

CENTRO UNIVERSITÁRIO TABOSA DE ALMEIDA - ASCES/UNITA
BACHARELADO EM DIREITO

LIMITES À ATUAÇÃO DO PODER DE POLÍCIA:
a conduta discricionária da Administração Pública e a possível
configuração de abuso de poder

MATHEUS MAGALHÃES LIMA

CARUARU

2018

MATHEUS MAGALHÃES LIMA

**LIMITES A ATUAÇÃO DO PODER DE POLÍCIA:
a conduta discricionária da Administração Pública e a possível
configuração de abuso de poder**

Trabalho de Conclusão de Curso,
apresentado ao Centro Universitário
Tabosa de Almeida (Asces-Unita), como
requisito parcial para obtenção do grau
de bacharel em Direito.

Orientadora: Prof. Msc. Roberta Cruz da
Silva

CARUARU

2018

BANCA EXAMINADORA

Aprovado em: ____/____/____

Presidente: Prof.

Primeiro Avaliador: Prof.

Segundo Avaliador: Prof.

RESUMO

O Poder Público dispõe de diversas prerrogativas dentre elas a da discricionariedade. O presente artigo trata de modo específico sobre a estrutura administrativa e condutas abusivas praticadas por seus agentes tendo como principal problemática a questão do abuso de poder camuflado como ato discricionário. Tal artigo trás uma análise acerca da conduta discricionária da Administração Pública e o abuso de poder dentro do panorama do Poder de Polícia, partindo da metodologia dedutiva analisando o cenário mais amplo e através disso chegando a uma visão mais objetiva acerca do tema, além da utilização de revisões bibliográficas para um melhor desenvolvimento e compreensão do artigo apresentado.

Palavras-Chave:Administração Pública; Poder de Polícia; Discricionariedade; Abuso de Poder.

Abstract

The Public Power has several prerogatives, among them that of discretion. This article deals specifically with the administrative structure and abusive conduct practiced by its agents, whose main problem is the abuse of power concealed as a discretionary act. This article presents an analysis of the discretionary conduct of the Public Administration and the abuse of power within the Police Power scene, starting from the deductive methodology analyzing the broader scenario and through this arriving at a more objective view about the subject, besides the use of bibliographic revisions for a better development and understanding of the presented article.

Keywords:Public administration; Police Power; Discretionary; Power abuse.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	6
2 PRINCÍPIOS E PRERROGATIVAS INERENTES AO PODER DE POLÍCIA ADMINISTRATIVA	7
3 DISCRICIONARIEDADE E LIMITES À ATUAÇÃO DO PODER ORDENADOR	11
4 POSSÍVEL CONFIGURAÇÃO DO ABUSO DE PODER	15
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	24
REFERÊNCIAS	

INTRODUÇÃO

O Poder Público é uma grande estrutura administrativa composta por órgão dotados de autoridade que emanam prerrogativas que possibilitam a Administração Pública combater eventuais conflitos que o administrado, oponha ao bem estar da coletividade. A autoridade, entretanto, tem a sua essência no órgão que detém as atribuições para o exercício da função pública, não sendo privilégio pessoal do agente administrativo que exerce a atividade estatal.

O Poder Público, dentre as diversas prerrogativas que compõem a sua estrutura, tem a do exercício do Poder de Polícia, que é a capacidade que a Administração Pública têm de intervir na sociedade de modo a harmonizar o convívio social. O Poder de Polícia, é dotado de uma peculiaridade específica, o discricionarismo, ou seja, tal atributo permite que o agente administrativo tenha uma certa margem de liberdade para decidir qual atitude tomar perante o caso concreto.

Porém o que acontece se o Estado, recorrendo a sua discricionariedade, atuar de forma nociva, abusiva ou ilegal de modo que a sua conduta seja na verdade uma arbitrariedade camuflada sob o manto de legalidade? Ficará configurado então abuso de poder, que ocorre quando o poder é usado de forma viciosa por órgão público sem competência para o ato ou, quando competente, atua em detrimento de interesse particular ou de terceiros.

Diante disso, o presente trabalho realiza uma análise através de uma metodologia dedutiva partindo de uma premissa mais abrangente e chegando a um campo mais restrito além da utilização de diversas fontes como livros e julgados que tratam da tênue linha que separa uma conduta discricionária de uma possível conduta abusiva praticada pelo agente público e suas consequências, uma vez que o Estado, através da sua gestão, acaba cometendo diversas ilegalidades e injustiças.

Na primeira seção tem-se uma abordagem mais ampla onde é trabalhada a questão dos princípios e prerrogativas referentes a polícia administrativa, já na segunda seção há um esclarecimento acerca da limitação do poder policial estabelecendo e explicando a esfera de atuação desse poder. E na terceira seção ocorre a análise direta de como se dá a possível configuração do abuso de poder, e quais os meios eficientes para combater tal ilegalidade.

2 PRINCÍPIOS E PRERROGATIVAS INERENTES AO PODER DE POLÍCIA ADMINISTRATIVA

A terminação poder de polícia ou poder ordenador como também é conhecida comporta diversos significados ao longo do tempo, sendo de grande dificuldade estabelecer um conceito que consiga de forma objetiva e sintética descrever com exatidão seu significado. Ao tratar sobre o panorama do poder de polícia no Direito Administrativo, Caio Tácito (1952, p. 18) argumenta que:

O poder de polícia é, em suma o conjunto de atribuições concedidas à Administração em favor de interesse público adequado, direitos e liberdades individuais. Essa faculdade administrativa não violenta o princípio da legalidade porque é da própria essência constitucional das garantias do indivíduo a supremacia dos interesses da coletividade.

De forma mais abrangente, porém nesse mesmo sentido, discorre Cretella Júnior (2012, p. 03) a respeito da definição de poder de polícia:

Conjugando-se os elementos que, obrigatoriamente, devem estar presentes na estruturação conceitual - o Estado, detentor único do poder de polícia, a *tranquilidade pública*, condição indispensável para que os agrupamentos humanos progridam, as restrições jurídicas à liberdade, necessárias para que a ação abusiva de um não cause embaraços à ação de outro - é possível atingir-se a seguinte definição jurídica de polícia: conjunto de poderes coercitivos exercidos pelo Estado sobre as atividades do cidadão mediante restrições legais impostas a essas atividades, quando abusivas, a fim de assegurar-se a ordem pública.

