

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
DEPARTAMENTO DE FILOSOFIA E TEORIA GERAL DO DIREITO
TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO

O Desvio de Finalidade sob a Luz da Teoria da Ação

Orientador: Prof. Dr. José Reinaldo Lima Lopes

Victor Gonçalves Maturana

Número USP 8416589

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado
ao Departamento de Filosofia e Teoria Geral do
Direito da Faculdade de Direito da
Universidade de São Paulo como requisito para
obtenção do título de bacharel em direito.

São Paulo, 2023

SUMÁRIO

Introdução.....	3
1. O Desvio de Finalidade e o Controle Jurisdicional da Discricionariedade Administrativa.....	15
1.1. Vinculação e Discricionariedade.....	15
1.2. Breve Histórico sobre o Controle Jurisdicional da Discricionariedade Administrativa no Direito Brasileiro	18
1.3. O Conceito de Desvio de Finalidade na Doutrina do Direito Administrativo	28
1.4. Controle Judicial sobre o Ato Administrativo com Desvio de Finalidade	32
1.5. Crítica ao Conceito de Desvio de Finalidade	35
2. O Desvio de Finalidade como Falha em Seguir Princípios Constitutivos	48
2.1. O Conceito de Princípio Constitutivo na obra de Christine Korsgaard	48
2.2. John Searle e a Realidade Institucional Objetiva	55
2.3. Conciliação entre Korsgaard e Searle	60
3. O Desvio de Finalidade na Argumentação Jurídica: Estudo de Casos	69
3.1. Decretação de Sigilo	69
3.2. Desapropriação	72
3.3. Concessão de Graça	78
3.4. Nomeação de Ministro	91
Considerações Finais	93
Bibliografia	100

INTRODUÇÃO

O objeto de estudo do presente trabalho se insere no tema geral do controle judiciário sobre os atos discricionários dos agentes públicos¹. Pretende-se estudar, mais especificamente, o conceito de desvio de finalidade.

O trabalho parte da premissa de que o espaço para ação do agente público, isto é, o espaço de ação política (ou de governo), pode ser determinado pela finalidade do ato administrativo por meio do qual o poder de agência se manifesta. Há dois pressupostos implícitos na premissa: qualquer ação sempre possui uma finalidade; existe um espaço político legítimo para atuação do agente público, caracterizado pelo conceito de discricionariedade.

Entretanto, se a finalidade do ato circunscreve um espaço para a ação, qual seria sua amplitude? Colocado de outro modo: qual o espaço do permitido – o campo para ação política definido pela conformidade com a finalidade do ato – e como caracterizar, juridicamente, o proibido – o desvio de finalidade? Se possível delimitar tal espaço, quais as balizas? E, considerando que o campo de ação legítima seja definido pela finalidade do ato, onde ela pode ser buscada? São questões dessa natureza que delimitam o escopo do trabalho dentro do grande tema apresentado no primeiro parágrafo desta seção.

Há algum tempo dois temas relacionados entre si têm sido amplamente discutidos na sociedade brasileira, ocupando espaço relevante na pauta do debate público (o que se evidencia, por exemplo, pela quantidade de matérias veiculadas pelos meios de comunicação): a judicialização da política e a instabilidade institucional. Embora estes fenômenos não sejam objeto do estudo que se pretende desenvolver, o trabalho pode contribuir para o esclarecimento, sob a óptica jurídica, das questões suscitadas no debate. É este o contexto que justifica a pertinência em se buscar respostas às perguntas levantadas no parágrafo anterior.

Parte da crítica quanto à judicialização da política, calcada na valoração negativa do ativismo judicial, aponta para uma atuação do judiciário que se sub-roga ao legislativo ou ao

¹ Segundo o art. 2º, *caput*, da Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/1992), “consideram-se agente público o agente político, o servidor público e todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nas entidades referidas no art. 1º desta Lei”. Ao se empregar o termo agente público, portanto, o objetivo no presente trabalho é tratar, indistintamente, de todas as espécies contidas no gênero, que engloba os agentes políticos (investidos no cargo por eleição, nomeação ou designação, cuja competência é determinada pela própria Constituição da República) e os servidores públicos (ocupantes de cargos de provimento efetivo ou cargo em comissão, ou contratados), recorrendo-se a estas espécies somente quando a distinção se fizer necessária.

executivo, invadindo uma área de competência que não lhe pertence, o que resulta em atos eminentemente políticos e não jurídicos (e em alguns casos, atos de misericórdia e não de justiça). Quando o judiciário avalia a discricionariedade de atos do poder executivo, o risco de uma atuação que extrapole os limites do jurídico pode ser mitigado por meio de critérios objetivos de análise baseados na especificidade do ato *sub judice* quanto às suas finalidades. Tal abordagem seria preferível a análises baseadas em princípios de alto grau de abstração e generalidade (como supremacia e indisponibilidade do interesse público, por exemplo). A proposição de critérios objetivos para avaliação dos atos administrativos compõe o escopo do trabalho.

Quanto à instabilidade das instituições, parte do desarranjo institucional pode ser explicado pelo fato de alguns atos administrativos não serem praticados em alinhamento com as finalidades que deveriam orientá-los, conforme os contextos normativos e institucionais nos quais os agentes se inserem. Nesse sentido, o trabalho pretende esclarecer por que é fundamental para a inteligibilidade do arranjo institucional que os agentes se orientem por finalidades específicas, pré-determinadas, ao exercerem o poder político.

O trabalho é movido pela assunção de que existe uma falha na forma como a doutrina administrativista tradicionalmente caracteriza o desvio de finalidade, bem como uma falha na forma como o poder judiciário opera o instituto. E essas falhas contribuem para o quadro de desarranjo institucional e judicialização excessiva da política que tem gerado incômodo em alguns setores da sociedade brasileira. A doutrina e a jurisprudência poderiam lidar melhor com o vício do desvio de finalidade se o abordassem a partir de um conceito que abarque de forma mais proeminente a finalidade do ato propriamente, em detrimento de abordagens calcadas em considerações gerais sobre interesse público ou em aspectos subjetivos da intencionalidade do agente.

Antes de apresentar o objetivo do trabalho, é relevante dizer o que não é seu objetivo: não se pretende tratar da deliberação política, matéria da ciência política. O objetivo do trabalho é tratar do raciocínio jurídico e da deliberação jurídica nos casos em que é necessário avaliar se o poder político foi exercido em contrariedade aos objetivos normativos estabelecidos pela legislação, isto é, contra a finalidade da ação, normativamente estabelecida pelo ordenamento jurídico.

Neste contexto, a hipótese que se pretende defender é: as normas que compõem o ordenamento jurídico se articulam de forma a orientar ou programar o espaço institucional para

a ação dos agentes públicos, pela definição de finalidades a serem alcançadas. E essa orientação ou programação institucional, construída por meio das finalidades que se extraem da articulação das normas, vincula os agentes públicos por se inserir no contexto da justiça geral que constitui e unifica a comunidade política. Assim, os operadores de direito podem exercer controle judicial sobre os atos discricionários a partir do entendimento sobre a articulação das normas e os fins daí decorrentes para a ação política, considerando a justiça como o sentido unificador do campo jurídico.

O resultado que se pretende alcançar possui caráter prático-normativo (LOPES, 2006): a constatação de que há proibições para a ação do agente político, definidas com base nas finalidades dos atos administrativos que se extraem do ordenamento jurídico e do arranjo institucional, as quais são passíveis de controle judicial. O juiz, ao analisar atos discricionários, deve deliberar considerando as finalidades específicas dos atos e os limites – lógicos e conceituais – que elas impõem à ação política, e não considerando o interesse público, ou outros princípios, abstratamente.

Uma segunda forma de expressar o objetivo do trabalho, mais sintética, seria: a partir de um entendimento mais claro do conceito de desvio de finalidade, pretende-se oferecer um critério objetivo para o controle judicial sobre atos administrativos discricionários, baseado na relação entre a finalidade do ato concretamente praticado e a finalidade estabelecida pelo ordenamento jurídico e pelo arranjo institucional para aquele ato.

Para a compreensão do desvio de finalidade nos termos propostos no presente trabalho, parte-se do conceito de Princípio Constitutivo, desenvolvido pela filósofa Christine KORSGAARD. Tal conceito será explorado em profundidade no Capítulo 2, dedicado à reconstrução do raciocínio da autora a partir da leitura de suas principais obras. Nesta introdução, pretende-se apenas apresentar o conceito, em seus contornos gerais, com intuito de justificar o que se pretende desenvolver ao longo do trabalho.

Sinteticamente, a autora propõe que a identidade de um objeto é dada por seu propósito, sua função ou sua atividade característica. A compreensão da organização teleológica do objeto – isto é, como o arranjo de suas partes permite ao objeto fazer o que ele faz – possibilita julgamentos normativos sobre o objeto, pois da organização teleológica do objeto emerge um padrão normativo, identificado pela autora como Padrão Constitutivo. Trata-se do padrão que se aplica a um objeto simplesmente em virtude de ele ser o tipo de objeto que ele é. Um caso particularmente importante de padrão constitutivo seria o Princípio Constitutivo, que é o padrão

constitutivo que se aplica a uma atividade. Tal Princípio Constitutivo de uma atividade é aquele que descreve o modo pelo qual o agente engajado naquela atividade direciona ou guia a si mesmo. Se um determinado agente não se guia pelo princípio constitutivo da atividade, ele não está desempenhando tal atividade. Nesse sentido, o desvio de finalidade pode ser compreendido como uma falha do agente em se guiar pelo Princípio Constitutivo da atividade na qual está engajado.

Exposta a essência da ideia de KORSGAARD sobre o Princípio Constitutivo, passa-se a aplicação do conceito a um caso exemplar – ou, ao menos, ilustrativo – no qual o instituto jurídico do desvio de finalidade é invocado na argumentação jurídica para questionar ato de agentes do poder executivo: trata-se de um episódio de decretação de sigilo amplamente veiculado pelos meios de comunicação. O objetivo é apenas indicar, em linhas gerais, o tipo de argumento prático-normativo que se pretende defender, apontando sua capacidade explicativa como forma de justificar o escopo do estudo.

O Partido Democrático Trabalhista – PDT apresentou representação ao Procurador Geral da República contra o Presidente da República², em decorrência de sua conduta diante das denúncias sobre um esquema de corrupção no Ministério da Educação. O esquema supostamente consistiria na liberação de verbas do Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação (FNDE) para prefeituras municipais, com intermediação de pastores que não possuem cargo no Ministério e que teriam como objetivo favorecer prefeitos com maior proximidade ao governo.

Conforme a narrativa construída na Petição apresentada pelo PDT, diante da divulgação do caso pela imprensa brasileira, o Palácio do Planalto decretou sigilo sobre os encontros entre o Presidente da República e os pastores envolvidos no esquema lobista. A decretação de sigilo resultou na recusa do Gabinete de Segurança Institucional (GSI) em atender solicitações de informações referentes a entradas e saídas de tais pastores no Palácio do Planalto, fundamentadas na Lei de Acesso à Informação – LAI (Lei nº 12.527/2011), sob a alegação de que a divulgação dessas informações poderia colocar em risco a vida do Presidente da República e de seus familiares.

O Partido argumenta em torno da garantia constitucional do acesso à informação (Art. 5º, incs. XIV e XXXIII da Constituição da República de 1988 – CR/1988) e do princípio da

² Disponível em: <https://www.pdt.org.br/index.php/pdt-aciona-pgr-contrasigilo-de-reunioes-de-bolsonaro-com-pastores/>. Acessado em 30/09/2022.

publicidade, norteador dos atos da administração pública, reunindo comentários de doutrinadores sobre a importância do livre acesso à informação e da publicidade para: fiscalização de atos governamentais, transparência no trato da coisa pública, emancipação dos cidadãos, exercício do princípio democrático, coercitividade e punição de agentes que lesam o patrimônio público.

Após tecer os argumentos em defesa do acesso à informação e do princípio da publicidade, em termos abstratos, a petição afirma que tais valores constitucionalmente protegidos teriam sido violados no caso concreto:

In casu, constata-se um odioso acinte aos princípios constitucionais em apreço, sobretudo também em relação à Lei nº 12.527/2011, pois a decretação de sigilo por tempo desmedido no conteúdo de reuniões com setores estratégicos da sociedade, às vésperas de um pleito eleitoral e realizadas com recursos públicos, em flagrante **desvio de finalidade**, consubstancia em um aberrante vilipêndio ao sacrossanto princípio democrático (destaque meu).

Embora tenha sido usado o instituto do desvio de finalidade, a peça não indica de que forma esse desvio se caracterizaria. A Lei de Acesso à Informação, que traz elementos normativos importantes para a compreensão do caso, é apenas invocada para que sejam apresentadas as diretrizes, contidas nos incisos de seu art. 3º, que devem orientar os procedimentos para assegurar o acesso à informação.

Partindo-se da ideia desenvolvida por KORSGAARD, previamente introduzida, e aplicando-se o conceito da autora de Princípio Constitutivo ao caso descrito de decretação de sigilo, seria fundamental identificar, do ponto de vista normativo, a finalidade da atividade de decretar sigilo, sob uma óptica teleológica. Nesse sentido, a Constituição da República (CR/1988) é esclarecedora:

Art. 5º [...] XXXIII - todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado.

Do dispositivo se extrai que o sigilo consiste em exceção à regra geral que determina a divulgação das informações de interesse particular, coletivo ou geral, sendo a finalidade do sigilo garantir a segurança da sociedade e do Estado. O acesso à informação previsto no artigo supra é regulado pela Lei de Acesso à Informação (Lei nº 12.527/2011), que corrobora o entendimento acima exposto:

Art. 3º Os procedimentos previstos nesta Lei destinam-se a assegurar o direito fundamental de acesso à informação e devem ser executados em conformidade com os princípios básicos da administração pública e com as seguintes diretrizes:

I - observância da publicidade como preceito geral e do sigilo como exceção;

[...]

Art. 4º Para os efeitos desta Lei, considera-se:

II - informação sigilosa: aquela submetida temporariamente à restrição de acesso público em razão de sua imprescindibilidade para a segurança da sociedade e do Estado;

A atividade de decretação de sigilo se insere, portanto, em uma atividade geral de comunicação entre o poder público e os cidadãos, orientada por princípios gerais de publicidade e transparência. Isso permite esboçar como Princípio Constitutivo da atividade de decretação de sigilo, considerando sua finalidade: *excepcionar a regra de publicidade pela retenção de informações para resguardar a segurança da sociedade ou do Estado*. Além de descrever no que consiste a atividade de decretar sigilo, o Princípio Constitutivo possui força normativa: deve ser observado por todos que se engajem legitimamente na atividade. Ou seja, a menos que o agente se oriente pela finalidade de resguardar a segurança da sociedade ou do Estado ao excepcionar a regra geral de publicidade na comunicação com a sociedade, não estará desempenhando a atividade de decretação de sigilo (mas apenas tentando guardar um segredo).

Em seu art. 23, a Lei de Acesso à Informação indica quais informações são consideradas imprescindíveis à segurança da sociedade ou do Estado e que, portanto, são passíveis de classificação como informações sigilosas:

Art. 23. São consideradas imprescindíveis à segurança da sociedade ou do Estado e, portanto, passíveis de classificação as informações cuja divulgação ou acesso irrestrito possam:

[...]

VII - pôr em risco a segurança de instituições ou de altas autoridades nacionais ou estrangeiras e seus familiares; [...]

Como se pode observar pela leitura do dispositivo legal, a justificação oferecida pelo Gabinete de Segurança Institucional para recusar a divulgação da informação referente aos acessos de lobistas ao Palácio do Planalto (“poderia colocar em risco a vida do Senhor Jair Bolsonaro e de seus familiares”) está prevista no rol de possibilidades estabelecidas legalmente. Segundo a LAI, seria imprescindível para a segurança do Estado o sigilo de informações cuja divulgação coloque em risco a segurança de instituições ou de altas autoridades e de seus familiares. Trata-se de pressuposto de direito, que é requisito necessário, mas não suficiente para a motivação do ato administrativo, pois o “motivo é o pressuposto de fato e de direito que

serve de fundamento ao ato administrativo (DI PIETRO, 2021, p. 220). É o que determina a Lei nº 9.784/1999, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal:

Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de:

VII - indicação dos pressupostos de fato e de direito que determinarem a decisão;

O GSI, embora tenha apresentado um fundamento de direito, não apresentou um fundamento de fato, pois não indicou como, no caso concreto, a divulgação das informações solicitadas implica risco para a segurança do Presidente da República e seus familiares.

Como explica José Reinaldo de Lima LOPES, trata-se de uma confusão comum entre juristas:

Uma coisa é saber que existe o instituto do *impeachment* e remoção de presidentes e no que consistem, outra coisa é saber se em determinado caso se dão as condições para o impedimento e remoção de um presidente da República ou não. É muito frequente os juristas tentarem confundir essas duas espécies diferentes de questões: uma questão a respeito do que é (*quod sit*, dizia-se em latim), que se responde conceitualmente, outra questão a respeito de se houve ou se existiu um caso daquilo (*an sit*, em latim). O fato de haver a instituição do impedimento não implica logicamente que neste caso existiu a condição para o impedimento. Dois objetos diferentes e duas maneiras de pensar diferentes: à pergunta “o que é?” respondo com uma explicação ou definição; à pergunta “houve isso” respondo com uma prova. (LOPES, 2022, p. 18-19)

Contudo, a justificativa apresentada pelo GSI não foi confrontada na representação oferecida pelo PDT ao questionar o ato do Poder Executivo sob a alegação de “flagrante desvio de finalidade”. A estratégia do partido demandante limitou-se a apontar que a decretação de sigilo viola valores constitucionais.

A abordagem proposta no presente trabalho tem como vantagem tirar a discussão de um plano altamente abstrato sobre princípios constitucionais e trazê-la para o plano do caso concreto: o ônus argumentativo passa a ser do agente público, de quem se exige normativamente a observação do Princípio Constitutivo da atividade na qual está engajado. O agente deve, portanto, demonstrar *como* sua ação alcança a finalidade daquela atividade em particular. No caso, o GSI deveria responder de que forma a divulgação das informações sobre visitas de lobistas ao Palácio do Planalto coloca em risco a segurança do Presidente da República e de seus familiares, pois essa é, do ponto de vista normativo, a única razão apta a

justificar a decretação de sigilo no caso concreto. Em outros termos: caberia ao GSI provar o risco representado pela divulgação da informação.

Considerando que não se deduz *prima facie* que o ato de decretar sigilo no caso ora tratado visa à segurança do Presidente da República e de seus familiares, no sentido relevante de resguardar a sociedade ou o Estado; que não há nenhum argumento nesse sentido, na motivação do ato, capaz de indicar um liame lógico, que apenas não seria aparente *prima facie*, mas que existiria; e que o direito é uma prática social argumentativa, em que há ônus de argumentação para aqueles que se inserem na prática; logicamente a única conclusão possível no caso seria de que houve desvio de finalidade, pela falha do agente responsável pelo ato em seguir o Princípio Constitutivo da atividade. A decretação de sigilo que excepcionou a observação da regra geral da publicidade não teve como objetivo resguardar a segurança da sociedade ou do Estado, porque esse risco não existe no caso concreto. E não importa aqui especular sobre a “real finalidade” do ato, o que é outra vantagem do método proposto. É suficiente a demonstração de que o ato se desviou de sua finalidade normativa.

Ao se manter a discussão no plano abstrato sobre garantias e princípios constitucionais (a petição do PDT pauta a discussão em torno da garantia do acesso à informação, dos princípios democrático, da publicidade, da transparência, da supremacia do interesse público, e de uma ordem constitucional que “rejeita o poder que oculta e o poder que se oculta”), sempre haverá margem para invocação de outro princípio que a ação – questionada por meio do instituto do desvio de finalidade – visa a concretizar. É contraproducente orientar a análise do caso por esses parâmetros, pois torna-se impossível avaliar a existência do desvio de finalidade quando o critério para tanto é a consecução de um interesse público geral, dada a extrema dificuldade em caracterizá-lo em termos abstratos.

Deve-se notar que, como alegado pelo partido, a CR/1988 efetivamente protege o valor da publicidade, o que se desdobra em princípios e regras constitucionais e infraconstitucionais. Entretanto, o objetivo do sigilo – que também é um instituto com status constitucional – consiste justamente em, legitimamente, excepcionar a regra geral da publicidade, em situações nas quais a retenção de informação se justifica por ser imprescindível para resguardar a segurança da sociedade ou do Estado. Não há necessidade de ponderação aqui, pois a própria Constituição estabelece que quando a segurança da sociedade ou do Estado está em jogo, o resguardo desta

deve prevalecer sobre o interesse geral do acesso à informação³. Nesse sentido, argumentar com base em um valor ou princípio abstrato da publicidade é incoerente, pois equivale a colocar em xeque o próprio instituto do sigilo, que é reconhecido pelo ordenamento. Se o sigilo tem como função exatamente excepcionar a publicidade, o caminho argumentativo adequado parece não ser o de reafirmar o valor da publicidade, mas o de apontar, no caso concreto, *porque* o sigilo seria incabível, o que se pode fazer demonstrando que a retenção da informação não visa à segurança do Estado ou da sociedade, razão pela qual a regra da publicidade não pode (não deve) ser excepcionada pelo instituto do sigilo, *neste caso*.

A abordagem proposta no trabalho também contribui para expor os limites do emprego do conceito de desvio de finalidade nos juízos avaliativos sobre atos administrativos. O método que se pretende desenvolver revela quando o desvio de finalidade não pode (ou não deveria) ser usado. São casos nos quais o questionamento recai sobre a legitimidade do próprio instituto jurídico por meio do qual o ato (isto é, a ação, o poder de agência) se manifesta ou quando a justificação da ocorrência de desvio se apoia em aspectos psicológicos da deliberação do agente. Ambos os limites mencionados podem ser demonstrados a partir do estudo de outro caso ilustrativo, no qual o instituto do desvio de finalidade foi mobilizado na argumentação ao se questionar um ato administrativo: o caso do indulto ao Deputado Daniel Silveira. Este caso será abordado no Capítulo 3.

Por envolver hipótese argumentativa, não empírica, o método que se empregará no desenvolvimento do trabalho consiste na tentativa de confirmar a hipótese por meio de uma sustentação que se pretende coerente e consistente em face de formas rivais de interpretação (QUEIROZ, 2015. p. 59).

Talvez a principal forma rival de interpretação, neste caso, seja uma posição cética ou relativista, de que não há como delimitar conceitualmente o espaço de atuação dos agentes políticos por meio da finalidade que suas ações visam a alcançar, pois não há limites jurídicos, além dos estritamente impostos pela legalidade e pelas regras de atribuição de competência,

³ O argumento da colisão entre princípios e da consequente necessidade de ponderação é rebatido por Ralf POSCHER, que afirma que “suportes fáticos de colisão implementam-se também através de normas de coordenação. [...] contudo, o conteúdo dos suportes fáticos de colisão é contingente e deixa intocada a estrutura lógico-jurídica das normas. Os suportes fáticos de colisão não são de nenhuma forma misteriosos. Como qualquer outro tipo de suporte fático, eles deixam-se aplicar pela interpretação e pela subsunção”. Para apresentar seu argumento, o autor retoma um exemplo de Alexy de confronto entre duas normas, N1 – Se uma atividade põe em risco os interesses internacionais do Estado, então ela deve ser proibida; e N2 – Se uma atividade serve à imprensa, então o Estado deve abster-se de proibi-la. “Para as duas normas há uma intersecção de circunstâncias fáticas, na qual ambas são aplicáveis. Para essa intersecção de circunstâncias fáticas, o ordenamento jurídico deve inserir um suporte fático de colisão, que possa ser incorporado no suporte fático das normas em colisão (POSCHER, 2016. p. 76-80).

para a ação de agentes públicos. O que haveria seria uma espécie de tela em branco, em que o exercício do poder político só seria passível de ser contido politicamente. A discricionariedade, nesse sentido, não seria passível de controle pelo judiciário, sob argumento de que implicaria um juízo de mérito, que é vedado, por envolver aspectos de conveniência e oportunidade que cabem exclusivamente ao agente público, cujas ações estariam respaldadas direta ou indiretamente pela vontade da maioria manifestada em eleições democráticas. Essa visão é traduzida juridicamente em uma posição frequentemente adotada por tribunais brasileiros, que Marcos Augusto PEREZ denomina *teoria da imunidade jurisdicional do mérito do ato discricionário* (PEREZ, 2018, p. 16).

Marcos Augusto PEREZ defende que essa teoria deve ser abandonada, por não servir mais ao direito administrativo brasileiro, o que implica a necessidade de responder a algumas questões, tais como: Quem controla jurisdicionalmente a discricionariedade no Brasil? Qual é o objeto de controle? Como a discricionariedade deve ser controlada? Para o autor, são questões fundamentais para que se estabeleçam novos métodos de controle da discricionariedade, que “consigam realizar a conciliação dos valores extraídos dos princípios constitucionais do Estado Democrático de Direito e da separação de poderes e que, basicamente, possibilitem a redução do quadro de insegurança jurídica em que vivemos” (PEREZ, 2018, p. 21). Tais métodos devem ser capazes de possibilitar ao administrador público, no autocontrole de suas decisões, e aos órgãos jurisdicionais, no exame judicial, o controle da discricionariedade administrativa “em bases racionais, jurídicas, tendo como eixo principal a legalidade ou a juridicidade das decisões e reduzindo a margem de arbítrio tanto das autoridades administrativas quanto das autoridades controladoras” (PEREZ, 2018, p.21-22). Para o autor,

é mais importante que o direito administrativo passe a disciplinar mais claramente o modo como o controle jurisdicional da discricionariedade deve ser executado, com o objetivo de evitar-se a jurisdição arbitrária, do que se estabelecer, nesse caso, limites ou zonas de exclusão para o exercício da jurisdição (PEREZ, 2018, p. 23).

O presente trabalho visa a dar uma contribuição nesse sentido, pela proposição de um método que subsidie a apreciação de atos administrativos pela perspectiva da finalidade. A hipótese defendida – de que as normas que compõem o ordenamento jurídico se articulam de forma a orientar ou programar o espaço institucional para a ação dos agentes públicos, pela definição de finalidades a serem alcançadas – será colocada à prova, no que diz respeito aos seus pressupostos e fundamentos e às suas consequências lógicas e jurídicas, por meio de uma

sustentação que equilibra os raciocínios descritivo e prescritivo e é desenvolvida em três partes (capítulos).

O primeiro Capítulo – O Desvio de Finalidade e o Controle Jurisdicional da Discricionariedade Administrativa – consiste em revisão bibliográfica, no âmbito da doutrina administrativista brasileira, para oferecer um panorama histórico acerca dos limites do controle jurisdicional sobre o ato administrativo e a visão mais tradicional a respeito do controle jurisdicional exercido por meio do instituto jurídico do desvio de finalidade. O conceito não será apenas descrito, mas abordado criticamente. Sinteticamente, o desvio de finalidade é considerado sinônimo do desvio de poder e é espécie do gênero abuso de poder, manifestando-se dentro dos limites da regra de competência, o que o distingue da segunda espécie do gênero, o excesso de poder. Pelo desvio de finalidade, o ato se afasta (desvia-se) do interesse público. Em decorrência dessa caracterização, o desvio de finalidade é, tradicionalmente, considerado um desvio quanto ao interesse público, em que se busca a consecução de interesses particulares. Daí os exemplos típicos de beneficiar amigos e prejudicar inimigos. A crítica que se pretende construir se apoiará na premissa de que é insuficiente tomar o interesse público abstratamente e ficar na dependência da manifestação do interesse particular para caracterizar o desvio de finalidade em casos concretos. O desvio deve ser entendido com relação a uma finalidade específica, não com relação ao interesse público geral. A forma de classificação também mereceria reparo, pois ao tratar do desvio de finalidade como sinônimo do desvio de poder, espécie do gênero abuso de poder, dá-se destaque excessivo ao *poder* em detrimento da *finalidade*, o que talvez indique um certo viés autoritário, uma certa dificuldade em orientar a ação no campo jurídico pelas regras, preferindo-se buscar sempre a autoridade que indique o caminho a seguir. O panorama geral do desvio de finalidade na doutrina administrativa contribui para a confusão conceitual na utilização do instituto, por parte dos aplicadores do direito, ao construírem suas argumentações. A abordagem filosófica proposta, calcada na teoria da ação, pode contribuir justamente para reduzir a confusão conceitual.

O segundo Capítulo – O Desvio de Finalidade como Falha em Seguir Princípios Constitutivos – consiste na apresentação aprofundada das ideias da filósofa Christine KORSGAARD sobre a normatividade dos Padrões Constitutivos em geral e dos Princípios Constitutivos em particular, até aqui apenas esboçados, e suas implicações para o objeto de discussão, o desvio de finalidade. Será proposta uma forma de conceituar o desvio de finalidade que ofereça aos operadores de direito um critério objetivo para apreciação das decisões discricionárias. Para demonstrar a possibilidade de transposição dos conceitos desenvolvidos

pela autora para o âmbito do direito administrativo será mobilizado o aparato conceitual de outro filósofo, John R. SEARLE. Pretende-se propor um modelo que permita a superação das limitações decorrentes da conceituação tradicional de desvio de finalidade, abordada criticamente no primeiro capítulo.

No terceiro Capítulo – O Desvio de Finalidade na Argumentação Jurídica: Estudo de Casos – o modelo proposto será aplicado a casos em que o instituto do desvio de finalidade foi invocado, na argumentação jurídica, para questionar atos administrativos discricionários de agentes públicos. Considerando que o foco é a argumentação jurídica, a casuística não ficará limitada a sentenças e acórdãos do poder judiciário, mas abarcará também (como deve ter ficado claro pelo caso tratado nesta Introdução) peças processuais confeccionadas por advogados. Não há qualquer pretensão de exaurir as possibilidades de mobilização do instituto do desvio de finalidade na argumentação, apenas apresentar casos exemplares.

CAPÍTULO 1

O DESVIO DE FINALIDADE E O CONTROLE JURISDICIONAL DA DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA

1.1. Vinculação e Discricionariedade

Para tratar das possibilidades de controle jurisdicional sobre a discricionariedade administrativa é importante traçar, ao menos em linhas gerais, em que consiste tal discricionariedade.

De acordo com Marcos Augusto PEREZ, “[d]iscricionariedade e vinculação são conceitos jurídicos voltados a definir sob uma grande angular os modos de atuação da Administração Pública”, havendo vários termos correlacionados nos campos semânticos de cada um dos conceitos, como “poder vinculado e poder discricionário, ato administrativo vinculado e ato administrativo discricionário, competência vinculada e discricionária” (PEREZ, 2018, p. 27-28). Ainda de acordo com o autor, “[v]inculação e discricionariedade, na verdade, decorrem da maior ou menor precisão ou do maior ou menor detalhamento dos textos legais” e são conceitos que se referem reciprocamente, “sendo quase impossível compreender o conteúdo de um sem falar do conteúdo do outro” (PEREZ, 2018, p. 30).

A vinculação da administração diz respeito a situações em que a legislação não concede ao agente público liberdade de escolha para a prática de determinado ato, representadas pela fórmula geral: “na hipótese de ‘A’ a autoridade deve fazer ‘B’”. Um exemplo seria o ato de inhabilitar empresa que deixa de apresentar prova de regularidade tributária em processo de licitação. Não há liberdade de escolha para o agente quanto à decisão a ser tomada, cabendo-lhe somente afastar a licitante do certame (PEREZ, 2018, p. 30).

