

OSWALDO ARANHA BANDEIRA DE MELLO

Princípios Gerais de Direito Administrativo

Volume I

Introdução

Vinicius Florença e Deigo
10 de maio de 2022.

Ricardo ALVES BASTOS
15/4/1974

FORENSE
RIO

1.^a edição — 1969

Para pedidos desta obra:

LIVRARIA FORENSE

Av. ERASMO BRAGA, 299, lojas — RIO

Largo SÃO FRANCISCO, 20, loja — SÃO PAULO

Ou telegrama: FORENSE — RIO

Demais, há atos jurídicos do Estado, regidos pelo direito público, que visam a gestão do seu patrimônio e dos seus serviços, e que, outrossim, dependem do exercício do poder de império. Sirva de exemplo a prestação de serviços pró-cidadão, de fornecimento de gás, água e luz, etc., cujas tarifas são fixadas, unilateralmente, pelos órgãos executivos, nos termos legais, dentro de largo campo de apreciação, e cujo exercício requer a prática de atos jurídicos autoritários de comando, quanto à entrega de bens, mediante expropriação, e quanto ao regime de prestação do próprio serviço.

Por conseguinte, o Estado, na consecução de seus fins, realiza atos de gestão pública, pertinentes à formação, conservação e desenvolvimento do patrimônio público e à efetivação de obras e serviços públicos, regidos pelo direito público, e que dependem do exercício do poder de império. Outrossim, realiza atos de gestão privada, mesmo relativos ao seu patrimônio e à prestação dos seus serviços, regidos pelo direito privado, de natureza análoga aos praticados por qualquer particular, como sejam os de locação a terceiros de um seu imóvel ou de compra e venda de material necessário ao desempenho de seus trabalhos.

Porém, mesmo êsses atos jurídicos de direito privado ficam sujeitos a outros atos jurídicos preliminares de direito público, que facultam a sua prática, para que seja regular, como a prévia concorrência. Isso se explica, porque a atividade pública é a peculiar do Estado, sendo-lhe a privada simplesmente acessória.

Afigura-se acertada a conclusão de que o Estado, na gestão de seu patrimônio e dos seus serviços, para realizar o seu fim, de criação de utilidade pública, exerce poderes de império, isto é, de comando, e, por conseguinte, deve ser abandonada a pretensão de classificar seus atos em de gestão ou de império. Falta utilidade prática nessa divisão e há mesmo dificuldade na colocação dos atos nesta ou naquela categoria, por apresentarem ambos os aspectos, conforme a face em que sejam considerados e as diferentes fases dos procedimentos administrativos ao levar a efeito a atividade estatal.

47.6 — *Atos no Exercício de Podêres Vinculados e Discretionários.* *

O Estado, ou quem faça as suas vêzes, na prática de atos administrativos pode se encontrar em duas posições antagônicas:

* Cf. JEAN-CLAUDE VENEZIA, *Le Pouvoir Discretionnaire*, Paris Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1959; BARTOLOMÉ A. FLORINI, *La*

ora deve se cingir a estritas determinações legais, a obedecer o comando da norma, em se verificando as condições de fato por ela prescritas, no caso particular considerado; ora pode apreciar a conveniência ou oportunidade dentro das soluções legais admitidas de forma indeterminada, de modo a proceder desta ou daquela maneira.

No primeiro caso, diz-se que a Administração Pública a respeito dessa matéria tem poderes vinculados ou legais e, assim, o ato administrativo é de caráter vinculado ou legal. Sirva de exemplo o ato administrativo de licença de construção, pelo qual faculta a particular a construção em imóvel da sua propriedade, aprovando a planta, o que está obrigada a fazer, em verificado esta obedece a tôdas as exigências legais. A sua atividade se reduz à apreciação da legitimidade do ato, que terceiro pretende efetivar, e, previamente, depende dessa verificação dos órgãos administrativos competentes.

Em sobrepondo-se ao comando do texto, isto é, contrariando à sua determinação, como na hipótese de deixar de deferir licença de construção, cabe ao particular, cuja planta satisfaz aos requisitos legais, o direito de pleitear o amparo do Judiciário, sob a alegação de violação da lei, por comportamento ilegal, por parte da Administração Pública, que violou o seu direito subjetivo.

No segundo caso, diz-se que a Administração Pública, a respeito da prerrogativa de emanar o ato, ou o seu conteúdo, tem poderes discricionários ou políticos, e, assim, o ato administrativo é de caráter discricionário ou político. Sirva de exemplo o ato administrativo de autorização de porte de arma, pelo qual faculta a particular trazer consigo arma, que sem ela envolveria a prática de ato legalmente proibido. Tem a prerrogativa de verificar, ante as condições de fato alegadas pelo particular, a conveniência ou

Discricionalidad en la Administración Pública, Editorial Alfa, Buenos Aires, 1948; ANTONIO AMORTH, *Il Merito dell'Atto Amministrativo*, Dott. A. Giuffrè, Editore, Milano, 1939; AFONSO RODRIGUES QUEIRÓS, *O Poder Discricionário da Administração*, 2.^a ed., Coimbra Editôra Ltda., 1948; ANDRÉ HAURIU, *O Poder Discricionário e a sua Justificação*, R.D.A., 19-27; L. LOPES RODÓ, *Poder Discricionário da Administração. Evolução Doutrinária e Jurisprudencial*, R.D.A., 35-40; JOÃO LEITÃO DE ABREU, *A Discricção Administrativa*, R.D.A., 17-10; SEABRA FAGUNDES, *Conceito de Mérito no Direito Administrativo*, R.D.A., 23-1.

oportunidade de deferir ou indeferir o pedido, em atenção aos elementos considerados, segundo o seu alto critério.

