

ABUSO DE PODER

Sérgio Luiz Ribeiro de Souza,
Juiz de Direito do Tribunal de Justiça do Estado Rio de Janeiro

O abuso de poder é um instituto tratado em diferentes ramos do Direito brasileiro.

No âmbito do Direito Administrativo, é sabido que os poderes administrativos (poderes de polícia, hierárquico, regulamentar, disciplinar e, para alguns, vinculado e discricionário) são prerrogativas concedidas à Administração Pública para que esta, no exercício das funções que lhe são atribuídas pelas normas, alcance o atendimento do interesse público.

Não pode o administrador público renunciar à utilização de tais poderes. O interesse público é indisponível, e, caso seja necessário que o administrador se valha de tais poderes para cumprir sua função, deverá exercê-los, haja vista que os poderes administrativos constituem verdadeiros poderes-deveres.

O uso do poder é a utilização normal dessas prerrogativas, dentro da legalidade e da legitimidade, respeitados os princípios administrativos expressos e reconhecidos. Aqui, não há de se falar em ilegalidade de qualquer espécie.

Diferentemente, o abuso de poder é a conduta do administrador público evitada de ilegalidade, a qual pode se manifestar de diferentes maneiras. A uma, pela falta de competência legal; a duas, pelo não atendimento do interesse público; e, a três, pela omissão.

A doutrina trata o abuso de poder como gênero, dos quais são espécies o excesso de poder e o desvio de poder, ou desvio de finalidade.

1) DO EXCESSO DE PODER

No excesso de poder, o agente público atua sem competência, seja por sua total ausência, seja por extrapolar os limites da competência que lhe foi legalmente atribuída. O ato pode ser considerado válido até o limite em que não foi extrapolada a competência, exceto se o excesso o comprometa inteiramente.

O ato praticado com excesso de poder é manchado pela pecha da ilegalidade, em razão da existência de vício em um de seus elementos, qual seja, a competência. Resta saber se tal ato pode ser aproveitado, ou seja, se pode haver a correção do vício que o macula. Em se tratando de vício de incompetência, admite-se a sanatória ou convalidação do ato na forma da ratificação. O artigo 55 da Lei nº 9.784/99, que trata do processo administrativo em âmbito federal, prevê expressamente a possibilidade de convalidação, pela Administração, de atos eivados de defeitos sanáveis, desde que isso não gere lesão ao interesse público nem prejuízo a terceiros.

A ratificação não é admitida em se tratando de competência atribuída com exclusividade, seja porque a competência exclusiva é indelegável, seja em razão da autonomia dos entes estatais ou, ainda, pela incompetência em razão da matéria. Excluídos esses casos, poderá haver a ratificação do ato praticado com excesso de poder corrigindo-se o vício de incompetência, podendo-se, então, falar-se em perfeição do ato administrativo.

A ratificação poderá ou não ser obrigatória. Tratando-se de ato vinculado, o qual é desprovido de mérito administrativo, preenchidos os requisitos legais a autoridade competente estará compelida a ratificá-lo, porque a vontade administrativa manifestada é ex lege. Sendo discricionário o ato, a ratificação ficará submetida ao juízo de conveniência e oportunidade da autoridade competente, que poderá concordar ou não com a avaliação subjetiva realizada pela autoridade incompetente.

Conclui-se, então, pela possibilidade de ratificação do ato eivado de excesso de poder.

2) DO DESVIO DE PODER

O desvio de poder, ou desvio de finalidade, encontra previsão expressa na Lei de Ação Popular (Lei nº 4.717/65), a qual, em seu art. 2º, "e", e parágrafo único, "e", trata do desvio de finalidade como o vício nulificador do ato administrativo lesivo ao patrimônio público, e o considera caracterizado quando o agente pratica o ato visando a fim diverso daquele previsto, explícita ou implicitamente, na regra de competência.

No desvio de poder, a autoridade age dentro dos limites da sua competência, mas o ato não atende o interesse público, ferindo os objetivos colimados pela norma legal. Trata-se de ato ilegal que se reveste de uma roupagem de legalidade, o que dificulta sua prova, devendo o Juiz levar em conta os indícios presentes para considerar a ocorrência ou não do desvio de finalidade.

