

Richard Gomes: O móvel do ato administrativo

Se a animosidade contra o Supremo parece ser evidente, em caso como o benefício presidencial concedido a Daniel Silveira, é preciso verificar distinto evento: se a finalidade do ato foi deturpada, a fim de atingir objetivo diverso. E mais uma vez, reflexionar que o interesse público vincula a atuação do agente, e se os motivos legítimos forem apenas aparentes, porque o fim desejado é outro, ocorrerá desvio



A atuação do chefe do Executivo apresenta-se sob dois

aspectos. A primeira é a feição política, que o faz capaz de praticar o ato cujo objetivo pretende atingir; e o segundo ângulo é o jurídico, porque o atuar emana do direito que o assegura e o efetiva para a concretização dos fins. Ocorre que, na prática, o poder político concretiza-se na Administração Pública, que, para exercer, precisa atuar conforme essas mesmas regras. Portanto, o executivo tem de cumprir preceitos e princípios para atingir a finalidade do Estado.

Avancemos de modo ilustrativo. Considere a remoção de um servidor público sob o argumento de que dele se necessita em outro município, quando, na verdade, o objetivo é afastá-lo por motivo de aversão e antipatia. Cogite que um policial foi enviado para localidade diversa, quando, na realidade, o objetivo era apenas distanciá-lo da condução do procedimento investigativo. Com clareza, essas situações ensinam que é possível a prática de ato com fins diversos dos objetivados pela lei ou exigidos pelo interesse público, ou seja, o uso de um ato para alcançar finalidade diversa da que lhe é própria.

Ordinariamente, um ato administrativo é editado com base em premissas aparentemente verdadeiras, ainda que falsas. A ocorrência desse tipo de desvio de conduta ocorreu em diversas oportunidades por autoridades, e é exatamente por isso que ostentamos a obrigatoriedade de publicidade dos atos.

O ato administrativo é constituído pela soma de cinco requisitos: competência, finalidade, forma, motivo e objeto. Esses elementos são indispensáveis, fundam a infraestrutura, o esqueleto, de modo que sem a convergência deles, o ato administrativo não se aperfeiçoa e, por consequência, não produz efeitos válidos.

Transitando pelos itens, do ponto de vista da **forma**, prevalece a escrita, sendo o meio pelo qual se exterioriza a vontade, de modo a conferir maior controle na gestão. Sem delongas, o presidente Bolsonaro observou adequadamente a forma quando do revestimento do ato administrativo que concedeu o benefício.

Essa asseveração também se consagra no componente **objeto** do ato administrativo, que é o elemento que se identifica com o conteúdo, o item que atesta a situação preexistente. É o efeito jurídico imediato que o ato produz. Por exemplo, o objeto do ato de concessão de uma licença é a própria concessão da licença. Dito isto, estando o presidente autorizado por lei, sendo o ato material e juridicamente possível, e estando o objeto determinado, infere-se que o presidente observou o elemento objeto.

A grande problemática conserva-se, portanto, na análise dos demais componentes do ato administrativo: competência, finalidade e motivo. A primeira ponderação que se fez, assim sendo, foi transcorrer rapidamente pelos componentes que, do ponto de vista da investigação aqui captada, não geram contradição (forma e objeto), e isso justifica a escolha por tratar destes de forma sucinta. Feito esse verbete sobre a sistematização do conteúdo, avancemos.

O primeiro item do ato administrativo é a "competência", **sujeito competente**. Nisto não há qualquer problema, o presidente é o sujeito do ato administrativo, é o agente que exerce uma função pública com competência para editar o ato aqui analisado. Inclusive, o decreto principiou afirmando que considerou a prerrogativa presidencial. Entretanto, não é recomendável que a investigação termine aqui. Precisamente, soarão como gafe, para dizer o menos, porque excesso de poder e desvio de finalidade têm seu *habitat* rigorosamente no elemento competência.

A verificação se dá na análise do que a doutrina administrativista chama de abuso de poder, que é o gênero do qual são espécies (1) excesso de poder; e (2) desvio de poder. No excesso de poder o agente extrapola a competência que lhe foi conferida mediante lei, ou seja, atua fora do limite da sua competência. Ilustro. Imagine um agente que sem competência para tal indefere um requerimento administrativo. Agora, no desvio de poder, o agente apesar de competente, de atuar no limite da sua competência, pratica o ato em desconformidade com o interesse público. Por isso, desvio de poder é também denominado de "*desvio de finalidade*".

O chefe do Executivo é competente. Fixado. Nesta hora, se coloca a necessidade de analisar se o ato praticado está em conformidade com essa competência legal. Ora, excesso de poder não houve, porque o presidente não extrapolou a competência que lhe foi conferida mediante lei, não agiu fora do limite da sua competência. Agora, apesar de competente, praticou o ato em conformidade com o interesse público? Eis o grande desafio...