Então, apreciará se não haverá risco em autorizar esse porte de arma, tendo em vista os antecedentes do particular que o solicita, os perigos a que se acha exposto, as dificuldades de ser bem defendido pelos órgãos administrativos, enfim, tôdas as circunstâncias que envolvem o pedido. A sua atividade, portanto, não se restringe ao exame do aspecto legal da pretensão. É muito mais ampla, pois se estende ao seu mérito.

Em negando a autorização, após pesar os prós e contra do pedido, não cabe, em princípio, ao interessado o direito de pleitear o amparo do Judiciário, sob alegação de violação de lei, por comportamento ilegal da Administração Pública. Não obstante, não fica completamente trancada a via judiciária. Poderá ser admitida se, no exercício do poder discricionário, se verificar abuso de direito, como se exporá a seguir.

Os poderes vinculados ou discricionários se distinguem: quanto à emanção do ato, que será obrigatório ou facultativo; quanto ao seu conteúdo, que será livre ou regrado; e quanto à forma, que será necessária ou contingente.

Assim, a Administração Pública pode, relativamente à emanção do ato, ser obrigada a despachar petição de particular, e mesmo em certo prazo, e, entretanto, no tocante ao seu conteúdo, possivelmente, se achar livre de qualquer determinação legal, e, destarte, decidirá desta ou daquela maneira, e, ainda, isso lhe seja lícito fazer independente de qualquer forma preestabelecida. Já com referência a outros atos a liberdade está no seu exercício, entretanto, em resolvendo praticá-lo, deverá ser obrigada a se restringir aos termos legais estritos e segundo forma considerada da sua essência.

Destarte, em atenção aos poderes vinculados ou discricionários da Administração Pública na emanção de seus atos, se classificam êstes em atos obrigatórios ou facultativos, livres ou regrados e de solenidades essenciais, necessárias, ou acidentais, contingentes.

Contudo, costuma-se denominar atos vinculados os que a Administração Pública é obrigada a praticar e nos termos regrados por lei, e atos discricionários os que ela tem a faculdade de emanar e segundo o seu critério, livre nos limites do direito. E, completando tais nomeações, se diz parcialmente vinculado quando só obrigatório, mas não regrado, ou vice-versa, ou par-

cialmente discricionário, quando só facultativo, porém não livre, ou vice-versa.

Embora os poderes discricionários da Administração Pública, ao contrário dos vinculados, se achem libertos de estritas determinações legais, de maneira a poder escolher como deve proceder, tendo em vista considerações de conveniência e oportunidade, não se confundem com poderes arbitrários. Ao passo que estes correspondem a atividade sem limites jurídicos, em que o agente atua segundo seu exclusivo critério, aquêles dizem respeito a atividade circunscrita dentro de limites jurídicos. No Estado de Direito não se admitem poderes arbitrários.

Esses limites dos poderes discricionários se encontram nos motivos determinantes do ato jurídico, e no fim com que é praticado, tendo em vista a preocupação do seu agente e a razão de ser do próprio instituto jurídico. Toda atividade do Estado-poder tem por baliza o interesse coletivo.

Por conseguinte, não se tolera motivo determinante estranho ao interesse coletivo e nem preocupação da autoridade pública em conflito com êle. Por outro lado, não basta seja praticado o ato tendo em mira o interesse coletivo, outrossim, se impõe a consideração do interesse coletivo específico, objeto do instituto jurídico a que se refere o ato. Portanto, mesmo os atos administrativos praticados pela Administração Pública no exercício dos seus poderes discricionários encontram os limites acima apontados. Não podem transpô-los, sob pena de envolver exercício abusivo de direito.

Nos termos legais, por exemplo, fica a critério da Administração Pública estabelecer o momento para efetivar a promoção dos funcionários. Entretanto, não poderá protelá-la, com intuito de impedir a promoção do primeiro classificado, porque seu desafeto, nem para fazer economia injustificada para o erário público. No primeiro caso, há má-fé no comportamento; e, neste, desnaturamento do instituto da promoção. Destarte, mesmo os atos discricionários se sujeitam à apreciação do Judiciário, como já observado, para verificar se existiu, na sua prática, abuso de direito.

Observe-se, os atos administrativos executivos estão sempre limitados por atos administrativos normativos, ou, melhor dizendo, os atos administrativos têm o seu exercício condicionado por leis e regulamentos, pois a Administração Pública só pode agir na conformidade dos textos normativos. Enquanto o ato jurídico privado é regido pelo princípio da autonomia da vontade, segundo

o qual o particular pode formá-lo, a seu líbrito, desde que não vá de encontro à lei; o ato administrativo deve estar sempre baseado na lei e a autoridade administrativa não pode querer senão o que a lei permite e na medida em que o permite.

Não obstante, existe presunção em favor dos poderes discricionários da Administração Pública em escolher a ocasião oportuna para agir, quando falta texto expresso a respeito. Em princípio, não se admite, por ilações — do exame em conjunto dos textos, mediante interpretação extensiva ou aplicação analógica — estar a Administração Pública prêsa a poderes vinculantes de ação.