A discricionariedade, por sua vez, manifesta-se em situações nas quais a legislação concede ao agente público algum grau de liberdade ou margem de escolha. Trata-se não de uma liberdade plena, mas de “uma liberdade instrumental, isto é, uma liberdade de escolha entre opções que possam em tese atender a finalidade pública específica ou o interesse público específico inerente à prática de um determinado ato ou à tomada de uma determinada decisão”. Exemplos de atuação discricionária seriam a decisão quanto à realização de consulta pública na fase de instrução dos processos administrativos (art. 31 da Lei nº 9.784/1999, que regula o

processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal) e a elaboração de atos normativos, planos e políticas públicas pela Administração, situações em que se delega à autoridade pública a edição de atos de repercussão geral, desde que observadas diretrizes fixadas em lei (PEREZ, 2018, p. 31-32).

Na definição sintética de Odete MEDAUAR, “poder discricionário é a faculdade conferida à autoridade administrativa de, ante certa circunstância, escolher uma entre várias soluções possíveis” (MEDAUAR, 2018, p. 104).

Conferir poder discricionário à autoridade administrativa é uma técnica legislativa inescapável para o legislador, por uma razão há muito compreendida pela filosofia clássica. Como explica José Reinaldo Lima LOPES, há uma “‘distância’ entre o geral e o particular, entre o universal dos conceitos usados pela lei e o singular das ações que se avaliam segundo a lei, entre os tipos e os casos. [...] O tema tornou-se clássico já na filosofia antiga. Na Retórica, Aristóteles dá o exemplo paradigmático, o caso do “anel de ferro”” (LOPES, 2022, p. 215). Para muitos casos, o legislador não consegue ir além do estabelecimento de resultados a serem alcançados e diretrizes a serem observadas para tanto, pois as ações singulares que o agente público deverá adotar variam conforme as circunstâncias, não sendo possível, para o legislador, estabelecer todos os cursos de ação, diante de todas as circunstâncias.

Entretanto, como já exposto, a liberdade de escolha conferida pelo legislador é instrumental, condicionada a certas finalidades. A ideia de liberdade instrumental, voltada ao atendimento de uma finalidade, pode ser compreendida a partir da noção de inteligibilidade da ação, que é dada pelo contexto da prática em que a ação é executada. Considerando que toda prática possui uma finalidade, haverá inteligibilidade da ação quando o bem ou fim buscado pela ação é compatível com a finalidade da prática. Trata-se de uma relação objetiva entre o todo (a prática) e a parte (a ação). A noção é captada com precisão pelo primeiro princípio da razão prática, de que o bem sempre deve ser buscado e o mal sempre evitado, considerando-se bem e mal não moralmente, mas conforme o fim (bem) buscado pela ação, que é posterior na execução, mas anterior na decisão (GRISEZ, 2007).

A despeito de ser uma realidade fática desde a Grécia Antiga, o fenômeno assume particular relevância na atualidade, como ensina Marcos Augusto PEREZ:

O fato é que a Administração contemporânea está indissociavelmente ligada ao exercício constante da discricionariedade. *Pari passu* ao aumento do número de atividades desenvolvidas pela Administração – sem deixar de considerar a complexidade do ambiente social e econômico no qual essas atividades são executadas – houve um aumento natural das hipóteses de discricionariedade. [...]

Esse quadro estimula a multiplicação das hipóteses de discricionariedade, pois quanto mais complexos e variados forem os enfrentamentos cotidianos integrantes da pauta das autoridades públicas, menos possível (e talvez menos conveniente) ao legislador será pré-determinar condutas exatas a serem implementadas em cada futura e hipotética circunstância de fato. Maior, assim, é a necessidade de se flexibilizar os meios de atuação do administrador para que o direito administrativo se conserve, em tese, estável diante das alterações constantes da realidade. Constrói-se, dessa maneira, um sistema jurídico mais interessado no atingimento de escopos gerais, identificados não só a partir do processo legislativo, mas também das demais fontes geradoras do direito administrativo (e.g. a Constituição, os precedentes jurisdicionais, os princípios jurídicos), sistema este mais flexível, processual, aberto ou dialógico, teleológico e, acima de tudo, mais discricionário (PEREZ, 2018, p. 41-43).

Essa ideia de um sistema jurídico mais teleológico é fundamental para o presente trabalho, o que deverá ficar mais claro ao longo de seu desenvolvimento. Igualmente fundamental é a noção de que há graus de discricionariedade. Ainda na lição de Marcos Augusto PEREZ:

se vinculação e discricionariedade são dois *standards* utilizados na construção de normas jurídicas, as estruturas normativas que resultam da produção legislativa muitas vezes relativizam essa distinção. Torna-se cada vez mais difícil encontrar na prática formas puras ou absolutas de vinculação e discricionariedade. Muitas vezes, a norma jurídica estabelece implícita ou explicitamente que o seu cumprimento depende de uma sequência de atos em que as noções de vinculação e discricionariedade se misturam, gerando a impressão de que, na verdade, há graus proporcionais de vinculação e discricionariedade (PEREZ, 2018, p. 34).

Para tornar a ideia mais clara, o autor se vale de um exemplo. O artigo 11 da Lei nº 11.445/2007, a qual estabelece diretrizes nacionais para o saneamento básico, determina requisitos para a validade dos contratos de prestação de serviços públicos de saneamento. Dentre tais requisitos está a existência de plano de saneamento básico (inciso I). O agente público está, de um lado, vinculado, uma vez que na hipótese da celebração do contrato, não há margem de escolha quanto à observação dos requisitos. Na ausência do referido plano de saneamento, por exemplo, o contrato de prestação de serviço de saneamento básico será inválido. Entretanto, a mesma norma que vincula o agente à observação dos critérios também lhe concede discricionariedade quanto ao conteúdo material dos requisitos. A norma não determina o conteúdo do plano de saneamento, apenas diz que deve haver um plano para que o contrato seja considerado válido (PEREZ, 2018, p. 31-35).

Pode-se acrescentar ao exposto pelo autor que a discricionariedade conferida pela lei quanto ao conteúdo material dos requisitos não é ilimitada. Há limites lógicos e conceituais, de natureza objetiva, a respeito do que pode ser considerado um plano. Um documento de uma página contendo uma declaração de intenções, por exemplo, obviamente não é um plano e não

pode, ou não deve, ser considerado como tal por um gestor público, de quem legitimamente se espera que saiba o que é um plano. Plano, no contexto aqui referido, pressupõe a existência de elementos tais como escopo, objetivo, prazo, meta, fonte de recursos, cronograma de execução etc.⁴.

De tudo que se expôs nessa seção do trabalho, pode-se concluir que a discricionariedade é um fato incontornável da administração pública contemporânea, o que torna relevante as discussões a respeito de seus limites e de seus mecanismos de controle.

1.2. Breve Histórico sobre o Controle Jurisdicional da Discricionariedade Administrativa no Direito Brasileiro

A discussão acerca dos limites judiciais para controle de atos do executivo não é nova. Na última década do século XIX, em trabalho clássico, Rui BARBOSA já afirmava que o instrumento constitucional do mandato limita o perímetro legítimo de ação do mandatário – assim como uma escritura é limitada pela procuração que confere autoridade para sua celebração – e “[t]odo o arbítrio exercido além dêsse termo é vão e inútil como os atos do falso procurador”. À justiça cabe o exame da controvérsia entre o executivo e o indivíduo agravado pelo abuso de poder. (BARBOSA, 1962, p. 74).

Rui BARBOSA expõe a tese geral de que os atos do executivo só deverão valer caso estejam de acordo com a lei e com as atribuições constitucionais do executivo. Caso contrário, deve ocorrer intervenção do judiciário para declará-los inconstitucionais e lhes sustar seu efeito. O autor se apoia no direito comparado a fim de demonstrar a validade da tese para países dotados de constituição, sejam democracias republicanas ou monarquias representativas (BARBOSA, 1962, p. 75-79).

⁴ É justamente essa ideia que serve como um dos fundamentos para o voto da Ministra Carmen Lúcia, do STF, na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 760 e na Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) 54. Conforme notícia veiculada pelo próprio STF em seu sítio eletrônico institucional, como relatora das ações, a Ministra apontou que o governo federal, de forma não expressa, realizou o “desmonte do Plano de Ação para Prevenção e Controle do Desmatamento na Amazônia Legal (PPCDAm)” e por essa razão votou para que se determine que a União, os órgãos e as entidades federais competentes apresentem ao STF, em até 60 dias, um plano específico com medidas a serem adotadas para a retomada de atividades de controle da fiscalização ambiental e combate de crimes no ecossistema, resguardando os direitos dos povos indígenas. O plano deve conter um cronograma com metas, objetivos, prazos, monitoramento, dotação orçamentária e demais informações necessárias para um planejamento até dezembro de 2023. Disponível em <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=484966&ori=1>. Consultado em 27/04/2023.

Apesar de defender a validade geral da tese apresentada, o autor reconhece a existência de uma região impenetrável à autoridade da justiça em face de atos do poder executivo: a região política (BARBOSA, 1962, p. 95). Entretanto, ressalva que não se pode tomar essa região de forma demasiadamente ampla, sob o argumento de que o executivo é um poder político e, portanto, tudo que faz é político, pois isso implicaria imunidade à sindicância dos tribunais, mesmo em casos de infringência às garantias constitucionais manifesta nos atos do executivo. Se todos os atos são genericamente políticos, deve haver um critério para determinar os estritamente políticos e assim verificar quais aqueles que podem se esquivar da ação do judiciário (BARBOSA, 1962, p. 96).

Pedro LESSA, outro autor clássico na história do pensamento jurídico brasileiro, também se debruça sobre a questão. Em obra publicada em 1915, LESSA apresenta um estudo sobre o Poder Judiciário a partir dos artigos da Constituição da República de 1891. Ao analisar a alínea “c” do inciso I do artigo 59, que trata da competência do Supremo Tribunal Federal para “processar e julgar originaria e privativamente as causas e conflictos entre a União e os Estados, ou entre estes uns com os outros”, o autor constata que

Tão amplos são os termos, de que se utilizou o legislador constituinte para designar os pleitos entre a União e os Estados, ou entre estes, cuja decisão confiou por este artigo ao Supremo Tribunal Federal, que é difícil, senão impossível, imaginar uma questão entre os Estados, ou de algum desses com a União, que possa subtrahir-se à competencia originaria e privativa da nossa Côrte Suprema. (LESSA, 2022, p. 52)

Entretanto, baseado na jurisprudência dos EUA, LESSA afirma ser consensual a posição de que, embora o judiciário julgue questões de caráter político, não lhe é lícito intervir no exercício político do poder do presidente, e de que não podem constituir objetos de litígio perante o judiciário as *questões políticas de sua natureza*. O autor, então, questiona: “quaes são as questões políticas de sua natureza? Quando não é bastante o elemento político para desnaturar e desaforar uma questão judicial? Que litígios políticos é dado á Côrte Suprema Julgar?” (LESSA, 2022, p. 57). E responde: “[p]ara se furtar á competencia do poder judiciário, não basta que uma questão offereça aspectos políticos, ou seja susceptível de efeitos políticos. É necessário que seja *simplesmente, puramente, meramente* política” (LESSA, 2022, p. 59) (destaques no original).

A posição de Pedro LESSA parece estar alinhada à posição de Rui BARBOSA, que impõe, como um dos requisitos elementares para regularidade do exercício da função judicial contra atos inconstitucionais do governo, que o direito cuja ofensa se acusa assente em disposição

constitucional ou legislativa (BARBOSA, 1962, p. 95). Sintetizando a lição de Rui BARBOSA exposta em obra de 1910, intitulada *O Direito do Amazonas ao Acre Setemptrional*, Pedro LESSA esclarece quais são as questões políticas:

Quaes são as questões *exclusivamente políticas*? As que se resolvem com faculdades meramente políticas, por meio de poderes exclusivamente políticos, isto é, que não têm como termos correlativos direitos incarnados nas pessoas, singulares ou collectivas, sobre que taes poderes se exercem. Quando á função de um poder, executivo ou legislativo, não corresponde, ou antes, não se oppõe um direito, de uma pessoa, physica ou moral, que a acção desse poder interessa, um tal poder pressupõe evidentemente o arbítrio da autoridade, em quem reside. É um poder discrecionário, que portanto não póde ser restringido pela interferência de outro. Poder meramente político é poder discrecionário. (LESSA, 2022, p. 59) (destaques no original).

Ambos os autores, portanto, colocam como critério para definição das questões puramente políticas – e, por conseguinte, para afastamento do controle pelo poder judiciário – a inexistência de um direito contraposto ao poder do executivo.

Retomando o exemplo abordado na Introdução, referente ao ato de decretação de sigilo, pode-se demonstrar a pertinência do critério. Ao poder da Administração de reter informações de interesse público contrapõe-se um direito à informação. É o que se apreende do art. 5º, inc. XXXIII da CR/1988. Esse direito, inclusive, impõe deveres correlatos à Administração, nos termos dos arts. 37, §3º, II e 216, §2º da CR/1988. A conclusão, aqui, é que não se pode afastar a apreciação judicial, por não se estar diante de uma questão meramente política: a Administração não tem um poder meramente político, ou discricionário, de escolher quais informações pretende divulgar e quais prefere reter, pois há um direito contraposto a essa pretensão política, mais especificamente uma garantia constitucional: o direito de acesso à informação quando esta é de interesse particular, coletivo ou geral, ressalvada aquela cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado.

Seria possível dar um passo além e dizer que não existe direito de acesso à informação cuja divulgação coloque em risco a segurança da sociedade ou do Estado, pois a própria CR o restringiu, nestes termos. Nesse caso, quando efetivamente se está diante de uma situação em que a divulgação da informação colocaria a sociedade em risco, não caberia ao Judiciário rever a decisão do executivo, sob o argumento hipotético de que embora exista o risco, por ponderação, deve prevalecer o princípio da publicidade, pois o risco constatado não seria tão elevado a ponto de suprimir por completo a publicidade. Ai se está diante de uma manifestação puramente política do poder de reter informação, discricionária, uma vez que não há direito que possa lhe ser contraposta (o direito de acessar informação é afastado, nesse caso, pelo instituo do sigilo, isto é, apesar da regra geral de publicidade, inexistente direito de acesso à informação

cuja divulgação possa comprometer a segurança nacional). Deve-se notar que se trata de uma manifestação funcional do poder, nos termos propostos por Pedro LESSA e Rui BARBOSA: o poder de retenção da informação é exercido funcionalmente, visando à segurança nacional, sem que a este poder possa ser contraposto direito individual ou coletivo, pois a CR/1988 restringe o direito de acesso à informação nos casos de risco à sociedade ou ao Estado.

O mesmo raciocínio pode ser aplicado a casos em que o judiciário é instado a se manifestar quanto à nomeação de ministros de Estado. Qual o direito que pode ser contraposto ao poder do chefe do executivo de indicar seus ministros? Além do direito de ver a pasta conduzida por um brasileiro maior de vinte e um anos de idade e no exercício de seus direitos políticos, nos termos do art. 87, *caput*, da CR/1988, que outro direito poderia ser invocado? Ao estabelecer requisitos tão singelos o constituinte parece ter privilegiado a possibilidade de virtualmente qualquer cidadão brasileiro plenamente capaz⁵ assumir um ministério, o que se coaduna com a ideia de democracia. E o fez deliberadamente, para o caso de ministros, uma vez que para outras posições institucionais há requisitos adicionais⁶. Na impossibilidade de se apontar tal direito contraposto à liberdade política para a nomeação, a conclusão deve ser no sentido de que se está diante de uma decisão discricionária, puramente política e, portanto, não passível de controle pelo poder judiciário (para além do controle de legalidade estrita sobre os singelos critérios mencionados). Parece haver muitos interesses com relação às indicações ministeriais, mas tais interesses são orientados ideologicamente e, portanto, são de cunho político. Não constituem direito. É possível defender o interesse, de forma razoável e legítima, de que o indicado tenha experiência política, em geral, e nos assuntos da alçada da pasta, em particular. Mas é possível defender, igualmente de forma legítima e razoável, que o indicado não tenha experiência política institucionalizada (por meio de ocupação anterior de cargos políticos), mas um longo histórico de relacionamento com movimentos sociais, justamente para evitar alguns vícios de atuação e vínculos pretéritos com atores interessados na área, trazendo-se um olhar novo para dentro de política, sem compromissos prévios, afinado com os anseios sociais. Pode-se desejar que o Ministro da Economia seja um banqueiro, mas pode-se desejar também que ele seja qualquer coisa, exceto um banqueiro.

⁵ A redução da maioria civil de vinte e um para dezoito anos, operada pelo Código Civil de 2002 é posterior à promulgação da Constituição da República de 1988.

⁶ A título de exemplo, dentre outros: Alínea “a” do inciso VI do §3º do art. 14 da CR/1988, que estabelece idade mínima de 35 anos para elegibilidade à Presidência da República e ao Senado Federal, superior, portanto, à idade em que se atinge plena capacidade civil; e inciso III do § 1º do art. 73 que exige “notórios conhecimentos jurídicos, contábeis, econômicos e financeiros ou de administração pública” como requisito para nomeação ao Tribunal de Contas da União.

Não se pretende defender que o critério seja suficiente para resolver todas as questões. Embora pareça funcionar bem para o contexto em que foi criado, do Estado de Direito com feições liberais mais clássicas, do fim do século XIX e início do século XX, inspirado no modelo de Estado dos EUA, o critério não parece resolver questões surgidas no contexto do Estado Social. No Estado Liberal clássico é razoável que a preocupação esteja em limitar negativamente o campo de atuação do poder executivo, que deve ser contido ao esbarrar em direitos individuais. Entretanto, como expõe Carlos Ari SUNDFELD: [...] modernamente, a interferência estatal se intensificou e mudou de qualidade por conta da superação do liberalismo clássico. O Estado Social, mais do que pretender a harmonização dos direitos individuais, impõe projetos a serem implementados coletivamente” (SUNDFELD, 1993, p. 14). Neste contexto, nem sempre se estará diante de uma situação em que a ação da Administração conflita com um direito, no sentido de que ao agir o agente público o fere. Pode haver situações em que ao agir de certo modo, a administração deixa de promover um determinado direito. De qualquer forma, para uma ampla gama de situações o raciocínio ainda parece pertinente.

Em outra obra, de 1910, intitulada *O Direito do Amazonas ao Acre Setentrional*, Rui BARBOSA oferece um rol de atribuições em matérias que abrangeriam quase toda a ação discricionária do executivo. Seriam os casos de atos do Executivo meramente políticos ou puramente discricionários, em que a natureza do assunto sobre o qual versam é estritamente política (BARBOSA, 1983, p. 118-119). Dentre tais atos, o autor cita, entre outros: a declaração de guerra e a celebração de paz; a manutenção e direção das relações diplomáticas; a verificação dos poderes dos representantes dos governos estrangeiros; a celebração e rescisão de tratados; o reconhecimento da independência, soberania e governo de outros países.

Segundo o Rui BARBOSA,

Todas elas têm por objeto a *apreciação de conveniências*, transitórias ou permanentes, mas sempre de natureza geral. São considerações de *interesse comum*, de *utilidade pública*, de *necessidade*, ou *vantagem nacional*, requerendo uma autoridade mais ou menos arbitrária, subordinada a competência dos que a exercem aos freios da opinião popular e da moral social, mas autônoma numa vasta órbita de ação, dentro na qual a discricção do legislador e do administrador se move livremente.

Eis o *terreno meramente político*, defeso como tal à ingerência dos tribunais.

Contraposto a este se estende, com divisas claras e sensíveis, o terreno da justiça, assinalado exatamente pela característica oposta de que as questões da sua alçada, em vez de obedecerem à *apreciação de conveniências*, mais ou menos gerais, entendem com a *aplicação do direito legal* aos casos particulares, de ordem individual ou coletiva.

Onde quer que surja um problema jurídico desta natureza, embora não seja estreme de elementos políticos, *desde que exclusivamente político não é*, tem de receber a solução legal do poder constituído para dar efeito às garantias constitucionais, e com elas valer a toda

individualidade, natural ou moral, lesada no seu direito. (Barbosa, 1983, p. 119-120) (destaques no original)

Pedro LESSA corrobora explicitamente a posição de Rui BARBOSA quanto a estes assuntos (LESSA, 2022, p. 61-66) e a sintetiza:

Exercitando as suas faculdades, o poder executivo tem um campo de acção menos amplo [do que o poder legislativo]; porquanto, além de limitado, como o Congresso, pela Constituição Federal, ainda tem a sua esphera de acção restringida pelas leis secundarias, que são outros tantos círculos concentricos, menos dilatados que a Constituição, e traçados dentro desta. Enquanto cuida do interesse publico, das transformações conducentes ao bem da sociedade, sem attingir e galgar esses limites, pratica actos políticos, sobre os quaes nenhum poder tem a judicatura. Ferido taes limites, expõe as suas providencias á critica e ás decisões do poder judiciário (Lessa, 2022, p; 66).

Pode-se se aproximar da imagem construída por Pedro LESSA – de que o poder executivo possui um *campo de acção* que visa ao cuidado do interesse público e às transformações conducentes ao bem da sociedade, delimitado por círculos concêntricos, definidos pela Constituição e pela legislação secundária – por meio de outra ideia, oferecida por José Reinaldo de Lima LOPES:

No caso do uso prático da razão [...] o princípio não pode ser outra coisa senão um *fim* (*finis*, *telos*): toda acção, ou seja, tudo o que diz respeito à prática, começa por um fim. Esses fins, por sua vez, se encadeiam entre si, de modo que alguns fins são últimos e outros são intermediários (funcionam como meios). A negativa, a ignorância ou a incapacidade de compreender os fins últimos prejudica a hierarquização adequada dos fins intermediários, nível no qual se dão inúmeras discussões chamadas “políticas” ou “de conveniência”. (LOPES, 2022, p 20).

Assim, existe um fim último a orientar a atuação do poder executivo (o bem da sociedade). O alcance de tal fim depende do alcance de uma série de fins intermediários, encadeados, determinados pelo arcabouço legal, oferecendo espaços para acção na forma de círculos concêntricos.

A necessidade de clareza quanto aos fins pode ser apreciada a partir de um julgamento que aparentemente desafia o rol proposto por Rui BARBOSA dos casos exemplares de manifestação do poder discricionário. Como já mencionado, estariam fora da apreciação do judiciário: a declaração de guerra e a celebração de paz; a manutenção e direcção das relações diplomáticas; a verificação dos poderes dos representantes dos governos estrangeiros; a

celebração e rescisão de tratados; o reconhecimento da independência, soberania e governo de outros países.

Nos EUA, o combate ao terrorismo está em uma espécie de intersecção entre os atos mencionados no parágrafo anterior, sobretudo entre a declaração de guerra, a celebração de paz, as relações diplomáticas, o reconhecimento de governos de outros países. Trata-se de um tema que diz respeito a um contexto mais geral de segurança nacional, no qual outros dos tópicos relacionados também se enquadram. A chamada guerra ao terror ilustra essa intersecção (até pelo uso da palavra guerra, embora não se trate de uma guerra convencional entre nações, propriamente). Seguindo a lógica que embasa a classificação de Rui Barbosa, seria defensável a posição de que questões de segurança nacional que envolvem o combate ao terrorismo são questões estritamente políticas, pois dizem respeito à autonomia e à segurança nacionais, da mesma forma que a guerra e a paz ou as relações diplomática, ainda que o autor não tenha dito exatamente isso – o que seria impossível pelo anacronismo entre os seus estudos e o conceito de terrorismo defendido pelos EUA contemporaneamente. Por ser um assunto estritamente ou meramente político, ou puramente discricionário, atos que dizem respeito ao combate ao terrorismo deveriam estar fora da alçada de controle pelo poder judiciário.

Entretanto, como aponta Marcos Augusto PEREZ, a Suprema Corte dos EUA impediu, em fevereiro de 2017, os efeitos de um decreto do Executivo que proibia, por noventa dias, a entrada de indivíduos nacionais de sete países, com o objetivo de proteger a nação dos EUA da entrada terrorista estrangeira em seu território. A corte apontou que o governo não foi capaz de demonstrar como as preocupações de segurança nacional justificariam as limitações de entrada impostas pelo decreto (PEREZ, 2018, p. 15).

O contraexemplo mencionado é pertinente, ainda que seja um caso judicial dos EUA e não do Brasil, por duas razões. Primeiro, porque grande parte da lição de Rui BARBOSA a respeito do assunto é construída sobre a jurisprudência dos EUA. Segundo, porque o argumento de defesa invocado pelo executivo estadunidense no caso – a impossibilidade de revisão de uma decisão discricionária pelo judiciário – corresponde à posição historicamente dominante no Direito Administrativo do Brasil, que propõe justamente que o mérito do ato administrativo é imune à jurisdição, uma vez que os juízos de conveniência e oportunidade são exercidos exclusivamente pelos gestores públicos. Trata-se da já mencionada *teoria da imunidade jurisdicional do mérito do ato administrativo discricionário* (PEREZ, 2018, p. 16).

Mais do que desafiar o rol proposto por Rui BARBOSA, o caso apresentado indica a necessidade de compreensão, inteligência, apreensão dos princípios que orientam determinada ação, por meio da inteligência, nos termos propostos por José Reinaldo de Lima LOPES (LOPES, 2022, p. 20). A proposta de Rui BARBOSA não está, necessariamente, incorreta: de fato, ações que dizem respeito à segurança nacional são questões políticas, estão na zona de fronteira do que é jurídico e do que é o poder estatal puro. Entretanto, o que caracteriza tais ações dessa maneira é justamente o fato de serem ações que visam à segurança nacional, ou seja, que se orientam por tal fim. Se uma ação supostamente tida como de segurança nacional não se orienta por esse fim, ela não é uma medida de segurança nacional, mas outra coisa, e pode haver margem para apreciação judicial. Esse parece ter sido o raciocínio empregado pela suprema corte dos EUA no acórdão:

O Governo não apontou nenhuma evidência de que qualquer estrangeiro de qualquer um dos países mencionados no Decreto perpetrou um ataque terrorista nos Estados Unidos [...] Embora o Governo aponte para o fato de o Congresso e o Executivo terem identificado os sete países mencionados no decreto como países que geravam preocupação em 2015 e 2016, o Governo não ofereceu nenhuma evidência ou explicação sobre como as preocupações de segurança nacional **justificaram** as designações. (PEREZ, 2018, p. 15) (destaque meu).

Em verdade, o fundamento da decisão da suprema Corte dos EUA não parece muito distante da posição de Rui BARBOSA, segundo o qual o executivo é um poder do Estado com atribuições determinadas em textos formais. Se a questão versa sobre a maneira de o executivo exercitar tal poder, sua conveniência e oportunidade, a questão é política, “porque seus elementos de apreciação pertencem intrinsecamente à função conferida, e a ingerência de outro poder a anularia intrinsecamente” (BARBOSA, 1962, p. 97-98).

Assim, haveria “questões de natureza opinativa, que se resolvem não de acordo com regras preestabelecidas e formais, mas segundo o critério da observação, da previdência, da utilidade. São, portanto, questões de governo, que incumbem à esfera do administrador, do estadista (BARBOSA, 1962, p. 103). Exemplos ilustrativos de questões desse tipo, mencionados pelo autor, seriam: É desastrosa a declaração de guerra? Intempestiva ou perigosa a mobilização da milícia? Desigual ou opressiva a fixação dos tributos? Segundo Barbosa essas questões escapam ao judiciário porque a justiça gira unicamente no círculo das relações acerca das quais o dever e o direito se determinam pela vontade positiva da lei.

Contudo, o autor explica que nem tudo que diz respeito à guerra, à mobilização de milícias e à tributação está livre de apreciação pelo judiciário. Para sustentar o raciocínio, Barbosa menciona as seguintes hipóteses: a pretexto de operações de guerra, o executivo

confisca a propriedade particular, negando indenização aos proprietários; a título de levantar a milícia, impõe obrigação de serviço militar a cidadãos isentos por escusa legal; no uso da prerrogativa tributária, cria alfândegas entre os estados. Em qualquer desses casos o judiciário poderá e deverá intervir, ainda que o executivo pretendesse defender suas ações com base em seu poder discricionário.

Nas palavras do próprio autor:

O caráter discricionário de uma **função** não legitima senão os atos ditados pela **natureza de seus fins**. A discricção legal no uso de uma atribuição não importa o direito de associar arbitrariamente a ela competências, que ela naturalmente não abrange [...]. Necessário é [...] que o fato, contra que se reclama, caiba realmente na função, sob cuja autoridade se acoberta; porque esta pode ser apenas um sofisma, para dissimular o uso de poderes diferentes e proibidos. (BARBOSA, 1962, p. 104) (destaques meus).

[...]

A estes [os tribunais] compete sempre verificar se a atribuição política, invocada pelo excepcionante, abrange em seus limites a faculdade exercida (BARBOSA, 1962, p. 109).

A decisão da suprema corte dos EUA não consiste em caso isolado. Como explica Marcos Augusto PEREZ, há “uma tendência global de gradativa ampliação da jurisdição da discricionariedade”, com “aumento de importância do controle processual e do controle motivacional das decisões administrativas”, uma vez que “chegamos a um ponto de não retorno com relação ao controle jurisdicional da discricionariedade”, imposto pela efetividade dos direitos fundamentais no contexto do Estado Democrático de Direito. Nesse contexto, Administração e Jurisdição, devem rejeitar o arbítrio e buscar métodos jurídicos para o exercício da discricionariedade que sejam também aplicados como métodos de controle da discricionariedade, pois “a régua que mede a legalidade no exercício da discricionariedade administrativa deve também servir ao controle jurisdicional da discricionariedade administrativa”. Para tanto, é necessário atingir o objetivo de “sistematizar a partir do direito, da experiência concreta e da racionalidade o exercício legal da discricionariedade administrativa e, na mesma medida, o seu inevitável e muito desejável controle jurisdicional”. (PEREZ, 2018, p. 20-24).

Marcos Augusto PEREZ divide a história do controle jurisdicional da discricionariedade administrativa em três fases ou períodos. A primeira fase consistiria no período compreendido entre 1890 e 1940. É nesse período que se inserem os trabalhos de Rui BARBOSA e Pedro LESSA sobre o tema, já expostos. Trata-se, segundo PEREZ, de um período em que o tema da discricionariedade administrativa e seu controle jurisdicional foi pouco e superficialmente

tratado pela doutrina. O autor ressalva que Rui BARBOSA se destaca dentre os doutrinadores, embora não o considere propriamente como exceção à regra de tratar o tema da discricionariedade apenas de forma secundária (PEREZ, 2018, p. 118), e não menciona Pedro LESSA. Nesta primeira fase, havia autores que defendiam a imunidade jurisdicional do mérito administrativo e outros que admitiam correção das decisões discricionárias pelo judiciário (PEREZ, 2018, p. 119).