É importante observar que diante de uma análise de forma etimológica do termo poder de polícia, percebe-se que tal terminação não é adequada já que a Administração Pública não somente detém um poder como essencialmente tem o dever de polícia. Assim, frisa Rogério Silva (2012, p. 03) ao tratar sobre o poder de polícia no direito administrativo:

Todavia, para melhor compreendermos o fundamento da proporcionalidade e da legalidade na aplicação dos atos de polícia, bom é sabermos que o Estado, na verdade, não dispõe de um "*poder*" de polícia, mas de um dever de polícia, visto colocar-se para o indivíduo com a função de administrar, gerir os direitos destes e, para isso, por meio do ordenamento jurídico, no qual se limita. Cabe-lhe somente executar os mandamentos legais e não impor sua vontade, qual acontecia na era *negra* do absolutismo. Logo, há um dever e não um "poder". E esse dever se reverte em função, pela

qual o administrador se encontra obrigado a cumprir a finalidade que lhe foi designada por Lei.

E de acordo com a definição do dispositivo legal Art. 78, do Código Tributário Nacional tem-se:

Art. 78. Considera-se poder de polícia a atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranqüilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos.

A razão pela qual essa definição consta no CTN é que o exercício desse poder constitui um dos fatos geradores da taxa de polícia, de modo a legitimar a cobrança de tal tributo. A doutrina distingue o poder de polícia em polícia administrativa e polícia judiciária. Ao tratar de Polícia e Poder de Polícia Cretella Júnior (2012, pp. 04-06) discorre que:

De qualquer modo, entretanto, a classificação que permanece, sempre, é a tradicional, em dois ramos, a *polícia administrativa* e a polícia judiciária. *Polícia administrativa*, objeto particular de nosso estudo, é a que tem por objetivo tomar providências e fazer respeitar todas as medidas necessárias para a manutenção da ordem, da segurança e da salubridade pública. Há autores que preferem dividir a *polícia* em duas classes, polícia de segurança e polícia administrativa, entendendo-se pela primeira denominação a que tem por objetivo defender imediatamente os direitos dos indivíduos e do Estado, sendo administrativa a polícia que tutela a boa ordem da coisa administrativa. O serviço público constitui o objeto primordial e direito desta espécie de polícia. Divide-se, por sua vez, a polícia administrativa em tantos ramos quantos sejam os da administração. A *polícia administrativa* é também denominada polícia preventiva. Exerce atividade a priori, antes dos acontecimentos, procurando evitar que as perturbações se verifiquem.

Ou seja, a polícia administrativa atua preventivamente sobre atividades e bens que afetam a sociedade (MEIRELLES, 2006, p. 03).

A *polícia administrativa* tem por escopo impedir as infrações da lei (sendo nesta parte preventiva) e sustentar a ordem pública em cada lugar, bem como em toda parte do reino, assegurar a ordem e segurança públicas, a proteção dos direitos concernentes à liberdade, à vida e à propriedade e, bem assim, a prevenção dos delitos, por meio de ordens e determinações a tal fim dirigidas. A

polícia administrativa ou preventiva incumbem, em geral, a vigilância, a proteção da sociedade, a manutenção da ordem e tranqüilidade públicas, bem assim assegurar os direitos individuais e auxiliar a execução dos atos e decisões da Justiça e da Administração.

A *polícia judiciária* é também denominada repressiva, nome que merece reparo, porque ela não "reprime" os delitos, mas auxilia o Poder Judiciário nesse mister. Polícia auxiliar é, porém, expressão correta.

Enquanto a polícia judiciária incide de forma direta e repressiva sobre as pessoas que atentam contra as instituições e a sociedade ou agredem individualmente qualquer de seus componentes (MEIRELLES, 2006, p. 03).

Para melhor compreensão do tema abordado, é interessante analisar a definição de alguns princípios que fazem parte da estrutura administrativa, eles podem ser conceituados como sendo um conjunto de padrões de conduta presentes de forma implícita ou explícita num determinado ordenamento, de modo a trazerem consigo grande relevância já que transgredir um princípio pode ser mais grave que ir de encontro a uma norma, pois fere a todo um sistema de comandos. Não existe hierarquia entre princípios, o que deve ser observado é o caso concreto ao qual determinados princípios se aplicam e outros não, mas sempre afastada a ideia de que um venha a prevalecer sobre o outro (SILVA, 2011, p. 24).

Quando se trata de Administração Pública, é importante ressaltar que não há vontade nem liberdade pessoal, essa ideia repercute diretamente ao princípio da legalidade, ou seja, todo ato praticado pelo Estado deve estar revestido de um provimento legal, de modo que a conduta do agente público seja legítima e não ultrapasse os limites necessários para a consecução do seu fim (SILVA, 2011, pp. 23-25).

O princípio da legalidade é compreendido por muitas esferas do mundo jurídico pela seguinte definição: aquilo que a lei não veda é permitido. Porém quando se trata da esfera administrativa tem-se uma concepção inversa já que a Administração Pública está estritamente vinculada à lei, ou seja, aquilo que a lei não dispõe, a Administração deve se abster de fazer (SILVA, 2011, pp. 27-30).

Já o princípio da proporcionalidade está diretamente atrelado à ideia de que a Administração deve adotar o meio proporcional para alcançar a finalidade almejada para que os particulares tenham seus direitos atingidos na justa medida, de modo a evitar condutas abusivas ou decisões desproporcionais. De forma sintética o princípio da proporcionalidade pode ser definido pela máxima de

Jellinek, na qual: [não se abatem pardais disparando canhões] (SILVA, 2011, pp. 32-33).

Também é pertinente analisar os princípios da moralidade administrativa e da finalidade já que ambos apresentam consonância com o tema apresentado já que o agente público deve atuar com probidade e de forma objetiva durante o exercício da função.

