



**FACULDADE METROPOLITANA SÃO CARLOS – FAMESC – CURSO DE  
GRADUAÇÃO EM DIREITO - BOM JESUS DO ITABAPOANA - RJ**

**VALDEYR DE SOUZA PAULA**

**NOÇÃO CLÁSICA DO PODER DE POLÍCIA**

**BOM JESUS DO ITABAPOANA**

Junho 2016

**VALDEYR DE SOUZA PAULA**

**NOÇÃO CLÁSSICA DO PODER DE POLÍCIA**

Monografia apresentada como parte dos requisitos para aprovação na disciplina do curso de Bacharel em Direito da Faculdade Metropolitana São Carlos – Famesc-Bji. Orientado pelo Prof. Dr. Auner Pereira Carneiro.

**Bom Jesus do Itabapoana – RJ**

**Junho 2016**

# VALDEYR DE SOUZA PAULA

## FICHA CATALOGRÁFICA

Faculdade Metropolitana São Carlos – FAMESC  
Preparada pela Biblioteca Marlene Henriques Alves  
33/2016

P324n Paula, Valdeyr de Souza.  
Noção clássica do poder de polícia / Valdeyr de Soza Paula. – Bom Jesus do Itabapoana, RJ, 2016.  
56 f.  
  
Monografia (Graduação em Direito) – Faculdade Metropolitana São Carlos. Bom Jesus do Itabapoana, 2016.  
Orientador: Auner Pereira Carneiro.  
Bibliografia: f. 53-56.  
  
1. PODER DE POLÍCIA 2. HISTÓRIA 3. NOÇÃO CLÁSSICA – EXCESSO DE PODER I. Faculdade Metropolitana São Carlos II. Título.

CDD 347.81016

# VALDEYR DE SOUZA PAULA

## NOÇÃO CLÁSSICA DO PODER DE POLÍCIA

Monografia aprovada em \_\_\_\_/\_\_\_\_/\_\_\_\_ para obtenção do título de bacharel em direito

Monografia aprovada em \_\_\_\_/\_\_\_\_/\_\_\_\_

Formatação ( ) \_\_\_\_\_

Nota Final ( ) \_\_\_\_\_

---

Prof. Dr. Auner Pereira Carneiro - Orientador

---

Oswaldo Moreira Ferreira

---

Marcelo Lannes Santucci

## DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho:

Aos meus pais: Crivaldo de Paula e Anna Maria de Souza Paula (*in memoriam*), pela demonstração de amor e carinho.

À minha linda esposa, Ana Lúcia pelo apoio incondicional.

Aos meus filhos: Tomás e Analiza, que todos os dias me enchem de orgulho e alegria.

## **AGRADECIMENTOS:**

Ao Professor Dr. Auner Pereira Carneiro que muito além da orientação segura, oferece aos seus alunos a possibilidade de desfrutar de sua experiência e preciosa amizade.

Ao amigo Prof. Emerson Tinoco, pelo incentivo e auxílio imprescindíveis para a concretização deste sonho acadêmico.

## EPÍGRAFE

“A vida é um presente de Deus, mas saber viver é um presente da sabedoria”.

(Monsour Challita)

## **RESUMO**

O presente trabalho tem, por objetivo, fazer uma análise sobre o poder de polícia. A pesquisa inicia-se trazendo à lembrança as principais características do Instituto, suas histórias mais remota, fazendo um tour, pela Grécia, Roma e Idade média, passando pelos seus conceitos, características, atributos, e pelas principais críticas que o tema enfrentou para então. Identificando-se ainda o uso e abuso de poder.

Palavra chave: poder de polícia, história, noção clássica, excesso de poder.

## **ABSTRAC**

This work has the objective of making an analysis of the police power. The search starts bringing to mind the main features of the Institute, his earliest stories, doing a tour, Greece, Rome, Middle Ages, passing through its concepts, characteristics, attributes, and the main criticisms that the issue faced and then . Identifying themselves yet the use and abuse of power.

Keyword: police power, history, classical notion, too much power.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>11</b>
<b>1- ORIGEM - HISTÓRICO DE PODER DE POLÍCIA</b>	
I.1 – Origem da expressão “Poder de Polícia” .....	14
I.2 – O Poder de Polícia na Grécia.....	16
I.3 - O Poder de Polícia em Roma. ....	19
I.4 - O Poder de Polícia na Idade Média.....	21
<b>2- A NOÇÃO CLÁSSICA DO PODER DE POLÍCIA</b>	
2.1 Conceitos.....	23
2.2 Características e Atributos. ....	30
2.3– Supremacia Geral. ....	31
2.4– Competência. ....	32
2.5– Atividade predominante negativa .....	33
2.6– Atividade preventiva/repressiva .....	34
2.7– Atividade discricionária/vinculada .....	37
<b>3- DO ABUSO DE PODER .....</b>	<b>41</b>
3.1 Do abuso de poder .....	41
3.1.1- conceito.....	41
3.2 – Formas de abuso de poder.....	45
3.3 – Excesso de poder e desvio de finalidade .....	46
3.3.1 – Origem do desvio de poder.....	48
3.3.2 – Características de desvio de poder. ....	49
3.3.3 – Prova .....	50
3.4 – Princípio da proporcionalidade .....	51
<b>4- Conclusões. ....</b>	<b>52</b>
<b>Referências .....</b>	<b>53</b>



## INTRODUÇÃO

O poder de polícia é, a um tempo, um dos mais clássicos e um dos mais contemporâneos temas de Direito Administrativo. Permeado de grandes controvérsias, o estudo deste instituto vem merecendo hodiernamente uma releitura acurada.

Isto porque, a complexidade da vida pós-moderna, especialmente nos grandes centros urbanos, fez com que houvesse profundas modificações no modo do exercício dos direitos fundamentais e também nas formas de intervenção do Estado em sua função de limitar e equilibrar o exercício das liberdades e direitos.

A questão central a ser enfrentada nesta pesquisa, é a busca nas origens do instituto, em sua história e desenvolvimento e, principalmente, na compreensão de sua importância contemporânea, do modo adequado de utilização deste importante mecanismo de proteção do sistema social.

Observe-se que se por um lado resta indiscutível e consagrada a importância da proteção ao exercício dos direitos e liberdades individuais, não se olvida que tais valores não podem ser tratados como absolutos, sob pena de se tornarem eles mesmos nocivos à coletividade.

Com efeito, é da natureza do homem a pretensão de sobrepor-se ao outro, num movimento de imposição do seu “eu”. Diego de Figueiredo, (2009, p.441), já advertia que:

Numa palavra, o “eu” tem duas qualidades. É injusto em si por se fazer o centro de tudo. É incômodo aos outros por querer subjugá-los, porque cada “eu” é inimigo e gostaria de ser tirano de todos os outros.

“Com efeito, a convivência em qualquer espécie de agrupamento humano reclama como condição fundamental a sua estabilidade, a adoção de um regramento das condutas de seus integrantes”. Espinoza Baruch, (1994,24/25).

É por isto que o exercício das liberdades e direitos precisa encontrar limites. Mas limites que sejam impostos pelo real interesse público, apurado em meio a um contexto moderno, que privilegia de fato as novas formas de organização social e as necessidades de controle das mais variadas espécies de comunidades.

