

POLICIA MILITAR DE GOIÁS
ACADEMIA DE POLÍCIA MILITAR DE GOIÁS
CURSO DE HABILITAÇÃO DE OFICIAIS AUXILIARES

ABUSO DE PODER X PODER DE POLÍCIA

EZENCLEVER MARTINS DA SILVA

JAIR PEREIRA DOS SANTOS

GOIÂNIA

Maio/ 2008.

EZENCLEVER MARTINS DA SILVA

JAIR PEREIRA DOS SANTOS

ABUSO DE PODER X PODER DE POLÍCIA

Artigo científico elaborado e apresentado a Academia de Polícia Militar do Estado de Goiás, para atender exigências do currículo do Curso de Habilitação de Oficiais Auxiliares.

Orientador: CAP QOPM JOSÉ AUGUSTO.

GOIÂNIA.

Maio/2008

ABUSO DE PODER X PODER DE POLÍCIA

Ezenclever Martins da Silva ¹
Jair Pereira dos Santos ²

RESUMO:

O tema abuso de poder, no ordenamento jurídico brasileiro, tem exigido, neste início do século XXI, reflexões aprofundadas a respeito do seu alcance e da necessidade de ser enfrentado em face dos postulados que regem o regime democrático vigente em nosso País. O poder de polícia, com alguma controvérsia, é instrumento de destaque na projeção comportamental, a fim de garantir a prevalência do interesse público, como manifestação da vontade geral. De acordo com este princípio, a administração pública deve agir de forma razoável, sem excessos, sem negligência; dosar os meios e os fins, atuar dentro de um padrão normal – adequação/necessidade. Terá que obedecer a critérios aceitáveis do ponto vista racional, em sintonia com o senso normal de pessoas equilibradas e respeitosa das finalidades que presidiram a outorga da competência exercida. Este estudo tem por objetivo analisar o abuso de poder x poder de polícia dentro da administração pública. O estudo descritivo é o mais pertinente neste caso, pois possibilita uma análise reflexiva e ao mesmo tempo crítica sobre o tema abordado: Abuso de poder x poder de polícia.

PALAVRAS CHAVES: Poder, Abuso de Poder, Poder de Polícia, Administração Pública.

ABSTRACT:

¹ Ezenclever Martins da Silva, Subtenente da PMGO, aluno do Curso de Habilitação de Oficiais Auxiliares (CHOA)

² Jair Pereira dos Santos, Subtenente da PMGO, aluno do Curso de Habilitação de Oficiais Auxiliares (CHOA)

The theme abuse of power in the Brazilian legal system, is required, at the beginning of the twenty-depth discussions about the scope and the need to be addressed in the face of postulates governing democratic rule in our country vigente. The power of police, with some controversy, is high on the instrument projection behavior, to ensure the prevalence of public interest, as a manifestation of the general will. According to this principle, the government must act in a reasonable manner, without excess, without negligence; rationing the means and ends, act within a normal pattern - adequacy / need. You will have to meet the criteria acceptable point of view rational, in line with the normal sense of people balanced and respectful of the purposes which governed the assignment of powers exercised. This study aims to examine the abuse of power x power of police within the public administration. The descriptive study is the most pertinent in this case, because it makes possible a reflexive analysis and at the same time critic on the approached theme: Abuse of power x police power.

KEY WORDS: Power, Abuse of Power, Power of Police, Public Administration.

ABUSO DE PODER X PODER DE POLÍCIA

A relação entre as polícias e a sociedade têm sido objeto de debate nas sociedades democráticas. As instituições policiais são aquelas organizações destinadas ao controle social com autorização para utilizar a força, caso necessário (Bayley, 2001). Nos regimes democráticos, a atividade policial requer um equilíbrio entre o uso da força e o respeito aos direitos individuais. Nesse sentido, podemos afirmar que a especificidade da atividade policial nos regimes democráticos é a necessidade de controlar e limitar o uso da força.

O tema abuso de poder, no ordenamento jurídico brasileiro, tem exigido, neste início do século XXI, reflexões aprofundadas a respeito do seu alcance e da necessidade de ser enfrentado em face dos postulados que regem o regime democrático vigente em nosso País.

Poder de Polícia, com alguma controvérsia, é instrumento de destaque na projeção comportamental, a fim de garantir a prevalência do interesse público. Estabelecer limites ao exercício deste poder, sem inviabilizar a atuação do Estado na prevenção e repressão aos atos ilícitos praticados por particulares, constitui temática largamente explorada pelos doutrinadores pátrios e alienígenas.

