

Controle judicial sobre atos políticos perpetrados mediante abuso de poder

Judicial control over political acts practiced with abuse of power

Huston Daranny Oliveira*

Sumário

1. Introdução. 2. Fundamentos jurídicos da ordem constitucional brasileira. 3. Teoria geral dos atos da administração. 4. Dos atos políticos. 5. Da possibilidade de controle judicial sobre atos políticos. 6. Abuso de poder: hipóteses de cabimento do controle judicial sobre atos políticos. 7. Considerações finais. Referências bibliográficas.

Resumo

O presente artigo analisa a possibilidade de controle judicial sobre atos políticos praticados com abuso de poder. A partir de uma compreensão acerca da natureza jurídica dos atos de governo e do significado normativo do abuso de poder, busca-se justificar hipóteses específicas em que o Poder Judiciário encontra respaldo constitucional para exercer controle sobre determinados atos políticos. Utilizando parâmetros de constitucionalidade, legalidade, legitimidade, moralidade, razoabilidade e finalidade, vê-se que não há espaço, no âmbito de um Estado de Direito que se revela republicano e democrático, para arbitrariedades perpetradas com base em atos executados mediante condutas desarrazoadas e imorais, com excesso de poder ou desvio de finalidade.

Abstract

This article examines the possibility of judicial control over political acts committed with abuse of power. From an understanding of the legal nature of acts of government and the normative meaning of abuse of power, we seek to justify specific hypotheses in which the judiciary finds constitutional backing to exercise control over certain political acts. Using parameters of constitutionality, legality, legitimacy, morality, reasonableness and purpose, we see that there is no room, within the scope of a rule of law that proves

* Especialista em Direito Administrativo pela Faculdade Internacional Signorelli. Especialista em Ciências Criminais pela Universidade Estácio de Sá em parceria com o Complexo de Ensino Renato Saraiva. Servidor Público. Coordenador de Compras e Contratos do Instituto Federal do Norte de Minas Gerais.

to be republican and democratic, for arbitrariness perpetrated based on acts performed through unreasonable and immoral conduct, with excess of power or deviation of purpose.

Palavras-chave: Atos políticos. Abuso de poder. Controle judicial.

Keywords: *Political acts. Abuse of power. Judicial control.*

1. Introdução

Houve um tempo em que o poder do Estado se concentrava nas mãos do soberano, na pessoa de quem eram acumuladas as funções de administrar, legislar e também julgar os conflitos advindos da sociedade. O auge desse momento histórico foi o absolutismo, consagrado através da máxima “*the king do not wrong*”, segundo a qual o soberano ostentava um poder tão elevado que não poderia ser questionado pelos seus súditos.

Com o tempo, em contraponto à concentração de poderes nas mãos de uma só pessoa, passou-se a acreditar que a maneira mais adequada para o funcionamento do Estado seria através da repartição de funções, dividindo-se as responsabilidades de cada área de atuação estatal.

Chega-se, então, a um estágio em que as noções de República e Democracia, já maduras, bem construídas e consolidadas no seio da sociedade, passam a ter papel fundamental na atuação do Estado. O movimento constitucionalista faz com que as normas jurídicas garantam limitação ao Poder Público e prevalência de direitos fundamentais, alcançando o que hoje se entende como Estado de Direito.

No que se refere à República Federativa do Brasil, constata-se nos dias de hoje o fortalecimento das instituições democráticas que chegaram ao Poder no final da década de 1980, bem como a solidificação da forma de governo constitucionalmente adotada. Trata-se de um Estado de Direito republicano, em que devem prevalecer a vontade popular e o interesse público, instrumentalizados pelo princípio da legalidade, pela repartição do Poder e por um governo de todos e para todos, na vertente mais precisa da democracia e da república aqui instauradas (art. 1º, *caput* e parágrafo único, art. 2º e art. 5º, II, todos da Constituição Federal).

No modelo atual, não há quem possa estar acima da lei (ou, de forma mais adequada, do Direito), porquanto todos estão submetidos a ela, inclusive o próprio Estado. Inexiste espaço, por via de consequência, para distinções sem fundamentos, privilégios desarrazoados e atos estatais nos quais se verifique a ausência de finalidade pública.

Dessa forma, para as situações em que a Administração Pública age em desconformidade com o Direito, violando preceitos essenciais à validade dos seus atos, o controle jurisdicional surge como solução para garantir a harmonia do sistema

¹ Expressão inglesa equivalente a “o rei nunca erra”.

jurídico, com vistas a evitar descompassos entre os “poderes” do Estado, mantendo as funções legislativa, executiva e judiciária independentes e harmônicas entre si.

Para os casos de atos do Estado que se revelam incompatíveis com a ordem constitucional, resta a alternativa da invalidação jurídica. É por esse motivo que se coloca como objeto de estudo do presente trabalho a investigação acerca da possibilidade de controle judicial sobre atos de natureza política, emanados pela Administração Pública com inegável abuso de poder.

O problema que se pretende esclarecer, portanto, diz respeito à constitucionalidade e à legitimidade de intervenções do Poder Judiciário em atos de natureza eminentemente política, dotados de elevada discricionariedade. Em outras palavras, busca-se saber se, a despeito do caráter político de determinados atos de governo, o fato de serem perpetrados mediante excesso de poder ou desvio de finalidade, em ofensa a princípios constitucionais sensíveis, autoriza o exercício de controle judicial.

2. Fundamentos jurídicos da ordem constitucional brasileira

Os atos praticados pelos agentes públicos brasileiros encontram fundamento de validade e legitimidade nos preceitos legais e constitucionais que lhes dão suporte. Em se tratando de um Estado Democrático de Direito, sob a forma de governo republicana, qualquer conduta estatal deve estar de acordo com o ordenamento jurídico, com o seu indissociável interesse público e também com a vontade popular da qual emana todo o poder da nação.

Importante tratar, assim, dos pilares fundamentais que, na ordem constitucional brasileira, legitimam e justificam a prática de todos os atos estatais brasileiros, a saber, a democracia, a república e o Estado de Direito.

Em apertada síntese, de acordo com Michel Mascarenhas Silva (2011), a democracia é o regime de governo no qual se extraem da participação popular as decisões de relevância para a sociedade, tendo como etimologia a junção dos radicais *demos* e *cratos*, ou seja, um governo exercido pelo povo.

Nos termos da teoria de Thomas Hobbes (2003, p. 61), a própria origem do Estado, enquanto sociedade organizada, deve-se aos pactos recíprocos de vontades estabelecidos entre os componentes da comunidade (povo), capazes de conferir força e autoridade a um governo soberano, com vistas à obtenção de paz e defesa comum. Nesse mesmo sentido, John Locke (1978, p. 61) afirma que as comunidades são formadas pelo consentimento de cada pessoa pertencente a elas, sendo sempre movidas pelo “consentimento dos indivíduos que a compõem, e como todo objeto que forma um único corpo deve se mover em uma única direção, este deve se mover na direção em que o puxa a força maior, ou seja, o consentimento da maioria”.

A democracia aparece, portanto, ligada à própria origem do Estado, assumindo importância ímpar no fortalecimento da legitimidade do governo. De acordo com o Barão de Montesquieu (2000, p. 122-123), em seu clássico “Espírito das Leis”, a

democracia, para atingir sua adequada finalidade, deve coibir dois excessos: “o espírito de desigualdade, que a leva à aristocracia ou ao governo de um só; e o espírito de igualdade extrema, que a leva ao despotismo de um só”.

Democracia simboliza muito mais do que um regime em oposição à oligarquia. Envolve uma carga valorativa de indubitável importância para a consecução da justiça social, da igualdade real (e não apenas formal), do amadurecimento político e da concretização de um governo “do povo, pelo povo e para o povo”². Significa também uma oposição ao poder autoritário, que se consolida nas mãos de um só e é destinado aos interesses exclusivos dele, sem que esta figura de poder soberano possa ser responsabilizada por seus atos ou destituída em casos de abuso ou incompetência.

