MARGARETH CAVALCANTE DA SILVA

**PODER DE POLÍCIA:
DESVIO DE FINALIDADE E ABUSO DE PODER**

**FACULDADE DE EDUCAÇÃO SÃO LUÍS
NÚCLEO DE APOIO: SANTO ANDRÉ - SP
JABOTICABAL – SP**

2013

MARGARETH CAVALCANTE DA SILVA

**PODER DE POLÍCIA:
DESVIO DE FINALIDADE E ABUSO DE PODER**

Trabalho de conclusão de curso apresentado à Faculdade de Educação São Luís, como exigência parcial para a conclusão do Curso de Pós-Graduação *lato sensu* em Direito Administrativo.

Orientador: Profº. Waldomiro Camilotti Neto.

**FACULDADE DE EDUCAÇÃO SÃO LUÍS
NÚCLEO DE APOIO DE SANTO ANDRÉ – SP
JABOTICABAL – SP
2013**

Dedico

à minha família, em especial, pela compreensão, e aos companheiros de trabalho pelo apoio durante essa jornada.

AGRADECIMENTOS

À Deus, por me permitir fazer parte deste projeto.

À Professora Paola Alves Martins dos Santos, pelo conhecimento, paciência, dedicação e orientação.

A todos os demais professores da Faculdade de Educação São Luís que, durante os estudos, trouxeram sua preciosa colaboração.

O sucesso nasce do querer, da determinação e persistência em se chegar a um objetivo. Mesmo não atingindo o alvo, quem busca e vence obstáculos, no mínimo fará coisas admiráveis.

(José Saramago)

RESUMO

Objetiva o presente trabalho trazer à discussão os vários aspectos do exercício do Poder de Polícia pelo Estado, sua importância, seus mecanismos, entender como se dá a intervenção no exercício de direitos ou de atividades individuais, na defesa da supremacia do interesse público. Analisaremos o exercício do Poder de Polícia do ponto de vista da competência, abrangência, limites e restrições. O tema é de grande relevância e ainda suscita alguns questionamentos, como em que medida o conjunto de intervenções da Administração Pública, no intuito de conter os abusos do direito individual em prol do interesse coletivo, pode caracterizar desvio de finalidade, excesso ou abuso de poder? É sabido que o Poder de Polícia não tem caráter eminentemente discricionário, existindo esferas de discricionariedade e esferas de vinculação. O artigo 78 do Código Tributário Nacional, assim conceitua o Poder de Polícia: “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 tranquilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos”. O exercício desse poder, ao impor restrições às liberdades individuais, deve atender às limitações legais e constitucionais pertinentes, observando as regras da razoabilidade e o princípio da proporcionalidade. A atuação da polícia administrativa será legítima na medida em que respeitar os direitos individuais e as liberdades públicas asseguradas na Constituição Federal e nas Leis.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....

CAPÍTULO 1 – PODER DE POLÍCIA

1.1 CONCEITOS.....

1.2 APONTAMENTOS.....

1.2.1 Legalidade.....

1.2.2 Proporcionalidade.....

1.2.3 Discricionariedade.....

1.2.4 Presunção de Legitimidade.....

1.2.5 Imperatividade ou Coercibilidade.....

1.2.6 Exigibilidade.....

1.2.7 Autoexecutoriedade.....

CAPÍTULO 2 – DESVIO DE FINALIDADE E ABUSO DE PODER - RESPONSABILIDADE

2.1 A inobservância ao princípio da legalidade pelo Administrador Público, o desvio de finalidade, o excesso de poder e a responsabilidade do agente público.....

CONCLUSÃO.....

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....

INTRODUÇÃO

O Poder de Polícia, sendo um dos inúmeros poderes conferidos à Administração Pública, tem o escopo de limitar o exercício dos direitos individuais em benefício do interesse público.

Nesse trabalho, cuja metodologia utilizada foi exclusivamente bibliográfica, pretende-se, num primeiro momento, a análise do exercício desse poder em face do Estado Democrático de Direito e, posteriormente, buscar identificar em que situações poderemos estar diante do desvio de finalidade e do abuso de poder.

