

O PODER DE POLÍCIA E O ABUSO DE PODER

Silvia Lorena Figueiredo Fernandes¹

Leonardo de Medeiros Júnior²

RESUMO

Busca-se com o presente trabalho científico analisar como é usado o denominado poder de polícia na Administração Pública. Objetiva-se, ainda, explicar porque ele é chamado de “Ciclo de polícia”, informar a competência do poder de polícia entre os entes federativos, em face do princípio da predominância do interesse, mostrar seus meios de atuação, seus limites, as sanções, quando se age com abuso de poder, excesso de poder, e desvio de poder, tratar também do poder de polícia (em sentido estrito) mostrando que o poder de polícia pode ser repressivo e preventivo. Feita uma introdução resumida abordando o poder de polícia, daria ênfase ao chamado ciclo de polícia mostrando suas fases e analisando a problemática acerca da possibilidade, ou não, de o exercício de poder de polícia ser delegado a entidades integrantes da administração pública que possuam personalidade jurídica de direito privado. A doutrina majoritária é pela invalidade de tal delegação. Afirma-se que o exercício de atividades de polícia tem fundamento no poder de império e que este não pode ser exercido por nenhuma pessoa que tenha personalidade jurídica de direito privado, nem mesmo se for uma entidade integrante da administração pública.

Palavras-chave: Poder de Polícia. Ciclo de polícia. Abuso de poder. Competência. Administração pública. Personalidade jurídica de direito privado.

THE POLICE POWER AND THE ABUSE OF POWER

ABSTRACT

The aim is to show how it is used the police power in public administration. Explain why it is also called "Circle of police," inform the competence of the police power of the federal entities, given the predominance of the principle of interest,

¹ Acadêmica do Curso de Direito da Faculdade Natalense para o Desenvolvimento do Rio Grande do Norte – FARN. E-mail: silminha_lorena@hotmail.com

² Professor Orientador do Curso de Direito da Faculdade Natalense para o Desenvolvimento do Rio Grande do Norte – FARN. E-mail: leonardomedeiros@tjrn.jus.br

to show their means of action, its limits, sanctions, when it acts with abuse of power, abuse of power and misuse of power, to deal also with the police power (strictly) showing that

the police power can be repressive and preventive. Made a brief introduction discussing the police power, underlined the police show called cycle phases and analyzing the problem about the possibility or not the exercise of police power be delegated to members of government entities that have legal personality private law. The doctrine of majority is the revocation of such delegation. It is said that the exercise of police activities relies on the power of empire and that this can not be exercised by any person who has legal personality under private law, even if an entity within the public administration.

Keywords: Police Power. Cycle police. Abuse of power. Competence. Public administration. Legal status of private law.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objetivo discutir sobre o poder de polícia e o abuso de seu uso. Embora seja um tema razoavelmente consagrado no direito administrativo e seja tratado pelos Tribunais pátrios como algo consabido, para os doutrinadores não é um tema de grande relevância, tendo em vista que não é tratado com tanta evidência nas obras.

O “poder de polícia” segundo MEIRELLES (2008) “é a faculdade de que dispõe a Administração Pública para condicionar e restringir o uso e gozo de bens, atividades e direitos individuais, em benefício da coletividade ou do próprio estado”.

Desta forma, a Administração exerce seu poder de polícia sobre todas as atividades que possam, direta ou indiretamente, afetar os interesses da coletividade.

O conceito legal de poder de polícia encontra-se previsto no artigo 78 do Código Tributário Nacional (CTN), sendo aquele um ato administrativo e como todo e qualquer ato administrativo, deve obediência à letra da lei, regendo assim à administração pública.

Contudo, assim como toda norma tem sua limitação, o poder de polícia encontra seu limite no princípio da legalidade, o qual está elencado no artigo 5º, inciso II, da Constituição Federal de 1988.

Assim, quando o uso do poder ultrapassa os limites legais, configura-se o abuso do poder de polícia. O qual é bem definido pelo professor Hely Lopes Meirelles em sua obra: “O abuso de poder ocorre quando a autoridade, embora competente para praticar o abuso, ultrapassa os limites de suas atribuições ou se desvia das finalidades administrativas”. (MEIRELLES, 2007).

O abuso do poder de polícia pode ocorrer por duas causas, em detrimento da ação do agente fora dos limites de sua competência (excesso de poder) ou quando a ação do agente, embora dentro de sua competência, afastada do interesse público (desvio de poder).

Diante do exposto, a discussão se dará acerca das limitações do poder de polícia, mostrando os meios de atuação, sanções, condições de validade, características do Poder de Polícia e o abuso de poder. Apresentando sua importância no direito administrativo brasileiro.

2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA

A evolução do poder de polícia se deu no momento em que o homem passou a viver em sociedade, para isso, foi necessário que surgissem normas e regulamentos para o bem estar social. O uso da liberdade da propriedade deveria estar em harmonia com a utilidade coletiva para que os objetivos públicos não sofressem implicações.