A lógica da democracia é um governo que coloque o interesse do povo acima do interesse do particular. Vale dizer, embora a democracia representativa se estabeleça através de relações políticas entre governantes e governados, não há razão plausível para que os governantes utilizem os cargos como artifício para a obtenção de privilégios, vantagens ou benefícios indevidos, que contrariam a essência de um governo popular.

Quem governa ali está para cumprir uma função e não para auferir vantagens indevidas do seu mister, sob pena de restar desvirtuada toda a estrutura democrática. Por isso, Diogenes Gasparini (2008, p. 21) ressalta que a democracia possui como um de seus mais caros valores a promoção da igualdade, além de ter sempre presente o intuito de evitar e extinguir privilégios.

No entanto, como lembra Luís Roberto Barroso (2005, p. 50), a ideia de democracia não deve ser resumida ao princípio majoritário, com o governo absoluto da maioria, porquanto a lógica desse regime político é inspirada na proteção de valores. De igual modo, José dos Santos Carvalho Filho (2005, p. 02) defende a superação da noção de uma democracia fria e indiferente aos acontecimentos do cotidiano social, o que acaba gerando o surgimento do Estado de Direito, baseado na regra de um Estado que ao mesmo tempo cria o direito e sujeita-se a ele.

Consoante a lição de Luís Roberto Barroso (2005, p. 39-40), as origens desse Estado subordinado aos ditames do Direito vêm da ideologia democrática constitucionalista, a qual submete o Poder Público não apenas ao que está disposto na lei, mas principalmente às regras e aos princípios de todo o ordenamento jurídico. Acrescenta ainda o jurista:

Supera-se, aqui, a ideia restrita de vinculação positiva do administrador à lei, na leitura convencional do princípio da

² Famosa frase atribuída a Abraham Lincoln, estadista norte-americano. Nos termos da lição de José Afonso da Silva (2014, p. 137), *governo do povo* significa que este é fonte e titular do poder (todo poder emana do povo); *governo pelo povo* quer dizer governo que se fundamenta na vontade popular; e *governo para o povo* há de ser aquele que procure libertar o homem de toda imposição autoritária e garantir o máximo de segurança e bem-estar.

legalidade, pela qual sua atuação estava pautada por aquilo que o legislador determinasse ou autorizasse. O administrador pode e deve atuar tendo por fundamento direto a Constituição e independentemente, em muitos casos, de qualquer manifestação do legislador ordinário. O princípio da legalidade transmuda-se, assim, em princípio da constitucionalidade ou, talvez mais propriamente, em princípio da juridicidade, compreendendo sua subordinação à Constituição e à lei, nessa ordem.

Como é sabido, o princípio da legalidade ganha importância no Estado Democrático de Direito por se contrapor aos abusos e aos arbítrios de governantes despóticos, que atuam por interesses escusos e sem respaldo no interesse público. Não resta espaço para a utilização da máquina pública em desvirtuamento do interesse público para o qual fora criada.

A legalidade, segundo Celso Antônio Bandeira de Mello (2014, p. 103-104), opõe-se “a todas as formas de poder autoritário, desde o absolutista, contra o qual irrompeu, até as manifestações caudilhescas ou messiânicas típicas dos países subdesenvolvidos”. De acordo com o mesmo autor, a legalidade “é o antídoto natural do poder monocrático ou oligárquico, pois tem como raiz a ideia de soberania popular, de exaltação da cidadania”, o que conduz à aceitação de que, numa democracia de Direito, todos devem ser “obsequiosos cumpridores das disposições gerais fixadas pelo Poder Legislativo, pois esta é a posição que lhes compete no Direito brasileiro”.

A bem da verdade, a democracia, por si só, torna-se perigosa, pois pode ser manipulada por quem está no poder político, por quem tenha poder econômico ou por quem saiba utilizar a retórica em seu favor, fazendo do povo massa de manobra, em prol de interesses particulares, escusos, antidemocráticos e antirrepublicanos. É por isso que, além da democracia e da lei – que podem ser controladas pelas elites e servir para subjugar o povo –, é fundamental a presença de outro fundamento de legitimidade para os atos do Estado, a saber, o interesse público.

Com a república (termo originado de *res publica*, “coisa pública”), advém ao Estado a obrigação de observar cotidianamente em sua ordem jurídica a busca pela satisfação do interesse público, e não das individualidades de quem seja detentor do poder político ou econômico. Michel Mascarenhas Silva (2011) acrescenta:

Não haverá bom governo, ainda que democrático, sem que este seja republicano, pois não se pode pensar apenas no indivíduo e em seus desejos sem que se proteja o espaço público. Para que os representantes do povo não façam uso indevido do interesse e do patrimônio público em seu próprio benefício ou de particulares é imprescindível a educação para a cidadania, para a república e para a ética na política.

República e democracia pressupõem liberdades condicionadas, para que não sejam confundidas com libertinagem, que é uma atuação desmedida e desarrazoada das faculdades individuais garantidas pelo Estado. Pode-se dizer, assim, que a república condiciona a democracia e a democracia condiciona a república, atuando ambas como reflexo uma da outra, limitando seus significados (com o objetivo de evitar excessos) e potencializando seus dogmas (consoante os valores almejados pela sociedade).

Em tal contexto, importantes são as palavras de José Afonso da Silva (2014, p. 104), ao comentar a utilização do termo “república” no artigo 1º da CRFB/88:

O termo República tem sido empregado no sentido de forma de governo contraposta à monarquia. No entanto, no dispositivo em exame, ele significa mais do que isso. Talvez fosse melhor até considerar República e Monarquia não simples formas de governo, mas formas institucionais de Estado. Aqui ele se refere, sim, a uma determinada forma de governo, mas é, especialmente, designativo de uma coletividade política com características de *res publica*, no seu sentido originário de coisa pública, ou seja: coisa do povo e para o povo, que se opõe a toda forma de tirania, posto que, onde está o tirano, não só é viciosa a organização, como também se pode afirmar que não existe espécie alguma de República.

De acordo com a doutrina de Diógenes Gasparini (2008, p. 16), o interesse público não pode ser visto como a vontade de um grupo de pessoas, de uma família, de um sindicato ou de uma entidade civil, mercantil ou industrial. É mais do que isso. É o valor que interessa e tem pertinência em toda a sociedade. Celso Antônio Bandeira de Mello (2014, p. 60-61) obtempera que o interesse público simboliza a dimensão pública dos interesses individuais, ou, em outras palavras, os interesses de cada cidadão enquanto participante da sociedade.

Importa salientar, assim, que o interesse público não é totalmente oposto ao interesse individual, uma vez que o considera em sua valoração, no campo da sua dimensão pública. Além disso, há de se ressaltar que interesse público não é apenas o interesse da maioria, sob pena de se configurar uma república de desprezo aos direitos das minorias, com a instauração de uma ditadura da maioria.

José Afonso da Silva (2014, p. 105-106) aduz que a república não deve ser vista do ponto de vista eminentemente formal, como simples oposição à monarquia. Ela envolve legitimidade popular dos governantes, existência de assembleias e câmaras populares, eleições periódicas por tempo limitado, temporariedade de mandatos eletivos, não vitaliciedade dos cargos políticos e prestação de contas da administração pública.

O princípio republicano do Estado conforma-se com os ideais públicos do Direito, estabelecendo limitações ao Poder Público e concedendo direitos e garantias

fundamentais aos cidadãos. Todavia, como a evolução do Estado em relação às concepções individualistas, os interesses públicos tendem a prevalecer sobre os privados.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2013, p. 66) ensina que o início do desenvolvimento do direito público deu-se com a superação da primazia do Direito Civil e do individualismo (homem como finalidade precípua do direito), passando-se a acreditar que os interesses públicos possuem supremacia sobre os direitos individuais, numa concepção capaz de influenciar todas as decisões da Administração.

Justamente por isso é que os representantes do povo, ou seja, os governantes, a despeito de ocuparem posição de destaque no sistema político, dado ao caráter elevado de suas funções institucionais, não podem assumir privilégios desarrazoados e ser considerados como superiores aos próprios governados. As únicas diferenças lógicas e jurídicas que podem existir entre governantes e governados estão relacionadas às atribuições dos seus cargos, pois, enquanto uns governam, outros são governados.³ Aqueles, porém, representam os interesses destes e não os próprios.

