



Gabriel Fontana Cruz

**O CONTROLE JUDICIAL DE ATOS JURÍDICOS
DISCRICIONÁRIOS:
o que o STF entende por desvio de finalidade?**

**Monografia apresentada à
Escola de Formação da
Sociedade Brasileira de
Direito Público – SBDP, sob
orientação do Professor
Yasser Gabriel Reis.**

**SÃO PAULO
2022**

Agradecimentos

Este trabalho é fruto de um ano tão intenso quanto proveitoso. Especialmente no segundo semestre, quando a proximidade do prazo de depósito tornou esta pesquisa em um pensamento involuntário, o apoio de pessoas incrivelmente generosas foi essencial ao êxito do processo.

Nesse sentido, começo por agradecer aos meus pais, Isabel e Wilson, sem os quais nada do que vivi seria possível, a começar pela dedicação exclusiva à Escola de Formação e a esta monografia.

Agradeço, também, à Coordenação da Escola de Formação Pública, nas figuras da Mari e do Joli, por garantirem que a oportunidade única que o curso representa fosse ainda mais enriquecedora.

Ao Yasser, meu brilhante orientador, agradeço por todos os conselhos e, sobretudo, por assegurar que um conjunto aparentemente desconexo de ideias tomasse corpo neste artigo. Agradeço, também, ao Caio, meu tutor, pelo apoio ao longo do ano.

Estendo meus agradecimentos ao Rodolfo Arruda, que, na condição de arguidor da banca examinadora, realizou atenta revisão deste trabalho e fez importantes apontamentos no sentido de lapidar a pesquisa para publicação.

Aos meus colegas de EFp – que se tornaram queridos amigos –, agradeço por tornarem esse processo muito mais leve e acolhedor. Terminei o curso com a certeza de que todas as idas ao Café Família, ao Sublepi e ao Chokito's foram fundamentais tanto para o sucesso da pesquisa quanto para meu crescimento pessoal.

Agradeço, por fim, a todos os amigos que de alguma forma acompanharam o processo de elaboração deste trabalho. Seja revisando, ouvindo meus desabafos ou me fazendo (tentar) esquecer os prazos, cada um de vocês contribuiu imensamente para o resultado aqui apresentado.

De coração,

Gabriel Fontana Cruz

Novembro de 2022.

Resumo: Se é pacífico que desvio de finalidade é um vício que se manifesta quando um agente edita ato aparentemente lícito, mas persegue finalidade não autorizada, não se pode dizer o mesmo sobre os critérios utilizados para aferir sua presença em um caso concreto. Evidência disso é constatar que, em dois casos similares, ambas decisões monocráticas que tratavam de suposto cometimento de desvio de finalidade na nomeação de Ministros de Estado, Ministros do STF forneceram respostas diametralmente opostas às mesmas perguntas. Estimulado por esse cenário de aparente insegurança jurídica, o trabalho buscou compreender o que entende o Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) por desvio de finalidade. Para tanto, a pesquisa procurou responder, essencialmente, (i) quando e como os Ministros se veem autorizados a controlar atos discricionários, (ii) quais requisitos os Ministros entendem ser necessários à configuração desse vício e (iii) qual relação o Tribunal vislumbra entre o desvio de poder e princípios. A partir da análise da jurisprudência do Plenário sobre a matéria, concluiu-se que não há entre os Ministros uma concepção unívoca de desvio de finalidade, o que contribui para a manutenção de um quadro de insegurança jurídica.

Palavras-chave: Controle judicial; atos discricionários; desvio de finalidade; segurança jurídica.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	5
2. METODOLOGIA.....	9
2.1. MÉTODO DE COLETA	11
2.1.1. RECORTE MATERIAL.....	11
2.1.2. RECORTE TEMPORAL.....	12
2.1.3. FILTRAGEM DOS JULGADOS	12
2.2. MÉTODO DE ANÁLISE	13
3. ANÁLISE DOS ACÓRDÃOS.....	14
3.1. DESVIO DE FINALIDADE EM PROCESSOS DE EXPULSÃO DE ESTRANGEIROS	14
3.2. ABUSO DO PODER DE LEGISLAR E DE EDITAR MEDIDAS PROVISÓRIAS	16
3.3. DESVIO DE FINALIDADE EM CONCURSOS PÚBLICOS	23
3.4. DESVIO DE FINALIDADE EM DECRETOS PRESIDENCIAIS	25
3.5. DESVIO DE FINALIDADE NO MANEJO DO PATRIMÔNIO PÚBLICO.....	28
3.6. ASPECTOS FORMAIS DOS CASOS	32
4. RESULTADOS DE PESQUISA	33
4.1. A QUESTÃO TERMINOLÓGICA: ABUSO DE PODER, DESVIO DE FINALIDADE OU DESVIO DE PODER?.....	33
4.2. O CONTROLE JUDICIAL DE ATOS JURÍDICOS DISCRICIONÁRIOS PELO STF	34
4.3. A CONFIGURAÇÃO DO DESVIO DE FINALIDADE	35
4.4. DESVIO DE FINALIDADE E OS PRINCÍPIOS DO DIREITO ADMINISTRATIVO.....	38
5. CONCLUSÕES	39
REFERÊNCIAS.....	43

1. Introdução

Em março de 2016, no contexto da crise política insuflada pelas ações da chamada Operação “Lava Jato”, o Ministro Gilmar Mendes julgou, conjuntamente, em sede de liminar, o MS 34.070 e o MS 34.071. Tratava-se, sem dúvidas, de um caso de grande repercussão midiática, uma vez que a ação questionava a nomeação do então ex-presidente da República, Luiz Inácio Lula da Silva, ao cargo de Ministro-Chefe da Casa Civil.

A acusação era grave: os autores alegaram que a nomeação tinha a finalidade velada de obstar o prosseguimento de investigações criminais em curso contra o ex-presidente, uma vez que, como Ministros de Estado têm direito ao chamado foro por prerrogativa de função (ou seja, são, em regra, julgados pelo STF), os processos teriam de ser remetidos à Suprema Corte, o que, alegadamente, prejudicaria as investigações. Em termos mais objetivos, os autores argumentaram que, ao nomear, naquela situação, o ex-presidente Lula para cargo de Ministro de Estado, a presidenta Dilma teria incorrido em desvio de finalidade.

Esse instituto, cuja definição doutrinária é bastante consolidada¹, consiste em um vício no qual um agente público edita ato aparentemente lícito, mas, na realidade, visa a finalidade diferente do que aquela contida na norma que conferiu competência ao agente, o que suscita a nulidade do ato. Conforme se nota na Lei de Ação Popular, a legislação segue a mesma linha da doutrina, vez que considera o desvio de finalidade como hipótese de nulidade e oferece a seguinte definição: “o desvio de finalidade se verifica quando o agente pratica o ato visando a fim diverso daquele previsto, explícita ou implicitamente, na regra de competência.”²

Nos termos do caso, os autores defenderam que, ao realizar nomeação com a finalidade de alterar o foro competente, a presidenta teria incorrido

¹ Uma das definições mais difundidas é a proposta por Celso Antônio Bandeira de Mello, para quem desvio de finalidade significa “o manejo de uma competência em descompasso com a finalidade em vista da qual foi instituída” (BANDEIRA DE MELLO, 2014. p. 1007).

² Lei Federal 4.717/1965, art. 2º, “e”, e parágrafo único, “e”.

em desvio de finalidade, uma vez que essa não seria a finalidade da norma habilitante³.

Debruçando-se sobre a questão, o Min. Gilmar Mendes acolheu a argumentação dos autores. Nesse sentido, entendeu que, embora aparentemente conforme ao Art. 84, I, a conduta da Presidenta produziu resultado inconstitucional, uma vez que conferiu ao investigado foro no Supremo Tribunal Federal. Ainda a respeito da configuração do desvio de finalidade, o Ministro assenta que se trata de um vício de natureza objetiva, cuja ocorrência independe da intenção deliberada do agente⁴.

Com base nesse raciocínio, o Min. Gilmar Mendes deferiu a medida liminar e determinou a suspensão da nomeação de Lula ao cargo de Ministro Chefe da Casa Civil, com subsequente manutenção da competência da Primeira Instância para investigá-lo.

Passado pouco menos de um ano dessa decisão, o Min. Celso de Mello profere decisão monocrática em mais um caso no qual se contestou a constitucionalidade de nomeação para cargo de Ministro de Estado. Tratava-se, dessa vez, do MS 34.609, no qual os autores pleitearam, em caráter liminar, a suspensão da nomeação de Wellington Moreira Franco ao cargo de Ministro Chefe da Secretaria-Geral da Presidência da República.

Tal como ocorrera no caso anterior, os autores dessa ação também alegaram que a nomeação de Moreira Franco seria inválida, porque eivada de desvio de finalidade. E as semelhanças não se limitaram a esse aspecto, dado que a configuração do vício também se fundou no argumento segundo o qual a finalidade da nomeação teria sido conferir foro por prerrogativa de função ao nomeado, político investigado no contexto da Operação "Lava Jato".

A despeito de as situações dos dois casos convergirem, as decisões foram diametralmente opostas. Não apenas quanto à parte dispositiva das sentenças, mas também quanto à fundamentação.

³ No caso, o Art. 84, I, da Constituição Federal, assim redigido: "Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República: I - **nomear** e exonerar os **Ministros de Estado**; (...)" (grifos próprios)

⁴ MS 34.070, p. 19-20

Diferentemente do entendimento externado pelo Min. Gilmar Mendes, o Min. Celso de Mello não entende que o desvio de finalidade possui natureza objetiva. Antes o contrário, pois, em sua concepção, a configuração desse vício: “pressupõe a intenção deliberada, por parte do administrador público, de atingir objetivo vedado pela ordem jurídica ou divorciado do interesse público (...)”⁵. E complementa sustentando que o desvio de finalidade não se presume, uma vez que presunção dessa natureza representaria afronta ao postulado da presunção de legalidade de atos da Administração⁶.

Nota-se, portanto, que, conforme essa segunda visão, a configuração do desvio de finalidade depende da apresentação de evidências concretas de que o agente público praticou o ato com a intenção deliberada de burlar a finalidade da norma habilitante. Assim, entendendo que os autores não ofereceram evidências capazes de abalizar a configuração de desvio de finalidade, o relator indeferiu a liminar e não suspendeu a nomeação.

É bastante razoável – e, em alguma medida, desejável – que haja divergências entre Ministros sobre determinadas matérias. No entanto, quando casos praticamente idênticos são julgados de formas diametralmente opostas, o que se tem é incoerência, a qual atenta contra a segurança jurídica. Frente a esse cenário, o presente trabalho propõe-se a mapear e analisar as decisões proferidas pelo Plenário do STF em matéria de desvio de finalidade, a fim de verificar se a insegurança jurídica observada nos casos aludidos se repete nos julgados do Tribunal Pleno.

Ressalta-se, porém, que a relevância do tema vai além de identificar se há ou não estabilidade nas decisões. Nesse sentido, não se pode perder de vista que o desvio de finalidade se insere em uma outra temática, ainda mais complexa, que é o controle judicial de atos discricionários. Em um contexto no qual a clássica dicotomia entre mérito-legalidade vem sendo constantemente contestada, estudar matéria relacionada a essa dualidade contribui para situar o posicionamento do STF neste debate.

⁵ MS 34.609, p. 13.

⁶ MS 34.609, p. 13.

Ainda, é válido ressaltar que, recentemente, o desvio de finalidade voltou a figurar no debate público. Assim como ocorrera com seus antecessores, alguns atos do então Presidente Jair Bolsonaro geraram grande repercussão por levantarem suspeitas sobre o cometimento de desvio de finalidade.