Diante disso os direitos individuais foram condicionados nas leis e quando esta não especificava, deixava a critério da administração pública tomar conta da situação. Foi necessária a criação de diversos órgãos para que a administração pública exercesse efetivamente suas atribuições.

Sendo um dos órgãos responsáveis pela limitação do direito individual em prol do bem-estar social, este que ficou como poder de polícia.

A palavra polícia surgiu através do latim “politia” e do grego “politea”, e está intimamente ligada como o termo política ao vocabulário “polis”.

A polícia começa a ser vista como uma parte integrante da administração, tendo como objetivo manter a ordem, a tranquilidade e a salubridade públicas.

A Constituição Federal de 1824 em seu artigo 169 atribuiu as funções municipais das câmaras e a formação de suas posturas policiais à lei de 1º de outubro de 1828 com o título “posturas policiais”. É a partir desse momento que o ordenamento brasileiro passa a utilizar a expressão poder de polícia para definir o poder da administração em restringir os direitos individuais e satisfazer assim o bem estar da coletividade.

3 O PODER DE POLÍCIA

Por não ser apresentado no direito brasileiro com um conceito unânime, o poder de polícia, diante dos vários aspectos e as formas pode ser exposto com vários conceitos:

Cooley (1903) apresenta este conceito:

O Poder de Policia (police power), em seu sentido amplo, compreende um sistema total de regulamentação interna, pelo qual o Estado busca não só preservar a ordem pública senão também estabelecer para a vida de relações do cidadão àquelas regras de boa conduta e de boa vizinhança que se supõem necessárias para evitar conflito de direitos e para garantir a cada um o gozo ininterrupto de seu próprio direito, até onde for razoavelmente compatível com o direito dos demais.

A opinião Diogo de Figueiredo Moreira Neto:

Poder de polícia é a atividade administrativa que tem por objeto limitar e condicionar o exercício de direitos fundamentais, compatibilizando-os com interesses públicos legalmente definidos, com o fim de permitir uma convivência ordeira e valiosa (1999: 220).

Já para o professor Celso Antônio Bandeira de Mello (2006:787):

[...]a atividade da Administração Pública, expressa em atos normativos ou concretos, de condicionar, com fundamento em sua supremacia geral e na forma da lei, a liberdade e a propriedade dos indivíduos, mediante ação ora fiscalizadora, ora preventiva, ora repressiva, impondo coercitivamente aos particulares um dever de abstenção (non facere) a fim de conformar-lhes os comportamentos aos interesses sociais consagrados no sistema normativo.

O poder de polícia está definido no artigo 78 do Código Tributário Nacional, o qual reza:

“Art. 78. Considera-se poder de polícia atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou a 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.”

Na visão do professor Marcelo Alexandrino de Alencar, a redação constante no artigo 78, no Código Tributário Nacional, por ser extensa, acaba atrapalhando a compreensão. Assim, de uma forma mais sintética temos a seguinte definição: “poder de que dispõe à

Administração Pública para, na forma da lei, condicionar ou restringir o uso de bens, o exercício de direito e a prática de atividades privadas, visando a proteger os interesses gerais na coletividade”.

Dessa maneira, tem-se que o poder de polícia é exercido por todos os entes da Federação, tendo em vista que o Princípio da Predominância do Interesse para o doutrinador Hely Lopes Meirelles prevalece nos seguintes aspectos: “os assuntos de interesse nacional ficam sujeitos à regulamentação e policiamento da União; as matérias de interesse regional sujeitam-se às normas e à polícia estadual; e os assuntos de interesse local subordinam-se aos regulamentos edilícios e ao policiamento administrativo municipal”.

O ciclo de polícia entra em conflito mediante dois aspectos: de um lado tem-se o cidadão que deseja exercer sua liberdade e seus direitos exacerbadamente. De um outro lado, está a administração pública, o Estado – este tem como objetivo restringir esses direitos em prol do bem estar da coletividade. Sobre o relevante tema, Maria Sylvia Zanella Di Pietro disserta que:

“Quanto ao objeto, ou seja, quanto ao meio de ação, a autoridade sofre limitações, mesmo quando a lei lhe dê várias alternativas possíveis. Tem aqui a aplicação de um princípio de direito administrativo, a saber, o da proporcionalidade dos meios aos fins; isto equivale a dizer que o poder de polícia não deve ir além do necessário para a satisfação do interesse público que visa proteger; a sua finalidade não é destruir os direitos individuais, mas, ao contrario, assegurar o seu exercício, condicionando-o ao bem-estar social; só poderá reduzi-los quando em conflito com interesses maiores da coletividade e na medida estritamente necessária à consecução dos fins estatais.”

A Constituição Federal de 1988 garante as liberdades individuais, mas também tem o dever de limitar, ou seja, “tudo aquilo que é juridicamente garantido é também juridicamente limitado”. (ZANOBINI, 1968, v. 4:191).

