunal de Justiça de São Paulo anulou ato de demissão de funcionário público, a título de economia, porque “a finalidade real era outra, a de proporcionar oportunidade para nomeação de outras pessoas”,

entendendo que “tipicamente ocorreu desvio de poder com conseqüente nulidade do ato demissório” (*RDA*, v. 70, p. 172).

A propósito da anulação de leis, que caracterizavam os chamados *testamentos políticos*, tive oportunidade de destacar, em comentário à decisão de 20 de janeiro de 1960, do Supremo Tribunal Federal, a existência de um desvio de poder legislativo, quando ao fim de promoção do interesse geral se substituía o ostensivo favorecimento de facções políticas na iminência da despedida do poder (ver: Anulação de leis inconstitucionais, *RDA*, v. 59, p. 347).

A tese de que a noção do *desvio de poder* pode excepcionalmente se estender ao exame da legitimidade de atos legislativos foi amplamente debatida no Supremo Tribunal Federal, em sessão de 31 de agosto de 1967, no julgamento de matéria constitucional, e teve a adesão expressa dos Ministros Prado Kelly e Victor Nunes Leal e a oposição do Ministro Aliomar Baleeiro (ver acórdão no RMS nº 16.912. *Revista Trimestral de Jurisprudência*, v. 45, p. 530).

Em casos de permissões para exploração de linhas de ônibus, o Supremo Tribunal Federal apreciou a incidência de desvio de poder, admitindo, em tese, a aplicação do conceito (ver acórdãos de 7 de outubro e 27 de novembro de 1968, In: *Revista Trimestral de Jurisprudência*, v. 47, p. 650 e v. 48, p. 165).

#### 4. *Desvio de poder nas desapropriações*

Segundo a lei brasileira, ao juiz da ação expropriatória não cabe examinar se ocorrem, ou não, os casos de utilidade pública (art. 9º do Decreto-lei nº 3.365, de 1940). Em ação autônoma (ação ordinária ou mandado de segurança) poderá, no entanto, ser impugnado o ato viciado por desvio de finalidade, como observa Seabra Fagundes, em obra consagrada à “Desapropriação no Direito Brasileiro” (p. 168, 269 e 271).

Invalidado o ato por falta de motivo ou desvio de finalidade — preleciona o mesmo jurista — não se aplicará o art. 35 da lei que veda a reivindicação de bem expropriado, o que importaria permitir, por via oblíqua, que se consumasse a desapropriação ilegal (*ibi*. p. 468).

Não nos furtaríamos a admitir que, mesmo na ação expropriatória, o juiz possa declarar a inconstitucionalidade de decreto de utilidade pública que comprovadamente visasse fim estranho ao interesse público, ou seja, se a nulidade do ato é manifesta, tal como se verificará com o vício de incompetência.

De qualquer forma, a via judicial autônoma facultará à parte ameaçada ou lesada pela desapropriação ilícita obter a garantia jurisdicional do direito de propriedade, mediante a anulação do ato declaratório de utilidade pública e de seus efeitos.

No direito inglês, o simples fato de que a lei não elucidava a utilização a ser atribuída ao bem conduziu a Corte a considerar nulo o ato expropriatório, conforme o famoso caso *Davis*, julgado em 1929 (R. v. Minister of Health ex p. Davis. apud Robson. *Justice and administrative law*. 2. ed. 1947. p. 390). S. A. de Smith, no seu já citado *Judicial Review of Administrative Action* (p. 190-2), relacionou diversos casos, a partir de 1886, de declaração judicial da ilegalidade da desapropriação (*compulsory acquisition*) quando o poder discricionário foi usado para finalidade imprópria (*improper purpose*).

Verificando que a alegação de utilidade pública na instalação de um museu no local, tinha, na realidade, o objetivo de impedir a venda de um castelo a pessoa determinada, o Conselho de Estado, na França, em decisão de 6 de janeiro de 1967, anulou, pelo vício de *détournement de pouvoir*, ato expropriatório da comuna (Ministre de l'Interieur c. Boucher. In: *Revue de Droit Public et de la Science Politique*, p. 615, maio/jun. 1967).