À vista disso, tais fundamentos jurídicos – a democracia, o Estado de Direito e a república – são o plano de fundo de legitimidade para a prática dos atos estatais. Sem eles, os atos da Administração deixam de reunir a credibilidade necessária para a aceitação popular, bem como para a conformidade jurídica necessária à validade e à produção dos efeitos deles esperados.

3. Teoria geral dos atos da administração

Os atos da administração⁴ consistem no gênero de ações, ligadas à vontade humana, pelas quais o Estado exerce suas funções, constituindo verdadeiro modo de proceder da Administração Pública. Compreendê-los é parte fundamental do processo de conhecimento acerca dos instrumentos utilizados pelo Poder Público em sua ação cotidiana.

Segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2013, p. 198), ao partir da ideia de divisão das funções públicas, todo ato praticado no exercício da função administrativa é ato da administração. Por esse critério, qualquer modo de proceder da Administração Pública, seja através das funções executiva, legislativa ou judiciária, constitui ação pertencente ao gênero “ato da administração”.

A despeito de tal abrangência, a doutrina administrativista costuma ressaltar a diferença entre os atos da administração, que são aqueles imputados à vontade humana, e os fatos administrativos, os quais independem do querer humano para acontecer, estando relacionados a acontecimentos naturais ou involuntários.

³ Apesar de assumir a posição de “governados”, a soberania popular é exercida também através de uma democracia participativa, com o exercício do sufrágio universal, do voto, do plebiscito, do referendo e da iniciativa popular.

⁴ O termo “administração”, com inicial minúscula, corresponde ao conjunto de atividades ou funções de caráter eminentemente administrativo (aspecto objetivo). Já o termo “Administração”, com inicial maiúscula, diz respeito ao conjunto de órgãos, entidades e agentes que exercem a função administrativa (aspecto subjetivo).

Diógenes Gasparini (2008, p. 58-59) chama os fatos administrativos de *ajurídicos*, por entender que não se preordenam à produção de efeito jurídico algum, não expressando manifestação de vontade, juízo ou conhecimento por parte da Administração Pública. Por outro lado, falando sobre os fatos jurídicos, o doutrinador esclarece que eles possuem a finalidade precípua de produzir efeitos jurídicos. No seu dizer, são, na maioria das vezes, emanações de vontade por parte do Estado ou de quem lhe faça as vezes, destinados à consecução de certos fins de direito. Possuem o objetivo de declarar, certificar, alterar, transferir ou exigir direitos e obrigações por parte de quem se relacione com a Administração Pública.

Adotando posição mais ampla, José dos Santos Carvalho Filho (2005, p. 91-92) lembra que a noção de fato administrativo é mais abrangente do que a de fato jurídico, pois envolve fatos que não repercutem na esfera do Direito, como os fatos simples (aqueles que refletem um evento material ocorrido no seio da Administração Pública). A ideia de fato administrativo, então, não levaria em consideração a produção de efeitos jurídicos, mas sim abarcaria fatos de natureza material praticados no exercício da função administrativa, visando efeitos de ordem prática. Para o autor, os fatos administrativos podem ser divididos em *voluntários* e *naturais*. Os voluntários classificam-se ainda em *atos administrativos*, que são a formalização de uma vontade administrativa manifestada e, em meras *condutas administrativas*, as quais configuram comportamentos e ações administrativas, precedidas ou não de ato administrativo formal.

Quanto à categoria de “atos jurídicos”, Celso Antônio Bandeira de Mello (2014, p. 376) salienta que se alocam no gênero “fato jurídico”, que é qualquer acontecimento a que o Direito imputa efeitos jurídicos. Dessa forma, fato jurídico pode ser uma conduta humana (voluntária ou involuntária) ou um evento material. Para obter a qualidade de fato jurídico, basta que o sistema jurídico lhe atribua efeitos.

Maria Cuervo Silva e Vaz Cerquinho (1979, p. 21-22), antes de tratar especificamente sobre os atos administrativos, assim leciona:

Fato jurídico, genericamente, é todo o fato da realidade fenomênica, ou seja, do mundo social, econômico, político, religioso e assim por diante, que, em sendo abstratamente previsto por uma norma jurídica, ao ocorrer no plano do ser, em virtude da incidência dessa última recebe a sua qualificação pelo sistema normativo, ingressando no plano do dever ser e configurando-se, assim, como uma realidade jurídica apta (se preenchidos os requisitos de validade preestabelecidos) a nele subsistir e produzir os efeitos previstos e desejados.

Para fins de compreensão deste trabalho, entende-se que os “atos da administração” estão incluídos entre os fatos jurídicos genericamente considerados. Tais atos reúnem dois requisitos de existência: um deles é o fato de serem praticados

pela Administração (requisito subjetivo) e o outro está relacionado à produção de efeitos jurídico-normativos (requisito objetivo). Reunidos esses dois requisitos, tem-se um ato da administração.

Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2013, p. 198), os atos da administração constituem um gênero e abarcam os atos de direito privado; os atos materiais da administração; os atos de conhecimento, opinião, juízo ou valor; os contratos; atos normativos; os atos políticos e os atos administrativos propriamente ditos.

No entendimento de Celso Antônio Bandeira de Mello (2014, p. 387-388), a Administração pratica diversos tipos de atos que não devem ser considerados como atos administrativos propriamente ditos, embora sejam atos da administração, tais quais os atos regidos pelo direito privado (como a locação de um imóvel), os atos materiais (como o ato de ministrar uma aula) e os atos políticos ou de governo.

Os atos administrativos são a espécie mais conhecida do gênero de atos da administração, motivo pelo qual recebem da doutrina os mais densos estudos. Conceituá-los é indispensável para a tarefa de compreender sua natureza e distingui-los das demais espécies, notadamente dos atos políticos, que serão examinados a seguir.

De acordo com Diogenes Gasparini (2008, p. 61), o ato administrativo pode ser definido como toda prescrição unilateral do Estado ou de quem lhe faça as vezes, no exercício de prerrogativas públicas, tendente à produção de efeitos jurídicos, desde que realizado “na conformidade ou na compatibilidade da lei, sob o fundamento de cumprir finalidades assinaladas no sistema normativo” e esteja submetido ao controle judicial.

Merece destaque o fato de que o ato administrativo, além de dever ser lícito (conforme a lei), dever ser moral (conforme padrões éticos). Logo, não satisfaz ao Direito um ato administrativo que simplesmente obedeça a letra fria da lei, sendo possível cobrar dos administradores públicos uma adequação dos seus atos aos requisitos mínimos de moralidade exigidos pela sociedade no trato para com a coisa pública.

Em outras palavras, Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2013, p. 204) define ato administrativo como “declaração do Estado ou de quem o represente, que produz efeitos jurídicos imediatos, com observância da lei, sob regime jurídico de direito público e sujeita a controle pelo Poder Judiciário”.

Nos dizeres de Celso Antônio Bandeira de Mello (2014, p. 389), o ato administrativo pode ser conceituado como uma declaração do Estado ou de quem lhe faça as vezes, “no exercício de prerrogativas públicas, manifestada mediante providências jurídicas complementares da lei a título de lhe dar cumprimento e sujeitas a controle de legitimidade por órgão jurisdicional”.

Ato administrativo, assim, é a espécie de ato da administração em que o Estado manifesta sua vontade através de seus órgãos, produzindo efeitos jurídicos em relação a quem com ele se relaciona, assegurada a aplicação da supremacia do interesse público e do regime jurídico de direito público.

Diante disso, cabe dizer que todo ato administrativo é um ato da administração, entretanto, nem todo ato da administração é um ato administrativo. E, entre o grande gênero dos atos da administração, há um em especial a que se dedica este estudo, qual seja: o ato político.

4. Dos atos políticos

Compreendida a diferença entre ato da administração e ato administrativo e visto que nem todo ato da administração é um ato administrativo, chega-se ao ponto de analisar o enquadramento dos atos políticos na teoria dos atos da administração.