A partir da década de 1940, ingressa-se no segundo período, que se estende até a década de 1990, em que a discricionariedade administrativa e seu controle jurisdicional assumem posição mais central nas preocupações da doutrina. Nesta fase, há “inequívoco domínio”, “absoluta preponderância” da teoria da imunidade jurisdicional do mérito do ato discricionário. No período ocorre distanciamento do direito norte-americano, cuja influência marcou o primeiro período. As influências europeias retomam o protagonismo que já haviam possuído no período monárquico. (PEREZ, 2018, p. 120). Para ilustrar o pensamento dominante no período, Perez cita Seabra Fagundes:

Para SEABRA FAGUNDES, por exemplo, o mérito compreenderia as “questões relativas ao acerto, à justiça, à equidade” de cada ato administrativo discricionário e constituiria um aspecto específico do exercício da função administrativa, relacionado às circunstâncias e apreciações perceptíveis unicamente pelo administrador público, em razão da função e das prerrogativas por ele exercidas. Ao juiz seria, por conseguinte, vedado adentrar no seu conhecimento, e, se o fizesse, exorbitaria o campo da apreciação jurídica, que lhe é reservado como órgão específico de preservação da ordem legal, para incursionar no terreno das “razões políticas”, própria dos órgãos executivos (PEREZ, 2018, p. 96).

Marcos Augusto PEREZ atribui o sucesso da teoria no direito brasileiro à simplicidade da resposta que ela oferece a problemas complexos e intrincados, conciliando elementos que estão em tensão entre si – a vedação ao arbítrio, a separação dos poderes e a inafastabilidade da jurisdição – pela criação de um universo intangível ao Poder Judiciário: o mérito do ato discricionário (PEREZ, 2018, p. 96-97).

Embora seja consenso entre os autores do período que a discricionariedade não se identifica com a arbitrariedade e que as autoridades públicas, portanto, não podem agir de forma abusiva ou arbitrária no exercício de competências discricionárias, na maior parte das vezes esse pensamento é utilizado apenas como ponto de partida sem chegar a lugar algum, ou como figura meramente retórica, desprovida de consequências concretas (PEREZ, 2018, p. 124).

Após a redemocratização do país na década de 1980, e a promulgação da Constituição de 1988, a discricionariedade administrativa e seu controle começam a receber um novo

tratamento jurídico, a partir da década de 1990 (PEREZ, 2018, p. 130). Nessa terceira fase, contemporânea,

Há uma retomada do tema da discricionariedade a partir do reconhecimento de que essa é a forma de atuação mais relevante da Administração contemporânea e uma preocupação evidente [...] com o aprofundamento das discussões sobre por que e como a discricionariedade se manifesta e sobre como o direito a disciplina (PEREZ, 2018, p. 132).

Odete MEDAUAR é uma das autoras de maior destaque nesse terceiro período. O excerto abaixo ilustra a preocupação da autora com o controle da discricionariedade e as razões que justificam tal controle:

A partir da segunda metade do século XX, com a dinâmica intervencionista, ampliaram-se as atribuições administrativas; um número crescente de decisões passou a afetar com mais amplitude direitos e interesses dos indivíduos (...). O conjunto desses fatores acarreta a mudança da natureza pura da discricionariedade. Prega-se então a necessidade de nova disciplina para que se torne objetiva, imparcial, controlável (MEDAUAR, 2017, p. 241).

Outro ponto importante do pensamento contemporâneo sobre o controle jurisdicional dos atos discricionários é a maior valorização dos elementos internos de validade ou de legalidade dos atos administrativos: finalidade e motivo. (PEREZ, 2018, p. 138). O controle sobre os fins pretendidos pelo executivo ao praticar seus atos administrativos é realizado sobretudo com fundamento no instituto do desvio de finalidade, objeto da próxima seção.

1.3. O Conceito de Desvio de Finalidade na Doutrina do Direito Administrativo

Segundo Odete MEDAUAR, a submissão do poder Executivo à lei só se realizou com o surgimento do Estado de Direito, condensada no princípio da legalidade. Em 1812, na 4ª edição do Repertório de Guyot, a cargo de Merlin, é empregada pela primeira vez a expressão *ato administrativo*, como espécie de ato jurídico, inserindo um conjunto de preceitos a disciplinar e prefixar os efeitos da atuação da Administração perante os cidadãos. Pelo princípio da legalidade, “as decisões devem ser afirmadas por manifestação prévia ao resultado concreto, de acordo com parâmetros antes fixados, que visam a assegurar o respeito a direitos dos particulares [...]”. O ato administrativo constitui, assim, um dos principais meios pelos quais atuam e se expressam as autoridades e órgãos administrativos”. (MEDAUAR, 2018, p. 133).

Ainda de acordo com Odete MEDAUAR, o ato administrativo é uma espécie de ato jurídico, que expressa decisões da Administração Pública e que produz efeitos jurídicos, no

sentido de reconhecer, modificar e extinguir direitos ou impor restrições e obrigações, observando-se a legalidade. Ocorre que o instituto do ato jurídico foi tratado, no decorrer dos séculos, pelo direito civil, que consolidou noções e preceitos dos quais a teoria do ato jurídico em geral se valeu. Por essa razão, é comum a utilização da expressão “manifestação da vontade” em muitos conceitos relacionados ao ato administrativo, já que o direito civil a emprega para tratar de atos jurídicos na relação entre particulares. O uso de tal expressão no Direito Administrativo pode conduzir à noção incorreta de vontade com caráter subjetivo, como fato psíquico, quando na verdade as decisões administrativas exprimem “vontade” de modo objetivo. Não se trata de tomada de decisão para produzir efeitos entre as partes, de modo particularizado, mas de decisão baseada na avaliação mais ampla de interesses em confronto, considerando-se os efeitos no todo. Esse modo de compreender a vontade administrativa é uma consequência decorrente do princípio da impessoalidade que norteia as atividades da Administração Pública (art. 37, caput da CR/1988) (MEDAUAR, 2018, p. 133-134).

Conforme a autora, o ato administrativo é formado pela conjugação de alguns elementos, como todo ato jurídico. Entretanto, não há consenso na doutrina com relação ao elenco de tais elementos e à terminologia adequada para designá-los (além de elementos, empregam-se pressupostos e requisitos). Comumente são apontados cinco elementos: agente competente, objeto, forma, motivo e finalidade ou fim (MEDAUAR, 2018, p. 134-135). Para os objetivos do presente estudo, a finalidade e o motivo são os elementos mais importantes.

Mesmo em textos de direito administrativo é possível encontrar a noção, de natureza filosófica, de que não há ação humana sem um fim que a oriente, pois o fim (ou bem) é o princípio da razão prática (Grisez, 2007), assim como a não contradição e a identidade são princípios da razão teórica. Márcio PESTANA ilustra tal constatação:

A conduta humana invariavelmente tem, antecedendo-lhe, uma certa finalidade que a anima. Ir ao shopping é uma conduta que é precedida por uma finalidade (adquirir uma calça, passear, ir ao cinema etc.). O mesmo ocorre com a emissão de um ato administrativo que almeja certa finalidade, no caso, próxima ou remotamente voltada para o interesse público (PESTANA, 2010, p. 273).

Segundo Maria Sylvia Zanella DI PIETRO, “[f]inalidade é o resultado que a administração quer alcançar com a prática do ato” (DI PIETRO, 2021, p. 220). A finalidade não se confunde com outros elementos do ato administrativo por ser o efeito mediato do ato, distinguindo-se, assim, do objeto, que é o efeito jurídico imediato que o ato produz. Distingue-se, ainda, do motivo, que antecede a prática do ato, “correspondendo aos fatos, às

circunstâncias, que levam a Administração a praticar o ato”, consistindo nos pressupostos de fato e de direito que o fundamentam (DI PIETRO, 2021, p. 220). A “finalidade sucede à prática do ato, porque corresponde a algo que a Administração quer alcançar com a sua edição”. Em síntese: “diante de certa situação de fato ou de direito (motivo), a autoridade pratica certo ato (objeto) para alcançar determinado resultado (finalidade)” (DI PIETRO, 2021, p. 220).

Obviamente, a finalidade, como princípio que orienta a ação, sucede-a na ordem das sensações ou experiências (ordem cronológica ou empírica), pois na ordem do pensamento (ordem lógica), a finalidade antecede a ação (LOPES, 2022, p. 20).

Ainda para DI PIETRO:

“Pode-se falar em **fim** ou **finalidade** em dois sentidos diferentes: 1. em sentido amplo, a finalidade corresponde à consecução de um resultado de **interesse público**; nesse sentido, se diz que o ato administrativo tem que ter finalidade pública; 2. em sentido restrito, finalidade é o resultado específico que cada ato deve produzir, conforme definido na lei; nesse sentido, se diz que a finalidade do ato administrativo é sempre a que decorre explícita ou implicitamente da lei”. (DI PIETRO, 2021, p. 220) (destaques no original).

Para autora, a finalidade que o ato deve alcançar é definida pelo legislador, não havendo liberdade de opção para a autoridade administrativa. O desvio de finalidade, que torna o ato ilegal, pode ocorrer tanto pela infração da finalidade legal do ato, em sentido estrito (um exemplo seria a remoção de servidor público a título de punição), quanto pelo desatendimento de seu fim de interesse público, em sentido amplo (um exemplo seria a desapropriação de um imóvel para perseguir o proprietário, inimigo político do agente, fugindo-se do interesse público para atendimento de interesse particular) (DI PIETRO, 2021, p. 220).

Marçal JUSTEIN FILHO propõe uma sistematização em que os vícios do ato administrativo são divididos em vícios de competência, forma, conteúdo, motivo e finalidade (JUSTEIN FILHO, p. 270-271). Esta última categoria subdivide-se em vício quanto à escolha da finalidade, desvio de poder, desvio de procedimento e abuso de poder. Segundo o autor, o vício quanto à finalidade usualmente não se evidencia de modo claro, pois o agente estatal que o pratica se vale de fórmulas obscuras (interesse público, bem comum) para expor os fins norteadores de sua atuação (JUSTEIN FILHO, p. 281). O autor se vale do mesmo exemplo de DI PIETRO para ilustrar o desvio de finalidade: a remoção compulsória de servidor público como medida punitiva, quando o instituto existe para promover a qualidade do serviço. A medida adequada para lidar com infrações funcionais seriam as sanções disciplinares (JUSTEIN FILHO, 2016, p. 281).

Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO também reconhece a finalidade como elemento do ato administrativo, mas, adicionalmente, trata-a como um princípio constitucional do direito administrativo brasileiro, por força do qual a Administração subjugar-se ao dever de alvejar sempre a finalidade normativa, adscrevendo-se a ela. (BANDEIRA DE MELLO, 2021, p. 89).

Para o autor, o Princípio da Finalidade é inerente ao da legalidade, correspondendo à aplicação da lei em conformidade com sua razão de ser, com o objetivo em vista do qual ela foi editada.

Por isso se pode dizer que tomar uma lei como suporte para a prática de ato desconforme com sua finalidade não é aplicar a lei; é desvirtuá-la; é burlar a lei sob o pretexto de cumpri-la. Daí porque os atos incursos neste vício – denominado “desvio de poder” ou “desvio de finalidade” – são nulos. Quem desatende ao fim legal desatende à *própria lei*. (BANDEIRA DE MELLO, 2021, p. 90) (destaque no original).

O autor segue o mesmo raciocínio de DI PIETRO quando à dupla finalidade, geral e específica, que deve ser observada pelo gestor público. A finalidade geral é a finalidade própria de todas as leis, o interesse público, havendo também uma finalidade particular abrigada em cada lei para a qual se pretender dar execução.

Assim, há desvio de poder e, em consequência, nulidade do ato, por violação da *finalidade legal*, tanto nos casos em que a atuação administrativa é estranha a qualquer finalidade pública quanto naqueles casos em que o fim perseguido, se bem que de interesse público, não é o fim preciso que a lei assinalava para tal ato. (BANDEIRA DE MELLO, 2021, p. 90) (destaque no original).

Como elemento do ato administrativo, Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO estabelece que a finalidade é o bem jurídico objetivado pelo ato, o resultado previsto legalmente como o correspondente à tipologia do ato administrativo, consistindo no alcance dos objetivos por ele *comportados*, ou seja, é o objetivo inerente à categoria do ato. (BANDEIRA DE MELLO, 2021, p. 331). Para ilustrar, o autor menciona que “[a] finalidade do ato que dissolve a passeata tumultuosa é a proteção da ordem pública, da paz pública. A finalidade do ato que interdita fábrica poluidora da atmosfera é a proteção da salubridade pública”. (BANDEIRA DE MELLO, 2021, p. 331). Segundo o autor, “[n]ão se pode buscar através de um dado ato a proteção de bem jurídico cuja satisfação deveria ser, em face da lei, obtida por outro tipo de categoria de ato. Ou seja: cada ato tem a finalidade em vista da qual a lei o concebeu”. Para ilustrar essa ideia, o autor apresenta exemplo semelhante ao mencionado por Maria Sylvia Zanella DI PIETRO (DI PIETRO, 2021, p. 220) e Marçal JUSTEIN FILHO (JUSTEIN FILHO, 2016, p. 281): se agente tem competência para remover funcionário e para suspendê-lo, não pode optar pela

remoção com a finalidade de puni-lo, pois o ato de remoção não tem finalidade punitiva. Para punir, deve se valer de ato previsto como punitivo. (BANDEIRA DE MELLO, 2021, p. 333).

Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO afirma que “[o]corre desvio de poder, e, portanto, invalidade, quando o agente se serve de um ato para satisfazer finalidade alheia à natureza do ato utilizado”. (BANDEIRA DE MELLO, 2021, p. 332). Trata-se, para o autor, de mau uso da competência que o agente possui, seja pela busca de finalidade que não pode ser buscada, seja pela busca de finalidade que deveria ser buscada por outro meio. A competência do agente “visa a um fim especial, presume um endereço, antecipa um alcance, predetermina o próprio alvo” (Caio Tácito, 1975, p. 80-81, *apud* BANDEIRA DE MELLO, 2021, p. 332). Ao associar o desvio de poder à competência, o autor estabelece que “ocorre desvio de poder quando um agente exerce uma competência que possuía (em abstrato) para alcançar uma finalidade diversa daquela em função da qual lhe foi atribuída a competência exercida” (BANDEIRA DE MELLO, 2021, p. 332).

Portanto, assim como DI PIETRO, Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO considera que o desvio de finalidade pode se manifestar de dois modos: pela busca de finalidade alheia ao interesse público (prejudicar um inimigo ou beneficiar a si ou a um amigo, como ocorre na remoção de um funcionário por superior com intenção de prejudicá-lo, motivada pela inimizade); pela busca de uma finalidade de interesse público, mas alheia à “categoria” do ato utilizado para tanto (remoção de funcionário como forma de puni-lo por falta efetivamente praticada, quando a remoção não é ato de categoria punitiva).

1.4. Controle Judicial sobre o Ato Administrativo com Desvio de Finalidade

Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO situa historicamente o surgimento do controle jurisdicional sobre a legitimidade da atuação administrativa por meio da perquirição da finalidade. Este controle foi desenvolvido pelo Conselho de Estado Francês, que construiu a teoria do desvio de poder. No Brasil, foi incorporado a partir do voto de Seabra Fagundes proferido no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte em 1948, ao apreciar a apelação cível nº 1.422⁷ (BANDEIRA DE MELLO, 2021, p. 930). Para o autor, o desvio ocorre pela mera

⁷ O caso versava sobre desvio de poder polícia em ato praticado pela Inspetoria Estadual de Trânsito. A autoridade administrativa exerceu o poder de polícia ao fixar horário para tráfego de determinada companhia de ônibus, visando à prejudicá-la em benefício de empresa concorrente (MAJADAS, 2004, p. 115).

divergência entre o fim legal e o fim que o ato aporta. Não é necessário que haja antítese entre a finalidade da lei e do ato praticado, bastando o singelo desacordo entre ambos. Nesse sentido, o ato maculado pelo desvio de poder é nulo. (BANDEIRA DE MELLO, 2021, p. 931).

Ao tratar do controle judicial sobre o desvio de finalidade, Maria Sylvia Zanella DI PIETRO estabelece uma relação entre finalidade e discricionariedade do ato administrativo. Segundo a autora, “[o] poder que a administração dispõe para desempenhar suas funções é regrado pelo sistema jurídico vigente” (DI PIETRO, 2021, p.221). No entanto, este regramento pode atingir todos ou apenas alguns aspectos da atuação administrativa. No primeiro caso, trata-se de poder vinculado, pois não restam alternativas de ação à administração. No segundo, o poder é discricionário, pois a administração poderá optar por uma solução dentre várias possíveis diante do caso concreto, conforme critérios de oportunidade e conveniência (DI PIETRO, 2021, p.222). No que diz respeito à finalidade do ato, haveria discricionariedade com relação ao sentido amplo (relacionado ao interesse público), “porque a lei se refere a ela usando noções vagas e imprecisas, como ordem pública, moral, segurança, bem-estar. Quando a lei não estabelece critérios objetivos que permitem inferir quando tais fins são alcançados, haverá discricionariedade”. (DI PIETRO, 2021, p. 223). Já no sentido estrito, a finalidade seria sempre vinculada: “para cada ato administrativo previsto na lei há uma finalidade específica que não pode ser contrariada” (DI PIETRO, 2021, p. 224). Com relação à discricionariedade na finalidade em sentido amplo, a autora menciona a autorização para fazer reunião em praça pública, cuja outorga depende do entendimento da administração de que não há ofensa à ordem pública. A vinculação na finalidade em sentido estrito é, novamente, exemplificada pela demissão de servidor público, que só pode ser realizada para punir o infrator, não para atender à conveniência do serviço (DI PIETRO, 2021, p. 223-224).

Seguindo a mesma linha de Marcos Augusto PEREZ, exposta na segunda seção deste capítulo, Maria Sylvia Zanella DI PIETRO considera que por muito tempo entendeu-se que os atos discricionários envolveriam um juízo de conveniência e oportunidade que constituem seu mérito, “um aspecto do ato administrativo cujo apreciação é reservada à competência da Administração Pública”, porém, a partir da Constituição de 1988, houve evolução no controle judicial sobre atos administrativos, com avanço sobre o exame do mérito. (DI PIETRO, 2021, p. 226). Neste contexto, “a teoria do desvio do poder permitiu o exame da finalidade do ato, inclusive sob o aspecto do atendimento do interesse público” (DI PIETRO, 2021, p. 226). Esta teoria se apoia em um conceito de legalidade em sentido amplo, que também vincula a Administração Pública e que abrange não apenas atos normativos, mas também princípios e

valores previstos implícita ou explicitamente na Constituição. Com isso foi reduzido o campo do mérito e aumentaram as possibilidades de controle judicial sobre o ato administrativo.

“Por maior que seja a margem de discricionariedade [...], existe a exigência de motivação. A motivação não pode limitar-se a indicar a norma legal em que se fundamenta o ato. É necessário que na motivação se contenham os elementos indispensáveis para controle da legalidade do ato, inclusive no que diz respeito aos limites da discricionariedade. É pela motivação que se verifica se o ato está ou não em consonância com a lei e com os princípios a que se submete a Administração Pública. Verificada essa conformidade, a escolha feita pela Administração insere-se no campo do mérito”. (DI PIETRO, 2021, p. 227).

Assim, o judiciário pode apreciar os aspectos de legalidade do ato discricionário e verificar se a Administração não ultrapassou os limites da discricionariedade. Caso o administrador o faça, o judiciário pode invalidar o ato, pois ao extrapolar o espaço discricionário, o administrador invade o campo da legalidade. A teoria do desvio de poder se insere justamente entre as teorias elaboradas para limitar o exercício do poder discricionário e orientar o judiciário na tarefa de controle. Segundo a autora, o desvio de poder se manifesta quando a autoridade usa do poder discricionário para atingir fim diferente daquele que a lei fixou. “Quando isso ocorre, fica o Poder Judiciário autorizado a decretar a nulidade do ato, já que a Administração fez uso indevido da discricionariedade, ao desviar-se dos fins de interesse público definidos na lei.” (DI PIETRO, 2021, p. 228).

Para Marçal JUSTEIN FILHO, é uma exigência de validade formal do ato administrativo a explicação clara e precisa da finalidade por ele buscada, sendo sempre possível o controle quanto a esta finalidade, seja ela explicitada ou não. Segundo o autor, usualmente o controle quanto às finalidades dos atos administrativos faz-se apenas sob um enfoque negativo, considerando-se inválido o ato incompatível com a consecução do interesse público. “No entanto, uma democracia republicana exige mais do que isso”. (JUSTEIN FILHO, 2016, p. 281). O autor propõe a necessidade de um controle positivo quanto às finalidades eleitas pelo gestor ao praticar o ato administrativo: “[é] necessário que o ato administrativo seja apto a promover as finalidades prestigiadas pelo direito, refletindo uma concepção de bem público satisfatória com os valores fundamentais e com as necessidades coletivas”. (JUSTEIN FILHO, 2016, p. 282). Para o autor, esse controle proporciona a transparência da atividade administrativa e não acarreta a substituição do agente administrativo por quem fiscaliza sua ação, apenas conduz à invalidação de escolhas incompatíveis com a ordem constitucional.

Nesse contexto, o desvio de poder seria um instrumento clássico de controle da atividade administrativa, configurando-se

quando um agente estatal se vale de competência de que é titular para realizar função diversa daquela a que se destina tal competência. O instituto do desvio de poder alicerça-se sobre a existência de finalidade determinada e específica para as competências administrativas. Essas competências têm destinação que pode ser mais ampla ou menos ampla, mas sempre haverá limite. Haverá vício se uma competência for desnaturada, sendo utilizada para fins diversos daqueles que a norma estabeleceu (JUSTEIN FILHO, 2016, p. 282).

1.5. Crítica ao Conceito de Desvio de Finalidade

Na seção anterior não se pretendeu esgotar o tema do desvio de finalidade, apenas retratar alguns dos traços fundamentais do instituto na doutrina administrativa mais tradicional. É possível que mesmo os autores citados abordem o assunto de formas diferentes em outras de suas obras. E certamente outros autores contemporâneos, referidos como “geração de novos interessados no controle da administração e da discricionariedade administrativa”, produtora de uma “nova safra de pesquisas e estudos” por Marcos Augusto PEREZ (PEREZ, 2018, p.131-132), propõem visões distintas sobre o assunto. Entretanto, o retrato apresentado capta aspectos “clássicos” do instituto que são amplamente reproduzidos em diversos textos e decisões judiciais.

O primeiro aspecto que salta aos olhos é a repetição de exemplos. E sua singeleza. Oferecer exemplos é um método comumente utilizada na tentativa de explicar conceitos. Porém, a repetição dos mesmos exemplos simples pode não ser suficiente para esclarecer o conceito ao qual o exemplo se refere. O esclarecimento por meio de exemplos requer que seja oferecida uma variedade de exemplos, caso contrário tudo que se aprenderá é apenas um caso particular de desvio de finalidade e nada se saberá sobre outras situações que também caracterizam o desvio. Recorrer às Investigações Filosóficas de Ludwig WITTGENSTEIN pode ser elucidativo:

IF § 69. Como explicaríamos para alguém o que é um jogo? Creio que descrevendo jogos, e poderíamos acrescentar à descrição: "isto e coisas semelhantes são chamados 'jogos'". E sabemos, nós próprios, mais do que isso? E somente a outrem é que não somos capazes de dizer exatamente o que é um jogo? – Mas isto não é ignorância. Não conhecemos os limites, porque não se traçou nenhum limite. Como foi dito, podemos – para uma finalidade especial – traçar um limite. Somente fazendo isto é que tomamos o conceito utilizável? De forma alguma! A não ser para esta finalidade especial.

[...]

IF § 71 [...] E é precisamente assim que se explica o que é um jogo. Dá-se exemplos e pretende-se que eles sejam entendidos num certo sentido. – Mas com esta expressão não tenho em mente: nestes exemplos ele deve ver o comum, aquilo que – por uma razão qualquer – não consegui trazer à fala. Mas: ele deve empregar estes exemplos apenas num determinado modo (WITTGENSTEIN, 2014, p. 53-55).

O segundo aspecto que demanda esclarecimentos adicionais é a associação do desvio com uma escolha incompatível com o fim último, com o interesse público, com a ordem constitucional. Essas expressões são muito abrangentes. O fundamento último será sempre um fundamento constitucional, mas em muitos casos não é necessário buscar na Constituição o interesse tutelado pela finalidade atribuída ao ato administrativo. Parece mais promissor que as escolhas sejam compreendidas no contexto das atividades em que ocorrem.

Deve-se notar que a forma de expressar a finalidade dos atos administrativos – recorrentemente encontrada em textos de direito administrativo – como uma finalidade dupla, em duas camadas, sendo uma específica do ato, sua finalidade imediata, e uma finalidade geral, ampla, de interesse público, pode conduzir à perda de uma noção fundamental: entre a finalidade imediata e a finalidade última há uma ampla gama de fins intermediários concatenados, estruturados. Trata-se da noção, já apresentada na seção 1.2, de que há uma hierarquização entre fins últimos e fins intermediários, os quais funcionam como meios para os fins últimos, sendo neste nível intermediário que se dão as inúmeras discussões chamadas “políticas” ou “de conveniência” (LOPES, 2022, p. 20).

Ao se perder a noção de fins intermediários, há uma tendência natural de tomar a finalidade imediata do ato e tentar relacioná-la diretamente ao fim último, o interesse público, retirando-se a atividade do contexto específico em que ocorre; ou, dito de outra forma, abstraindo-se a relação que aquela atividade estabelece com outros fins intermediários, para a consecução dos quais ela atua como meio. Perde-se a noção de seu *sentido*, particular, sem o qual fica difícil compreender sua relação com o sentido mais geral do direito, a justiça, e da política, o bem comum. Considerando que a distância entre a finalidade imediata de um ato administrativo e o fim último de interesse público pode ser gigantesca, em muitos casos, torna-se compreensível a sensação de que muitas decisões judiciais que apreciam tais atos são carregadas de subjetivismo, pois elas tentam fazer um salto muito longo e preencher esse imenso espaço intermediário com princípios gerais de direito.

A associação de um ato particular ao interesse público não é trivial. É relativamente fácil demonstrar o que não é de interesse público. O locupletamento e o nepotismo não representam o interesse público e, portanto, o ato que almeja tais objetivos é um ato desviante. Demonstrar o que é de interesse público, entretanto, não é tão simples. Excluindo-se a resposta fácil pela via da legalidade, de que a aplicação da lei é de interesse público (por ser condição

para promoção da justiça geral), como verificar que certos atos atendem ao interesse público, especialmente quando o que se coloca em xeque é justamente se o ato atendeu à legalidade em sentido amplo? Como verificar, por exemplo se a inabilitação de uma empresa em um procedimento licitatório, por deixar de entregar um documento com a forma exigida no edital, atende ou desatende ao interesse público, considerando que ela tinha a melhor proposta? Só se pode compreender a questão olhando-se para a atividade na qual a ação se insere, pela lógica interna da licitação, suas regras, seus objetivos. Sem isso, entra-se numa discussão de ponderação de princípios como o da vinculação ao instrumento convocatório e o do formalismo moderado e resvala-se facilmente para a ideia de que qualquer resposta pode ser justificada.

Outro aspecto que exigiria esclarecimentos consiste na aproximação do instituo do desvio de finalidade à observação da legalidade estrita. Ao se proceder dessa forma, torna-se difícil diferenciar o desvio de finalidade do excesso de poder, figura caracterizada pela atuação do agente fora de sua competência. É o que se evidencia na caracterização de Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO, quando diz que a competência para execução de um ato em particular está associada a uma finalidade específica, o que é inegável. Porém, ao concentrar o foco na falha em observar a finalidade orientada pela competência, o que se tem, em última instância, é uma atuação fora da competência, que só se diferencia do excesso de poder pelo grau de generalidade (competência do agente em caráter geral e competência específica para execução de um determinado ato), ou por um aspecto formal (no caso do excesso de poder, formalmente o agente não detinha competência para o ato praticado, no desvio de poder ou finalidade, não detinha a competência material). Por esse ângulo, talvez não se justifique a separação do abuso de poder em duas espécies distintas (excesso de poder e desvio de poder ou finalidade). A correlação entre o ato específico e a competência é difícil porque a lógica de atribuição de competências se dá em torno da ideia de atividades, de conjuntos de atos, que atendem a uma finalidade, a um sentido institucionalmente construído para a atuação do agente. Quando se tenta relacionar o ato particular à competência para praticá-lo, ainda que sob a perspectiva da finalidade, sem considerar a atividade na qual o ato se insere, esvazie-se seu sentido.

Um quarto aspecto que deve ser criticado diz respeito à tendência de identificar a discricionariedade administrativa com a interpretação de conceitos jurídicos indeterminados, dos quais o legislador se vale na edição de leis, tais como interesse público, bem comum, razoabilidade, economicidade, ordem pública etc. Explicando melhor: a discricionariedade decorreria da abertura dos conceitos jurídicos indeterminados, a qual impõe a necessidade de interpretação. Essa explicação não se sustenta porque, por um lado, mesmo no caso de atos

vinculados há necessidade de interpretação das normas, e, por outro, a discricionariedade pode se fazer presente mesmo em situações nas quais a lei não se utiliza de conceitos indeterminados para orientar a ação do agente público. Marcos Augusto PEREZ oferece exemplos esclarecedores: a Constituição da República somente admite abertura de créditos orçamentários extraordinários pela administração para “atender a despesas imprevisíveis e urgentes, como as decorrentes de guerra, comoção interna ou calamidade pública” (§ 3º do art. 167 da CR/1988). Há emprego de conceitos jurídicos indeterminados (comoção interna, calamidade pública), que demandam interpretação, mas nem por isso há discricionariedade para o agente. Sua atuação é vinculada no sentido de que somente essas situações admitem abertura de créditos extraordinário (PEREZ, 2018, p. 38-39).

Obviamente, isso não significa que o legislador não possa se valer de conceitos jurídicos indeterminados para criar espaços de discricionariedade. Como aponta Marcos Augusto PEREZ:

Haverá, porém, casos em que a utilização pela legislação dos conceitos jurídicos indeterminados tem a finalidade objetiva de criar um espaço de discricionariedade, possibilitando ao administrador definir, de forma geral, a partir da edição de regulamentos ou, em cada caso específico, como o comando legal deve ser concretizado. É o caso, por exemplo, do artigo 8º, incisos I e II, da Lei nº 12.587/2012, que trata da política nacional de mobilidade urbana. As referidas regras estabelecem diretrizes que deverão ser aplicadas pelos Municípios e Estados, em suas respectivas esferas de competência, na fixação da política tarifária para os serviços de transporte coletivo dentre os quais se encontram a “promoção da equidade no acesso aos serviços” e a “eficiência”, nitidamente dois conceitos indeterminados. Aqui, o modo de construção da regra e sua finalidade deixam claro que a intenção do legislador, ao utilizar-se de expressões genéricas ou de conceitos indeterminados, foi a de criar a possibilidade de escolha necessária para que, no que se refere à fixação de tarifas para os serviços de transporte coletivo, os entes federativos adaptassem as diretrizes gerais de equidade e eficiência à sua realidade socioeconômica (Perez, 2018, p. 39)

O que se está afirmando é que não há uma identidade entre discricionariedade e conceitos jurídicos indeterminados, pois estes não são a única fonte de discricionariedade. O já mencionado exemplo de atuação discricionária quanto à realização ou não de consulta pública em processos administrativos (art. 31 da Lei nº 9.784/1999) é esclarecedor. Neste caso, o conceito de consulta pública não é juridicamente indeterminado e ainda assim há discricionariedade, pois cabe ao agente decidir quando ela é cabível – uma decisão de natureza política, nos termos propostos por Rui BARBOSA e Pedro LESSA, pois trata-se de uma faculdade do agente público (“o órgão competente *poderá*, mediante despacho motivado, abrir período de consulta pública para manifestação de terceiros”), não havendo direito oponível para obrigar a administração a realizar a consulta. O Decreto-Lei nº 4.657/1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB) amplia o alcance da norma, para além do contexto do processo

administrativo, em seu art. 29: “Em qualquer órgão ou Poder, a edição de atos normativos por autoridade administrativa, salvo os de mera organização interna, poderá ser precedida de consulta pública para manifestação de interessados, preferencialmente por meio eletrônico, a qual será considerada na decisão”.