Em relação ao princípio da moralidade administrativa, a Administração deve se pautar por padrões éticos de conduta, os valores morais abrangidos pelo princípio da moralidade seriam aqueles albergados em normas jurídicas. Em outras palavras, valores aos quais a lei deu feição jurídica (CAMMAROSANO, 2006, p. 05).

Tratando do princípio da finalidade, este princípio da direcionamento e razão de existir a própria lei, estando nela inserido. Não trata do fim último de toda a norma, que é o alcance do interesse público, mas sim do interesse específico a que a norma se propõe. Aplicar a lei, desviando-se da finalidade por ela imposta, enseja o desvio de poder ou de finalidade. (SILVA, 2011, p. 31)

A Administração Pública tem o dever de condicionar o interesse dos particulares ao interesse da coletividade, de modo que se torne harmônico o convívio em sociedade. Para defender os interesses coletivos, faz-se necessário que a Administração Pública disponha de alguns atributos ou prerrogativas, tais como:

- a) **Vinculariedade:** A Administração deverá agir conforme os limites estabelecidos em lei, mesmo que haja certo poder de escolha, essas escolhas devem estar todas condicionadas a lei de modo a evitar arbitrariedades (LAZZARINI, 2012, p. 04).
- b) **Discricionariedade:** Onde a lei deixa certa margem de liberdade de apreciação quanto ao motivo ou o objeto, devendo a Administração decidir qual o melhor momento de agir, o meio de ação adequado e qual a sanção cabível previstas na norma. Ex. alvará de autorização (LAZZARINI, 2012, p. 04).
- c) **Auto executoriedade:** É a possibilidade que tem a Administração Pública de, com os próprios meios, pôr em execução as suas decisões sem precisar recorrer previamente ao Poder Judiciário. No caso de já ter tomado uma decisão executória, a faculdade de utilizar a força pública para obrigar ao administrado cumprir sua decisão (LAZZARINI, 2012, p. 04).

- d) **Coercibilidade:** Esta medida da polícia é dotada de força coercitiva, é a imposição coativa das medidas adotadas pela Administração, para a garantia do cumprimento do ato de polícia. Essa coação está expressa nas medidas estatais auto executórias, ou seja, a coercibilidade está inserida dentro da própria auto executoriedade. Por isso, pode-se dizer que o Poder de Polícia realiza uma atividade negativa e uma positiva. Em relação à atividade negativa, diz respeito à limitação de liberdade que o particular sofre, imposição esta aplicada pela Administração. Já em relação à atividade positiva, desenvolverá uma atividade que vai conferir um benefício aos indivíduos, isoladamente ou em conjunto (LAZZARINI, 2012, p. 04).
- e) **Indelegabilidade:** Atividade típica estatal, sendo que somente o Estado pode exercer, envolvendo o exercício de prerrogativas próprias do Poder Público, como repressão, que não podem ser exercida por um particular, exceto quando este esteja investido legalmente por via de cargo público (MAIA, 2009, p. 12).

No uso da liberdade legal de valoração das atividades policiadas e na graduação das sanções aplicáveis aos infratores é que reside a discricionariedade do poder de polícia. Mas esta liberdade é relativa, uma vez que tem sua exata proporção definida por lei, e seu exercício vinculado à satisfação do interesse público. É interessante analisar que o Poder de Polícia é vinculado e discricionário ao mesmo tempo, pois seus limites de atuação são delimitados pela lei mas ao mesmo tempo a lei legitima certa liberdade por parte da polícia, dando-lhe faculdade em relação aos seus atos (CUNHA. 2011, p. 05).

Como todo e qualquer poder administrativo o Poder de Polícia tem limites, para que atue somente dentro da sua esfera, e não sejam cometidos excessos ou abusos de poder durante a prestação do serviço público. Adiante, será delineada, com detalhes a questão da discricionariedade no exercício do Poder de Polícia.

3 DISCRICIONARIEDADE E LIMITES À ATUAÇÃO DO PODER ORDENADOR

No período absolutista, o Estado-Polícia significava um poder ilimitado, valendo-se do Direito para controlar a sociedade, ordenando e coagindo, sem sujeitar-se a ele, devido a isso muitos doutrinadores optam por utilizar a

nomenclatura Poder Ordenador ou invés de Poder de Polícia (SUNDFELD, 1997, p. 09).

A legislação que pretendesse regular de antemão todos os atos da polícia seria desastrosa e impraticável. Esse arbítrio, sem dúvida, não é absoluto; movimenta-se no quadro das leis, e a polícia não deve lesionar ou violar direitos adquiridos sem que haja verdadeira necessidade (CRETELLA, 2012, p. 06).

Como toda a ação da Administração, o exercício do Poder de Polícia é submetido ao princípio da legalidade e ao controle jurisdicional, porque, se, por um lado, cabe mesmo à Administração o papel de regulamentar a atividade do particular, não há dúvida de que tal regulamentação não admite poder absoluto sobre o administrado. Os limites do poder de polícia se resumem nisto: respeito à legalidade (CRETELLA, 2012, p. 17).

A função administrativa subordina-se à lei, somente podendo ser desempenhada consoante o seu fim genérico e na órbita formada pelos limites da ordem jurídica e da situação contextual. Questiona-se o processo interpretativo como o único caminho para lhes conferir a objetividade necessária à sua aplicação. Esgotado, haveria ainda espaço para a apreciação subjetiva do administrador, ou seja, a discricionariedade (FRANÇA, 2012, p. 15).

Porém, deve-se frisar a prerrogativa da discricionariedade pois ela é essencial, já que o legislador é incapaz de conhecer previamente todas as situações de aplicação da lei. Celso Antônio Bandeira de Mello (2000, p. 48) define discricionariedade como:

[a margem de liberdade que remanesça no administrador para eleger, segundo critérios consistentes de razoabilidade, um, dentre pelo menos dois comportamentos cabíveis, perante cada caso concreto, a fim de cumprir o dever de adotar a solução mais adequada à satisfação da finalidade legal, quando por força da fluidez das expressões da lei ou da liberdade conferida no mandamento, dela não se possa extrair objetivamente uma solução unívoca para a situação vertente].