A administração pública segue o princípio da razoabilidade (devido processo legal substantivo), previsto na Constituição Federal no art. 5º, LIV, é abordado como um limite aos atos administrativos editados mediante competência discricionária. Com forte embasamento na doutrina nacional e estrangeira, bem como em inúmeros julgamentos de nossos Tribunais, principalmente, do Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça. A discricionariedade, no Estado Democrático de Direito, tem limites, sendo o princípio da razoabilidade um dos fundamentais e mais empregados no Direito Público atual.

De acordo com este princípio, a administração pública deve agir de forma razoável, sem excessos, sem negligência; dosar os meios e os fins, atuar dentro de um padrão normal – adequação/necessidade. Terá que obedecer a critérios aceitáveis do ponto vista racional, em sintonia com o senso normal de pessoas equilibradas e respeitosa das finalidades que presidiram a outorga da competência exercida.

Com efeito, o artigo 78 do Código Tributário Nacional, adotando conotação ampla, define poder de polícia como "... 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".

O princípio informador deste poder, que autoriza o Poder Público a condicionar ou restringir o exercício de direitos e as atividades dos particulares, é a supremacia do interesse público sobre o interesse particular. Abuso de poder x poder de polícia são as considerações que pretendemos tecer neste estudo descritivo, analisando os fundamentos teóricos, o exercício do denominado poder de polícia, sem prejuízo da abordagem do conceito de abuso de poder.

Por vezes, as *autoridades*, desviam das finalidades do exercício profissional, da justiça e do bem comum, direcionando-as a outros fins ilícitos ou levadas pela emoção, a objetivos que não correspondem à real motivação para que foram criadas. Há em algumas ocasiões, a substituição da razão pela emoção, o que não pode prevalecer sobre o direito. A consequência imediata da exacerbação do direito ou da prerrogativa que pode trazer algum *poder* à autoridade, poderá implicar na violação das prerrogativas do mediador técnico, que não deverá aquiescer, sob pena de conivência (Sodré, 1975).

O poder seja em quaisquer áreas, no Estado Democrático de Direito, é legitimado, pela Constituição, pois "Toda autoridade só nela encontra fundamento e só ela confere poderes e competências governamentais" (MAUÉS, 1999). Portanto é imprescindível também que o poder esteja fundado na legalidade, de onde a Constituição Federal é o ápice, sob pena de ser considerado violador de direitos, pois usado de forma desvinculada da norma, pode ensejar prejuízos e desrespeitos ao cidadão.

Abordado em outro aspecto, agora Estatal, o *poder*, pode-se afirmar, que decorre do reconhecimento internacional, dos elementos povo, território e do governo de uma nação, o que dá ao último, soberania, de onde emana a jurisdição. Por seu turno, a jurisdição, que tem por característica ser *una*, tem o seu *exercício* delimitado pelas

atribuições e competências, que são delegadas às autoridades. Para limitar, tal *força*, política, econômica, militar e por muitas vezes psicossocial, enfim, tal *poder*, houve a necessidade da criação de *freios e contrapesos*, que foram materializados pela *tripartição dos poderes* (IHERING, 1994).

Os requisitos da legitimidade(formal) e da constitucionalidade(material) devem ser analisados nos atos praticados pelas autoridades, pois caso inexistentes, prejudicado está a prerrogativa para os concretizar, acarretando sua nulidade e reflexos na esfera funcional, administrativa e judicial.

O abuso de poder configura crime de abuso de autoridade, de acordo com a tipificação prevista na Lei n. 4.898, de 9.12.65, alterada pela Lei n. 6.657, de 5.6.1979, conforme lembra Maria Sylvia Zanella Di Pietro (1998).

Constitui-se abuso de autoridade, quando uma autoridade, no uso de suas funções, pratica qualquer atentado contra a liberdade de locomoção, a inviolabilidade do domicílio, o sigilo da correspondência, a liberdade de consciência e de crença, o livre exercício do culto religioso, a liberdade de associação, os direitos e garantias legais assegurados ao exercício do voto, o direito de reunião, a incolumidade física do indivíduo e, aos direitos e garantias legais assegurados ao exercício profissional, incluído pela Lei nº 6.657, de 5.6.79. O abuso de autoridade levará seu autor à sanção administrativa civil e penal, com base na lei. A sanção pode variar desde advertência até à exoneração das funções, conforme a gravidade do ato praticado (FREITAS, 1991). O abuso de autoridade constitui a principal fonte da maldade moral e da corrupção moral.

O tema abuso de poder, no ordenamento jurídico brasileiro, tem exigido, neste início do século XXI, reflexões aprofundadas a respeito do seu alcance e da necessidade de ser enfrentado em face dos postulados que regem o regime democrático vigente em nosso País.

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. 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 (NADER, 1992).