Para a consecução deste interesse público moderno e específico, cujo conceito preciso será objeto de análise mais aprofundada, tendo em vista sua especial implicação para o estudo que fazemos, é investido o Estado de supremacia sobre o particular, cingindo-se de poderes limitadores e impositivos de comportamentos, no intuito de estabelecer um equilíbrio na convivência comum e evitar o caos generalizado. “A imposição de limitações administrativas é, pois, questão vital à convivência social”. Celso Antônio Mello, (2006, p. 776).

O exercício do poder de polícia tem sua importância evidenciada na medida em que se apresenta como um dos mais importantes mecanismos do Direito para preservação da sociedade organizada.

Nas palavras de Marçal Justen Filho, (2008, p.459):

A satisfação dos direitos fundamentais compreende uma atuação estatal conformadora da autonomia privada.

“Com efeito, é típico de qualquer ordenamento jurídico que existam mecanismos que tenham como objetivo dar contornos aos direitos fundamentais e o poder de polícia colocam-se justamente no ponto de atrito entre a liberdade e a autoridade, entre o Estado e o indivíduo”. Odete Meduar, (1996, p. 814).

“Na medida em que a individualidade ganha força no sistema social, impondo-se frente às decisões centrais, torna-se necessário o surgimento de estruturas normativas e práticas que nada mais são do que sistemas auto inibidores”. Jurgen Habermas, (1999, p. 26).

Através do poder de polícia o Estado realiza o que Clóvis Beznos, (1979, p. 66), denominou de “entropia negativa”, ou seja, a característica dos sistemas vivos de procurarem sua autopreservação, fugindo da tendência natural de degenerar-se com o tempo.

Será demonstrado também que para cumprir sua finalidade de atender ao interesse público e alcançar o bem estar comum, o Estado exerce seus poderes adstritos a dois parâmetros: suas prerrogativas e sua sujeição aos limites legais.

Tem o poder de polícia, portanto, um caráter positivo intrínseco de produção de equilíbrio da convivência social, característica esta, de importância exponencial na sociedade moderna, organizada de modo cada vez mais denso do ponto de vista demográfico.

Por meio da análise do tema através do tempo, verificaremos que, em detrimento das mazelas que o abuso do poder produziu, a imposição de limites é vital a sociedade. Neste sentido, Maria Sylvia Zanella Di Pietro, (2007, p. 101), lançando mão dos ensinamentos de Zanobini lembra que

...a ideia de limite surge do próprio conceito de direito subjetivo: tudo aquilo que é juridicamente garantido é também juridicamente limitado.

Oscilando entre períodos de intromissão máxima e até mesmo despótica, até a ideia de não intervenção na propriedade e na vida privada, o exercício do poder de polícia parece hoje caminhar na direção do estabelecimento de uma nova fórmula no relacionamento entre o particular e o Estado, em que a imposição de limites é exercida de modo legitimado, através da utilização de mecanismos democráticos que estimulem a participação do indivíduo na solução dos problemas locais, regionais e até nacionais.

# 1 ORIGEM - HISTÓRICA DO PODER DE POLÍCIA

## 1.1 Origem da expressão Poder de Polícia

Carlos Maximiliano (2010, p. 112), em sua obra clássica “hermenêutica e aplicação do direito” ensina que:

Não é possível manejar com desembaraço, aprender a fundo uma ciência que se relaciona com a vida do homem em sociedade, sem adquirir antes o preparo propedêutico indispensável.

Neste capítulo busca-se na história, narrada pela doutrina mais sólida, os elementos necessários ao correto entendimento deste importante mecanismo posto a disposição do Estado. Por isso, começaremos pelas origens mais remotas do instituto.

O poder de polícia surgiu da necessidade de ordenação do convívio coletivo e se desenvolvem não somente acompanhado a evolução dos direitos individuais e sociais, cumprindo sempre o papel primordial de preservar a estrutura social dos povos e a existência do próprio Estado.

Para Edmir Netto de Araújo, (2010, p 1045), “apontar o Direito Americano como origem da expressão “poder de polícia”, onde o termo “Police Power” foi cunhado pela jurisprudência em cases em que as Cortes atuaram no sentido de reconhecer a limitação das liberdades em favor da prevalência do interesse coletivo”.

“Com base nos poderes residuais, os Estados-Membros americanos passaram a desenvolver uma competência legislativa que tinha como função limitar os direitos privados em favor dos direitos coletivos, o que caracterizava bem como o “Police Power” era compreendido no direito Norte-Americano”. Caio Tácito, (1987, p. 101).

“Diferentes dos países europeus, que se utilizavam da expressão poder de polícia tão somente vinculado a proteção da saúde, segurança e moralidade, nos Estados Unidos, o “Police Power” abrangia também os interesses econômicos e sociais, incluindo a atividade legislativa”. Luiz Fonseca Pires, (2006, p. 148). Tal opinião, porém não é unânime.

Para Bartolomeu Fiorini, (1976, p. 18), por exemplo, “já na França do século IV a expressão “polícia” foi utilizada para designar as atividades do Estado, no seu sentido mais amplo. Neste período a polícia se reduzia a uma atividade municipal destinada a organização dos lugares públicos e das propriedades públicas, dando origem ao que se denominou “ordem pública””.

Já para Odete Meduar (1996, p. 815), “foi na França do século XVIII que apareceu primeiramente a expressão polícia, já ligada a ideia de “polícia administrativa”, tendo sido utilizado no 3º Brumário em 1795”. Com efeito, o documento faz expressa menção a duas modalidades de polícia: a judiciária e a administrativa.

Cabe aqui abrir um parêntesis para destacar o importante registro trazido pela autora Odete Meduar, (1999, p. 365), no sentido de que;

No Brasil, a Constituição de 1.824 já fazia menção a posturas municipais a serem exercidas pelas Câmaras Municipais; e uma Lei de 1º de janeiro de 1.828 já trazia a expressão “postura policiais” referindo-se a estas atividades. Para Ela o pioneiro na utilização da expressão poder de polícia no direito brasileiro foi Rui Barbosa, em 1.945, seguido por Aurelino Leal que em 1.918 lançou o livro “Polícia e Poder de Polícia”, fixando a expressão no direito pátrio.

Retornando a linha de raciocínio, Eros Graus (1993, p. 94), entende que “foi na França que surgiu a expressão, poder de polícia”.

“Uma vez confirmada a expressão pelos franceses, sua utilização rapidamente se espalhou pelas “comunas” europeias, que passaram a empregar o poder de polícia do modo como entende-se hoje, fica registrado ainda que foram nestas comunidades que os administradores lançaram mão de instrumentos típicos de polícia administrativa tais como a licença para construir, a fiscalização de profissões, polícia sanitária e outros próprios da vida urbana”. Odete Meduar, (1997, p. 365).

Otto Mayer, (1950 pp 03/04), aliais, faz registro no mesmo sentido, confirmando que “foi na época do Renascimento que a ideia de polícia ganhou força na Europa, ligada ao controle das atividades praticadas nas cidades, tendo tomado proporções de âmbito regional e nacional apenas com o início da era moderna”.

Edmir Neto de Araújo (2010, p. 1045), ressalva, que a expressão “polícia” “advém de um período da Grécia antiga, onde a expressão polis que designava os argumentos urbanos da época deu origem a ideia de politeia, ou atividade administrativa, donde derivou a palavra polícia”.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2007, p. 102), caminha no mesmo sentido, identificando no radical grego *politeia* a origem da expressão “poder de polícia”.