4 POLÍCIA ADMINISTRATIVA E POLÍCIA JUDICIÁRIA

O poder de polícia foi dividido em dois segmentos: a Polícia Administrativa e a Polícia Judiciária. Ambas ocupam lugar no âmbito da função administrativa, ou seja, representam atividades de gestão de interesse público.

A polícia Administrativa é atividade da Administração que se completa em si mesma, ela começa e se exaure na esfera da função administrativa. Ela recai sobre as atividades do indivíduo seu caráter é mais fiscalizador, tem um aspecto multiforme, sendo tal atividade simplesmente discricionária. Resumidamente pode-se dizer que a polícia administrativa propõe-se a salvaguardar os seguintes valores: a) De segurança pública; b) De ordem pública; c) De tranquilidade pública; d) De higiene e de saúde públicas; e) Estéticos e artísticos; f) Históricos e paisagísticos; g) Riquezas naturais; h) De moralidade pública; e i) Economia popular.

A Polícia Judiciária também é atividade administrativa, esta prepara a atuação da função jurisdicional penal, a qual é regulada pelo Código de Processo Penal e executada pelos órgãos de segurança. A mesma incide preordenando o indivíduo em si, ou seja, a quem é atribuído o cometimento do ilícito penal. Seu objetivo principal é a investigação de delitos ocorridos, agindo como auxiliar do Poder Judiciário.

De acordo com Lazzarini (Álvaro):

A linha de diferenciação está na ocorrência ou não do ilícito penal. Com efeito, quando atua na área do ilícito puramente administrativo (preventiva ou repressivamente), a polícia é administrativa. Quando o ilícito penal é praticado, é a polícia judiciária que age. (in RJTJ-SP, v. 98:20-25).

A primeira se rege pelo direito administrativo, recaindo sobre bens, direitos ou atividades. A segunda, pelo direito processual penal, incidindo sobre pessoas. Nas duas situações a sua função é impedir que o comportamento do indivíduo cause prejuízos para a coletividade.

A polícia Administrativa pode agir preventivamente ou repressivamente. Age preventivamente por meio de normas limitadoras ou sancionadoras da conduta dos que utilizam bens ou exerçam atividades que possam afetar o bem estar da coletividade, outorgando alvarás aos particulares que cumpram as condições e os requisitos que são de fundamental importância para usufruir da propriedade e o exercício das atividades que devam ficar sob observações.

O alvará poderá ser de licença ou de autorização. Licença é ato administrativo vinculado, pelo qual a administração reconhece que o particular preenche as condições para seu gozo, o particular possui direito subjetivo. A autorização é ato administrativo discricionário em que predomina o interesse do particular. A forma repressiva consiste na fiscalização de atividades e bem sujeitos ao controle da Administração.

5 CARACTERÍSTICAS DO PODER DE POLÍCIA

São características do exercício regular do Poder de Polícia: a) A discricionariedade; b) A auto-executoriedade; e c) A coercibilidade.

A discricionariedade diz respeito a uma liberdade de atuação quanto aos atos praticados pela administração. Cabendo a ela escolher quando é conveniente e oportuna à sua prática, escolhendo o motivo dentro dos limites estabelecidos em lei.

A finalidade de todo ato administrativo, assim como do poder de polícia é requisito sempre vinculado, pois visa sempre o interesse da coletividade. Dentro dos critérios de oportunidade e conveniência que a administração pode escolher, fica ao seu critério determinar as atividades que ela irá fiscalizar em um determinado período, dentro das limitações previamente instituídas em lei, bem como às sanções devem ser de acordo com a atividade desenvolvida.

A discricionariedade é regra no exercício do poder de polícia, porém nada impede que a lei dê, a determinados atos e fatos, total vinculação de atuação administrativa a seus preceitos.

De acordo com as palavras de DEBBASCH, a Administração pode tomar, ***sponte sua***, ou seja, a administração faz jus a praticar atos e colocá-los imediatamente em execução, sem ser necessária qualquer manifestação judicial, assim estando diante da auto-executoriedade.

A auto-executoriedade é imposta tanto à restrição de caráter geral, como também a de caráter individual. Vale salientar que ela também pode agir independente de autorização de qualquer poder. Porém, isto só é possível se a lei autorizar que o administrador haja de forma imediata.

Esta característica em questão é um aspecto do poder de polícia presente principalmente nos atos repressivos de polícia. Não são todos os atos de polícia que gozam da

auto-executoriedade, como exemplo podemos citar a cobrança de multas, quando resistida pelo particular. No caso em questão, a imposição da multa é um ato imperativo e decorrente do exercício do poder de polícia. Porém sua execução só pode ser exigida mediante via judicial.

No que diz respeito à coercibilidade esta é a possibilidade que a administração tem de adotar medidas de coação ao administrado, sendo possível o uso de força. Em caso de resistência a administração pode utilizar força pública para garantir o seu efetivo cumprimento.