Também no desvio de poder há vício em um dos elementos do ato administrativo, qual seja, o da finalidade. A finalidade precípua da Administração Pública é sempre atender o interesse público, daí decorrendo a impossibilidade de sanatória ou convalidação do vício relativo à finalidade do ato.

Portanto, o ato contendo vício quanto à finalidade não pode ser aproveitado pela Administração Pública.

Dessa maneira, verifica-se que é cabível a sanatória em relação ao excesso de poder, por referir-se a vício de incompetência, enquanto que o desvio de poder não admite convalidação, por tratar de vício de finalidade.

Em ambos os casos, é irrelevante tenha ou não agido o administrador com boa-fé. Em qualquer hipótese, estará presente a ilegalidade do ato.

3) DA OMISSÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

A omissão da Administração Pública também pode caracterizar o abuso de poder. Aqui, há de se discernir entre omissão genérica e omissão específica da Administração Pública. Na primeira, não surge o abuso de poder, porque se trata de escolha do momento mais oportuno para o incremento das políticas de administração, as quais não possuem prazo determinado. Já na omissão específica, a Administração Pública tem o dever de agir face a uma situação determinada, podendo ou não a lei prever o prazo para tanto (neste último caso, deve-se considerar o que a doutrina chama de "prazo razoável").

A omissão específica caracteriza a abuso de poder em virtude do poder-dever de agir da Administração Pública quando a lei assim o determina. Ressalte-se que a omissão não é ato administrativo, mas sim a ausência de manifestação de vontade do poder público.

4) DAS DIFERENTES CONSEQÜÊNCIAS DO ABUSO DE PODER

O abuso de poder pode gerar sanções administrativas, cívicas, criminais e políticas. Cite-se como exemplo o artigo 7º do Decreto-lei nº 3.365/41, que trata do chamado direito de penetração, que garante ao molestado por excesso ou abuso de poder indenização por perdas e danos, sem prejuízo da ação penal.

5) DAS CONSEQÜÊNCIAS ADMINISTRATIVAS DO ABUSO DE PODER

Em diversas leis, podem ser encontradas conseqüências administrativas para o abuso de poder.

A Lei nº 8.666/93, em seu artigo 83, dispõe que a prática dos crimes nela descritos sujeitam o infrator à perda do cargo, emprego, função ou mandato eletivo.

A Lei nº 8.112/90 prevê responsabilidade civil, penal e administrativa pelo exercício irregular das atribuições do servidor, decorrendo a responsabilidade administrativa de ato omissivo ou comissivo por ele praticado (arts. 121 e 124). Uma das penalidades administrativas é a demissão com fundamento na improbidade administrativa (art. 132, IV, da citada lei), sendo certo que esta pode ser decorrente do abuso de poder, como será visto adiante.

A Lei nº 4.898/65 estabelece que o abuso ou desvio de poder caracterizam abuso de autoridade (art. 4º, "h"), sujeitando o infrator a sanções cíveis, administrativas e penais. As sanções administrativas estão elencadas no artigo 6º, §1º, da referida lei.

A Lei nº 8.429/92, em seu art. 11, I (Lei da Improbidade Administrativa), prevê condutas que podem refletir o abuso de poder, como a prática de ato visando a fim proibido em lei ou regulamento (o que caracteriza o desvio de poder), ou a prática de ato diverso daquele previsto na regra de competência (o que configura excesso de poder). O artigo 12, III, da referida lei, traz as penas de perda da função pública e de proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios como penalidades administrativas.

6) DAS CONSEQÜÊNCIAS CÍVEIS DO ABUSO DE PODER

As conseqüências cíveis dizem respeito, em regra, ao dever de indenizar pelo dano causado à Administração Pública com o abuso de poder. Citem-se como exemplos do dever de indenizar o art. 122, §§1º a 3º da Lei nº 8.112/90; o art. 10, IV a XI, c/c o art. 12, III, da Lei nº 8.429/92; e o art. 37, §4º, da Constituição da República.