A expressão abuso de poder significa a exorbitâncias das atribuições que foram conferidas a determinados agentes públicos (do Executivo, do Legislativo, do Judiciário), quer excedendo os limites do mandato que lhes foram conferidos, quer ultrapassando os limites legais na prática de atos administrativos, quer extrapolando o ordenamento jurídico na entrega das prestações jurisdicionais (PLÁCIDO E SILVA, 1997).

Seabra Fagundes, em sua magnífica e clássica obra “O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário”, analisa o conceito de abuso de poder para fins de mandado de segurança, tendo em vista a ordem jurídica constitucional. Segundo FAGUNDES (1984).

A conceituação do abuso de poder terá caráter meramente teórico, por isso que, do ponto de vista prático do cabimento do mandado de segurança, a distinção pouco importa. Sendo o abuso de poder espécie do gênero ilegalidade, onde esta se constata caberá aquele remédio, sem embargo da classificação que se lhe possa emprestar (usurpação de função, abuso de poder, defeito formal, etc.)

Por abuso de poder se há de entender tudo o que diga respeito à infração das regras de competência. Desde a sua violação frontal, pela prática de ato totalmente alheio ao âmbito de atribuição do agente (usurpação de poder do nosso direito penal e da classificação teórica dos graus de incompetência no direito administrativo), até as exorbitâncias de uma competência realmente existente, sejam ostensivas (busca realizada pela autoridade policial com arrobamento necessário – CP, art. 350, IV) ou se disfarcem nas aparências de atos legítimos (expulsão de estrangeiro, por motivos outros que não a nocividade de ordem pública) (FAGUNDES, 1984).

José Cretella Júnior, em sua clássica obra “Controle Jurisdicional do Ato Administrativo”, analisa a expressão abuso de poder:

“Abuso de poder”, é o exercício irregular do poder. Usurpa poder quem, sem no ter, procede como se o tivesse. A falsa autoridade usurpa-o; a autoridade incompetente que exerce poder que compete a outrem, usurpa; a autoridade competente não usurpa; se de certo modo exorbita, abusa do poder”.

Cretella chama a atenção para o fato de que “...não só no direito universal como no direito brasileiro, os doutrinadores empregam as expressões ‘abuso de poder, excesso de poder, desvio de poder e desvio de finalidade, umas vezes designando realidades distintas, outras como sinônimas, indicando o mesmo instituto jurídico” (CRETELLA JUNIOR, 1984)

A doutrina administrativa tem, na época atual, manifestado entendimento de que o abuso de poder pode ser definido, em sentido amplo, como vício do ato

administrativo que ocorre quando o agente público exorbita de suas atribuições (excesso de poder), ou pratica com finalidade diversa da que decorre implícita ou explicitamente da lei (DI PIETRO, 1998).

A conceituação de abuso do poder, na atualidade, com pequenas variações, está concentrada nas linhas determinadas pelos autores acima referidos. O abuso de poder fica caracterizado quando ele é usado fora dos limites impostos pelos postulados, pelos princípios e pelas regras jurídicas em um Estado que adota o regime democrático.

Certa é a afirmação de que constitui abuso de poder quando ele é manipulado por um sujeito autorizado, porém exercido contrariamente aos fins (causas), modos (forma e objeto) ou motivos (âmbito ou situação regulada) para os foi concedido. Os atos abusivos praticados são ilícitos, contrários ao Direito. São um desvio quando fogem à finalidade e um excesso quando desvirtuam o modo, afastando-se dos motivos que autorizam o exercício do poder (motivos determinantes) ou gerando um resultado ilegal (ilegalidade do objeto). O excesso de poder, por vício de forma, porém, somente é reconhecível quando recai sobre elemento essencial do ato praticado com base no poder concedido. Se contraria meros elementos acidentais, não se pode falar em anulação (NASCIMENTO, 2004).

Pedro Roberto Decomain (2000), afirma em sua obra, “Elegibilidade & Inelegibilidade”, que o abuso de poder pode se apresentar, entre outras, na formas seguintes:

Abuso de poder econômico eleitoral: “o emprego de recursos produtivos (bens e serviços de empresas particulares, ou recursos próprios do candidato que seja mais abastado, fora da moldura para tanto traçada pelas regras de financiamento de campanha constante da Lei n. 911504/97”;

Abuso de Poder Político nas eleições: “o emprego de serviços ou bens pertencentes à administração pública direta ou indireta, ou na realização de qualquer atividade administrativa, com o objetivo de propiciar a eleição de determinado candidato”;

Abuso de Poder empresarial;

Abuso de Poder de Legislar;

Abuso de Poder político;

Abuso de Poder administrativo;

Abuso de Poder policial;

Abuso de Poder Judicial (Decomain, 2000).

Gasparini (1995), uma vez caracterizado o abuso de poder, assegurada sua autonomia dentro do nosso sistema legal como irregularidade da execução do ato administrativo e analisados outros aspectos dessa figura, cabe dizer: “Abuso de poder é

toda ação que torna irregular a execução do ato administrativo, legal ou ilegal, e que propicia, contra seu autor, medidas disciplinares, civis e criminais.