Por fim, um último aspecto que merece ser criticamente analisado é a tendência doutrinária de caracterizar o desvio de finalidade a partir da intenção subjetiva do agente, exemplificada na obra de Marçal JUSTEIN FILHO:

Logo, o problema fundamental reside em identificar os motivos determinantes efetivamente adotados pelo sujeito e verificar a sua compatibilidade com o direito. Assim, suponha-se que o sujeito tenha indicado motivos determinantes teoricamente válidos e aparentemente perfeitos. Mas as provas demonstram que, na realidade, a atuação do sujeito tinha sido fundada em outros motivos, radicalmente distintos. Em outras palavras, existira uma simulação de motivos determinantes, para ocultar o processo psicológico que realmente se verificara. Cabe superar os motivos determinantes aparentes e considerar os efetivos e reais. Comprovada a invalidade dos motivos determinantes reais, o ato deverá ser invalidado (JUSTEIN FILHO, 2016, p. 281).

O “processo psicológico que realmente se verificara”, muitas vezes desconhecido até para o próprio agente, é um tema apropriado para os divãs de psicoterapia, não para o exercício do controle jurisdicional sobre o ato administrativo. A questão não pode ser reduzida à produção de provas que demonstrem os reais motivos do agente, simplesmente porque não há como provar intenção de um ponto de vista jurídico (o conceito de dolo não foi criado à toa). Ainda que haja uma gravação do agente afirmando que ele irá agir de tal forma para atingir tal objetivo, essa fala se dá em um contexto comunicativo, há um aspecto pragmático, em que o agente pode estar falando com um certo objetivo, que não é necessariamente revelar sua verdadeira intenção. O fato de ter falado, não prova que ao agir, aquela intenção comunicada foi realmente sua intenção. Ademais, uma ação pode preencher mais de uma intenção simultaneamente. Ao presentear um amigo com um objeto específico, o agente pode querer agradá-lo, mas ao escolher aquele objeto e não outro, o agente pode querer, também, economizar dinheiro, pois outros objetos que igualmente agradariam a seu amigo são mais caros. E talvez nenhuma dessas seja a verdadeira intenção do agente, que deseja agradar o amigo para que com isso ele lhe desculpe com maior facilidade por algo que fez. E só quer ser desculpado porque tem um interesse romântico no amigo. Só que com relação ao interesse romântico, de fato ele não quer reciprocidade, apenas alimentar um amor platônico. Mas na verdade não se trata de amor, o que ele quer mesmo, sua “verdadeira intenção” é apenas preencher um vazio existencial, distraíndo-se com algo. E esse é o “processo psicológico que realmente se verificara”.

De acordo com o artigo 197 Código de Processo Penal, “O valor da confissão se aferirá pelos critérios adotados para os outros elementos de prova, e para a sua apreciação o juiz deverá confrontá-la com as demais provas do processo, verificando se entre ela e estas existe compatibilidade ou concordância”. Se a confissão, em nosso ordenamento, não faz sequer prova de um *ato*, que é um fenômeno empiricamente observável por terceiros, seria razoável considerar que pode fazer prova da *intenção* para a prática de um ato, fenômeno que não é observável por terceiros?

Um caso de desvio de finalidade, amplamente repercutido à época de sua ocorrência, é exemplar da tendência de se buscarem os reais motivos subjetivos do agente. Trata-se da anulação da nomeação, pela ex-presidenta Dilma Rousseff, do ex-presidente Luiz Inacio Lula da Silva para o cargo de Ministro da Casa Civil, em 2016. A anulação da nomeação (a rigor, suspensão da eficácia da nomeação) foi deferida monocraticamente e liminarmente pelo Ministro Gilmar Mendes, do Supremo Tribunal Federal, em sede de medida cautelar em Mandado de Segurança⁸. O caso será apresentado com algum grau de detalhamento para que, a partir dele, compreenda-se o tipo de apreciação judicial que o presente trabalho pretende afastar, por considerar inadequada.

Na decisão, o Ministro afirma que

Não importam os motivos subjetivos de quem pratica o ato ilícito. O vício, o ilícito, tem natureza objetiva. A bem dizer, a comprovação dos motivos subjetivos que impeliram a mandatária à prática, no caso em tela, configura elemento a mais a indicar a presença do vício em questão, isto é, do desvio de finalidade.

Embora o Ministro afirme que não importam os motivos subjetivos de quem pratica o ato, reconhece que a comprovação de tais motivos configura elemento a mais a indicar a presença do desvio de finalidade. Ou seja, a consideração dos motivos subjetivos é uma questão de prova: os motivos são indícios (indicam) a presença do desvio. Por si, isso contradiz a ideia de que “não importam os motivos subjetivos”. Eles importam, pois são indícios. No caso, inclusive, tudo que há são esses indícios; e isso foi suficiente para provar o desvio de finalidade.

Lembra uma passagem da *Interpretação dos Sonhos*, de Sigmund FREUD, (sintomático recorrer a Freud – é o que ocorre quando se começa a discutir “motivos subjetivos” e “processos psicológicos”), sobre

⁸ STF - MC MS: 34070 DF - DISTRITO FEDERAL 0051789-90.2016.1.00.0000, Relator: Min. GILMAR MENDES, Data de Julgamento: 18/03/2016, Data de Publicação: DJe-054 28/03/2016

a defesa apresentada pelo homem acusado por um de seus vizinhos de lhe haver devolvido danificada uma chaleira tomada de empréstimo. O acusado asseverou, em primeiro lugar, ter devolvido a chaleira em perfeitas condições; em segundo, que a chaleira tinha um buraco quando a tomara emprestada; e, em terceiro, que jamais pedira emprestada a chaleira a seu vizinho. Tanto melhor: se apenas uma dessas três linhas de defesa fosse aceita como válida, o homem teria de ser absolvido (FREUD, 2010, p. 76).

Em primeiro lugar, os motivos subjetivos *não importam*. Em segundo lugar, eles são *elementos indiciários adicionais*. Em terceiro lugar, *fazem prova, por si*, do desvio de finalidade. Segundo o ministro, “o elemento subjetivo é revelado por riqueza probatória que não merece passar despercebida”, embora “a simples nomeação” demonstraria “suficientemente a fraude à Constituição”, porque preponderaria, no ato de nomeação, a finalidade de deslocar o foro de julgamento do nomeado para o STF, conferindo-lhe foro privilegiado. Ou seja, tal finalidade basta para caracterizar o desvio, objetivamente. Entretanto, a única forma de inferir que a finalidade foi esta, e não outra, consiste justamente no rico conjunto probatório sobre o elemento subjetivo, pois o que há de objetivo relatado na decisão é tão somente que havia investigação em andamento contra o ex-presidente e ele que foi nomeado durante tal investigação – e destes elementos objetivos não se conclui nada sobre a finalidade da nomeação.

O principal elemento do conjunto probatório, no caso, consiste em uma gravação ilícita de conversa telefônica entre a ex-presidente e o ex-presidente. A rigor, consiste na confissão extrajudicial da autenticidade sobre o conteúdo da gravação pela ex-presidente, apesar de a admissão a respeito da conversa ter ocorrido justamente para contestar a interpretação do conteúdo que vinha sendo repercutida, e que foi a considerada pelo Ministro. A existência dessa admissão pública seria suficiente, pois para o Ministro “[n]o momento, não é necessário emitir juízo sobre a licitude da gravação em tela. Há confissão sobre a existência e conteúdo da conversa, suficiente para comprovar o fato”. Na conversa, de pouco mais de cinquenta palavras, a ex-presidente comunica ao ex-presidente que um funcionário levará a ele o termo de posse referente à nomeação para a Casa Civil, para que seja usado em caso de necessidade. Segundo a ex-presidente, a necessidade, no contexto, referia-se à incerteza quanto à possibilidade de o presidente comparecer à cerimônia de posse. Por esse motivo, ela teria optado por enviar o termo ao ex-presidente, para sua assinatura. Assim, caso ele não pudesse comparecer à cerimônia, a posse já estaria formalizada. Contudo, o Ministro considera que “essa explicação não corresponde ao que foi dito, nem é compatível com a legislação de regência”. Segundo o ministro, o caso envolveria “contrafação”, “objetivo de falsidade”, “intenção de fraudar” a lei.

Outro elemento probatório é a conversa, também interceptada, entre o ex-presidente e um cientista político, na qual o último apresenta sua opinião a respeito da proximidade da prisão do primeiro, risco que poderia ser afastado pela assunção de cargo com foro privilegiado, e a respeito da capacidade do ex-presidente, com a nomeação ministerial, resolver o problema de governabilidade da ex-presidenta, por sua credibilidade com o mercado e com os partidos políticos. Essa segunda ponderação do cientista político – relevante, já que o Ministro está disposto a perquirir o real motivo da indicação – é simplesmente ignorada por Gilmar Mendes, que apenas leva em consideração a primeira ponderação e sintetiza a conversa da seguinte maneira: “Este [o cientista político] diz que analisou seu caso [do ex-presidente] e que a única chance de escapar da prisão seria a assunção de um Ministério”.

Um terceiro elemento do conjunto probatório é uma conversa entre dois políticos do partido da ex-presidente e do ex-presidente (embora como isso seja indício da motivação subjetiva da ex-presidente para um ato privativo seu fique por ser esclarecido).

Por fim, um quarto elemento indiciário seria uma conversa entre ex-presidenta e ex-presidente em que este manifesta sua visão sobre a desorganização institucional pela qual passava o país, com todas as instituições fragilizadas e muito poder acumulado nas mãos de um juiz de primeira instância. E o ministro, sem explicar como, interpreta isso como uma “clara indicação da crença de que seria conveniente retirar a acusação da 13ª Vara Federal de Curitiba – a ‘República de Curitiba’ –, transferindo o caso para uma ‘Suprema Corte acovardada’”.

O tipo de argumentação desenvolvida no mandado de segurança assume contornos imaginários. A motivação de atos públicos é buscada em transcrições de conversas privadas, particulares, das quais se busca extrair significados ocultos, como se estivesse interpretando um conto de Machado de Assis (ou de Hilda Hilst, que talvez seja uma metáfora mais apropriada, considerando a quantidade de palavras de baixo calão transcritas na decisão do Ministro).

É possível trabalhar com indícios de desvio de finalidade, sem recorrer a “indícios de intencionalidade”. É o que a doutrina italiana chama de *figuras sintomáticas* do desvio de poder: disparidade de tratamento jurídico dispensado a pessoas distintas para uma mesma situação fática; incoerência ou contradição da decisão administrativa com precedentes; manifesta falta de lógica ou razoabilidade ou manifesta injustiça; insuficiência de motivação (PEREZ, 2018, p. 68). Note-se que aí se está propriamente no campo jurídico, operando-se com conceitos de igualdade, equidade, justiça e com noções associadas à razão prática, como justificações, motivos. Aquilo que se exige dos atos administrativos – e que os “sintomas” mencionados

revelam, por contraste – não está muito distante dos critérios propostos por Neil MACCORMICK para orientar e universalizar a escolha na decisão judicial, os três Cs – consequências, coerência e consistência (MACCORMICK, 2011, p. 39).

O caso apresentado trata de desvio de finalidade. Mas a finalidade que deveria ter sido atendida pelo ato de nomeação, e que teria deixado de ser atendida, em decorrência do desvio, não é sequer mencionada. Se a finalidade específica do ato de indicar ministro da casa-civil – basicamente selecionar alguém para realizar a articulação política do governo – houvesse sido considerada, como deveria ter sido, seria difícil (e embaraçoso) afirmar que o ato dela se desviou, primeiro porque a capacidade de articulação política do ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva é inegável; e, segundo, porque possivelmente não há nenhum contexto político que justifique, mais do que o contexto de enfrentar um processo de *impeachment*, a necessidade de contar com um bom articulador político no diálogo com o Congresso.

E se diante dessa constatação, de que o ato preenche sua finalidade, fosse afirmando que, a despeito disso, com o ato também se pretende conceder foro privilegiado ao ex-presidente, haveria de se retorquir que *matar dois coelhos com uma cajadada só* é algo não apenas conhecido, mas valorado positivamente pela sabedoria popular. E diuturnamente não é o que ocorre quando se indica um determinado sujeito para assumir um ministério porque se acredita (com sinceridade ou não) que ele é a pessoa adequada para conduzir os assuntos da pasta, mas também para preencher a cota ministerial de um determinado partido da base aliada do governo no congresso, conforme o tamanho de sua bancada parlamentar, para garantir a governabilidade? E só porque a segunda finalidade, que não é propriamente um exemplo da atuação conforme os ditames da moralidade pública, está presente, o judiciário deveria impedir as nomeações? E quando o histórico de atuação e de declarações do nomeado aparenta ser incompatível com as atribuições legalmente estabelecidas para o cargo que assume, não haveria mais razão para impedir judicialmente a nomeação? Essa questão foi colocada ao judiciário no caso envolvendo a indicação de Sérgio Camargo à presidência da Fundação Palmares. O relator do caso no STJ, ministro João Otávio de Noronha, ao suspender os efeitos de liminar contrária à nomeação concedida pelo Tribunal Regional Federal da 5ª Região, afirmou que: “a decisão atacada, a pretexto de fiscalizar a legalidade do ato administrativo, interferiu, de forma indevida, nos critérios eminentemente discricionários da nomeação, causando entraves ao exercício de atividade inerente ao Poder Executivo”⁹. Cabe ressaltar que não se trata de

⁹ Conforme notícia veiculada no sítio eletrônico do STJ, de onde o excerto transcrito foi extraído, o relator “reafirmou o seu entendimento no sentido de que o TRF5, ao suspender a nomeação de Camargo com base em

nomeação para ministro, mas para cargo de segunda escalão do governo, o que pressupõe menor conteúdo político do ato, pois há maior adensamento normativo a respeito das atribuições do cargo. E ainda assim o entendimento do STJ privilegiou a discricionariedade da nomeação.

Que a ex-presidente disse algo sobre o termo de posse, não se pode negar (embora seja possível discutir se essa informação poderia ter sido sequer considerada no julgamento, já que obtida ilegalmente e já que a suposta admissão sobre a existência da conversa foi justamente para contestar o sentido considerado pelo Ministro, o que indica que não se trata de uma confissão de conteúdo propriamente; e embora seja possível discutir, longamente, o que exatamente ela disse, ou quis dizer), mas isso é prova de intenção? E ainda que seja, por se tratar de um ato puramente político, há margem para interferência judicial, ou a praticante do ato deve arcar somente com o ônus político? Não seria necessária uma prova adicional, uma prova negativa, impossível, de que não houve outra intenção também por trás do ato?

A discussão adquire uma camada adicional de surrealidade, ao ser analisada retrospectivamente. O argumento central para caracterizar o ato como desviante é de que sua verdadeira finalidade seria retirar os processos contra o ex-presidente da vara de primeira instância de Curitiba para levá-los ao STF. Pois diante *desta* finalidade, hoje pode-se afirmar com tranquilidade que o ato estaria plenamente justificado, sendo tal finalidade legítima, de uma óptica não apenas política, mas também jurídica, uma vez que o juízo de Curitiba era incompetente e parcial (conforme reconhecido pelo mesmo STF que anulou a nomeação) – o que a defesa do ex-presidente e seu partido, que também é o partido da ex-presidenta que o nomeou, afirmavam desde a época da nomeação. E embora se possa dizer que a parcialidade só se pôde verificar posteriormente à nomeação, pela descoberta superveniente de certos fatos, o mesmo não se pode dizer a respeito da incompetência.

É preciso reconhecer que mesmo entre os expoentes da doutrina administrativa tradicional há um esforço para se afastar dessa linha de argumentação subjetivista. Celso Antônio BANDEIRA MELLO faz uma importante consideração – que afirma ser uma inovação com relação a sua postura anterior e quanto ao que defende grande parte da doutrina – de que nem sempre há uma intenção viciada, um “móvel” inadequado, isto é, uma intenção

suas manifestações nas redes sociais, realizou indevido juízo de valor do ato administrativo. Além disso, Noronha reforçou que a nomeação – de livre escolha do presidente da República – preencheu todos os requisitos legais, havendo no processo documentos que demonstram a aptidão do nomeado para a função”. Disponível em <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/05082020-Corte-Especial-mantem-nomeacao-de-Sergio-Camargo-para-a-Fundacao-Palmares.aspx#:~:text=S%C3%A9rgio%20Camargo%20foi%20nomeado%20em,o%20que%20seria%20evidenciado%20pelas>. Acessado em 10/02/2023.

inadequada, no desvio de poder. Embora o mais comum seja a existência do vício de intenção, o agente pode praticar o ato por supor, equivocadamente, que um dado resultado pode ser buscado com base em certa competência que detém. “O que vicia, portanto, não é o defeito de intenção, quando existente – ainda que através disto se possa, muitas vezes, perceber o vício – mas o desacordo *objetivo* entre a finalidade do ato e a finalidade da competência” (BANDEIRA DE MELLO, p. 333). 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 (BANDEIRA DE MELLO, p. 930).

O grande problema é *como* fazer essa análise objetiva, pois mesmo quando pretende se afastar da subjetividade do agente para tratar objetivamente do desvio, o doutrinador ou o julgador acaba por se reaproximar da subjetividade a partir dos indícios sobre a real motivação do agente. É relativamente fácil dizer que é a partir da motivação que se percebe o desvio de finalidade. O difícil é como percebê-la, pois obviamente não basta considerar a existência ou de alguma motivação, é seu conteúdo que importa, e aí surge o problema: que tipo de conteúdo indicaria o desvio?

Em alto grau de generalização o que parece explicar essa contradição inescapável na qual o conceito de desvio de finalidade está enredado é o fato de a doutrina e a jurisprudência o tratarem baseadas em uma teoria da norma.

Como ensina José Reinaldo de Lima LOPES:

Por essa teoria, a decisão propriamente dita parece lançada ao mar de sargaços da irracionalidade individual, do apetite, do capricho, ou da racionalização pura e simples (racionalização como esforço consciente de justificar atitudes tomadas em resposta a impulsos passionais, sejam eles psicológicos, sejam eles ideológicos) (LOPES, 2022, p. 77).

A teoria da norma trata o ponto de vista do agente como estratégico, o de quem quer escapar da regra, como o ponto de vista do “homem mau”, do “delinquente”. A ação é concebida como reação, movimento, com causas externas, explicada por estímulos, antecedentes, causas e explicações psicológicas ou estratégicas (LOPES, 2022, p. 93). É o que ocorre quando se diz que o agente se desviou da finalidade da norma para prejudicar um inimigo político, um servidor a ele subordinado de quem desgosta, ou para favorecer um amigo, um aliado político.

A fim de superar essa dificuldade, é necessário recorrer a uma teoria da ação para o campo jurídico, ou mais propriamente, a algumas vertentes filosóficas que lançam luz sobre o processo deliberativo.

Uma dessas vertentes é a de Karl-Otto Apel, para a qual todo aquele que se encontra dentro de uma comunidade de falantes de uma língua, “em qualquer posição, está tão sujeito a regras quanto o outro. A regra perde, portanto, o caráter forte e unilateral de comando e de limite à ação, para transformar-se em guia e condição de possibilidade da ação mesma. Torna-se um instrumento de ação autônoma (LOPES, 2022, p. 82)

A vertente da filosofia hermenêutica da ação, de Paul Ricoeur, “compreende o agir humano: nem o explica causalmente (de fora), nem o julga moralmente. O relevo dado na filosofia da ação é para os conceitos de intenção, fim, razão de agir, motivo, desejo, preferência, escolha, agente e responsabilidade, todos eles também úteis na reflexão ética [...]. Ao separar a filosofia da ação das ciências da ação, a filosofia de RICOEUR lança luz sobre a natureza mesma do processo deliberativo implicado em cada ação (LOPES, 2022, p. 83).

Para a vertente da filosofia analítica, inspirada sobretudo por Ludwig Wittgenstein, “[n]ormas ou regras são formas de ingresso em práticas sociais, isto é, atividades humanas em que se compartilham sentidos de ação” (LOPES, 2022, p. 83).

Um primeiro traço distintivo dessas teorias da ação, em oposição às teorias das normas, consiste na “centralidade dos problemas de aplicação do direito. Exatamente aquilo que as teorias da norma descartaram. [...] Em outras palavras, uma teoria jurídica da decisão desloca o foco de visão dos juristas de uma metafísica das regras para o uso das regras. [...]”. O tipo de pergunta que essas teorias colocam é justamente o tipo de pergunta que este trabalho pretende responder: “A pergunta central dessas teorias já não diz: ‘o que é a regra jurídica?’, mas ‘o que é decidir segundo o direito?’. E logo em seguida: ‘Esta é uma boa decisão segundo o direito?’, ‘Como o uso do direito é adequado ou inadequado, certo ou errado, conveniente ou inconveniente?’” (LOPES, 2022, p. 87).

Embora essas questões sejam tradicionalmente colocadas ao jurista e à deliberação judicial, são aplicáveis ao agente público, que também se orienta pelo direito, também delibera conforme o direito e segue regras jurídicas ao agir.

A abordagem proposta pelas teorias da ação permite a superação dos problemas colocados pela análise das razões subjetivas do agente:

Nestes termos, a teoria da decisão (segundo o direito) é uma reflexão sobre o discurso de aplicação, de justificação, de razões para agir e razões para decidir. A teoria da decisão é uma teoria do raciocínio a partir de regras (regras jurídicas, no caso do direito). A justificação não é tratada como “racionalização” no sentido negativo do termo, ou seja, como simples encobrimento das razões de agir, encobrimento das razões “más” por razões “boas” e publicáveis; racionalização não é tratada como uma forma de mentira, digamos [...]. O

discurso de justificação é o discurso natural da ação explicada: quando se pergunta a alguém “o que estás fazendo?”, ou “por que fizeste isto?”, a resposta não é uma descrição de coisas alheias que se passaram em algum lugar neutro e alheio (sua cabeça, seu coração, suas entranhas) [...]. A resposta, mesmo dada na linguagem descritiva, é uma resposta pelas razões que o levaram a escolher tal ou qual curso de ação. No caso do direito, essas razões são normativas, naturalmente, e nas sociedades modernas, são razões fundadas primeiramente no direito positivo (LOPES, 2022, p. 88-89).

Uma característica distintiva da abordagem do direito a partir das teorias da ação é a concepção de regra:

A regra é concebida à semelhança das regras de gramática ou das regras constitutivas de um campo qualquer de atividade. A regra é impessoal e objetiva, mesmo que a ação de cada um seja individual: a regra vincula-se antes à atividade que às pessoas, por isso as pessoas podem mudar e a atividade continuar a existir (LOPES, 2022, p. 91).

Dentro do direito positivo, do ordenamento jurídico, onde e como se deve buscar a normatividade para a ação do agente público? Qual é a fonte das razões normativas para a ação, a partir das quais o desvio de finalidade pode ser caracterizado? Como caracterizar a atividade, permanente, que se sustenta a despeito das pessoas que nela se engajam? Onde está a objetividade que a doutrina e a jurisprudência almejam para a avaliação crítica dos atos do agente público, para o exercício do controle jurisdicional com base no desvio de finalidade? É o que se pretende responder no próximo capítulo.

CAPÍTULO 2

O DESVIO DE FINALIDADE COMO FALHA EM SEGUIR PRINCÍPIOS CONSTITUTIVOS

2.1. O Conceito de Princípio Constitutivo na obra de Christine Korsgaard

Como demonstrado no capítulo anterior, a finalidade é considerada elemento constitutivo e princípio reitor do ato administrativo e pode ser objeto de apreciação pelo poder judiciário no controle sobre atos da administração pública. A compreensão mais geral da finalidade na ação humana pode contribuir para esclarecer os limites do controle judicial sobre o ato administrativo.

Christine KORSGAARD introduz os conceitos de Padrão Constitutivo e Princípio Constitutivo em sua obra *Constitution of Agency – Essays on Practical Reason and Moral Psychology*.

O Padrão Constitutivo emerge da própria natureza do objeto ao qual tal padrão se aplica. Por essa razão, os Padrões Constitutivos se relacionam de maneira óbvia a objetos que possuem um uso ou função ou propósitos padronizados. É a função de uma casa prover abrigo contra o clima e, portanto, é um padrão constitutivo das casas que elas devem ser à prova d'água. Padrões Constitutivos se opõem a padrões externos, que tratam de atributos de objetos que não são essenciais para que ele seja o tipo de objeto que ele é. Retomando o exemplo, seria um padrão externo para uma casa que ela possua uma piscina (KORSGAARD, 2008, p. 7-8).

Os Padrões Constitutivos são simultaneamente normativos e descritivos. São descritivos porque um determinado objeto deve observá-los, ou ao menos tentar observá-los, para que ele seja o tipo de objeto que ele é. E são normativos porque um objeto ao qual tais padrões se aplicam pode falhar em observá-los, ao menos parcialmente, e por causa disso tal objeto é passível de ser criticado. Essa dupla natureza pode ser demonstrada pelo fato de ser possível criticar objetos tanto ao se dizer que eles são exemplos ruins do tipo de objeto que são quanto ao se dizer que eles não são objetos do tipo que supostamente deveriam ser. Além disso, Padrões Constitutivos respondem com facilidade a desafios sobre sua normatividade: uma pessoa que pergunta por que uma casa deve ser à prova d'água demonstra que não compreendeu

para que esse objeto serve e, portanto, não compreendeu o que esse objeto é, uma vez que se trata de um objeto funcional (KORSGAARD, 2008, p. 8).

Após a explicação sobre o Padrão Constitutivo, a autora introduz o conceito de Princípio Constitutivo, afirmando que se trata de um exemplo (*instance*) especialmente importante de Padrão Constitutivo, que se aplica a atividades (KORSGAARD, 2008, p. 8).

No caso de atividades direcionadas a objetivos, o Princípio Constitutivo emerge dos Padrões Constitutivos dos objetivos para os quais tais atividades se direcionam. Porém, todas as atividades – diferentemente de meras sequências de eventos ou processos – são, por sua natureza, dirigidas, guiadas, por aqueles que nelas se engajam. Os princípios que descrevem o modo pelo qual um agente engajado na atividade direciona ou guia a si mesmo são os Princípios Constitutivos daquela atividade. KORSGAARD oferece exemplos: é um princípio constitutivo de caminhar que a pessoa coloque um pé em frente ao outro; um princípio constitutivo da natação que a pessoa faça movimentos com os membros que a impulsionem em uma direção através da água; um princípio constitutivo da digitação que a pessoa pressione as teclas com as letras que ela deseja que apareçam na página. Em todos esses casos, pode-se dizer que a menos que a pessoa esteja seguindo os respectivos princípios, ela simplesmente não estará desempenhando aquela atividade (KORSGAARD, 2008, p. 8-9).

Os exemplos mencionados no parágrafo anterior tornam clara a alegação da autora de que os Princípios Constitutivos possuem uma dupla natureza: colocar um pé em frente ao outro descreve a atividade de caminhar, assim como pressionar as teclas com as letras que se deseja que apareçam na tela descreve a atividade de digitar e fazer movimentos com os membros para se deslocar através da água em uma direção descreve a atividade de natação.

Entretanto, o Princípio constitutivo não apenas descreve a atividade, ele também orienta, com força normativa, os agentes sobre como devem agir caso queiram se engajar nas atividades: para que uma pessoa caminhe, ela deve colocar um pé em frente ao outro; para que nade, deve movimentar os membros de forma coordenada para que se desloque direcionalmente através da água; e para digitar, ela deve pressionar as teclas que deseja que apareçam na tela.

Portanto, os Princípios Constitutivos, assim como os Padrões Constitutivos em geral, também são simultaneamente normativos e descritivos. São normativos porque a pessoa que realiza uma determinada atividade é guiada por seus Princípios Constitutivos (embora possa falhar parcialmente em observá-los). E são descritivos porque descrevem a atividade que uma pessoa realiza ao ser guiada por tais princípios.

Uma questão levantada por Korsgaard é particularmente importante para o desenvolvimento do presente trabalho, que propõe tratar o desvio de finalidade nos atos administrativos como falha em seguir princípios constitutivos. A questão parte da ideia de que alguém pode falhar em observar um Princípio Constitutivo. Porém, se seguir o princípio é constitutivo da atividade, ao falhar em segui-lo, então não se está falhando em realizar a atividade correspondente? Segunda a autora, isso está correto em um sentido, mas não pode estar em outro. Se a pessoa não está engajada na atividade, então sua falha em seguir o princípio constitutivo daquela atividade simplesmente não é uma falha. Se alguém não está nadando, mas apenas se refrescando ao se debater na água, então sua falha em se deslocar através da água em uma direção não é uma falha. Mas se a pessoa está tentando nadar e tudo que consegue fazer é se debater na água, então sua falha em se deslocar através da água é efetivamente uma falha (KORSGAARD, 2008, p. 9).

A autora se vale de Platão para sintetizar seu argumento: a forma correta de compreender a metafísica das atividades é platônica. Uma atividade é a atividade que é por sua participação imperfeita na forma platônica perfeita daquela atividade (KORSGAARD, 2008, p. 8).

Em obra posterior, *Self-Constitution – Agency, Identity and Integrity*, KORSGAARD aprofunda os conceitos de Padrão e Princípio Constitutivos, acrescentando maior densidade teórica a partir de uma perspectiva Aristotélica.

Segundo Aristóteles, o que faz de um objeto o tipo de objeto que ele é, o que lhe dá sua identidade, é o que ele faz, seu *ergon*: seu propósito, função ou atividade característica. Isso é evidente no caso de artefatos, os quais são obviamente definidos funcionalmente. Um artefato possui tanto uma matéria quanto uma forma. A matéria é o material de suas partes, o material do qual o artefato é feito. A forma do artefato é seu arranjo funcional, ou organização teleológica. É o arranjo da matéria ou das partes que permite que o objeto sirva à sua função, que faça aquilo que o torna o tipo de objeto que ele é (KORSGAARD, 2009, p. 27).

A autora retoma o exemplo da casa, para aprofundar a explicação e esclarecer seu argumento. A função da casa é servir como um abrigo habitável e suas partes são paredes, telhado, chaminé, insulamento etc.¹⁰ A forma da casa é aquele arranjo das partes que lhe permite servir como abrigo habitável, ou – de maneira mais precisa – é o modo pelo qual o arranjo das partes permite que a casa sirva como abrigo habitável. As paredes são unidas nos cantos, o

¹⁰ O exemplo precisaria de reparo para o ambiente brasileiro, porque insulamento e chaminés não são partes necessárias de uma casa em nosso contexto, mas tal fato é irrelevante para a compreensão da ideia e não a invalida.

material isolante vai dentro das paredes, o teto é colocado na parte superior e assim por diante, de modo que o clima seja mantido do lado de fora e um ambiente confortável seja criado no interior. Essa é a forma da casa (KORSGAARD, 2009, p. 27).

