

O controle judicial do desvio de finalidade legislativo

28/10/2025

Após a última participação sobre o [controle judicial da técnica legislativa](#) – em que foram apontadas as condições e os limites para o seu exercício, notadamente a necessidade de que o vício de técnica legislativa resulte em uma afronta direta à Constituição, e não apenas na inobservância de normas infraconstitucionais, tendo-se explicado que nem todos os defeitos técnicos das leis são suscetíveis de controle judicial –, leitores desta *Fábrica de Leis* pediram um texto explicativo sobre um outro tipo de controle judicial reivindicado por parte da literatura: o controle judicial sobre o *desvio de finalidade legislativo*. O tema de fato é importante e atual e merece a coluna de hoje.

A Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965, que regula a ação popular, em seu artigo 2º, parágrafo único, alínea e, estabelece 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. Também conhecido como *desvio de poder*, essa forma de nulidade tradicionalmente empregada para atos administrativos implica, não uma apreciação objetiva da *conformidade* ou *não-conformidade* de um ato com uma regra de direito, mas sim o que José Cretella Júnior denomina *dupla investigação de intenções subjetivas*: “(...) é necessário indagar se os móveis que inspiraram o autor do ato administrativo são aqueles que, segundo a intenção do legislador, deveriam realmente inspirá-lo” [1].

Então, aplicado ao processo legislativo, essa forma de nulidade pressuporia *cotejar* se os objetivos da lei aprovada são compatíveis com os previstos na Constituição, que conferiu competência ao legislador para dispor sobre as matérias via legislação. O controle do desvio de finalidade legislativo assumiria a forma de um *controle teleológico*, em que a fiscalização constitucional passaria a se debruçar sobre supostos vícios baseados em elementos subjetivos, para verificar se as *finalidades* da Constituição eventualmente foram *menosprezadas* ou *substituídas* por determinantes alheios, incongruentes ou não pertinentes com os fins constitucionais. Por exemplo, se a legislação foi aprovada em razão de motivos partidários, para atender interesses familiares de membros do governo, por pressão internacional, etc.

A literatura é controvertida a respeito da possibilidade do controle judicial sobre o desvio de finalidade legislativo. Carmen Chinchilla Marín, por exemplo, nega que o desvio de poder possa ser aplicado ao exercício de poderes legislativos: “primeiro, porque o desvio de poder é uma técnica de controle da discricionariedade e o legislador não tem discricionariedade, mas liberdade de configuração política; e segundo, porque o desvio de poder é um vício que consiste em se afastar do objetivo estabelecido pelo ordenamento jurídico, e a lei não tem objetivos impostos pela Constituição, mas limites que a própria Constituição estabelece ao seu conteúdo” [2].

Entretanto, parecem ser em maior número os que defendem a possibilidade desse controle. No Brasil, um dos textos clássicos sobre o assunto é o de [Caio Tácito](#), para quem “O abuso do

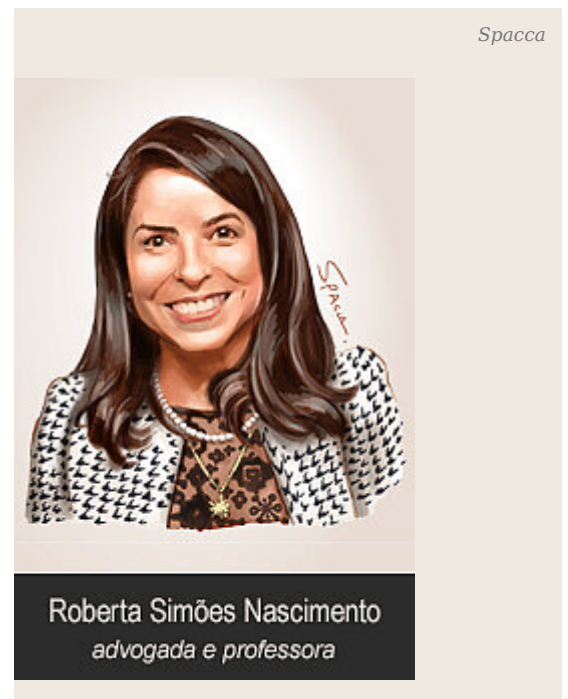
poder legislativo, quando excepcionalmente caracterizado, pelo exame dos motivos, é vício especial de inconstitucionalidade da lei pelo divórcio entre o endereço real da norma atributiva da competência e o uso lícito que a coloca a serviço de interesse incompatível com a sua legítima destinação” [3].

Como se vê, a pretensão de um controle judicial do *desvio de finalidade legislativo* está intimamente relacionado a outro tipo de controle já criticado nesse espaço, qual seja, o **controle judicial da motivação da legislação**, já que ambos implicam, em maior ou menor medida, escrutinar as razões ou os motivos dos legisladores e, se for o caso, em se tratando do controle do desvio, demonstrar que os *objetivos reais* (nem sempre suficientemente conhecidos) divergem dos que foram estabelecidos para o exercício da competência legislativa.