Contra o abuso de poder cabe o mandado de segurança. A medida pode ser *preventiva* quando se predispõe a evitar o abuso de poder, ou *suspensiva* quando preordenada a obstar à continuidade do procedimento abusivo do agente administrativo. Não se exclui, e em certas situações é a medida mais indicada, o *habeas corpus* nos casos em que o abuso de poder ocasionou em prisão da vítima do abuso.

Uma das formas mais claras do abuso de poder fica caracterizada quando o poder público, no exercício da regra de competência fixada por lei, objetiva a tutela de interesse diverso daquele fixado pela vontade do corpo representativo dos cidadãos. Por certo, o poder de agir outorgado ao agente público sempre pressupõe que este o faça com o intuito de preservar o interesse público e não com a intenção de favorecer interesses privados e estranhos à Administração Pública (CRETELLA JUNIOR, 1966).

Logo, importa dizer que o interesse público constitui o ponto nevrálgico de toda e qualquer atividade desenvolvida pela administração e mesmo a busca de objetivo lícito caracterizará o desvio de poder à medida que a atuação do agente público esteja designada pela serviência a interesses particulares de qualquer natureza (MEIRELLES, 1995).

Contrariada, pois, a finalidade exposta na lei, é razoável cogitar de violação ao postulado da legalidade posto que "o desvio de poder consiste num afastamento do espírito da lei, ou seja, para empregar uma expressão adaptada do direito penal uma *aberratio finis legis*" (CRETELLA JÚNIOR, 1966).

Poder de Polícia é a faculdade atribuída ao Estado de restringir discricionariamente o exercício dos direitos individuais, em benefício do interesse da coletividade, ou seja, é a compatibilização do exercício dos direitos individuais com os interesses comunitários.

Com efeito, o artigo 78 do Código Tributário Nacional, adotando conotação ampla, define poder de polícia como "... 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”.

As atividades de segurança pública decorrem do poder de polícia, que é um poder instrumental da administração pública. Em sua essência, a expressão “poder de polícia” pode ser traduzida como uma atividade da administração pública, para restringir e disciplinar direitos e liberdades individuais.

Para CRETELLA JÚNIOR (1989), a ação da polícia deverá sempre estar baseada no poder de polícia, com o objetivo de alcançar, através de suas ações, o bem comum, que é a missão primordial do Estado. É missão a ser desenvolvida por meio de uma legislação adequada, de instituições e serviços capazes de controlar, ajudar e regular as atividades privadas e individuais de toda a sociedade, fazendo-as convergir para o bem comum.

No dizer de SIQUEIRA NETO (1978), a expressão “poder de polícia” significa a faculdade de velar abusos de direitos individuais ou impedir o exercício anti-social desses direitos em função do bem comum, este considerado como o fim último do Estado e da própria sociedade.

Verifica-se que o serviço público pode ser prestado por particulares, já o exercício do poder de polícia não pode ser delegado, visto que se trata de poder de império, o que provocaria o desequilíbrio entre os particulares, conforme já decidiu o pleno do Supremo Tribunal Federal (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2000).

É verdade que o caráter limitador das atividades dos particulares em favor da coletividade salta como grande traço diferenciador entre o exercício do poder de polícia e o serviço público em sentido estrito. O fundamento do poder de polícia administrativo é evitar danos à coletividade a partir da ação de particular. É a atividade estatal que tende a regular o equilíbrio necessário entre a existência individual e o bem comum quando perturbado. Trata-se de atuação estatal, atual ou potencial, sobre os direitos fundamentais em prol do interesse público (CRETELLA JUNIOR, 1999).

Para MEDAUAR (1995), é possível arrolar algumas características básicas do poder de polícia:

- é uma atividade administrativa, ou seja, um conjunto de atos, fatos e procedimentos realizados pela Administração. No Brasil, poder de polícia é, sobretudo, uma atividade administrativa e, portanto, uma atuação subordinada à ordem jurídica, ou seja, não é eminente, nem superior, mas regida pelo ordenamento vigente, sobretudo pelos princípios constitucionais de legalidade, impessoalidade, moralidade;
- acarreta limitação direta dos direitos reconhecidos aos particulares;
- o limite ao direito particular, de regra, significa um obstáculo ao seu exercício pleno, ou a retirada de uma faculdade pertinente ao conteúdo do direito ou obrigação de fazer. Em virtude do poder de polícia há, portanto, uma disparidade entre o conteúdo abstrato do direito, em sentido absoluto, e a possibilidade de seu exercício concreto;
- na atual configuração da Administração Pública, dividida entre uma face de autoridade e uma face de prestadora de serviço, o poder de polícia se situa precipuamente na face da autoridade, atuando por meio de prescrições, diferentemente da atuação de serviço público, que opera por meio de prestações.
- envolve o controle da observância das prescrições e a imposição de sanções, em caso de desatendimento.