Ao longo do mandato do ex-presidente, essa discussão veio à tona em face de diversos pedidos de acesso à informação, em sua maioria encaminhados pela imprensa, que foram negados pelo governo. Valendo-se de dispositivo da Lei de Acesso à Informação ("LAI") que autoriza a restrição de acesso a informações pessoais que não sejam de interesse público⁷, o governo impôs 100 anos de sigilo a diferentes dados, tais como registros de entrada e saída de pessoas em prédios públicos para agenda com autoridades, informações sobre a saúde do presidente (durante momento dramático da pandemia de Covid-19), cópia de processo disciplinar já encerrado contra ministro de Estado, entre outros.

Há de se notar, contudo, que finalidade dessa norma é garantir respeito à intimidade, à honra e à imagem das pessoas quando do tratamento de dados pessoais, não vedar acesso a informações manifestamente dotadas de interesse público – conduta essa que configuraria desvio de finalidade. Diante desse quadro, partidos políticos peticionaram o STF com vistas a derrubar o sigilo das informações e garantir acesso a elas⁸. O tema ainda repercutiu na sociedade civil, a exemplo do relatório de pesquisa "Sigilo de 100 anos": o uso do art. 31 da LAI para negar informações"⁹. Produzido pela Transparência Brasil, o documento aponta que, dos 1.108 sigilos impostos no

⁷ Lei Federal nº 12.527/2011, "Art. 31. (...) § 1º As informações pessoais, a que se refere este artigo, relativas à intimidade, vida privada, honra e imagem: I - terão seu acesso restrito, independentemente de classificação de sigilo e pelo prazo máximo de 100 (cem) anos a contar da sua data de produção, a agentes públicos legalmente autorizados e à pessoa a que elas se referirem;"

⁸ Veja-se alguns exemplos dessa atuação: <https://www.psb40.org.br/noticias/psb-ingressa-no-stf-contrasigilo-sobre-encontros-de-bolsonaro-com-pastores-pivos-de-escandalo-no-mec/>; <https://pt.org.br/pt-quer-anular-o-sigilo-sobre-cartao-de-vacinacao-de-bolsonaro/>

⁹ TRANSPARÊNCIA BRASIL. "Sigilos de 100 anos": o uso do art. 31 da LAI em negativas". Dezembro de 2022. Disponível em: https://www.transparencia.org.br/downloads/publicacoes/sigilo_100anos_uso_art_31_lai_negativas.pdf. Acesso em 19 jan. 2023.

governo Bolsonaro, 413 foram indevidos, ou seja, contrariaram a legislação e/ou decisões precedentes.

Assim, fica claro que entender como o STF conceitua e, sobretudo, como aplica a noção de desvio de finalidade é um exercício dotado de implicações práticas e que permite subsidiar uma agenda de pesquisa atual e relevante.

Por fim, note-se que a temática abordada pelo presente trabalho também resguarda íntima relação com a aplicação de princípios constitucionais, questão central para os debates recentes no âmbito do direito público. Como se sabe, princípios são normas dotadas de textura ampla, sendo que, não raro, um mesmo princípio assume múltiplos sentidos. Dessa feita, estudar a aplicação de princípios em sua interação com o desvio de finalidade contribui para que se entenda de qual maneira o STF maneja essas normas de textura ampla por ocasião do controle de atos discricionários – acerca dos quais, vale dizer, espera-se maior deferência do Judiciário.

2. Metodologia

2.1. Perguntas da pesquisa

Por meio da análise de jurisprudência, o presente trabalho buscou responder à seguinte pergunta principal:

O que o STF entende por desvio de finalidade?

A fim de responder a essa questão, foi necessário elaborar subperguntas de pesquisa, as quais cuidaram de focalizar aspectos específicos do objeto em análise – qual seja, a jurisprudência do STF em matéria de desvio de finalidade. Adiante, são apresentadas as subperguntas, bem como a importância de cada uma delas para responder ao questionamento central.

- a. O STF entende o desvio de finalidade como hipótese de controle judicial de atos discricionários?
- b. O STF entende que a configuração desse vício tem como consequência a nulidade do ato?

- c. O STF adota requisitos/critérios claros quanto à configuração do desvio de finalidade? Esses critérios são adotados de forma uniforme pelos Ministros?
- d. O STF enxerga alguma relação entre o desvio de finalidade e violações de princípios do direito administrativo?
- e. O STF confere tratamento distinto ao desvio de finalidade a depender da natureza do ato jurídico impugnado?

As subperguntas “a” e “b” visam a situar a presente pesquisa no debate sobre o controle judicial de atos discricionários, temática mais ampla na qual se insere o presente objeto de pesquisa. O questionamento “a” é particularmente relevante para compreender se o desvio de finalidade figura, para a Corte, como hipótese autorizadora da intervenção judicial em atos discricionários, conduta essa que é excepcional. No mesmo sentido, a indagação “b” objetiva compreender quais as consequências de o STF considerar que um ato está eivado de desvio de finalidade, notadamente se a Corte entende que é caso de nulidade do ato em questão.

Cada qual à sua maneira, as subperguntas “c” e “d” miram mais especificamente o conceito de desvio de finalidade adotado pelo STF. De forma direta, a pergunta “c” cuida de investigar “quando” o STF compreende que há desvio de finalidade. Mais do que isso, atenta-se para eventual insegurança jurídica, uma vez que se preocupa com a uniformidade dos requisitos adotados pela corte – supondo que haja algum. Por sua vez, a “d” busca mensurar se – e em qual medida – violações a princípios e desvio de finalidade interagem. Em meio à “farrá dos princípios”¹⁰, explorar eventual conexão entre os institutos é importante inclusive a título de compreender se a argumentação sobre desvio de finalidade tende a ser abstrata como costumeiramente é a principiológica.

Assentadas as perguntas que orientam a pesquisa, passa-se a explicar os métodos de investigação adotados para respondê-las.

¹⁰ SUNDFELD, Carlos Ari. “Direito administrativo para céticos”. Malheiros: São Paulo, 2014.

2.2. Método de coleta

2.2.1. Recorte material

A doutrina clássica admite que tanto atos administrativos quanto aqueles emanados pelo Poder Legislativo ou pelo próprio Judiciário são passíveis de revisão judicial quando viciados por desvio de finalidade.¹¹ Por esse motivo, o recorte material adotado pela pesquisa abarcou, além de atos administrativos, casos de desvio de finalidade envolvendo atos legislativos e atos judiciais. Essa escolha metodológica se justifica à medida em que permite exame comparativo entre decisões que envolvam desvio de finalidade nessas três modalidades de ato jurídico.

Contudo, após a filtragem das decisões (o procedimento seguido nessa etapa está descrito adiante, no tópico 2.2.3), constatou-se que a maior parte dos julgados selecionados versa sobre a ocorrência ou não de desvio de finalidade em atos administrativos, o que comprometeu a análise comparativa mencionada. Apesar disso, também foram examinados casos em que a deliberação diz respeito a atos legislativos e jurisprudenciais.

Ademais, foram estudados somente atos jurídicos discricionários. Isso se deve, em primeiro lugar, a uma questão de ordem teórica: a ocorrência de desvio de finalidade pressupõe que o agente coator detenha alguma discricionariedade.¹² Além desse motivo, contribuiu para a escolha o fato de que o controle judicial de atos discricionários é um tema muito mais controvertido do que o controle de atos vinculados, de modo que essa restrição de escopo agrega relevância à monografia. Dessa maneira, a fim de evitar-se uma classificação arbitrária (e que seria incompatível com o tempo da pesquisa), entendeu-se por “ato discricionário” aqueles reputados como tal pelo STF.

Por fim, para compreender o tratamento conferido pelo STF à noção de desvio de finalidade, é imprescindível analisar as decisões proferidas pelo

¹¹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**, 32ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 412; p. 1007 e segs.

¹² TÁCITO, Caio. **O desvio de poder no controle dos atos administrativos, legislativos e jurisdicionais**, Revista de Direito Administrativo, n. 242, p. 63-74, out./dez. 2009.

pleno do Tribunal na matéria em questão. Isso porque decisões monocráticas ou proferidas pelas Turmas são, em regra, passíveis de revisão pelo Plenário, de modo que não expressam, necessariamente, o posicionamento da coletividade dos Ministros (ou, no limite, de sua maioria). Soma-se a isso o fato de que foram encontradas muito mais decisões proferidas monocraticamente ou pelas Turmas do que decisões plenárias, o que inviabilizou a análise dessas primeiras no tempo destinado à pesquisa.

2.2.2. Recorte temporal

Uma vez que, de modo geral, entende-se por jurisprudência um conjunto de reiteradas decisões sobre um mesmo tema, é natural que sua construção leve tempo considerável, estendendo-se, por vezes, ao longo de décadas. Considerando esse dado, optou-se por não descartar, preliminarmente, as decisões anteriores à Constituição de 1988, uma vez que decisões anteriores à Constituição vigentes também poderiam contribuir para os objetivos do trabalho. A pesquisa abarcou, pois, decisões pertinentes – ou seja, aquelas encontradas de acordo com as diretrizes metodológicas adotadas – que tenham sido proferidas até agosto de 2022, período de consolidação dos dados da pesquisa.

2.2.3. Filtragem dos julgados

Considerando as diretrizes metodológicas apontadas ao longo deste capítulo, a filtragem das decisões no repositório do STF seguiu a seguinte expressão:

"Discrio\$ e ('desvio de finalidade' ou 'desvio de poder' ou 'abuso de poder')"

Nesses termos, a busca resultou em um total de 34 acórdãos.

Feito esse levantamento inicial dos acórdãos, procedeu-se a uma filtragem manual das decisões, na qual o objetivo foi selecionar somente decisões que efetivamente traziam discussões acerca do desvio de finalidade. Esse procedimento foi fundamental para a definição do escopo da pesquisa pois, embora 34 acórdãos tenham sido encontrados pelo buscador, somente

em 13 deles foram encontradas discussões pertinentes à presente monografia.

Sendo assim, a lista de julgados analisados foi a seguinte: **HC 42466, HC 584098, ADI 1417 MC, RE 229450, ADI 3964 MC, Ext 1085, MS 26849 AgR, ADI 5468, ADI 5874, ADI 6062 MC-Ref, AO 2330 AgR, Rcl 42576 MC, ADI 6529.**

2.2. Método de análise

Para compilar os achados da pesquisa, foi elaborada uma tabela de sistematização dos acórdãos. Além de aspectos formais e processuais – tais como (i) Ano de julgamento, (ii) Tipo de ação, (iii) Partes, (iv) Min. Relator, (v) Decisão –, foram compiladas na tabela informações relativas à argumentação dos Ministros. Nesse sentido, questionamentos como “É feita alguma conexão entre o desvio de finalidade e os princípios da Administração Pública?” e “Foram mencionados requisitos essenciais para a identificação de desvio de finalidade?”, bem como outros questionamentos que visam a auxiliar na resposta à pergunta principal e às subperguntas dela derivadas. Ao fim desta etapa de coleta e sistematização das informações, os julgados foram separados em grupos temáticos.

Os grupos foram elaborados de modo a reunir julgados que tivessem alguma semelhança fática entre si. Essa forma de sistematização, que teve o objetivo de permitir análises focalizadas sobre as diferentes perspectivas, resultou nos seguintes grupos:

- Desvio de finalidade em processos de expulsão de estrangeiros: HC 42466; HC 584098; Ext 1085
- Abuso do poder de legislar e de editar medidas provisórias: ADI 1417 MC; ADI 3964 MC; ADI 6062 MC-Ref; ADI 5468
- Desvio de finalidade em concursos públicos: RE 229450; MS 26849 AgR
- Desvio de finalidade no exercício de prerrogativas presidenciais: ADI 5874; ADI 6529
- Desvio de finalidade no manejo orçamentário e do patrimônio público: AO 2330 AgR; Rcl 42576 MC

3. Análise dos acórdãos

Este tópico é dedicado a sintetizar e analisar os principais argumentos presentes nas decisões selecionadas. Isso porque este trabalho se propõe a, primeiramente, fornecer um panorama sobre as decisões, de modo a contextualizar os achados de pesquisa sistematizados adiante, no tópico 4.