Hely Lopes **MEIRELLES** (*in* Direito Administrativo Brasileiro, 38ª edição, pág. 61, Editora Malheiros, 2012), conceitua o Estado como sendo:

pessoa jurídica territorial soberana, constituído de três elementos originários e indissociáveis: Povo, Território e Governo Soberano. Povo é o componente humano do Estado; Território, a sua base física; Governo Soberano, o elemento condutor do Estado, que detém e exerce o poder absoluto de autodeterminação e auto-organização emanado do povo. Não pode haver Estado independente sem Soberania, isto é, sem esse poder absoluto, indivisível e incontestável de organizar-se e de conduzir-se segundo a vontade livre de seu Povo e de fazer cumprir as suas decisões, inclusive pela força, se necessário.

A vontade estatal apresenta-se e se manifesta através dos denominados Poderes de Estado.

Essa vontade é exercida através dos órgãos instituídos para a consecução dos objetivos do Governo, com funções indispensáveis à realização de serviços, visando à satisfação das necessidades coletivas.

1. CAPÍTULO 1

PODER DE POLÍCIA

1.1 CONCEITOS

Inicialmente, cumpre ressaltar que o foco desse trabalho é o exercício do poder de polícia administrativa.

José Cretella Junior em sua obra (CRETELLA JÚNIOR, 1999, p.553), destaca o quão imprecisa é a expressão *polícia* (grifo nosso) para definir a ação estatal que protege a sociedade, tendo por objeto não a manutenção da ordem e da segurança (polícia de segurança), mas a ação estatal que condiciona a liberdade e a propriedade, de modo a preservar o bem-estar coletivo (polícia administrativa).

Já o autor Hely Lopes **MEIRELLES**, (*in* Direito Administrativo Brasileiro, 38ª edição, pág. 137, Malheiros Editores, 2012), conceitua o Poder de Polícia como sendo “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”.

Nesse contexto, pode-se afirmar que a Administração Pública busca, através desse mecanismo, conter os abusos do direito individual, impedindo as atividades de particulares que se revelem contrárias, nocivas ou inconvenientes ao bem-estar social, ao desenvolvimento e à segurança nacional.

A polícia administrativa é inerente à Administração Pública, não se confundindo com as polícias civis ou militares.

De acordo com o autor Celso Antônio **BANDEIRA DE MELLO**:

poder de polícia é a atividade estatal de condicionar a liberdade e a propriedade, ajustando-as aos interesses coletivos. (...) Refere-se ao complexo de medidas do Estado que delinea a esfera juridicamente tutelada da liberdade e da propriedade dos cidadãos. (...) Em sentido mais restrito, relaciona-se com as intervenções destinadas a alcançar o fim de

prevenir e obstar atividades particulares contrastantes com os interesses sociais (*in* Curso de Direito Administrativo, 29ª edição, Malheiros Editores).

Para Maria Sylvia Zanella **DI PIETRO**, o poder de polícia é um daqueles em que se colocam em confronto a autoridade da Administração Pública e a liberdade individual. De um lado, o cidadão que quer exercer plenamente seus direitos e, de outro, a Administração Pública que tem por incumbência “condicionar o exercício daqueles direitos ao bem-estar coletivo”, e ela o faz usando de seu poder de polícia. (*in* Direito Administrativo, 25ª edição, Editora Atlas).

A Administração tem como característica de sua atuação o direito-dever de impor limites aos direitos e atividades exercidos por particulares. Esse direito-dever encontra seu fundamento na supremacia do interesse público sobre o particular.

De acordo com o princípio da supremacia do interesse público, todo e qualquer bem, direito ou atividade pode ser objeto de controle pela Administração Pública.

SUNDFELD, em sua monografia, assinala que:

A ideia de poder de polícia foi cunhada para um Estado mínimo, desinteressado em interferir na economia, voltado, sobretudo, à imposição de limites negativos à liberdade e à propriedade, criando condições para convivência dos direitos. Daí haver-se definido o poder de polícia como imposição ao particular do dever de abstenção, de não fazer. SundMas, modernamente, a interferência estatal se intensificou e mudou de qualidade, por conta da superação do liberalismo clássico. O Estado Social, mais do que pretender a harmonização dos direitos individuais, impõe projetos a serem implementados coletivamente: o desenvolvimento nacional, a redução das desigualdades, a proteção do meio ambiente, a preservação do patrimônio histórico. (SUNDFELD, 1997, p. 14).