Também no art. 6º, §2º, da Lei nº 4.898/65, há previsão de sanção de natureza civil, consistente no pagamento de indenização no caso de impossibilidade de fixação do valor do dano.

Em relação à responsabilidade civil no que tange ao ressarcimento ao Erário (Lei nº 8.429/92, art. 12, III), vale destacar que as ações com esse fundamento são imprescritíveis, na forma do previsto no art. 37, §5º, da Constituição da República, dispositivo que prevalece sobre o art. 23 da Lei nº 8.429/92. Esta lei prevê, ainda, a aplicação de multa civil, em seu art. 12, III.

A Lei nº 9.504/97, que estabelece normas para as eleições, descreve em seu artigo 73, I a VIII, várias condutas que podem caracterizar o abuso de poder. O §7º do art. 73 da referida lei estatui que essas condutas caracterizam improbidade administrativa, sujeitando-se às cominações do artigo 12, III, da Lei nº 8.429/92, sendo certo que este último dispositivo contém sanções de natureza cível, como o ressarcimento integral do dano e o pagamento de multa civil.

7) DAS CONSEQÜÊNCIAS PENAIS DO ABUSO DE PODER

Quanto à responsabilidade penal pelo abuso de poder, podem ser citados como exemplos os arts. 89 a 92 da Lei nº 8.666/93, e o art. 7º do Decreto-lei nº 3.365/41.

A lei que trata do abuso de autoridade também contém sanções penais para a prática de abuso de poder (art. 6º, §3º, "a", "b" e "c", e § 4º da Lei nº 4.898/65). A agravante genérica prevista no artigo 61, II, "f", do Código Penal, não se enquadra no presente estudo, porque o abuso de autoridade ali citado diz respeito a relações privadas, como a tutela, por exemplo, e não às funções públicas.

Os dispositivos citados prevêm penas de detenção e de multa. Esta é diversa da multa prevista, por exemplo, no art. 12 da Lei nº 8.429/92 (Lei de Improbidade Administrativa), que tem natureza civil. Nada impede, portanto, que pelo mesmo fato o agente seja condenado ao pagamento de duas multas, uma fixada em sede penal, e a outra, na esfera cível.

8) DAS CONSEQÜÊNCIAS POLÍTICAS DO ABUSO DE PODER

A prática do abuso de poder pode sujeitar o seu infrator, ainda, a sanções de natureza política. O artigo 15, V, da Constituição da República, prevê a perda ou suspensão de direitos políticos no caso de improbidade administrativa, na forma de seu art. 37, § 4º.

Também no artigo 12, III, da lei de improbidade administrativa, há disposição expressa quanto à suspensão dos direitos políticos pelo prazo de três a cinco anos.

A Lei nº 9.504/97 (lei das eleições) contém sanções de ordem política para o abuso de poder, conforme se verifica da leitura dos §§ 5º e 7º do seu art. 73. Trata-se de possibilidade de cassação do registro de candidatura do agente público, bem como de suspensão dos direitos políticos por três a cinco anos, aplicando-se o art. 12, I, II, da Lei nº 8.429/92.

O artigo 74 da Lei nº 9.504/97 afirma ser abuso de autoridade a infringência do artigo 37, §1º, da Constituição da República, que trata de publicidade oficial realizada para a promoção pessoal de autoridades ou servidores públicos, o que denota verdadeiro desvio de poder. O infrator fica sujeito ao cancelamento do registro de sua candidatura.

Recentemente, houve um exemplo claro das conseqüências políticas do abuso de poder. A Justiça Eleitoral de determinado estado da federação, em primeiro grau, decretou a inelegibilidade, por três anos, da governadora do Estado e de seu esposo, que ocupa o cargo de Secretário Estadual de Governo e Coordenação, em razão da distribuição com recursos públicos e fins eleitorais de cestas básicas, casas a R\$1 etc, tudo isso durante a campanha eleitoral no reduto político do casal.