A doutrina aponta diferenças entre a auto-executoriedade e a coercibilidade, no entanto não existe uma relevante diferenciação entre eles. Tendo em vista que na maioria das vezes são tratados como sinônimos. Veja-se o entendimento de ZANELA DI PIETRO (Maria Sylvia):

“A coercibilidade é indissociável da auto-executoriedade. O ato de polícia só é auto-executório porque dotado de força coercitiva. Aliás, a auto-executoriedade, tal como conceituamos não se distingue da coercibilidade, definida por Hely Lopes Meirelles como ‘a imposição coativa das medidas adotadas pela administração’.”

É válido ressaltar que nem todos os atos de polícia gozam de auto-executoriedade e coercibilidade. Como por exemplo a exigência da obtenção de licenças e a cobrança de multa não paga espontaneamente pelo particular.

6 PODER DE POLÍCIA EM SENTIDO ESTRITO E AMPLO

No que concerne o poder de polícia em sentido estrito este é intrínseco à atividade administrativa. A administração pública tem o poder de exercer o poder de polícia sobre todas as circunstâncias particulares de que direta ou indiretamente afetem o interesse da coletividade. Em seu sentido estrito ele é desempenhado por diversos órgãos e entidades administrativas e não apenas por uma única unidade específica, atuando em todos os níveis da federação.

O poder de polícia em sentido amplo diante das diversas situações que integra, deu origem ao chamado ciclo de polícia. O ciclo de polícia se desenvolve em quatro fases: A ordem de polícia, o consentimento de polícia, a fiscalização de polícia e a sanção de polícia.

A ordem de polícia diz respeito à legislação que cria limites ao exercício de atividades privadas e uso dos bens. Ela deve estar presente na fase inicial do ciclo de polícia. Com base no princípio da legalidade, a ordem de polícia estará inserida em uma lei a qual poderá ser regulamentada por atos normativos infralegais, com o objetivo de permitir sua correta observância da lei pelos administrados e sua devida aplicação pela administração.

O consentimento de polícia corresponde à devida anuência prévia da administração quando é exigida para a prática de atividades privadas ou para exercer determinado poder relativos à propriedade privada.

Essa anuência se concretiza com as denominadas licenças e autorizações dadas pela administração. É importante ressaltar que a fase de consentimento não está presente em qualquer ciclo de polícia.

À atividade em que a administração pública analisa se o cumprimento das ordens de polícia realizadas pelo particular está correto, é a chamada fiscalização de polícia. Verifica-se concedida àquela atividade mediante a licença ou autorização.

Por fim, tem-se a sanção de polícia, esta é uma atuação administrativa coercitiva na qual a administração verifica se a atividade privada desenvolvida fere a ordem de polícia.

É importante deixar claro que diante das quatro fases do ciclo de polícia apenas a “ordem de polícia” e de “fiscalização de polícia” devem estar presentes em todo e qualquer ciclo de polícia de forma obrigatória.

Essa classificação doutrinária das fases do exercício do poder de polícia “ciclo de polícia”, por força de uma decisão do Supremo Tribunal de Justiça passa a ter uma grande relevância prática. Devido o STJ ter utilizado a expressão “ciclo de polícia” para determinar as atividades cabíveis ao poder de polícia que afirmou mediante essa corte, poder ser objeto de delegação.

7 LIMITES, SANÇÕES E CONDIÇÕES DE VALIDADE

A discricionariedade que o poder de polícia da administração possui não é ilimitada. O meio de atuação da polícia administrativa só poderá ser legítimo se esta respeitar os direitos fundamentais contidos na Constituição de 1988.

Deve haver um consenso entre o interesse da coletividade e o interesse do cidadão. Ambos elencados na Carta Magna Brasileira. Diante da atuação da administração, caso esta

aja ferindo os direitos individuais do cidadão configurar-se-á o abuso de poder e conseqüentemente caberá ao poder judiciário essa correção.

O princípio da proporcionalidade traz a idéia de que deve haver uma adequação da restrição que a administração irá impor com o benefício que será dado à coletividade. Não é possível a imposição de uma restrição a um direito individual sem que haja benefício ao interesse coletivo. Sendo inválido o fundamento do interesse público por ferir o Princípio da Proporcionalidade.

O Professor José Carvalho dos Santos Filho leciona que:

“se a conduta administrativa é desproporcional, a conclusão inevitável é a de que um ou alguns indivíduos estão sendo prejudicados por excesso de poder, relevando-se ausente o verdadeiro interesse coletivo a ser perseguido e configurando-se, sem dúvida, ilegalidade que merece correção”.

De acordo com Regis Fernandes de Oliveira, em sua obra *Infrações e Sanções Administrativas*: entende-se por sanção administrativa o ato punitivo que o ordenamento jurídico prevê como resultado de uma infração administrativa suscetível de ser aplicada por órgãos de administração.

As sanções aplicadas pelas mais variadas leis administrativas são bem diversificadas. Vale salientar que o poder de polícia incide tanto sobre atividades quanto sobre bens. Assim, deixando claro que não existe sanção de polícia administrativa que acarrete a detenção ou reclusão de pessoas.