De fato, sua procedência do grupo polis, que faz remissão à ideia de ordenação da cidade antiga, explica a estreita relação entre a polícia e a Administração que se propagou até o fim da Idade Média.

Caio Tácito vai ainda mais longe ao expressar que:

Etimologicamente, o vocábulo se confunde com a própria organização da comunidade. Polícia (do grego politeia, por intermédio do latim politia) equivale à administração da cidade (polis).

De fato, verifica-se que as noções de polícia e de Estado se confundem em muitos momentos da história, o que por si só já deixa entrever a importância do estudo deste tema para o Direito Administrativo.

Na busca pelo melhor entendimento da matéria, começaremos por examiná-la justamente naquele que é apontado como seu ponto de partida, a Grécia antiga.

## **1.2 O Poder De Polícia na Grécia.**

Segundo Luis Pires Manoel Fonseca, (2006, p 134), “nas cidades da Grécia, política e polícia eram noções inseparáveis. O termo politeia aglutinava todas as atividades administrativas das cidades-estados, sendo certo que somente muito tempo depois é que as funções do Estado foram distinguidas”.

Neste período tudo pertencia a polis inclusive o próprio cidadão. Tudo estava à disposição do Estado, não havendo nada imune à intromissão estatal, nem mesmo a

privacidade. “O Estado determinava como vestir, como se comportar, no que deve ocupar, chegando ao extremo de haver leis proibindo o cidadão de se barbear, ou de beber vinho, por exemplo,”. (Clovis Beznos, (1979, p. 01)

Fiorine Bartolone, (1979, p. 03), pondera que “a ausência de separação entre o público e o privado fazia com que o poder do Estado, exercido nas polis grega, se imiscuísse em todas as esferas, mesmo as mais restritas, até mesmo nos sentimentos afetivos”. O direito e a atividade policial grega eram totalmente difusos, marcados pela intromissão nas mais insignificantes atividades particulares.

“De fato, na Grécia o homem não desfrutava qualquer liberdade, não podendo se aludir a qualquer direito individual. O homem vivia para o Estado e se realizava nele. Só tinha valor enquanto ligado à comunidade, como membro dela, encontrando nela sua identidade”. Luc Ferry, (2009, pp. 145 e 146).

Cumprido mesmo ressaltar que a própria noção de que a Grécia Antiga foi o “Berço da Democracia” deve ser adotada com ressalvas, pois a verdade é que o exercício democrático praticado à época em muito pouco se assemelha ao exercício moderno de democracia.

Conforme a lição de Sahib Maluf (2008, p. 105):

O próprio Estado ateniense, no auge de sua glória, sob a Liderança de Péricles apresentava, na sua população de meio milhão de habitantes, cerca de 60% de escravo, sem direitos políticos de qualquer espécie, além de cerca de 20.000 estrangeiros. Resumiam-se a pouco mais de 40.000 os cidadãos que governavam Atenas e constituíam a soberania do Estado.

Não havia entre os gregos a preocupação de equacionar o interesse individual com o seu comum, uma vez que o indivíduo não passava de mais de um dos bens da polis.

Segundo Fiorini, Bartolone, (1962, pp. 25 e 26)

O homem na antiga polis grega não possuía qualquer valor senão como integrante da coletividade. Não possuía valor individual. A noção de pólis só se referia às necessidades da coletividade. A coletividade era a cidade. O cidadão era simples elemento da polis, sem personalidade. Os gregos guardavam um sentido harmonioso de unidade da polis, que era característica cultural, porém, a vontade pessoal era quase totalmente alijada.

Os cidadãos helênicos viviam de forma privilegiada e tinham suas necessidades quase todas satisfeitas pela polis e pelo trabalho dos escravos, não considerados, como vimos, seus membros.

Neste sentido Clóvis Beznos (1979, p. 06) diz que

o grego da Cidade-Estado não tinha, efetivamente, a menor noção da liberdade individual, donde se conclui ser inconcebível em tal época a noção jurídica de pólis administrativa, como hoje a compreendemos.

Relata Luis Manoel Fonseca Pires (2006, p. 135) “percebe-se, portanto, que a expressão pólis, em sua origem, em nada se assemelha a acepção moderna dos termos uma vez que na Grécia, direitos individuais não eram levados em conta”.

A despeito da contundência da afirmação, pondera-se que, apesar de a polis grega catalisarem todas as necessidades dos indivíduos e satisfazê-las física e espiritualmente, a guerra com outros povos e o atrito com os escravos fez surgir a necessidade de certo “poder de pólis”, fazendo crer que equivocadamente se afirma que os gregos desconhecem totalmente os direitos individuais. Sendo estes direitos individuais introduzidos progressivamente na sociedade grega.

Segundo Fiorini, Bartolone (1962, pp. 26 e 27), “com o tempo foi estabelecida alguma segurança individual, em razão do desenvolvimento comercial de Atenas e o surgimento de alguma produção artesanal, que remetem à existência de um embrião do direito individual”.

### 1.3 O Poder de Polícia em Roma.

Diferentemente de que ocorrem com os gregos, os romanos realmente experimentaram as primeiras noções do poder de polícia do modo como o compreendemos hodiernamente, muito embora, é claro dentro do contexto da época.

Conforme registra Sahid Maluf (2008, p. 111):

O Estado romano, muito semelhante ao Estado grego, tinha suas características peculiares: distinguia o direito da moral, limitando-se à segurança da ordem pública; a propriedade privada era um direito quiritário que o estado tinha em garantir; o homem gozava de relativa liberdade em face do poder estatal, não sendo obrigado, praticamente, a fazer ou deixar de fazer alguma coisa em virtude da lei; o Estado era havido como nação organizada; a vontade nacional era parte legítima do Direito.

É fato que sob vários aspectos as cidades romanas se assemelham a polis grega. Porém, o grande desenvolvimento do Império Romano, sua riqueza e a grande quantidade de escravos deram causa ao surgimento de um legado até hoje utilizado, qual seja, a separação entre o privilégio “jus publicus” e o privado “jus privatus”.

Fiorine, Bartolone (1962, pp. 28 e 29), pondera que

A distinção do direito público em relação ao direito privado em Roma está, portanto, na base de sua construção jurídica e a polícia administrativa foi o instrumento utilizado para fazer prevalecer o direito público, muito embora com ênfase maior na propriedade do que em relação à pessoa do proprietário.

Segundo Beznos, Clovis, (1979, pp. 30 e 31) “os negócios entre os particulares e à propriedade fez brotar ainda a noção de que o prometido deveria ser cumprido, restando a um magistrado a função de zelar para que isso ocorresse”.

Surgiu ainda a noção de direito adquirido, como expressão da realização do direito subjetivo que se realizou de modo completo. O direito romano confere ao indivíduo o direito

de conquistar riquezas e impõe ao Estado o dever de respeitar a riqueza particular adquirida na forma permitida.

Em razão deste respeito do direito romano pelo direito adquirido e pelas atividades lucrativas dos indivíduos, ganhou força e importância a função de conotação jurídica. Na verdade o reconhecimento dos direitos individuais representava a afirmação do próprio império em toda sua extensão.

Também nesta época, surgiu entre os romanos a necessidade de regulação dos espaços entre os prédios das “citadinas”, restringindo o direito que tinham os proprietários de abrir janelas voltadas para as propriedades vizinhas ou de obstruir as janelas destes.