3.1. Desvio de finalidade em processos de expulsão e extradição de estrangeiros: HC 42.466, HC 584.098, Ext 1.085

Os casos em exame neste bloco não trazem discussões muito aprofundadas acerca do desvio de poder ou dos critérios essenciais à sua configuração. Apesar disso, jogam luz a outras questões pertinentes para a pesquisa.

Nos dois primeiros casos, os HCs foram impetrados por estrangeiros, à época residentes no Brasil, que tiveram sua permanência no país ameaçada pela edição de decreto-expulsório contra os pacientes. Em ambos os casos, o Tribunal reconheceu, por unanimidade, que, sendo o decreto-expulsório um ato administrativo discricionário do Presidente da República, não caberia ao Judiciário perquirir sobre o mérito da decisão, mas tão somente quanto a sua legalidade.

Esse posicionamento é bem sintetizado pelo Min. Leitão de Abreu em seu voto no HC 58.409, que assim dispõe:

"A discricionariedade do ato de expulsão não tolhe, contudo, **o controle judiciário acerca da observância dos requisitos formais a que o ato se sujeite**, nem sobre a existência dos fatos imputados ao expulsando, **nem a respeito de desvio de poder, que acaso se atribua ao autor do ato.**"¹³ (grifei)

Depreende-se, assim, que, estivesse o decreto expulsório contaminado em sua finalidade, caberia ao Tribunal revisar a decisão.

Situação similar ocorreu, também, no julgamento da Ext 1085.

Cuida-se, no caso, do processo de extradição do ativista político italiano Cesare Battisti, o qual gerou grande repercussão à época. Após o

¹³ HC 58.409, p. 376.

Governo da Itália ter requerido a extradição de Battisti, que fora condenado a prisão perpétua em seu país natal, o extraditando solicitou ao CONARE – Conselho Nacional para os Refugiados a concessão do status de refugiado, o que poderia obstar a continuidade do processo de extradição. Embora tenha o CONARE negado a solicitação, Battisti recorreu da decisão ao Ministro da Justiça, que, por sua vez, concedeu o status de refugiado ao réu.

Continuando o processo, em face desses acontecimentos, o Plenário teve que enfrentar duas questões relevantes para essa pesquisa: (i) o ato de concessão de refúgio editado pelo Min. da Justiça é passível de controle judicial? E (ii) o ato está viciado quanto à sua finalidade?

Quanto ao primeiro ponto, a resposta dos Ministros foi consensual no sentido afirmativo. Não à toa, a maioria dos Ministros, conduzidos pelo voto do Relator, Min. Cezar Peluso, entendeu que o ato em questão era inválido e, portanto, passível de revisão judicial. Esse posicionamento, porém, – e já avançando à segunda questão – não decorreu do entendimento de que haveria desvio de finalidade a macular o ato. Mesmo os Ministros que entenderam que o ato de concessão de refúgio consiste em ato discricionário – a maioria, em linha com o Relator, entendeu tratar-se de ato vinculado – não vislumbraram desvio de poder no ato de concessão de refúgio.

A Min. Cármen Lúcia, que abriu divergência com Relator e entendeu tratar-se de ato discricionário, explicita esse posicionamento ao pontuar: “todas as considerações feitas sobre eventual desvio de finalidade e até abuso de poder não têm lugar, de tudo que se examina nos alentados autos deste processo”¹⁴. Ou seja, entendeu a Ministra que a acusação não logrou comprovar que o ato estava maculado em sua finalidade, configurando-se, assim, regular exercício da competência do Ministro da Justiça. Na mesma toada, o Min. Marco Aurélio aponta, em voto-vista¹⁵, que não cabe presumir a configuração de desvio de finalidade. Antes o contrário: presume-se a legalidade dos atos da administração até que se prove o contrário.

¹⁴ Ext 1085, p. 236.

¹⁵ Ext 1085, p. 311.

Dessa forma, tanto nos *habeas corpus* quanto na extradição o Plenário entendeu que não ocorreu desvio de finalidade na prática dos atos de expulsão de estrangeiros.

3.2. Abuso do poder de legislar e de editar medidas provisórias: ADI 1417 MC, ADI 3964 MC, ADI 6062 MC-Ref, ADI 5468

Por envolver o manejo de uma competência atípica do Presidente da República, a edição de medidas provisórias (MPs) figura como um tema bastante complexo e que, não sem motivo, foi, diversas vezes, pauta de debates no STF. Em função desse grau de complexidade, não seria compatível com essa pesquisa um esgotamento do assunto – o que nem mesmo trabalhos dedicados especificamente às medidas provisórias tiveram a pretensão de fazer¹⁶. Dessa forma, a importância da temática para o atual trabalho pode ser traduzida nas seguintes perguntas, que exploram apenas algumas possíveis nuances do debate sobre MPs: (i) o STF pode revisar MPs que considera abusivas? (ii) O que significa abusar do poder de editar MPs? (iii) Qual a relação entre o abuso do poder de editar MPs e o desvio de finalidade?

Analisando-se os julgados, a primeira questão parece ser a menos controversa. Isso porque os Ministros reconhecem expressamente essa possibilidade em diferentes decisões. É o que assenta o Min. Celso de Mello em voto proferido no curso da ADI 3964 MC¹⁷:

“O exame da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal revela-se bastante expressivo no ponto em que admite a possibilidade de fiscalização, pelo Poder Judiciário, de eventuais excessos, que, gerados pelo reconhecimento arbitrário, por parte do Chefe do Executivo, da ocorrência dos pressupostos da urgência e da relevância, culminem por viabilizar a prática abusiva da competência de legislar:

Os conceitos de relevância e de urgência a que se refere o artigo 62 da Constituição, como pressupostos para a edição de Medidas Provisórias, decorrem, em

¹⁶ Cf. sobre isso: SANTOS, Lucas Custódio. Medidas Provisórias no STF: entre a política e a jurisdição. SBDP, 2017; RODRIGUES, Lucas de Faria. Supremo Tribunal Federal, Medida Provisória, Delegação Legislativa: a análise de algumas decisões. SBDP, 2004; OLIVEIRA, Carolina Fusco Ferraz de. A Efetividade do Controle Constitucional de Medidas Provisórias. SBDP, 2007.

¹⁷ ADI 3964 MC, p. 529.

princípio, do Juízo discricionário de oportunidade e de valor do Presidente da República, mas admitem o controle Judiciário quanto ao excesso do poder de legislar, o que, no caso, não se evidencia de pronto.’ (ADI 162/DF, Rel. Min. MOREIRA ALVES - grifei)

‘Medida provisória: controle Jurisdicional dos pressupostos de relevância e urgências (possibilidade e limites); recusa, em princípio, da plausibilidade da tese que nega, de logo, a ocorrência daqueles pressupostos, dado o curso paralelo de projeto de lei, ao tempo da edição da medida provisória questionada.’ (RTJ 145/101, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE - grifei) “

‘II - Requisitos de urgência e relevância: caráter político: em princípio, a sua apreciação fica por conta dos Poderes Executivo e Legislativo, a menos que a relevância ou a urgência evidencie-se improcedente (...).’ (RTJ 165/174, Rel. Min. CARLOS VELLOSO - grifei)

‘Medida provisória: excepcionalidade da censura Jurisdicional da ausência dos pressupostos de relevância e urgência à sua edição (...).’ (ADI 1.753/DF, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE - grifei)

‘Requisitos de relevância e urgência: caráter político: em princípio, a sua apreciação fica por conta do Chefe do Executivo e do Congresso Nacional. Todavia, se uma ou outra, relevância ou urgência, evidenciar-se improcedente, no controle judicial, o Tribunal deverá decidir pela ilegitimidade constitucional da medida provisória. Precedente: ADIn 162-DF (medida liminar), Moreira Alves, Plenário, 14.12.89; ADIn 1.397-DF, Velloso. RDA 210/294.’ (RE 217.162/DF, Rel. Min. CARLOS VELLOSO - grifei)” (grifei)

Em linha com esse entendimento, os três julgados que tratam de MPs (ADI 1417 MC, ADI 3964 MC, ADI 6062 MC-Ref) apresentam debates acerca da existência de abuso do Presidente da República na edição dos atos impugnados. Há, contudo, particularidades de cada um desses casos.

Na ADI 1417 MC, a Confederação Nacional das Indústrias (CNI) impugnou a MP nº 1.325/1996, que dispunha sobre as contribuições para os Programas de Integração Social e de Formação do Patrimônio do Servidor Público - PIS/PASEP, sob argumento de que a medida careceria do pressuposto de urgência, requisito constitucional para a edição de medidas

provisórias¹⁸. Frente a esse argumento, o Min. Octavio Gallotti, relator do caso, sustentou o seguinte¹⁹:

“No tocante à alegação de ausência do pressuposto de urgência exigido pelo art. 62 da Constituição, e sem antecipação de juízo definitivo de mérito, **considero inadequada a oportunidade do exame, em fase de requerimento liminar, dessa questão, que envolve, em última análise, a delicada afirmação de abuso de poder discricionário, na edição da medida provisória.** (...)” (grifos próprios).

E esse foi o posicionamento acolhido pelos demais Ministros, de sorte que não houve, no julgamento dessa cautelar, exame aprofundado acerca da configuração, na espécie, de abuso do poder de editar medidas provisórias.

Já a ADI 3964 MC, proposta pelos partidos políticos PSDB e DEM, teve por alvo a Medida Provisória nº 394/2007, que “dá nova redação ao § 3º do art. 5º da Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003, que dispõe sobre registro, posse e comercialização de armas de fogo e munição, sobre o Sistema Nacional de Armas - SINARM”. Na ação em questão, os autores também alegaram que a medida seria abusiva por não observar os requisitos constitucionais de relevância e urgência. Alegaram ainda que a medida descumpriria as vedações constitucionais à reedição de medida provisória²⁰, haja vista que a MP nº 394/2007 consistiria em reedição da MP nº 379/2007, ato previamente revogado e cuja redação seria idêntica à da MP superveniente.

Entretanto, diferentemente do que ocorreu na ADI 1417 MC, os Ministros não pareceram vislumbrar qualquer óbice à apreciação, ainda em sede de cautelar, dos argumentos atinentes a alegado abuso do poder de editar medidas provisórias. Pelo contrário: a maioria dos Ministros seguiu o

¹⁸ À época da decisão, o Art. 62 da Constituição Federal estava assim redigido: “Art. 62. Em caso de **relevância e urgência**, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional, que, estando em recesso, será convocado extraordinariamente para se reunir no prazo de cinco dias.” (grifos próprios)

¹⁹ ADI 1417 MC, p. 68.

²⁰ Na atual redação, introduzida pela EC nº 32/2001, o Art. 62 da Constituição passou a contar com o seguinte dispositivo: “§ 10. É **vedada a reedição**, na mesma sessão legislativa, de medida provisória que tenha sido rejeitada ou que tenha perdido sua eficácia por decurso de prazo.” (grifos próprios)

voto do relator, Min. Ayres Britto, e deferiu a cautelar, sob o fundamento de que a reedição, na mesma sessão legislativa, de medida provisória revogada significaria artificializar os requisitos de relevância e urgência – e representaria, por consequência, um abuso da competência do Presidente para editar medidas provisórias.