Dentre as sanções cabíveis, estão: imposição de multas administrativas, interdição de estabelecimentos comerciais, suspensão do exercício de direitos, demolição de construções irregulares, embargo administrativo de obra, destruição de gêneros alimentícios impróprios para o consumo e apreensão de mercadorias irregularmente entradas no território nacional.

Deve ser lembrado que as sanções impostas pela polícia administrativa tem que ser aplicadas em observância ao devido processo legal para que seja permitido ao particular o direito à ampla defesa, princípio este constitucionalmente estabelecido (CF, art. 5º, LIV e LV).

8 MEIOS DE ATUAÇÃO DO PODER DE POLÍCIA

O poder de polícia administrativo foi dividido pela doutrina em dois grupos: o poder de polícia originário e o poder de polícia delegado.

O primeiro é exercido pela administração direta, as pessoas políticas do Estado (União, Estado, Distrito Federal e Municípios). Já o segundo é aquele executado pelas pessoas administrativas do Estado, as integrantes da administração indireta. Ele recebe esta denominação de delegado, devido receber esse poder da Administração Indireta por delegação legal (outorga) da entidade estatal a que pertence. Ou seja, o emprego do vocábulo delegado, é tratado como a descentralização por outorga legal, não se referindo a descentralização por colaboração. Por colaboração diz respeito a transferência a particulares, não sendo mediante lei, mas por meio de contrato administrativo, sem ter nada a ver com a esfera do poder de polícia.

Existe uma controvérsia no tema em questão, com relação à possibilidade de pessoas jurídicas de direito privado que integram a administração pública receberem da lei obrigações cujo seu exercício tenha como fundamento principal o poder de polícia. São pessoas jurídicas de direito privado da administração pública: As empresas públicas, as sociedades de economia mista, as fundações públicas instituídas com personalidade jurídica de direito privado.

O professor Marcelo Alexandrino de Alencar, afirma não existir controvérsia, no que diz respeito à lei atribuir delegação de exercício do poder de polícia administrativa a pessoas jurídicas de direito público – autarquias e fundações de direito público. Já em relação à delegação do poder de polícia ser atribuída a pessoas privadas, instituídas por iniciativa privada, existe uma posição minoritária que considera válida, ainda que por força de lei. A posição majoritária da doutrina, não admite a delegação do poder de polícia a pessoas de iniciativa privada, mesmo que essas ainda sejam prestadoras de serviço em que o Estado seja titular, devido o poder de império ser próprio e privativo do poder público.

Como exemplo de decisão relacionada ao tema, o Supremo Tribunal Federal decidiu que o exercício do poder de polícia não pode ser delegado a entidades privadas:

EMENTA: DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 58 E SEUS PARÁGRAFOS DA LEI FEDERAL Nº 9.649, DE 27.05.1998, QUE TRATAM DOS SERVIÇOS DE FISCALIZAÇÃO DE PROFISSÕES REGULAMENTADAS. 1. Estando prejudicada a Ação, quanto ao § 3º do art. 58 da Lei nº 9.649, de 27.05.1998, como já decidiu o Plenário, quando apreciou o pedido de medida cautelar, a Ação Direta é julgada procedente, quanto ao mais, declarando-se a inconstitucionalidade do "caput" e dos § 1º, 2º, 4º, 5º, 6º, 7º e 8º do mesmo art. 58. 2. Isso porque a interpretação conjugada dos artigos 5º, XIII, 22, XVI, 21, XXIV, 70, parágrafo único, 149 e 175 da Constituição Federal, leva à conclusão, no sentido da

indelegabilidade, a uma entidade privada, de atividade típica de Estado, que abrange até poder de polícia, de tributar e de punir, no que concerne ao exercício de atividades profissionais regulamentadas, como ocorre com os dispositivos impugnados. 3. Decisão unânime.

(ADI 1717, Relator(a): Min. SYDNEY SANCHES, Tribunal Pleno, julgado em 07/11/2002, DJ 28-03-2003 PP-00061 EMENT VOL-02104-01 PP-00149).

Vale destacar ainda que de acordo com o artigo 4º, inciso III, da Lei nº 11.079/2004 que regula as denominadas parcerias público-privadas, “a indelegabilidade das funções de regulação, jurisdicional do exercício do poder de polícia e de outras atividades exclusivas do Estado”. De acordo com o texto adotado pelo artigo o exercício do poder de polícia é estabelecido categoricamente como atividade exclusiva do Estado.

9 O ABUSO DE PODER

O Abuso de poder é tratado em diferentes ramos no direito brasileiro. No presente trabalho, será explorado apenas no âmbito do direito administrativo. Conforme já foi comentado antes neste texto, os poderes são prerrogativas conferidas ao administrador público para fins públicos.

Assim o administrador é dotado de certos poderes para executar suas atribuições, visando sempre em primeiro lugar, a satisfação do interesse da coletividade.

Esses poderes não são regalias nem privilégios do administrador público, mas sim atributos daquele que exerce função pública, para que possa desempenhá-la satisfatoriamente em prol da sociedade. Esses poderes não podem ser renunciados, pois eles são intrínsecos a função do agente público.