Por outro lado, quando falta texto expresso obrigando-a a agir desta ou daquela maneira, de forma regradada, se há de entender que lhe cabem poderes discricionários para atuar segundo o seu critério. Igualmente se deve concluir pela outorga de poderes discricionários, quando a lei, embora preveja a ação e a faça depender de elementos ou requisitos de fato, êsses elementos ou requisitos são acertados por juízo subjetivo da autoridade pública, segundo o interesse coletivo, ou ainda quando o juízo objetivo não pode fornecer dados técnicos decisivos, peremptórios, e, por isso, deixa margem à apreciação individual da autoridade administrativa.

Costumam os autores, especialmente os italianos, distinguir os poderes discricionários em puros e técnicos.

Os puros são aquêles em que a atividade livre se circunscreve dentro de limites latos da lei, tendo como única diretriz restritiva o interesse coletivo, que cumpre atender. Sirva de exemplo a apreciação de utilidade pública quanto à execução de obra pública.

Os técnicos são aquêles em que a atividade livre se circunscreve dentro de limites mais estritos da lei, tendo como diretriz restritiva o acerto de elementos de fato em face de juízo qualificado a seu respeito, de modo a serem satisfeitas as exigências técnicas, dispostas pela lei, quanto à sua natureza, e que explicam a atuação administrativa. Sirva de exemplo hipótese legal que autoriza a demissão de funcionário por procedimento irregular. Cumpre haver processo administrativo e nêle se verificar se a falta imputada ao funcionário existiu, e, ainda, se êsse procedimento é irregular, tudo segundo convicção da autoridade administrativa.

Assim, relativamente aos primeiros basta respeitar, de forma genérica, o interesse coletivo, ao passo que, com referência aos últimos, deve considerar, ainda, os elementos de fato especificados

pela lei. Daí a possibilidade de maior contrôlo do Judiciário nestes casos que naqueles, quanto ao exercício abusivo de direito.

Lá, restringe-se ao contrôlo de má-fé da autoridade pública sob a capa de interêsse coletivo, como na decretação de utilidade de bem a ser expropriado, cuja apuração é bem difícil. Aqui, estende-se à verificação da realização desses requisitos legais ou elementos de fato cogitados pela lei, portanto, se o procedimento irregular do funcionário não é tão insignificante, a ponto não só de induzir má-fé na conclusão da autoridade administrativa, como desnaturamento do seu conceito, por faltar proporcionalidade razoável entre falta e pena.

Realmente, verificam-se hipóteses de discricionariedade pura e outras de discricionariedade qualificada. Porém, não se pode falar pròpriamente em discricionariedade técnica. Esta, na verdade, elucida a atividade administrativa ou coopera para o seu bom desempenho. Os requisitos ou elementos técnicos podem ser de natureza flexível, elásticos, ou ao contrário de caráter rígido, precisos. Naquele caso deixam margem à apreciação subjetiva de autoridade administrativa, enquanto neste estabelecem dados objetivos para o seu exame. Então, em um caso a técnica faculta poderes discricionários, enquanto em outro prescreve poderes vinculados.

Portanto, em certas hipóteses o critério técnico fica efetivamente ligado ao administrativo, absorvido por êste, de modo que se aprecia em função dêle.

Assim, as condições de segurança e higiene de construção, apesar de não satisfatórias tènicamente, podem ser toleradas, segundo a conveniência e a oportunidade administrativa, porque, se não atendem às condições de perfeição, têm um mínimo de suficiência de segurança e higiene, em realizando-se tais ou quais providências de adaptação. São os casos de conservação de obras, que desrespeitam as posturas ou leis de polícia de construção, quanto à segurança e higiene, mas a Administração Pública admite que sejam toleradas, se tiverem um mínimo de suficiência, em realizados tais ou quais providências de adaptação.

Os elementos técnicos constituem pressupostos ou condições da ação administrativa. Considera-os, entretanto, com faixa ampla de poderes, para atuar num ou noutro sentido. Então, a Administração Pública pratica o ato administrativo que lhe pareça mais adequado, deferindo, por exemplo, a conservação da obra, com a exigência destas ou daquelas obras complementares,

ou interditando-a, por não satisfazer as condições mínimas de habitabilidade.

Já, em outros casos, o critério técnico não se liga ao administrativo e a apreciação daquele independe da apreciação discricionária dêste, por distintos. Tal ocorre com referência ao acertar condições de fato consistentes em uma qualidade ou atributo de natureza técnica.

Assim, a verificação se devem ser abatidos certos animais ou erradicadas determinadas plantações por se acharem atacadas de moléstias contagiosas, prejudiciais à pecuária ou à agricultura. Só em ocorrendo laudo técnico nesse sentido, deve ser determinado pelos órgãos administrativos o abatimento dos animais e a erradicação das plantações.

47.7 — *Teoria do Abuso de Direito como Limite ao Exercício dos Podêres Discricionários.*

A teoria do abuso de direito, como demonstrou o jurista português TITO ARANTES, bem examinados, em um panorama de conjunto, os estudos a seu respeito, se reduz a duas concepções fundamentais: psicológica ou subjetiva e realista ou objetiva (Cf. *Revista dos Tribunais*, vol. 100, págs. 355-387, ano 1936).

Pela psicológica ou subjetiva ocorre o abuso de direito quando o seu titular o exerce com intuito de prejudicar terceiro. Sirva de exemplo propor ação judicial por espírito de emulação ou mero capricho, a que se refere o art. 3.º do Código de Processo Civil.