Segundo Beznos, Clovis, (1979, pp, 8 e 9), “ Em Roma, a função policial foi exercida também com o objetivo de proteger o particular da força esmagadora dos credores e das atividades que eram exercidas de forma a provocar exagerado aumento de preço das mercadorias”.

Porém, tanto Fiorini (1962, p. 33), como Beznos (1979, pp 10 e 11), ressaltam que este alto grau de exercício do direito privado, ao ponto de provocar sua limitação através do poder de polícia , restringir-se a denominada “época de ouro do império romano”, sendo certo que após este período tais direitos foram sufocados pela arbitrariedade.

Assim como na Grécia, Roma também teve seus altos e baixos. Em detrimento, porém, de todos os problemas romanos, a função policial se firmou como ponto de equilíbrio entre o indivíduo e o bem comum.

Certo é que, apesar das oscilações, o direito romano insculpiu o poder de polícia como instrumento para imposição de um ponto de equilíbrio entre os interesses individuais e os interesses coletivos.

#### 1.4 – O Poder de polícia na Idade Média.

Tida por diversos historiadores como uma época de total obscurantismo e ignorância, Idade Média ou “Período Feudal” tem início no século V com a queda do Império Romano do ocidente e se estendeu até ao século XV com o Renascimento Cultural e Expansão Moderna.

Neste período, de modo geral, não eram reconhecidos direitos individuais. É bem verdade que os senhores feudais, que exerciam o poder de polícia, reconheciam alguns direitos aos seus pares e súditos, mas apenas porque, sem o reconhecimento de um mínimo de direitos não haveria ordem.

Conforme destaca Ferreira, (2007, p. 354)

Como o poder de polícia abrangia neste período todas as ações estatais, pretensamente visando o bem estar da comunidade e a garantia da segurança, é certo dizer que na Idade Média, as noções de Estado e polícia são inseparáveis.

Cassagne, (2000, p. 45), complementa, “só não estavam abrangidos na noção de polícia os aspectos ligados aos conceitos de moral e religião, assuntos adstritos aos domínios da Igreja”.

Afirma Fiorine, (1962, pp.34 e 35):

Através da polícia era mantida a ordem num ambiente desigual, sem que fosse levada em conta a vida das pessoas. Os indivíduos faziam parte dos vários feudos, onde viviam segundo a “vontade divina”. Como a condição de vida era imposta de forma fatalista, pela vontade superior, o indivíduo não possuía um valor absoluto para justificar uma relação de equilíbrio. As vontades particulares, na verdade, estavam submetidas à vontade divina. Tudo estava a serviço da vontade divina.

Segundo Benzo (1979, pp. 13/14), “neste período viceja o denominado “ius police”, voltado a regular o que fosse necessário à ordem pública”. A noção de polícia compreendia a atuação da autoridade do Estado, sem qualquer limitação na busca pela ordem social, só não abrangendo as questões atinentes à moral e a religião, adstritas às autoridades sacras.

O poder de Deus era representado na terra pela figura do Papa, que exercia seu poder sobre as coisas religiosas, e aceitava que os príncipes se ocupassem com as questões temporais, se tornando representantes dos Papas nestes assuntos. Neste contexto, o valor do indivíduo comum era nulo, sendo certo que sequer dispunha sobre sua vontade.

Fiorini, (1962, p. 36), descreve que: “para a Igreja da época, a figura do particular se diluía na órbita geral, em cumprimento a vontade divina, pois todo ato do poder público representa a vontade de Deus”. Considerava-se o bem comum a sustentação da ordem estabelecida e a atividade policial servia como instrumento de manutenção da ordem revelada por Deus. O indivíduo não era tido como unidade consciente.

Segundo Di Pietro, (2007, p.130), “foi neste período que surgiu a expressão *jus politae* usada justamente para designar os poderes do príncipe. A mesma expressão (*jus politiae*) foi utilizada posteriormente na Alemanha no Século XV, ainda aludindo aos poderes do príncipe”.

Segundo Loyn (1997, p.1045),

A figura marcante do exercício do poder de polícia neste período (já em meados do século XI) foi a do xerife, autoridade administrativa criada pelo Duque Guilherme na Inglaterra, para controlar os senhores feudais, os comerciantes e os camponeses dentro de regiões denominadas “Shires” ou condados, onde exercia o poder de polícia por delegação do rei, inclusive para a cobrança de impostos.

Finaliza Fiorini (1962, p.37),

A despeito desta situação de absoluta submissão dos indivíduos, a idade média é marcada pela aspiração do homem por uma unidade harmoniosa e pelo anseio de liberdade. A idade média se destaca como período onde germinam valores e contradições que abrem caminho para grandes transformações sociais.

## 2 A NOÇÃO CLÁSSICA DO PODER DE POLÍCIA

Realizada a análise do poder de polícia sob o ponto de vista histórico, cumpre apresentar neste capítulo a forma como restou sedimentada o tema na doutrina clássica.

Vale enfatizar neste momento que a designação “doutrina moderna” aqui utilizada, não sugere de forma alguma uma doutrina antiga ou ultrapassada. Muito pelo contrário, o que denominamos “doutrina clássica” corresponde justamente ao posicionamento sobre o tema poder de polícia e que, por seu peso acadêmico, deram forma ao instituto como o conhecemos hoje.

É partindo dos sólidos conceitos e características formuladas por esta doutrina, que poderemos nos habilitar a ponderar sobre a consistência das mesmas, avaliar as principais críticas que lhes são contrapostas.

De um modo geral, portanto, a doutrina clássica corresponde justamente à ideia comum sedimentada que se tem sobre o poder de polícia, conforme passaremos a expor.

### 2.1 Conceitos

Já é sólida a noção segundo a qual uma das atribuições precípua do Estado é a de intervir na vida privada na busca de implementar o bem comum. Gabino Fraga, (1968, p.07), em sua obra clássica já ensinava que;

Si el Estado interviene regulando jurídicamente esa actividad es porque los intereses individuales necesitan ser coordinados a fin de mantener el orden jurídico.

Esta é em geral, a noção de poder de polícia que se sedimentou com o enraizamento dos liberais pós Revolução Francesa e Americana.

Analisando este fenômeno, Caio Tácito, (1987, p. 98), retrata de forma hialina o pensamento clássico;

Na ordem nova da sociedade, retratada nas Declarações de Direito, o Estado opera, unicamente, como fator de equilíbrio nos conflitos entre direitos individuais superiormente protegidos nas Constituições. À autoridade cabe somente um papel negativo, de evitar a perturbação da ordem e assegurar a livre fruição dos direitos de cada um.

Esta competência de arbitragem caracteriza o conceito clássico do poder de polícia, simples processo de concentração de excessos do individualismo. O poder de polícia consiste, em suma, na ação da autoridade pública para fazer cumprir a todos os indivíduos o dever de não perturbar.

A despeito da clareza desta visão, que de certa forma perdura até os nossos dias, a conceituação de poder de polícia não é – como poderia parecer a princípio – uma tarefa mais fácil.

Araújo, (2010, p. 1046) descreve;

Já de início há que se ponderar que existe uma diferença conceitual sobre a abrangência do poder de polícia entre os europeus e os norte-americanos. Para aqueles, o poder de polícia está adstrito a proteção imediata da ordem pública enquanto que para estes, o conceito de poder de polícia tem uma conotação ampla, englobando as mais diversas áreas da vida em sociedade.