Ou seja, a discricionariedade significa uma liberdade de apreciação pela Administração Pública em relação à oportunidade e conveniência para tomar determinada medida. É um regime de liberdade vigiada, limitada pela lei. Contudo, não apenas a lei limita a atividade do Poder Público, mas os princípios que informam

todo o Estado Democrático, decorrentes implícita ou explicitamente da ordem constitucional brasileira (FAJARDO, 2015, p. 13).

A escolha pela Administração Pública não se atém somente aos ditames legais, mas a todo um conjunto principiológico que informa e sobre o qual encontra-se assentado todo o ordenamento jurídico nacional, e ao qual se submete o Poder Público. Não somente o ato discricionário praticado em desconformidade legal será eivado de nulidade, mas também toda atividade discricionária que desobedeça a qualquer um dos princípios integrantes do ordenamento jurídico, estejam eles expressos ou não (FAJARDO, 2015, p. 13).

Ao deliberar sobre as medidas a serem adotadas, principalmente quando se aborda o ato discricionário, o agente público deve pautar sua escolha não somente por critérios de conveniência e oportunidade, mas também por valores de probidade e moralidade que regem sua atuação. Por outro lado, é igualmente fundamental verificar a razoabilidade, que informa a adequação entre os meios e fins, considerando os fatos que ensejaram a decisão administrativa (FAJARDO, 2015, p. 14).

No conteúdo do ato administrativo, deve haver adequação lógica e proporção entre meios e fins. Para a validade e eficácia de um ato administrativo, é necessária a adequação entre a medida adotada e os motivos que ensejaram, fundamentaram a atuação da Administração Pública. A moralidade está relacionada com a conduta do agente em valorar e declarar os motivos reais que ensejaram sua atuação, enquanto que a razoabilidade indica adequação lógica entre eles e o conteúdo do ato (FAJARDO, 2015, p. 14).

Ao tratar sobre o panorama do poder de polícia no Direito Administrativo, Lazzarini (1995, pp. 01-02) argumenta que:

Para isso a Administração Pública tem um importante instrumento jurídico, um poder instrumental, denominado Poder de Polícia, que a autoriza a exercer os atos coercitivos necessários a fazer, quando colidentes, esse interesse geral prevalecer sobre o interesse individual. O Poder de Polícia, porém, tem barreiras que, se ultrapassadas, levam ao exercício anormal desse poder administrativo, ou seja, levam ao arbítrio, à arbitrariedade, ao abuso de poder, ao abuso de autoridade, sujeitando o agente público responsável, de qualquer dos Poderes Políticos e nível hierárquico, às sanções legais, de natureza administrativa, criminal e civil.

Partindo da premissa da vital necessidade do Poder de Polícia para manter a boa ordem da sociedade e preservar o interesse público, quando este estiver ameaçado por interesse particular, concede-se o caráter de discricionariedade para o poder de polícia, a fim de se atuar conforme os casos concretos requeiram. Uma vez que cada caso é específico, cada questão deve ser tratada a partir de sua singularidade, dotando o poder de polícia de uma atuação relativamente autônoma (CUNHA, 2011, p. 02).

Um freio eficiente para deter a arbitrariedade é atuar a luz dos princípios da legalidade e proporcionalidade agindo de forma legítima e moderada ao aplicar os atos de polícia. Moderação na verificação dos resultados de cada atitude e moderação na aplicação da coercitividade. Deve-se manter a proporcionalidade entre a infração e o ato coercitivo, para não se extrapolar os limites estabelecidos. É o caso do emprego da força quando desnecessário. Ou de não empregá-la quando imprescindível (CUNHA, 2011, pp. 03-04).

E, para que o poder de polícia não se tornasse um instrumento nocivo nas mãos de seus detentores, convencionou-se limites para tal. Limites à forma, à competência, aos fins e ao objeto, com o propósito de manter o original objetivo do poder de polícia, que acima de qualquer coisa, visa ao interesse e o bem-estar público. Limites esses que se resumem a:

- a) **Necessidade:** a medida de polícia só deve ser adotada para evitar ameaças reais ou prováveis de perturbações ao interesse público, ou seja, a polícia deve se restringir a atuar somente quando de fato for necessária sua interferência (DI PIETRO, 2002, p. 125).
- b) **Proporcionalidade/razoabilidade:** é a relação entre a limitação ao direito individual e o prejuízo a ser evitado, deve haver modicidade entre o meio empregado com o dano que se busca evitar (CARVALHO FILHO, 2009, p. 80).
- c) **Eficácia:** a medida deve ser adequada para impedir o dano a interesse público. Para ser eficaz a Administração não precisa recorrer ao Poder Judiciário para executar as suas decisões, é o que se chama de auto-executoriedade (DI PIETRO, 2002, p. 125).

Por isso mesmo, os meios diretos de coação só devem ser utilizados quando não haja outro meio eficaz para alcançar-se o mesmo objetivo, não sendo válidos

quando desproporcionais ou excessivos em relação ao interesse tutelado pela lei (DI PIETRO, 2002, p. 125).

De qualquer modo, porém, o Poder de Polícia não é ilimitado, não é anuência plena para quem exerce atividade de Administração Pública fazer ou deixar de fazer alguma coisa ao seu alvedrio, ao seu arbítrio. No prisma legal, considera-se "regular o exercício de poder de polícia quando desempenhado pelo órgão competente nos limites da lei aplicável, com observância do processo legal e, tratando-se de atividade que a lei tenha como discricionária, sem abuso ou desvio de poder" (LAZZARINI, 2012, p. 05).

Como se verifica, a norma legal impõe barreiras ou limites que devem ser intransponíveis, pois, abrigam as atividades humanas, protegendo-as contra os desmandos dos governantes e administradores, barreiras ou limites esses que são de três ordens, pelo magistério de Cretella Júnior: "os direitos dos cidadãos; as prerrogativas individuais; as liberdades públicas garantidas pelas Constituições e pelas leis." A própria liberdade de ação do órgão policial, hoje, está adstrita à sua competência legal, isto é, cada órgão policial tem o exercício do Poder de Polícia limitado à sua esfera de competência (LAZZARINI, 2012, p. 05).