A seu turno, a ADI 6062 MC-Ref também abordou hipótese de reedição de medida provisória. No caso, cuidava-se da MP nº 870/2019, que, entre outras disposições, transferia a competência para a demarcação de terras indígenas da Funai situada no âmbito do Ministério da Justiça, para o Ministério da Agricultura. A controvérsia surgiu após a conversão da MP na Lei nº 13.844/2019, em cuja redação, por opção do Congresso Nacional, não consta a transferência de competência aludida. Em resposta, o Presidente editou nova medida provisória, a MP nº 866/2019, com o objetivo de incluir na lei de conversão a mesma mudança de competência que fora excluída pelo Legislativo.

À luz desses fatos, os Ministros reconheceram, por unanimidade, que a reedição contrariava os dizeres do Art. 62/CF, tendo fixado o seguinte entendimento: “Nos termos expressos da Constituição, é vedada a reedição, na mesma sessão legislativa, de medida provisória que tenha sido rejeitada. Com a concessão da presente cautelar, subsiste o tratamento normativo anterior, com vinculação da FUNAI ao Ministério da Justiça”. Nota-se, então, que o entendimento proferido na ADI 3964 MC foi mantido neste caso.

Assim, recapitulando a pergunta (ii) apresentada ao início deste tópico (“O que significa abusar do poder de editar MPs?”), parece ficar claro que o abuso do poder de editar medidas provisórias se configura quando há descumprimento dos preceitos inscritos no Art. 62 da Constituição. Destacadamente, conforme demonstram os casos examinados, essa modalidade de abuso de poder verifica-se quando não são observados os requisitos de urgência e relevância, bem como quando da reedição de medidas provisórias que tenham sido revogadas ou que tenham perdido eficácia. Ou seja, o STF entende que a edição de medida provisória é abusiva

quando ultrapassa os limites inscritos na mesma norma de competência que autoriza o Presidente a praticar tal ato.

Quanto à terceira pergunta (“Qual a relação entre o abuso do poder de editar MPs e o desvio de finalidade?”), destaca-se que nenhuma das decisões examinadas neste tópico (ADI 1417 MC, ADI 3964 MC, ADI 6062 MC-Ref) fazem menção aos termos desvio de finalidade ou desvio de poder. Isso parece indicar que os Ministros vislumbram uma diferenciação conceitual ou, no mínimo, terminológica entre abuso de poder e desvio de finalidade/desvio de poder, a qual será mais bem explorada no item 3.2. deste trabalho.

Examinados os três casos referentes ao abuso do poder de editar medidas provisórias, passa-se à ADI 5.468, que também trata de abuso do poder de editar atos normativos.

Mais especificamente, a ADI 5.468 discute se, ao emendar a Lei Orçamentária Anual de 2016 (Lei nº 13.255, de 15 de fevereiro de 2016) para reduzir o montante destinado à Justiça do Trabalho, o Poder Legislativo abusou de seu poder de legislar²¹. Neste ponto, houve certa divergência entre os Ministros, sendo que sete deles optaram por acompanhar o relator quanto à improcedência do pedido e três votaram pela procedência. Válido, então, examinar os pontos controvertidos, sobretudo no que tange à configuração de desvio de finalidade e à existência de abuso do poder de emenda.

Do lado que julgou improcedente o pedido, destaca-se o voto do Min. Luiz Fux, relator do caso. Debruçando-se sobre o assunto, o Ministro aponta que²²:

“as ilações realizadas pela inicial acerca do abuso do poder de emenda, assim como do descumprimento das premissas de proporcionalidade (ou de razoabilidade), foram

²¹ No caso, a Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho (ANAMATRA) impugnou o Anexo IV da LOA/2016, que, revisto pelo Congresso Nacional, reduziu as dotações orçamentárias destinadas à Justiça do Trabalho, em comparação à proposta de lei orçamentária apresentada pelo Poder Executivo. Para sustentar a inconstitucionalidade do dispositivo, a requerente alega, em síntese, que: (i) a redução das dotações orçamentárias destinadas ao Poder Judiciário configura afronta à separação dos poderes, que (ii) o ato legislativo que promoveu a redução estava eivado de desvio de finalidade e que (iii) a medida seria incompatível com o Plano Plurianual (2016 a 2019). Por mais interessantes que sejam as discussões relativas aos argumentos (i) e (iii), somente o argumento (ii) será examinado, por abordar temática pertinente a este trabalho.

²² ADI 5.468, p. 31.

desenvolvidas de modo genérico. Isto é, **não houve a apresentação esmiuçada dos requisitos normativos reveladores desses excessos invocados** – em quaisquer das tradições teóricas sustentadas (seja a do desvio do poder, seja a da proporcionalidade, ou ainda a da razoabilidade).” (grifei)

Pela leitura do trecho, logo questiona-se quais seriam os referidos “requisitos normativos” do desvio de finalidade, ao que o Ministro responde, na sequência, citando obra doutrinária de Celso Antônio Bandeira de Mello. Na passagem transcrita no voto, o posicionamento do Ministro acerca dos requisitos configuradores de desvio de finalidade fica assim exposto:

“No desvio de poder o agente, ao manipular um plexo de poderes, evade-se do escopo que lhe é próprio, ou seja, extravia-se da finalidade cabível em face da regra em que se calça. Em suma: o ato maculado deste vício direciona-se a um resultado diverso daquele ao qual teria de aportar ante o objetivo da norma habilitante. Há, então, um desvirtuamento de poder, pois o Poder Público, como de outra feita averbamos, falseia, deliberadamente ou não, com intuitos subalternos ou não, aquele seu dever de operar o estrito cumprimento do que se configuraria, ante o sentido da norma aplicanda, como o objetivo prezável e atingível pelo ato.

Trata-se, pois, de um vício objetivo, pois o que importa não é se o agente pretendeu ou não discrepar da finalidade legal, mas se efetivamente dela discrepou. (...)²³

Nota-se, pois, que o Ministro, abalizado nas lições de Celso Antônio Bandeira de Mello, entende que configuração de desvio de finalidade independe da vontade do agente coator. Nessa perspectiva, portanto, o desvio de finalidade consiste em um vício objetivo, aferível pelo descompasso entre a finalidade inscrita na norma e a finalidade efetivamente alcançada pelo ato.

Interessante notar que, no caso, a fundamentação utilizada pela requerente para sustentar a ocorrência de desvio de finalidade considera elementos subjetivos. Nesse sentido, defende a ANAMATRA que as razões apontadas no relatório da Comissão Mista de Planos, Orçamentos Públicos e

²³ ADI 5.468, p. 31.

Fiscalização do Congresso Nacional (CMO) para justificar os cortes orçamentários da Justiça do Trabalho teriam demonstrado o caráter retaliatório da medida. Isto é, alegaram tratar-se de ato cuja finalidade seria prejudicar, deliberadamente, a Justiça do Trabalho.

Se, por um lado, o Ministro Fux não acata essa argumentação, o Min. Celso de Mello vai no sentido diametralmente oposto:

“As razões invocadas pela ANAMATRA, autora da presente ação direta, demonstraram, **objetivamente**, que o Congresso Nacional **incidiu em claro desvio de finalidade** quando promoveu abusiva redução da dotação orçamentária da Justiça do Trabalho, fazendo-o, de modo arbitrário, **em caráter de retaliação** pelas decisões legitimamente proferidas por essa importantíssima instituição da República no estrito exercício de sua competência jurisdicional. O texto que o Deputado Ricardo Barros, Relator do projeto de lei orçamentária anual, apresentou à Comissão Mista do Congresso Nacional **constitui a prova mais eloquente de que a drástica redução por ele proposta e acolhida pelo Poder Legislativo** (50% das dotações para custeio e 90% dos recursos destinados a investimentos) **traduziu nítida e inaceitável manifestação de intolerância em relação à Justiça do Trabalho**, impondo-lhe cortes inéditos e gravosos, especialmente se comparados com o corte linear médio de 15% para custeio (e não de 29%) e de 40% para fins de investimentos (e não de 90%) incidente sobre os demais órgãos do Poder Judiciário.”²⁴

A divergência persiste quanto à existência de abuso do poder de legislar. Se, na visão do Min. Fux²⁵, a redução orçamentária impugnada foi perfeitamente legítima, isto é, compatível com os preceitos da proporcionalidade e da razoabilidade, porque acompanhou a situação de crise fiscal do país, para o Min. Celso de Mello a medida viola os postulados da proporcionalidade e da razoabilidade, o que configuraria abuso do Poder Legislativo²⁶.

²⁴ ADI 5.468, p. 111.

²⁵ ADI 5.468, p. 35: “Dessarte, ainda quando se realiza a avaliação de cada um dos já subprincípios da proporcionalidade (necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito), não se configura abuso do poder legislativo a redução do orçamento público destinado a órgãos e programas orçamentários em decorrência de contexto de crise econômica e fiscal.”

²⁶ ADI 5.468: “Não se pode desconhecer que as normas legais devem observar, quanto ao seu conteúdo, **critérios de razoabilidade**, em estrita consonância com os padrões **fundados no princípio da proporcionalidade**, pois, como se sabe, todas as normas emanadas do Poder

3.3. Desvio de finalidade em concursos públicos: RE 229.450 e MS 26.849 AgR

Nestes casos, em que se alega a ocorrência de desvio de finalidade em atos praticados no transcorrer de concursos públicos, a principal discussão pertinente para este trabalho diz respeito à possibilidade de o STF substituir-se às Bancas Examinadoras para revisar seus atos.

No MS 26.849 AgR, o impetrante, segundo colocado em concurso realizado em 2007 para provimento ao cargo de Auditor do TCU, contestou o resultado do certame por entender que a Banca Examinadora teria, indevidamente, atribuído pontos ao primeiro colocado. Uma vez impetrado o mandado de segurança, nota-se que o requerente demandou intervenção judicial em atos internos ao próprio concurso, tendo questionado, por exemplo, a interpretação conferida pela Banca a dispositivos do Edital do certame.

Nesse caso, a possibilidade de o STF substituir-se à Banca foi expressamente enfrentada pelos Ministros, sendo que o posicionamento firmado ficou assim consignado na ementa, da lavra do Min. Fux²⁷:

“A releitura da atávica dicotomia entre atos vinculados v. atos discricionários pela moderna dogmática do direito administrativo, **autoriza o controle jurisdicional mais ou menos intenso nos atos praticados pelas comissões organizadoras de concurso público** conforme o grau de vinculação do ato administrativo (edital) à juridicidade, **notadamente quando se verificar desvio da finalidade na atribuição de pontuação** aos títulos dos candidatos ou quando esta for manifestamente desproporcional à luz das exigências editalícias.” (grifei)

Valendo-se dessa visão, o Tribunal, em conformidade com o voto do relator, entendeu não haver desvio de finalidade no caso. Isso porque, como aponta o Min. Fux, “a pontuação decorreu de valoração engendrada pela comissão à luz de critérios estabelecidos no edital que rege o certame in foco, fato que, evidentemente, revela a ausência de ilegalidade e, a fortiori, afasta o controle judicial”²⁸.

Público, inclusive os seus atos legislativos, devem ajustar-se à cláusula que consagra, em sua dimensão material, o princípio do “substantive due process of law” (CF, art. 5º, LIV), eis que, no tema em questão, o postulado da proporcionalidade qualifica-se como parâmetro de aferição da própria constitucionalidade material dos atos estatais (...) **A ausência, no diploma legislativo em questão, do necessário coeficiente mínimo de razoabilidade põe em evidência a grave questão pertinente ao abuso da função de legislar .**

²⁷ MS 26.849 AgR, p. 5.

²⁸ MS 26.849 AgR, p. 25.

Sendo assim, o julgado demonstra cenário em que o desvio de poder é manejado de forma a justificar a deferência do Judiciário frente aos atos da Administração (no caso, frente aos atos da Banca Examinadora do concurso).