Acontece que nem sempre o poder é usado de forma correta pelos agentes integrantes da administração pública. A conduta do agente feita dentro da ilegalidade, com o uso desproporcional do poder, sem amparo da lei e sem utilidade pública, será ilícita e nula, dessa forma podendo ser declarada pela própria administração pública ou pelo poder judiciário. Essa atuação ilegítima e vergonhosa do administrador público caracteriza umas das figuras mais odiosas no âmbito do direito administrativo: o chamado abuso de poder.

O abuso de poder pode se manifestar de algumas maneiras: a) Pela falta de competência legal; b) Pelo não atendimento ao interesse público; e c) Pela omissão.

De acordo com a doutrina do administrativista Hely Lopes Meirelles ensina:

[...]o abuso do poder, como todo ilícito, reveste as formas mais diversas. Ora se apresenta ostensivo como a truculência, às vezes dissimulado como o estelionato, e não raro encoberto na aparência ilusória dos atos legais. Em qualquer desses aspectos – flagrante ou disfarçado – o abuso do poder é sempre uma ilegalidade invalidadora do ato que o contém.

Cabe ressaltar que o abuso de poder pode dar-se mediante a forma comissiva quanto na forma omissiva, ou seja, o abuso pode ser gerado tanto de uma ação positiva do administrador, como de uma omissão negativa/ilegal. Ambas as formas são capazes de afrontar a lei e causar lesão a direito individual do administrado.

10 O EXCESSO DE PODER E O DESVIO DE FINALIDADE, A OMISSÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E CONSEQUÊNCIAS DO ABUSO DE PODER

A doutrina trata o abuso de poder como gênero, dos quais são espécies o excesso de poder e o desvio de poder/ desvio de finalidade.

O excesso de poder acontece quando o agente atua fora dos limites da sua competência administrativa. Invadindo a competência de outros agentes ou praticando certas atividades que a lei não lhe atribuiu. Ou seja, a autoridade, embora seja ela competente para praticar aquele determinado ato, vai além dos limites que a lei lhe permitir. Assim fazendo uso exaustivamente da sua competência.

Nesse sentido, ferindo o requisito da competência, o ato administrativo torna-se arbitrário, ilícito e nulo. O ato pode ser considerado válido até o limite que não foi extrapolada à competência, salvo se o excesso comprometa por inteiro.

O artigo 55 da Lei 9.784/99 trata do processo administrativo no âmbito federal, prevê expressamente a possibilidade de convalidação, pela administração, de atos eivados de defeitos sanáveis, desde que isso não afete o interesse público nem prejuízos a terceiros, assim dispõe o artigo:

Art. 55. Em decisão na qual se evidencie não acarretarem lesão ao interesse público nem prejuízo a terceiros, os atos que apresentarem defeitos sanáveis poderão ser convalidados pela própria Administração.

Em relação à competência atribuída com exclusividade, não é possível a ratificação devido à competência exclusiva ser indelegável. A ratificação poderá ainda ser ou não obrigatória, nesse sentido, em caso de ato vinculado, este desprovido de mérito administrativo com o preenchimento dos requisitos legais à autoridade devida estará obrigada a ratificá-lo.

No caso do ato discricionário, ficará a ratificação subordinada ao juízo de conveniência e oportunidade da autoridade competente, esta pode concordar ou não com a avaliação que foi realizada pela autoridade competente.

Então, fica esclarecido que é cabível a ratificação do ato eivado de excesso de poder.

O desvio de poder ou desvio de finalidade ocorre quando o administrador inicia o ato buscando obter fim diverso daquele que lhe foi determinado pela lei, todavia, atuando nos limites de sua competência o agente pratica o ato por motivos alheios daqueles estabelecidos em lei ou exigidos pelo interesse público.

A Lei de Ação Popular (Lei nº 4.717/65) trata do desvio de poder em seu artigo 2º, o qual reza que:

Artigo 2º - São nulos os atos lesivos ao patrimônio das entidades mencionadas no artigo anterior, nos casos de:

- a) incompetência;*
- b) vício de forma;*
- c) ilegalidade do objeto;*
- d) inexistência dos motivos;*
- e) desvio de finalidade.*

Parágrafo único - Para a conceituação dos casos de nulidade observar-se-ão as seguintes normas:

- a) incompetência fica caracterizada quando o ato não se incluir nas atribuições legais do agente que o praticou;*
- b) o vício de forma consiste na omissão ou na observância incompleta ou irregular de formalidades indispensáveis à existência ou seriedade do ato;*
- c) a ilegalidade do objeto ocorre quando o resultado do ato importa em violação de lei, regulamento ou outro ato normativo;*
- 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;*
- e) 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.*

A finalidade principal da administração pública é atender o interesse da coletividade, daí a impossibilidade de sanatória ou convalidação do vício referente à finalidade do ato. Dessa forma o ato contendo vício referente à finalidade, a administração pública não pode aproveitá-lo. Verifica-se que a sanatória é aplicada em relação ao excesso de poder, quando se

referir a vício de incompetência. No caso de desvio de poder, não é possível a convalidação, em detrimento de tratar de vício de finalidade.