Algumas críticas e dificuldades podem ser lançadas a essa empreitada, tanto em termos conceituais, quanto à operacionalidade no que diz respeito à matéria fática.

Em primeiro lugar, deve-se apontar que o controle de constitucionalidade das leis incide sobre a forma ou sobre o conteúdo dos dispositivos legais, não sobre a justificação da legislação. Ou seja, não se declaram inconstitucionais os *motivos* das leis.

Nesse ponto, apontam-se ao menos três argumentos contrários ao controle judicial da motivação legislativa, apontados pelo *Chief Justice* Warren no caso *United States v. O'Brien* (391 U.S. 367 (1968)), e esquematizados por John Hart Ely [4]: 1) a dificuldade de averiguar qual foi a verdadeira motivação dos legisladores, já que os propósitos podem ser contraditórios, e não há como saber qual foi a *intenção dominante*; 2) a inutilidade (*futility*) desse controle da motivação, pois os legisladores sempre poderão simplesmente reeditar o ato com a justificação correta; e 3) seu caráter contraproducente: invalidar uma legislação constitucional apenas por causa da sua motivação é desaconselhável, pois é possível que uma *boa lei* seja expressão de um *mau motivo*. Só isso já deveria bastar para negar a possibilidade desse tipo de controle.



Objetivo ilícito

Não se desconhece a farta literatura reivindicando o controle judicial quando a motivação legislativa é considerada *suspeita*, para usar a expressão empregada por **Paul Brest**. Uma motivação deve ser considerada suspeita quando uma norma, aparentemente inocente, é adotada com o objetivo de causar um *resultado* que, se fosse explicitado, seria considerado inconstitucional. Ou seja, infere-se a motivação legislativa a partir dos *efeitos previsíveis* de uma lei.

O autor considera que os governos são constitucionalmente proibidos de perseguir certos objetivos, que são proscritos porquanto prejudiciais à sociedade em geral ou injustos, por exemplo: desfavorecer um grupo racial, suprimir uma religião ou impedir a migração interestadual [5]. Embora não listada pelo autor, a tentativa de prejudicar um grupo político ou uma minoria, por analogia, também desencadearia tal revisão judicial.

Naturalmente, essas finalidades não serão verbalizadas na justificação para a aprovação da lei, mas aparecerão como *resultado* das escolhas legislativas. Na construção de Paul Brest, na medida em que o processo de tomada de decisão consiste em ponderar as consequências previsíveis e desejáveis da medida legislativa, o tomador de decisão (no caso, o legislador) que se orienta por motivações ilícitas tende a considerar como desejáveis consequências que, sob a perspectiva de um agente guiado por motivações legítimas, seriam indiferentes ou até mesmo indesejáveis [6]. Assim, existindo algum objetivo *ilícito*, a legislação deve ser considerada inconstitucional.

É de se observar que nessa modalidade, o *controle da motivação legislativa* fica restrito a situações específicas, sendo necessário que o objetivo ou interesse perseguido com a legislação seja *proibido* pelo ordenamento jurídico. Diferentemente, no *controle do desvio de finalidade legislativo* basta que a finalidade perseguida, lícita ou ilícita, seja *diferente* daquela assinalada na Constituição. Ou seja, o controle do desvio de finalidade pretende ser ainda mais amplo, embora não menos problemático.

Ainda que se admitisse tal controle judicial sobre a motivação legislativa, persistiriam dificuldades em determinar qual foi o motivo *único* ou *dominante*. Para resolver esse problema, Paul Brest propõe uma inversão no ônus da prova (*burden shifting*), de modo a que se presuma que a motivação ilícita foi determinante para o resultado da decisão, salvo prova em contrário. Assim, somente se for apresentada uma justificativa extraordinária por um interesse estatal convincente (*compelling state interest*) – ou, pelo menos, se a escolha foi *justificada em termos legítimos*, na linha de John Hart Ely –, a lei será considerada constitucional.

A despeito do entusiasmo da literatura, o fato é que até a Suprema Corte dos Estados Unidos apresenta relutância em declarar leis inconstitucionais tão somente com base em objetivos suspeitos, potencialmente inconstitucionais. Mesmo a partir de Ely e Brest, o papel da *motivação inconstitucional* como desencadeadora do escrutínio judicial é extremamente limitado: a motivação somente é considerada relevante nas situações em que uma escolha deveria ser aleatória (mas não o foi em concreto), em que o objetivo perseguido é amorfo (por exemplo, a promoção do bem-estar geral) ou quando existe uma obrigação de *neutralidade* do Estado (no sentido de abstenção de adoção de critérios com base em raça, religião ou crença política).

Em segundo lugar, voltando às objeções ao controle do desvio de finalidade legislativo, tem-se que a norma constitucional que fundamenta o poder de legislar nem sempre contém uma finalidade específica para a aprovação de leis, com o que se confere ampla margem de conformação material. Observe-se, por exemplo, o artigo 48 da Constituição, que se limita a prever: “Cabe ao Congresso Nacional, com a sanção do Presidente da República, não exigida esta para o especificado nos arts. 49, 51 e 52, dispor sobre todas as matérias de competência

da União”. Por seu turno, a leitura do artigo 22, que traz o rol das matérias de competência legislativa privativa da União, tampouco indica quaisquer fins. Ou seja, de modo geral, a Constituição conferiu ao legislador um grande espaço de liberdade para as escolhas legislativas, prestigiando o princípio democrático.