Cretella Jr. relata (2000, p. 547) que

A conotação que os americanos dão aos poderes de polícia estende-se para além da simples manutenção da segurança, salubridade e moralidade, alcançando as ordens econômicas e sociais, inclusive com ações de fomento e regulamentação de atividades econômicas.

No mesmo sentido Ferreira (2007, p.356) “nos Estados Unidos a expressão “Police Power” designa de forma especial a legislação pela qual o Estado regula as liberdades em favor do interesse coletivo.”

Segundo Araújo (2010, p.1046), “No Brasil, o conceito de poder de polícia aproxima-se mais da noção norte-americana, sendo amplo o espectro de sua abrangência estabelecendo limites e mecanismo de atuação para as mais diversas atividades”.

Esta perspectiva mais abrangente do conceito de poder de polícia já podia ser observada no posicionamento de Jorge Miranda (1990, p. 14), para quem

É desacertado distinguir entre actos de criação e actos de aplicação do Direito. Com efeito, se deixarmos de lado os casos-limites – a pressuposição da norma fundamental e a execução do acto coercivo – entre os quais se desenvolve o processo jurídico, todo o ato jurídico é simplesmente aplicação de uma norma superior e produção, regulada por esta norma, de uma norma inferior.

Maria Silvia Zanella de Pietro, (1999, p.25), para demonstrar o carácter abrangente como é tomado o poder de polícia no Brasil, ensina que tal atividade é dividida entre o Legislativo e o Executivo, de forma que o Legislativo:

no exercício do poder de polícia que incumbe, ao Estado, cria por lei, as chamadas limitações administrativas ao exercício das atividades públicas e indica as medidas de polícia cabíveis para impor o seu cumprimento; enquanto a Administração: no exercício da parcela que lhe é outorgada do mesmo poder, regulamenta as leis e controla a sua aplicação (...).

Com esta diferenciação, há que se levar em conta que para parte da doutrina brasileira clássica, a expressão poder de polícia pode ser tomada de uma forma ampla, mas no sentido de abranger a legislação que regula os direitos e liberdades, e de forma restrita, através da qual se refere aos atos do Poder Executivo exercidos com a mesma finalidade, podendo ser abstratos ou concretos, Para o professor Celso Antônio Bandeira de Mello (2006, p.780),” aliás, somente estes últimos podem ser tomados como atos de: “polícia administrativa”.

Posto sob esta ótica o poder de polícia pode ser tomado em primeiro lugar em sentido amplo, ou seja, aquele poder conferido pela Constituição para estabelecer, de forma abstrata, “normas de polícia”. Tais restrições são veiculadas por meio de lei justamente para que não

seja ferido o princípio da legalidade que garante que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa, senão em virtude da lei.

Em consonância com estas perspectivas encontramos na doutrina clássica os seguintes conceitos:

Hely Lopes Meirelles (2001, p. 440), vai direto ao ponto quando declara que o poder de polícia é:

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.

Ainda segundo o mesmo autor, o poder de polícia é: “A atividade estatal de condicionar a liberdade e a propriedade ajustando-as aos interesses coletivos designa-se “poder de polícia””.

Clovis Beznos, (1979, p. 104), por sua vez ensina que:

Polícia Administrativa é a atividade exercida sob previsão legal, com fundamento numa supremacia geral da Administração, e que tem por objeto ou reconhecer os confins do direito, através de um processo, meramente interpretativo, quando derivada de uma competência vinculada, ou, delinear os contornos dos direitos, assegurados no sistema normativo, quando resultante de uma competência discricionária, a fim de adequá-los aos demais valores albergados no mesmo sistema, impondo aos administrados uma obrigação de não fazer”.

Na visão de Maria Sylvania Zanella Di Pietro, (2007, p. 104), o poder de polícia é a atividade do Estado consistente em limitar o exercício dos indivíduos individuais em benefícios do interesse público.

Diego de Figueiredo Moreira Neto (2009, p. 442), ao seu estilo, entende que:

denomina-se polícia a função administrativa que tem por objeto aplicar concreta, direta e imediatamente as limitações e os condicionamentos legais ao exercício de direitos fundamentais, compatibilizando-os com interesses públicos, também legalmente definidos, com a finalidade de possibilitar uma convivência ordeira e valiosa.

Esta concepção funcional do poder de polícia adequa-se perfeitamente aos ensinamentos de Jorge Miranda (1990, p.03), que explica de forma precisa que:

São dois os sentidos possíveis de função de Estado: como tarefa ou incumbência, correspondente a certa necessidade coletiva ou certa zona de vida social; e como atividade com características próprias, modo de o poder de polícia se projetar em ação.

De acordo com Jorge Miranda (1990, p. 03). “É justamente a imposição destes limites que estabelece os contornos do direito, tornando-o compatível com o exercício do direito das demais pessoas e com os fins que o Estado deve buscar, ou seja, o interesse público”.

O poder de polícia para Odete Meduar (1999, p. 364), “é substancialmente: “a atividade da Administração que impõe limites aos exercícios de direitos e liberdades”.

Para Diógenes Gasparini (2002, p.p. 118/119) o poder de polícia traduz-se em uma atribuição de que:

dispõe a Administração Pública para condicionar o uso, o gozo e a disposição da propriedade e o exercício da liberdade dos administrados no interesse público ou social.

Na doutrina estrangeira também podemos encontrar a mesma noção. Para Bartolone A. Fiorini, (1962, p.21):

A função policial se manifesta como a política de equilíbrio necessário, cada vez que a relação entre indivíduo e bem comum apresenta algum desequilíbrio que ponha em crise ou perigo a segurança da ordem imposta.

Otto Mayer, também adepto a um conceito amplo, entendia que:

La policía es la atividade del Estado que tienes por la defensa del buen orden de la cosa publica, mediante los recursos del poder de la autoridad, contra las perturbaciones que las existências individuales pueden ocasionar.

Nota-se nestes conceitos que poder de polícia expressa uma função de Estado, independentemente dos meios que a expressa, que variam para que ela seja empregada da forma possível.

A importância desta classificação do poder de polícia como função é trazer a lume quais os seus dados permanentes, qual sua natureza ontológica. A polícia administrativa, na visão clássica, tem sempre a mesma finalidade, muito embora formas variadas de execução. É justamente finalidade permanente que indica o objeto de uma função e a individualiza.

Neste prisma para Ramón Vasquez o poder de polícia é:

a ação do Estado a limitar coercivamente, dentro de uma sociedade organizada juridicamente, a atividade individual – que se fosse abrangente poderia atentar contra os interesses e a vida dos membros da coletividade e dos indivíduos mesmos.

Nota-se que na mesma linha de Fiorini, Varquez entende que o poder de polícia representa simultaneamente uma função e um poder. Este poder se apresenta em forma de normas que visam assegurar e promover o bem-estar social, mas também a propriedade e a felicidade geral, por meio das restrições necessárias através de atos materiais.

Odeto Meduar (1999,p. 367), complementa:

Com efeito, fortemente influenciado pela doutrina liberal, a doutrina clássica apresenta o poder de polícia como uma atividade tipicamente administrativa, adstrita a previsão legal que a subordina e, portanto, sujeita ao controle jurisdicional, que não implica a assunção pelo Estado da atividade sob a incidência deste poder. Ele impõe ainda uma dicotomia entre o direito abstrato e o exercício concreto deste direito, uma vez que o limita, sendo exercido com autoridade, mediante a qual lhe é lícito impor sanções no caso de descumprimento de suas ordens.