O objeto do Poder de Polícia é, portanto, qualquer bem, direito ou atividade que possa pôr em perigo a segurança, ou prejudicar interesse coletivo, devendo, por isso, ser submetido à regulamentação, contenção ou controle por parte da Administração Pública. É importante destacar, entretanto, que, a bem do interesse social, o poder de polícia não pode ser invocado ilimitadamente, para não cair no terreno do arbítrio. As barreiras naturais, e por vezes intransponíveis, dos direitos e garantias individuais, e as liberdades públicas são as legítimas forças, asseguradas pela ordem jurídica, que colocam seu emprego dentro dos limites aceitos pela sociedade.

Polícia e Poder de Polícia são institutos que não se confundem, mas guardam íntima relação, uma vez que aquele poder encontra na atividade policial – porque exercida através de limitações das liberdades coletivas e individuais – um campo muito vasto para sua utilização. O ato de polícia deve ser praticado respeitando-se todos

os requisitos aplicáveis aos atos administrativos em geral, já que nada mais é do que uma subespécie, motivo pelo qual é dotado dos mesmos atributos.

Todos os princípios sob os quais se desenvolve a função administrativa aplicam-se ao poder de polícia, daí porque analisaremos apenas os que provocam maiores indagações. É comum encontrarmos afirmações no sentido de ser o Poder de Polícia inerente à Administração Pública (Poder de Polícia implícito). Todavia, no Estado de Direito que nenhum sacrifício ou restrição pode ser imposto ao cidadão sem previsão em lei. Sob o enfoque do Princípio da Legalidade, é considerada abusiva toda ação sem lastro na lei.

Dessa forma, os direitos e garantias fundamentais, a liberdade e a propriedade, só por meio de lei é que podem ser restringidas. SUNDFELD (1997) defende que inexistente poder para a Administração Pública que não seja concedido pela lei, sendo vedado implicitamente o que ela não concede expressamente. Confirma a concepção liberal ao rejeitar qualquer poder de polícia sem delimitação legal, senão vejamos:

De outro lado, não pode a lei conceder ao administrador “poderes inespecíficos, indeterminados, totais”, sob pena de pôr em xeque a globalidade do sistema jurídico, destruir a separação de funções e comprometer os direitos constitucionais dos indivíduos (SUNDFELD, 1997).

Todavia, na mesma obra, reconhece que nem toda limitação ou restrição é imposta diretamente pela lei. A obrigatoriedade do Estado em seguir as leis que promulga para os cidadãos denota defesa da legitimidade da norma.

O administrador público, por outro lado, não se desincumbe de solucionar as questões de Estado por ausência de previsão em lei. Nessa situação, deverá proceder à integração administrativa. CRETELLA JÚNIOR (1989), defende a atuação da administração pública com base em autorização legal explícita ou implícita. Com segurança justifica:

A atividade da polícia administrativa é multiforme, imprevisível, não podendo se delimitada em todos os setores em que deve desdobrar-se. Sendo infinitos os recursos de que lança mão o gênero humano, a polícia precisa intervir sem restrições, no momento oportuno, pois que sua ação é indefinida como a própria vida, não sendo possível aprisioná-la em rígidas fórmulas, motivo por que certa flexibilidade ou a livre escolha dos meios é inseparável da polícia (CRETELLA JÚNIOR, 1989).

FIGUEIREDO (2001) apesar de reconhecer o princípio da legalidade como conquista do Estado de Direito, a fim de que os cidadãos não se submetam ao abuso de poder, pondera não ser possível, diante do ordenamento jurídico, e não apenas de simples leis, omitir-se o administrador de solver a questão que lhe for posta por entender faltar norma expressa, desde que - como já acentuado – tal integração não leve a imposições ou a sanções.

É a melhor visão, pois não isenta o administrador de proporcionar soluções reivindicadas pela sociedade, ao mesmo tempo em que exige previsão em lei para imposição de sanções ou sacrifícios a direitos fundamentais do cidadão. Não é suficiente, contudo, a previsão em lei para se impor limitações e sacrifícios aos direitos fundamentais, sendo imprescindível apuração da legitimidade da norma, a partir da consideração dos meios empregados e os fins almejados.

A proporcionalidade é o elemento essencial à validade de qualquer atuação da Administração Pública. Não é diferente com os atos de polícia.