Antes de mais nada, é preciso distinguir a função administrativa da função política, com vistas a saber a qual delas os atos políticos encontram-se submetidos e, por via de consequência, descobrir a qual regime jurídico estarão subordinados. Nesse sentido está a lição de Celso Antônio Bandeira de Mello (2014, p. 36-37) ao comentar sobre os atos de governo no ordenamento jurídico brasileiro:

A função administrativa, ao contrário dos atos citados, volta-se, conforme a caracterização que lhe deram os autores adeptos deste critério, para a gestão concreta, prática, direta, imediata e, portanto, de certo modo, rotineira dos assuntos da Sociedade, os quais, bem por isto, se acomodam muito confortavelmente dentro de um quadro legal precisamente. *In caso*, diversamente, estão em pauta atos de superior gestão da vida estatal ou de enfrentamento de contingências extremas que pressupõem, acima de tudo, decisões eminentemente políticas.

José Afonso da Silva (2014, p. 109) esclarece que os atos provenientes do Estado podem ser administrativos (dependentes) ou constitucionais (supremos), a depender da intensidade de controle jurídico a que estão submetidos, pois os primeiros, de natureza administrativa, estão em plano hierárquico inferior, enquanto os segundos refletem o exercício do poder político.

Seguindo a mesma visão doutrinária, José dos Santos Carvalho Filho (2005, p. 04) ressalta que a função política é caracterizada pela ausência de subordinação direta, ao contrário da função administrativa, que está sempre submetida a regras jurídicas superiores. Consoante Celso Antônio Bandeira de Mello (2014, p. 388), tais atos são praticados com alta margem de discricionariedade, em obediência à Constituição e no exercício de função eminentemente política.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2013, p. 52) destaca a ausência de separação precisa entre as funções administrativa e política, as quais não se diferenciam do ponto de vista material, eis que em ambas há aplicação concreta da lei. Todavia, a autora identifica alguns traços peculiares à função política, tais como o fato de abrangerem

atribuições que decorrem diretamente da Constituição e dizerem respeito mais a assuntos ligados à sociedade e à nação do que a interesses individuais.

A despeito dessa diferenciação, há pelo menos três entendimentos doutrinários divergentes no que tange à natureza jurídica dos atos de governo. O primeiro coloca-os como espécies do gênero dos atos da administração. O segundo compreende os atos políticos como atos administrativos propriamente ditos, sendo identificados pela presença dos seus elementos caracterizadores: objeto, competência, forma, motivo e finalidade. Já o último aduz que tais atos devem ser alocados na categoria de função política e não administrativa, por estarem submetidos a particularidades tão relevantes que os submetem a um regime jurídico diferenciado dos demais.

Aqueles que consideram os atos de governo como espécies de atos da administração⁵ defendem que os atos políticos, embora não devam ser entendidos especificamente como atos administrativos, são atos da administração (em sentido geral), uma vez que dela são provenientes e estão submetidos a controle judicial, assim como suas demais espécies. Embora sejam condizentes com o exercício da função política, não há motivos suficientes para enxergá-los como pertencentes a uma categoria diferenciada, devendo ser considerados atos da administração. Nesses termos, está a lição de Celso Antônio Bandeira de Mello (2014, p. 388):

Por corresponderem ao exercício de função política e não administrativa, não há interesse em qualificá-los como atos administrativos, já que sua disciplina é peculiar. Inobstante também sejam controláveis pelo Poder Judiciário, são praticados de modo amplamente discricionário, além de serem expedidos em nível imediatamente infraconstitucional – ao invés de infralegal –, o que lhes confere fisionomia própria.

De outro lado, Diógenes Gasparini (2008, p. 59-60) entende os atos de governo como atos administrativos. Segundo suas lições, inobstante calcados diretamente na Constituição, os atos políticos, no ordenamento jurídico brasileiro, devem ser considerados como atos administrativos e obedecer ao regime jurídico que lhes é aplicado. Isso pela razão de serem tais atos submetidos ao controle judicial, o que não aconteceria com os verdadeiros atos de governo (ligados tão somente à função política), os quais, segundo ele, não existem na ordem constitucional brasileira. O administrativista exclui da categoria de atos administrativos os atos materiais e os atos regidos pelo direito privado e insere em tal categoria os atos políticos ou de governo, juntamente com aqueles atos praticados pelo Legislativo e pelo Judiciário no exercício de função administrativa, ou seja, aqueles atos que não dizem respeito às suas funções institucionais.

⁵ À guisa de exemplo, são citados os administrativistas Celso Antônio Bandeira de Mello e Maria Sylvia Zanella Di Pietro.

Noutro giro, doutrinadores como José dos Santos Carvalho Filho e Hely Lopes Meirelles defendem a ideia de que os atos políticos não se enquadram em qualquer espécie de ato da administração, uma vez que assumem contornos próprios e estão diretamente ligados à função política do Estado, inexistindo razão para conformá-los à lógica administrativa.

Para essa corrente doutrinária, os atos de governo estão fora dos limites aplicados aos atos da administração. Enquanto estes sempre se originam da lei e sempre se subordinam a ela, aqueles recebem maior liberdade de ação por parte do ordenamento jurídico. Nas palavras de José dos Santos Carvalho Filho (2005, p. 922), vale ressaltar:

Esses atos não são propriamente administrativos, mas atos de governo. Seu fundamento se encontra na Constituição, e por tal motivo não têm parâmetros prévios de controle. Por outro lado, são esses os atos que permitem a condução das políticas, das diretrizes e das estratégias do Governo. Ausentes quaisquer *standards* predeterminados para limitá-los, os atos políticos comportam maior discricionariedade para os governantes, facultando-lhes a todo o tempo um leque aberto de possibilidades de ação, sendo todas legítimas. [...] São considerados atos políticos, porque seus motivos residem na esfera exclusiva da autoridade competente para praticá-los.

Com a devida *venia*, o cerne da divergência aparenta ser mais conceitual do que prático. Isso porque, conquanto para alguns doutrinadores os verdadeiros atos políticos não se submetam a controle judicial, todos concordam que, no âmbito normativo constitucional brasileiro, não há que se falar em atos insuscetíveis de controle. Assim, seja o ato de governo visto como uma espécie própria de ato da administração, como ato administrativo ou como ato eminentemente político, de qualquer forma, é possível ao Judiciário exercer controle sobre eles, como será visto a seguir.

Apesar da polêmica doutrinária, prevalece o entendimento de que os atos políticos são espécies de atos da administração, motivo pelo qual esta linha doutrinária é igualmente adotada neste artigo. Os atos de governo reúnem características peculiares que os diferem dos atos administrativos propriamente ditos e também das demais espécies de atos da administração, tais como os atos de direito privado, os atos materiais da administração, os contratos e os atos normativos.

Em resumo, os atos políticos não podem ser vistos como simples atos administrativos, visto que possuem nítidos contornos de função política, pela esfera de atribuições oriundas da própria Constituição Federal, com elevada discricionariedade e ausência de controle judicial direto. Da mesma forma, não parece adequado reputá-los como atos eminentemente políticos, notadamente no bojo da ordem constitucional

brasileira, da qual se extrai a possibilidade de controle judicial para quaisquer atos da administração, sendo assaz incongruente, no Estado de Direito, a existência de atos insuscetíveis de revisão jurisdicional.

Assim, verificada a natureza *sui generis* dos atos de governo, eis que enquadrados na categoria de atos da administração, todavia, com elementos marcantes que lhes atribuem essência eminentemente política, resta buscar uma definição precisa para o que deve ser compreendido como tal. Para isso, utiliza-se a respeitada doutrina de Hely Lopes Meirelles (1997, p. 579):

Atos políticos são os que, praticados por agentes do Governo, no uso de competência constitucional, se fundam na ampla liberdade de apreciação da conveniência ou oportunidade de sua realização, sem se aterem a critérios jurídicos preestabelecidos. São atos governamentais por excelência e não apenas de administração. São atos de condução dos negócios públicos e não simplesmente de execução de serviços públicos.

Como exemplos de atos políticos podem ser citadas as declarações de guerra, de estado de emergência e de estado de sítio, a intervenção federal, as manifestações de sanção e veto, a designação de uma Comissão Parlamentar de Inquérito, a nomeação de um Ministro de Estado etc.