Posicionamento similar é percebido quando da análise do RE 229.450. Trata-se de recurso interposto pelo Município de Niterói contra decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, em sede de mandado de segurança, pela qual o município ficaria obrigado a nomear os candidatos aprovados em concurso, realizado no ano de 1995, para provimento ao cargo de fiscal de sistema viário do Município de Niterói. O recorrente sustentou que a decisão impugnada, ao determinar a nomeação dos aprovados, violou o princípio da independência dos poderes, porque seria de competência do Chefe do Poder Executivo a prerrogativa de dispor sobre a organização e funcionamento da Administração, especialmente no que diz respeito ao provimento e à extinção de cargos públicos.

Nesse quadro fático, a figura do desvio de poder entra em cena quando se reflete sobre a possibilidade de o Chefe do Executivo municipal, considerando juízos de conveniência e oportunidade, não proceder à célere nomeação²⁹ dos aprovados em concurso público. A pergunta que se coloca, nesse sentido, é: o Chefe do Executivo que não nomeia aprovados em concurso público comete desvio de poder?

Ao enfrentar essa questão, o Min. Néri da Silveira argumentou que: "Poderia efetivamente caracterizar-se uma situação de fraude, de desvio de poder no ato de não querer nomear. Mas, para tanto, seria necessário que esse fato ficasse realmente evidenciado."³⁰ Ou seja, indica que a verificação de desvio de finalidade no ato de deixar de nomear aprovados em concurso público não é automática, depende de comprovação. Por essa lógica, não havendo evidência de desvio de finalidade, o Chefe do Executivo não fica obrigado a nomear os aprovados.

²⁹ No caso, deve-se ter em conta que o art. 77, inciso VII, da Constituição do Estado do Rio de Janeiro, determina que o provimento se dê em, no máximo, 180 dias contados desde a homologação do resultado do certame.

³⁰ RE 229.450, p. 185.

Percebe-se, ainda, que, caso entendesse que o ato de não nomear os aprovados configura desvio de finalidade do agente público, a Corte poderia intervir na prática da Administração e determinar que se procedesse à nomeação. Entretanto, assim como no julgamento do MS 26.849 AgR, a ausência de desvio de finalidade foi novamente utilizada como argumento em favor da deferência do Poder Judiciário em relação à Administração.

Também interessa notar que, apesar de ficar evidente, nos dois julgados, que o Tribunal indica haver requisitos necessários à configuração do desvio de poder, não há aprofundamento acerca de quais seriam esses requisitos.

3.4. Desvio de finalidade em decretos presidenciais: ADI 5.874 e ADI 6.529

As duas ações diretas de inconstitucionalidade examinadas neste tópico têm como objeto decretos editados pelo Presidente da República que tiveram sua constitucionalidade questionada por, entre outros motivos, estarem viciados em sua finalidade. Apesar dessa semelhança, o manejo do conceito de desvio de poder foi distinto em cada uma das decisões: na ADI 5.874, o desvio de poder joga a favor da improcedência da ação, na ADI 6.529, é empregado em favor da procedência.

Passando à análise dos casos, tem-se, em primeiro lugar, a ADI 5.874, na qual pleiteou-se a declaração de inconstitucionalidade do Decreto nº 9.246/2017, por meio do qual o Presidente da República concedeu indulto natalino coletivo e comutação da pena a diversos grupos de pessoas especificados no Decreto. Diante dessa previsão, a Procuradoria-Geral da República, autora da ADI, sustentou que a norma seria inconstitucional por, entre outros argumentos, não “adequar-se às finalidades constitucionais de prevenção, repressão e proteção de bens jurídicos relevantes, não lhe sendo legítimo editar norma descriminalizante”³¹.

A posição acerca desse argumento foi motivo de controvérsia entre os Ministros. Se, por um lado, o relator, Min. Barroso, e outros três Ministros

³¹ ADI 5.874, p. 8.

sustentaram que o Decreto estava maculado em sua finalidade, a divergência aberta pelo Min. Alexandre de Moraes para defender a licitude do Decreto prevaleceu nos demais votos.

No entendimento adotado pelo relator:

“O indulto coletivo, como praticado no Brasil, tem duas grandes justificativas de acordo com a doutrina. A primeira: o descongestionamento do sistema penitenciário. Portanto, o indulto é um instrumento de política penitenciária. Segundo, o seu caráter humanitário. **Nenhuma dessas finalidades é atendida com o perdão da pena, em caráter genérico, de pessoas condenadas por crimes relacionados à corrupção**”³². (grifei)

Como se vê, a fim de defender a ocorrência de desvio de finalidade, o Min. Barroso se preocupa, primeiramente, em tentar definir quais as finalidades da norma que atribui ao Presidente a competência para editar decreto de indulto. Cabe destaque ao fato, reconhecido expressamente pelo Ministro, de que tais finalidades foram extraídas da doutrina, o que não impediu que fossem utilizadas para embasar a ocorrência de desvio de finalidade no ato impugnado.

O Min. Fux e a Min. Carmen Lúcia empregam esse mesmo raciocínio em seus votos – isto é, também atribuem uma finalidade à norma com o intuito de a comparar com a finalidade do ato praticado. Para o primeiro³³, “o desvio de finalidade do Decreto resta cristalino ante a constatação do irrazoável benefício concedido a criminosos do colarinho branco”, uma vez que “restou exposta a real finalidade do Decreto ora impugnado, qual seja, a de perpetuar a impunidade de delitos de corrupção e contra a administração pública.”

Na mesma toada, mas vislumbrando finalidade diversa na norma habilitante, a Min. Carmen Lúcia aponta que os dispositivos impugnados

“não se coadunam com a finalidade constitucionalmente estatuída a permitir o indulto, pois, como explicitado na peça inicial do processo, esvazia-se a jurisdição penal, nega-se o prosseguimento e a finalização de ações penais em curso, privilegiam-se situações de benefícios sobre outros antes concedidas a diluir o processo penal, **nega-se, enfim, a**

³² ADI 5.874, p. 30.

³³ ADI 5.874, p. 251-252

natureza humanitária do indulto, convertendo-o em benemerência sem causa e, portanto, sem fundamento jurídico válido.³⁴ (grifei)

Contudo, conforme apontou-se inicialmente, não foi esse o posicionamento prevalecente.

No entendimento do Min. Gilmar Mendes³⁵, por exemplo, a autora falhou em fornecer evidências de que o Decreto perseguiria finalidade diversa daquela típica do indulto. Na mesma linha e valendo-se da noção de presunção de legalidade dos atos da Administração, o Min. Celso de Mello³⁶ argumentou que cabe a quem alega a configuração de desvio de finalidade o ônus de provar que houve intenção deliberada por parte do agente público de agir tendo em vista finalidade diversa daquela contida na norma habilitante – o que, em sua concepção e na da maioria do Plenário, não ocorreu no caso.

Em comparação à ADI 5.874, nota-se que houve consideravelmente menos divergências no julgamento da ADI 6.529. No caso, relatado pela Min. Carmen Lúcia, o partido Rede Sustentabilidade questionou a constitucionalidade de dispositivos da Lei nº 9.883/1999, que institui o Sistema Brasileiro de Inteligência – SBI e criou a Agência Brasileira de Inteligência - ABIN, bem como do Decreto nº 10.445/2020, que, conforme alega o autor, ampliou as hipóteses em que a ABIN pode requisitar informações de órgãos e entidades integrantes do SBI.

Sobre a verificação de desvio de finalidade nos dispositivos impugnados, a relatora cuida, preliminarmente, de identificar a finalidade da norma que habilita a ABIN a requisitar informações presentes no âmbito SBI. Para tanto, recorre ao art. 4º da Lei nº 9.883/1999³⁷, do qual extrai que a finalidade do fornecimento de dados do SBI à ABIN tem por finalidade

³⁴ ADI 5.874, p. 302

³⁵ ADI 5.874, p. 149-150.

³⁶ ADI 5.874, p. 182-184.

³⁷ “Art. 4º. Os órgãos componentes do Sistema Brasileiro de Inteligência fornecerão à ABIN, nos termos e condições a serem aprovados mediante ato presidencial, para fins de integração, dados e conhecimentos específicos relacionados com a defesa das instituições e dos interesses nacionais.”

promover a integração destes, bem como tornar eficiente a defesa das instituições e dos interesses nacionais.

Assentada essa finalidade, a Ministra-relatora argumenta que o “compartilhamento de dados e conhecimentos específicos que visem ao interesse privado do órgão ou de agente público não é juridicamente admitido, caracterizando-se desvio de finalidade e abuso de direito”³⁸, pelo que conclui que “qualquer ato de Estado que vise a atender interesse particular do governante é inválido porque contraria o sistema constitucional. Comprovado o descumprimento dos princípios constitucionais, há de ser declarado ilegítimo pelo Poder Judiciário, no desempenho de controle abstrato de constitucionalidade da norma”³⁹.

Assim, conduzido pelo voto da relatora, o Plenário, de maneira unanime, deferiu o pedido e deu interpretação conforme ao art. 4º da Lei nº 9.883/1999 com vistas a impedir requisições de informação abusivas.

É interessante notar, a título de comparação, que a operação argumentativa empregada para traçar a finalidade de normas é diferente nos dois julgados. Ao passo que, na ADI 5874, o Min. Barroso extrai a finalidade do indulto da doutrina, na ADI 6529, a Min. Carmen Lúcia procura a finalidade da norma em sua própria redação.

3.5. Desvio de finalidade no manejo do patrimônio público: AO 2330 AgR e Rcl 42576 MC

Neste último bloco foram examinados casos em que o STF foi provocado a decidir sobre questões relativas ao patrimônio da União: a AO 2.330 AgR tratou de litígio decorrente de alteração de regras previdenciárias aplicáveis à magistratura federal, ao passo que a Rcl 42.576 MC discutiu a possibilidade de alienação de subsidiárias pela Petrobrás.

No primeiro caso, o autor, magistrado federal aposentado, questionou a constitucionalidade da EC nº 20/1998, que alterou a Constituição Federal para incluir magistrados federais no regime geral de previdência.

³⁸ ADI 6.529, p. 41.

³⁹ ADI 6.529, p. 43.

Essencialmente, alegou que a emenda estaria contaminada por vício formal, uma vez que a remoção da expressão “no que couber” – inicialmente prevista ao final da redação conferida pela emenda ao art. 93, inciso VI⁴⁰ – teria ocorrido exclusivamente no segundo turno da votação no Senado. O autor, então, desenvolve uma série de argumentos a partir desse contexto fático, dentre os quais cabe destacar o suposto cometimento de desvio de finalidade pelo então Presidente do Senado Federal, o Senador Antônio Carlos Magalhães.

Conforme o relatório do Min. Gilmar Mendes, o autor:

“Menciona que a retirada da expressão “no que couber”, aprovada exclusivamente no 2º turno, só teria sido realizada em razão de uma discussão pública entre o Presidente do Senado (à época, o Senador Antônio Carlos Magalhães) e o então Presidente desta Corte (Min. Celso de Mello), relacionada à entrevista em que este último teria emitido opinião, criticando a decisão do Senado de manter regras previdenciárias diferenciadas para os juízes.”⁴¹ (grifei)

Ainda segundo o relator:

“Reafirma que a nova redação do disposto no art. 93, VI, da CF só teria sido instituída como forma de atingir a pessoa do então Presidente do STF e, conseqüentemente, todos os magistrados do país, de modo que, assim agindo, o Presidente do Senado teria incidido em abuso de direito e desvio de finalidade, o que tornaria nulo o resultado da votação, nos termos do art. 37, caput, da Constituição Federal.”⁴²

Debruçando-se sobre essa questão, o Min. Gilmar Mendes argumentou que o autor não fornecera qualquer evidência de que houve desvio de finalidade. Relatou que nem mesmo a discussão entre o Presidente do Senado e o Presidente do STF em que se fundou a acusação fora juntada ao processo. Por isso, o Ministro concluiu que não se configurou desvio de finalidade e negou provimento ao agravo, no que foi acompanhado pelo restante do Plenário.