Marienhoff, em obra publicada este ano, aponta decisão da Câmara Federal de Apelações, de 21 de março de 1958, anulando, por vício de inconstitucionalidade, a desapropriação de imóvel residencial, feita a pretexto de destruição de monopólio, diante da falta de conexão entre o ato e o objetivo alegado.

Observa o tratadista argentino que a prova do desvio de poder terá de ser indireta ou indiciária, porque é próprio dessa modalidade de vício a sua aparente legitimidade:

“Como la inexistencia de ‘utilidad pública’ puede responder a una *desviación de poder* de parte del Congreso o Legislatura, considero que en modo alguno resulta indispensable que la inexistencia de utilidad pública en el sentido constitucional del término, surja o resulte manifiesta y clara de la propia ley que hace la calificación, pues ese vicio — la desviación de poder — es un vicio *clandestino* que se intenta disimular con apariencias de legalidad, y cuya verdadera existencia requiere ser acreditada con la prueba correspondiente” (*Tratado de derecho administrativo*. 1973. v. 4, p. 199).

Na pesquisa que fizemos no direito brasileiro, encontramos vários casos em que a noção do desvio de poder serviu de fundamento à anulação de atos expropriatórios.

Carlos Medeiros Silva, dando provimento, em 8 de abril de 1946, a recurso interposto para a antiga Comissão de Estudos de Negócios Estaduais, que era competente para rever atos dos Interventores Federais nos estados, tomou como base a desfiguração da finalidade da desapropriação, diante do comprovado propósito de servir a interesse privado de usina açucareira, fazendo realçar que “o interesse de um grupo, por mais respeitável que seja, não se confunde com o interesse público, com o bem da comunidade, capaz de justificar a desapropriação” (*RDA*, v. 11, p. 383).

O Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco foi chamado a decidir interessante questão que colocava em cheque a legalidade da desapropriação de um cemitério particular, destinada a convertê-lo em cemitério público. A prova dos autos evidenciou que o motivo real era o do fechamento de templo protestante situado no local, de modo a impedir conflitos com a maioria católica da população. O acórdão de 18 de março de 1940, das Câmaras Reunidas, diante da influência desses fatores religiosos, concluiu pela nulidade do ato expropriatório, através de fundamentação que caracteriza a perfeita ocorrência de desvio de poder (*Revista dos Tribunais de São Paulo*, v. 129, p. 689 e seg.).

Por mais de uma vez, a Justiça repudiou a desapropriação de terrenos com a finalidade de beneficiar associações esportivas. A não ser caso isolado em que se admitiu a legitimidade de ato expropriatório a favor do Riachuelo Tênis Clube (acórdão STF de 5.9.1953. In: *RDA*, v. 52, p. 216) são vários os pronunciamentos judiciais que repelem a iniciativa tendente a interromper ação de despejo, ou possessoria, e a prolongar, mediante doação ou comodato, o uso da área expropriada por associação esportiva privada.

Nesse sentido decidiu o Tribunal de Justiça do então Distrito Federal, em acórdão de 15 de junho de 1951 — a que aditei comentário sob o título: “Desapropriação e desvio de poder” — assim dispondo a respectiva ementa:

“O interesse social, que autoriza a desapropriação, não pode ser o de sociedades particulares, de clubes, de associações, jungidos a estatutos, nos quais não interfere o Estado (*RDA*, v. 26, p. 223).

Em caso idêntico, relativo a outro clube, no qual a desapropriação se sobrepôs ao curso da ação de reintegração de posse proposta pelo proprie-

tário, o acórdão de 21 de setembro de 1954, do Tribunal de Justiça do Distrito Federal realçou a insinceridade da declaração de utilidade e a ilegalidade do favorecimento de sociedade esportiva particular (*RDA*, v. 43, p. 212).

O Tribunal de Justiça de São Paulo confirma, em acórdão de 15 de outubro de 1954, sentença que proclamou a nulidade de ato declaratório de utilidade pública diante da prova de desvio de poder, porque

“o que se quis... foi beneficiar-se uma entidade esportiva que se via a braços com uma ação de despejo, tanto que, singularmente, no art. 2º da lei, estabeleceu-se um estranho comodato, pelo longo prazo de 10 anos, com a concessão ali feita a dito clube de continuar no imóvel tal como se encontrava e na situação em que o vinha ocupando” (*RDA*, v. 44, p. 298).