SUNDFELD, sobre a expressão “polícia”, ressalta que:

Desde logo, é importante a questão do rótulo. Não convém falar em poder de polícia porque ele: a) remete a um poder – o de regular autonomamente as atividades privadas – de que a Administração dispunha antes do Estado de Direito e que, com sua implantação, foi transferido para o legislador; b) está ligada ao modelo do Estado liberal clássico, que só devia interferir na vida privada para regulá-la negativamente, impondo deveres de abstenção e, atualmente, a Constituição e as Leis autorizam outros gêneros de imposição; c) faz supor a existência de um poder discricionário implícito para interferir na vida privada que, se pode existir em matéria de ordem pública – campo para o qual o conceito foi originariamente cunhado – não existe em outras, para as quais a doutrina transportou-o acriticamente, pela comodidade de seguir usando velhas teorias. (SUNDFELD, 1997, p. 14-17).

Interessante também a conceituação de Poder de Polícia trazida por Edimur Ferreira de **FARIA**:

[...] Pode-se afirmar que poder de polícia, em sentido estrito, é a atribuição legal conferida à Administração Pública para, no exercício de suas competências (regrada ou discricionária), promover a fiscalização do exercício do direito de propriedade e de liberdade, com vistas a evitar abusos em prejuízos da coletividade ou do Estado. Para isso, pode valer-se de seus meios próprios, nos limites da lei, para coibir os atos lesivos e impor sanções previstas em lei.(FARIA, 2000, p. 206/207).

No ensinamento de José **CRETELLA JÚNIOR**:

a expressão poder 'de' polícia não se confunde com poder 'da' polícia, porque se a polícia tem a possibilidade de agir, em concreto, pondo em atividade todo o aparelhamento de que dispõe, isso se deve às *potestas* que lhe confere o poder de polícia. O poder 'de' polícia é que fundamenta o poder 'da' polícia. Conceitua o poder de polícia como sendo a 'faculdade discricionária do Estado de limitar a liberdade individual, ou coletiva, em prol do interesse público". (CRETELLA JÚNIOR, 1999, p. 547-549).

Tem-se, assim, que o fundamento do Poder de Polícia Administrativo é evitar que a coletividade possa sofrer algum dano em função das atividades dos particulares, cabendo ao Estado exercer seu poder-dever no sentido de estabelecer limites para o exercício dessas atividades, visando estabelecer o equilíbrio necessário entre as liberdades individuais e o interesse comum.

1.2 APONTAMENTOS

Dúvida alguma subsiste de que o Poder de Polícia visa restringir ou limitar direitos e liberdades individuais, todavia, deve ser exercido sem que haja desvio de legalidade, abuso ou excesso de poder.

Todos os princípios aplicáveis à função administrativa, aplicam-se também ao Poder de Polícia, merecendo destaque os que passaremos a analisar.

1.2.1 Legalidade

O princípio da legalidade é, sem dúvida, o de maior relevância dentre todos os princípios que informam a Administração Pública.

Ao agente público somente é permitido fazer o que é permitido pela norma legal. Desse princípio decorrem todos os demais, por sua essencialidade ao Estado Democrático de Direito.

Diante do princípio da legalidade, contemplado não só no artigo 37 da Constituição Federal, mas também em seu artigo 5º, inciso II, e artigo 84, inciso IV, não prevalece a manifestação unilateral de vontade da Administração Pública frente aos administrados, seja para o fim de conceder, declarar, restringir direitos ou impor obrigações, sem previsão legal.