Destaca-se ainda, o conceito de poder de polícia trazido pela Lei 5.172, de 25 de outubro de 1.966 denomina do Código Tributário Nacional pelo Ato Complementar nº 36/37 assim disposto em seu artigo 78.

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 tranquilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos, à tranquilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos.

Nota-se que a abordagem legal é fortemente marcada pelos traços clássicos do instituto, transparecendo a ideia de uma atividade negativa, de limitação do exercício de direitos, com vista à proteção à segurança, salubridade e à tranquilidade pública. Por tratar-se de um código tributário, por óbvio, também prevê o disciplinamento das atividades econômicas, o que não deixa de ser um avanço em relação à ideia liberal clássica.

De modo, o conceito clássico do poder de polícia representa um grande avanço em relação à ideia arbitrária de polícia que invariavelmente vigeu até o Estado de Polícia, graças, especialmente a sua forte submissão ao princípio da legalidade e a imposição constitucional de respeito aos direitos e garantias individuais.

Observa-se que, a concepção clássica do poder de polícia não foi superada, mas sim, passou por um processo de forte evolução e aprimoramento, imposto, especialmente, pelas mudanças sociais experimentadas nestes novos tempos. Assim, quando apontamos as principais características do modelo clássico do poder de polícia, o fazemos justamente para enfatizar esta evolução e não tentando fazer crer que foram tornadas inúteis tais peculiaridades.

Uma das principais notas do poder de polícia na concepção clássica – o seu caráter eminentemente negativo – por exemplo, evoluiu, de forma a tornar o poder de polícia ambivalente, no sentido de continuar a impor condutas negativas, mas passando a exigir também ações positivas por parte dos cidadãos e das empresas.

## **2.2 Características e atributos**

Muitas são as características e atributos que de forma indelével têm marcado a atuação do Estado por meio do poder de polícia. Entre elas, apontaremos as mais destacadas pela doutrina especializada.

Na lição da professora Maria Sylvia Di Pietro (1999, p. 24) que aponta para três “elementos caracterizadores” principais deste instituto: “o subjetivo (o Estado); o finalístico (interesse público) e o conteúdo (restrição à liberdade individual) ” .

É seguramente a soma destes elementos que tornam peculiar a atuação do Poder Público no exercício do poder de polícia, distinguindo-o dos demais atos administrativos. Na visão clássica, somente quando o Estado age impondo limites à liberdade individual e buscando do interesse público é que estamos diante do poder de polícia.

Antes, porém, da apresentação de qualquer outra característica vale um destaque especial para o fato de que o exercício do poder de polícia encontra seu limite no princípio da legalidade, especialmente quando estão em jogo direitos fundamentais. Neste caso, a previsão de direitos fundamentais indica a restrição ao exercício do poder de polícia, interpretando-se sempre favoravelmente ao exercício do direito.

Este é o raciocínio que deve nortear o intérprete e o agente Público. Se o direito fundamental estiver regulado em lei, esta (lei) deve ser interpretada sempre de modo mais favorável ao exercício do direito. Para Odete Meduar, (1999, p. 373). “Não havendo norma regulamentadora, o Poder Público deverá atentar para que a medida de polícia seja praticada por agente competente, seja absolutamente necessária, eficaz e proporcional, sob pena de ser considerada ilegal”. Afinal, como afirma Juarez de Oliveira, (2006, p. 658), “o poder de polícia não pode ser entendido senão como um mecanismo para evitar: “tornar assimétrico o desfrute simultâneo dos direitos individuais e coletivos”“.

### 2.3 Supremacia Geral

A noção de supremacia geral é imprescindível ao correto entendimento da função de poder de polícia. Isto porque, decorre desta característica a resposta correta a questões como a da possibilidade ou não de delegação da função ou de indenização aos particulares de seu exercício.

A supremacia geral surge como o atributo através do qual a Administração está autorizada a adotar as medidas conformadoras em relação à propriedade ou ao exercício da liberdade dos indivíduos, com vistas ao estabelecimento do bem-estar geral. Para Marcio Pestana. (2008, p. 506). “A contrapartida deste atributo reside no dever que tem o indivíduo de ajustar-se aos comandos legalmente expedidos no exercício deste poder estatal”.

É a supremacia geral o fundamento jurídico do poder de polícia.

Otto Mayer (1950, p. 11), chega a afirmar que “é deste dever geral de submissão que sólo la policia tiene y hacer valer” que distingue de todas as demais atividades de Administração.

Tratando esta característica por “vício geral” Diógenes Gasparini (2002, p. 119), explica que “é através dele que o Poder Público se vê autorizado a condicionar o uso, o gozo e a disposição dos bens e da liberdade dos cidadãos na busca do interesse público”.

De certo, é traço determinante do poder de polícia o seu exercício em nome da supremacia geral, que advém da própria supremacia da lei. Para Celso Antônio Bandeira de Mello (2006, p. 781), “o exercício do poder de polícia não se confunde com outras espécies de imposições realizadas pela Administração, relacionadas com outras espécies de vínculos jurídicos entre o Poder Público e o particular, tais como o relacionamento com usuários de serviços públicos, com os servidores públicos ou em razões de vínculos contratuais”.

Na mesma linha de raciocínio Edmir Araújo Netto (2019, p. 1048), conclui. “É no exercício deste poder, desta supremacia, que o Estado atua ora através de medidas concretas, ora através de medidas legislativas ou normativas com vistas a regular e garantir os direitos e interesses públicos”.

## 2.4 Competência

O estabelecimento da competência é outra característica que foi muito bem trabalhada pela doutrina clássica, não sofrendo grande variação na doutrina mais recente.

A competência para exercer as limitações administrativas advém precipuamente da Constituição. Para Di Pietro (1999, p. 28). “Dentro dos parâmetros estabelecidos por ela é que as leis conferem aos agentes públicos a atribuição para desempenhar as funções inerentes ao poder de polícia”.

“Em alguns casos, porém, a fixação da competência territorial leva em conta o interesse que está em questão. Isto é, verifica-se se a competência é da União, regional ou local, analisando-se o interesse de cada ente da federação na resolução da situação.” (Marçal-Justen Filho, 2008, p.472).

Neste contexto, é da competência da União fixar os parâmetros gerais da matéria, restando reservado aos municípios, por exemplo, a competência no que diz respeito ao interesse local.

A legislação sobre direito comercial ou de trânsito, por exemplo, são afetos à União. “Nem por isto resta vedado aos municípios exercerem seus poderes de polícia em prol do interesse local, estabelecendo o horário de funcionamento do comércio e os locais de funcionamento dos estabelecimentos em função do zoneamento urbano ou, ainda, regulamentar e fiscalizar o trânsito, impondo sanções aos infratores das normas estabelecidas no interesse local”. Celso Antônio Bandeira de Mello (2006, p. 803).

Márcio Pestana (2008, p. 499), denomina de “*Competências Coniventes*” quando órgãos de entes federativos diferentes exercem suas competências exclusivas, de forma concomitante sobre o mesmo particular, como no exemplo do exercício do comércio citado acima.

Há outros casos ainda, em que o exercício do poder de polícia pode suscitar uma atuação conjunta de diversos entes, “como nas situações de proteção ao meio ambiente, ou telefonia celular, por exemplo. Nestas hipóteses também se verifica a competência comum entre as esferas de governo”. Marçal Justen Filho (2008, p. 472).