A própria atividade administrativa não pode ser pensada em termos de poder, mas sim de dever de consecução da finalidade legal para satisfação do interesse público. É atividade desempenhada sempre no intuito de outrem, ainda que seja deferida, pela norma, uma margem de liberdade ao agente público. Tem o particular a garantia de que seus direitos e interesses serão respeitados em face da atuação unilateral do Estado. Assim, o ato administrativo lesivo, vinculado ou discricionário, será apreciado pelo Poder Judiciário. Tratando-se de ato vinculado, o exame pelo Poder Judiciário pautará sobre a verificação da conformidade da medida administrativa com o que foi prescrito pela norma (FAJARDO, 2015, p. 18).

Adiante, será realizada uma análise de forma detalhada sobre as questões concernentes as possíveis configurações do abuso de poder durante o exercício do Poder de Polícia.

4 POSSÍVEL CONFIGURAÇÃO DO ABUSO DE PODER

Todo agente administrativo, agente público ou político exerce poder administrativo, de que resulta a sua autoridade pública, conforme a sua investidura

legal e esfera de competência. A autoridade de um agente político ou administrativo, porém, é prerrogativa da função pública exercida, corresponda essa função a um cargo ou não. A autoridade pública, portanto, não é privilégio pessoal de quem quer que seja, pois ela está inserida nas funções do órgão público a que se integra a pessoa física do agente público, seja Chefe do Poder Executivo e seus Ministros ou Secretários, ou, então, Parlamentares, Magistrados, Membros do Ministério Público, Conselheiros dos Tribunais de Contas, Membros do Corpo Diplomático, todos como agentes políticos do Estado, como também aqueles servidores públicos, os agentes administrativos do Estado, que constituem a grande massa dos agentes públicos e têm, assim, a sua autoridade pública reconhecida de acordo com a respectiva, investidura legal (LAZZARINI, 1995, p. 02).

O agente público, ao certo, cumpre seus deveres funcionais de modo rotineiro, premido que está a assim fazê-lo pelos princípios jurídicos que informam e disciplinam as atividades da Administração Pública e, agora, com dignidade constitucional, como previsto no art. 37, *caput*, da vigente Constituição da República (LGL\1988\3) em relação aos princípios da legalidade, da moralidade administrativa, da impessoalidade e da publicidade. E isso ocorre mesmo naquelas decisões de natureza discricionária, onde a sua vontade está limitada, pois, há a barreira da legalidade, como também a decorrente dos princípios da realidade e da razoabilidade (LAZZARINI, 1995, p. 02).

Como observa Meirelles (2006, p. 112), ao tratar sobre o panorama do poder de polícia no Direito Administrativo:

O uso do poder é prerrogativa da autoridade. Mas o poder há de ser usado normalmente, sem abuso. Usar normalmente do poder é empregá-lo segundo as normas legais, a moral da instituição, a finalidade do ato e as exigências do interesse público. Abusar do poder é empregá-lo fora da lei, sem utilidade pública. O poder é confiado ao administrador público para ser usado em benefício da coletividade administrada, mas usado nos justos limites que o bem estar social exigir. A utilização desproporcional do poder, o emprego arbitrário da força, da violência contra o administrado constituem formas abusivas do poder estatal, não toleradas pelo Direito e nulificadoras dos atos que as encerram. O uso do poder é lícito; o abuso, sempre ilícito. Daí por que todo ato abusivo é nulo, por excesso ou desvio de poder.

Ou seja, quando a autoridade pública pratica ato não inserido na esfera de competência decorrente de sua investidura legal ou, então, se competente, o

elemento principal do ato tem motivos ou fins diversos daqueles objetivados pela lei ou exigidos pelo interesse público (LAZZARINI, 1995, pp. 02-03).

Ao tratar sobre abuso de poder é importante destacar que esse abuso deve estar sempre conectado aos princípios que compõem a estrutura da administração pública, já que se tais princípios não forem respeitados estará configurado um eventual abuso de poder, pois o agente administrativo só deve atuar se sua conduta estiver compatível com a lei. Nas palavras de Gabba (2007, p. 48):

Abuso de poder é o ato ou efeito de impôr a vontade de um sobre a de outro, tendo por base o exercício do poder, sem considerar as leis vigentes. Desta maneira é evidente que a palavra 'abuso' já se encontra determinada por uma forma mais subtil de poder, o poder de definir a própria definição. Assim que o abuso só é possível quando as relações de poder assim o determinam. A democracia direta é um sistema que se opõe a este tipo de atitude. O abuso de poder pode se dar em diversos níveis de poder, desde o doméstico entre os membros de uma mesma família, até aos níveis mais abrangentes. O poder exercido pode ser o econômico, político ou qualquer outra forma a partir da qual um indivíduo ou coletividade têm influência direta sobre outros. O abuso caracteriza-se pelo uso ilegal ou coercivo deste poder para atingir um determinado fim. O expoente máximo do abuso do poder é a submissão de outrem às diversas formas de escravidão.

No abuso de poder o agente público desvia a finalidade ou atua de forma imoderada ao praticar seus atos em desconformidade com a lei ou os princípios. Ressalta-se que o abuso de poder é gênero, enquanto o excesso e desvio são espécies desse gênero (VELLOSO, 2007, p. 48).

Dito isso, classifica-se o abuso em duas formas: desvio de poder e excesso de poder. No primeiro o agente administrativo atua dentro da sua competência porém distante do interesse público, enquanto no segundo o agente atua fora da sua zona de competência. Ao tratar sobre abuso de poder, Carvalho Filho (2004, p. 34) preleciona:

O desvio de poder é a modalidade de abuso em que o agente busca alcançar fim diverso daquele que a lei lhe permitiu. A finalidade da lei está sempre voltada para o interesse público. Se o agente atua em descompasso com esse fim, desvia-se de seu poder e pratica, assim, conduta ilegítima. Por isso é que tal vício é também denominado de desvio de finalidade, denominação, aliás, adotada na lei que disciplina a ação popular (Lei nº. 4.717, de 29/06/1965, art. 2º, parágrafo único, 'e').