Na lição de **BANDEIRA DE MELLO**:

a Administração não poderá proibir ou impor comportamento algum a terceiro, salvo se estiver previamente embasada em determinada lei que lhe faculte proibir ou impor algo a quem quer que seja. Vale dizer, não lhe é possível expedir regulamento, instrução, resolução, portaria ou seja lá que ato for para coartar a liberdade dos administrados, salvo se *em lei* já existir delineada a contenção ou imposição que o ato administrativo venha a minudenciar. (Curso de Direito Administrativo, 29ª edição, Malheiros Editores).

O administrador público deve se submeter aos mandamentos da lei, em toda sua atividade funcional, não se desviando das exigências do bem comum, sob pena de ver invalidados os seus atos, sujeitando-se à responsabilidade disciplinar, civil e criminal, conforme o caso.

A eficácia de toda atividade administrativa está condicionada ao atendimento da Lei e do Direito (BRASIL, Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, art. 2º, inciso I, parágrafo único).

No exercício de atividade administrativa, não há falar-se em liberdade e vontade pessoal, sendo permitido fazer tão somente o que a lei autoriza.

Assim sendo, pode-se concluir que é absolutamente ilegal todo ato administrativo praticado ao arrepio da lei, sem observância dos preceitos legais e constitucionais, garantindo-se àquele que se sentir prejudicado, recorrer ao Poder Judiciário e pleitear a devida reparação.

1.2.2 Proporcionalidade

O princípio da proporcionalidade pode ser chamado como o “princípio da proibição de excesso”, como bem assinalou o ilustrado autor Hely Lopes **MEIRELLES**, *in* Direito Administrativo Brasileiro, 38ª edição, pág. 95.

Segundo esse mesmo autor, esse princípio procura aferir a compatibilidade entre os meios e os fins, de modo a evitar restrições desnecessárias ou abusivas por parte da Administração Pública, com lesão a direitos fundamentais.

Diogo de Figueiredo **MOREIRA NETO**, (*in* Curso de Direito Administrativo, 9ª edição, Rio de Janeiro, Forense, 1990), ensina que:

a razoabilidade ‘atua como critério, finalisticamente vinculado quando se trata de valoração dos motivos e da escolha do objeto’ para a prática do ato discricionário. Deve haver, pois, uma relação de pertinência entre a finalidade e os padrões de oportunidade e conveniência.

De acordo com a lição de **BANDEIRA DE MELLO**:

quando a administração restringe situação jurídica dos administrados além do que caberia, por imprimir às medidas tomadas uma intensidade ou extensão supérfluas, prescindendas, ressalta a ilegalidade de sua conduta. É que ninguém deve estar obrigado a suportar constrições em sua liberdade ou propriedade que não sejam indispensáveis à satisfação do interesse público.

DI PIETRO, a respeito do tema, deixa claro que:

embora a Lei nº 9.784/99 faça referência aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, separadamente, na realidade, o segundo constitui um dos aspectos contidos no primeiro. Isto porque o princípio da razoabilidade, entre outras coisas, exige **proporcionalidade** (grifo da autora) entre os meios de que se utiliza a Administração e os fins que ela tem que alcançar. E essa proporcionalidade deve ser medida não pelos critérios pessoais do administrador, mas segundo padrões comuns na sociedade em que vive; e não pode ser medida diante dos termos frios da lei, mas diante do caso concreto”. (*in* Direito Administrativo, 25ª edição, Editora Atlas).

Conclui-se assim que se trata de um princípio que impõe limitações ao poder discricionário da Administração, exigindo que haja proporcionalidade entre os meios de que se utiliza e os fins que almeja alcançar.

1.2.3 Discricionariedade

Não podendo o legislador prever todas as hipóteses possíveis, a discricionariedade se dá quando a lei deixa margem de liberdade de atuação para o administrador em certas situações. Nesses casos, caberá ao agente público decidir qual o melhor momento, forma e sanção aplicáveis para determinadas situações.

Não se pode perder de vista que deve ser sempre resguardada a ideia de que a discricionariedade se subsume aos ditames legais e deve se orientar pelos princípios que regem a atividade administrativa, ensejando, no caso de desvio ou abuso de poder, a interferência jurisdicional provocada pela parte que se sentir lesada.