Nesse sentido, a autora afirma que ser um objeto, ser unificado e ser organizado teologicamente são uma única coisa. A organização teleológica é o que unifica em um objeto particular, de um tipo particular, aquilo que seria um mero amontoado de matéria (KORSGAARD, 2009, p. 28).

É a organização teleológica ou forma de um objeto que fundamenta julgamentos normativos a seu respeito. Uma casa com rachaduras nas paredes é pior em manter o clima do lado de fora, pior como abrigo e, portanto, é uma casa pior. Uma casa com rachaduras suficientes em suas paredes irá colapsar e deixar de ser uma casa: ela se desintegrará de volta a um mero amontoado de tijolos e cimento (KORSGAARD, 2009, p. 28).

Segundo Korsgaard, é essencial observar a diferença entre ser uma boa ou má casa no sentido estrito e ser uma casa que é algo bom ou ruim por alguma razão externa. A grande mansão que bloqueia a vista do lago para seus vizinhos pode ser uma coisa ruim para tais vizinhos, mas ela não é por isso uma casa ruim. Conforme já explicitado, os padrões normativos que emergem da organização teleológica da casa são aquilo que a autora denomina Padrões Constitutivos, padrões que se aplicam àquele objeto simplesmente em virtude de ele ser o tipo de objeto que ele é (KORSGAARD, 2009, p. 28-29).

A autora aprofunda a ideia de que o padrão constitutivo é importante porque, por sua normatividade, supera desafios a sua autoridade com facilidade. Ainda se valendo do exemplo da casa, ela reafirma que não faz sentido perguntar por que uma casa deve servir como abrigo e, portanto, não faz sentido perguntar por que os cantos devem ser selados ou por que o telhado deve ser à prova d'água. Até se pode perguntar, de maneira técnica, como cantos selados e telhados a prova d'água funcionam como abrigo. Mas uma vez respondidas essas questões técnicas, não há mais espaço para questionar a força normativa do padrão constitutivo, pois se o construtor se afastar muito do padrão constitutivo, o que ele produzirá já não será uma casa (KORSGAARD, 2009, p. 29).

A partir do exemplo da casa, KORSGAARD introduz outra ideia importante para o desenvolvimento do presente trabalho, a ideia de que mesmo o mais desleixado dos construtores deve tentar construir uma boa casa, pela simples razão de que não há outra forma de se construir uma casa. Construir uma boa casa e construir uma casa não são atividades distintas, pois ambas

são guiadas por normas teleológicas implícitas na ideia de uma casa. Disso não segue, obviamente, que toda casa seja uma boa casa, mas sim que construir casas ruins não é uma atividade diferente de construir casas boas, trata-se da mesma atividade, porém malfeita (KORSGAARD, 2009, p. 29).

A autora aponta para o caráter enigmático dessa constatação: se todo construtor, ao construir uma casa, deve se guiar pelos princípios que direcionam, normativamente, a construção de uma boa casa, por que existem casas ruins? Deve haver um espaço conceitual entre desempenhar uma atividade perfeitamente e deixar de desempenhar a atividade. E é nesse espaço que se encaixa a pessoa que desempenha mal a atividade. Não é necessário que o agente desempenha a atividade perfeitamente para que a esteja desempenhando, mas ele deve estar se guiando pela versão perfeita da atividade para que se possa considerar que a está realizando. Ou seja, o agente deve estar se guiando pelos princípios constitutivos da atividade, ainda que falhe parcialmente em observá-los (KORSGAARD, 2009, p. 29-32).

Por fim, há uma última ideia apresentada por KORSGAARD fundamental para o desenvolvimento do presente trabalho: a ideia de que os princípios constitutivos não apenas respondem a desafios céticos a sua autoridade com facilidade, mas que a única forma de estabelecer a autoridade de qualquer princípio normativo é pela demonstração de que ele é constitutivo de uma atividade com a qual a pessoa que é por ele guiada está comprometida. E esse compromisso se dá pelo fato de a atividade ser algo que a pessoa está fazendo ou tem que fazer. Princípios constitutivos em particular e padrões constitutivos em geral possuem autoridade inquestionável (não há outra forma de fazer a atividade ou produzir o objeto em questão), enquanto padrões externos ensejam sempre a possibilidade de questionamentos ulteriores e oferecem margem para dúvidas e ceticismo (KORSGAARD, 2009, p. 32).

Essa ideia é fundamental porque, ao lastrear a avaliação do ato administrativo no princípio constitutivo da atividade que se concretiza por meio de tal ato, o modelo aqui proposto visa a evitar justamente os questionamentos céticos, que sempre podem ser apresentados quando a avaliação do ato se apoia em princípios ou valores com alto grau de abstração, que consistem em padrões externos, não intrínsecos do ato.

Considerando que o trabalho propõe que o desvio de finalidade consiste na falha em seguir princípios constitutivos, é importante esclarecer a relação lógica entre os dois conceitos. O princípio constitutivo emerge da finalidade da atividade, isto é, é um princípio cuja observação é obrigatória para a consecução da atividade, por definição, pois ele constitui a

própria atividade, daí sua força simultaneamente descritiva e normativa com relação a ela. Ao não se guiar pelo princípio constitutivo, o agente público incorre em desvio de finalidade pelo simples fato de que a não observação de tal princípio torna impossível a consecução da finalidade visada pela atividade. E como a atividade é definida a partir de sua finalidade, ao ignorá-la, o gestor deixou de se engajar na própria atividade. É fundamental, neste contexto, identificar adequadamente os princípios constitutivos da atividade. Como se proporá, tais princípios são determinados normativamente, isto é, pelo contexto normativo (pelo ordenamento jurídico).

Se a atividade (a ser concretizada por meio de ato administrativo) possui um objetivo (normativamente construído), isto é, se a atividade possui uma finalidade, e o agente se desvincula desta finalidade para perseguir outra, está caracterizado o desvio de finalidade. Neste caso, não se pode afirmar que se trata de atuação discricionária, justamente porque não se está no espaço conceitual do que seria desempenhar mal a atividade; o agente simplesmente não a está desempenhando. A falha em se orientar pelo princípio constitutivo da atividade, que emerge de sua finalidade, é o que caracteriza, no modelo proposto, o desvio de finalidade. É a partir dessa perspectiva que o judiciário poderia atuar.

O agente público pode legitimamente se orientar pela finalidade da atividade, mas falhar em atingi-la. Este sim seria o caso de uma atuação dentro da discricionariedade. Resultados esperados podem não se concretizar por falhas de projeto, por se deixar de considerar certos aspectos relevantes para o desenho de uma atividade que se consubstancia em uma política pública, por exemplo.

Do exposto nos parágrafos anteriores da presente seção, pode-se concluir que a transposição do aparato conceitual elaborado por KORSGAARD ao contexto do direito administrativo parece possível, desde que se considere que as atividades nas quais os agentes públicos se engajam possuem princípios constitutivos normativamente estabelecidos. Para tanto, basta que se aceite que as atividades que se concretizam por meio de atos administrativos possuem finalidades construídas normativamente, pelo ordenamento jurídico: se a atividade é orientada por um objetivo, há princípios constitutivos a ela associados, que descrevem a atividade e que devem ser observados por quem nela se engaja.

A aplicação do aparato conceitual elaborado por KORSGAARD ao contexto dos atos administrativos, para identificar desvios de finalidade, possibilitaria avaliar o ato a partir de um padrão interno, que possui autoridade por ser descritivo e normativo com relação ao ato. De tal

avaliação seria possível concluir quando se está diante de um desvio de finalidade (falha do agente em se orientar pelo princípio constitutivo da atividade) ou do espaço da discricionariedade (o agente se orienta pelo princípio constitutivo da atividade, ainda que não a desempenhe de forma perfeita).

Entretanto, uma objeção que poderia ser levantada consiste em apontar que os objetos dos quais o direito administrativo trata possuem natureza distinta dos objetos de que KORSGAARD trata em seus exemplos¹¹, motivo pelo qual o raciocínio da autora não poderia ser transposto para o contexto dos atos administrativos e das decisões judiciais que pretendem avaliá-los, como este trabalho se propõe a fazer.

Nesse sentido, as características de uma casa, seus padrões constitutivos, são objetivamente determinados em razão de sua função e podem ser avaliados empiricamente. Essa mesma objetividade não seria encontrada em objetos tais como os institutos da permissão, autorização, concessão, indulto, decretação de sigilo, desapropriação, dentre outros que se aperfeiçoam por atos administrativos. Andar é deslocar o corpo para frente passo a passo, um pé a frente do outro, não havendo margem para se discutir o que é ou não andar. Assim também com o a atividade de nadar, que consiste em deslocar o corpo através da água em uma direção. Se uma pessoa falha em andar ou nadar, isto é, em se deslocar em uma superfície rígida por meio de passos ou através da água, por meio de movimentos dos membros, é uma questão que pode ser aferida empiricamente.

Já um objeto tal como a decretação de sigilo é diferente porque, neste caso, atribui-se a certas situações a qualidade de permitirem a retenção de informações de interesse público, excepcionando-se a regra geral da publicidade. Não haveria como, portanto, extrair-se empiricamente (como no caso de andar ou nadar) o princípio constitutivo da atividade. Ou, de outra forma, do objetivo que orienta teleologicamente a atividade de decretação de sigilo (excepcionar a regra de publicidade por meio da retenção de informação de interesse geral em situações nas quais a divulgação de tal informação pode colocar em risco a sociedade ou o Estado) não emergiriam princípios constitutivos, justamente porque tal objetivo é construído

¹¹ KORSGAARD desenvolve o conceito de Princípio Constitutivo no âmbito da razão prática. Nesse sentido, os princípios da razão prática são princípios constitutivos da atividade racional: são princípios pelos quais assumimos o controle de nossas crenças e ações. Ela não está preocupada com a construção de casas ou a forma como as pessoas andam e nadam. Seu objeto de trabalho, nas duas obras mencionadas são, respectivamente, a compreensão da ação em si e a forma como a identidade das pessoas é forjada a partir da ação orientada pela razão prática. Isso, por si, indica que o âmbito de aplicação dos Padrões e Princípios Constitutivos é bastante abstrato e seria absurdo supor que eles não podem ser transpostos para o contexto de objetos institucionalmente criados. Apenas optou-se por recortar de toda argumentação da autora o conteúdo que permite explicar os conceitos com os quais se pretende trabalhar, a partir dos exemplos por ela apresentados.

socialmente ou institucionalmente, não há algo inerente a uma dada situação que empiricamente aponte se estar diante de uma situação autorizadora do sigilo. Fica-se sempre na dependência da relação entre o quadro normativo-institucional e o sentido a ser atribuído a uma situação, sendo que tal sentido seria atribuído subjetivamente, não objetivamente.

Com os devidos cuidados, seria como comparar a ciência, que se pauta por aspectos empíricos da realidade, com a ética (ou a moral), que se pauta por juízos normativos sobre o que é devido, permitido e proibido¹². Ou como se comparar a moral social ou positiva, objeto de interesse da sociologia e da antropologia, com a moral crítica ou ideal, objeto de interesse da filosofia moral, nos termos propostos por Carlos Santiago NINO¹³.

Haveria, assim, objetos que existem apenas institucionalmente e cujos princípios constitutivos não podem ser apreendidos por meio de observação empírica, como é o caso do sigilo. Consequentemente, os princípios constitutivos das atividades que se relacionam a tais objetos, como a decretação de sigilo, não poderiam ser determinados da mesma forma que os princípios constitutivos associados à construção de uma casa. Estes objetos não são objetos no mesmo sentido em que uma casa o é (ou no mesmo sentido de qualquer outro artefato material produzido por seres humanos, ou ainda objetos naturais, como rios ou montanhas, todos objetos da realidade bruta ou empírica). Isso não significa, entretanto, que os objetos do mundo institucional não possam ser compreendidos a partir de um ponto de vista objetivo e não possam ser identificados padrões e princípios constitutivos a eles associados. Quanto a este ponto em particular são esclarecedoras as lições de John SEARLE.

2.2. John Searle e a Realidade Institucional Objetiva

No capítulo 5 – *A estrutura do universo social: como a mente cria uma realidade social objetiva* – da obra *Mente, Linguagem e Sociedade: Filosofia no Mundo Real*, John SEARLE busca explicar a natureza da realidade social e institucional.

¹² James RACHELS aborda essa questão de forma esclarecedora e demonstra que o fato de a ética não possuir a mesma base objetiva da ciência, não significa que ela não possua objetividade. A objetividade da ética se diferencia da objetividade da ciência na medida em que não se apoia em uma realidade empírica, mas sobre uma forma de raciocínio rigoroso que possibilita juízos corretos a partir de considerações sobre o que faz as pessoas viverem melhor ou pior. Nesse sentido, há grande consenso ético sobre questões fundamentais, o desacordo é restrito a questões difíceis e menos importantes, de forma similar ao que ocorre com as ciências, onde também há questões controversas, apesar do acordo maciço em torno de um núcleo de verdades amplamente aceitas (RACHELS, 2010, p. 235-258).

¹³ O autor segue a tradição filosófica do construtivismo moral e propõe que aspectos estruturais do discurso moral garantem a objetividade no campo da moral ideal (NINO, 2011, p. 91-115).

O autor parte da constatação de que a existência de alguns objetos, como uma nota de dinheiro, não pode ser explicada por suas propriedades físicas e químicas. A nota de dinheiro é simplesmente um pedaço de papel tingido por pigmentos. Há fenômenos que, como o dinheiro, só são o que são porque as pessoas assim acreditam, sendo essa uma condição necessária, embora não suficiente, para tanto. Esse raciocínio se aplica à realidade social e institucional em geral. Fenômenos como linguagem, propriedade, casamento, governo, universidade, festas, advogados, presidentes da república são assim descritos (em parte, embora não inteiramente) porque as pessoas os consideram dessa maneira (SEARLE, 2000, p. 105-106). A questão que se coloca, então, é: “como pode haver uma realidade objetiva que é o que é apenas porque pensamos que é o que é?” (SEARLE, 2000, p. 106). O que o autor pretende responder é “como pode existir uma realidade social epistemologicamente objetiva em parte constituída por um conjunto de atitudes ontologicamente subjetivas” (SEARLE, 2000, p. 107).

Para tornar a pergunta ainda mais clara o autor se apoia em uma distinção fundamental entre aspectos do mundo independentes-do-observador (aqueles que existem independentemente dos seres humanos e de suas atividades e intencionalidade) e aspectos do mundo dependentes-do-observador (cuja existência depende das atitudes e da intencionalidade humana). O autor usa o exemplo de um objeto sobre o qual as pessoas se sentam. Tal objeto possui uma massa e uma determinada configuração molecular, aspectos que existem independentemente do observador. Mas esse objeto também tem a propriedade de ser uma cadeira e este fato é resultado de ter sido projetado, fabricado, vendido, comprado e usado como uma cadeira. Aspectos como este, o de ser uma cadeira, são dependentes do observador (SEARLE, 2000, p. 109).

Feita a distinção entre aspectos do mundo dependentes e independentes do observador, SEARLE define de maneira mais clara os contornos da pergunta filosófica que pretende responder: “o que nos preocupa é o fato de um conjunto de fenômenos institucionais relativos aos observadores poder ter uma existência epistemologicamente objetiva, embora sua ontologia seja dependente dos observadores e contenha, portanto, um elemento ontologicamente subjetivo” (SEARLE, 2000, p.110).

A resposta à pergunta requer a construção de um aparato conceitual baseado em três elementos, que o autor chama de “blocos construtivos da realidade social”: a intencionalidade coletiva, a atribuição de funções e um certo tipo de regras, as regras constitutivas (SEARLE, 2000, p.109).

A intencionalidade coletiva consiste em uma classe de intencionalidade irreduzível, a intencionalidade do nós (“nós temos a intenção de”, “nós acreditamos”, “nós esperamos”). Segundo o autor, esse tipo de intencionalidade pressupõe uma intencionalidade do eu (“eu tenho a intenção de”, “eu acredito”, “eu espero”), porque se uma pessoa está intencionalmente fazendo algo como parte de uma coletividade estar fazendo algo, é preciso que essa pessoa tenha a intenção de fazer a sua parte. Entretanto, a intencionalidade coletiva não pode ser reduzida à intencionalidade individual, em sentido contrário ao que defende o individualismo metodológico. A intencionalidade coletiva na cabeça de um indivíduo é um primitivo, ela tem a forma “nós temos a intenção”, embora esteja na cabeça de um sujeito, individualmente. E se duas pessoas estão conseguindo cooperar entre si, então o que está na cabeça de cada uma é uma intencionalidade da forma “nós temos a intenção de”. Isso tem consequências para o que cada indivíduo acredita e tem a intenção de fazer (do tipo “eu acredito”, “eu tenho a intenção”) porque a intencionalidade individual deriva da intencionalidade coletiva (SEARLE, 2000, p.111-112).

Segundo o autor, a intencionalidade coletiva, nos termos em que a propõe, “é comum, prática e, na verdade, essencial para nossa própria existência”, bastando olhar para jogos de futebol, comícios políticos, concertos, salas de aula de universidades, missas ou conversas para se verificar a presença da intencionalidade coletiva em ação:

Compare uma orquestra tocando uma sinfonia com os membros individuais tocando suas partes em separado. Mesmo que, por acaso, todos os membros individuais estivessem ensaiando suas partes de maneira sincronizada, para que o ensaio soasse como a sinfonia, ainda há uma diferença crucial entre a intencionalidade do comportamento coletivo cooperativo e a intencionalidade do comportamento individual. O que vale para a orquestra vale para um time de futebol, para uma multidão em um comício político, para duas pessoas dançando e para uma equipe de operários construindo uma casa. Sempre que tivermos pessoas cooperando, teremos intencionalidade coletiva. Sempre que tivermos pessoas compartilhando seus pensamentos, sentimentos e outros temos intencionalidade coletiva; e, de fato, o que quero dizer é que esta é a base de todas as atividades sociais (SEARLE, 2000, p.112-113).

O segundo bloco necessário para a construção da realidade institucional é a atribuição de funções. O uso de ferramentas, que os seres humanos compartilham com outros animais, é um exemplo de atribuição de funções, que consiste em uma capacidade geral de atribuir funções a objetos, funções estas que não são intrínsecas ao objeto, mas que lhe são dadas por algum agente externo. São exemplos: um macaco usando um graveto para alcançar uma banana ou povos primitivos utilizando um tronco como banco ou uma pedra para cavar. (SEARLE, 2000, p.113-114). “Todos esses são casos de agentes atribuindo uma função, ou impondo uma função,

a algum objeto natural. Os agentes exploram os aspectos naturais do objeto para atingir seu objetivo” (SEARLE, 2000, p.114).

Por fim, o terceiro bloco para a construção da realidade institucional são regras de um tipo particular, que o autor identifica como regras constitutivas, em oposição a regras regulativas. A distinção entre esses dois tipos de regras foi construída por SEARLE para explicar a distinção entre fatos brutos, da realidade bruta – o sol está a 149 milhões de quilômetros da Terra – e fatos institucionais, da realidade institucional – um determinado sujeito é cidadão de um país (SEARLE, 2000, p.115).

Nesse contexto, algumas regras regulam formas de comportamento que já existem anteriormente, são regras para regular atividades que existem independentemente das regras. O autor usa como exemplo regras de trânsito, como a que determina que se deve dirigir pelo lado direito da estrada. As pessoas circulam de carro e poderiam dirigir de qualquer lado da estrada, mas é útil ter alguma maneira de regular isso. As regras regulativas de uma determinada prática, portanto, são aquelas que a regulam no sentido de oferecer um critério normativo de certo e errado, no contexto de atividades que ocorreriam de qualquer modo, na presença ou ausência de tais regras (SEARLE, 2000, p.115). Outro exemplo elucidativo que pode ser acrescido ao fornecido pelo autor consiste nas regras de etiqueta à mesa que regulam relações interpessoais que existiriam mesmo sem regras. Como um animal social ou político, os seres humanos irão se alimentar uns em frente aos outros. As regras regulativas da etiqueta determinarão como isso “deve” ser feito: com ou sem uso de talheres, mastigando-se de boca aberta ou fechada, fazendo barulho ou em silêncio etc. Definem, assim, o que é proibido, permitido ou obrigatório para práticas que ocorreriam mesmo na ausência de tais regras.

Contudo, nem todas as regras são desse tipo, pois algumas não apenas regulam, mas também constituem – no sentido de que tornam possível – a atividade que regem. O exemplo clássico são as regras do xadrez: “As pessoas não estavam simplesmente empurrando pedaços de madeira em cima de um tabuleiro até que alguém finalmente disse: ‘Para evitar que fiquemos esbarrando um no outro, precisamos de algumas regras’”. A própria possibilidade de jogar xadrez depende da existência das regras de xadrez, pois “jogar xadrez é agir de acordo com pelo menos um determinado conjunto considerável de regras de xadrez” (SEARLE, 2000, p.115).

O autor denomina tais regras como regras constitutivas

porque agir de acordo com as regras constitui a atividade regulada por elas. Regras constitutivas também regulam, mas fazem mais do que regular; elas constituem a própria atividade que regulam da maneira que sugeri. A distinção entre fatos brutos e fatos

institucionais, como argumentei e continuarei a argumentar aqui, só pode ser totalmente explicada em termos de regras constitutivas, porque os fatos institucionais só existem em sistemas de tais regras (SEARLE, 2000, p.115).

Segundo SEARLE, as regras constitutivas possuem sempre a mesma forma lógica:

Gosto de enunciar isso da maneira "X equivale a Y", ou, de maneira mais geral, "X equivale a Y em (no contexto) C". Assim, no contexto de um jogo de xadrez, determinado movimento de uma peça com determinado formato equivale a um movimento do cavalo. Determinada posição no tabuleiro equivale a um xeque-mate (SEARLE, 2000, p.116).

Introduzidas as três noções, os três blocos construtivos da realidade social – a intencionalidade coletiva, a atribuição de funções e as regras constitutivas – SEARLE pode explicar a construção de uma realidade institucional. O aspecto central para tal construção consiste na atribuição de um tipo especial de função a certos objetos, que o autor chama de função de status. A atribuição de função de status se dá por meio de regras constitutivas (X é Y no contexto C), aceitas coletivamente com base na intencionalidade coletiva. Assim, SEARLE consegue amarrar os três blocos de construção da realidade institucional.

Para explicar o argumento, o autor utiliza um exemplo hipotético, em que um grupo de seres humanos se vale de um muro de pedras para manter intrusos do lado de fora e membros do grupo do lado de dentro. Esse muro possui dois aspectos essenciais da realidade institucional: a intencionalidade coletiva e a atribuição de uma função. Com o tempo, o muro começa a colapsar e deteriorar até que reste somente uma linha de pedras no chão. Mas os membros do grupo continuam a tratar tal linha de pedras como se elas pudessem desempenhar a função de um muro, isto é, demarcar o que seria a área interna e a área externa e, desse modo, servir como uma barreira que indica que não se deve atravessá-la. A linha de pedras “vale como” muro – A linha de pedras (X) vale como muro (Y) para aquela comunidade (C). O fator decisivo nessa transição é que a linha de pedras agora desempenha sua função de barreira não em virtude de sua estrutura física, mas em virtude da aceitação coletiva de que a linha de pedras possui um certo status, associado a certa função, uma função de status. Segundo SEARLE, isso é o que forma a estrutura conceitual básica da realidade institucional humana: estruturas institucionais não desempenham suas funções, em geral, por suas propriedades físicas (como era o caso do muro, quando intacto), mas porque há uma aceitação coletiva com relação a tais estruturas. Com a função de status, há uma ruptura entre, por um lado, as propriedades físicas do sistema e, por outro, o status e as funções que acompanham esse status (SEARLE, 2000,

p.116-117). “No que diz respeito a instituições humanas, as funções são funções de status” (SEARLE, 2000, p.118).

Sinteticamente, a realidade institucional, em toda sua complexidade, pode ser construída pela atribuição de funções de status a certos objetos por meio de regras constitutivas (X é Y no contexto C), que são aceitas coletivamente por meio da intencionalidade coletiva. Colocado de outro modo: a intencionalidade coletiva permite a imposição de funções de status a certas entidades, seguindo a forma geral de que X vale como Y em C. Essa fórmula pode ser reiterada e os elementos X, Y e C, podem ser sobrepostos (em processo análogo à iteração algébrica), o que contribui para explicar a complexidade do mundo institucional (SEARLE, 2000, p.120-122). O exemplo abaixo, adaptado a partir de exemplo de SEARLE, ilustra o raciocínio.

Emitir certos sons (X) é pronunciar uma fórmula em português (Y) em um contexto em que as pessoas falam português (C). Uma determinada fórmula (X) é uma promessa (Y) em um contexto em que se exige das pessoas que cumpram suas promessas (C). Uma promessa (X) é um contrato (Y) se proferida em certo contexto de negociação (C).

2.3. Conciliação entre KORSGAARD e SEARLE

Neste ponto deve-se retomar a objeção hipotética ao emprego do conceito de princípios constitutivos no âmbito do direito administrativo. Foi para responder a esta objeção que se mobilizou o aparato conceitual de SEARLE. A objeção seria de que objetos como sigilo, indulto, desapropriação etc., que não possuem uma existência empírica, no mesmo sentido de uma casa, não poderiam possuir padrões constitutivos e, portanto, não há princípios constitutivos a serem extraídos, teleologicamente, com força normativa, para orientar os agentes que se engajam na prática das atividades de desapropriação, decretação de sigilo, concessão de indulto etc. Conforme demonstrado por SEARLE, embora tais objetos de fato não sejam ontologicamente objetivos, como uma casa (pois, ao menos em parte, são ontologicamente subjetivos), eles são epistemologicamente objetivos. E isso é suficiente para juízos avaliativos.

A conciliação das ideias de KORSGAARD e SEARLE é possível a partir de uma chave teleológica. Searle afirma que “a causalidade é independente dos observadores; aquilo que a função acrescenta à causalidade é normatividade ou teleologia. Mais precisamente, a atribuição

de funções a relações causais situa as relações causais em uma teleologia pressuposta (SEARLE, 2000, p.114-115).

A proposta de KORSGAARD parte justamente dessa teleologia pressuposta. Uma casa possui padrões constitutivos determinados por sua função de abrigo habitável. A construção da casa é uma atividade que se orienta por princípios constitutivos que emergem dos padrões constitutivos. Se o construtor não se orienta pelos princípios, se ele deixa de conectar as paredes nos cantos ou deixa de colocar um teto impermeável sobre as paredes, o que ele constrói não é uma casa.

Atividades que se concretizam por meio de atos administrativos (decretação de sigilo, concessão, permissão, desapropriação, regulamentação etc.) são atividades diferentes de caminhar, nadar, digitar ou construir uma casa porque existem no mundo institucional, ou melhor dizendo, dependem de um mundo institucional para existirem (embora produzam efeitos no mundo “real”, na realidade bruta). Isso não significa que tais atividades não possuam um Princípio Constitutivo correspondente, apenas que tal princípio deve ser buscado no contexto institucional que é condição de existência da atividade. Nos termos de SEARLE, o Princípio Constitutivo deve ser buscado a partir das regras constitutivas que atribuem função de status a certas ações (X) que valem como atos administrativos (Y) em um determinado contexto normativo (C).

Este não é um problema para o modelo elaborado por KORSGAARD, pois o que a autora afirma é que os padrões constitutivos do objeto são aqueles associados à função ou finalidade do objeto. E, nesse sentido, o sigilo, a desapropriação, o indulto etc. possuem finalidade e função. A particularidade é que elas são construídas normativamente, não derivam de fatos empíricos.

SEARLE contribui ao elucidar a origem de tal finalidade construída normativamente, a partir do conceito da função de status atribuída a certas ações. Os institutos jurídicos do direito administrativo que consistem em atos administrativos (além da própria figura do agente público que os pratica) são entidades criadas por regras constitutivas que atribuem funções de status a tais atos e que são aceitas em termos de uma intencionalidade coletiva. Essa função de status permite a extração dos princípios constitutivos da atividade que o instituto concretiza.

O sigilo, por exemplo, possui uma função: resguardar a segurança da sociedade ou do Estado quando se está diante de situações em que a divulgação de uma informação de interesse público pode colocar em risco tal segurança. Ou seja, tanto os objetos – sigilo, indulto,

desapropriação – quanto suas respectivas funções são construídos por regras constitutivas, que atribuem funções de status a certos atos, praticados em determinados contextos, o que é reconhecido e aceito coletivamente. E estes atos produzem efeitos empíricos: pessoas que recebem indulto saem da prisão, informações classificadas como sigilosas deixam de ser divulgadas, imóveis desapropriados passam a integrar o patrimônio público.

Se o objeto existe e possui uma função, então há padrões constitutivos, não importando que o objeto e sua respectiva função sejam objetos de uma realidade institucional e não de uma realidade bruta, como uma casa. Havendo padrões constitutivos, de caráter descritivo e normativo, pode-se afirmar, por exemplo, que só se está e só se deve estar diante da figura do sigilo quando a retenção da informação protege a sociedade ou o Estado. E essa afirmação possui inteligibilidade. A partir do padrão constitutivo emerge um princípio constitutivo para aquele que se engaja na atividade de decretação de sigilo em particular e na atividade comunicativa entre poder público e sociedade, em geral: o de observar a regra geral de publicidade e reter informações, excepcionando a regra de publicidade, somente nos casos em que a divulgação de tais informações colocar em risco a sociedade ou o Estado. Ou seja, trata-se de uma atividade que se insere no contexto da comunicação entre o poder público e os cidadãos, que é orientada pelas regras de publicidade e transparência, de modo que o sigilo constitui exceção. E por seu caráter excepcional, exige-se uma justificativa para excepcionar a regra. Se a própria existência da atividade decretação de sigilo depende do contexto institucional, obviamente as finalidades e os limites de tal atividade também dependem.

Guardar um segredo é uma atividade que não depende de um contexto institucional como a decretação de sigilo. São atividades distintas, ainda que sustentem alguma semelhança no sentido de que em ambos os casos há retenção de informação por um agente que atua orientado pela intenção de não compartilhar tal informação. Os princípios constitutivos das atividades, contudo, são diferentes, pois a decretação do sigilo só existe porque há um contexto institucional que lhe permite existir. E é desse contexto institucional, que lhe dá sentido, que se deve extrair seu Princípio Constitutivo. É princípio constitutivo de guardar um segredo que o agente retenha a informação porque assim deseja. E seu desejo pode ser explicado e justificado das mais diversas formas.

A essa altura, pode-se afirmar que uma determinada atividade é o que é somente em um dado contexto. Se o contexto for ignorado, a atividade deixa de ser o que é e se torna outra coisa. Se o contexto que é condição de existência da atividade decretação de sigilo é ignorado, então aquela ação deixa de ser decretação de sigilo e passa a ser, no máximo, guardar um

segredo. Mas guardar um segredo é uma atividade que não se pode admitir no contexto institucional no qual o sigilo se insere, o contexto da comunicação entre o poder público e a coletividade. O segredo, nesse caso, é uma ação proibida pelas regras constitutivas do campo republicano em que se dá a comunicação do Estado. Portanto, o que diferencia a atividade de decretar sigilo da atividade de guardar um segredo, que possuem princípios constitutivos semelhantes e parcialmente compartilhados (a retenção, a não divulgação de informações) é o contexto institucional: o agente está investido em cargo público, a informação é relevante para a coletividade, há instituições que tratam da disponibilidade, há um aparato institucional para divulgação (portais públicos de informação, como o “Portal Transparência”), há leis e regulamentos sobre o assunto (a Constituição de República e a Lei de Acesso à Informação) etc. Note-se que tudo isso pode ser traduzido no modelo de Searle, de X é Y em C.