Nesse sentido, SUNDFELD (1997) afirma:

É inconstitucional a restrição imposta pela lei aos direitos dos indivíduos quando, à pergunta: “por que foi ela instituída?” “a resposta não for senão: porque o legislador assim quis”. O interesse público e o proveito social - identificáveis a partir de padrões de razoabilidade - são a única justificativa possível para os atos do Estado. A vontade do legislador não tem valor por si, mas apenas na medida em que, observados de racionalidade (SUNDFELD, 1997).

A autorização de limitação dos direitos fundamentais pelo poder de polícia decorre da relatividade ou convivência harmônica dos direitos, não existindo “direito absoluto”, visto que, no mínimo, encontrará limite em direito de igual dignidade.

FARIA (2000) ensina que além dos cinco elementos de validade dos atos administrativos, o exercício do Poder de polícia, para encontrar validade no ordenamento jurídico, deve observar a proporcionalidade entre a restrição imposta ao particular e o benefício social pretendido, e também a proporcionalidade entre o dano causado pelo infrator da norma administrativa e a sanção imposta ao agente. A desproporcionalidade no comportamento de polícia da Administração, quanto aos citados aspectos, implica a nulidade do ato.

A respeito do princípio da proporcionalidade ensina BONAVIDES (2004):

Em verdade, trata-se daquilo que há de mais novo, abrangente e relevante em toda a teoria do constitucionalismo contemporâneo; princípio cuja vocação se move sobretudo no sentido de compatibilizar a consideração das realidades não captadas pelo formalismo jurídico, ou por este marginalizadas, com as necessidades atualizadoras de um Direito Constitucional projetado sobre a vida concreta e dotado da mais larga esfera possível de incidência – fora, portanto, das regiões teóricas, puramente formais e abstratas (BONAVIDES, 2004).

Ressalte-se, por fim, que consideramos sinônimas as expressões proporcionalidade e razoabilidade, embora exista divergência doutrinária, nesse aspecto.

A discricionariedade no direito administrativo é objeto de eternas discussões, principalmente quanto à distinção do abuso de poder, razão pela qual apontaremos apenas alguns traços relevantes de sua incidência no exercício do poder de polícia. Caso haja margem para o administrador optar entre duas possíveis soluções para o problema, valendo-se de conveniência e oportunidade, haverá discricionariedade.

O Poder de Polícia administrativo não se confunde com a discricionariedade. É exercício de poder que objetiva conformar e restringir direitos e liberdades, tendo em vista o interesse público. A discricionariedade não é atributo do poder de polícia em si, mas qualidade de alguns atos administrativos.

Da discricionariedade decorre a possibilidade de optar pelo melhor momento de agir, qual o meio mais adequado, ou qual a sanção cabível, entre outras situações do cotidiano administrativo. Não podemos, todavia, deixar de estabelecer alguns parâmetros para distinção entre atos vinculados e atos discricionários.

Segundo FIGUEIREDO (2001), os atos vinculados são praticados quando esteja o administrador diante de conceitos unissignificativos ou teóricos. Já os atos discricionários são aqueles em que o administrador tem opções diferentes, sendo que qualquer delas dará cumprimento à norma legal. A chamada competência discricionária da Administração só se justifica como garantia de concretização das finalidades assinaladas pelo ordenamento jurídico.

A presunção de legitimidade significa que todo ato administrativo, *a priori*, deve ser considerado verdadeiro e adequado ao direito, até prova em contrário, motivo pelo qual se diz haver presunção *iuris tantum*. Assim, a administração não necessita comprovar a veracidade, a legalidade do ato, presumidamente praticado nos estritos

limites da lei, conforme deve ser toda atuação do Estado. Todavia, como ressaltado, a presunção de legitimidade é relativa, admitindo-se prova em contrário, como medida de controle dos atos públicos (CRETELLA JUNIOR, 1989).

A imperatividade resulta no poder que tem o ato administrativo em constituir uma situação jurídica, que vincula o administrado ao seu cumprimento, independente de consentimento ou da aquiescência. Os atos administrativos são cogentes, obrigando a todos que se encontrem em seu círculo de incidência, ainda que contrarie interesses privados, porquanto o seu único alvo é o atendimento do interesse coletivo. Nem todo ato administrativo, entretanto, é dotado do atributo da imperatividade, a exemplo do que ocorre com os atos enunciativos, de conteúdo meramente declaratórios (LIMA, 1994).

A exigibilidade é consequência lógica dos atributos supramencionados, visto que de nada adiantaria ser presumidamente legítimo e imperativo, caso não houvesse exigibilidade que nada mais é que o poder que possui o Estado, no gozo das funções administrativas, de exigir o cumprimento das obrigações estabelecidas pelo ato administrativo, cuja obediência é impositiva (CRETELLA JÚNIOR, 1989).