Oportuna a citação do Professor **BANDEIRA DE MELLO** no sentido de que:

em rigor, não há propriamente dito, um poder que seja discricionário, fruível pela Administração Pública. Há, na verdade, atos em que a Administração Pública pode manifestar competência discricionária e atos a respeito dos quais a atuação será totalmente vinculada. (MELLO, 2005, p. 765).

Importante é estabelecer distinção entre atos vinculados e atos discricionários.

São conferidos ainda aos atos da Administração os seguintes atributos: presunção de legitimidade, imperatividade ou coercibilidade, exigibilidade e autoexecutoriedade, que serão abordados a seguir.

1.2.4 Presunção de legitimidade

A presunção de legitimidade indica que todo ato da Administração, em princípio, deve ser considerado verdadeiro e adequado ao Direito, até prova em contrário, havendo assim presunção *juris tantum*.

Entretanto, essa presunção afigura-se relativa, cedendo diante de prova em contrário.

Estando a Administração subordinada à lei, há presunção de veracidade dos fatos por ela alegados. Todavia, como efeito agravador de tal presunção, há inversão do ônus da prova, devendo aquele que entender que o ato não pode ser efetivado apresentar prova em contrário.

Acerca do tema, Maria Sylvia Zanella **DI PIETRO** aduz que:

como consequência dessa presunção, as decisões administrativas são de execução imediata e têm a possibilidade de criar obrigações para o particular, independentemente de sua concordância e, em determinadas hipóteses, podem ser executadas pela própria Administração, mediante meios diretos ou indiretos de coação. É o que os franceses chamam de decisões executórias da Administração Pública

Tem-se assim que os atos administrativos nascem com a presunção de legitimidade, independentemente de norma legal que a estabeleça, podendo ser imediatamente executados enquanto não sobrevier decisão acerca de sua nulidade.

Cabe a quem arguir a nulidade do ato, seja por vício formal, ideológico ou de motivo, a prova do defeito apontado. Até que seja declarado nulo, o ato administrativo seguirá com plena eficácia.

1.2.5 Imperatividade ou coercibilidade

No escólio de Hely Lopes **MEIRELLES**:

a imperatividade decorre da só da existência do ato administrativo, não dependendo da sua declaração de validade ou invalidade. Assim sendo, todo ato dotado de imperatividade deve ser cumprido ou atendido enquanto não for retirado do mundo jurídico por revogação ou anulação, mesmo porque as manifestações de vontade do Poder Público trazem em si a *presunção de legitimidade* (grifo do autor), in *Direito Administrativo Brasileiro*, 38ª edição, pág. 169, Editora Malheiros, 2012.

Ainda na esteira de entendimento do referido autor:

a imperatividade é o atributo do ato administrativo que impõe a coercibilidade para seu cumprimento ou execução. Esse atributo não está presente em todos os atos, visto que alguns deles o dispensam, por desnecessário à sua operatividade, uma vez que os efeitos jurídicos do ato dependem exclusivamente do interesse do particular na sua utilização.

A imperatividade é o poder que tem a Administração em constituir uma situação jurídica, independentemente de consentimento ou aquiescência do administrado.

Característica dos atos administrativos é que são cogentes, obrigando a todos que se acham em sua área de incidência, sendo seu único objetivo o atendimento ao interesse coletivo.

Essa prerrogativa que tem o Poder Público de impor obrigações a terceiros, por meio de atos unilaterais, Renato **ALESSI** chama de “poder extroverso”, “que permite ao Poder Público editar atos que vão além da esfera jurídica do sujeito emitente, ou seja, que interferem na esfera jurídica de outras pessoas, constituindo-as, unilateralmente, em obrigações” (apud **BANDEIRA DE MELLO**, 2004:383).

A imperatividade está presente apenas nos atos administrativos que impõem obrigações, inexistindo naqueles atos que conferem direitos solicitados pelos administrados (licença, autorização, permissão, admissão etc.).

1.2.6 Exigibilidade

A exigibilidade é qualidade do ato administrativo que obriga o administrado ao cumprimento de suas exigências, sob pena de imposição de sanção.