Diante do exposto, a boa fé do administrador é irrelevante, pois em qualquer hipótese a ilegalidade do ato estará presente.

O abuso de poder também pode ser caracterizado pela omissão da administração pública, podendo ser uma omissão genérica ou uma omissão específica. Aquela se trata da escolha do momento certo para a melhoria das políticas de administração, essas não tem prazo determinado. Já a específica, a administração pública tem o dever de agir frente a uma situação determinada cabendo à lei prever ou não o prazo.

Em regra, a omissão não é ato administrativo e sim a ausência de manifestação de vontade do poder público.

O abuso de poder pode gerar diversas conseqüências tanto nas esferas civil, criminal e política. Como exemplo, há o artigo 7º do Decreto-lei nº 3.365/41 que dispõe a respeito do chamado direito de penetração, garantindo ao ofendido por excesso ou abuso de poder, indenização por perdas e danos sem prejuízo de ação penal.

Art. 7º Declarada a utilidade pública, ficam as autoridades administrativas autorizadas a penetrar nos prédios compreendidos na declaração, podendo recorrer, em caso de oposição, ao auxílio de força policial.

Àquele que for molestado por excesso ou abuso de poder, cabe indenização por perdas e danos, sem prejuízo da ação penal.

Destarte, ainda sobre este assunto, faz-se necessário citar a Súmula Vinculante número 23 do STF, que assim dispõe:

“VERIFICADOS OS PRESSUPOSTOS LEGAIS PARA O LICENCIAMENTO DA OBRA, NÃO O IMPEDE A DECLARAÇÃO DE UTILIDADE PÚBLICA PARA DESAPROPRIAÇÃO DO IMÓVEL, MAS O VALOR DA OBRA NÃO SE INCLUIRÁ NA INDENIZAÇÃO, QUANDO A DESAPROPRIAÇÃO FOR EFETIVADA”.

13 CONSIDERAÇÕES FINAIS

No presente estudo foi abordado primeiramente o tema poder de polícia, que limita e disciplina o exercício de interesses, atividades, bens e direitos individuais ou coletivos, é exercido pela polícia administrativa e pode ter caráter regulamentar ou autônomo.

É sabido que os poderes da Administração Pública, previstos no ordenamento jurídico, são de cumprimento obrigatório e instrumentos de sua atuação. O Poder de Polícia exercido pela Administração Pública possui inúmeros aspectos, que foram analisados como um conjunto, e não de forma isolada, para que seu sentido, e seu real objetivo não fossem desvirtuados ou desfocados.

Foi realizada uma pesquisa sistematizada da matéria em debate em busca de opiniões relacionadas ao tema, citando exemplos e os diversos conceitos existentes. Bem como foi mostrada a legislação vigente sobre os fatos que se referem aos “Ciclos de Polícia”. Salientando-se que a natureza do poder de polícia será sempre discricionária e não autoritária. Isto é, sempre estará baseada na lei e na Constituição Pátria e nunca contra elas.

Sabe-se que a autoridade sofre limitações também quanto ao objeto, ou meio de ação, inclusive quando a lei lhe dá várias alternativas possíveis. Portanto, com base no princípio da predominância do interesse, o poder de polícia só deve agir até onde satisfaça o interesse público, não podendo assim, ir além. E deve ter o seu exercício assegurado, buscando sempre o bem estar social. Desta forma, o poder de polícia que a Administração Pública ou o Estado possui, esta baseado na máxima de que o interesse individual sofre uma declinação perante o coletivo.

Das considerações retratadas na presente pesquisa quanto ao abuso de poder, buscou-se como objetivo inicial mostrar a essencialidade do tema, o quanto este é importante para os diversos ramos do Direito.

O Estado assegura os direitos, garantias e deveres consagrados na Constituição Federal, quando o homem ultrapassa seu limite, saindo de sua esfera individual, prejudicando a coletividade, o Estado tem o dever de agir. Esse agente que atua em nome da Administração Pública não pode exceder os limites de suas atribuições, pois assim estaríamos diante do chamado abuso de poder.

Este foi devidamente comentado e subdividindo em suas espécies: excesso de poder e desvio de poder/finalidade. Expondo também a omissão da administração pública e suas devidas consequências que se pode dar na esfera administrativa, civil, penal e política.

Diante do exposto, o uso desproporcional do poder, a utilização arbitrária da força, a violência contra o administrado compõem formas abusivas do uso do poder estatal, essas que

não são toleradas pelo Direito. O uso do poder é lícito, o abuso sempre será ilícito, devido todo ato abusivo, ser considerado nulo, seja por excesso de poder ou por desvio de finalidade.

Conclui-se então que as punições em detrimento do abuso de poder são instrumentos essenciais para a melhor atuação da Administração Pública, a qual deve obedecer aos princípios previstos no artigo 37, caput, da Carta Magna.