Já pela realista ou objetiva se verifica o abuso de direito quando o seu titular o exerce com desnaturamento do instituto jurídico, de maneira a contrariar a sua categoria jurídica. Está acolhida no art. 160, I, do Código Civil, ao declarar que não constitui ato ilícito o exercício regular de um direito reconhecido. Portanto, a *contrario sensu*, o exercício irregular de um direito envolve ato ilícito, por exceder os seus limites éticos.

A primeira pressupõe má-fé do titular do direito, enquanto a segunda tão-sòmente o exercício anormal do direito, com danos conseqüentes aos interesses de outrem. Esta última orientação envolve a outra, pois basta que o exercício do direito seja anormal para configurar o abuso de direito, independente da consideração da vontade consciente de praticar ação ou ter omissão dolosa, ou mesmo, de previsão do resultado danoso.

Contudo, em ambas as hipóteses ocorre ilicitude, por ação ou omissão, pois o titular do direito, embora o exerça, formalmente,

em consonância com a lei, agrava o ordenamento jurídico, segundo o interesse social, que ela visa resguardar. Tal pode se dar, repita-se, com intuito de prejudicar terceiro, o que revela má-fé, e, assim, fraude intencional à ordem jurídica, ou desnaturamento do instituto jurídico, com danos conseqüentes aos interesses de outrem. Isto importa em contrariar as suas finalidades, em exercê-lo de maneira antifuncional, e, assim, com impropriedade, na apreciação do seu alcance social, segundo a ordem disposta pelo direito, o que envolve defeito técnico na sua realização, tendo em vista a sua categoria jurídica.

Por conseguinte, mesmo os adeptos da teoria realista ou objetiva entendem que o abuso de direito se insere dentro do ilícito jurídico, por corresponder a um mau uso de seu direito. A distinção da sua posição a respeito, com referência aos filiados à teoria psicológica ou subjetiva, está em que, para esta, a ilicitude é o seu objeto direto, a preocupação do ato, enquanto para aqueles, o indireto, uma conseqüência do ato, simplesmente. Por isso, partidários da corrente objetiva vão, por vezes, ao exagêro de afirmar que o abuso de direito constitui figura jurídica autônoma do ilícito jurídico, como se manifesta PEDRO BATISTA MARTINS (Cf. *O Abuso do Direito e o Ato Ilícito*, págs. 236-247, 2.^a ed., Livraria Editôra Freitas Bastos, 1941).

De fato, o abuso de direito não se confunde com o ilícito jurídico, mas corresponde a uma espécie, entre muitas, de atos ilícitos. Se, no exercício de direito, se pratica ato material ou mesmo ato jurídico que lese a terceiro, ainda que sem intenção que tal ocorra, pelo mau uso dêse direito, êsse ato material ou ato jurídico se acha enfêrmo de ilicitude, embora assuma posição autônoma, como instituto jurídico.

Por outro lado, exagera EVERARDO DA CUNHA LUNA ao sustentar que é impossível conciliar a teoria realista ou objetiva com os princípios fundamentais do ato ilícito (Cf. *Abuso do Direito*, págs. 105-113, Companhia Editôra Forense, 1959). Realmente, não há terreno reservado ao abuso de direito fora do dolo ou culpa. Mas, enquanto no dolo a ilicitude é a razão de ser da prática do ato, na culpa esta é uma mera conseqüência. Daí o relêvo emprestado a ela pelos defensores da concepção psicológica ou subjetiva e a pouca cogitação dela pelos paladinos da realista ou objetiva.

A teoria do abuso de direito é uma decorrência da relatividade dos direitos subjetivos em face do conceito de justiça, que deve dominar a ordem social, insita na norma, formalmente dis-

posta, que objetiva resguardar o bem jurídico de outrem, contra qualquer dano, previsto por ação ou omissão de titular de direito, ou decorrente de impropriedade por parte dêle no seu exercício, em virtude de imperícia, imprudência ou negligência na sua apreciação, o que se pode dar até por êrro ou imprecisa interpretação, efetivando-o, destarte, de maneira anormal.

Por conseguinte, o exercício abusivo de direito se inclui entre uma das muitas variedades de atos ilícitos, como ato anti-social, com a ruptura, por um dêsses fundamentos, do equilíbrio dos interesses estabelecidos pela ordem jurídica, no condicionamento da harmonia social. Daí se impor a obrigação de reparar as consequências danosas de dito ato, seja na decretação, em sendo o caso, ou da composição econômica do prejuízo, com o restabelecimento da nulidade do ato jurídico, com o desconhecimento dos seus efeitos do *statu quo ante*, isto é, o retôrno à situação anterior, em sendo possível. Por vêzes há, concomitantemente, a decretação da nulidade do ato e a composição econômica dos danos.

Realmente, quem fala em abuso de direito pressupõe a existência de direito pelo seu titular, que o exerce, entretanto, abusivamente, isto é, faz mau uso dêle. Por isso, L. CAMPION deu, como subtítulo da sua obra sôbre o abuso de direito, a seguinte expressão: "Do Exercício Anti-Social dos Direitos Subjetivos", e a clássica monografia de LOUIS JOSSE RAND sôbre o assunto se denomina "Do Espírito dos Direitos e a sua relatividade".