1.2.7 Autoexecutoriedade

A autoexecutoriedade consiste, segundo Hely Lopes **MEIRELLES**, “na possibilidade que certos atos administrativos ensejam de imediata e direta execução pela própria Administração, independentemente de ordem judicial”.

Prossegue o autor:

não poderia a Administração bem desempenhar sua missão de autodefesa dos interesses sociais se, a todo momento, encontrando natural resistência do particular, tivesse que recorrer ao Judiciário para remover a oposição individual à atuação pública.

Podem ser citados como exemplos as interdições de atividades ilegais, os embargos e demolições de obras clandestinas, inutilização de gêneros impróprios para o consumo entre outros atos de polícia administrativa.

As execuções de tais determinações devem ser precedidas de notificação e acompanhadas do respectivo auto circunstanciado, a fim de que se comprove a legalidade da atuação do Poder Público e seja possibilitada a defesa por parte do particular de seus direitos e patrimônio.

O artigo 5º, LV, da Constituição Federal, restringiu o reconhecimento da autoexecutoriedade na atuação do Poder Público, assegurando o contraditório e a ampla defesa, inclusive nos procedimentos administrativos.

Nos casos de perigo iminente, a autoexecutoriedade deve ser reconhecida, sendo autorizada pelo artigo 45 da Lei 9.784/99, devendo ser sempre motivada.

Adverte José dos Santos **CARVALHO FILHO** (1999, p. 55), que a autoexecutoriedade não é inerente a todos os atos administrativos:

A prerrogativa de praticar atos e colocá-los em imediata execução, sem dependência à manifestação judicial, é que representa a autoexecutoriedade. Tanto é autoexecutória a restrição imposta em caráter geral, como a que se dirige diretamente ao indivíduo, quando, por exemplo, comete transgressões administrativas. É o caso da apreensão de bens, interdição de estabelecimentos e destruição de alimentos nocivos ao consumo público. Verificada a presença dos pressupostos legais do ato, a Administração pratica-o imediatamente e o executa de forma integral. Esse o sentido da autoexecutoriedade. Impõe-se, ainda, duas observações: A primeira de que há atos que não autorizam a imediata execução pela Administração, como é o caso das multas, cuja cobrança só é efetivamente concretizada pela ação própria na via judicial. A outra é que a autoexecutoriedade não deve constituir objeto de abuso de poder, de modo que deverá a prerrogativa compatibilizar-se com o princípio do devido processo legal para o fim de ser a Administração obrigada a respeitar as normas legais.

Maria Sylvia Zanella **DI PIETRO**, salienta que:

a autoexecutoriedade não é admitida em todas as modalidades de atos administrativos, sendo possível apenas: 1. quando expressamente prevista em lei. Em matéria de contratos, por exemplo, a Administração Pública dispõe de várias medidas autoexecutórias, como a retenção de caução, a utilização dos equipamentos e instalações do contratado para dar continuidade à execução do contrato, a encampação etc.; também em matéria de polícia administrativa, a lei prevê medidas autoexecutórias, como a apreensão de mercadorias, o fechamento de casas noturnas, a cassação de licença para dirigir; 2. quando se trata de medida urgente que, caso não adotada de imediato, possa ocasionar prejuízo maior para o interesse

público; isso acontece no âmbito também da polícia administrativa, podendo-se citar, como exemplo, a demolição de prédio que ameaça ruir, o internamento de pessoa com doença contagiosa, a dissolução de reunião que ponha em risco a segurança de pessoas e coisas (Direito Administrativo, 25ª edição).

Pode-se afirmar que a doutrina e a jurisprudência reconhecem cada vez mais à Administração, sobretudo no que concerne aos atos de polícia, o poder de executar direta e imediatamente seus atos imperativos, podendo, no caso de forte controvérsia, buscar a via judicial.

CAPÍTULO 2

DESVIO DE FINALIDADE E ABUSO DE PODER

Como já vimos, valendo-se de poderes de que dispõe e que lhe garantem posição de supremacia em face do particular, A Administração Pública deve limitar esses poderes e se submeter ao princípio da legalidade.