Revela-se, assim, um caráter verdadeiramente governamental desses atos e não apenas uma função administrativa. A bem da verdade, quem pratica um desses atos políticos é quem exerce função de alta governança (atuando em órgãos de cúpula) e não simplesmente quem administra, exercendo suas funções nos patamares mais elementares da máquina pública estatal.

5. Da possibilidade de controle judicial sobre atos políticos

Chega-se, então, à questão básica discutida neste artigo: os atos políticos estão sujeitos a controle judicial no âmbito da ordem constitucional brasileira? Se sim, em qual medida? Partindo do pressuposto de que os atos de governo são considerados um tipo *sui generis* dos atos da administração – intimamente ligados à função política do Estado e submetidos a controle constitucional e não legal – resta saber se o ordenamento jurídico brasileiro compatibiliza-se com o controle jurisdicional desses atos e, em caso afirmativo, sob quais fundamentos e mediante quais limites de atuação.

Antes de responder tais questionamentos, importa salientar, consoante lição de Celso Antônio Bandeira de Mello (2014, p. 37), que em vários países europeus sustenta-se a ideia de que os atos de governo são infensos ao controle jurisdicional, como uma espécie de resquício do absolutismo monárquico.

No estudo do direito comparado, observam-se sistemas constitucionais nos quais o regime jurídico veda a “sindicabilidade” dos atos de governo, não cabendo quaisquer questionamentos ou revisões por parte do Poder Judiciário nem mesmo nas ocasiões em que determinados atos políticos chegam a causar lesão ou prejuízo a algum jurisdicionado.

Em terras brasileiras, Diogenes Gasparini (2008, p. 60) lembra que as constituições de 1934 (artigo 68) e 1937 (artigo 94) proibiam à função Judiciária conhecer de questões exclusivamente políticas. Entretanto, tais disposições foram superadas e não mais se compatibilizam com a ordem jurídica vigente. Conforme têm decidido os tribunais, independentemente da natureza do ato da administração, é legítima sua apreciação pelo Poder Judiciário.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2013, p. 52) faz distinção entre os atos quase políticos (que dizem respeito a interesses superiores do Governo, mas acabam afetando direitos individuais) e atos exclusivamente políticos (que não afetam direitos individuais), entendendo que a impossibilidade de controle jurisdicional persiste apenas em relação aos últimos. Mesmo com o silêncio do constituinte de 1988, que não se pronunciou expressamente como nas Cartas de 1934 e 1937, esclarece a jurista que caberá apreciação pelo Poder Judiciário nas hipóteses em que os atos políticos causarem prejuízos a direitos individuais ou a interesses difusos, protegidos por ação popular ou ação civil pública.

Hely Lopes Meirelles (1997, p. 580) salienta dispositivo da Constituição Federal segundo o qual não se pode excluir da apreciação do Poder Judiciário nenhuma lesão ou ameaça a direito (artigo 5º, XXXV). Assim, o administrativista ensina que qualquer ato do Poder Público, quando eivado de inconstitucionalidade ou causador de lesão a direito individual ou coletivo, poderá ser apreciado judicialmente. Acrescenta ainda: “não basta a simples alegação de que se trata de ato político para tolher o controle judicial, pois será sempre necessário que a própria Justiça verifique a natureza do ato e suas consequências perante o direito individual do postulante”. O que se veda ao Poder Judiciário é a interferência indevida em aspectos de mérito administrativo, como modificações de conteúdo ou valorações de motivo.

De tal modo, deve ser reconhecida a possibilidade de um controle jurídico especial em relação aos atos políticos. Todavia, é necessário atentar-se ao fato de que controle especial não significa ausência de controle. Em um regime republicano e democrático como o brasileiro não podem existir atos insuscetíveis de apreciação judicial, porque nenhum poder é absoluto e nenhum poder é tão elevado a ponto de ficar acima dos limites estabelecidos pela própria Constituição Federal.

Por isso, Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2013, p. 219) aduz que os poderes exercidos pelo administrador público são limitados pelo ordenamento jurídico vigente, ficando constatado o vício da ilegalidade sempre que as atribuições ou competências ultrapassarem as balizas estabelecidas pelo Direito. Diogenes Gasparini (2008, p. 119), igualmente, argumenta que quaisquer comportamentos da Administração Pública,

não importando qual seja a natureza jurídica do ato, estão sujeitos ao controle judicial como decorrência natural do Estado de Direito.

Outrossim, José dos Santos Carvalho Filho (2005, p. 917) lembra da importância do controle judicial para a preservação do rol de direitos e garantias fundamentais estabelecidos constitucionalmente. O Judiciário, como função equidistante dos interesses das pessoas envolvidas, assume a finalidade exclusiva de assegurar o respeito à Constituição e manter a legitimidade da ordem jurídica vigente.

Luís Roberto Barroso (2005, p. 51) ressalta a competência do Poder Judiciário de resguardar o processo democrático, promover valores constitucionais e assegurar a estabilidade institucional, atuando de maneira adequada e eficaz, sem abusos e sem decisões proferidas por meras preferências políticas. Ademais, Celso Antônio Bandeira de Mello (2014, p. 996-997) sustenta o mister jurisdicional de rechaçar comportamentos administrativos ilegítimos (que atentem contra a ordem jurídica), extirpando do ambiente administrativo as atitudes que desbordem dos limites jurídicos da discricionariedade.

É por isso que se atribui à função jurisdicional a competência de controlar os diversos atos da administração, inclusive os políticos. Afinal, há de ser coibida a atuação da Administração Pública no sentido de utilizar os atos de governo como subterfúgio para a prática de ilícitudes. Não pode o administrador se esconder sob o manto da maior discricionariedade conferida à sua atuação política para alcançar finalidades escusas, contrárias ao interesse público e violadoras de princípios constitucionais.

Vale dizer: não há espaço, em um Estado de Direito, democrático e republicano, para condutas perniciosas, que busquem a satisfação de interesses privados em detrimento das finalidades públicas que deveriam orientá-las. O Poder Judiciário deve prestar atenção em comportamentos com aparência de legitimidade, escondidos sob estratégias que procuram utilizar as margens legais, tais como a discricionariedade e o caráter político dos atos, para alcançarem seus reprováveis desideratos.

Como salienta Alexandre Mazza (2014, p. 716), os atos de governo, a despeito de estarem sujeitos a um tratamento especial na ordem constitucional brasileira, não se sujeitando ao controle ordinário dos atos administrativos, também devem ficar sujeitos ao controle judicial.

Acontece que, no campo específico dos atos políticos, diante da peculiaridade de maior liberdade (discricionariedade) do administrador, convém estabelecer duas premissas básicas. A primeira: o Judiciário não pode ser confundido com o administrador político, interferindo em suas escolhas governamentais e escolhendo o que lhe parece melhor tão somente por um prisma subjetivo, pois as decisões de mérito são administrativas e não judiciais. A segunda: o administrador não pode beneficiar-se do amplo espectro de escolhas que a lei lhe oferece para agir em descompasso com a moralidade, a razoabilidade e a finalidade pública.

Esta é a difícil tarefa do Judiciário ao se debruçar sobre casos práticos de controle dos atos políticos: conseguir reconhecer elementos do abuso de poder

capazes de fundamentar racionalmente a revisão ou a anulação de atos ilegítimos. Bem lembra Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2013, p. 227) ao destacar a diferença de atos facilmente identificáveis como abusivos e atos de conteúdo duvidoso:

Existem situações extremas em que não há dúvida possível, pois qualquer pessoa normal, diante das mesmas circunstâncias, resolveria que elas são certas ou erradas, justas ou injustas, morais ou imorais, contrárias ou favoráveis ao interesse público; e existe uma zona intermediária, cinzenta, em que essa definição é imprecisa e dentro da qual a decisão será discricionária, colocando-se fora do alcance do Poder Judiciário.