O ato de guardar um segredo nesse contexto normativo-institucional possui um sentido distinto do ato de guardar um segredo no contexto de uma relação pessoal de amizade ou conjugal. E essa ideia o modelo de Searle, baseado em “X é Y em C”, capta. O contexto (C) é o que garante que a decretação de sigilo seja a decretação de sigilo – e não simplesmente guardar um segredo – mas o contexto existe como um todo. O agente não pode, coerentemente, recortar uma parte do contexto – a autorização constitucional para reter informações classificadas como sigilosas por risco à sociedade ou ao Estado – e ignorar outra parte do mesmo contexto institucional – o quadro normativo, acoplado à autorização constitucional para retenção de informações, que define as situações que criam risco, no sentido relevante, passíveis de autorizarem o sigilo.

Assim, além do conceito de função de status, também o conceito de regra constitutiva (que permite a atribuição da função de status) é fundamental para a transposição do aparato teórico de KORSGAARD ao contexto do direito administrativo. A presidência da república também não existe no mesmo sentido de uma casa, mas ninguém se espantaria com o fato de se dizer que uma pessoa X é o presidente da república, enquanto Y não é, porque o primeiro foi eleito e o segundo não. Ninguém acredita que só porque a presidência da república não existe no mesmo sentido de uma casa, então não há como saber quem é ou não é o presidente da república, ou o que se espera de sua atuação. Há uma série de regras constitutivas interrelacionadas que constroem a presidência da república. Nesse sentido, SEARLE também ajuda a refutar uma suposta crítica cética sobre a *imunidade jurisdicional do mérito do ato discricionário*. A figura da presidência da república só existe porque há um contexto institucional que lhe dá sustentação. É esse mesmo contexto que limita suas possibilidades de

ação por meio de regras de competência e pelo estabelecimento de finalidades normativas para a presidência no desenho institucional. É uma contradição lógica ignorar o contexto que impõe restrições, pois este é o mesmo contexto, nos termos de SEARLE, que confere poder ao presidente. Colocar em xeque as restrições normativas implica colocar em xeque a própria figura da presidência. Considerar o contexto institucional como um todo, portanto, é condição de possibilidade para a existência da instituição Presidência da República.

Outro aspecto importante, no esforço de conciliar as ideias de SEARLE e KORSGAARD, consiste no fato de que, dentre o conjunto de regras que regem institutos jurídicos como o sigilo, o indulto, a desapropriação, há regras regulativas e constitutivas. Entre as regras constitutivas, regras sem as quais o instituto não poderia existir, há aquelas que definem as finalidades do instituto. É dentro deste conjunto de regras constitutivas que devem ser buscados os princípios constitutivos da atividade que o instituto representa. Obviamente também há regras regulativas, mas somente essas regras não são suficientes para a compreensão dos institutos jurídicos em questão. Não existe a desapropriação como fenômeno natural, de modo que as regras a ela associadas apenas a regulam. Essa seria uma descrição apropriada para a etiqueta à mesa, como já exposto. É um fenômeno natural que as pessoas comam umas próximas a outras, essa atividade ocorre com ou sem regras de etiqueta, de modo que as regras a elas associadas, as regras de etiqueta, são apenas regulativas. A desapropriação é um fenômeno diferente. Há regras a ela associadas que são regras constitutivas: a desapropriação só existe na medida em que as regras a ela associadas são observadas.

Essa distinção é esclarecedora porque, ao se considerar que há regras sobre desapropriação que constituem o próprio objeto, chega-se à conclusão obrigatória de que tais regras não podem ser desrespeitadas, simplesmente porque isso implica a descaracterização do objeto desapropriação. O desrespeito às regras, nesse caso, ainda que parcial, levaria a caracterização de outro objeto. Isso ocorre porque o conjunto de regras que restam, ao se excluírem aquelas que deixaram de ser observadas, consiste no conjunto de regras constitutivas de outro objeto. Excluída a regra da justa indenização, por exemplo, a tentativa de apropriação de um imóvel pelo poder público aproxima-se mais do instituto do confisco, ou mais precisamente do instituto da expropriação, que só podem ser aplicados diante do cometimento de alguns crimes.

De modo similar, a recusa em fornecer uma informação de interesse público sem que haja situação que autorize sua classificação como sigilosa (ou seja, com violação a uma das

regras constitutivas da decretação de sigilo) caracterizará outro objeto, a infração administrativa:

Art. 32. Constituem condutas ilícitas que ensejam responsabilidade do agente público ou militar:

I - recusar-se a fornecer informação requerida nos termos desta Lei, retardar deliberadamente o seu fornecimento ou fornecê-la intencionalmente de forma incorreta, incompleta ou imprecisa; [...]

§ 1º Atendido o princípio do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal, as condutas descritas no caput serão consideradas: [...]

II - para fins do disposto na Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, e suas alterações, infrações administrativas, que deverão ser apenadas, no mínimo, com suspensão, segundo os critérios nela estabelecidos.

Os pares *desapropriação/confisco* (ou *desapropriação/expropriação*) e *decretação de sigilo/infração administrativa* são objetos institucionais, não objetos naturais, são construídos normativamente, por conjuntos de regras interrelacionadas. Não se pode coerentemente defender a possibilidade de se praticar uma atividade construída institucionalmente por um conjunto de regras constitutivas mediante a infração de tais regras constitutivas. É um contrassenso.

A situação é diferente quando as regras violadas são meramente regulativas. Neste caso o direito providencia mecanismos para garantir que o ato se sustente. Nesse sentido, pode-se mencionar o instituto da convalidação, no âmbito do direito administrativo.

Ou seja, no jogo de linguagem do direito administrativo, as ideias acima expostas se traduzem na possibilidade de convalidação de atos com vícios de competência, forma e procedimento (infração a regras regulativas) e na impossibilidade de convalidação de vícios relativos ao motivo, à finalidade ou ao objeto (infração a regras constitutivas). O fato de alguns vícios serem considerados sanáveis, podendo o ato viciado ser “corrigido” pelo instituto da convalidação, que produz efeitos *ex tunc*, é um indício de que a inobservância de algumas regras não desnatura o objeto, justamente por serem regras regulativas do objeto, que tratam de competência, forma e procedimento. Neste caso, mesmo com a infração, a convalidação mantém o objeto no mundo jurídico desde sua concepção, como se nunca ocorrera a infração. Por se tratar de violação de regras regulativas, o objeto não deixa de ser o objeto mesmo havendo vício, motivo pelo qual ele pode ser preservado. Nos termos de KORSGAARD, os princípios constitutivos daquela atividade foram observados.

Por outro lado, o fato de certos vícios serem considerados insanáveis – quando dizem respeito ao motivo, finalidade ou objeto do ato – indica que há regras as quais, quando violadas, implicam a impossibilidade de existência do objeto, motivo pelo qual não pode haver convalidação. Na presença de tais vícios, que representam violações a regras constitutivas, o objeto trazido ao mundo jurídico pelo ato administrativo não corresponde ao objeto idealizado pelo direito. Note-se que sequer se podem aplicar os efeitos de convalidação *ex nunc*. O ato praticado não consiste no objeto que o agente pretendia produzir, razão pela qual ele não pode ser “corrigido”, isto é, convalidado. Nos termos de KORSGAARD, nesse caso o agente que praticou o ato deixou de observar os princípios constitutivos da atividade que aquele ato representa.

Não é difícil perceber a afinidade que há entre os jogos de linguagem aqui: vícios quanto ao objeto, finalidade e motivo se inserem no campo semântico das regras constitutivas (outro motivo, outra finalidade e outro objeto caracterizam outro produto institucional, normativamente construído) e dos princípios constitutivos (que emergem justamente do objeto visado pela atividade, pois são os padrões constitutivos deste que determinam a finalidade que deve motivar o agente ao desempenhar a atividade).

Visando a maior clareza do raciocínio, pode ser elencada como regra constitutivas da comunicação entre poder público e coletividade, atividade mais geral na qual a atividade específica da decretação de sigilo se insere, aquela contida no art. 3, I da LAI: “I - observância da publicidade como preceito geral e do sigilo como exceção”. É a partir de tal regra constitutiva que se extraem os princípios constitutivos da atividade.

Por outro lado, regras que tratam do prazo em que pedidos de acesso à informação devem ser atendidos, ou o órgão que deve responder ao pedido, ou o formato em que a informação deve ser entregue (respectivamente procedimento, competência e forma) seriam regras regulativas.

A correlação acima exposta entre regras regulativas e vícios sanáveis, de um lado e entre regras constitutivas e vícios insanáveis, de outro, corrobora a pertinência do aparato teórico proposto para a compreensão de fenômenos do direito administrativo.

As ideias de KORSGAARD sobre princípio constitutivo e sua relação com a finalidade de uma atividade são facilmente conciliáveis com noções correntes do Direito Administrativo brasileiro, como pode se apreender dos seguintes excertos, extraídos de obras de grandes administrativistas brasileiros:

É útil diferenciar os conceitos de função administrativa e de atividade administrativa. A função administrativa é um conjunto de competências, e a atividade administrativa é a sequência conjugada de ações e omissões por meio das quais se exercita a função e se persegue a realização dos fins que norteiam e justificam sua existência. A função administrativa se traduz concretamente na atividade administrativa (JUSTEIN FILHO, 2013, p. 125.).

O poder discricionário é, afinal, faculdade concedida à administração para apreciar o *valor dos motivos* e determinar o *objeto* do ato administrativo, quando não o preestabeleça a regra legislativa. Ele se submete não somente a limites externos (que Vitor Nunes Leal chamou simbolicamente, de *horizontais*), como sejam a competência, a forma e a existência material dos motivos, como também a limites internos (que poderiam descrever como *verticais*), que dizem respeito à observação da finalidade legal [...]. O respeito ao fim expresso ou implícito na regra de competência constitui condição essencial à validade dos atos administrativos. A faculdade de agir outorgada ao administrador não é construída no vácuo, mas em função de determinados objetivos sociais, que não podem ser ignorados ou subvertidos pelo agente. Não é lícito à autoridade pública atuar senão para o fim previsto na lei. A substituição do interesse público especificamente considerado na regra de competência por um interesse privado ou por outro interesse público estranho à finalidade legal vicia, irremediavelmente, o ato administrativo pela figura do desvio de poder. (*détournement de pouvoir*). (TÁCITO, 1952, p. 9) (destaques no original).

[No direito administrativo] a ideia de finalidade reina absoluta e o caráter funcional da atividade dos agentes apresenta-se como uma constante jamais excepcionável, de sorte a evidenciar a natureza meramente instrumental dos poderes que manejam (BANDEIRA DE MELLO, 2017, p. 55).

Mas a Administração deve ainda buscar uma participação efetiva, verdadeira, quando opta por realizar consultas e audiências públicas. Na prática, há um bom número de exemplos de utilização falseada ou, pelo menos, excessivamente restrita, dos meios de participação: a falta da devida divulgação das consultas e audiências; a divulgação dos documentos da consulta ou que serão objeto de debate na audiência com prazo insuficiente para possibilitar a devida reação dos interessados; a falta de exibição ou de debate em audiência das minutas dos atos a que a mesma se refere (por exemplo, uma audiência sobre um edital de licitação em que não se divulga a respectiva minuta do edital de licitação); e a falta de resposta, em algum momento do processo, às questões ou contribuições feitas pelos interessados ou a falta de consideração destas nas razões de decidir. Nesses casos **a autoridade se engajou**

aparentemente na instrução imparcial, **mas, na verdade**, mais uma vez **desviou o processo de seus objetivos**, produzindo uma decisão ilegal. (Perez, 2018, p. 281-282) (destaque meu).

CAPÍTULO 3

O DESVIO DE FINALIDADE NA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA: ESTUDO DE CASOS

3.1. Decretação de Sigilo

A decretação de sigilo foi tratada como caso ilustrativo ao longo do trabalho, mas uma síntese dos argumentos pode contribuir para o entendimento do modelo proposto para controle jurisdicional sobre o desvio de finalidade no ato administrativo.

Partindo das disposições do inciso XXXIII do artigo 5º da CR/1988, chega-se à seguinte regra constitutiva, nos termos de Searle:

Afastar a regra geral de publicidade mediante a restrição temporária de acesso público a informações de interesse geral ou coletivo (X) é decretação de sigilo (Y) no contexto em que tal restrição é imprescindível à segurança da sociedade ou do Estado (C).

Nos termos de Korsgaard, o princípio constitutivo da atividade poderia ser expresso como:

Decretar sigilo é afastar a regra geral de publicidade mediante a restrição temporária de acesso público a informações de interesse geral ou coletivo para resguardar a segurança da sociedade ou do Estado.

O legislador foi mais adiante, em verdade, porque especificou as situações que caracterizam risco relevante à segurança da sociedade ou do Estado, nesse contexto, e que, portanto, autorizam a retenção de informação. Trata-se do fenômeno de reiteração de regras constitutivas mencionado por Searle. É o que se extrai do artigo 23 da Lei de Acesso à Informação (Lei nº 12.527/2011):

Art. 23. São consideradas imprescindíveis à segurança da sociedade ou do Estado e, portanto, passíveis de classificação as informações cuja divulgação ou acesso irrestrito possam:

- I - pôr em risco a defesa e a soberania nacionais ou a integridade do território nacional;
- II - prejudicar ou pôr em risco a condução de negociações ou as relações internacionais do País, ou as que tenham sido fornecidas em caráter sigiloso por outros Estados e organismos internacionais;
- III - pôr em risco a vida, a segurança ou a saúde da população;
- IV - oferecer elevado risco à estabilidade financeira, econômica ou monetária do País;
- V - prejudicar ou causar risco a planos ou operações estratégicos das Forças Armadas;

VI - prejudicar ou causar risco a projetos de pesquisa e desenvolvimento científico ou tecnológico, assim como a sistemas, bens, instalações ou áreas de interesse estratégico nacional;

VII - pôr em risco a segurança de instituições ou de altas autoridades nacionais ou estrangeiras e seus familiares; ou

VIII - comprometer atividades de inteligência, bem como de investigação ou fiscalização em andamento, relacionadas com a prevenção ou repressão de infrações.

A finalidade de atribuir a uma informação o status de sigilosa (“apor o carimbo de *sigiloso*”) é impedir a divulgação daquela informação, mesmo que solicitada pelos mecanismos previstos na Lei de Acesso à Informação, ou seja, excepcionar (ou derrotar) a regra geral de publicidade. Mas essa atribuição de status só é aceita legalmente em situações nas quais a divulgação da informação acarreta risco à segurança da sociedade ou do Estado. E a própria lei esclarece as situações de risco aceitáveis, ou o sentido de risco relevante para seu contexto. Presente esse risco, o constituinte e o legislador infraconstitucional optaram por retirar a atividade de um contexto comunicativo onde imperam os valores gerais da publicidade e da transparência e enquadrá-la em um outro contexto, de segurança nacional. A atividade específica de deliberar sobre os pedidos fundados na LAI, que antes se inseria em uma atividade mais geral de comunicação entre Estado e sociedade, regida pela publicidade e pela transparência, é incorporada a uma outra atividade mais geral, de segurança nacional, não regida pela publicidade e pela transparência, em que o segredo de Estado é permitido e, em alguns casos, devido.

O caso envolvendo a atuação lobista no Ministério da Educação foi abordado na Introdução, concluindo-se que houve desvio por falha do agente em seguir o princípio constitutivo da atividade, pois não havia risco relevante.

Deve-se notar que a lei determina a finalidade imediata da classificação de uma informação como sigilosa – restringir o acesso público à informação – e a finalidade mediata – resguardar a segurança da sociedade e do Estado (um fim mediato para o fim último, de consecução do interesse público ou do bem comum). Diz ainda o que considera riscos relevantes. Nesse contexto, talvez se esteja diante de um caso de atuação vinculada do agente público. Não há discricionariedade para determinar politicamente as situações que oferecem risco à segurança nacional (da sociedade ou do Estado), tampouco há margem para deliberar sobre a restrição ou não do acesso à informação quando uma dessas situações se faz presente, pois não seria razoável permitir ao agente decidir se coloca ou não a sociedade ou o Estado em risco pela liberação da informação. Trata-se, pois, de um poder-dever: diante de situações em

que a divulgação de uma informação enseja risco relevante à sociedade ou ao Estado, o agente público deve restringir o acesso a tal informação, possuindo competência para tanto.

Aparentemente o que sem tem é somente uma questão de interpretação. A título de exemplo: os riscos à vida, à segurança ou a saúde da população (art. 23, inc. III da LAI) comportam o risco à segurança alimentar? A divulgação da localização de uma instalação militar estratégica põe em risco a defesa nacional? Tem-se questões interpretativas. Mas uma vez respondida a questão, não há espaço para discricionariedade. Pode-se discutir politicamente como garantir a segurança alimentar ou o local mais adequado para instalação de uma unidade militar, bem como seus objetivos estratégicos para a defesa nacional (e diante de tais objetivos, se ela deverá ser uma instalação secreta ou não), mas não se escolhe politicamente se a divulgação da informação compromete ou não a segurança da sociedade ou do Estado, quando se está diante da solicitação de acesso à informação. O governo pode escolher, politicamente, quais são os projetos de pesquisa ou as áreas de interesse estratégico nacional (art. 23, inc. VI da LAI). Trata-se de uma escolha precedente, mas uma vez feita tal escolha, não há liberdade para escolher sobre a divulgação de informações que colocam em riscos tais projetos ou áreas estratégicas. O mesmo raciocínio pode se aplicar ao inciso V do art. 23 da LAI: há liberdade política, discricionariedade, para definir operações estratégicas das Forças Armadas e governos de diferentes matizes ideológicos podem discordar legitimamente sobre tais operações. Uma vez tomada a decisão, contudo, já não é propriamente uma questão de escolha se a divulgação de informação a respeito de tais operações as colocam ou não em risco.

O máximo que se pode discutir é se a divulgação de uma determinada informação representa risco ou não (à saúde da população, à integridade territorial, a projeto de pesquisa ou área estratégica, a operações militares estratégicas), mas isso não é propriamente uma decisão política, discricionária, ela tem caráter argumentativo-interpretativo, porém de natureza objetiva, baseada na razão pública. Não é uma escolha.

Para que haja discricionariedade na decretação do sigilo, seria necessário demonstrar que pelo menos alguma das situações elencadas no art. 23 da LAI dão margem a uma decisão política. Deve-se diferenciar, porém, a decisão política sobre o que é estratégico para a segurança da sociedade ou do Estado, da deliberação sobre divulgar ou não a informação. Talvez isso seja possível, mas de qualquer forma não é o escopo do trabalho determinar se há discricionariedade ou não, uma vez que tanto atos discricionários quanto vinculados comportam controle judicial por via do instituto de desvio de finalidade.

Pode ser esclarecedor comparar a decretação de sigilo com a desapropriação, atividade que possui estrutura semelhante do ponto de vista normativo.

3.2. Desapropriação

A CR/1988 trata da desapropriação em seu art. 5º, inc. XXIV: “lei estabelecerá o procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvados os casos previstos nesta Constituição”. As leis que tratam do assunto são o Decreto-lei nº 3.365/1941 (desapropriação por utilidade pública) e a Lei nº 4.132/1962 (desapropriação por interesse social).

Nesse caso, o legislador também estabeleceu uma finalidade imediata – a transferência compulsória de bem particular para o patrimônio público mediante justa e prévia indenização em dinheiro – e uma finalidade mediata – atendimento de necessidade ou utilidade públicas, ou de interesse social.

E, assim como no caso do sigilo, estabeleceu situações que representam utilidade ou interesse relevantes: o art. 2º da Lei nº 4.132/1962 define o que se considera interesse social e o art. 5º do Decreto-lei nº 3.365/1941 define o que se consideram casos de utilidade pública.

Partindo das disposições acima expostas, chega-se à seguinte regra constitutiva, nos termos de Searle:

A transferência compulsória de bem particular para o patrimônio público mediante justa e prévia indenização em dinheiro (X) é desapropriação (Y) quando há necessidade ou utilidade pública, ou interesse social sobre o bem (C).

Nos termos de Korsgaard, o princípio constitutivo da atividade poderia ser expresso como:

Desapropriar é transferir compulsoriamente bem particular ao patrimônio público mediante justa e prévia indenização em dinheiro para atender à necessidade ou utilidade pública ou interesse social.

Aqui, porém, houve menor densificação normativa. Dois dos casos elencados como de utilidade pública são a segurança nacional e a defesa do Estado. O legislador, contudo, não caracterizou os riscos relevantes, como o fez para o contexto da decretação de sigilo. Ou seja, para o contexto da desapropriação, ele não disse o que é risco à segurança nacional ou à defesa, como o fez para o contexto do sigilo, em que especifica quais são os riscos relevante à sociedade ou ao Estado.

Outro aspecto que diferencia a desapropriação do sigilo, a despeito da estruturação semelhante das atividades, com finalidade imediata e mediata definidas, consiste no fato de que a desapropriação não tem caráter obrigatório, vinculativo, no sentido de que diante de uma situação que caracteriza interesse social ou utilidade pública, o agente deva necessariamente desapropriar. Pode haver outras formas de atender ao interesse ou à utilidade que não a desapropriação. Ai se está propriamente diante de uma atuação discricionária. A título exemplificativo, o socorro público em caso de calamidade ou o atendimento da salubridade pública (respectivamente, alíneas “c” e “d” do art. 5º do Decreto-lei nº 3.365/1941, situações que legalmente se consideram de utilidade pública) podem se dar por meio da desapropriação de imóveis ou não, a depender de um juízo político sobre o melhor curso de ação em cada situação concreta. Diante de uma situação em que a divulgação de uma informação coloque em risco à segurança da sociedade, a agente público *deve* classificar a informação como sigilosa e restringir o acesso a ela. Diante de uma situação de calamidade pública em que o agente público precisa atuar para atender à população atingida, o agente público *pode* desapropriar um imóvel particular por razão de utilidade pública.

Abordar a desapropriação é particularmente relevante porque o instituto é recorrentemente utilizado pela doutrina para explicar o desvio de finalidade. Trata-se do exemplo em que a desapropriação é proposta por um agente público para prejudicar um adversário político.

De imediato, o exemplo tradicional deve ser relativizado porque em regiões com grande concentração fundiária (o que é comum no Brasil), em que os proprietários de terra participam da política (o que também é comum no Brasil) e disputam poder com outros coronéis da mesma localidade, que se tornam seus desafetos políticos (o que, mais uma vez, é comum no Brasil), não seria impossível que eventualmente um político se visse, legitimamente, diante de uma situação em que é necessário propor a desapropriação de imóvel de um adversário. Afinal, há poucos proprietários, todos participando da vida política e disputando poder entre si. Isso não

torna a proposição ilegítima, *per se*. Pode ser apenas um aspecto contingencial o fato de o desapropriado ser adversário político daquele que determina a desapropriação.

Como mencionado, a desapropriação admite uma alta carga discricionária, que se manifesta na decisão política de desapropriar ou não, conforme o melhor curso de ação para cada caso.

A desapropriação, contudo, não comporta discricionariedade para a definição do que é utilidade pública ou interesse social, no sentido relevante. Isso a lei determina e tal constatação pode ser traduzida no estabelecimento das finalidades mediatas da atividade, algo que nem sempre é feito pelo legislador, como se demonstrará na próxima seção. Em síntese, os interesses sociais e as utilidades públicas que podem ser atendidos por meio de desapropriação estão definidos em lei (vinculação), cabendo ao agente público deliberar politicamente (discricionariedade) sobre quais desses interesses ou utilidades ele quer atender e se o fará por meio da desapropriação. A construção de casas populares, por exemplo, é um interesse social que autoriza a desapropriação (inc. V do art. 2º da Lei nº 4.132/1962). Ao agente cabe decidir se ele irá construir casas populares (pois pode haver outros interesses sociais a serem atendidos, com prioridade sobre este, sendo o estabelecimento de prioridades uma questão essencialmente política) e se o fará por meio de desapropriação ou se utilizará terras públicas.

Outro aspecto que se deve observar com relação aos termos utilidade pública e interesse social é que, embora possam ser considerados conceitos jurídicos indeterminados, essa forma de caracterizar os institutos pode ser enganosa. Não há o grau de indeterminação que à primeira vista se supõe (a partir da leitura do art. 5º, inc. XXIV da CR/1988). Primeiro porque as normas infraconstitucionais densificam tais conceitos. Obviamente ainda resta indeterminação quando se diz que se considera caso de utilidade pública a segurança nacional ou a defesa do Estado, mas já em grau menor. Segundo, porque o interesse deve ser *no imóvel* e a utilidade deve ser *do imóvel* que se pretende desapropriar, diante daquela situação concreta. Explica-se. Em uma situação hipotética de deslizamento de terra, uma calamidade pública, em que a prefeitura de um determinado município deve atuar para atender à população atingida no que diz respeito ao fornecimento de abrigo, água, alimentos, restabelecimento da infraestrutura atingida etc., a prefeitura terá respaldo legal para desapropriar imóveis. Entretanto, não poderá desapropriar um imóvel distante da área afetada, porque pretende fazer benfeitorias nele e em seguida aliená-lo por preço superior ao valor de indenização pago na desapropriação, a fim de obter recursos e destiná-los às obras necessárias para reconstrução da área atingida pela calamidade. A utilidade aqui não é *do imóvel*, pois há outras formas de ingressos de recursos para a Prefeitura,

por arrecadação por exemplo. A desapropriação só se justificaria no caso de o imóvel ser útil, por si, para o enfrentamento da calamidade. Seria o caso, por exemplo, de a Prefeitura precisar criar um canteiro de obras no terreno que pretende desapropriar, localizado na área afetada pelo deslizamento, para recompor a infraestrutura atingida pela calamidade.

Além da utilidade pública ou interesse social, aspectos da finalidade mediata, que integram o princípio constitutivo da atividade, também é elemento do princípio constitutivo a justa indenização (prévia e em dinheiro, como regra geral). Nesse sentido, se o agente público fixar, na oferta de indenização ao proprietário, um valor de indenização injusto, a atividade em que ele está se engajando não é a de desapropriação, por uma falha em se orientar pelo princípio constitutivo da atividade. Sem a justa indenização, conforme já mencionado, a tentativa de apropriação do imóvel se aproximará mais das figuras do confisco ou da expropriação e ambas só são admitidas diante de outro contexto, que não a utilidade pública ou o interesse social. A saber, em ambos os casos, para o confisco e expropriação, é necessário que se esteja diante de prática criminosas (outro C, nos termos de SEARLE, o que corresponde a outra finalidade mediata, embora a imediata seja semelhante, de incorporação do bem ao patrimônio público, e outro princípio constitutivo, nos termos de KORSGAARD).

Considerando essa exigência constitucional quanto à justa indenização, o agente público deve, no processo administrativo, justificar a escolha de um critério de justiça. E isso permite verificar se ele se orientou ou não pelo princípio constitutivo da atividade.

No caso, o critério mais apropriado parece ser um critério de justiça comutativa, devendo ser ofertado pela propriedade o montante que ela vale. Uma forma de aferir tal valor é pelo mercado. Ofertar pelo imóvel seu preço de mercado atenderia ao princípio constitutivo da desapropriação que consiste na justa indenização. O conceito de valor venal, assim, atende ao critério de justiça. Nesse contexto, o agente que tenta aferir o valor de mercado da propriedade, mas falha no intento, está desempenhando mal a atividade. Pode-se conjecturar que o gestor considerou a metragem da propriedade e o preço do metro quadrado na região, mas ignorou, por desconhecimento, uma característica particular da propriedade que a teria valorizado frente a média das demais propriedades vizinhas, como a presença de uma nascente no terreno. Ou seja, é possível que o agente se oriente adequadamente pelo princípio constitutivo da atividade, e tente estabelecer uma indenização justa, mas fracasse no intento por utilizar um método inadequado para estabelecer o valor do imóvel. Nesse caso, trata-se, nas palavras de Korsgaard, da mesma atividade, porém malfeita. Não há aqui desvio de finalidade. Obviamente isso não significa que o resultado deva ser aceito pelo receptor da oferta de desapropriação, que pode

recusá-la e até discutir a questão judicialmente. O controle jurisdicional sobre o ato, entretanto, não é adequadamente realizado por meio do instituto do desvio de finalidade, devendo ser invocados outros institutos, como a proibição do enriquecimento sem causa da Administração Pública.

Em contrapartida, pode-se imaginar outro exemplo hipotético, em que o agente não se orienta pelo princípio constitutivo da desapropriação, nos seguintes termos: em vez de apresentar uma oferta ao proprietário com base no valor de mercado do imóvel – para atender ao critério de justiça que a indenização exige normativamente – o gestor utiliza o valor do imóvel que consta em seu registro, um valor largamente desatualizado, por ser antigo o registro. O resultado é semelhante: a oferta de valor abaixo do valor real do imóvel. A diferença é que aqui não foi empregado um critério de justiça comutativa adequado. No primeiro caso o critério foi adequado, mas a aferição de preço foi malconduzida. Adequadamente aplicado, o critério conduziria a um valor justo. No segundo caso, o critério inadequado é incapaz de conduzir a um valor justo. Houve desvio de finalidade na medida em que o instituto da desapropriação se orienta teleologicamente pelo objetivo de garantir a apropriação de bem pelo poder público, mas também pela necessidade de justa indenização ao proprietário desapropriado. E o agente não se orientou por esse objetivo. Não é necessário afirmar que o agente agiu como agiu porque sua intenção era apropriar-se do imóvel por valor aquém do valor correto, para prejudicar ou beneficiar alguém, que a opção pelo valor de registro tem força meramente retórica, e seu papel é apenas dar aparência de legalidade ao processo, no sentido de evitar que seja atribuído ao imóvel um valor qualquer, arbitrário. Basta a demonstração de que o agente não se orientou adequadamente pela regra que rege a atividade.

Do exposto pode-se concluir que as atividades de decretação de sigilo e desapropriação possuem uma estrutura geral semelhante, representada no quadro abaixo.

Quadro 1. Estrutura das atividades de decretação de sigilo e desapropriação, com base em suas finalidades legalmente estabelecidas, e correspondência com o aparato conceitual de SEARLE e KORSGAARD.

Decretar Sigilo		
X	é Y	em C
Afastar a regra geral de publicidade mediante a restrição temporária de acesso público a informações de interesse geral ou coletivo	é Decretação de Sigilo	quando tal restrição é imprescindível à segurança da sociedade ou do Estado.
Princípio Constitutivo		
Decretar sigilo é afastar a regra geral de publicidade mediante a restrição temporária de acesso público a informações de interesse geral ou coletivo para resguardar a segurança da sociedade ou do Estado.		
Finalidade Imediata		Finalidade Mediata
Restringir temporariamente o acesso público a informações de interesse geral ou coletivo		Resguardar segurança da sociedade ou do Estado
Desapropriar		
X	é Y	em C
A transferência compulsória de bem particular para o patrimônio público mediante justa e prévia indenização em dinheiro	é Desapropriação	quando há necessidade ou utilidade pública, ou interesse social sobre o bem.
Princípio Constitutivo		
Desapropriar é transferir compulsoriamente bem particular ao patrimônio público mediante justa e prévia indenização em dinheiro para atender à necessidade ou utilidade pública ou interesse social.		
Finalidade Imediata		Finalidade Mediata
Transferir compulsoriamente bem particular para o patrimônio público		Atender à necessidade ou utilidade pública, ou interesse social sobre o bem.