Já na Rcl 42.576 MC o que estava em questão era saber se a criação e posterior alienação de empresas subsidiárias da Petrobrás seria compatível

⁴⁰ Art. 93. (...) VI – “a aposentadoria dos magistrados e a pensão de seus dependentes observarão o disposto no art. 40” [no que couber];

⁴¹ AO 2.330 AgR, p. 4.

⁴² AO 2.330 AgR, p. 5.

com a decisão proferida pelo Tribunal quando do julgamento da ADI 5624 MC-Ref⁴³. Nesse sentido, os autores requerem ao Tribunal explicitação no sentido de que a criação “artificial” de subsidiárias, ou seja, aquela praticada com o propósito de permitir posterior alienação de ativos sem autorização legislativa, configura desvio de finalidade, uma vez que pode levar a “privatizações brancas”⁴⁴, alheias ao controle do Congresso Nacional.

Analisando-se os votos dos Ministros sobre essa tese, verifica-se que há posicionamentos contrastantes sobre a licitude da “criação artificial” de subsidiárias.

O relator, Min. Edson Fachin, acatou a argumentação dos autores e, em sede de liminar, votou pela suspensão da criação de subsidiárias e das alienações até o julgamento de mérito da ação. Partindo do pressuposto de que a criação de subsidiárias deve ter por finalidade o “estrito cumprimento de atividades de seu objeto social que integrem a indústria do petróleo”⁴⁵, o relator entendeu “não ser possível a livre criação de subsidiárias com o consequente repasse de ativos e posterior venda direta no mercado”⁴⁶. Isso porque, prossegue o Ministro: “Como trouxe a peça inaugural desta ação ‘A falta de critérios balizadores quanto à liberdade de conformação empresarial em relação às subsidiárias abre espaço para um cenário de fraude, resultando

⁴³ A ementa da ADI 5.624 MC-Ref ficou assim redigida: “MEDIDA CAUTELAR EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. CONCESSÃO PARCIAL MONOCRÁTICA. INTERPRETAÇÃO CONFORME À CONSTITUIÇÃO. ART. 29, CAPUT, DA LEI 13.303/2016. VENDA DE AÇÕES. ALIENAÇÃO DO CONTROLE ACIONÁRIO DE EMPRESAS PÚBLICAS, SOCIEDADES DE ECONOMIA MISTA OU DE SUAS SUBSIDIÁRIAS E CONTROLADAS. NECESSIDADE DE PRÉVIA AUTORIZAÇÃO LEGISLATIVA E DE LICITAÇÃO. VOTO MÉDIO. MEDIDA CAUTELAR PARCIALMENTE PELO PLENÁRIO. I – A alienação do controle acionário de empresas públicas e sociedades de economia mista exige autorização legislativa e licitação pública. **II – A transferência do controle de subsidiárias e controladas não exige a anuência do Poder Legislativo e poderá ser operacionalizada sem processo de licitação pública, desde que garantida a competitividade entre os potenciais interessados e observados os princípios da administração pública constantes do art. 37 da Constituição da República.** III – Medida cautelar parcialmente referendada pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal.” (grifei)

⁴⁴ Rcl 42.576 MC, p. 2-3: “(...) a criação artificial de subsidiárias, isto é, a constituição de novas subsidiárias a partir de desmembramentos da empresa-matriz, quando se cuidar de um processo não orientado por novas oportunidades de negócios, mas sim pelo interesse na alienação de ativos, configura desvio de finalidade, sendo prática proibida e inconstitucional, ante a possibilidade de conduzir a ‘privatizações brancas’, em burla ao controle democrático do Congresso Nacional”

⁴⁵ Rcl 42.576 MC, p. 11.

⁴⁶ Rcl 42.576 MC, p. 15.

em um esvaziamento do papel congressual na deliberação sobre os bens de domínio da União”⁴⁷.

Visão divergente é apresentada pelo Min. Alexandre de Moraes, para quem a situação fática do caso não se confunde com privatização parcial, tampouco com perda do controle acionário da empresa – essas, sim, condutas cuja execução sem autorização legislativa seria vedada. Em seu entendimento, as alienações em pauta seriam justificáveis à luz do Plano de Desinvestimentos da empresa-mãe, a Petrobrás, que apresentou razões operacionais e de mercado para que se procedesse às alienações. Por conseguinte, concluiu que não cabe se falar em desvio de finalidade, uma vez que não se trataria de privatização velada, mas de legítima opção gerencial que visa a ampliar a eficiência da empresa⁴⁸.

Se, por um lado, ficou evidente que os autores das duas ações recorreram ao desvio de finalidade como argumento em favor de seus pedidos, por outro, a relevância dessa questão para o Plenário oscilou.

Na AO 2330 AgR, embora o autor tenha relatado uma situação potencialmente grave – qual seja, uma suposta retaliação promovida pelo Presidente do Senado contra o Presidente do STF e a magistratura –, o Min. Gilmar Mendes afastou, em um parágrafo curto⁴⁹, a ocorrência de desvio de finalidade, por entender ser inexistente qualquer indício nesse sentido. O relator até elenca referências à doutrina e a decisões de cortes estrangeiras sobre o desvio de finalidade, mas parece o fazer muito mais com o intuito de fundamentar eventual controle judicial de atos discricionários do que propriamente para apresentar requisitos do desvio de finalidade e subsumi-los ao caso concreto.

Diferentemente, na Rcl 42.576 MC, o desvio de finalidade figura como um dos argumentos centrais para o Plenário. Seja nos votos dos Ministros que entenderam haver desvio de poder seja naqueles em que se defendeu o contrário, a argumentação sobre desvio de finalidade foi extensamente

⁴⁷ Rcl 42.576 MC, p. 15.

⁴⁸ Rcl 42.576 MC, p. 20-29.

⁴⁹ Rcl 42.576 MC, p. 48.

trabalhada. Mais do que isso, houve clara preocupação do Plenário em discutir, ainda que em sede de liminar, se o quadro fático apresentado pelos autores configuraria desvio de poder.

3.6. Aspectos formais dos casos

Antes de passar-se à apresentação dos resultados da pesquisa, cabe examinar alguns aspectos formais dos casos.

Nesse sentido, é necessário fazer uma ressalva: o universo amostral do trabalho (13 acórdãos) não é suficientemente amplo para permitir uma análise quantitativa sólida. Apesar disso, sem a pretensão de apontar padrões ou tendências generalizáveis, apresenta-se, a seguir, alguns aspectos formais dos acórdãos que contribuem para a abordagem qualitativa adotada.

O primeiro aspecto a ser tratado diz respeito às partes dos casos. Se, no polo ativo, verificou-se uma pluralidade de agentes (partidos políticos, associações de classe, pessoas físicas, entre outros), o polo passivo é marcado por uma relativa predominância do Presidente da República, cujos atos foram contestados em 5⁵⁰ dos 13 acórdãos.

Ressalta-se, ainda, que esses 5 casos consistem em ADIs, impetradas em face de decretos ou de medidas provisórias editadas pelo Presidente. Quando da análise das decisões proferidas pelo Tribunal nesses casos, percebeu-se que o Presidente ficou vencido em 4 delas, sendo a única exceção a ADI 5.874, a qual tinha por tema decreto de indulto editado pelo Presidente.

Evidentemente que esses dados não permitem inferir, necessariamente, a existência de um padrão decisório contrário aos atos do Presidente da República. Não obstante, sugerem que não parece haver uma tendência necessariamente deferente por parte do Tribunal ao analisar atos normativos discricionários editados pelo Presidente. É dizer: a Corte não parece, nesses casos, ter problemas em se contrapor ao Presidente da República para considerar inconstitucionais atos legislativos por ele editados.

⁵⁰ São eles: ADI 1.417 MC, ADI 3.964 MC, ADI 6.062 MC-Ref, ADI 5.874 e ADI 6.529.

Para além das partes, as relatorias também chamaram atenção. Nessa matéria, cuidou-se de verificar se um mesmo Ministro, ao relatar casos distintos, teria adotado a mesma modalidade⁵¹ de desvio de finalidade. Novamente, a amostragem figurou como um fator limitante para essa análise, uma vez que apenas o Min. Barroso e o Min. Fux relataram mais de um caso.⁵²

Acerca da espécie de controle de constitucionalidade exercido, verificou-se 7 ocorrências de controle abstrato, contra 6 de controle incidental. O mesmo ocorreu quanto ao tipo de decisão do Tribunal, sendo 7 decisões majoritárias e 6 unânimes.

Por fim, cabe salientar que uma análise quantitativa sobre o desvio de finalidade, a qual ficou comprometida neste trabalho, pode ser conduzida com maior êxito em pesquisa cujo recorte abarque decisões monocráticas – argumento que será desenvolvido na conclusão.

4. Resultados de pesquisa

4.1. A questão terminológica: abuso de poder, desvio de finalidade ou desvio de poder?

Uma das questões que surgiu no curso da pesquisa foi: o STF considera as expressões “abuso de poder”, “desvio de poder” e “desvio de finalidade” como sinônimas?

Acerca disso, primeiro constatou-se que as expressões “desvio de poder” e “desvio de finalidade” são utilizadas indistintamente pelos Ministros. Esse entendimento, por sua vez, é compatível com a origem do instituto, que surgiu em decisões do Conselho de Estado francês como *détournement de*

⁵¹ Identificou-se, essencialmente, duas modalidades de desvio de finalidade: a modalidade objetiva, segundo a qual a configuração do vício independe da vontade do agente em fraudar a lei, e a modalidade subjetiva, que entende o dolo como requisito à configuração do desvio. Essa distinção é aprofundada no tópico 4.3.

⁵² O Min. Barroso foi relator ADI 6.062 MC-Ref e na ADI 5.874, assim como o Min. Fux relatou a ADI 5.468 e o MS 26.849 AgR

pouvoir e que foi traduzida para ordenamento pátrio nessas duas expressões sinônimas.⁵³

O “abuso de poder”, por sua vez, parece ser entendido como uma categoria mais abrangente do que o desvio de poder. Seria, para fazer uma analogia, o gênero a que pertence a espécie desvio de finalidade. Essa distinção fica aparente, por exemplo, na ementa da ADI 5.468, transcrita na sequência:

“[...] 7) O **abuso do poder** de emenda, assim como do descumprimento das premissas de proporcionalidade (ou de razoabilidade), não podem ser acolhidos quando suscitados de forma genérica, diante da ausência de impugnação específica e adequada dos requisitos normativos reveladores desses excessos invocados – em quaisquer das tradições teóricas sustentadas (seja a do desvio do poder, seja a da proporcionalidade, ou ainda a da razoabilidade). 8) O **desvio de finalidade** tem como referência conceitual a ideia de deturpação do dever-poder atribuído a determinado agente público que, embora atue aparentemente dentro dos limites de sua atribuição institucional, mobiliza a sua atuação à finalidade não imposta, ou não desejada pela ordem jurídica, ou pelo interesse público. [...]” (BRASIL, 2016, P. 3-4, grifei)

Apesar de ficar claro, no trecho, que as expressões não são sinônimas (veja-se que o Ministro redator do acórdão as situa, inclusive, em tópicos distintos), também se observa que há uma relação entre elas. E a relação indicada vai precisamente no sentido de caracterizar o desvio de poder como uma modalidade particular de abuso de poder.

Assim, nota-se que, em diversas ocasiões, a expressão “abuso de poder” foi utilizada pelo STF como uma categoria jurídica distinta e mais abrangente do que o desvio de finalidade/desvio de poder.