As primeiras manifestações da concepção subjetiva ou psicológica da teoria do abuso do direito se pode ir buscar no Direito Romano, no conceito do ato emulativo. Por seu turno, a objetiva ou realista vai haurir os seus contornos na doutrina dos doutores da Igreja, especialmente em SÃO TOMÁS DE AQUINO, com a sua concepção finalista do direito, e, teve oportunidade de ressurgir modernamente, depois que IHERING ressaltou a importância dêsse problema (Cf. *L'Évolution du Droit*, traduzido da 3.^a ed. alemã por Meulenaere, Paris, Chevalier-Marescq et Cie., Éditeurs, 1901).

A expressão abuso de direito foi considerada por PLANIOL (Cf. PLANIOL et RIPERT, *Traité Élémentaire de Droit Civil, avec le concours de Jean Boulanger*, 3 vols., II, n.º 978, pág. 336, 3.^a ed., Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1949), como logomaquia, porque o direito cessa onde o abuso começa, pois um mesmo ato não pode ser, ao mesmo tempo, conforme e contra o direito. Atentando-se para o sentido analógico da palavra direito, e o alcance absoluto da expressão direito objetivo, como norma

FONTES FORM
 geral, abst
 poder de
 de direito,
 subjetivos
 objetivo.
 apresentar
 tendo por
 Aliás,
 direito e a
 enquanto
 à ordem j
 cício de u
 decendo,
 da justiça
 à margem
 Assim
 sem direi
 de efetiva
 prejudica
 ção, e, ou
 êle, o qu
 caracteriz
 segundo
 sua inad
 A teo
 direito pr
 dicos, e,
 uso abus
 aparecer
 atos da
 a respeit
 buition c
 tieux Ad
 rie de l'
 Librairie
 Com
 Estado c
 verifica-
 nistrativ
 ou jurid

geral, abstrata e impessoal, e relativo do direito subjetivo, como poder de cada qual, é perfeitamente possível falar-se em abuso de direito, pois o que se pretende é afirmar que o titular de direitos subjetivos ao exercê-los o faz de forma abusiva em face do direito objetivo. Como titular de direitos omite ou pratica atos que se apresentam ilícitos em face do direito, como sistema normativo, tendo por objeto a justiça.

Aliás, na objeção há uma confusão entre exercício abusivo de direito e a falta de direito. Nesta, não se tem, realmente, direito; enquanto naquele se possui, apenas se exerce de forma contrária à ordem jurídico-normativa. Portanto, o abuso é cometido no exercício de um direito subjetivo, em ato formalmente lícito, mas padecendo, materialmente, de ilicitude, por transbordar dos limites da justiça, enquanto a falta de direito consiste na prática de atos à margem do direito, portanto, sem direito.

Assim, se alguém levanta construção em terreno alheio o faz sem direito. Ao contrário, o proprietário do terreno tem direito de efetivar essa construção. Se, entretanto, a leva a cabo para prejudicar a vista do vizinho, ou mesmo tal ocorra sem dita intenção, e, outrossim, o ato é realizado sem proveito apreciável para ele, o que constitui uma utilização inadequada da propriedade, caracteriza-se o abuso de direito, subjetivo ou objetivo, pelo titular, segundo a má-fé com que foi praticado o ato, ou em virtude de sua inadequação.

A teoria do abuso de direito, vulgarizada, modernamente, no direito privado, se aplica, na realidade, nos diferentes ramos jurídicos, e, portanto, também no direito público. E essa expressão, uso abusivo de direito ou exercício abusivo de direito, começa a aparecer na doutrina, com base na jurisprudência, a qualificar atos da Administração Pública, e a suscitar mesmo monografias a respeito. Haja vista os trabalhos de J. CHATELAIN (Cf. *Contribution à l'Étude de la Notion d'Abus des Droits dans le Contentieux Administratif*, Paris, 1945) e de LOUIS DUBOIS (Cf. *La Théorie de l'Abus de Droit et la Jurisprudence Administrative*, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1962).

Com efeito, examinando-se a jurisprudência do Conselho de Estado da França, o maior manancial do Direito Administrativo, verifica-se haver êle criado hipóteses de ilegalidade de atos administrativos, que não decorrem diretamente do seu objeto, por ilícito ou juridicamente impossível, mas, apenas, indiretamente, das cir-

cunstâncias em que o ato foi ou deixou de ser praticado. Assim, distingue os casos de ilegalidade, em direta ou indireta.

Há ilegalidade direta, no ato da Administração Pública, quando em virtude dela ocorre violação frontal da lei. Isso porque se acha vinculada a comportamento nos estritos termos dos seus dispositivos e o seu ato se opõe a êsse comando, ao qual ela devia se conformar. Por exemplo, a lei determina que se nomeie para cargo vago o candidato classificado em primeiro lugar em concurso, e, no entanto, a nomeação recai no segundo colocado.

Há ilegalidade indireta no ato da Administração Pública quando, em virtude dêle, ocorre violação circunstancial da lei. Nesses casos, esta lhe confere elasticidade de ação dentro de certos limites, relativos aos motivos e ao fim do ato.