REFERÊNCIAS

Abuso de poder. Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/Abuso_de_poder>. Acesso em 05 de outubro 2011.

Abuso de poder. Disponível em:
<http://portaltj.tjrj.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=7e7c5f89-5690-405a-8928-c2daba4be4a5&groupId=10136>. Acesso em 10 de outubro de 2011.

ADI 1717 / DF - DISTRITO FEDERAL. Disponível em:
<<http://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:supremo.tribunal.federal;plenario:acordao;adi:2002-11-07;1717>>. Acesso em 17 de outubro de 2011. ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito Administrativo: Descomplicado**. 16. ed. São Paulo: Método, 2008.

AZEVEDO, Renato Beiriz Brandão de. **Poder de Polícia**. Dez, 2007. Disponível em:
<<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/3877/Poder-de-policia>>>. Acesso em 20 de abril de 2011.

BRASIL. **Código Tributário Brasileiro**. Brasília: Senado Federal, 1966.

BRASIL. Constituição(1988). **Constituição Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo** / José dos Santos Carvalho Filho. – 21. ed. – Rio de Janeiro : Editora Lumen Juris, 2008.

Ciclo de polícia. Disponível em:
<<http://www.pontodosconcursos.com.br/artigos3.asp?prof=4&art=6364&idpag=2>>. Acesso em 17 de outubro de 2011.

Conceitos de definições de “Desvio de poder” no Brasil e no Mundo. Disponível em:
<<http://www.ambito->

juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=881>. Acesso em 15 de outubro de 2011.

Crime de Abuso de Poder. Disponível em:
<<http://www.ccac.org.mo/pt/publication/download/article/Season-17.pdf>>. Acesso em 05 de outubro de 2011.

DE MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo** / Celso Antônio Bandeira de Mello. – 26. ed. – São Paulo : Malheiros Editores, 2009.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo** / Maria Sylvia Zanella Di Pietro. – 17. ed. – São Paulo : Atlas, 2004.

ENSAIO SOBRE O PODER DE POLÍCIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA FRENTE À INTERVENÇÃO NA PROPRIEDADE URBANA. Disponível em:
<<http://www.advogado.adv.br/artigos/2000/emersonwendt/intervpropriedadeurbana.htm>>. Acesso em 27 de outubro de 2011.

FORÇAS POLICIAIS E ABUSO DE AUTORIDADE. Disponível em:
<<http://www.advogado.adv.br/direitomilitar/ano2001/pthadeu/abusoautoridade.htm>>. Acesso em 17 de outubro de 2011.

JÚNIOR, Waldo Fazzio. **Direito Administrativo**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

LEI Nº 9.784, DE 29 DE JANEIRO DE 1999. Disponível em:
<<http://www.leidireto.com.br/lei-9784.html>>. Acesso em 10 de outubro de 2011.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro** / Hely Lopes Meirelles. – 34. ed. – São Paulo : Malheiros Editores, 2008.

Ofensa contra os Direitos Humanos: Abuso de poder de Autoridade: Disponível em:
<<http://www.parana-online.com.br/canal/direito-e->

justica/news/324538/?noticia=OFENSAS+CONTRA+OS+DIREITOS+HUMANOS+ABUSO+DE+PODER+E+DE+AUTORIDADE>. Acesso em 07 de Outubro de 2011.

O Poder de Polícia. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/2634/O-poder-de-policia>>. Acesso em 02 de novembro de 2011.

Paradigmas para uma crítica ao delito de abuso de poder. Disponível em: <<http://sisnet.aduaneiras.com.br/lex/doutrinas/arquivos/131107.pdf>>. Acesso em 07 de Outubro de 2011.

Poder de Polícia Administrativa: O uso da Proporcionalidade na condução de Ações Excessivas e Abusivas. Disponível em: <http://www.pucrs.br/edipucrs/XSalaoIC/Ciencias_Sociais_Aplicadas/Direito/71231-KENIACAVALEIROPOMPEU.pdf>. Acesso em 10 de outubro de 2011.

Poder de polícia. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=859>. Acesso em 27 de outubro de 2011.

Poder de Polícia. Disponível em: <<http://www.pontojuridico.com/modules.php?name=News&file=article&sid=73>>. Acesso em 02 de novembro de 2011.

Poder de Polícia. Disponível em: <<http://www.webartigos.com/artigos/poder-de-policia/30651/>>. Acesso em 17 de outubro de 2011.
Poderes da Administração Pública. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=1117>>. Acesso em 02 de novembro de 2011.

Poderes da administração Pública. Disponível em: <http://www.lfg.com.br/artigos/Blog/PODERESDAADMINISTRACAOPUBLICA_ALEXANDRE_MAGNO.pdf>. Acesso em 18 de outubro de 2011.

Silêncio e Administração Pública. Disponível em: <<http://www.justitia.com.br/artigos/6850x7.pdf>>. Acesso em 03 de novembro de 2011.

Súmulas. Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumula/anexo/Enunciados_Sumula_STF_1_a_736.pdf>. Acesso em 05 de novembro de 2011.