O abuso de poder aqui tratado não guarda nenhuma relação com o abuso do poder econômico previsto no §4º do art. 173 da Constituição da República, porque este visa a evitar que ocorra a dominação dos mercados, a eliminação da concorrência e o aumento arbitrário dos lucros, a fim de garantir a livre concorrência prevista no art. 170, IV, da Carta Magna. Trata-se de intervenção do Estado na ordem econômica e financeira.

9) DO ABUSO DE PODER COMO CAUSA DE PEDIR NAS AÇÕES CONSTITUCIONAIS

O abuso de poder pode servir como fundamento do pedido nas chamadas ações constitucionais, ou remédios constitucionais.

O art. 5º, LXVIII, da Constituição da República, estabelece que será concedido habeas corpus "sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso

de poder". Hipótese de ocorrência de abuso de poder corrigível por habeas corpus é aquela que diz respeito ao controle de legalidade da prisão disciplinar militar. A disposição contida no art. 142, §2º, da Carta Magna, diz respeito à vedação de análise, por parte do Poder Judiciário, do mérito da punição disciplinar, e não do controle de legalidade. Assim, se a punição disciplinar militar consistente na prisão for determinada por quem não detiver competência para tal, o ato será corrigível pela via do habeas corpus, porque eivado de ilegalidade em razão da ocorrência do abuso de poder, mais especificamente do excesso de poder.

O abuso de poder também pode dar ensejo à propositura de habeas data (Constituição da República, art. 5º, LXXII; e Lei nº 9.507/97). O habeas data tem por finalidades a obtenção de informações, a retificação delas e a contestação ou explicação sobre dado verdadeiro, mas justificável, que esteja sob pendência judicial ou amigável (lei citada, art. 7º, III).

Pode-se vislumbrar uma situação em que o agente público responsável pelo registro das informações de determinado banco de dados de entidade governamental, em razão de animosidade pessoal com terceiro, efetue registro relativo a este de informação dissociada da verdade somente para atender interesse pessoal. Caberá a correção dessa anotação através de habeas data, pela ocorrência de desvio de finalidade.

Quanto ao Mandado de Injunção (Constituição da República, art. 5º LXXI), como o mesmo se refere à omissão de regulamentação de norma constitucional, não há de se falar em ação ou omissão oriunda de autoridade administrativa, mas sim em inércia do Poder Legislativo.

O ato lesivo ao patrimônio público de que trata a Ação Popular (Carta Magna, art. 5º, LXXIII; e Lei nº 4.717/65) pode ser decorrente de abuso de poder. A Lei de Ação Popular, em seu art. 2º, "a" e "e", prevê expressamente a nulidade de ato lesivo ao patrimônio das entidades citadas em seu art. 1º em razão

de incompetência (ensejadora do excesso de poder) ou de desvio de finalidade (caracterizadora do desvio de poder), dentre outros casos.

A sentença na Ação Popular terá conseqüências cíveis, podendo haver, também, conseqüências administrativas e penais. Assim é em razão da condenação dos responsáveis pelo ato e dos que por ele foram beneficiados, de acordo com a Lei nº 4.717/65, ao pagamento de perdas e danos (art. 11); ao pagamento devido acrescido de juros de mora e multa legal ou contratual, no caso de falta ou isenção de pagamento (art.14, §1º); à reposição do débito acrescido de juros de mora, no caso de execução fraudulenta, simulada ou irreal de contratos (art. 14, §2º); e pela possibilidade de haver seqüestro e penhora de bens ou valores (art. 14, §4º).

As conseqüências administrativas e penais estão previstas no artigo 15 da referida lei (determinação ex officio, pelo Juiz, de remessa de cópia autenticada das peças necessárias às autoridades ou aos administradores aos quais competir a aplicação de sanções penais ou administrativas).