O princípio constitutivo capta tanto a finalidade imediata quanto a mediata das atividades, e o agente pode falhar em se orientar por ele ao deixar de perseguir uma ou outra das finalidades, concluindo-se pelo desvio de finalidade em ambos os casos. A título de exemplo, na decretação de sigilo, uma falha em se orientar pela finalidade imediata seria reter informação por não haver interesse público quanto a ela, quando na verdade há. Uma falha na persecução da finalidade mediata seria reter informação cuja divulgação não coloca em risco a segurança nacional. Já na desapropriação, uma falha quanto à finalidade imediata seria a

indenização injusta e quanto à mediata seria a desapropriação em situações em que não há utilidade pública ou interesse social.

Apesar da estrutura semelhante, em que o legislador indicou as finalidades imediata e mediata e deu alguma densidade a conceitos jurídicos indeterminados, a atividade de decretação de sigilo se aproxima mais da vinculação, enquanto na desapropriação há maior discricionariedade. Em ambos os casos, contudo, o controle judicial baseado no desvio de finalidade é possível, a partir da verificação do atendimento do princípio constitutivo da atividade, que se extrai de suas regras constitutivas (X é Y em C).

Nem sempre a atividade é estruturada pelo legislador dessa maneira, a partir de suas finalidades, o que se evidenciará na próxima seção.

3.3. Concessão de Graça

O Decreto Presidencial nº 21, que concede graça¹⁴ constitucional ao Deputado Federal Daniel Lucio da Silva, foi objeto de quatro Arguições de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), tendo sido mobilizado o instituo do desvio de finalidade em todas elas¹⁵.

De forma resumida, os quatro partidos autores das arguições (Rede Sustentabilidade, Partido Democrático Trabalhista, Cidadania e Partido Socialismo e Liberdade) alegam, no que diz respeito ao desvio de finalidade, que o ato exarado pelo Presidente é eivado de tal vício porque não foi praticado visando ao interesse público, mas sim ao interesse pessoal e político-eleitoral do Presidente (favorecer aliado, acenar à base de apoio político, antagonizar com o STF) e porque não foi praticado em alinhamento a princípios constitucionais (dentre os quais

¹⁴ A fim de evitar confusões, esclarece-se que *graça* e *indulto individual* serão tomados aqui como sinônimos, constituindo espécie distinta do *indulto*, em sentido estrito, que tem natureza coletiva. Há divergência quanta a essa forma de conceituação, mas para os fins do trabalho ela é suficiente.

¹⁵ Quando da redação da presente seção do trabalho, o julgamento do caso pelo STF ainda não estava concluído, motivo pelo qual foram consideradas as argumentações dos partidos políticos, apresentadas nas respectivas petições iniciais. Em meados de maio o STF concluiu o julgamento, o que não altera, em essência, o conteúdo do trabalho, uma vez que a decisão foi ao encontro do pleiteado pelos partidos. As petições estão disponíveis em: <https://www.conjur.com.br/2022-abr-22/rede-supremo-perdao-bolsonaro-daniel-silveira> (ADPF 964/DF – Partido Rede Sustentabilidade); <https://pdt.org.br/index.php/pdt-aciona-stf-e-pede-cancelamento-de-indulto-de-bolsonaro-a-daniel-silveira/> (ADPF/DF 965 – Partido Democrático Trabalhista); <https://cidadania23.org.br/2022/04/22/cidadania-ingressa-com-adpf-no-supremo-para-sustar-graca-de-bolsonaro-a-daniel-silveira/> (ADPF 966/DF – Partido Cidadania). <https://static.poder360.com.br/2022/04/psol-questiona-indulto-a-silveira.pdf> (ADPF 967/DF - Partido Socialismo e Liberdade). Acesso entre janeiro e fevereiro de 2023.

são invocados os princípios democrático, republicano, da moralidade, da impessoalidade, da legalidade, da supremacia da Constituição). Os partidos ainda alegam que discricionariedade não se confunde com arbitrariedade, o que permitiria a sindicabilidade do ato pelo poder judiciário. E que o deputado Daniel Silveira não se enquadra em qualquer dos critérios que poderiam justificar a concessão da graça, que deveriam ser sempre associados a razões humanitárias.

Pela metodologia aqui defendida, os argumentos apresentados não são suficientes para caracterizar o vício do desvio de finalidade, pelas razões já expostas na seção 5 do primeiro capítulo do trabalho, no caso envolvendo nomeação ministerial. A linha argumentativa, inclusive, é a mesma, em termos gerais: um ânimo psicológico do agente em agir estrategicamente burlando a lei, para conceder benefício a aliado político e a si próprio e para prejudicar adversários, além da transgressão de princípios que o agente deveria observar ao agir.

Embora o instituto do indulto possa ser usado com as finalidades humanitárias propostas pelos partidos, não se pode afirmar que ele só deva ser empregado visando a tais finalidades, por falta de normatividade (fundamentação legal) para tanto. Os critérios que não teriam sido observados, em verdade não existem, ou, ao menos, não foram positivados. Um exemplo de concessão de indulto importante, apresentado por Rafael Mafei Rabelo QUEIROZ, ilustra um manejo diverso do instituto e defensável do ponto de vista da legitimidade e da finalidade:

Quando Richard Nixon renunciou à presidência dos Estados Unidos para escapar à cassação, um dos primeiros atos de seu sucessor, Gerald Ford, foi agraciá-lo com perdão presidencial, para enterrar de vez o clima de hostilidade e antagonismo visceral entre seus apoiadores e detratores (QUEIROZ, 2021, p. 12).

A maior liderança política dentro do PSOL – um dos partidos que defendem, por meio da ADPF, a utilização restrita do instituto de perdão presidencial aos casos em que há motivos humanitários (tais como necessidade de ressocialização e combate ao hiperencarceramento) – já defendeu a concessão do indulto individual a um ex-presidente para corrigir uma injustiça praticada no âmbito de um processo penal em que, em sua opinião, houve condenação sem provas por juiz não isento¹⁶.

O ponto que se pretende evidenciar aqui é que a concessão de graça não pode ser tomada como um fim em si mesma. Ela tem uma finalidade própria (extinção da punibilidade) que se

¹⁶ Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/eleicoes/2018/noticia/2018/08/16/boulos-diz-que-se-eleito-concedera-perdao-de-pena-ao-ex-presidente-lula.ghtml>. Acessado em 18/02/2023.

articula a um fim maior, o bem público. A graça pode servir a este bem maior, e último, de várias formas. Pode ser pela consecução de causas humanitárias, conforme proposto nas ADPF (apenas para dar um exemplo, menciona-se o indulto de Dia das Mães concedido em 12/04/2017 a mães e avós com filhos ou netos de até 12 anos ou portadores de deficiência, grávidas com gestação de alto risco e mulheres com mais de 60 ou menos de 21 anos ou deficientes). Mas também pode servir ao bem público pelo apaziguamento social, como ocorreu no caso mencionado de Nixon. Ou ainda, hipoteticamente, para corrigir uma injustiça praticada contra uma liderança social condenada em processo politizado em que acusação e juiz atuam de forma coordenada. Mas também pode se articular ao bem público pela garantia da liberdade de expressão em um contexto em que a presidência entenda que ela foi cerceada judicialmente por razões políticas. Não há razão para afirmar o contrário. A discricionariedade reside justamente aí, na eleição da razão correta para agir.

É questionável ainda o argumento de que o ato não visou a fim de interesse público *porque* visou a fim de interesse particular, político-eleitoral. Primeiro, abstratamente, porque não são razões excludentes: um governante pode agir para consecução de um fim que acredita que deva ser perseguido, do ponto de vista político-ideológico, e, simultaneamente, para colher um benefício eleitoral por meio do aceno a sua base política, que o elegeu e dele espera esse tipo de ação. Segundo, concretamente, porque a repercussão negativa perante grande parte da sociedade, passível de se antecipar, coloca em xeque a ideia de que o ato foi praticado visando a ganho político-eleitoral. A prova, nesse caso, teria de ser empírica, de produção bastante difícil. Ademais, defender a ocorrência de vício de finalidade a partir de aspectos psicológicos, subjetivos, de intencionalidade, que animam o agente sempre deixa a porta aberta para o agente simplesmente indicar outra intenção, como já abordado.

A noção de que o ato foi praticado com desvio de finalidade porque em vez de visar ao interesse público visou a atacar decisão do judiciário também é problemática. É da própria natureza da graça – ou, dito de outra forma, é sua própria finalidade – interferir em decisão do judiciário, no âmbito da punibilidade, no sentido de reduzir ou extinguir a pena imposta em processo judicial baseado em critérios de justiça (podendo consistir em ato de misericórdia, não pautado por critério de justiça). Seria contrassenso esperar que o ato do Presidente seja um ato de justiça, no mesmo sentido que o é o proferimento da sentença judicial, porque se assim fosse, a punibilidade nunca poderia ser afastada pelo presidente. Pois, se houvesse critérios de justiça para tanto, a punibilidade teria sido afastada quando da cominação da pena, na sentença judicial. Obviamente, já que a graça existe e seu objetivo consiste em impedir a consecução dos efeitos

da justa pena, então o executivo não pode ficar adstrito a se pautar pelos mesmos critérios do judiciário ao deliberar¹⁷. Por esse raciocínio, a graça simplesmente não poderia existir, pois o judiciário ordena o cumprimento da pena, o instituto da graça confere ao Presidente a prerrogativa de extingui-la. É contraditório exigir que o Executivo interfira sem interferir. Se para conceder a graça é necessário que haja uma razão para que a pena não seja cumprida, então não se deveria cobrar uma ação do executivo, mas do próprio judiciário que aplicou a pena originalmente. Se há uma razão humanitária para que ela não seja cumprida; ou se é necessária a concessão da graça para garantir a ressocialização do condenado; ou se é necessária a graça para combater uma situação de encarceramento que fere a dignidade humana; então é do judiciário que se deve cobrar uma solução. Esses, portanto, não deveriam ser os critérios que orientam a concessão de graça, porque representam situações para as quais a própria execução da lei penal deveria oferecer solução, afinal o cumprimento da pena não pode ferir a dignidade humana e tem, como um de seus objetivos, a ressocialização. A chave de leitura, para esses casos, seria de que a concessão de graça ou indulto é (deveria ser) obrigatória, já que se está diante de uma situação de flagrante injustiça cometida pela execução penal. A discricionariedade, portanto, não pode residir aí.

A regra geral é que a pena imposta pelo Judiciário seja cumprida. O instituto da graça a excepciona, ao extinguir a punibilidade. Afirmar que o instituto não pode ser utilizado para atingir o fim que lhe é dado pela Constituição e pelo Código Penal, reafirmando-se a regra geral, parece um contrassenso. É algo semelhante ao já exposto para o caso de decretação de sigilo. A regra geral é a publicidade, mas o sigilo a excepciona, tendo sido concebido justamente para tanto. Afirmar que ele não pode fazê-lo porque a publicidade deve prevalecer não se sustenta logicamente. Argumentar dessa forma, no limite, coloca em xeque a própria existência dos institutos que excepcionam as regras gerais (a graça e o sigilo, nos casos tratados).

Efetivamente, parece haver indícios, nas argumentações das ADPF, implícitos e explícitos, de que o real objeto de questionamento (para usar as expressões e a própria linha argumentativa que visa à sondagem da “real intenção”) é a própria existência do instituto da graça, ou sua finalidade. Há um certo tom de irresignação. A título exemplificativo extraem-se, da ADPF 964/DF (proposta pelo Partido Rede Sustentabilidade), os seguintes excertos:

¹⁷ Mas existe a possibilidade de o ato ser um ato de justiça (não de misericórdia) que visa ao reparo de uma sentença injusta, proferida pelo judiciário, pois embora os juízes e tribunais devam se orientar pela justiça, empiricamente podem cometer injustiças. E, apesar de dizer o direito (jurisdição) ser atribuição do poder judiciário em casos que envolvem a justiça particular, o executivo também orienta suas ações pela justiça geral.

[...] não se pode admitir que a prerrogativa de o Presidente da República conceder graça sirva para acobertar aliado político e particular da justa pena estabelecida pelo Poder Judiciário (p. 19).

[...] o Presidente da República não pode se portar como uma instância de revisão de decisões judiciais criminais que o desagradam, sob o suposto manto da concessão da graça constitucional. Aliás, o próprio instituto da graça não é, em situações ordinárias, compatível com a dinâmica constitucional, razão por que tende a ser reservado tão somente àquelas circunstâncias realmente humanitárias [...] (p. 26).

[...] o Presidente também manifesta seu completo desprezo à lógica do funcionamento do instituto da graça, cujo cabimento constitucional deve ser visto com necessária lupa, dada sua ancestralidade autoritária e centralista de monarquias absolutistas pretéritas. Além disso, despreza a separação de poderes, ao subjugar a competência constitucional do Supremo Tribunal Federal de processar e julgar parlamentares federais por crimes cometidos durante o exercício do mandato (p. 34).

Dentre as críticas implícitas ao instituto, duas se destacam. Uma que diz respeito a sua natureza, supostamente autoritária, como resquício de monarquias absolutistas. A outra que diz respeito a sua finalidade propriamente, pois o objetivo da concessão da graça é justamente, no limite, retirar os efeitos de condenação judicial, no que diz respeito aos efeitos primários da pena, para um extenso rol de crimes (que exclui apenas a tortura, o tráfico de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os crimes hediondos – e a nenhum destes o parlamentar foi condenado).

Não sendo possível caracterizar o desvio de finalidade nos termos propostos nas ADPF, passa-se agora para a aplicação da metodologia proposta.

Por se tratar de um objeto da realidade institucional, é preciso primeiramente encontrar as regras constitutivas da graça e, destas, extrair-se o princípio constitutivo da atividade de concedê-la. Nos termos da CR:

Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República: [...]

XII - conceder indulto e comutar penas, com audiência, se necessário, dos órgãos instituídos em lei; [...]

XLIII - a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem;

Só a Constituição não é suficiente para esclarecer a regra constitutiva e o princípio constitutivo da atividade, uma vez que a CR atribui a competência para executá-la e determina o âmbito de sua aplicação, mas é o Código Penal que apresenta suas consequências:

Art. 107 - Extingue-se a punibilidade: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

II - pela anistia, graça ou indulto;

Há ainda as regras regulativas, não à toa dispostas nos artigos 187 a 193 do código de processo penal, que trata justamente de direito processual, não material. Acrescentam que a concessão pode ser provocada, a forma para tanto (por meio de petição) e quem pode fazê-lo (o condenado, qualquer pessoa do povo, o Conselho Penitenciário, ou o Ministério Público), mas ressalva ao Presidente a faculdade de concedê-la espontaneamente.

Do exposto, é possível esboçar uma formulação: o princípio constitutivo da atividade de conceder graça, que só pode ser executada pelo Presidente da República, consiste em *reduzir ou extinguir a pena imposta judicialmente a condenado individualmente identificado, por crime que não seja de tortura, tráfico de entorpecentes e drogas afins, terrorismo ou hediondo*.

Pode haver outras formas de definir o princípio, igualmente válidas e mais ou menos complexas, assim como há outras formas de definir o princípio constitutivo da atividade de caminhar, diferentes de colocar um pé em frente ao outro, mas o importante é que o conceito fique claro. Pretendeu-se captar todos os elementos: *condenado individualmente identificado* para diferenciar a graça do indulto em sentido estrito (de caráter coletivo). E *reduzir ou extinguir a pena*, privilegiando os termos da Constituição sobre o Código Penal (que menciona extinção da punibilidade), porque caso o Presidente opte pela mera redução da pena, não se terá a punibilidade extinta. Assim, uma definição alternativa, tal como *extinguir a punibilidade de condenados judiciais*, embora mais sintética, demandaria esclarecimentos adicionais com relação à definição proposta.

Deve-se notar que tal princípio tem caráter descritivo e normativo, isto é, o agente que concede graça *reduz ou extingue a pena...*; e para conceder a graça o agente deve *reduzir ou extinguir a pena...*

Haveria dois caminhos para argumentar o desvio de finalidade de forma coerente com o modelo aqui proposto, ambos esboçados nas ADPF, mas não explorados em profundidade.

O primeiro seria afirmar que houve o desvio porque a finalidade do instituo da graça é afastar a punibilidade e, para tanto, é necessário que essa esteja plenamente formada, o que implica sentença transitada em julgado. A rigor, compreendendo-se a presunção de inocência como ela deve ser compreendida no ordenamento jurídico brasileiro, somente com o trânsito em julgado surge a figura do condenado, e é sobre ele que a graça se aplica. Na ausência de trânsito em julgado e do condenado, com pena imposta e passível de cumprimento, não seria possível a concessão da graça, por uma razão lógica. O trânsito em julgado, o condenado e a punibilidade são condições de possibilidade para que se execute uma atividade cuja finalidade

é a extinção da punibilidade ou a redução da pena. Na ausência de tais condições, o ato é nulo (em verdade, é uma excentricidade).

Lembrando que, nos termos formulados, o princípio constitutivo da atividade de conceder graça, que só pode ser executada pelo Presidente da República, consiste em *reduzir ou extinguir a pena imposta judicialmente a condenado individualmente identificado...* A atividade que pretende conceder graça sem que haja pena ou condenado não se orienta pelo princípio constitutivo da concessão de graça e, portanto, quem a executa com tal falha não está engajado em sua prática, o que caracteriza o desvio de finalidade. Trata-se simplesmente de outra atividade. Com o processo judicial em curso (portanto, sem condenação definitiva, sem formação da punibilidade), a ação é de interferência no poder Judiciário, um ilícito. Sendo outra a atividade praticada, está objetivamente demonstrado o desvio de finalidade, uma vez que cada atividade possui uma finalidade própria.

Não há necessidade de invocar princípios ou critérios externos, basta a compreensão do instituto no contexto de uma atividade com um princípio constitutivo para se analisar intrinsecamente se houve o desvio.

Apesar de ser um caminho possível, essa linha de argumentação não parece ser a mais adequada, porque há outra linha argumentativa que colhe a essência da ideia e a apresenta com mais força:

Art. 85. São crimes de responsabilidade os atos do Presidente da República que atentem contra a Constituição Federal e, especialmente, contra:

II - o livre exercício do Poder Legislativo, do Poder Judiciário, do Ministério Público e dos Poderes constitucionais das unidades da Federação;

Ao exarar ato que concede graça durante o curso do processo judicial, o Presidente está atentando contra o livre exercício do Poder Judiciário, na medida em que esvazia sua competência no que diz respeito à manifestação da pretensão punitiva do Estado-juiz. Portanto, o Presidente comete crime de responsabilidade. O texto do decreto não deixa dúvidas quanto a este ponto: “Art. 2º A graça de que trata este Decreto é incondicionada e será concedida independentemente do trânsito em julgado da sentença penal condenatória”.

A situação adquire um contorno ainda mais absurdo ao se verificar que nem a Constituição Imperial de 1824 admitia esse tipo de intervenção no Poder Judiciário, a despeito

da existência do Poder Moderador e da maior concentração de poderes políticos nas mãos do Imperador, em comparação ao que hoje se concentra nas mãos do Presidente da República:

Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Politicos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte.

XII. Será mantida a independencia do Poder Judicial. **Nenhuma Autoridade poderá avocar as Causas pendentes**, sustal-as, ou fazer reviver os Processos findos. (ênfase minha)

O ponto aqui, de forma sintética é: a conduta é tão grave, tão absurda, tão patentemente ilegal, inconstitucional – a ponto de constituir crime de responsabilidade – que talvez sequer faça sentido invocar o instituo do desvio de finalidade.

O segundo caminho para argumentar o desvio de finalidade, esboçado na ADPF 966/DF, apresentada pelo Partido Cidadania, consiste em apontar um desvio específico do ato, que emergiu da incongruência entre os motivos apresentados para sua prática e a finalidade pretendida. Vale retomar aqui, uma vez mais, a lição de José Reinaldo Lima LOPES, de que há um fim último que orienta o uso da razão prática e, articulado a este, uma gama de fins intermediários hierarquizados, “nível no qual se dão inúmeras discussões chamadas ‘políticas’ ou ‘de conveniência’” (Lopes, 2022, p 20).

No Decreto Presidencial, a motivação do ato é apresentada na forma de considerações (os “considerandos”, no jargão do direito administrativo), dentre as quais mencionam-se:

Considerando que a liberdade de expressão é pilar essencial da sociedade em todas as suas manifestações;

[...]

Considerando que ao Presidente da República foi confiada democraticamente a missão de zelar pelo interesse público; e

Considerando que a sociedade encontra-se em legítima comoção, em vista da condenação de parlamentar resguardado pela inviolabilidade de opinião deferida pela Constituição, que somente fez uso de sua liberdade de expressão.

Ou seja, supostamente o Decreto foi exarado visando ao fim último, de interesse público, que consistiria no resguardo da liberdade de expressão, a qual teria sido ferida, em um caso singular, pela condenação de parlamentar que dela fez uso, o que levou à comoção social. Assim, a concessão de graça seria um meio, um instrumento que possui um fim específico (extinguir a punibilidade) o qual é intermediário para a consecução de um fim mais distante, último, que consiste em atender ao interesse público de garantir a liberdade de expressão. O desvio de finalidade, sob essa óptica, teria se manifestado pelo fato de a liberdade de expressão

não ter sido colocada em xeque, de modo que a concessão da graça não contribui para seu resguardo; e pelo fato de a sociedade não se encontrar em legítima comoção, indicador empregado pelo Presidente para identificar o interesse público.

Essa linha argumentativa foi utilizada pelo Cidadania na ADPF 966/DF, em que se afirma inexistir “qualquer ‘comoção pública’ ou motivos de relevante valor ‘moral’ configuradores de ‘juízo íntegro’ para concessão do indulto individual presidencial, ao contrário do afirmado arbitrariamente em considerandos do Decreto ora atacado”. Também se afirma inexistir “qualquer violação do direito fundamental à liberdade de expressão (...), ao contrário do também afirmado arbitrariamente em outro considerando do referido decreto”.

Trata-se, assim, de uma forma de argumentar sobre a ocorrência de desvio de finalidade: por não haver risco à liberdade de expressão, a medida da presidência se desvia de sua finalidade de zelar pelo interesse público por meio do restabelecimento da garantia da liberdade de expressão (justamente porque inexistente risco à tal liberdade). Também falha em oferecer uma resposta à sociedade comovida porque não há comoção social. Entretanto, tal forma de demonstrar o desvio de finalidade exigiria uma argumentação sólida para defender a posição de que a liberdade de expressão não foi constrangida e de que não há um sentimento difuso na sociedade de contrariedade com relação à condenação do deputado. A tarefa não é simples, não sendo suficiente a afirmação de inexistência. A primeira alegação envolve uma argumentação propriamente jurídica sobre a garantia constitucional da liberdade de expressão, uma discussão conceitual (porque depende da forma como se entende a liberdade de expressão e seus limites, já que efetivamente o parlamentar foi condenado pelo que disse). A segunda parece envolver, ao menos em parte, uma discussão de caráter empírico (há pessoas comovidas? Em que quantidade?). Ambas as questões podem ser abordadas objetivamente, o que se afirma não é que isso seja impossível, apenas que não é simples – e a peça elaborada pelo partido não o faz.

Este segundo caminho argumentativo para indicar a ocorrência do desvio de finalidade é um caminho indireto e talvez não seja a forma mais adequada de controlar o ato, por motivo semelhante ao exposto com relação ao primeiro caminho argumentativo: há outra construção doutrinária que colhe a essência da ideia e a apresenta com mais força. Trata-se da Teoria dos Motivos Determinantes, pela qual “a validade do ato administrativo está vinculada à existência

e à veracidade dos motivos apontados como fundamentos para a sua adoção, a sujeitar o ente público aos seus termos”¹⁸.

Segundo Odete MEDAUAR, a possibilidade de exigência de nexos entre a decisão e seus antecedentes ou circunstâncias de fato situa no motivo um vínculo a mais para a discricionariedade, abrindo caminho para o “controle jurisdicional dos antecedentes de fato e das justificativas jurídicas que levaram à tomada da decisão em determinado sentido, ou seja, o *controle do motivo*” (MEDAUAR, 2013, p. 69) (ênfase no original).

Desde 1965, a Lei nº 4.717, que regula a ação popular, já prevê, no parágrafo único de seu artigo 2º, que: “Para a conceituação dos casos de nulidade observar-se-ão as seguintes normas: [...] d) a inexistência dos motivos se verifica quando a matéria de fato ou de direito, em que se fundamenta o ato, é materialmente inexistente ou juridicamente inadequada ao resultado obtido”. A exigência geral de motivação dos atos administrativos, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, veio com o artigo 50 da Lei nº 9.784/1999, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal.

Ainda segundo Odete MEDAUAR,

Um dos aspectos marcantes desse controle dos motivos diz respeito à averiguação dos fatos. Se num primeiro momento não se admitia ou se duvidava que pudesse haver apreciação jurisdicional de fatos ou provas referentes a atividade da Administração, firmou-se, depois, orientação no sentido da plena possibilidade deste exame. [...].

A motivação é mais um parâmetro do exercício do poder discricionário, permitindo conhecer as razões que levaram a autoridade a realizar sua escolha e a coerência entre as razões apontadas; a escolha e os resultados concretos (MEDAUAR, 2013, p. 69).

O problema fundamental da abordagem proposta nas ADPF consiste em olhar para o ato administrativo supostamente desviante como a ação de um indivíduo interessado em conseguir um fim (ação estratégica) – de “acobertar aliado político e particular da justa pena estabelecida pelo poder judiciário”, de “revisar decisões judiciais que o desagradam”, de “obter vantagem eleitoral”, de “atacar a suprema corte” etc – e buscar aí o desvio com relação ao fim de interesse público. Essa abordagem desconsidera que a ação do agente público (assim como toda ação humana, em geral), é parte de um todo inteligível, de uma atividade ou prática. A forma mais apropriada de compreender a questão não deve partir da ação tomada como movimento de um indivíduo, com intencionalidade individual (LOPES, p. 65-66). Ao conceder

¹⁸ Agravo Regimental No Recurso Especial nº 670.453-RJ (2004/0105745-9). RSTJ, a. 22, (218): 597-681, abril/junho 2010. Relator: Ministro Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ-SP). Disponível em https://www.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-eletronica-2010_218_capSextaTurma.pdf

graça, o gestor público mobiliza um instituto jurídico, um conceito, no contexto de uma atividade, em um campo de ação, de prática (o campo do direito), sendo condição de inteligibilidade que o faça orientando-se corretamente pela regra e com a finalidade própria que tal ação visa. Trata-se de uma ação no contexto de uma atividade ou prática regrada e como tal só inteligível quando as regras e os sentidos da ação dentro do campo são observados. A questão que se deve colocar diz respeito a seguir uma regra. É isso que o Princípio Constitutivo tenta captar, ao oferecer uma descrição da ação com força normativa e com sentido, partindo de sua finalidade.

A essa altura é preciso explicitar uma questão que até agora foi tratada apenas de maneira implícita: a diferença fundamental na forma pela qual as atividades até aqui analisadas estão estruturadas. Como já exposto, na decretação de sigilo e na desapropriação o legislador indicou a finalidade imediata e a finalidade mediata dos atos. O próprio legislador determinou quais são as razões adequadas, justificadoras, para a ação, representadas pelas finalidades mediatas. No caso da concessão de graça, a lei não oferece a finalidade mediata. Ou, nos termos de SEARLE, a lei não determina o contexto C. Ele deve ser preenchido pelo agente público¹⁹. Da lei, o Princípio Constitutivo que se pode extrair para a atividade de concessão de graça é liberar um condenado individualmente identificado do cumprimento da pena imposta judicialmente por meio da redução ou extinção da pena. E só. A lei dá apenas a finalidade imediata, mas não a finalidade mediata. É preciso, portanto, completar o contexto (C), o que implica indicar a finalidade mediata da ação. Isso significa que cabe ao agente público a escolha quanto às razões adequadas para agir.

Há várias formas de completar o contexto C, mas nos limitemos a duas: Liberar uma pessoa de cumprir pena judicialmente imposta é concessão de graça...

- ... quando o presidente diz que é;
- ... quando há uma razão pública (interesse público) para fazê-lo.

Considerando que o contexto geral (nota 19) é o contexto de Estado Democrático de Direito, e não de uma ditadura, a primeira opção deve ser descartada. Existe um princípio geral de vedação ao arbítrio. Um princípio propriamente, um ponto de partida intelectual que garante

¹⁹ Seria possível afirmar que liberar uma pessoa do cumprimento de pena judicialmente imposta (X) é conceder graça (Y) no contexto Constitucional, em que a CR atribui essa prerrogativa ao presidente (C). Mas essa formulação não é esclarecedora ou útil, porque esse é o contexto geral implícito em todos os casos, inclusive no caso do sigilo. O que importa é o contexto particular, as situações que autorizam o exercício da competência constitucionalmente concedida.

inteligibilidade no campo jurídico. Alguém sempre pode perguntar se um agente pode ou deve fazer algo, em termos de competências, de poderes e deveres e obter respostas, justificações, baseadas nas regras jurídicas, mas chega um ponto em que não cabem mais perguntas, um ponto em que a pá entorta na rocha dura (WITTGENSTEIN, 2014, p. 118). Ir além desse ponto e perguntar, por exemplo, por que o presidente não pode fazer tudo aquilo que deseja (o que é a mesma coisa de perguntar por que o presidente deve seguir regras) indica que a pessoa não compreendeu o que é um presidente da república.

A razão pública ou o interesse público mencionado na segunda formulação pode ser expresso de várias formas. Ou, melhor dizendo, o interesse público, o bem comum, fim último, pode ser alcançado de várias maneiras, por vários meios que são fins intermediários para consecução do fim último: reparar uma injustiça, exercer um ato de misericórdia por razões humanitárias, preservar ou reparar o direito à liberdade de expressão. Cabe ao agente preencher a finalidade mediata, indicar o que pretende atingir com a concessão de graça em um caso concreto. Por um dever geral de motivação aplicável aos atos administrativos (artigo 50 da Lei nº 9.784/1999), caberá ao presidente indicar a razão, a justificativa para agir.

No que diz respeito à finalidade mediata na atividade de decretação de sigilo, o desvio de finalidade se caracteriza pela ausência do risco relevante à segurança nacional, por uma impossibilidade lógica de consecução desta finalidade mediata (se a divulgação da informação não implica risco, sua retenção não gera maior segurança da sociedade ou do Estado). O agente, nesse caso, apenas indica (ou falha em indicar), na motivação do ato, como ele atinge a finalidade mediata pré-estabelecida pela lei. O controle dos motivos está pressuposto na mobilização do instituto do desvio de finalidade. Se não há risco à integridade da autoridade, não existe o motivo alegado e a finalidade não pode ser atingida.