O Estado procura organizar a segurança pública dos indivíduos e das instituições, monopolizando o uso da força. Na ausência de consenso entre as pessoas, há que se recorrer ao Poder Judiciário para solução de conflitos, não sendo possível, em regra, a execução forçada por meios particulares, salvo autorização expressa em lei. Daí porque o dever de prestação da tutela jurisdicional.

Contudo, o dever de recorrer ao Poder Judiciário para solução dos conflitos de interesses nem sempre será exigido do particular, pois existem situações em que o direito salvaguardado não pode esperar a intervenção judicial, sob pena de sucumbir diante da injusta agressão, a exemplo da legítima defesa da integridade.

Os fundamentos para a executoriedade são traçados de forma peculiar por CRETELLA JÚNIOR (1999):

A segurança das pessoas e das coisas é elemento básico das condições universais, fato absolutamente indispensável para o natural desenvolvimento da personalidade humana. Proclamada inviolável pelo direito, não fica, porém, livre de forças exteriores, pessoais e impessoais, que ameaçam a todo instante a paz física e espiritual dos indivíduos. Tais ameaças que se originem em perigo contra o qual a personalidade oferece, primeiro, a própria força

particular, em seguida, a força organizada do meio social, pelo motivo muito simples de que a ameaça dirigida a uma pessoa constitui ameaça indireta a toda a coletividade, precisam ser coibidas (CRETELLA JÚNIOR, 1999).

Verifica-se que o fundamento reside na ponderação dos direitos envolvidos pelo particular, sem prejuízo de apreciação posterior pelo Poder Judiciário dos atos praticados.

É inegável que o Estado, no exercício da função de julgar, nem sempre atua tempestivamente na tutela dos direitos. Todavia, a regra é o dever de se recorrer ao Poder Judiciário, tornando-se, assim, exceção no direito pátrio a executoriedade, motivo pelo qual é imprescindível autorização legal expressa, garantindo-se, com isso, a ampla defesa e o contraditório ao administrado. A executoriedade é traço marcante no exercício do poder de polícia, mas não prescinde de autorização legal.

FARIA (2000) ensina que os atos administrativos em geral, podem ser executados pela Administração sem a interferência do Poder Judiciário. Os atos decorrentes do poder de polícia inserem-se entre os auto-executáveis. A regra, não absoluta, é a de que a Administração impõe os atos decorrentes do poder de polícia e os executa, diretamente, sem a colaboração do Judiciário.

SUNDFELD (1997) adverte que a executoriedade de certos atos administrativos não se confunde com a exigibilidade de todos eles. A exigibilidade é o atributo de impor-se à obediência, independentemente do consentimento do destinatário: é a obrigatoriedade do ato. A executoriedade do ato é a condição de admitir o uso, pela Administração, da coação para fazê-lo cumprir.

MADEIRA (2000) sustenta que somente em três casos a auto-executoriedade do ato de polícia pode ser realizada, a saber, quando a lei expressamente autorizar, a medida for urgente para a defesa do interesse público, inexistir outra via de direito capaz de assegurar a satisfação do interesse público.

CONCLUSÃO

Concluimos com a análise do tema, Abuso de Poder x Poder de Polícia, que só da estrita observância ou imposição da lei, contudo, depende a segurança pública. Suas necessidades vão muito além disso, estendendo-se ao poder de polícia, pelo qual o Estado, no objetivo de preservar a ordem pública, impõe, discricionariamente, limitações e restrições aos direitos individuais, no interesse do bem comum. É o caso, por exemplo, da atuação do Estado na área da saúde pública, com as atividades de vigilância sanitária, ou na área de proteção ambiental.

O exercício do cargo ou função pública implica na fruição de poder administrativo do qual resulta para o agente público, no caso em particular, dos policiais, a autoridade necessária para implementar as medidas necessárias à satisfação do interesse comum do povo. A autoridade pública, por conseguinte, não constitui privilégio de cunho pessoal mas, sim, prerrogativa inerente à função afeta a determinado órgão público que, por intermédio de seus agentes, não pode exercê-la de maneira arbitrária ou desmedida, mas sim conforme à lei.

Todo ato abusivo é juridicamente qualificado como nulo, quer por excesso ou desvio de poder, haja vista que o abuso de poder não somente ocorre pelo emprego da força, mas também é encoberto pela dissimulação na qual o elemento psicológico da manifestação estatal objetiva atingir fins diversos daquele pretendido pela lei ou pelo interesse público.

Nota-se, pois, presente o abuso de poder à medida que o exercício da autoridade distancia-se do postulado da legalidade, especialmente quando é acentuado o grau de intervenção do Estado sobre as relações jurídicas alheias. Por isso, é que todas as formas de administração do interesse coletivo são designadas por um fim e não pela vontade pessoal do administrador.