Nos atos discricionários o desvio de poder é menos visível e justamente por isso que há dificuldade na obtenção da prova efetiva do desvio, sobretudo porque a

ilegitimidade vem camuflada sob a aparência de perfeita legalidade. Assim dispõe Mello (2008, p. 106):

Trata-se, pois, de um vício particularmente concesurável, já que se traduz em comportamento soez, insidioso. A autoridade atua embuçada em pretensão interesse público, ocultando dessarte seu malicioso desígnio. Não obstante, ainda que sem prova ostensiva, é possível extrair da conduta do agente os dados indicadores do desvio de finalidade, sobretudo à luz do objetivo que a inspirou.

Agora tratando acerca do excesso de poder, esta é a modalidade onde o agente público atua fora dos limites de sua competência administrativa, ou seja, ou o agente acaba invadindo as atribuições de outro agente ou comete o exercício de atividades que a lei não lhe concedeu (CARVALHO FILHO, 2004, p. 03).

Ao tratar sobre o excesso de poder, Medauar (2004, p. 53) argumenta que:

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

Desse modo, estas são as duas modalidades de abuso de poder (desvio de poder e excesso de poder), sendo que ambas possuem uma mesma característica: o desrespeito ao interesse coletivo. Quando atua de forma abusiva, por qualquer de suas espécies, seja desvio ou excesso de poder, o agente público submete a sua atuação a revisão administrativa e até mesmo judicial, já que o abuso de poder não pode ser compatível com as regras da legalidade. Ou seja, se for comprovado o abuso, cabe repará-lo.

Os resultados do abuso de poder pelos atos administrativos são inúmeros, com por exemplo: contamina a Administração Pública, deteriora os atos discricionários, prejudica a imagem do agente e do próprio órgão administrativo, além de ir de encontro aos princípios constitucionais da Administração Pública, danifica o erário público, deixa de atender o interesse público, dentre outros (CARVALHO FILHO, 2004, p. 05).

Na visão de Meirelles (2006, p. 214) acerca do mesmo tema:

O abuso de poder tem merecido sistemático repúdio da doutrina e da jurisprudência, e para seu combate o constituinte armou-se com o remédio heróico do mandado de segurança, cabível contra ato de qualquer autoridade (Constituição da República, art. 5º, LXIX, e Lei 1.533/51) e assegurou a toda pessoa o direito de representação contra abusos de autoridade (art. 5º, XXXIV, a), complementando esse sistema de proteção contra os excessos de poder com a Lei 4.898, de 9 dez. 1965, que pune criminalmente esses mesmos abusos de autoridade.

Apresentadas as doutrinas sobre o tema, serão analisadas Jurisprudências coletadas nos Tribunais que tratam do assunto. Nesse mesmo sentido, um julgado do Tribunal de Justiça da Bahia em sede de reexame necessário, onde um órgão público utilizando o Poder de Polícia Administrativa atua de forma ilegal e abusiva gerando dano a um particular que em resposta impetra um mandado de segurança, tendo como resultado a unanimidade dos votos a favor do administrado. Segue um dos votos que foi proferido pelo Des. José Olegário Monção Caldas:

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. REEXAME NECESSÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. APREENSÃO DE VEÍCULO. LIBERAÇÃO CONDICIONADA AO PAGAMENTO DE MULTA. EXTRAPOLAÇÃO DOS LIMITES AO PODER DE POLÍCIA EXERCIDO PELA AGERBA.

Acordam os Desembargadores integrantes da Quarta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, **à unanimidade**, em confirma a sentença em reexame necessário, pelas razões explicitadas abaixo.

Voto: Merece confirmação a sentença em reexame. Os documentos carreados aos autos demonstram a liquidez e certeza do direito invocado pelo recorrido, em parte, como decido no juízo *a quo*. Tal conclusão também se chega através das alegações do impetrante de que vem sofrendo o cerceamento do seu direito de propriedade em virtude de atuação arbitrária dos agentes da AGERBA..

Em tal situação durante uma atuação da AGERBA que é uma agência reguladora de transportes e energia do Estado da Bahia o administrado foi privado do seu direito de circular livremente com veículo de sua propriedade. A ação fiscalizadora da AGERBA em relação ao transporte intermunicipal de passageiros é legítima e necessária até pelo próprio bem da coletividade que utiliza tal serviço. Porém, essa fiscalização tem limites no direito constitucional atribuído aqueles que são proprietários de veículos automotores de não serem privados da sua posse, principalmente se nenhuma irregularidade for encontrada.

A determinação de desembarque de passageiros e imposição de que o veículo apreendido somente será liberado após a correspondente comprovação do recolhimento aos cofres da AGERBA, da multa e demais despesas decorrentes da ação de apreensão, vai de encontro ao direito acima referido, ferindo, também, o princípio da legalidade. Pelos fatos trazidos à análise, conclui-se que outra opção não restou ao impetrante senão recorrer ao Judiciário, através do presente mandado de segurança, a fim de resguardar o seu direito. Por tais fundamentos, voto no sentido de confirmar a sentença em reexame necessário pelos seus próprios fundamentos e pelos aqui expostos.

Aqui fica evidente o desvio de finalidade, pois a despesa pública é financiada com a arrecadação dos tributos. Ou seja, as multas administrativas tem o intuito de disciplinar determinadas atividades, reprimindo condutas antissociais. Ocorre desvio de poder a partir do momento que as multas se transformam em intermédios para a arrecadação de recursos para o Tesouro, dada a sua desproporção em face do ato infracional. Além de que fere os princípios constitucionais da razoabilidade e da proporcionalidade fixar multa incompatível com o caso concreto.