O Superior Tribunal de Justiça já anulou contratos, em sede de recurso especial, tendo como fundamento o abuso de poder, conforme se verifica na ementa do seguinte julgado: "**AÇÃO POPULAR**. CONTRATO DE RISCO FIRMADO ENTRE PETRÓLEO BRASILEIRO S.A. - PETROBRÁS E PAULIPETRO - CONSÓRCIO CESP/IPT. NULIDADE. I - É NULO DE PLENO DIREITO O CONTRATO SUPRACITADO, PORQUANTO O NEGÓCIO PREMEDITADO, ENGENDRADO E, AFINAL, REALIZADO PELO ESTADO DE SÃO PAULO VISANDO À EXPLORAÇÃO DE PETRÓLEO NA BACIA DO PARANÁ, E QUE LHE DEU COLOSSAL PREJUÍZO, SOBRE TER SIDO EFETIVADO COM EVIDENTE ATENTADO À "MORALIDADE ADMINISTRATIVA", DECORRE DE ATO ADMINISTRATIVO EM QUE FALTAM, UM A UM, TODOS OS ELEMENTOS PARA A SUA CARACTERIZAÇÃO, JÁ QUE PRATICADO A) COM "DESVIO DE FINALIDADE"; B) ADOTANDO "FORMA IMPRÓPRIA", POIS NÃO PREVISTA EM LEI; C) PRATICADO POR

"AGENTE INCAPAZ"; D) "SEM COMPETÊNCIA"; E) FALTANDO AINDA O "CONSENTIMENTO" DO ESTADO, VISTO SÓ SER TIDO COMO TAL QUANDO MANIFESTADO NOS LIMITES ESTABELECIDOS PELA LEI. AÇÃO POPULAR. PROCEDENCIA. II - OFENSA AO ART. 2º DA LEI 4.717, DE 29/06/1965, CARACTERIZADA. III - RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E PROVIDO (RESP 14868 / RJ – Relator: Ministro ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO – Segunda Turma).

Também a Ação Civil Pública (Constituição da República, art. 129, III; e Lei nº 7.347/83) pode ter como fundamento o abuso de poder, haja vista que os danos morais e patrimoniais previstos no art. 1º, I a V, da referida lei, podem ser oriundos de ato praticado com excesso de poder ou com desvio de finalidade. As sanções aplicáveis são a condenação em obrigação de fazer, a condenação em dinheiro e a imposição de multa (lei citada, arts. 11; 12, §2º; e 13).

Por fim, o Mandado de Segurança (Constituição da República, art. 5º, LXIX e LXX; e Lei nº 1.533/51) é outra ação constitucional que também pode ter como fundamento o abuso de poder. Quanto ao Mandado de Segurança preventivo, deve-se observar que este é cabível quando já ocorrida a subsunção, vale dizer, a incidência da norma sobre o fato, mas ainda não efetuada a lesão.

O direito líquido e certo a que se refere o art. 5º, LXIX, da Carta Magna, de acordo com o entendimento doutrinário, é aquele cuja existência é demonstrável por prova documental produzida quando do oferecimento da petição inicial, independentemente da complexidade das questões debatidas. Em razão disso, surge dificuldade quando da fundamentação do Mandado de Segurança no desvio de finalidade, haja vista que este, geralmente, se apresenta com aparência de legalidade, a qual é desfeita com a instrução probatória. Ocorre que na ação de Mandado de Segurança, em regra, não se admite dilação probatória, daí surgindo a dificuldade da demonstração do desvio de finalidade. Nesse sentido, já se manifestou o Supremo

Tribunal Federal: "EMENTA: Mandado de Segurança. Servidor Público. Processo Administrativo. Pena disciplinar de demissão. Alegação de decisão contrária às provas dos autos e conseqüente desvio de finalidade do procedimento. Pretensão de reexame do conjunto fático-probatório coligido no processo disciplinar inconciliável com o rito do writ. Recurso ordinário a que se nega provimento" (RMS 23988 / DF - DISTRITO FEDERAL / Relator(a): Min. ELLEN GRACIE / Órgão Julgador: Primeira Turma).