Outra hipótese que merece ser anotada ocorre quando o ente originalmente competente não possuir meios hábeis de fiscalização.

“Diante do interesse público manifesto, um ente que não possui competência legislativa, poder de exercer as funções de polícia, desde que haja justificado interesse local ou necessidade iminente de recompor a ordem pública”. Manoel Fonseca Pires (2006 p. 222/223).

## **2.5 Atividade predominantemente negativa**

Esta é uma das características que marcam a noção clássica do poder de polícia. Durante muito tempo sustentou-se a ideia de que o poder de polícia era uma atividade predominantemente negativa, no sentido de quase invariavelmente impor um “não fazer” ao administrado.

A caracterização do poder de polícia como sendo uma atividade negativa é realizada pela maioria dos autores clássicos, que a contrapõe com a atividade de prestação de serviços em que é oferecido pelo Poder Público algum benefício ao particular. Como no exercício do poder de polícia nada é oferecido em termos de vantagens diretas, diz-se, negativa.

Apesar de muitas vezes o Poder Público, através do poder de polícia, impor obrigações de fazer ou de dar, o entendimento prevalente era o de que o poder de polícia implicaria em uma imposição negativa, um não fazer. Clóvis Benzons (1979 p. 18/24).

Tal entendimento, porém, vem sendo gradativamente modificado pela doutrina que, constatando o exponencial avanço do campo de atuação do poder de polícia, fala agora de um forte viés positivo desta função.

Fato é que não se sustenta mais a ideia de que o poder de polícia tenha natureza de poder negativo, no sentido de que se restringe a impor limitações, visando tão somente evitar comportamentos danosos a sociedade.

Tal afirmação, na verdade submete-se ao ângulo pelo qual se analisa a questão. A limitação ao direito de construir, por exemplo, também cria um ambiente urbano mais equilibrado e salutar e neste sentido seria positiva esta atividade de polícia. “Assim, muito

embora predominantemente negativas, no sentido de impor proibições e limitações (*non facere*), há atividades de polícia que impõem ao particular conduta comissiva, tais como a exigência de dar ao imóvel uma destinação conforme o Plano Diretor da Cidade”. Celso Antônio Bandeira de Mello (2006 p. 787/790).

“Com efeito, por força do que prescreve a Constituição Federal em seu artigo 182, o exercício da atividade de polícia pode ser tomada em sentido positivo, atuando como instrumento protagonista de políticas públicas, impondo e cobrando do indivíduo e das empresas condutas positivas (*facere*) para que a propriedade, (por exemplo) cumpra a sua função social”. (Daniel Ferreira (2007, p.367).

“Em suma, a velha noção de que o poder de polícia limita-se a impor condutas negativas aos indivíduos, transparecendo um caráter eminentemente repressivo, evoluiu para abarcar também a promoção de atitudes comissivas tendentes a produção do bem esta”. Marçal Justen Filho, (2008, p. 459), num claro exemplo de mudança de paradigmas sobre o tema.

## **2.6 Atividade Preventiva/Repressiva**

Segundo Otto Mayer, (1950, p. 16). “É do direito francês que herdamos a prática de denominar determinadas atividades de polícia como preventivas ou repressivas”.

Themístocles Brandão Cavalcanti, (1945, p. 425), por exemplo, se utilizava desta diferenciação clássica ao tratar do poder de polícia, referindo-se a “medidas repressivas” quando, em estrita obediência à lei, são aplicadas penalidades e a “medidas preventivas” quando, mesmo havendo restrição a alguma liberdade, tal restrição visava evitar um dano maior a coletividade.

Ruy Cirne Lima, (1982, p. 113), porém, já há muito advertia que “tal critério de classificação não subsistiria a uma análise da” “*doutrina bem orientada*”.

Na verdade o poder de polícia pode adotar características predominantemente preventivas ou repressivas, tendo o termo polícia, do ponto de vista etimológico tomado um sentido de vigiar, reprimir, conter.

Muito embora no direito brasileiro existam órgãos que exerçam tanto a atividade preventiva quanto a atividade repressiva, não há que se falar propriamente em um poder de polícia misto, pois na verdade estamos nos referindo à estruturação dos órgãos que exercem a atividade policial e não propriamente a natureza do poder de polícia exercido.

Mesmo a noção de que a polícia administrativa é preventiva e a polícia judiciária é repressiva não pode ser tomada de forma absoluta. “Na verdade o que ocorre é que as atividades de polícia podem ser tomadas sob o aspecto de sua predominância, ora repressiva, ora preventiva, mas isto não lhes atribui um aspecto diferenciador definitivo e estanque”. Edmir Araújo Netto. (2010, pp. 1050 e 1051).

A verdade é que tal distinção não prima pela técnica. Isto porque, há inúmeras situações em que a atuação da polícia administrativa destina-se a repressão da atividade nociva a sociedade, como por exemplo, quando constata a venda de alimentos deteriorados e os apreende; quando flagra uma infração de trânsito e aplica a multa cabível; quando fecha um estabelecimento que comercializa produtos ilegais, etc. Celso Antônio Bandeira de Mello. (2006, p. 791).

De fato, esta distinção, apesar de largamente difundida, não faz sentido. Na verdade a repressão ou a prevenção são momentos distintos da mesma atividade, não possuindo nenhum caráter científico de conteúdo substancial esta classificação. Pode-se dizer inclusive, que a atividade preventiva coincida com a repressiva, pois apenas o fator temporal do processo os separa. FioriniBartolone (1962,p.181).

Certo é que a distinção que se faz entre a polícia administrativa e a polícia judiciária, levando em conta tão somente o caráter preventivo ou repressivo de uma ou de outra, certamente não prima pela precisão técnica. Isto porque, na realidade, podemos observar no exercício do mesmo ato de polícia uma atuação ora predominantemente repressiva, ora preventiva. “Quando a polícia administrativa apreende uma arma de fogo ou um veículo sem condições de trafegar, por exemplo, certamente está agindo a um só tempo de forma repressiva, sujeitando o infrator a ver recolhido o bem, mas também de forma preventiva, no sentido de preservar a sociedade de eventual dano que o possuidor da arma ou o proprietário

do veículo sem condições de uso poderiam causar”. Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2007, p. 105).

Do mesmo modo, a polícia judiciária ao apreender uma carga clandestina, ou mesmo prender um meliante, também atua de forma preventiva no sentido de estar protegendo a sociedade do mal que estes poderiam causar futuramente.

Conforme já observava Otto Mayer, (1950, p. 16), a classificação do poder de polícia nestes termos, na verdade soa “*bastante ingênua*”.

“O que distingue de modo seguro a atividade da polícia administrativa da polícia judiciária é o fato de que esta atua com vista a tornar efetiva a aplicação da legislação penal e processual penal enquanto a polícia administrativa ocupa-se com a aplicação das normas de caráter administrativo, não tendo o condão de responsabilizar os violadores criminalmente”. Celso Antônio Bandeira de Mello, (2006, pp. 791/792).

Com efeito, a melhor classificação é aquela que leva em conta o ramo de direito que rege cada uma das polícias ora tratadas, de modo que será considerada polícia administrativa aquela que atua com base no Direito Administrativo, tendo sua incidência sobre os bens, direitos e atividades dos particulares; enquanto que a polícia judiciária é aquela que atua conforme as prescrições da lei penal e processual penal, recaindo seus poderes sobre as pessoas. Maria Sylvia Zanella Di Pietro, (2007, p. 105).