A sua discricção não pode exceder os limites do razoável na apreciação dos fatos que constituem o *motivo* do ato administrativo. Deve haver proporcionalidade entre o ato administrativo e o fato que o originou. Êste deve ser suficiente para justificar aquêle. Conseqüentemente, impõe examinar-se se os fatos objetivos que motivaram o ato foram devidamente observados. É a teoria dos motivos determinantes dos atos administrativos criada pela jurisprudência do Conselho de Estado de França, por volta do início do presente século, e, ao depois, acolhida pelo direito administrativo de outros povos.*

Assim, há ilegalidade indireta, por inobservância devida do motivo determinante do ato, quando a lei autoriza a dissolução de comício em ocorrendo desordem, e a polícia leva a têrmo essa medida pelo simples fato de alguns populares apuparem, sem maiores conseqüências, o orador.

Isso porque não houve proporcionalidade entre o fato e a medida administrativa, uma vez não constituía motivo suficiente para o ato administrativo ser levado a efeito. Excedeu-se a Administração Pública no exercício do seu poder discricionário.

Por outro lado, não lhe é lícito se *desviar* dos fins do ato administrativo, e tal se verifica quando pratica ato de sua competência tendo em vista objetivo diverso do legalmente considerado como próprio da sua atribuição. Por conseguinte, se impõe, neste caso, perscrutar a intenção do agente público, para se verificar

* Cf. LEO GOLDENBERG, *Le Conseil d'État — Juge du Fait*, Paris, Librairie Dalloz, 1932; GEORGES VEDEL, *Essai sur le Notion de Cause en Droit Administratif Français*, Paris, Librairie du Recueil Sirey, 1934.

se se conformou com o interesse geral, ou ao contrário, se se prendeu a razões subalternas, pessoais, e, ainda, se, em praticando o ato no interesse geral, o realiza em atenção a razões estranhas à finalidade por que lhe foi outorgada a competência para praticá-lo. É a teoria do desvio do poder, criada pela jurisprudência do Conselho de Estado de França, por volta de 1840, e acolhida pelo direito administrativo de outros países. *

Isso ocorre quando o agente público anula concorrência pública para impedir seja adjudicada a favor de quem quer prejudicar, por animosidade política; ou mesmo quando, no exercício do poder de polícia de construção, que, em princípio, visa a alcançar a segurança e salvaguardar a saúde dos que nela vão habitar, se nega a aprovação de planta por finalidade puramente estética.

HAURIUO chegou a afirmar que dito contrôle judicial excedia ao da *legalidade* para se transformar no da *moralidade administrativa* e, nesse sentido, a tese de doutoramento do seu discípulo HENRI WELTER (*Le Contrôle Jurisdictionnel de la Moralité Administrative*, Paris, Librairie du Recueil Sirey, 1929).

Realmente, nesse contrôle, se vai além da verificação da violação frontal da lei. Nêle se cogita dos motivos de fato discricionariamente considerados pela Administração Pública ou dos propósitos da autoridade administrativa, no exercício da finalidade dos atos da sua competência.

Objetiva, destarte, impedir uma conclusão despropositada dos fatos objetivos, determinantes do ato; ou efeitos de intenção malévola ou de móvel diferente do enunciado pela lei ou proposto por ela, tendo em vista a natureza da competência conferida. Mas, sempre é contraste da legalidade, pois a prática do ato em contrário envolve ilicitude, como desrespeito ao mínimo ético coercitivamente imposto a êle. Assim, mantidas as teorias dos motivos determinantes e do desvio do poder dentro da legalidade, se lhe reconhece apenas um fundamento moral.

Aliás, o direito, como ciência prática ou operativa, particular, depende da moral, como ciência prática operativa geral e pro-

* Cf. MARCEL BEURLEY, *Le Détournement de Pouvoir dans L'Intérêt Financier ou Patrimonial de L'Administration*, Paris, Librairie Recueil Sirey, 1928; CONTELAN, *Le Détournement du Pouvoir du Policie dans L'Intérêt Financier*, Paris, 1947; RAYNAUD, *Le Détournement de Procédure*, Paris, 1950; AFONSO RODRIGUES QUEIRÓ, *A Teoria do Desvio do Poder no Direito Administrativo*, R.D.A. 6-41 e 7-52; ANTÔNIO JOSÉ BRANDÃO, *Moralidade Administrativa*, R.D.A., 25-454.

pedêutica dêle. Na realidade, retirar do direito êsse fundamento é transformar essa ciência que tem por objeto a ordem social, em instrumento de opressão, ao influxo da vontade anônima das massas, ou da vontade insolente do ditador.

Muitos juristas pretendem que a teoria do desvio do poder e do abuso do direito se assemelham. Tal o pronunciamento de JOSERAND (Cf *De l'Esprit des Droits et de leur Relativité*, pags. 257-265, 2.^a ed., Paris, Librairie Dalloz, 1939), embora reconhecendo constituem florações, respectivamente, do direito público e do privado. Outros chegam mesmo a identificá-las, como faz R. CHAPUS (Cf *La Responsabilité Publique et la Responsabilité Privée*, n.º 382, 2.^a ed., Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1957).

Todavia, a teoria do abuso do direito abrange área mais extensa.

Aplicada no Direito Administrativo, ante a sua maleabilidade, abraça já a teoria dos motivos determinantes dos atos administrativos já a do desvio do poder, quanto ao exercício dos poderes discricionários da Administração Pública. Essas teorias tiveram, na oportunidade, razão de existir em caráter autônomo, na França, para atender à evolução das soluções jurisprudenciais, em face dos casos concretos, e a sua manutenção se fundamenta nessa tradição histórica. Mas, presentemente, pode-se unificá-las, senão mesmo diluí-las, na teoria do abuso de direito, e, com maior razão, em outros países, onde aquelas teorias não têm razões históricas e fundamentos peculiares.