Por mais que o artigo 1º da Constituição defina os fundamentos da República (soberania, cidadania, dignidade da pessoa humana, valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, pluralismo político) e o artigo 3º estabeleça os objetivos fundamentais (construir sociedade livre, justa e solidária; garantir desenvolvimento nacional; erradicar pobreza; reduzir desigualdades; promover o bem de todos), isso não significa que as leis estejam proibidas de promover fins diversos. As leis não podem é contrariar os fins constitucionais, mas nada impede que o estabelecimento de outros fins, naturalmente, desde que compatíveis com a Constituição.

Essas características (abertura constitucional e pluralidade de fins) trazem dificuldades para o controle judicial do desvio de finalidade legislativo. Nas palavras de Manoel Adam Lacayo Valente: “(...) *quanto maior for a margem de discricionariedade menor será a possibilidade de aplicação da teoria do desvio de poder, em função da dificuldade de ser cotejada, com precisão, a finalidade estipulada pela lei com a regra de competência constitucional que concedeu poder ao legislador ordinário para dispor sobre a matéria*” [7]. Com isso, é limitado o espaço desse tipo de controle.

Em terceiro lugar, outra dificuldade não desprezível diz respeito à *comprovação* da suposta motivação inconstitucional dos legisladores. Para exercer esse controle, os tribunais precisariam examinar a intenção *por trás* da promulgação de leis para determinar sua constitucionalidade, recorrendo a *inferências* (como já indicado, a partir dos *efeitos previsíveis*), cujo suporte tende a ser frágil.

Seria possível continuar a lista de objeções e problemas do controle do desvio de finalidade legislativo, mas o espaço da coluna de hoje já acabou e a combinação do que já foi indicado até aqui é suficiente para embasar a conclusão que o exercício desse controle tende a ser altamente disfuncional. Em todo caso, sendo necessário acioná-lo, convém limitar o seu resultado: o controle do desvio de finalidade legislativo serve preponderantemente para desencadear um *ônus de justificação* – ou seja, para pedir que os legisladores deem razões –, não devendo servir para a invalidação de leis que possam ser justificadas por motivos racionais e inofensivos [8].

[1] CRETELLA JÚNIOR, José. *Anulação do ato administrativo por desvio de poder*. Forense: Rio de Janeiro, 1978, p. 5.

[2] No original: “(...) primero, porque la desviación de poder es una técnica de control de la discrecionalidad y el legislador no tiene discrecionalidad, sino libertad de configuración política, y segundo, porque la desviación de poder es un vicio que consiste en apartarse del fin establecido por el ordenamiento jurídico y la ley no tiene fines impuestos por la Constitución, sino límites que la misma establece a su contenido” (CHINCHILLA MARÍN, Carmen. *La*

desviación de poder. Madrid: Civitas, 1999, p. 77).

[3] TÁCITO, Caio. O desvio de poder no controle dos atos administrativos, legislativos e jurisdicionais. *Revista de Direito Administrativo*, v. 242, 63-74, 2005, p. 69.

[4] ELY, John Hart. Legislative and Administrative Motivation in Constitutional Law. *The Yale Law Journal*, v. 79, n. 7, p. 1205-1341, 1970, p. 1212-1222.

[5] No original: “Governments are constitutionally prohibited from pursuing certain objectives – for example, the disadvantaging of a racial group, the suppression of a religion, or the deterring of interstate migration” (BREST, Paul. Palmer v. Thompson: An Approach to the Problem of Unconstitutional Legislative Motive. *The Supreme Court Review*, v. 1971, p. 95-146, p. 116).

[6] No original: “The fact that a decisionmaker gives weight to an illicit objective may determine the outcome of the decision. The decisionmaking process consists of weighing the foreseeable and desirable consequences of the proposed decision against its foreseeable costs. Considerations of distributive fairness play an important role. To the extent that the decisionmaker is illicitly motivated, he treats as a desirable consequence one to which the lawfully motivated decisionmaker would be indifferent or which he would view as undesirable” (BREST, Paul. Palmer v. Thompson: An Approach to the Problem of Unconstitutional Legislative Motive. *The Supreme Court Review*, v. 1971, p. 95-146, p. 116).

[7] VALENTE, Manoel Adam Lacayo. Aplicabilidade da teoria do desvio de poder no controle da constitucionalidade de atos legislativos. *Revista de Informação Legislativa*, a. 46, n. 182, p. 177-210, 2009, p. 188.

[8] ELY, John Hart. Legislative and Administrative Motivation in Constitutional Law. *The Yale Law Journal*, v. 79, n. 7, p. 1205-1341, 1970, p. 1280.

Fonte: <https://conjur.jumps.com.br/2025-out-28/o-controle-judicial-do-desvio-de-finalidade-legislativo/>