Por certo, o poder de agir outorgado ao agente público sempre pressupõe que este o faça com o intuito de preservar o interesse público e não com a intenção de favorecer interesses privados e estranhos à Administração Pública.

O Estado, como sociedade política, existe para realizar a segurança, a justiça e o bem-estar econômico e social, os quais constituem os seus fins. Cumprir o papel para o qual foi concebido exige que os agentes públicos sejam investidos de prerrogativas essenciais ao exercício da função definida em lei. O interesse público não pode sucumbir diante do interesse particular.

Não se pode debilitar o Estado, como organização voltada para a defesa do equilíbrio social, sob pena de sucumbência de todo ordenamento jurídico, pela desobediência das leis editadas. Há que se garantir a convivência harmônica entre os direitos e interesses, sem menosprezar a necessidade de regulação das atividades particulares, a fim de que não causem danos sociais, visto que o exercício legítimo do poder de polícia significa a garantia do equilíbrio da sociedade.

O agente público, no exercício de vital função ao Estado Democrático, deve ter seu exercício vinculado ao Princípio da Legalidade, para então que possa exigir suas prerrogativas e evitar que outrem as viole, utilizando-se do abuso de poder.

O Estado desprovido de poder de polícia, uma das principais funções administrativas, não alcançará as finalidades para as quais foi pensado, dando margem ao arbítrio particular.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BAYLEY, David. **Padrões de Policiamento**. São Paulo:EDUSP,2001.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 14 edição. São Paulo: Malheiros, 2004.
- CRETELA JUNIOR, J. **Tratado de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1989.
- CRETELLA JUNIOR, J., **Controle Jurisdicional do Ato Administrativo**.Rio de Janeiro: Editora Forense, 1984.
- CRETELLA JUNIOR, J.; **Tratado de direito administrativo**. 1. ed., Rio de Janeiro: Editora Forense, 1966, v. II.
- CRETELLA JÚNIOR, J. **Direito Administrativo Brasileiro**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1999.
- DECOMAIN, Roberto; **“Elegibilidade & Inelegibilidade”**. Obra jurídica – 2.000.
- DI PIETRO, M.,S.,Z., **Direito Administrativo – Desvio de Poder**, 14 Ed.,1998, Atlas.
- FAGUNDES, SEABRA. **“O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário”**, 6^a. edição, Saraiva,Rio de Janeiro, 1984, pg. 229 e 230.
- FARIA, Edimur Ferreira de. **Curso de Direito Administrativo Positivo**. 3^a Ed., rev. atual. e ampl. – Belo Horizonte: Del Rey, 2000.
- FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de Direito Administrativo**. 5^a Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.
- FREITAS, G.P., e FREITAS, V.P. **Abuso de Autoridade**, 7^a edição, São Paulo : Revista dos Tribunais, 1991.
- GASPARINI, Diógenes; **Direito Administrativo**, 4^a Edição, São Paulo: Saraiva, 1995.
- IHERING, Rudolf Von. **A luta pelo direito**, 13^a edição, Rio de Janeiro: Forense, 1994.
- LIMA, R.K. **A polícia da Cidade do Rio de Janeiro: seus dilemas e paradoxos**. Rio de Janeiro: Ed. Policia Militar do Rio de Janeiro, 1994.
- MADEIRA, J.M.P. **Reconceituando o Poder de polícia**. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2000.

MAUÉS, Antonio Gomes Moreira. **Poder e Democracia: o pluralismo político na Constituição Federal de 1988**, Porto Alegre : Síntese, 1999.

MEDAUAR, Odete. **O Direito Administrativo em Evolução**. São Paulo: Editora LTR, 1995.

MEIRELLES, H.,L., **Direito Administrativo Brasileiro**. 20. ed., São Paulo: Malheiros, 1995.

NADER, Paulo. **Introdução ao Estudo do Direito**, 7ª edição, Rio de Janeiro : Forense, 1992.

NASCIMENTO, R. J. B. S.; **“Abuso do Poder de Legislar”**, Lumen Júris Editora, Rio de Janeiro, 2.004.

PLÁCIDO e SILVA, in **“Vocabulário Jurídico”**. Rio de Janeiro: Forense, 15ª ed.,1997, p. 6.

SIQUEIRA NETTO, Carlos. Conferencia na Escola Superior de Guerra-ESG. In: **Revista Convivium**. [S.I.]: [s.n], v.21, Ano XVII, 26 de jun. 1978.

SODRÉ, Ruy Azevedo. **Ética Profissional e Estatuto do Advogado**, São Paulo : LTr, 1975.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo Ordenador**. 1ª Ed. 2º Tiragem, São Paulo: Malheiros, 1997.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI 1717 MC / DF, Relator Min. SYDNEY SANCHES, Tribunal Pleno, Publicação: DJ DATA-25-02-2000 PP-00050.