De acordo com Hely Lopes Meirelles (1997, p. 578), o controle judicial envolve a aferição dos aspectos de legalidade e legitimidade do ato, contudo, veda-se ao Judiciário o pronunciamento sobre o mérito administrativo, ou seja, valorar a conveniência, a oportunidade, a eficiência ou a justiça do ato, pois assim ele estaria imiscuindo-se em função tipicamente administrativa, a qual não lhe compete. Em semelhante sentido, Maria Cuervo Silva e Vaz Cerquinho (1979, p. 52) obtempera que o controle judicial se resume à verificação da legitimidade do ato, escapando dele o exame de conteúdos extrajurídicos.

Nas palavras de José dos Santos Carvalho Filho (2005, p. 922), “a especificidade do controle reside na circunstância de que o Judiciário não pode exercer seu controle sobre os critérios governamentais que conduzem à edição dos atos políticos”, ou seja, entre as várias alternativas – lícitas – de atuação, não é função do Judiciário exercer uma escolha que cabe ao administrador público, pois essa função política é própria do exercício da governança e não da jurisdição.

Indubitável, por conseguinte, que os atos políticos executados na ordem constitucional brasileira, como espécies de atos da administração pública, estão sujeitos ao controle jurisdicional. Resta esclarecer em quais hipóteses e sob que circunstâncias o Poder Judiciário poderá exercer sua apreciação.

6. Abuso de poder: hipóteses de cabimento do controle judicial sobre atos políticos

O controle judicial sobre atos de governo consiste na atribuição funcional conferida constitucionalmente ao Judiciário para examinar e anular ações administrativas contrárias à moralidade, à razoabilidade ou à finalidade pública, tendo em vista que tais atos, embora possam originar-se de atividade política, não se coadunam com a legitimidade constitucional que lhes dá o suporte de existência e validade, pois são praticados com abuso de poder.

O que justifica o controle judicial nos atos da administração, portanto, é a ocorrência do abuso de poder, figura que se divide em duas espécies, a saber, o excesso de poder (quando o agente ultrapassa os limites de sua competência) e o desvio de finalidade (quando o sujeito, embora competente, desvia o ato de suas finalidades legítimas).

Segundo José dos Santos Carvalho Filho (2005, p. 36-37), o excesso de poder é a forma de abuso característica do agente que atua fora dos limites de sua competência administrativa, enquanto o desvio de poder é a modalidade em que o agente procura obter com o ato finalidades diversas daquilo que a lei permite. Dessa forma, ambas as espécies de abuso de poder configuram patente ilegalidade.

Diante da doutrina de Hely Lopes Meirelles (1997, p. 98), verifica-se que o excesso de poder ocorre quando uma autoridade, competente para praticar o ato, vai além do permitido, excedendo sua competência legal. A consequência de tal atitude deve ser a invalidação do ato, porque ninguém pode atuar, em nome da Administração, além do que permite a lei. Já o desvio de finalidade acontece quando a autoridade, a despeito de atuar dentro dos limites de sua competência, pratica ato por motivos ou fins diversos daqueles previstos em lei ou exigidos pelo interesse público, em “violação ideológica” à lei, com o uso de meios imorais para embasarem um ato aparentemente legal.

Diante das dificuldades do Estado em controlar a legitimidade dos atos de governo, os princípios constitucionais surgem como instrumentos eficazes e idôneos à apreciação da compatibilidade desses atos políticos com a ordem constitucional. Afinal, no Estado de Direito, tais enunciados adquirem força normativa e passam a ser um norte interpretativo para a atuação jurisdicional. Por isso Konrad Hesse (1991, p. 14) alega que a Constituição Federal não deve ser vista como simples carta política ou como documento sem valor normativo, de conteúdo meramente programático. Ao contrário, defende que a norma constitucional não possui vigência distinta e independente da realidade, porquanto “sua essência reside na sua vigência, ou seja, a situação por ela regulada pretende ser concretizada na realidade”.

Segundo Luís Roberto Barroso (2005, p. 40), os princípios da moralidade e da razoabilidade irradiam seus valores por todo o ordenamento jurídico e permitem o controle da discricionariedade administrativa. O exame de moralidade em relação aos atos de governo tem embasamento no texto constitucional (artigo 37), bem como no clamor social em prol da valorização de preceitos éticos no trato da coisa pública, sendo de inquestionável valia para o controle dos atos políticos.

O desvio de poder passou a ser visto como hipótese de ilegalidade justamente para possibilitar o exame da moralidade em sede de controle judicial. O Direito ampliou seu âmbito de atuação, passando a cuidar de questões antes restritas ao campo da moral, uma vez que a moralidade se tornou intrinsecamente relacionada à legalidade administrativa. Isso porque, conforme José dos Santos Carvalho Filho (2005, p. 16):

O princípio da moralidade impõe que o administrador público não dispense os preceitos éticos que devem estar presentes em sua conduta. Deve não só averiguar os critérios de conveniência, oportunidade e justiça em suas ações, mas também distinguir o que é honesto do que é desonesto. Acrescentamos que tal forma de conduta deve existir não somente nas relações entre a Administração e os administrados em geral, como também internamente, ou seja, na relação entre a Administração e os agentes públicos que a integram.

Nos termos do magistério de Celso Antônio Bandeira de Mello (2014, p. 122), agir segundo a moralidade significa atuar conformidade com preceitos éticos, de modo que a violação de tais imperativos morais implique violação ao próprio Direito, cabendo anulação das respectivas condutas ilícitas.

Evidentemente, não compete ao magistrado, no exercício de controle judicial dos atos da administração, notadamente aqueles de conteúdo político, substituir os valores morais do administrador público pela sua ideia subjetiva de moralidade; o que se deve fazer, de acordo com Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2013, p. 227), é decidir pela anulação daqueles atos que, com base em padrões do homem médio, atentem manifestamente contra os preceitos éticos da sociedade.

Assim surge a importância do princípio da razoabilidade⁶ para o exame de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito das condutas administrativas questionadas e das decisões judiciais de controle.

Defensor da razoabilidade como instrumento de limitação da discricionariedade administrativa, José dos Santos Carvalho Filho (2005, p. 27) aduz que o princípio da proporcionalidade tem por fundamento o excesso de poder, assumindo a finalidade de proteger a Administração de decisões inadequadas, pois o que se espera do Poder Público são atitudes equilibradas e sem excessos, ou seja, proporcionalmente destinadas à consecução dos fins públicos perquiridos.

Diogenes Gasparini (2008, p. 24-25) ressalta que a lei, quando confere discricionariedade ao administrador, não a concede em absoluto, pois pesa sobre ele o encargo de agir conforme a melhor providência para o interesse público. Aliás, não sendo bastante a compatibilidade meramente formal com a letra da lei, exige-se do agente público um proceder sensato, coerente e razoável, mesmo no exercício de competência discricionária.

Igualmente, consoante lição de Celso Antônio Bandeira de Mello (2014, p. 111-112), ressalta-se que uma conduta administrativa desarrazoada não pode ser compatível com a lei, porquanto haverá, no caso concreto, nítida violação ao princípio da finalidade. Ao atuar justificado pela conveniência e pela oportunidade,

⁶ Adota-se aqui, como faz boa parte da doutrina administrativa, o entendimento de que a razoabilidade é o gênero do qual são espécies a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito.

o administrador público deve observar padrões racionais próprios de uma conduta equilibrada, pois são incoerentes, ilegítimas e invalidáveis (carecedoras de anulação) as atuações “desarrazoadas, bizarras, incoerentes ou praticadas com desconsideração às situações e circunstâncias que seriam atendidas por quem tivesse atributos normais de prudência, sensatez e disposição de acatamento às finalidades da lei”.

Observa-se, então, que os princípios da moralidade e da razoabilidade são vetores de inquestionável relevância para o controle judicial dos atos de governo. Logo, havendo razões e fundamentos imorais ou desarrazoados nas condutas administrativas, será cabível o controle judicial, tanto sobre os atos administrativos propriamente ditos (em relação aos quais não resta dúvida) quanto sobre os atos de governo, que não podem assumir feições de poderes ilimitados e absolutos, devendo estar sujeitos ao regime jurídico constitucional democrático e republicano vigente no Estado brasileiro.