Em outra desapropriação, sucedida por comodato da área a uma associação particular, o Supremo Tribunal Federal, em acórdão de 28 de abril de 1969, que teve como Relator o Ministro Themístocles Cavalcanti, considerou violada a lei diante do comprovado desvio para atender a interesse privado (*Revista Trimestral de Jurisprudência*, v. 53, p. 43).

A desapropriação decretada para manter mercado que era objeto de ação de despejo, protegendo assim o interesse particular dos comerciantes nele instalados, foi repellido em acórdão de 5 de agosto de 1958, do Tribunal de Justiça do antigo Distrito Federal, que declarou “nula a declaração de utilidade que não corresponde à verdade dos fatos” (*RDA*, v. 55, p. 195).

Em acórdão de 11 de maio de 1970, o Supremo Tribunal Federal fundamentou a condenação do Estado à reparação de perdas e danos pela doação de parte de área desapropriada a associações particulares, admitindo que

“ocorre desvio de finalidade da desapropriação se o expropriante aliena o bem, ou cede o uso, por qualquer título, a particular” (*Revista Trimestral de Jurisprudência*, v. 57, p. 53)

Decisões semelhantes, alicerçadas em desvio de finalidade *a posteriori* caracterizado pela doação do bem a entidades privadas, foram emitidas pelo Supremo Tribunal Federal em acórdãos de 8 de novembro de 1957 e 28 de fevereiro de 1969 (*Revista Trimestral de Jurisprudência*, v. 3, p. 784 e v. 48, p. 749; *RDA*, v. 53, p. 153 e v. 98, p. 178).

Considerou, todavia, o Supremo Tribunal Federal em decisão da Primeira Turma, confirmada em grau de embargos, que a finalidade da desa-

propriação não é desviada quando destinado o imóvel a uma fundação de interesse público, ainda que pessoa jurídica de direito privado (acórdão no RE nº 52.113, recorrente a Fundação Getulio Vargas. In: *Revista de Direito Administrativo*, v. 77, p. 238-44). Fundado nesse precedente, o Relator do RE nº 57.315, admitiu, em tese, a validade de doação de bem expropriado a uma associação particular de caridade (*Revista Trimestral de Jurisprudência*, v. 42, p. 195-7). Igualmente, abonou a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal a destinação de parte substancial da área desapropriada em benefício de entidade particular, para construção de sua sede social (*RTJ*, v. 46, p. 550-2) e a Terceira Turma acolheu como válida a doação à Fundação da Casa Popular de imóvel desapropriado para construção de aeroporto (*RDA*, v. 88, p. 158).

Em dois julgamentos recentíssimos, o Supremo Tribunal Federal voltou a apreciar a validade de doações, a particulares, de bens desapropriados. No primeiro caso (RE nº 78.229 – sessão de 12.6.74), o Tribunal Pleno declarou inconstitucional a Lei nº 3.162, de 1.6.1957 que autorizou a doação à Sociedade Pestalozzi do Brasil, de área, objeto de prévia desapropriação. Não obstante a autorização legislativa, a decisão identificou, na hipótese, um desvio do poder expropriatório, confirmando decisão proferida pelo Tribunal Federal de Recursos, nas apelações cíveis n.ºs 26.423 e 26.424 (decisão, por maioria de votos, sessão de 13 de junho de 1971), cujas ementas assim se exprimem:

“A declaração de utilidade pública constitui ato administrativo que, para ser legítimo, terá que atender aos seus elementos, inclusive o da finalidade, que é vinculado e não arbitrário.

No caso, porque o bem expropriando não será utilizado em obra de interesse coletivo, mas, sim, doado a entidade privada, o ato se reveste de inconstitucionalidade porque fere o instituto da propriedade que só admite exceção quando o mesmo é expropriado por utilidade pública ou interesse social.”

Em outro caso, no julgamento do mandado de segurança nº 19.961, foi unanimemente deferido o pedido para anular a desapropriação de imóveis tombados como patrimônio histórico e, a seguir, cedidos a uma instituição particular de ensino, com base no Decreto nº 70.678, de 1972 (sessão de 12.6.74).