4.2. O controle judicial de atos jurídicos discricionários pelo STF

Uma constante na análise dos acórdãos foi o posicionamento do Tribunal a respeito do controle judicial de atos discricionários. Em regra, percebe-se uma preocupação relevante dos Ministros em fundamentar as possibilidades de controle de atos discricionários. Mais do que isso, preocupam-se em explicitar que, em se tratando de atos discricionários, o

⁵³ TÁCITO, Caio. **Teoria e prática do desvio de poder**, Revista de Direito Administrativo, n. 117, p. 1-18, jul./set. 1974.

Poder Judiciário deve ser deferente à Administração, salvo em situações que autorizem a intervenção judicial.

A fim de definir os episódios em que se mostra devida a revisão judicial, os Ministros recorrem à distinção entre legalidade e mérito dos atos administrativos. Dessa maneira, por entender que não cabe ao Judiciário adentrar no mérito do ato discricionário, a Corte só se vê autorizada a rever atos discricionários nas hipóteses em que se identifica algum problema de legalidade.

Assim, em uma tentativa de sistematizar essas hipóteses, pode-se apontar que, nos casos analisados, o STF entende que o controle judicial sobre atos discricionários se justifica se vislumbrada alguma das seguintes condições: (i) ato viciado por desvio de finalidade e (ii) ato desproporcional ou irrazoável.

Os próximos dois tópicos serão, portanto, dedicados a detalhar o entendimento do Tribunal acerca desses temas.

4.3. A configuração do desvio de finalidade

Percebeu-se, nos julgados, que não há uma noção uniforme e homogênea de desvio de finalidade. Apesar disso, parece haver alguns consensos, como a ideia segundo a qual o desvio de poder consiste em vício incidente sobre a validade do ato administrativo e que, conseqüentemente, o desvio de finalidade, quando configurado no caso concreto, é hipótese de nulidade do ato. Destaca-se, ainda, as frequentes referências à formulação típica de desvio de finalidade⁵⁴, conforme a qual esse vício se manifesta quando é editado um ato aparentemente lícito em forma, mas praticado com

⁵⁴ Vale citar, a título de exemplo, passagem do voto da Min. Carmen Lúcia na ADI 5.874: "Ensinava Seabra Fagundes, que 'a atividade administrativa sendo condicionada, pela lei, à obtenção de determinadas conseqüências, não pode o administrador, ao exercê-la, ensejar conseqüências diversas das visadas pelo legislador. Os atos administrativos devem procurar atingir as conseqüências que a lei teve em vista quando autorizou a sua prática, sob pena de nulidade. ... A lei previu que o ato fosse praticado visando a certa finalidade, mas a autoridade o praticou com finalidade diversa. Houve uma burla da intenção legal. A autoridade agiu contrariando o espírito da lei' (FAGUNDES, M. Seabra – O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 87)." (BRASIL, 2019, p. 298)

finalidade diversa em relação àquela presente na norma que atribuiu competência ao agente para fazê-lo.

Ademais, também parece ser ponto pacífico que alegações sobre a ocorrência desse vício não podem ser genéricas, isto é, devem ser acompanhadas de alguma evidência que as sustente. Isso parece ser decorrência da presunção de legalidade dos atos da Administração, à qual os Ministros também recorrem frequentemente.

A principal diferença de posicionamento que se verificou diz respeito aos requisitos necessários à configuração de desvio de finalidade.

Uma primeira modalidade de posicionamento, aqui chamada de “visão objetiva”, sustenta que o desvio de finalidade se configura objetivamente, independentemente da intenção do agente público em editar ato com finalidade diversa à da norma habilitante. Nessa lógica, o vício se apresenta a partir do resultado do ato que, de forma deliberada ou não, teve finalidade desconforme à norma.

O Min. Barroso explicita essa visão no voto proferido na ADI 5.874, do qual foi relator:

“(...) afigura-se configurado também o desvio de finalidade, que ocorre quando um ato é praticado pela autoridade competente, tem aparente forma de direito, **mas visa atingir objetivos distintos daqueles autorizados pela Constituição e pelas leis. E estou aqui aferindo a questão do desvio de finalidade objetivamente.** E não estou sequer cogitando de intenção subjetiva presente ou não presente, mas objetivamente (...).”⁵⁵ (grifei)

Partindo desse entendimento, o Ministro entendeu que o decreto de indulto impugnado pela ADI estaria eivado de desvio de poder não por ter o Presidente da República desejado editar ato com finalidade desconforme à norma que lhe atribuiu competência para conceder o indulto, mas, na visão do Ministro, por, objetivamente, tê-lo feito⁵⁶.

⁵⁵ ADI 5.874, p. 30.

⁵⁶ Para o Ministro Barroso: “O indulto coletivo, como praticado no Brasil, tem duas grandes justificativas de acordo com a doutrina. A primeira: o descongestionamento do sistema penitenciário. Portanto, o indulto é um instrumento de política penitenciária. Segundo, o seu caráter humanitário. Nenhuma dessas finalidades é atendida com o perdão da pena, em

Nessa mesma ação, porém, há Ministros que adotam visão contrária. É o caso do Min. Celso de Mello, para quem:

“A configuração desse grave vício jurídico, no entanto, que recai sobre um dos elementos constitutivos do ato administrativo, **pressupõe a intenção deliberada, por parte do administrador público, de atingir objetivo vedado pela ordem jurídica ou divorciado do interesse público (...), desígnio esse que não se presume**, sob pena de subversão dos postulados referentes à presunção de legalidade, de veracidade e de legitimidade de que se reveste todo e qualquer ato emanado da Administração Pública.”⁵⁷ (grifei)

E, em linha com esse entendimento, conclui:

“(...) incumbe a quem imputa ao administrador público a prática desviante de conduta ilegítima **a prova inequívoca de que o agente público**, não obstante editando ato revestido de aparente legalidade, ter-se-ia valido desse comportamento administrativo **para perseguir fins completamente desvinculados do interesse público**.”⁵⁸ (grifei)

Ou seja, segundo essa visão, mais do que uma evidência de que o ato foi editado com finalidade não autorizada pela norma, a configuração do desvio de poder depende de “prova inequívoca” da intenção inidônea do agente público. Comparativamente à modalidade objetiva, a aqui chamada modalidade subjetiva cria ônus argumentativo consideravelmente mais elevado para que se identifique desvio de finalidade em um caso concreto. Isso porque adentrar à intenção subjetiva de um agente é sempre um exercício complexo para o intérprete e, no mais das vezes, são escassas as provas inequívocas.

Ainda a respeito das modalidades de desvio de finalidade observadas nos acórdãos, importa ressaltar que parte expressiva dos votos não acolhe, explícita ou implicitamente, alguma das modalidades. Em muitos casos, sobretudo quando entendem que a argumentação sobre desvio de finalidade deve ser afastada, os Ministros limitam-se a dizer que não foram apresentados indícios do vício, de sorte que não discutem se é ou não

caráter genérico, de pessoas condenadas por crimes relacionados à corrupção”. Dessa forma, a edição de decreto de indulto, nos termos do decreto impugnado, contrariaria as finalidades do instituto e seria, portanto, um ato inválido.” Cf. BRASIL, 2019, p. 30.

⁵⁷ ADI 5.874, p. 182

⁵⁸ ADI 5.874, p. 184

relevante a comprovação de intenção subjetiva do agente público em desviar da finalidade devida.

4.4. Desvio de finalidade e os princípios do direito administrativo

Um dos objetivos desta pesquisa foi tentar identificar se o Plenário do STF entende que há alguma relação entre desvio de finalidade e princípios do direito administrativo.

Percebeu-se, então, de largada, que todos os acórdãos analisados trazem alguma menção a princípios. Esse dado não indica, por si só, que os Ministros enxergam alguma conexão entre desvio de finalidade e princípios, mas as argumentações empregadas sobre esses tópicos por vezes se conectam.

Essa situação ocorreu sobretudo com os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, cuja violação ou observância muitas vezes foram suscitadas, juntamente ao desvio de finalidade, como fundamento para defender ora a licitude ora a nulidade do ato em exame.

Em face dessa recorrente associação, procurou-se identificar se seria possível dizer que os Ministros entendem que violações a princípios constituem requisito à configuração de desvio de poder. Percebeu-se, então, que não parece haver um nexo de causalidade entre violações a princípios e a ocorrência de desvio de finalidade. É dizer: ainda que reconheçam que um ato viola dado princípio e que se reveste de desvio de finalidade, os Ministros não entendem que o primeiro dá causa ao segundo.

Situação diversa ocorre com o abuso de poder, que, conforme argumentado no tópico 4.1., representa categoria mais ampla, da qual o desvio de finalidade é modalidade. Nos casos relativos a essa matéria, em especial naqueles associados ao abuso do poder de legislar, notou-se que violações a princípios foram expressamente mencionadas como causas configuradoras de abuso de poder.

Veja-se, nesse sentido, trecho do voto do Min. Celso de Mello na ADI 5.468, para quem “o princípio da proporcionalidade qualifica-se – enquanto coeficiente de aferição da razoabilidade dos atos estatais (...) – como

postulado básico de contenção dos eventuais excessos do Poder Público”⁵⁹. Nessa linha de entendimento, atos praticados sem observância à proporcionalidade/razoabilidade configuram excessos, abusos do manejo dos poderes estatais.

Assim, em se tratando de desvio de finalidade, pode-se concluir que a argumentação relativa a princípios em regra acompanha aquela relativa a desvio de poder. Não parece, contudo, haver uma confusão entre essas duas argumentações, de modo que violações a princípios não aparentam consistir em requisitos aptos a configurar o desvio de finalidade de um ato.

5. Conclusões

A título de conclusão, cabe tecer, inicialmente, algumas considerações de ordem metodológica.

Conforme exposto no segundo capítulo desta monografia, optou-se por estudar somente decisões proferidas pelo Plenário. Se, de um lado, essa escolha se justificou à luz do propósito de mapear o posicionamento do Tribunal, não se ignora que a maioria dos julgados sobre desvio de finalidade são monocráticos ou das Turmas.⁶⁰ Uma vez que se trata de amostragem mais ampla de ações, estudo posterior poderia se debruçar sobre aspectos quantitativos dessas decisões, o que certamente complementaria os achados desta pesquisa.

Tratando-se, ainda, de questões metodológicas, surgiu, no decorrer da pesquisa, uma hipótese a ser investigada em próximas oportunidades. Conforme apontado no tópico 2.1.3., embora tenham sido encontradas 34 decisões a partir da chave de pesquisa empregada, apenas 13 delas foram selecionadas. Em comum, as decisões descartadas têm o fato de tratarem de forma muito superficial a respeito do desvio de poder, seja sobre aspectos conceituais abstratos da teoria seja sobre a configuração ou não do vício no caso concreto. Além disso, boa parte delas também compartilha o fato de consistirem em recursos a decisões monocráticas ou das Turmas do STF.

⁵⁹ ADI 5.468, p. 113.

⁶⁰ A partir da chave de pesquisa inserida no buscador do STF foram encontradas 2.385 decisões monocráticas, 77 decisões das Turmas e 34 do Tribunal Pleno.

Tendo em vista esses dados, questiona-se se a ausência de argumentação sobre desvio de finalidade nessas decisões não seria decorrente de o relator ou o Plenário entenderem que as discussões sobre a matéria, isto é, sobre desvio de poder, já teriam sido exauridas nas decisões anteriores.