Assim como citado anteriormente, além dos princípios da moralidade e da razoabilidade, outro elemento de grande valia para o exame do abuso de poder nos atos políticos é a finalidade. Todo agir da Administração deve ser voltado para a satisfação dos interesses da coletividade, através da consecução de finalidades públicas. Assim, quaisquer atos que se desviem de tal preceito devem ser extirpados da ordem administrativa, como aqueles praticados com o objetivo de fraudar a lei ou desvirtuar a ordem constitucional, buscando interesses escusos e finalidades meramente privadas, rechaçadas pelo Direito.

Conforme Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2013, p. 217-218), a finalidade deve ser vista em dois sentidos, quais sejam: um amplo e outro restrito. Pelo primeiro, o elemento corresponde à prática de ato com finalidade pública, com vistas ao atendimento de interesse público. Pelo segundo, finalidade é a consequência específica de determinado ato, ou seja, o objeto que se pretende atingir e que decorre sempre da lei, de forma explícita ou implícita.

Diogenes Gasparini (2008, p. 64), falando especificamente sobre os atos administrativos, salienta a impossibilidade jurídica de um ato desprovido de finalidade pública, pois eles devem ser praticados tão somente para atingir um fim de interesse público, no interesse coletivo. No mesmo sentido, José dos Santos Carvalho Filho (2005, p. 114) destaca que a finalidade é o elemento voltado ao interesse público, eis que o fim público deve atentar-se sempre para o bem comum e para os interesses da comunidade.

Outrossim, José Cretella Júnior (1978, p. 39) leciona que a consagração do elemento “finalidade” como integrante do ato administrativo representa uma das maiores conquistas do Direito Público moderno, colaborando para a eliminação do “conceito autoritário de governo”. Afinal, a finalidade de qualquer ato público é atender o interesse coletivo, motivo pelo qual se pode afirmar: se a lei previu a prática de determinado ato para atingir um fim específico e o sujeito competente pela sua realização o executa com fim diverso, há violação da intenção do legislador, contrariando-se sua vontade. Nem mesmo importa se a atividade desempenhada foi lícita ou ilícita, pois o ato já é inválido simplesmente por contrariar a prescrição normativa.

Destarte, embora o desvio de finalidade seja normalmente abordado no campo específico dos atos administrativos, é indubitável a aplicação dos seus preceitos a todos os atos da administração, em sentido genérico. Ora, o abuso de poder, para além das hipóteses de vícios quanto aos aspectos de moralidade e razoabilidade, deve ser observado também em relação aos atos de governo manchados pelo desvio de finalidade.

Sendo a finalidade pública o objetivo e a causa de todos os atos da administração, relaciona-se a ela o princípio da impessoalidade (artigo 37, *caput*, Constituição Federal), uma vez que agir visando ao interesse coletivo significa colocar os anseios do povo à frente das vantagens que poderiam advir de atuações personalistas. O administrador público é impessoal quando desenvolve suas condutas sem se importar com interesses privados, dele próprios ou de terceiros, pois a essência de suas funções é o Poder que lhe foi dado pelo povo, em nome de quem deve atuar.

Nas palavras de Diogenes Gasparini (2008, p. 09), impessoalidade por parte da Administração Pública quer dizer uma atuação destinada a todos os administrados, de maneira indistinta e indiscriminada, para que se quebre o costume pernicioso de atendimento dos interessados segundo algum prestígio, pela dívida de alguma obrigação ou por troca de favores.

É sempre oportuno o conceito de princípio da impessoalidade formulado por Celso Antônio Bandeira de Mello (2014, p. 117), do qual se extrai a ideia de tratar a todos sem “discriminações, benéficas ou detrimetosas”, “favoritismo ou perseguições”, “simpatias ou animosidades pessoais, políticas ou ideológicas”, bem como “interesses sectários, de facções ou grupos de qualquer espécie”.

Justamente por isso José dos Santos Carvalho Filho (2005, p. 15) obtempera que a construção da ideia de impessoalidade faz nascer a lógica inseparável do tratamento isonômico, levando a Administração a atender igualmente os administrados que se encontram na mesma situação jurídica. Além disso, para alcançar a verdadeira impessoalidade, o administrador deve ter em mente o interesse público, vedando-se a concessão de privilégios injustificados a alguns indivíduos em detrimento de outros.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2013, p. 226) aduz que o desvio de finalidade (ou desvio de poder) acontece quando a autoridade atinge fim diverso do previsto em lei através da utilização de sua competência discricionária. Nesses casos, como tem sustentado doutrina e jurisprudência pátrias, o Judiciário fica autorizado a decretar a nulidade do ato da administração perpetrado com desvio de finalidade.

Para José Cretella Júnior (1978, p. 50), o desvio de finalidade possibilita ao Judiciário sancionar atos que, a despeito de respeitarem a letra fria da lei, violam o próprio espírito da lei. A propósito, qualquer violação ao espírito da lei constitui também violação à lei, constituindo-se em mais uma hipótese de ilegalidade.

Em seu trabalho sobre o desvio de poder no ato administrativo, Maria Cuervo Silva e Vaz Cerquinho (1979, p. 81) lembra que a finalidade pública antecede o poder dado à autoridade administrativa, pois o fim é a justificativa do poder. Partindo desse

pressuposto a autora classifica as formas de desvio de finalidade em três modalidades: (I) a primeira resulta da busca de um fim de interesse privado; (II) a segunda advém da realização de um fim de interesse público alheio à competência do agente; (III) e a terceira surge da satisfação de um interesse público específico à competência do administrador, porém, incompatível com o conteúdo do ato.

Sobre a intenção do agente, urge salientar, consoante lição de Celso Antônio Bandeira de Mello (2014, p. 411), que nem sempre há um “móvel”, ou seja, uma intenção inadequada no psiquismo do administrador. O sujeito responsável pelo ato pode muito bem pensar que sua atitude estava de acordo com o Direito e atendia plenamente as regras de competência, entretanto, o que deve ter peso fundamental na análise jurídica é saber se o ato atingiu ou não a finalidade pública justificadora da ação administrativa.

Por isso Maria Cuervo Silva e Vaz Cerquinho (1979, p. 95) defende a possibilidade de decretação da nulidade do ato mesmo quando não for possível ao Judiciário penetrar na real intenção do agente e dela extrair o que consta do psiquismo de quem o praticou, por considerar suficiente a verificação de desconformidade do ato em relação à finalidade assinalada pela lei. Aliás, José dos Santos Carvalho Filho (2005, p. 36) aduz que o desvio de finalidade, por tratar-se de um vício próprio dos atos marcados pela competência discricionária, carrega em si uma peculiar dificuldade na obtenção de provas do ilícito, mormente por causa da ilegalidade dissimulada em “aparência de perfeita legalidade”.

É o caso dos atos políticos, marcados pela alta discricionariade das decisões de conteúdo governamental. Neles, o abuso de poder pode ser fortemente dissimulado, tomado em reuniões obscuras, na maioria das vezes sem deixar vestígio algum da ilegitimidade. Segundo José Cretella Júnior (1968, p. 31-32), tais atos aparecem ocultos sob a máscara da legalidade, sendo normalmente perpetrados por agentes experientes e sagazes, que utilizam os recursos e os benefícios da posição que ocupam.

Aliás, como destaca Rafael Munhoz Mello (2002, p. 59-61), “quanto mais grave for o desvio, mais dissimulado será o agente”. Daí dizer que exigir provas cabais e irrefutáveis da ocorrência do desvio pode resultar no esvaziamento do controle judicial, ficando o instituto sem nenhuma relevância prática para a garantia da moralidade administrativa. Desse modo, a doutrina administrativa tem asseverado a suficiência de indícios para a prova do desvio de finalidade.

Acerca das estratégias que podem ser utilizadas pelo Judiciário no exame dos atos políticos perpetrados com desvio de finalidade, preciosas são as palavras do jurista Rafael Munhoz de Mello (2002, p. 62):

Os indícios podem ser os mais variados. Podem ser citados os seguintes: a ilogicidade do ato, a irrazoabilidade, a desproporcionalidade, o rompimento de uma cadeia de atos habitualmente editados pela Administração Pública, a contradição

e insuficiência da motivação etc. Deve-se mencionar ainda a quebra da isonomia, indício dos mais contundentes da ocorrência do desvio de finalidade. Se o ato administrativo nega algo que a outros interessados, nas mesmas circunstâncias, é conferido, muito provavelmente é editado com finalidade vedada pela lei, qual seja, a de discriminar.