Se o ato administrativo envolve o exercício de direito com desnaturamento do instituto a que êle se refere, com falseamento, portanto, da razão de existir dêsse instituto, se tem como verificado o abuso de direito, independente de apuração do móvel que o provocou, relegada para plano inferior, ainda, a cogitação da intenção do titular do direito. Basta a verificação objetiva da impropriedade do exercício do direito para se configurar o seu exercício abusivo.

Portanto, a diferença entre o abuso de direito e desvio do direito não está, como pretendem muitos juristas franceses, em que um suscita o contencioso de reparação patrimonial do dano e o outro o de nulidade do ato jurídico. Já se verificou que se pode, em contrapartida ao abuso de direito, pleitear não só a reparação econômica do dano conseqüente, como a nulidade do próprio ato. Se a ilicitude decorre da ação material no exercício

de direito, a condenação há de ser a reparação patrimonial, e com o restabelecimento da situação de fato anterior, se possível. Porém, se a ilicitude decorre de ato jurídico no exercício de direito, a condenação há de ser a declaração ou da nulidade desse ato jurídico ou de que não produzirá os efeitos jurídicos pretendidos.

A diferença entre êles se encontra na circunstância de que o abuso de direito envolve campo de aplicação mais amplo. Compreende tôdas as hipóteses de exercício de direito em que o seu titular excede os limites morais mínimos que o fundamentam, os princípios que informam a *categoria jurídica* de que participa, contrariando o interêsse social que a norma jurídica teve em mira, ao qualificar êsses tipos de situações jurídicas, em que se verifica o seu exercício de maneira anormal, além do razoável, segundo uma concepção objetiva de justiça, de proporcionalidade admissível entre o poder jurídico do titular do direito e do terceiro a êle vinculado.

Já o desvio de poder se restringe aos casos de exercício por órgão da Administração da sua *competência* em desrespeito ao fim a que essa competência está sujeita, que o direito objetivo lhe demarcara. Destarte, transborda do poder que lhe fôra confiado. É um contrôle *sui generis* de vício de competência, diferente dos praticados pelos órgãos administrativos incompetentes.

Nestes, o agente não tem os poderes para praticar o ato, porque lhe falta atribuição. Lá, êle tem atribuição, e, portanto, poderes para praticar o ato, mas o efetiva tendo em vista fim diferente do cogitado pela ordem jurídica ao lhe confiar essa atribuição, e, conseqüentemente, o poder de atuar. Cabe, então, o exame da intenção do agente público, isto é, se êle praticou o ato tendo em vista fim estranho ao interêsse geral, ou, mesmo, se no interêsse geral, em atenção a fim diverso do que a lei atribuíra ao ato, em virtude da sua competência.

Assim, há desvio de poder, segundo a jurisprudência do Conselho de Estado, por ato estranho ao interêsse geral, na medida de polícia de segurança, que proíbe procissões nas ruas, se por objetivos anticlericais; e, outrossim, por ato diverso do fim que a lei atribuíra ao ato, na medida de polícia de costumes, que proíbe os banhistas trocarem roupa em outras cabanas ou locais em frente à praia, que não as municipais aí colocadas, com objetivo de receita, em vez de decência pública.

Cogita a teoria do abuso do direito da intenção do titular do direito, na sua concepção subjetiva, e, então, se o exercício de di-

reito se fêz com má-fé. Aí se assemelha à teoria do desvio do poder que considera a intenção do agente no exercício da sua competência para verificar se não excedeu os seus limites, isto é, se não praticou por fim estranho ao interêsse geral, ou mesmo, se no interêsse geral, por fim estranho ao que a lei assinou ao ato. Em ambas as hipóteses, há intenção maléfica, uma contrária ao interêsse coletivo, outra contrária ao interêsse coletivo restrito, particular, que a lei entendeu proteger por ato desse agente, enquanto êle pretendeu atender, a seu arbítrio, a outro interêsse coletivo não querido pela lei ao lhe dar a respectiva competência.

Mas a teoria do abuso do direito, na sua concepção objetiva, relega para segundo plano a intenção do titular do direito e só cogita do tipo do ato jurídico praticado, e tem por abusivo o exercício de direito, desnaturando-o, isto é, em inobservância da sua categoria jurídica, por exceder os limites morais mínimos que o fundamentam, o interêsse social que a norma jurídica teve em mira, a proporcionalidade razoável entre o poder do titular do direito e a sujeição de terceiro a êle, segundo concepção objetiva de justiça.

Aí se assemelha com a teoria dos motivos determinantes dos atos discricionários, a qual considera as circunstâncias de fato que legitimam o ato administrativo que o agente, no exercício do seu poder discricionário, deve verificar ao praticá-lo. Assim, não pode fundamentar o ato em motivo inexistente ou impróprio nos termos qualificados pela lei. Suponha-se a proibição de construir em dado local, fundada em lei que permite essa medida, mas para resguardar perspectivas monumentais, quando tal perspectiva, na verdade, é mesquinha. Desnatura, então, o ato jurídico, exerce a discricção de forma anormal, além do poder que lhe cabe, em função do ato jurídico e do fato que o suscita, e, portanto, fora do seu motivo legal determinante.