Isso equivale dizer que esses poderes devem estar em consonância com o sistema jurídico vigente, não podendo o administrador público ultrapassar esses limites, sob pena de incorrer em ilegalidade.

Nesse aspecto, tem-se que o poder da Administração é vinculado, uma vez que, diante de determinadas situações e presentes os requisitos, a Administração deve agir e, diante de um poder tido como vinculado, surge para o particular um direito subjetivo.

Quando a lei deixa de prever algumas hipóteses, abre espaço para que o administrador público, avaliando cada caso concreto, apreciando-o segundo critérios de oportunidade e conveniência, adote uma ou outra solução possível, que deve ser válida perante o direito. Estamos então diante do poder discricionário da Administração Pública.

Todavia, esse poder discricionário da Administração não é totalmente livre, pois quanto à sua competência, forma e finalidade a lei impõe certas limitações.

Na medida em que a Administração extrapola esses limites de razoabilidade, sua decisão passa a ser arbitrária.

Podemos afirmar então que o ato vinculado é analisado tão somente sob o aspecto da legalidade e do mérito.

Leciona **FAGUNDES** (1984:131), quando ao mérito, diz que:

o mérito se relaciona com a intimidade do ato administrativo, concerne ao seu valor intrínseco, à sua valorização sob critérios comparativos. Ao ângulo do merecimento, não se diz que o ato é ilegal ou legal, senão que é ou não é o que devia ser, que é bom ou mau, que é pior ou melhor de que outro. E por isto é que os administrativistas o conceituam, uniformemente, como o aspecto do ato administrativo, relativo à conveniência, à oportunidade, à utilidade intrínseca do ato, à sua justiça, à sua finalidade, aos princípios da boa gestão, à obtenção dos desígnios genéricos e específicos, inspiradores da atividade estatal.

No estudo da teoria do abuso de poder, temos duas figuras que bem exemplificam sua ocorrência: O excesso de poder e o desvio de poder ou desvio de finalidade.

O Excesso de Poder é a situação em que a autoridade competente realiza o ato extrapolando os limites da autorização legal;

Quando ocorre excesso de poder, tem-se um vício que incide sobre o ato administrativo, capaz de provocar a nulidade do mesmo, seja quanto o seu objeto, motivo, finalidade e competência.

Hely Lopes **MEIRELLES** sustenta que o abuso de poder, revestido por ato comissivo ou omissivo, “ocorre quando a autoridade, embora competente para praticar o ato, ultrapassa os limites de suas atribuições ou se desvia das finalidades administrativas”. (op. Cit. P. 106).

O abuso de poder compreenderia, assim, a prática de atos com desvio de finalidade e excesso de poder.

Há desvio de finalidade quando o ato administrativo realizado pela autoridade competente tem por objetivo alcançar finalidade diversa, interesses outros, afastando-se do interesse público.

O desvio de finalidade pode apresentar-se de duas formas: desvio de finalidade em sentido amplo, quando o administrador público deixa de observar o interesse público primário e passa a observar interesses particulares, favorecendo ou privilegiando pessoas ou grupos econômicos. Desvio de finalidade em sentido estrito, quando o administrador público, diante de um caso específico como, por exemplo, no caso de desapropriação de área para construção de escola, decide construir um posto de saúde.

Um exemplo clássico de desvio de finalidade, em sentido amplo, é o caso do administrador público que promove a desapropriação de uma área particular, por motivo de perseguição política a um desafeto.

O desvio de finalidade implica na violação da lei.

A utilização de meios coativos por parte da Administração é, sem dúvida, medida necessária à garantia da manutenção dos interesses públicos.

No entanto, espera-se que haja um limite para o exercício dessa prerrogativa, devendo os agentes públicos atuar com extrema cautela, jamais recorrendo a métodos mais enérgicos que os necessários à obtenção do resultado pretendido, sob pena de incorrer em crime, o que ensejará responsabilidade da Administração.

Celso Antônio **BANDEIRA DE MELLO**, assinala que esse eventual excesso pode se apresentar de dois modos:

- a) a intensidade da medida é maior que a necessária para a compulsão do obrigado; b) a extensão da medida é maior que a necessária para a obtenção dos resultados lícitamente perseguíveis. (*in* Curso de Direito Administrativo, 29ª edição, Malheiros Editores).