Igualmente, como lembra José dos Santos Carvalho Filho (2005, p. 39), deve ser sopesado o fato de a autoridade competente pela prática de ato abusivo normalmente não permitir – ou prejudicar – o exame dos fundamentos de fato e de direito que levaram à prática do ato ou à tomada de determinada decisão. Nessas circunstâncias, haverá pelo menos uma elevada suspeita da utilização inadequada da discricionariedade administrativa para subsidiar provável desvio de finalidade.

Hely Lopes Meirelles (1997, p. 99) ratifica tal posicionamento ao dizer que o ato praticado em desvio de finalidade, tal qual acontece com outras condutas ilícitas ou imorais, concretiza-se às escondidas, disfarçado com o manto da aparência de legalidade e de satisfação do interesse público. Dessa forma, a ilegitimidade deverá ser identificada por indícios e circunstâncias reveladoras.

Sendo assim, com base no raciocínio construído, verifica-se que o abuso de poder, concretizado sob a forma de violação aos princípios da moralidade, da razoabilidade ou da finalidade pública, é plenamente capaz de justificar a nulidade de atos políticos. Isso porque são inadmissíveis, em um Estado de Direito – por ofensa aos primados da democracia, da república e da separação das funções estatais –, atos de governo perpetrados em desconformidade com a finalidade coletiva, que deve ser sempre fundamentada e orientada pelos princípios da moralidade e da razoabilidade.

7. Considerações finais

O Estado brasileiro constitui-se em ordem jurídica democrática e republicana, cujas balizas fundamentais são extraídas da ideologia constitucional sustentada pelo Direito. Vigem, portanto, um Estado de Direito democrático e republicano, tendo em vista que o poder estatal emana do povo, em prol do interesse público e sob as diretrizes do ordenamento jurídico constitucional.

Visto que o Estado adota como forma de governo a República, cujo significado mais literal é o de “coisa do povo”, tornam-se incompatíveis com tal essência quaisquer atos ou políticas que não utilizem o interesse público como finalidade primária. Ademais, em se tratando de um Estado Democrático e de Direito, a razão e o motivo de quaisquer condutas estatais devem estar vinculados ao poder popular, à lei e ao Direito.

Dessa forma, pode-se afirmar, sem sombra de dúvidas, que ninguém deve ser colocado acima da lei, pois todos são iguais perante a sua letra, sem distinções de qualquer espécie ou propósito (art. 5º da Constituição Federal). Tanto o cidadão representado quanto o político representante, bem como o Estado, estão sujeitos

às disposições estabelecidas pela ordem jurídica, fato que confere legitimidade e segurança a todos os participantes do sistema político e jurídico do país.

Isso significa que não resta espaço para o exercício de atribuições e competências de modo abusivo, seja pelo excesso de poder, seja pelo desvio de finalidade. Já se foi o tempo dos absurdos praticados sob a escusa da política absolutista, modelo em que um soberano, ao atribuir seu vasto poder à vontade de Deus, adotava as mais diversas estratégias de poder pelo próprio poder, sem mencionar os privilégios que o colocavam acima do restante das pessoas, as quais eram vistas como súditas inferiores, em flagrante confronto à ideia de justiça.

Hoje vivemos o tempo da igualdade, tanto formal (perante a lei) quanto material (diante das garantias de tratamento igualitário entre todos os cidadãos). A divisão das funções do Estado contribui para o seu fortalecimento enquanto instituição soberana e democrática, uma vez que o poder pertence ao povo, e não aos seus representantes, agentes públicos que atuam como executores da vontade estatal, que deve estar sempre pautada no interesse público e, por via de consequência, livre de pessoalidades, imoralidades, desvios, abusos e outros interesses escusos.

Esse é o sentido do constitucionalismo vigente no Estado brasileiro, qual seja: estabelecer limitações ao Poder Público e, ao mesmo tempo, conferir direitos e garantias fundamentais às pessoas que com ele se relacionam. Ignorar tal lógica seria uma ofensa aos primados da democracia, da república e da legalidade, conquistados ao longo da história brasileira com tanta luta e tanto esforço.

Considerando o sentido e a essência de tais alicerces, torna-se possível aplicar a lógica desse entendimento à existência e à validade de todos os atos da administração. Assim, é com base nos princípios da razoabilidade, da moralidade e da finalidade pública, normas extraídas dos fundamentos do Estado, que se afigura adequado o controle judicial sobre atos políticos perpetrados mediante abuso de poder.

Os atos de caráter político (atos de governo) também devem ser pautados no Direito. Afinal, seria um enorme contrassenso dizer que tais atos, dada a maior discricionariedade que lhes é atribuída, caminham um percurso diferente dos demais atos da administração. Não se pode aceitar que parte dos atos emanados do Estado esteja sujeita ao Direito e outra parte, apenas por ter caráter político, fique ao puro arbítrio do agente competente para sua criação. Isso contrariaria toda a essência democrática e republicana brasileira, pois seria o mesmo que colocar os agentes de poder acima da lei e do Direito, confundindo-se o público com o privado, a representação com a soberania, a república com a monarquia, o legal com o ilegal e até mesmo o justo com o injusto.

Destarte, nos casos do abuso de poder por parte de agentes políticos, configurado o desvio de finalidade, a imoralidade ou a falta de razoabilidade da conduta, nada impede que seja realizado o controle jurisdicional. Pelo contrário, a lógica republicana e democrática recomenda e ordena que se proceda ao mencionado

exame judicial, sob pena de ficarem esses atos maculados com vícios deletérios ao interesse público e à própria existência do Estado.

Evidentemente, o controle judicial de atos políticos jamais poderá alcançar o mérito do administrador, ou seja, a conveniência e a oportunidade. Isso porque o Poder Judiciário não pode imiscuir-se em funções que não lhe foram atribuídas pela Constituição. Se fosse assim, estaria sendo flagrantemente violada a independência harmônica entre as funções (art. 2º da Constituição Federal).

O que se defende é a possibilidade de controle judicial sobre atos políticos perpetrados mediante flagrante abuso de poder, em situações específicas e pontuais, nas quais reste comprovado o descompasso entre o ato da administração e as normas vigentes na ordem jurídica constitucional brasileira.

Referências bibliográficas

BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)*. Disponível em: http://www.luisrobertobarroso.com.br/wpcontent/themes/LRB/pdf/neoconstitucionalismo_e_constitucionalizacao_do_direito_pt.pdf. Acesso em 14/06/2019.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 12ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005.

CERQUINHO, Maria Cuervo Silva e Vaz. *O Desvio de Poder no Ato Administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Anulação do ato administrativo por "desvio de poder"*. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 91, p. 25-53, ago. 1968. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/31121/299> 2 5. Acesso em 16/08/2019.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 26ª ed. São Paulo: Atlas, 2013.

GASPARINI, Diogenes. *Direito Administrativo*. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

HOBBS, Thomas. *Leviatã ou Matéria, Forma e Poder de um Estado Eclesiástico e Civil*. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

LOCKE, John. *Segundo Tratado sobre o Governo Civil*. Disponível em: http://www.xr.pro.br/IF/LOCKE-Segundo_tratado_Sobre_O_Governo.pdf. Acesso em 27/06/2016 às 16h.

MAZZA, Alexandre. *Manual de Direito Administrativo*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros Editores, 1997.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

MELLO, Rafael Munhoz de. *Desvio de poder*. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 228, p. 31-66, abr. 2002. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/46522/44473>. Acesso em 16/08/2019.

MONTESQUIEU. *O Espírito das Leis*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

SILVA, Michel Mascarenhas. *A democracia moderna e o princípio republicano. Uma imbricação necessária para a proteção do interesse público*. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/19671/a-democracia-moderna-e-o-principio-republicano>. Acesso em 14/06/2019.