O raciocínio é aferir se houve abuso por desvio de finalidade. Aqui implica rememorar que o segundo elemento que constitui um ato administrativo é justamente a **finalidade**. É fundamental explicitar, ainda, que a finalidade não é apenas mais um elemento, é entendida como uma das facetas do princípio da impessoalidade. A construção aceita é de que um ato que tenciona o interesse público é aquele voltado para os objetivos fundamentais do Estado, concretização dos direitos fundamentais e princípios constitucionais.

Nesta oportunidade, a primeira ponderação é tratar do beneficiado Daniel Silveira. Ora, não raras vezes, beneficiar apenas um indivíduo pode ser de interesse público, e isso, por si só, não caracteriza desvio de finalidade. Por exemplo. O pedido de um cidadão de cobrimento de um buraco na avenida por falta de conservação da via pública, é um ato de benefício individual e simultaneamente de interesse público porque versa sobre a manutenção das vias. Ainda, a violação de um dever específico de cuidado na construção e a demolição do imóvel é causa que atinge diretamente o interesse individual e público porque aborda questão ambiental, urbana etc. Perceba, que interesse público se une ao que não pode ser considerado como fenômeno de resultado único e indivisível, torna-se possível, no âmbito do fato ali, ou em algum momento, descortinar um risco a coletividade.

Temos assim, que no caso Daniel Silveira há importante característica na qual não se ajusta ao interesse público, a decisão da corte é conectada diretamente ao comportamento específico, é uma hipótese na qual não se identifica um potencial de risco a coletividade, não acomete além da determinada pessoa. Diferentemente, um ato que visa interesse público propaga-se no tempo e espaço.

Indaguemos: É medida fundamental à manutenção do Estado Democrático de Direito, o ato que concedeu graça ao deputado? A resposta não é simples, e é a verificação do interesse público que dará a melhor resposta, uma análise do ato justamente na consagração dos princípios e no ordenamento jurídico. Afinal, o chefe do Poder Executivo deve pautar-se em consonância com os princípios constitucionais, probidade e a moralidade. Não por outra razão, o artigo 37 da Constituição da República afirma que a administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

Para delinear, corroboro mencionando que a lei da Ação Popular, 4.717/65, afirma que é nulo o ato administrativo praticado com desvio de finalidade e no artigo 2º, parágrafo único, alínea "e" dispõe que o desvio de finalidade se verifica quando o agente pratica o ato visando a fim diverso daquele previsto, explícita ou implicitamente, na regra de competência.

É possível, desde logo, que o leitor mais preocupado afirme que o ato do presidente é de interesse público porque criará precedente e as questões ali serão referências na solução de casos futuros semelhantes. Trata-se, pois, de perceber que precedentes não estão desvinculados das razões fáticas e de direito que levaram à sua edição. O parlamentar foi absolvido em relação ao crime de incitação de animosidade entre as Forças Armadas e a sociedade, portanto, a tese de que houve cerceamento na liberdade de expressão carece de algum grau de certeza, parece mais intuitiva do que motivada.

Não obstante, outros adotarão a tese de que interesse público é subjetivo e, portanto, não está caracterizado o desvio de finalidade. Essa afirmativa, contudo, usufrui de certa atecnia. Esclareço. É central entender que no pensamento de um criador, no momento de elaborar algo subjetivo, um aspecto fundamental é a experiência da realidade que objetivamente o criador teve ou tem e pretende reproduzir ali – de maneira subjetiva. Isto é, há um objetivo no próprio estágio que ali se tenciona reproduzir subjetivamente. O conceito essencial a compreender é de que certos fenômenos subjetivos decorrem de uma situação objetiva.

O legislador ao dispor de "*interesse público*" pretendia alcançar uma finalidade, e os aspectos essenciais desse conceito é a busca por algo objetivo. Isso significa que o termo embora pareça uma expressão bastante genérica e abstrata, é assim apenas para não fixar a interpretação e as condições de aplicação do instituto no tempo e espaço, mas isso não significa a ausência de objetividade e finalidade do instituto — que é a consolidação dos objetivos fundamentais da República.

Com essa ponderação, alcançamos o **motivo**, que é outro elemento do ato administrativo, é a causa imediata do ato. Em outras palavras, é a situação de fato e de direito que determina ou autoriza a prática, o pressuposto fático e jurídico (ou normativo) que o enseja. Aqui, o primeiro passo é analisar a motivação, que é a exteriorização do motivo, e sob tal prisma afirmou o presidente que concedeu o ato para garantir a liberdade de expressão, e que a sociedade se encontra em "legítima comoção", em vista da condenação do parlamentar resguardado pela inviolabilidade de opinião deferida pela Constituição.