A teoria do desvio do poder se acha em declínio, na França, como salientam os seus mais modernos administrativistas, pois o Conselho de Estado prefere, sempre que possível, aplicar a teoria dos motivos determinantes, dada a dificuldade maior em apreciar-se a *intenção do agente público* que verificar-se o *fato que constitui fundamento do ato*, e se suficiente para justificá-lo. Então o exame é objetivo, tendo em vista a importância e os elementos que provocaram o ato, na indagação da proporcionalidade deste com referência àqueles.

Em vez de verificar se a proibição de procissão se deu por objetivos anticlericais, para se anular o ato por desvio de poder, se apura, para igual efeito, se ocorreu motivo razoável na proibição. Uma vez nenhum prejuízo haveria para a polícia de segurança na autorização da procissão, desde que passaria por local pouco movimentado e não acarretaria perturbação ao trânsito, considera-se inexistiu motivo suficiente para a medida tomada, e surge o fundamento para anular o ato administrativo.

Daí a razão pela qual, mesmo na França, certos autores, como JÈZE, pretendem substituir a teoria do desvio do poder pela dos motivos determinantes, nesta incluindo também aquela (Cf. ob. cit., vol. II, tomo I, págs. 223-290), outros pela da causa dos atos jurídicos, conceituada esta como categoria do ato jurídico, como VEDEL, na obra *retro* citada, e, afinal, se encontram os que propugnam pela extensão ao direito público da teoria do abuso de direito, como CHATELAIN e LOUIS DUBOIS, já referidos. *

Sem dúvida, é teoricamente fácil distinguir entre o motivo e o fim do ato administrativo. Contudo, em virtude de existir, psicologicamente, liame entre um e outro, na prática se torna o problema mais difícil. Se ambos, com referência aos poderes discricionários da Administração Pública, configuram o exercício abusivo de poder, ou, melhor, abuso de direito, quando falta suficiência ou proporcionalidade no motivo invocado como determinante do ato, e, outrossim, quando se verifica desvio do poder por exercício contrário ao fim a que a competência lhe foi atribuída, indiscutivelmente, é preferível englobar essas duas teorias na do abuso de direito, como limites ao exercício do poder discricionário da Administração Pública. É o que ora se sustenta.

Conseqüentemente, fica o exercício dos poderes discricionários limitado pelo exercício normal, regular, desses poderes. Transbordando êsses lindes se verificará o abuso de direito, o exercício abusivo desses poderes. Tal se apura, na prática, quando se verifica que o titular do poder discricionário o exerceu com desnaturamento do instituto jurídico, a que correspondia o ato realizado, de maneira a desconhecer a sua categoria, os princípios que a informam, como figura jurídica, ante o mau uso do seu direito. Sob a aparência de legalidade se pratica ato arbitrário, conseqüentemente nulo, por desrespeito sub-reptício, indireto, ao texto legal,

* ROGER VIDAL, *A Evolução do Desvio do Poder na Jurisprudência Administrativa*, R.D.A., 30-35; CRETILLA JR. *A Teoria do Desvio do Poder*, Rev. dos Tribunais, 1965.

tornando ilícito ou impossível juridicamente o objeto do ato administrativo.

48 — ELEMENTOS DO ATO JURÍDICO-ADMINISTRATIVO

48.1 — *Causa como Elemento do Ato Jurídico.* *

Ao cogitar-se dos elementos dos atos jurídicos, problema que suscita grande discussão, é de saber-se se a causa deve ser incluída entre êles. Isso dada a diversidade de orientação entre dois monumentos legislativos, que influíram na codificação civil dos povos civilizados, o Código Napoleônico, que a acolheu, e o Código Civil alemão, que, na verdade, a repudiou, utilizando-se dela só quando trata do enriquecimento ilícito. Em vez da consideração apenas de falta de objeto, de falso objeto, ou de objeto ilícito do ato jurídico, aduziu-se no Código Napoleônico a falta de motivo, de motivo falso, ou de motivo ilícito, pois se emprestou êsse significado à causa.

Aliás, a crítica à causa como requisito dos atos jurídicos é de iniciativa dos juristas de língua francesa. Pretende-se mesmo que a sua inserção no Código Napoleônico resultara de *qui pro quo* filológico, pois no francês antigo a palavra *coze* significava coisa material, e, assim, as expressões *sans coze*, *sur une fausse coze*, e *sur coze illicite* foram erradamente consideradas como causa e permitiu o desenvolvimento doutrinário a respeito e a sua introdução no Código de Napoleão.

E concluíam a sua objeção contra êsse requisito, por sua inutilidade, porquanto se confundia com o objeto da prestação ou com o consentimento, tendo em vista a intenção do agente, e, arrematavam, ponderando que, no Direito Romano, o termo *causa* tinha outro significado, pois se referia ao título jurídico, ao fundamento legal da obrigação.

Êsse debate teve repercussão na elaboração do Código Civil brasileiro e prevaleceu no contexto a exclusão da causa dos requisitos do ato jurídico, na conformidade do pensamento de Clóvis, como se verifica do art. 82, ao enumerá-los, reduzindo-os ao agente capaz, objeto lícito e forma prescrita ou não defesa em lei. Ressalvou apenas hipótese prevista no art. 90, em que tenha sido qualificada como motivo do negócio jurídico. Então, se falsa a causa, o vicia, uma vez posta de modo expresso “como razão determinante” ou “forma de condição” dêle.

* Cf. TITO PRATES DA FONSECA, *A Causa em Direito Administrativo*, na *Revista Direito*, 14-31.