## 5. Conclusão

O panorama que vimos traçando da doutrina e da jurisprudência, tanto nacional como alienígena, tem o propósito de tornar nítida a compreensão de que a competência administrativa, por mais lato que seja o campo da discricionariedade, tem sempre como limite interno a sua vinculação a uma finalidade pública específica.

O ajuizamento da utilidade pública, que é fase peculiar à expropriação de bens, desde que se enquadre objetivamente entre os casos enumerados taxativamente na lei, é, em linha de princípio, um ato discricionário.

O Poder Executivo (salvo nos casos excepcionais de desapropriação de bens públicos subordinada a autorização legislativa) é o único competente para apreciação do mérito do ato, não podendo o juiz substituir pelo seu o juízo de valor que somente à administração incumbe exprimir.

Todavia, sobrepassa e extrema os limites dessa competência discricionária, a presunção da intrínseca fidedignidade da declaração de utilidade pública, que deve respeitar pontualmente o fim que a lei teve em mira atingir.

Quando se possa comprovar que o móvel verdadeiro da vontade do administrador extravasou desse balizamento teleológico e realmente, ao invés de servir ao interesse público qualificado na norma de direito, serviu-se dela para, sob a capa de legitimidade formal, realizar um objetivo não-querido pelo legislador, o respeito à supremacia da lei impõe o desfazimento do ato violador de própria essência da ordem jurídica.

A finalidade, como assinalado, é elemento permanente de vinculação dos atos administrativos, e a sua inobservância configura um vício peculiar — o desvio de poder ou finalidade — que já mereceu ingresso, de forma expressa, na lei processual brasileira (Lei nº 4.717, de 29.6.1965, art. 2º, alínea e).

A teoria do desvio de poder como causa de nulidade, nascida embora na jurisdição administrativa francesa, não é, como ficou amplamente esclarecido, inconciliável com outros sistemas, dentro do amplo pálio da garantia jurisdicional dos direitos individuais.

Demonstramos não somente sua compatibilidade com o sistema jurídico brasileiro, como o seu trânsito razoavelmente freqüente na jurisprudência de nossos tribunais superiores, inclusive no tocante à revisão judicial de atos declaratórios de utilidade pública maculados por esse vício de legalidade.

O diagnóstico da violação da finalidade impõe o exame dos motivos alegados pelo agente, através dos quais se exterioriza a sua vontade. O desvio

de poder guarda, por isso, estreita correlação com outro vício — o da inexistência ou falsidade dos motivos (ver, a esse respeito, o estudo de Vidal, Roger. A evolução do desvio de poder na jurisprudência administrativa. In: *RDA*, v. 30, p. 35 e seg., especialmente a partir da p. 43).

É por meio da análise criteriosa da motivação do ato administrativo, dos indícios veementes que defluem da conferência entre os motivos invocados e os resultados alcançados ou pretendidos que o desvio de poder virá à tona.

Longe de ser um erro grosseiro e ostensivo, ele se distingue pela sutileza com que procura esconder-se sob a capa de regularidade, esmerando-se o agente em ocultar a desfiguração substancial do ato administrativo.

É mister, assim, que o intérprete não se contente com a *letra* dos motivos determinantes, mas mergulhe em seu *espírito*, atente a suas omissões e contradições, pondere a veracidade e a proporcionalidade dos meios em razão do fim colimado, preferindo, em suma, verificar sob a *roupagem* do ato os verdadeiros contornos de sua *ossatura*.

## **REEMBOLSO POSTAL**

### **OBSERVAÇÃO IMPORTANTE**

A fim de simplificar e tornar mais rápido o envio de pedidos de publicações da Fundação Getúlio Vargas, sugerimos o uso do reembolso postal, que beneficiará principalmente às pessoas residentes em locais afastados dos grandes centros. Assim, na ausência, em sua cidade, de representantes credenciados ou livrarias especializadas, dirija-se diretamente pelo reembolso à

**EDITORA DA FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS**

PRAIA DE BOTAFOGO, 188 — CAIXA POSTAL 21 120, ZC-05,

RIO DE JANEIRO — GB.