Agora segue uma apelação feita pelo município do Recife no Tribunal de Justiça de Pernambuco, onde o município cometeu abuso de poder ao demolir um muro de propriedade do administrado sem realizar o devido procedimento para que o ato fosse legítimo, em consequência disso o apelo foi improvido conforme relatoria do Des. Alfredo Sérgio Magalhães Jambo:

APELAÇÃO CÍVEL. LICENÇA PARA CONSTRUÇÃO DE MURO DE ALINHAMENTO. NEGATIVA DA PREFEITURA. DEMOLIÇÃO. COMPROVAÇÃO DA PROPRIEDADE. ABUSO DE PODER DO MUNICÍPIO. APELO IMPROVIDO. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA.

1 - Os autores que adquiriram um imóvel devidamente registrado no 4º Ofício de Imóveis da Capital e que munidos do "alvará de serviços sem reforma da edificação para construção do muro divisório", iniciaram os procedimentos de limpeza e fundação do muro do terreno.

2 - Afirmam que, após o início da construção foram sucessivamente surpreendidos com fiscalizações por parte da Prefeitura sob o argumento de que a obra estaria irregular, comparecendo inúmeras vezes à Regional recebendo orientações desencontradas até que culminou com a demolição do muro em 25.02.2011.

3 - O Município apelante alega que a área em que está situado o terreno em questão seria um loteamento irregular, o que por si só já obstaría o registro do referido lote e que a despeito disso pretende construir naquela área, uma "Unidade de Saúde da Família - USF. Ressalta que o muro construído anteriormente teria desrespeitado o alinhamento indicado pelo Município.

4 - Diante das provas carreadas aos autos, não restam dúvidas quanto à legitimidade da propriedade dos apelados sobre o imóvel em questão não havendo qualquer argumento idôneo por parte do município capaz de infirmar o direito dos autores.

5 - Percebe-se nitidamente que o Município alega diversos fatos impeditivos desconexos e sem qualquer comprovação. Hora afirma que o referido terreno estaria dentro de um loteamento irregular, hora, que seria objeto de futura desapropriação para edificação de uma Unidade de Saúde da Família - USF.

A partir do momento que o Estado alega fatos sem demonstrar um arcabouço probatório suficiente para sustentar sua alegação este está agindo com má-fé e de forma arbitrária o que vai de encontro ao princípio da moralidade e da legalidade, cabendo aquele que se sentir lesado buscar as autoridades competentes para que seja feita a restituição do seu dano e efetivado o seu direito.

6 - De toda sorte, caso o município realmente pretenda tal desapropriação, deve promover o competente processo pagando indenização justa, que corresponda ao real valor do bem expropriado, garantindo o devido processo legal e a ampla defesa às partes.

7 - Apelo improvido, mantendo-se in totum a sentença de primeiro grau.

(TJ-PE - APL: 3102876 PE, Relator: Alfredo Sérgio Magalhães Jambo, Data de Julgamento: 07/04/2015, 3ª Câmara de Direito Público, Data de Publicação: 14/04/2015)

E por fim tem-se uma apelação cível do município de Teresina no Tribunal de Justiça do Piauí recorrendo da condenação por danos morais anteriormente aplicada, que foi ajuizada por uma administrada que teve seus direitos violados ao ser a única expulsa do seu local de trabalho sem prévia comunicação e nem chance para regularizar a situação do seu estabelecimento sendo que no local haviam outros proprietários que se encontravam na mesma circunstância. O município teve o apelo improvido conforme relatoria do Des. Fernando Lopes e Silva Neto:

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO ADMINISTRATIVO - RESPONSABILIDADE CIVIL DO MUNICÍPIO. ABUSO DO PODER DE POLÍCIA. PROVA DA CULPA - ÔNUS DO ENTE PÚBLICO - INEXISTÊNCIA DE CULPA EXCLUSIVA DA VÍTIMA - APLICAÇÃO DA TEORIA DA RESPONSABILIDADE OBJETIVA - DANO MORAL CONFIGURADO - INDENIZAÇÃO QUE SE IMPÕE - QUANTUM INDENIZATÓRIO ARBITRADO DE ACORDO COM O PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE - CONHECIMENTO E IMPROVIMENTO DO RECURSO.

I Â- In casu, ao expulsar apenas a apelada de seu local de trabalho, sem prévia Notificação e sem dar-lhe a oportunidade de proceder

com a regularização de seu estabelecimento, não obstante a situação de irregularidade ser comum a todos que ali se encontravam, o Município agiu com flagrante abuso de poder, violando os princípios da isonomia e da proporcionalidade, bem como do devido processo legal, contraditório e da ampla defesa, causando, em consequência, sérios constrangimentos à apelada.

II - A responsabilidade do Município na presente hipótese é objetiva, independentemente de prova de culpa, nos termos do artigo 37, § 6º, da Constituição Federal, sendo suficiente para o reconhecimento do dever de indenizar a ocorrência do dano, a autoria e o nexo causal.

III - O fato narrado acarreta dano moral indenizável, pois, indubitavelmente, a parte apelada suportou prejuízos de toda ordem, uma vez que, de forma abusiva e ilegal, fora obrigada a sair do seu local de trabalho, perdendo, assim, sua única fonte de renda.

IV - Quantum indenizatório arbitrado de acordo com o princípio da razoabilidade e proporcionalidade, devendo ser mantido.

V - Recurso conhecido e improvido.

(TJPI | Apelação Cível Nº 2013.0001.008238-2 | Relator: Des. Fernando Lopes e Silva Neto | 4ª Câmara Especializada Cível | Data de Julgamento: 24/06/2014)

Fica evidente que o município agiu de forma abusiva ao expulsar somente a apelada de seu estabelecimento, não atuando de forma impessoal e nem proporcional, além de não respeitar os princípios de contraditório, ampla defesa e devido processo legal já que a administrada não teve oportunidade para regularizar sua atual situação e muito menos recebeu prévia comunicação dos atos do município.

Após analisadas as jurisprudências supracitadas fica nítido que o abuso de poder é um problema que não atinge somente a determinado grupo isolado ou localidade específica, mas que qualquer um está sujeito a tal situação. Por isso é de grande relevância que toda a coletividade tenha conhecimento dos seus direitos e dos mecanismos a que deve recorrer quando se sinta lesionada.