Aqui, pela Teoria dos Motivos Determinantes, o administrador está vinculado ao motivo explicitado, mesmo que o ato seja discricionário e não necessite de ser motivado. Dito de outra maneira, ao presidente Jair Bolsonaro motivar o ato, este ficou sujeito à verificação da existência e da adequação do motivo exposto ali. Não precisava de motivação, mas se ela foi dada, vinculou o presidente. Nitidamente, o chefe do Executivo violou a Teoria dos Motivos Determinantes, porque não se verifica no caso uma coação a liberdade de expressão do deputado e é ilusória a declaração de "comoção" da sociedade.

Numa versão resumida, a doutrina administrativista diverge se existe o dever de motivação dos atos administrativos. Hely Lopes afirma que a motivação é obrigatória para atos vinculados, Oswaldo Aranha discursa que há necessidade apenas para atos discricionários, e uma terceira corrente aduz que todos os atos precisam de motivação, posição defendida por Di Pietro, Celso Antônio Bandeira de Mello. Mesmo com essas divergências, tem prevalecido entre os doutrinadores que a teoria dos motivos determinantes é um instrumento de análise de validade do ato, e que mesmo em situações excepcionais em que a lei não exige a motivação, caso o agente exponha ficará condicionado a correspondência da exteriorização do motivo com a realidade.

O argumento de que o ato é discricionário, e que, portanto, pode o presidente agir arbitrariamente, não merece guarita. Isso porque, a respeito da teoria dos motivos determinantes do desvio do poder, o importante é fixar que o instituto existe exatamente porque perdura a necessidade de uma apreciação sobre os atos administrativos, e ao judiciário, é dado o poder de apreciar se o ato compatibiliza com o direito e a finalidade própria do ato mediante um controle amplo de legalidade à luz dos princípios e das normas jurídicas pertinentes.

A questão da finalidade e do motivo já expõe a fragilidade de todo o ato editado pelo presidente, e ao lado deste exame, constituiu objeto desse texto examinar outro instituto: o móvel do ato administrativo, que é a situação real que justifica a edição do ato. É importante não se confundir, porque o móvel é a vontade pessoal, psíquica, não é a situação real exteriorizada. A diferenciação entre o móvel para o motivo é evidente, visto que no motivo o agente explicita a situação que justifica a edição do ato, ao passo que o móvel implica na motivação pessoal, real, que nem sempre se coaduna com o real desiderato do ato elaborado.

O motivo é a situação prevista em lei, e caso ocorra de fato, permitirá a prática do ato. O móvel é a real intenção, é o intento do agente público quando pratica a conduta. Em regra, o móvel antecipa o ato, e mesmo que o motivo não seja viciado, ele é apenas uma roupagem.

É admissível afirmar que o presidente editou um ato com móvel (elemento psíquico) tencionando satisfazer sua vontade pessoal, já que Daniel Silveira só terá abolido os efeitos primários da condenação (pretensão executória), pois a graça não atingirá os efeitos secundários (Súmula 631-STJ), então permanecerá as anotações nos cartórios, o nome no "rol dos culpados", e a condenação continua podendo gerar reincidência etc. Em maior ou menor medida, não se vislumbra interesse público na edição do ato do presidente, máxime porque a hipótese sequer beneficia satisfatoriamente o deputado que sequer gozará do benefício automaticamente e deverá requerer ao STF a extinção da punibilidade com base na graça concedida pelo presidente.

Resta concluir, portanto, que a despeito de sua aparência de legalidade, o ato elaborado destoa da razão que o justifica, escapa aos princípios da impessoalidade e moralidade, e ao interesse que lhe é subjacente — sendo mero atuar por meio de sentimento, e que apenas dificulta, injustificadamente, a punição ao deputado. Notadamente, o vício, o ilícito, tem natureza objetiva, e o móvel que impulsionou o mandatário indica a presença do desvio de finalidade.

A rigor, esse texto não tenciona discutir dolo, a intenção de fraudar etc. A questão é observar se houve obediência aos elementos que constituem um ato administrativo válido, e é exatamente isso que orienta a assertiva de que não.

O jurista Lenio Streck, em um dos seus textos, lembra que em uma de suas crônicas, L. F. Verissimo brinca dizendo algo como: "não fossem os seis milhões de mortos, Hitler até que..." Pois é. Não fosse a Constituição, as leis, os princípios, e o Direito Administrativo, o presidente até que ... Daí a ironia.

REFERÊNCIAS:

Manual de Direito Administrativo / José dos Santos Carvalho Filho. – 33ª ed. – São Paulo: Atlas.
Direito administrativo / Maria Sylvia Zanella Di Pietro. – 32ª ed. – Rio de Janeiro: Forense.

Date Created

09/05/2022