Na atividade de concessão de graça pode ocorrer o mesmo: não havendo cerceamento de liberdade de expressão, a graça não poderá reparar tal injustiça porque ela simplesmente não existe. Entretanto, neste caso, a finalidade mediata da ação foi definida pelo agente, não pela lei. O controle dos motivos assume um papel mais relevante aqui, pela Teoria dos Motivos Determinantes, porque o agente não pode dizer que embora aquela razão para agir não esteja presente, haveria outra razão para agir que justificaria a ação. O agente está vinculado aos motivos apresentados. Se o que apresentou não existe, então a finalidade que ele próprio escolheu não pode ser atingida.

O ponto é que, para a atividade de concessão de graça, não basta apontar, constatar o desvio de finalidade pelo cotejo do ato (singular) com a lei (universal). Aqui propriamente se adentra no mérito, na apreciação da justificativa: naquelas circunstâncias, aquela finalidade *deveria* ser buscada? As circunstâncias estão dadas: o STF condenou um deputado federal por suas falas. Diante deste cenário, houve uma atribuição de sentido, pelo Presidente da República, de que houve cerceamento indevido da liberdade de expressão, por razões políticas. Trata-se de um juízo. E esse juízo pode e deve ser apreciado objetivamente, conforme a inteligibilidade do campo jurídico. Entretanto, não se trata propriamente de um desvio de finalidade, nos termos que vêm sendo desenvolvidos até então neste trabalho. No caso do sigilo, a conclusão quanto à ocorrência de desvio significa dizer que aquele tipo de ato não comportava a finalidade buscada. No caso da graça, há um desvio em sentido diferente, de que se buscou uma finalidade que não deveria ter sido buscada, por qualquer ato, diante *daquelas* circunstâncias.

Obviamente, no caso do sigilo também se fez, incidentalmente, uma apreciação do motivo, mas apenas para se chegar à conclusão de que, conforme o motivo apresentado, o ato não visou à consecução da finalidade determinada pela lei para aquele ato. A motivação (exposição dos motivos) indica que não se está diante de uma situação de risco à sociedade ou ao Estado.

No caso da graça, a lei deu discricionariedade para a decisão sobre os casos em que ela pode ser concedida. Porém, pela justificativa apresentada, conclui-se que naquele caso ela não deveria ter sido concedida. Não cabe dizer que o gestor se afastou das finalidades que deveria perseguir pela execução daquele ato, pois elas são amplas, indeterminadas na lei. Garantir a liberdade de expressão é uma finalidade legítima, cuja persecução a lei aceitaria como finalidade para a concessão de graça²⁰. Mas no caso concreto o risco a tal liberdade não existiria.

Note-se que nos dois casos o risco (à segurança nacional, à liberdade de expressão) não existem²¹. A diferença é que no caso da decretação do sigilo, o risco deve estar presente, ele é o único motivo aceito como justificativa e está previsto como tal universalmente, sendo necessário em todos os casos (consta da lei). No caso da concessão de graça, o risco à liberdade

²⁰ Apenas para ilustrar um cenário em que seria aceitável a concessão de graça para garantir a liberdade de expressão, pode-se imaginar o contexto de uma ditadura militar que condenou civis por manifestações contrárias ao regime. Ao haver transição para um regime democrático, o presidente então empossado decide conceder indulto aos condenados.

²¹ Aqui se está dizendo que o risco à liberdade de expressão não existe para construção do raciocínio, mas em verdade tal inexistência é justamente o que teria de ser demonstrado por quem aponta vício na atuação do Presidente da República. No caso particular mencionado, essa discussão é dispensável em decorrência da culpabilidade não estar sequer formada. Caso houvesse transcorrido o trânsito em julgado, contudo, a questão sobre a liberdade de expressão seria inescapável.

de expressão não existe, mas não precisaria existir, pois outros motivos poderiam fundamentar a decisão. Ele foi apontado como motivo para o caso singular. Não se pode falar em desvio de finalidade, com relação à finalidade prevista em lei para concessão de graça, porque a lei não determina finalidade alguma para este tipo de ato, deixando ao agente a determinação de tal finalidade, isto é, o juízo quanto aos casos em que deve conceder a graça, quanto às razões adequadas para agir. Ao se criticar a finalidade escolhida, pode-se apontar o desvio de finalidade, mas em um sentido mais fraco, de um desvio com relação à finalidade que o agente *deveria* ter escolhido, ou se abster de escolher. Não deixa de ser um desvio, mas um desvio com relação a uma finalidade (e, portanto, com relação a um princípio) mais distante, mais longínquo, que diz respeito ao campo jurídico, ao sentido de justiça. A demonstração objetiva quanto à incorreção da justificativa, nessa hipótese, pode ser feita, mas o julgador estará exercendo um controle propriamente sobre os motivos do ato. É uma demonstração de natureza distinta. Ele até pode, ao fim, dizer que houve desvio de finalidade, mas não é um desvio com relação à finalidade prevista naquele instituto específico, por meio do qual o agente deu concretude a seu poder de agência, mas sim um desvio na finalidade da própria ação do gestor, afinal, foi ele quem escolheu a finalidade a ser perseguida. Diante das circunstâncias colocadas, ele não poderia perseguir a finalidade escolhida (garantir a liberdade de expressão) por nenhum ato, de nenhum tipo.

Há outra atividade, já abordada no estudo, que possui estruturação semelhante à da concessão de graça: a nomeação de ministro.

3.4. Nomeação de Ministro

A finalidade imediata da nomeação é conferir ao nomeado o plexo de competências próprias do cargo de ministro da pasta assumida. As finalidades mediatas que o responsável pelo ato pretende perseguir com a nomeação daquele sujeito em particular, e não outro, não são determinadas pela lei. No limite, a finalidade mediata da nomeação é governar. E dizer que a finalidade é governar é dizer que a finalidade é a consecução do bem comum. Os meios específicos pelos quais essa persecução do bem comum será feita não precisam ser mencionados no ato de nomeação. Espera-se que o chefe do executivo indique quais políticas públicas serão conduzidas no âmbito de uma determinada pasta, mas não se espera que ele o faça associado a uma nomeação em particular.

As possibilidades de controle aqui, portanto, são ainda menores, porque – assim como ocorre para concessão de graça – na ausência de uma finalidade definida, o controle teria de ser fundado nos motivos apresentados; e não se espera razoavelmente que sejam apresentados motivos para a nomeação. Apenas se nomeia. O grau de discricionariedade parece ser ainda maior do que aquele envolvido na concessão da graça, pela própria natureza dos institutos, pois no caso da graça se espera razoavelmente que sejam apresentadas razões, que se diga como a concessão de graça, naquele caso particular, visa à consecução do bem comum ou do interesse público (no caso tratado, pela garantia da liberdade de expressão). Esse tipo de razão não é apresentado na nomeação.

Registre-se que se está tratando de nomeação de ministro, primeiro escalão político de um governo (e o raciocínio se aplica a secretários dos governos estaduais e municipais) porque estes cargos são propriamente políticos, com ampla liberdade de atuação. Nos escalões seguintes continua a haver liberdade política, mas mais restrita, porque começa a aumentar o conteúdo técnico de atuação, até se chegar a um ponto, em determinados cargos de confiança (de chefia ou assessoramento) de setores muito pequenos e especializados dentro dos órgãos públicos, em que quase não há margem para atuação política e tudo que se espera é uma atuação técnica do nomeado. Embora não se trate de uma linha bem estabelecida, em que o cargo deixa de ser preponderantemente político para se tornar preponderantemente técnico, há uma diferença conceitual relevante, pois para cargos de natureza técnica normalmente há uma quantidade maior de requisitos a serem observados e por conseguinte haveria mais justificativas para embasar uma intervenção judicial na escolha, em situações em que tais requisitos deixassem de ser atendidos.

Diferentemente do que ocorre na desapropriação, ato de natureza discricionária, em que há um conteúdo político, mas altamente regulado juridicamente, na concessão de graça e sobretudo na nomeação de ministros, a regulação jurídica é mínima, reduzindo-se basicamente a determinar o conteúdo do ato, seus efeitos imediatos, e aspectos procedimentais, como requisitos a serem observados. Estes atos, portanto, são atos propriamente políticos, de conteúdo político. Obviamente isso não implica que possam ser exercidos livremente, sem respeito a certos princípios, pois constituem manifestação da razão prática e envolvem razões para agir, inclusive de ordem moral. Para contrastar, de forma sintética, as atividades de concessão de graça e nomeação de ministro com as atividades de decretação e sigilo e desapropriação (ver quadro 1), apresenta-se o seguinte quadro.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A argumentação que se desenvolveu ao longo do trabalho pretendeu demonstrar que não se resolve a questão relacionada ao desvio de finalidade pela afirmação de que o agente público agiu com a intenção “A”, enquanto deveria ter agido com a intenção “B”. O que se deve demonstrar é que ele não agiu conforme as regras do jogo, que não se orientou adequadamente por regras que era obrigado a observar, por serem inerentes à atividade desempenhada. Quando um jogador de xadrez executa um lance que não é aceito pelas regras do jogo, ele pode ter vários motivos para fazê-lo. Pode não conhecer bem as regras, pode ter se distraído e andado uma casa a mais com o cavalo, pode ter se cansado do jogo e decidido partir para o *nonsense* ou simplesmente não está levando o jogo a sério. Mas nada disso é relevante. O importante é que a jogada não vale enquanto tal, isto é, como um lance do jogo de xadrez. Ou, para evitar a crítica dworkiniana exposta por Ronaldo Porto MACEDO JUNIOR – de que a analogia com o xadrez não é útil ou esclarecedora para a teoria do direito, porquanto não envolve controvérsias sobre conceitos interpretativos –, pode-se recorrer à analogia com a cortesia, uma prática social argumentativa que envolve conceitos interpretativos (MACEDO JUNIOR, 2017, p. 199-209) e aplicar o raciocínio análogo. Quando uma pessoa não age de forma cortês em uma determinada situação, ela pode desconhecer a regra específica que se aplicaria; pode ter acreditado que a forma pela qual agiu era a forma correta, cortês, de agir; pode ter agido de forma não cortês propositalmente para manifestar desprezo a outrem; ou, mais grave, pode não ter entendido o valor da cortesia, o sentido da prática, de modo que é incapaz de orientar suas ações. Independentemente do motivo, sua ação será vista como uma falha, mais ou menos grave, em seguir a regra de cortesia e, portanto, sua conduta será tida, objetivamente, como uma conduta não cortês. Em ambos os casos, para todos que entendam o sentido do jogo ou da cortesia e estejam familiarizados com suas regras, a ação será entendida como uma falha em seguir (ou se orientar por) uma regra. São justamente falhas dessa natureza que o instituto do desvio de finalidade, compreendido pela óptica do princípio constitutivo, tenta identificar.

Neste ponto deve-se esclarecer que o fato de não ser adequado utilizar o desvio de finalidade para exercer o controle judicial sobre o ato administrativo, em alguns casos, não implica a impossibilidade de exercício do controle judicial. O modelo proposto para averiguação da ocorrência ou não do desvio de finalidade busca um critério objetivo para crítica do ato administrativo, com força normativa, a partir de um ponto de vista interno, intrínseco à ação.

A afirmação de que a metodologia proposta se apoia em um ponto de vista intrínseco ou interno do ato administrativo, da ação praticada pelo agente público, merece uma explicação mais detida, recorrendo-se ao caso da concessão de graça como ilustração. Quando se diz que existe um dever geral de respeito ao princípio da impessoalidade (ponto de vista externo ao ato) e que nesse caso particular tal princípio não foi observado porque o benefício concedido pelo ato recaiu sobre um aliado político, a demonstração do desvio de finalidade é difícil porque o fato de o benefício recair sobre o aliado pode ser mera contingência. Embora seja essa a pretensão, não se demonstra, pela alegação, que a finalidade, no sentido de intenção, foi de beneficiar o aliado. A finalidade pode ter sido defender um valor de liberdade de expressão e coincidentemente quem sofreu a constrição foi um aliado político. Se a convicção de Guilherme Boulos era sincera quanto à injustiça sofrida por Lula, o indulto que pretendia conceder (caso ganhasse as eleições para a presidência da República) se enquadraria nesse caso: seria contingencial o fato de o indulto recair sobre aliado político. A finalidade do ato seria reparar uma injustiça.

É significativamente diferente dizer que a finalidade da concessão de graça é extinguir a punibilidade de um condenado (ponto de vista interno ou intrínseco do ato) e que, no caso, por não haver condenado ou punibilidade, tal finalidade não é alcançada e, portanto, há desvio de finalidade no ato praticado. O mesmo raciocínio pode ser aplicado para o caso da decretação do sigilo. Sua finalidade é resguardar a segurança de autoridade. No caso, não há risco à segurança da autoridade e, portanto, o ato não pode atingir sua finalidade. É uma questão lógica, não é mera contingência ele atingir ou não atingir, é uma impossibilidade lógica. É nesse sentido que se empregam os termos intrínseco e interno.

Mas essa não é a única forma de avaliar a correção do ato, isto é, a correção da ação do agente público no que diz respeito a seguir uma regra.

Como expõe Odete MEDAUAR, há diversos fatores que constroem ou direcionam a ação do agente público, além da finalidade a ser perseguida (estabelecida legalmente). São elementos que historicamente deslocaram a discricionariedade de uma liberdade total, de livre escolha do gestor, e passaram a direcionar as escolhas. Esses elementos direcionadores, para além da finalidade e da própria legalidade, seriam: o dever de motivação; a vinculação aos motivos de fato e de direito (teoria dos motivos determinantes e controle do motivo); o princípio da inafastabilidade do controle judicial, trazido para o direito positivo brasileiro a partir da CR de 1946 (até então, as Constituições de 1934 e 1937 excluía expressamente os atos de governo da apreciação do judiciário); os princípios jurídicos, particularmente relevantes no Direito

Administrativo, por ser ramo de formação mais recente e menos codificado, de modo que coube aos princípios, historicamente, conferirem-lhe tratamento e aplicação sistemáticos (são exemplos de princípios com aplicação importante no direito administrativo, dentre outros: ampla defesa e contraditório, incorporados ao processo administrativo, proporcionalidade, razoabilidade, vedação ao retrocesso); aumento da consciência de cidadania, gerando aumento da reivindicação de direitos à Administração; expansão e densificação dos direitos fundamentais (MEDAUAR, 2013, p. 67-76).

O instituto do desvio de finalidade, como instrumento para controle jurisdicional do ato administrativo, não parece ser mobilizado adequadamente quando são invocados os princípios mais abstratos e gerais para demonstrá-lo, pois tais princípios refletem os fins mais distantes do direito e existem várias formas de se atingi-los. Essa pluralidade de meios ou fins intermediários torna difícil a demonstração unívoca de incorreção na escolha de um determinado meio imediato para consecução de fim mediato. Obviamente isso não corresponde a dizer que tais princípios não possam ser utilizados como critério para crítica e para controle judicial do ato administrativo, apenas que o instituto do desvio de finalidade não instrumentaliza adequadamente tal crítica.

Para esclarecer o que se pretende afirmar, pode-se usar a título ilustrativo o nepotismo. Mesmo antes da vedação à nomeação de familiar (cônjuge, companheiro ou parentes de até terceiro grau ou parente em linha reta ou colateral, por consanguinidade ou afinidade, até o terceiro grau) para cargos em comissão ou funções de confiança, determinada pelo Decreto 7.203/2010, tais nomeações eram passíveis de crítica sob a óptica de princípios da administração pública, sobretudo da moralidade e da impessoalidade.

Conforme o Código de Ética Profissional do Servidor Público Civil do Poder Executivo Federal (Anexo do Decreto nº 1.171/1994): “I - O servidor público não poderá jamais desprezar o elemento ético de sua conduta. Assim, não terá que decidir somente entre o legal e o ilegal, o justo e o injusto, o conveniente e o inconveniente, o oportuno e o inoportuno, mas principalmente entre o honesto e o desonesto [...]”.

Indicar um parente, ainda que extremamente qualificado, não é um ato que transmite uma imagem de honestidade. A moralidade, nesse caso, consiste em critério autônomo para a crítica do ato, não sendo necessário dizer que houve desvio de finalidade porque o gestor usou a indicação política para favorecer um parente seu. Essa pode não ter sido sua intenção. Os gestores indicam, em geral, pessoas a quem conhecem e em quem confiam e não é impossível

que no caso concreto o gestor tenha indicado alguém que julga ser o profissional mais capacitado para a posição, que coincidentemente é seu sobrinho. Pode não ter ocorrido o desvio de finalidade, nesses termos, mas ainda assim a indicação é passível de crítica com base na moralidade: ainda que o agente público acredite se tratar da pessoa mais indicada, ele deveria se abster de nomear parentes seus.

Foi essa a linha argumentativa adotada pelo STF ao editar a súmula vinculante nº 13, por entender que as restrições à indicação de familiares podem ser inferidas diretamente da Constituição, em particular dos princípios contidos em seu art. 37, caput (dentre os quais legalidade, impessoalidade, moralidade), sem necessidade de edição de lei formal para coibir a prática²².

Em síntese, pode-se utilizar como critério para crítica e para controle judicial da ação dos agentes públicos os princípios jurídicos com alto grau de abstração e generalidade, uma vez que o agente público deve segui-los, orientar-se por eles. Tais princípios possuem força normativa para a ação porque eles constituem pontos de partida intelectuais que conferem inteligibilidade ao direito e refletem o sentido geral de justiça do campo (LOPES, 2022, p. 21). Essa crítica e esse tipo de controle judicial só não são bem expressos pela invocação do instituto do desvio de finalidade para reprovação de um ato administrativo singular. O agente público deve se orientar pelos princípios (pontos de partida) em todas as suas ações, na sua forma de conduta em geral. Estes princípios gerais, contudo, não são os mais adequados para avaliar um ato singular do ponto de vista do desvio de finalidade, porque há várias formas imediatas de se atingir um fim mediato e porque há um princípio específico da atividade que aquele ato representa, o Princípio Constitutivo, que capta justamente a finalidade do ato e por essa razão é mais adequado para permitir juízos conclusivos sobre o desvio de finalidade.

A finalidade última da atuação do agente público é (deve ser) o bem comum, ou o interesse público, sempre. O instituto do desvio de finalidade é especialmente útil no controle judicial sobre os atos administrativos quando a lei estabelece, entre a finalidade imediata do ato (que se confunde com seu objeto, o efeito imediato que produz) e a finalidade última (sempre

²² Supremo Tribunal Federal. Súmula Vinculante 13. A nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança ou, ainda, de função gratificada na administração pública direta e indireta em qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal. Data de Aprovação em Sessão Plenária de 21/08/2008. Fonte de publicação: DJe nº 162 de 29/08/2008, p. 1; DOU de 29/08/2008, p. 1. Disponível em <https://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/sumariosumulas.asp?base=26&sumula=1227>. Acessado em 10/02/2023.

o bem comum), uma finalidade mediata, pois esta serve como guia para a crítica ao ato, sem que seja necessário recorrer ao interesse público, de difícil caracterização. A orientação inadequada do agente para consecução da finalidade mediata caracteriza o desvio de finalidade. Retomando-se, uma última vez, o caso de decretação do sigilo, se a finalidade de garantir a segurança de autoridade nacional ou de seus familiares não foi atingida pelo ato, por inexistência de risco relevante, deve-se concluir pelo desvio, porque o agente falhou em se orientar adequadamente pela regra pertinente. É desnecessário afirmar que a finalidade efetiva do ato praticado consistiu em impedir divulgação que desgastaria politicamente a imagem do presidente, para favorecê-lo eleitoralmente, por exemplo. Para concluir que o agente não se orientou pelo princípio constitutivo é necessário analisar a exposição de motivos, as circunstâncias de fato e de direito, pois a partir da inexistência de algum fato alegado ou de sua inadequada qualificação jurídica, ou do erro com relação ao direito, é que se verifica se a finalidade mediata pôde ser atingida. O controle sobre os motivos, portanto, tem um caráter instrumental, ou secundário, por assim dizer.

Obviamente o desvio pode se dar também com relação à finalidade imediata, pois todo ato possui uma finalidade imediata determinada pela lei e esta finalidade se confunde com o próprio objeto do ato. Aí também o controle sobre os motivos possuiu um caráter instrumental, pois é o que permite concluir se a finalidade determinada pela lei pôde ser atingida naquelas circunstâncias concretas em que se praticou o ato. Ocorre que esse tipo de desvio é evidente e quando o agente nele incorre em verdade produz um ato que falha quanto ao seu próprio objeto. É o caso da concessão de graça para extinção de punibilidade em situação em que a punibilidade sequer se formou.

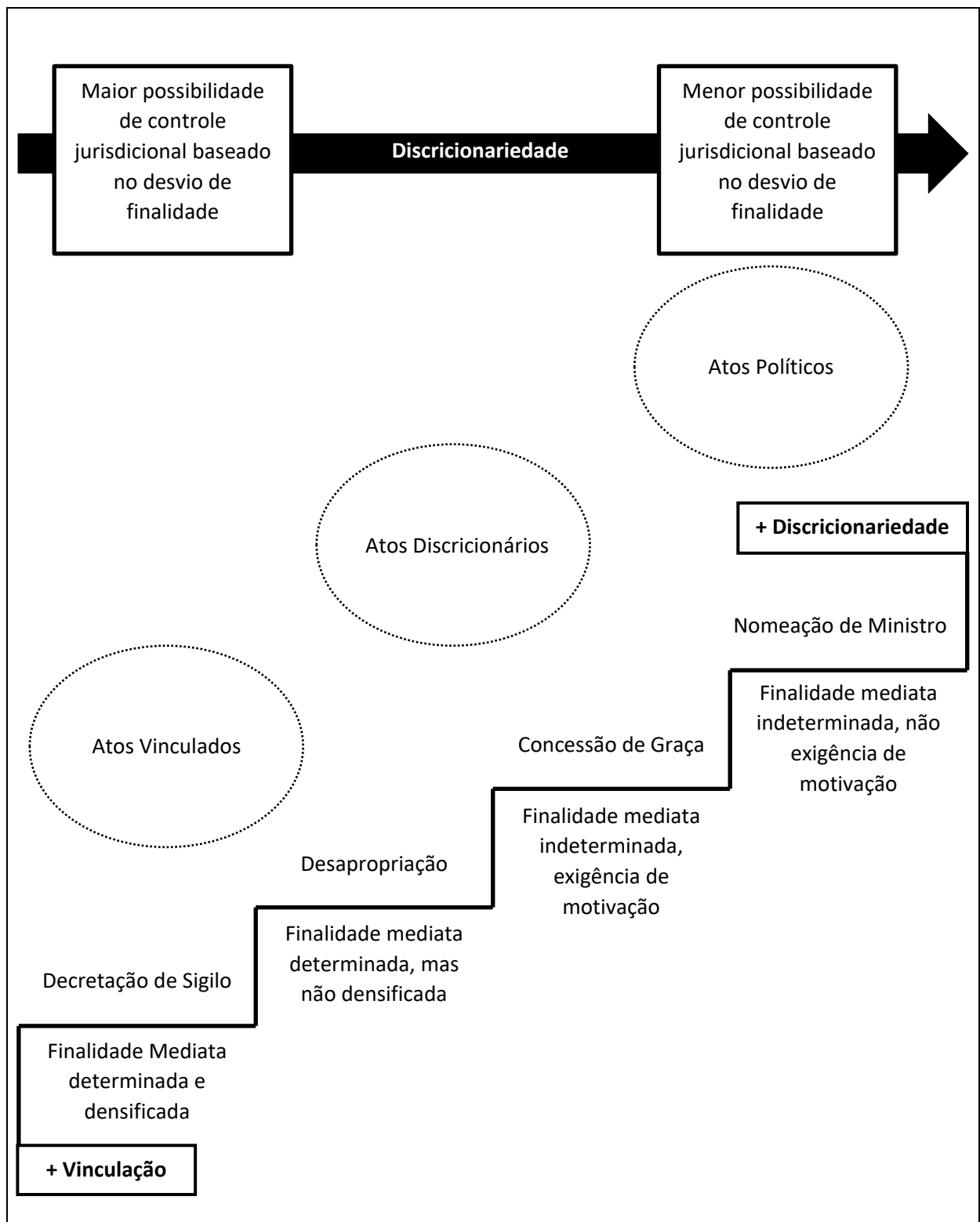
O desvio de finalidade é menos útil em situações em que a lei não determina a finalidade mediata a ser buscada pela ação, limitando-se a dizer a finalidade imediata do ato (o que pode ser entendido como a especificação de seu conteúdo). Nestes casos, o controle sobre os motivos, particularmente por meio da Teoria dos Motivos Determinantes, tende a assumir preponderância sobre a análise acerca da finalidade. Basta demonstrar o erro (de fato, de direito ou de qualificação jurídica) quanto ao motivo ou, de forma simplificada, que o motivo alegado na motivação do ato não existe e, por conseguinte, a finalidade mediata escolhido para a ação (já que a lei não pré-estabeleceu uma finalidade unívoca) não pode ser atingida. O desvio aqui se torna secundário. Centrar o controle jurisdicional na apreciação do motivo evita adentrar na discussão sobre se aquela finalidade selecionada pelo agente *deveria* ser buscada, o que é difícil em contextos em que a lei silencia sobre o assunto. A preservação da liberdade de expressão é

uma finalidade legítima a ser perseguida pelo instituto da graça? Essa sim seria uma discussão propriamente a respeito do desvio de finalidade, mas em um sentido mais fraco, como já exposto, pois não se trata de um desvio com relação à finalidade determinada pela lei para a prática daquele ato, mas sim de um desvio com relação à finalidade que o agente deve perseguir ou se abster de perseguir, e é nisso justamente que reside a discricionariedade. Esse tipo de controle jurisdicional é possível, mas coloca um ônus maior sobre o controlador, que não pode simplesmente se sub-rogar ao agente público e arbitrariamente determinar quais finalidades são dignas de persecução. Por isso parece mais promissor o caminho de demonstrar que independentemente de a finalidade escolhida pelo agente ser legítima ou não, *naquele* contexto ela não pôde ser atingida, pois há falhas quanto ao motivo para ação. E havendo falha quanto ao motivo para ação, *naquela* situação, *aquela* finalidade não deveria ser buscada. E considerando que o agente se vincula aos motivos apresentados, ele não pode pretender sustentar a validade do ato praticado com base em outros motivos, ou em outra finalidade mediata.

Por fim, pode-se esboçar um esquema que correlacione os graus de discricionariedade de determinados atos com sua estruturação legal do ponto de vista das finalidades imediata e mediata (Figura 1, abaixo).

O que se pretende representar com a figura é que, partindo-se de atos vinculados, conforme se aumenta o grau de discricionariedade, até se chegar ao extremo dos atos políticos, as possibilidades de controle jurisdicional baseado no desvio de finalidade vão se reduzindo, sobretudo quando a lei não determina a finalidade mediata do ato, limitando-se a dispor sobre sua finalidade imediata (o que pode ser compreendido como o próprio conteúdo do ato), o que forçosamente aumenta o conteúdo de discricionariedade, uma vez que o agente passa a poder decidir não apenas *quando* é conveniente praticar o ato, mas também *por qual razão* é conveniente fazê-lo.

Figura 1. Correlação entre graus de discricionariedade, estruturação das atividades em torno de finalidades e possibilidades de controle jurisdicional baseado no desvio de finalidade



BIBLIOGRAFIA

BARBOSA, Rui. *Obras Seletas de Rui Barbosa: Trabalhos Jurídicos*. Vol. 11. Rio de Janeiro: Gráfica Olímpica Editora, 1962.

BARBOSA, Rui. *Obras Completas de Rui Barbosa: O Direito do Amazonas ao Acre Setentrional*. Vol. 37, t. 5. Rio de Janeiro: Fundação Casa de Rui Barbosa, 1983.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 35ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2021.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Discrecionalidade e Controle Jurisdicional*. 2ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 34ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

FREUD, Sigmund. *A Interpretação dos Sonhos*. 1ª Ed. São Paulo: Folha de São Paulo, 2010.

GRISEZ, Germain. O Primeiro Princípio da Razão Prática. *Revista de Direito da Fundação Getúlio Vargas*, vol. 3, n. 1, p. 51-89. São Paulo: Fundação Getúlio Vargas, 2007.

JUSTEIN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 9ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

JUSTEIN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 12ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

KORSGAARD, Christine M. *The Constitution of Agency: Essays on Practical Reason and Moral Psychology*. Oxford: Oxford University Press, 2008.

KORSGAARD, Christine M. *Self-Constitution: Agency, Identity, and Integrity*. Oxford: Oxford University Press, 2009.

LESSA, Pedro. *Do Poder Judiciário*. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

LOPES, José Reinaldo de Lima. *Curso de filosofia do direito – o direito como prática*. 2ª Ed. Barueri: Atlas, 2022.

LOPES, José Reinaldo de Lima. Régua e Compasso (ou metodologia para um trabalho jurídico sensato). In: COURTIS, Christian (Org.). *Observar la ley*. Madrid: Editorial Trotta, 2006.

- MACCORMICK, Neil. Direito, interpretação e razoabilidade. In: MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto; BARBIERI, Catarina Helena Cortada (Orgs.). *Direito e interpretação – racionalidade e instituições*. São Paulo: Saraiva, 2011.
- MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. *Do xadrez à cortesia - Dworkin e a teoria do direito contemporânea*. São Paulo: Saraiva, 2013
- MAJADAS, Marcia Fratari. Desvio de Poder no Direito Comparado. *Revista de Direito Administrativo*, vol. 236, p. 111-120. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2004.
- MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo em Evolução*. 3ª Ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2017.
- MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo moderno*. 21ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018.
- MEDAUAR, Odete. Parâmetros de Controle da Discricionariedade. In: GARCIA, Emerson (Coord.). *Discricionariedade Administrativa*. Belo Horizonte: Arraes Editores. 2013.
- NINO, Carlos Santiago. *Ética e Direitos Humanos*. São Leopoldo: UNISINOS, 2011.
- PEREZ, Marcos Augusto. *O Controle Jurisdicional da Discricionariedade Administrativa: Métodos para uma jurisdição ampla das decisões administrativas*. Tese (Livre-Docência). São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP, 2018.
- PESTANA, Márcio. *Direito Administrativo Brasileiro*. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.
- POSCHER, Ralf. Teoria de um Fantasma – A Malsucedida Busca da Teoria dos Princípios pelo seu Objeto. In: CAMPOS, Ricardo (org); MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto; LOPES, José Reinaldo de Lima (Coords.). *Crítica da Ponderação: Método Constitucional entre a Dogmática Jurídica e a Teoria Social*. São Paulo: Saraiva. 2016.
- QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo. *Monografia jurídica: passo a passo*. São Paulo: MÉTODO, 2015.
- QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo. *Como remover um presidente*. Rio de Janeiro: Zahar. 2021.
- RACHELS, James. *Problemas da Filosofia*. 2ª Ed. Lisboa: Gradiva Publicações, 2010.
- SEARLE, John R. *Mente, Linguagem e Sociedade: Filosofia no Mundo Real*. Rio de Janeiro: Rocco, 2000.
- SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo Ordenador*. São Paulo: Malheiros, 1993.

TÁCITO, Caio. O Poder de Polícia e seus Limites. *Revista de Direito Administrativo*, vol. 27, p. 1-11. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1952.