Quando o prejudicado for a sociedade em geral ou o próprio patrimônio público, o Ministério Público terá legitimidade para ajuizar a demanda judicial, já que é o órgão encarregado da defesa do regime democrático, dos interesses sociais e individuais indisponíveis e ordem jurídica, devendo nesse caso ser ajuizada ação civil pública contra os responsáveis pela prática abusiva (DI PIETRO, 2003, p. 04).

Caso o particular seja o único prejudicado, pode o mesmo valer-se do mandado de segurança pela via judicial, de modo que o ato abusivo praticado pela Administração Pública seja suspenso, para que após seja invalidado e/ou reparado,

devendo o Estado ser responsabilizado por qualquer lesão patrimonial ou moral que venha a produzir contra terceiros (DI PIETRO, 2003, p. 04).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Administração Pública comporta dentro das suas prerrogativas a competência para exercer o Poder Público, sendo assim esse poder é intransmissível a qualquer ente privado, seja ele pessoa jurídica de direito privado ou pessoa natural. Dito isso, o Poder de Polícia é essencial para que seja mantida a boa ordem no convívio em sociedade de modo a zelar pelo interesse da coletividade, porém como não é possível prever todas as situações lhe é concedido um caráter discricionário para que assim possa atuar em conformidade com o que o caso concreto possa exigir. De forma objetiva o Poder de Polícia trata de uma atividade administrativa que limita ou disciplina interesses ou liberdades individuais, atua como um regulador que visa alcançar o interesse público.

Esse Poder de Polícia deve ser externado e aplicado através da ação dos agentes que compõem a estrutura administrativa, ficando claro que a principal motivação para a atuação do agente deve ser o interesse público e não o seu interesse pessoal, ou seja, os atos exercidos pelos agentes públicos devem emanar do órgão estatal visando o bem estar da coletividade. Fatos que nem sempre ocorrem como foram analisados nos três julgados anteriores, ou quando ocorrem demonstram vícios de ilegalidade, já que o agente mesmo quando buscou o bem coletivo acabou por não respeitar princípios necessários para a sua efetivação.

O ato de polícia deve ser autêntico, efetivo e razoável de modo a legitimar o Poder de Polícia da Administração Pública. O ato da polícia se tornará ilegítimo quando praticado com desvio de finalidade ou excesso de poder, isto é, de forma arbitrária e abusiva, pois estará indo de encontro ao princípio da legalidade.

Qualquer das modalidades de abuso de poder (excesso de poder e desvio de poder) não necessitará de uma revisão judicial por parte do Poder Judiciário se a própria Administração Pública, ao fiscalizar-se, colocar em prática outros dois poderes administrativos que fazem parte da sua estrutura: o Poder Disciplinar e o Poder Hierárquico. Restando assim ao administrado que se sinta prejudicado recorrer ao órgão judiciário competente, para que este, através dos mecanismos oferecidos pela lei realize o devido controle jurisdicional do ato de polícia.

Referências:

BRASIL. **Código Tributário Nacional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CAMMAROSANO, Márcio. **O princípio constitucional da moralidade e o exercício da função administrativa**. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 21. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris: 2009.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2004.

CRETELLA, José. **Polícia e poder de polícia**. Disponível em: <www.revistadostribunais.com.br>. Acesso em: 20/10/2017.

CUNHA, Anne Clarissa Fernandes de Almeida. **Poder de polícia: Discricionariedade e limites**. Disponível em: <www.ambito-juridico.com.br>. Acesso em: 27/10/2017.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2002.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

FAJARDO, Maíra Costa Val. **Controle dos Atos Administrativos Discricionários**. Disponível em: <www.ambito-juridico.com.br>. Acesso em: 07/11/2017.

FRANÇA, Vladimir da Rocha. **Fundamentos da discricionariedade administrativa**. Disponível em: <www.revistadostribunais.com.br>. Acesso em: 07/11/2017.

LAZZARINI, Alvaro. **Abuso de poder x poder de polícia**. Disponível em: <www.revistadostribunais.com.br>. Acesso em: 20/10/2017.

LIMA, Rogério Silva. **O princípio da proporcionalidade e o abuso de poder no exercício do poder de polícia administrativa**. Disponível em: <www.revistadostribunais.com.br>. Acesso em: 27/10/2017.

MAIA, Juliana. **Parcerias público-privadas: limites a realização da concessão administrativa para construção e administração de presídios no Brasil.**

Disponível em: <www.revistadotribunais.com.br>. Acesso em: 20/10/2017

MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno.** 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro.** 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Polícia de manutenção da ordem pública e suas atribuições.** Disponível em <www.revistadotribunais.com.br>. Acesso em: 31/10/2017

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Anulação do ato administrativo por desvio de poder.** São Paulo: Malheiros, 2008.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discricionariedade e Controle Jurisdicional.** São Paulo: Malheiros, 2000, p. 48.

SILVA, Viviane Vieira da. **A omissão no poder de polícia.** Belo Horizonte: Fórum 2011.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo Ordenador.** São Paulo Malheiros, 1997.

TÁCITO, Caio. **O poder de polícia e seus limites.** Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v.27, p.18, jan/mar. 1952.

VELLOSO, Gabba. **Desvio de poder: jurisprudência e aplicação prática.** São Paulo: Malheiros, 2007.

Bahia, Tribunal de Justiça, Quarta Câmara Cível. **Reexame necessário n.º 0006306-60.2007.8.05.0022.** Relator: Des. José Olegário Monção Caldas. Barreiras, 18 de dezembro de 2012. Data de publicação: 06/08/2013.

Piauí, Tribunal de Justiça, Quarta Câmara Especializada Cível. **Apelação cível n.º 201300010082382**. Relator: Des. Fernando Lopes Silva e Neto. Teresina, 24 de junho de 2014. Data de publicação: 24/06/2014.

Pernambuco, Tribunal de Justiça, Terceira Câmara de Direito Público. **Apelação cível n.º 3102876**. Relator: Des. Alfredo Sérgio Magalhães Jambo. Recife, 7 de abril de 2015. Data de publicação: 14/04/2015.