Em certos casos, porém, o desvio de finalidade pode se encontrar explicitado, não havendo qualquer óbice à decisão da questão em sede de Mandado de Segurança. Sobre o tema, vale trazer à colação o seguinte acórdão da lavra do Superior Tribunal de Justiça: "EMENTA. MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. EXONERAÇÃO. DEMISSÃO. ATO INCOERENTE COM SEU FUNDAMENTO. DESVIO DE FINALIDADE. NULIDADE. A fundamentação que traz idéia incompatível com o ato promove sua nulidade. A exoneração de ofício é nula se o ato reconhece a prescrição e a impossibilidade de demitir o servidor. A exoneração não se confunde com penalidade, e o ato de exoneração que visa a substituir pena de demissão sofre de desvio de finalidade. Segurança concedida em parte" (MS 7706 / DF; MANDADO DE SEGURANÇA 2001/0074669-0 - RELATOR: MINISTRO PAULO MEDINA - TERCEIRA SEÇÃO).

Quanto ao excesso de poder, sua apuração se mostra mais simples, bastando a verificação da existência ou não de competência do agente para o ato, na forma das normas pertinentes.

Questão interessante surge em relação a determinados atos praticados em sede de Comissão Parlamentar de Inquérito. A eventual atribuição do exercício de poderes de investigação próprios das autoridades judiciais não autoriza que seja maculado o postulado constitucional da reserva de jurisdição.

Por isso, certas matérias, como a busca domiciliar, a interceptação telefônica e a decretação da prisão de qualquer pessoa, ressalvada a

hipótese de flagrância (Constituição da República, art. 5º, XI, XII e LXI), somente podem ser determinadas pelo Poder Judiciário. A determinação dessas medidas pela Comissão Parlamentar de Inquérito caracteriza o excesso de poder, que gera a nulidade do ato.

Ressalte-se que a quebra dos sigilos bancário, fiscal e telefônico (que não se confunde com a interceptação telefônica) pode ser determinada pela Comissão Parlamentar de Inquérito, conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal (MS 23452 / Relator: Min.CELSO DE MELLO - Órgão Julgador: Tribunal Pleno), havendo a necessidade de motivação do ato, até mesmo para efeitos de posterior controle judicial (Constituição da República, art. 5º, XXXV). Mediante a análise dos motivos do ato, poderá ser verificada a ocorrência de desvio de finalidade, por exemplo.

A análise da ocorrência do abuso de poder por via de Mandado de Segurança não pode ser obstada pela alegação de existência de ação própria (salvo o habeas corpus e o habeas data), conforme afirmado pelo Supremo Tribunal Federal: "EMENTA. 1) DESAPROPRIAÇÃO E MANDADO DE SEGURANÇA. A AÇÃO DIRETA, A QUE SE REFERE O ART. 20 DA LEI DE DESAPROPRIAÇÕES, NÃO EXCLUI O MANDADO DE SEGURANÇA, DESDE QUE REUNIDOS OS SEUS PRESSUPOSTOS. 2) DESAPROPRIAÇÃO DE IMÓVEIS TOMBADOS COMO PATRIMÔNIO HISTÓRICO E ARTÍSTICO NACIONAL. A LEI DE DESAPROPRIAÇÕES, CONTEMPLANDO ENTRE AS HIPÓTESES QUE PREVÊ, A PRESERVAÇÃO DOS MONUMENTOS HISTÓRICOS, DEVE SER ENTENDIDA NOS TERMOS DA LEI ESPECIAL QUE REGE A MATÉRIA, OU SEJA, O DECRETO-LEI Nº 25, DE 30.11.37). O PODER PÚBLICO NÃO PODE DESAPROPRIAR EM BENEFÍCIO DE PESSOAS OU ENTIDADES PRIVADAS" (MS 19961 / DF - Relator: Min. XAVIER DE ALBUQUERQUE - Órgão Julgador: SEGUNDA TURMA).

Pelo exposto, verifica-se a grande dimensão que possui o abuso de poder, o qual pode gerar sanções de naturezas diversas. A aplicação de

punições pela prática do abuso de poder é instrumento essencial para a melhoria da qualidade da atividade da Administração Pública, a qual deve ser cada vez mais transparente e obediente aos princípios previstos no artigo 37, caput, da Constituição da República. O controle da atividade administrativa das mais diversas formas visa a resguardar os interesses não só da sociedade, mas também do próprio Estado.

Texto disponibilizado no Banco do Conhecimento em 16 de julho de 2008.