O mesmo autor exemplifica ambas hipóteses trazendo, como exemplo da primeira, o emprego de violência para dissolver reunião não autorizada, porém pacífica e, quanto a segunda, a apreensão de toda uma edição de jornal ou revista, prejudicial à tranquilidade ou moralidade, quando seria suficiente proibir ou obstar sua

distribuição unicamente nas regiões ou locais onde sua divulgação fosse passível de ofender o bem jurídico defendido.

Verificadas as ocorrências de desvio de finalidade, abuso ou excesso de poder, como já vimos, haverá violação da ordem jurídica, caracterizado o vício que anulará o ato administrativo.

Na lição de Diógenes **GASPARINI**: “toda ação que torna irregular a execução do ato administrativo, legal ou ilegal, propicia, contra seu autor, medidas disciplinares, civis e criminais”. (op. Cit. P. 50).

Caberá ao Poder Judiciário invalidar o ato, porque a autoridade ultrapassou o espaço livre deixado pela lei e invadiu o campo da legalidade (Maria Sylvia Zanella **DI PIETRO**, *in* Direito Administrativo, 25ª edição, Editora Atlas).

Na apuração da ocorrência de nulidade do ato, seja por desvio de finalidade, abuso ou excesso de poder, em sendo verificada também a ocorrência de violação dos direitos fundamentais, poderá a autoridade judiciária concluir também pela ocorrência de crime de abuso de autoridade, sujeitando o administrador público às sanções previstas na Lei 4.898/65, alterada pela Lei 6.657/79.

CONCLUSÃO

Cabe ao Estado, como sociedade política e organizada, através de seus organismos, garantir a segurança, a justiça, o bem-estar econômico e social, cumprindo assim sua finalidade.

Para o fiel cumprimento de sua missão, necessita de agentes públicos, que estejam investidos de prerrogativas essenciais ao exercício da função, conforme dispõe a lei.

O interesse público não pode sucumbir diante do interesse particular, todavia, vimos que o Estado, não pode, em nome da supremacia do interesse público, deixar de observar a Constituição Federal e as Leis.

Há que se preservar a harmonia entre os direitos e interesses, justificando-se a regulação das atividades dos particulares, a fim de evitar-se danos sociais.

Tem-se, assim, a grande relevância do Poder de Polícia, que por meio de seus agentes visa garantir esse equilíbrio em nossa sociedade.

É certo, como já demonstrado, que o Estado, desprovido do Poder de Polícia, sucumbiria diante do interesse particular, jamais alcançaria sua finalidade.

Entre todos os temas abordados no presente trabalho, deve-se ressaltar os valores e os fins perseguidos pelo Estado Democrático de Direito.

Não podemos olvidar que o poder-dever exercido pela Administração, por meio da polícia administrativa, intervém na esfera privada sim, devendo ter como único objetivo zelar pelo bem-estar de toda a sociedade.

REFERÊNCIAS

MEIRELLES, H. L. Direito Administrativo Brasileiro. 38ª edição. Malheiros Editores, 2012.

DI PIETRO, M. S. Z.. Direito Administrativo. 25ª edição. Editora Atlas, 2011.

MELLO, C. A. B. Curso de Direito Administrativo. 29ª edição. Malheiros Editores. 2012.

CRETELLA JÚNIOR, J. Direito Administrativo Brasileiro. Rio de Janeiro. Forense, 1999.

CARVALHO FILHO, J. S. Direito Administrativo. 4ª edição. Rio de Janeiro. Editora Lúmem Júris, 1999.

FARIA, E. F., Curso de Direito Administrativo Positivo. 3ª edição, revista, atualizada e ampliada. Belo Horizonte. Del Rey, 2000.

MOREIRA NETO, D. F. Curso de Direito Administrativo. 9ª edição. Rio de Janeiro. Forense. 1990.

SUNDFELD, C. A. Direito Administrativo Ordenador. 1ª edição. 1ª Tiragem. São Paulo. Malheiros. 1997.