Embora não tenha sido possível – tanto por tempo quanto por método – analisar as decisões anteriormente proferidas, uma passagem do voto do Min. Barroso, relator do Agravo Regimental no MS 37.699, parece corroborar a hipótese proposta:

“Cumpro observar que, na decisão monocrática, foi esclarecida a compatibilidade da autonomia universitária com a sistemática de nomeação em lista tríplice. **Também houve a análise da tese acerca da motivação do ato administrativo, reputando-se insuficientes as evidências de desvio de finalidade no ato impugnado.** Por fim, a tese da inconstitucionalidade do art. 1º, da Lei nº 9.192/1995, foi analisada à luz da decisão liminar na ADPF 759, em que tal alegação foi afastada pela maioria dos Ministros desta Corte.”⁶¹ (grifei)

Ou seja, o Ministro deixa de desenvolver argumentação sobre desvio de finalidade, por compreender que a questão já fora devidamente examinada na monocrática. Daí porque se entende que o estudo de monocráticas sobre a matéria em questão figura como um relevante esforço acadêmico para a posteridade.

Para além de questões metodológicas, constatou-se que o STF apresenta postura relativamente ambígua quanto ao controle judicial de atos discricionários. Se, de um lado, os Ministros demonstraram clara preocupação em apontar que o controle judicial de atos discricionários se limita à legalidade, sugerindo autocontenção da Corte, há quem aponte que esse discurso não se sustenta na prática, uma vez que o Tribunal teria adentrado no mérito de diversos casos⁶².

De toda forma, o objetivo desta pesquisa não é entrar em discussões teóricas sobre a dicotomia legalidade-mérito. Aqui, o que realmente importa

⁶¹ MS 37.699, p. 9.

⁶² Sobre isso, cf.: FAGUNDES, M. Seabra; BINENBOJM, Gustavo (atual.). O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

perceber é que os Ministros alegam examinar somente a legalidade dos atos impugnados, o que, na visão da Corte, abarca tanto os debates sobre configuração de desvio de finalidade quanto sobre violações de princípios.

No que tange à configuração do desvio de finalidade, ficou claro que não há uma posição uniforme no Plenário sobre os requisitos aptos a suscitar o vício. Ainda que haja convergência sobre a necessidade de apresentação de algum indício do vício, a discordância quanto à sua natureza (isto é, se objetiva ou subjetiva) produz um cenário marcado pela insegurança jurídica, o que contribui, em última instância, para o descrédito do Tribunal.

As previsões legislativas que versam sobre o desvio de finalidade não parecem contribuir para reduzir essa insegurança. Em primeiro lugar, porque não há nas decisões qualquer menção à definição de desvio de finalidade presente na Lei de Ação Popular, mas também porque essa definição não estipula qual a natureza do ato.

Pondera-se, porém, que algum grau de insegurança jurídica parece ser inato à aplicação do desvio de poder. Por um motivo simples: a finalidade atribuída pela norma habilitante a um determinado ato nem sempre é expressa, tampouco clara, o que faz com que o intérprete precise extrai-la por meio de análise estrutural do ordenamento. Nesse processo, conforme se procurou evidenciar, não é raro que surjam entendimentos distintos a respeito da correta finalidade do ato em questão. Dessa maneira, uma vez que a definição da finalidade do ato é premissa de qualquer das modalidades de desvio de finalidade adotadas, pode-se argumentar que a incerteza desse processo hermenêutico contribui para a instabilidade das decisões.

Finalmente, no que diz respeito à relação entre princípios e desvio de finalidade, chegou-se a uma conclusão similar àquela observada em estudo de Julia Lillo sobre o controle de nomeações pelo STF⁶³. Examinando os casos

⁶³ LILLO, Julia. "Desafios da Gestão: Uma Análise Do Controle Judicial da Administração Pública a partir dos Casos de Nomeação de Ministros de Estado", p. 109. In: VILLELA, M; GABRIEL, Y. (Org.). "Desafios Jurídicos da Democracia", p. 93 - 113.

Lula, Moreira Franco e Cristiane Brasil⁶⁴, a autora percebeu que os Ministros adotaram predominantemente fundamentação baseada em conceitos jurídicos indeterminados, essencialmente em princípios. Mais do que isso, defendeu que essa escolha argumentativa contribui para agravar a insegurança jurídica na matéria, uma vez que conceitos indeterminados podem ser manejados de formas imprevisíveis.

O diagnóstico desse estudo anterior parece reproduzir-se na presente monografia. Em diversos dos casos examinados a discussão sobre desvio de finalidade assumiu papel secundário na argumentação dos Ministros, sendo ofuscada pela explanação sobre princípios. Por sua vez, essa situação enseja imprevisibilidade, uma vez que a argumentação sobre princípios não possui conteúdo previa e uniformemente definido.

Diante desse quadro de instabilidade, a conclusão a que se chega é que o desvio de finalidade permanece sendo uma temática relevante para pesquisas posteriores. Ainda que o estudo desse tema por vezes forneça mais questionamentos do que respostas, o constante processo de descrição crítica da realidade é fundamental para garantir decisões previsíveis, coerentes e bem fundamentadas.

⁶⁴ Respectivamente, MS 34.070/MS 34.071 (Rel. Min. Gilmar Mendes), MS 34.609 (Rel. Min. Celso de Mello) e Rcl 29.508 (Rel. Min. Carmen Lúcia), todas decisões monocráticas.

Referências

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo, 32ª Ed. Malheiros: São Paulo, 2014.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05.10.1988. Brasília, 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 19 nov. 2022.

BRASIL. Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011. Regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal; altera a Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990; revoga a Lei nº 11.111, de 5 de maio de 2005, e dispositivos da Lei nº 8.159, de 8 de janeiro de 1991; e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 18 nov. 2011. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/decreto/d6514.htm. Acesso em: 19 nov. 2022.

BRASIL. Lei nº 9.883, de 7 de dezembro de 1999. Institui o Sistema Brasileiro de Inteligência, cria a Agência Brasileira de Inteligência - ABIN, e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 8 dez. 2008. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9883.htm#:~:text=LEI%20No%209.883%2C%20DE,ABIN%2C%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%Aancias.>. Acesso em: 19 nov. 2022

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Declaratória de Inconstitucionalidade nº 5874, Tribunal Pleno. Relator: Ministro Roberto Barroso. Brasília, DF, 09 mai. 2019. Disponível em:

<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754291421>. Acesso em: 19 nov. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Declaratória de Inconstitucionalidade nº 6.529, Tribunal Pleno. Relator: Ministro Cármen Lúcia. Brasília, DF, 11 out. 2021. Disponível em: LINK. Acesso em: 19 nov. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Declaratória de Inconstitucionalidade nº 5.468, Tribunal Pleno. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, DF, 30 jun. 2016. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13269137>. Acesso em: 19 nov. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental na Ação Originária nº 2.330, Tribunal Pleno. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, DF, 04 out. 2019. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=751181631>. Acesso em: 19 nov. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Mandado de Segurança nº 26.849, Tribunal Pleno. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, DF, 10 abr. 2014. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5914335> Acesso em: 19 nov. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Mandado de Segurança nº 37.699, Tribunal Pleno. Relator: Ministro Roberto Barroso. Brasília, DF, 18 dez. 2021. Disponível em:

<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=759330370>. Acesso em: 19 nov. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Extradução nº 1.085, Tribunal Pleno. Relator: Ministro Cezar Peluso. Brasília, DF, 16 dez. 2009. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=610034>. Acesso em: 19 nov. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 42.466, Tribunal Pleno. Relator: Ministro Evandro Lins. Brasília, DF, 08 set. 1965. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=58404>. Acesso em: 19 nov. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 584.098, Tribunal Pleno. Relator: Ministro Djalci Falcão. Brasília, DF, 30 out. 1980. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=66557>. Acesso em: 19 nov. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Ação Declaratória de Inconstitucionalidade nº 1.417, Tribunal Pleno. Relator: Ministro Octavio Gallotti. Brasília, DF, 07 mar. 1996. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347044>. Acesso em: 19 nov. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Ação Declaratória de Inconstitucionalidade nº 3.964, Tribunal Pleno. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto. Brasília, DF, 12 dez. 2007. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=520041>. Acesso em: 19 nov. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar no Mandado de Segurança nº 34.070, Decisão Monocrática. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, DF, 18 mar. 2016. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=308995627&ext=.pdf>. Acesso em: 20 nov. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar no Mandado de Segurança nº 34.609, Decisão Monocrática. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, 14 fev. 2017. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=311226749&ext=.pdf>. Acesso em: 20 nov. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação nº 42.576, Tribunal Pleno. Relator: Ministro Edson Fachin. Brasília, DF, 01 out. 2020. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=755432476>. Acesso em: 19 nov. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 229.450, Tribunal Pleno. Relator: Ministro Maurício Corrêa. Brasília, DF, 10 fev. 2000. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=252992>. Acesso em: 19 nov. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Referendo na Medida Cautelar na Ação Declaratória de Inconstitucionalidade nº 6.062, Tribunal Pleno. Relator: Ministro Roberto Barroso. Brasília, DF, 01 ago. 2019. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=751389836>. Acesso em: 19 nov. 2022.

FAGUNDES, M. Seabra; BINENBOJM, Gustavo (atual.). O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

LILLO, Julia. "Desafios da Gestão: Uma Análise Do Controle Judicial da Administração Pública a partir dos Casos de Nomeação de Ministros de Estado". In: VILLELA, M; GABRIEL, Y. (Org.). "Desafios Jurídicos da Democracia". Sociedade Brasileira de Direito Público, 2019. P. 93-113.

NAVAS, Fernanda Aidar. O controle de ato administrativo discricionário pelo STF: nomeações a Alta Administração Federal. Acesso em: 20/11/2022. Disponível em: <<https://sbdp.org.br/publication/o-controle-de-ato-administrativo-discricionario-pelo-stf-nomeacoes-a-alta-administracao-federal/>>.

OLIVEIRA, Carolina Fusco Ferraz de. A Efetividade do Controle Constitucional de Medidas Provisórias. 2007. Acesso em: 07/11/2022. Disponível em <<https://sbdp.org.br/publication/a-efetividade-do-controle-constitucional-de-medidas-provisorias/>>.

RODRIGUES, Lucas de Faria. Supremo Tribunal Federal, Medida Provisória, Delegação Legislativa: a análise de algumas decisões. 2004. Acesso em: 07/11/2022. Disponível em <<https://sbdp.org.br/publication/supremo-tribunal-federal-medida-provisoria-delegacao-legislativa-a-analise-de-algumas-decisoes/>>.

SANTOS, Lucas Custódio. Medidas Provisórias no STF: entre a política e a jurisdição. 2017. Acesso em: 07/11/2022. Disponível em <<https://sbdp.org.br/publication/medidas-provisorias-no-stf-entre-a-politica-e-a-jurisdicao/>>.

SILVA, Rodolfo da Costa Arruda. Como o STF exerce controle sobre o TCU em matéria de contratos administrativos?. Acesso em: 04/10/2022. Disponível em: <<https://sbdp.org.br/publication/como-o-stf-exerce-controle-sobre-o-tcu-em-materia-de-contratos-administrativos/>>

SUNDFELD, Carlos Ari. "Direito administrativo para céticos". Malheiros: São Paulo, 2014.

TÁCITO, Caio. O desvio de poder no controle dos atos administrativos, legislativos e jurisdicionais, Revista de Direito Administrativo, n. 242, p. 63-74, out./dez. 2009.

TÁCITO, Caio. Teoria e prática do desvio de poder, Revista de Direito Administrativo, n. 117, p. 1-18, jul./set. 1974.

TRANSPARÊNCIA BRASIL. "Sigilos de 100 anos": o uso do art. 31 da LAI em negativas". Dezembro de 2022. Disponível em: https://www.transparencia.org.br/downloads/publicacoes/sigilo_100anos_uso_art_31_lai_negativas.pdf. Acesso em 19 jan. 2023.