Seria, portanto mais técnico afirmar, acompanhando Márcio Pestana (2008, p.505), “que o exercício do poder de polícia administrativa é completamente exaurido no âmbito da Administração, enquanto a polícia judiciária tem natureza instrumental ao futuro processo judicial que será eventualmente instaurado com base nos elementos levantados durante a atuação policial”.

Portanto, ao se estabelecer as diferenciações entre as espécies de polícia, especialmente a judiciária e a administrativa, o intérprete deve ter em conta o ponto de vista de suas características predominantes, ou seja, o fato de que a polícia administrativa, com base na legislação e normas administrativas, regula as atividades; enquanto a polícia judiciária, regida por normas penais, incide sobre as pessoas. Edmar Araújo Netto (2010, p. 1050).

## 2.7 Atividade discricionária/vinculada.

Conforme é sabido, todo ato administrativo se desenvolve nos limites preestabelecidos pela lei, que se traduz num vínculo insuperável que subordina não só a autoridade, mas também a própria liberdade de ação desta. Porém, para tornar possível o desempenho das atividades de seus agentes, o Estado não pode prescindir de certa margem de liberdade de atuação – a chamada discricionariedade administrativa.

Nas palavras de Caio Tácito (1997, p. 315):

Chama-se a esse limite ou contenção legal do poder administrativo de poder vinculado, porque todo ato administrativo está subordinado ou ligado a uma norma jurídica anterior, ou seja, à regra de competência que permite ao agente a prática do ato administrativo.

Esta subordinação não significa, porém, que à Administração esteja vedada uma certa latitude de apreciação dos fatos e soluções, independentemente de uma predeterminação legal.

A discricionariedade, portanto, deve ser entendida como uma liberdade atribuída ao agente público para o bom desempenho de uma função, porém, jamais pode ser interpretada como um livre arbítrio.

Especificamente sobre o poder de polícia Álvaro Lazzarini,(2003, p. 266), declara que: “a discricionariedade é o uso da liberdade legal de valoração das atividades policiadas.”

Temos, pois, que exercício do poder de polícia, via de regra, é discricionário para o Estado, no sentido de que, dentro do que determina a norma, caberá a Administração a escolha da conveniência e da oportunidade de agir. Sem embargos, porém, em função da natureza do interesse público envolvido, tal atividade pode vir a se tornar vinculada, ou seja, um impositivo legal. Edimir Netto, (2010, pp. 1050 e 1048).

Certo é que não há que se falar em poder absolutamente discricionário em termos de administração Pública de modo geral e não é diferente o caso da polícia administrativa. Celso Antônio Bandeira de Mello, (2006, pp. 794/795).

O que se observa em alguns casos é a utilização da competência discricionária, isto é, uma certa margem de escolha dentro dos poderes- deveres estabelecidos por lei. Eros Grau, (1993, p. 95).

Deste modo, como muito bem observa Lazzarini, (2003, p. 267), a discricionariedade do poder de polícia jamais pode ser tomada como arbítrio, sob pena de descaracterização desta função.

Juarez de Oliveira, (2006, p. 660), assevera ainda que: “a discricionariedade, em acepção absoluta, é incompatível com a ideia de poder legitimamente exercido”.

Nas palavras de Hely Lopes Meirelles, (2001, p. 446), “o poder de polícia é apenas *“em princípio discricionário”*, uma vez que pode tornar-se vinculado na medida em lei assim o determinar especificando de forma minudente o modo de seu exercício”.

No mesmo quadrante se posiciona Márcio Pestana, (2008, p. 494), “para quem a discricionariedade se manifesta em casos em que, dentro do que prevê a lei, o agente público precisa avaliar concretamente a melhor forma de aplicar a norma”.

A este espaço de avaliação o professor Antônio Carlos Cintra do Amaral, (2008, p. 107), “atribui o nome de *“moldura legal”*,

A atividade administrativa de polícia pode ser prevista em lei em caráter vinculado ou discricionário. O que não é correto afirmar é que o poder de polícia tem natureza discricionária.

Ora, o que se observa em alguns casos é que a lei concede um maior grau de liberdade de atuação, porém, tal liberdade é atribuída e limitada pela própria lei. Sem prejuízo, há atos de polícia administrativa que são totalmente vinculados, o que afasta totalmente a ideia de que o poder de polícia é um “poder discricionário”. Marçal Justen Filho, (2008, p. 470).

Vale insistir que, por maior que seja a abrangência do poder de polícia, não pode ser exercido pelo Estado de modo totalmente arbitrário. “Certa margem de discricionariedade, que é traço característico deste poder, não pode ser tomada como uma faculdade para interferir na atividade individual sem qualquer limite”. Ramon Vasquez, (1957, p. 37).

Em verdade, não há para a Administração uma liberdade de atuar ou não no exercício deste poder. A atuação é sempre vinculada, ou seja, havendo necessidade de proteger o interesse coletivo, deverá agir o Estado. Manoel Fonseca Luis Pirez, (2006, p. 201).

Somente quando a lei não limita rigorosamente a forma de intervenção através do poder de polícia é que a Administração atua com certa margem na identificação dos limites dos direitos, a fim de compatibilizá-los com o interesse coletivo. Celso Antônio Bandeira de Mello, (2006, p. 777).

Subordina-se, pois, à lei a discricionariedade inerente ao poder de polícia e nela deve encontrar o grau e os limites de seu exercício, de forma a tornar mais adequado o tratamento circunstancial dos eventos submetidos à sua incidência. Marçal Justen Filho, (2008, p. 460).

Segundo Caio Tácito, (1997, p. 531), a liberdade de atuação nos atos de polícia devem se ater a legalidade do fim objetivado na ação. Tal controle de legalidade da discricionariedade, para ele é de fundamental importância, pois:

corresponde à eliminação dos processos maliciosos e sub-reptícios (e, por isso mesmo, socialmente mais nocivos) de arbítrio administrativo acobertado pelo aparente respeito à lei.

“Cumpre ponderar que quando a lei, levando em conta a natureza de determinada atividade e a potencialidade danosa da mesma, já fixa todos os parâmetros para o seu exercício, caberá tão somente à Administração a fiscalização do cumprimento destas balizas legais. No entanto, existem situações que só podem ser avaliadas em concreto. Nestes casos é que caberá a Administração, diante das circunstâncias, avaliar a necessidade e a melhor forma de intervenção”. Celso Antônio Bandeira de Mello, (2006, p. 791).

De fato, há situações em que a limitação de determinada atividade se impõe de modo preventivo e transitório, até que a Administração possa verificar se o exercício da mesma não causará dano à coletividade e que será exercida na forma estabelecida em lei. Em outros casos, a Administração tem até mesmo a discricionariedade de decidir se o exercício de determinada atividade ou a prática de determinado ato é conveniente à sociedade, sendo absolutamente vedada sua prática sem a prévia autorização.

No primeiro caso, estamos diante de atos totalmente vinculados em que, preenchidos os requisitos legais, tem o particular o direito ao seu exercício, como no caso do direito de edificar. No segundo caso, não há que se falar em direito, pois, o exercício da atividade é considerado vedado, salvo admitido de forma especial pela Administração. “É exemplo deste, a autorização para o porte de arma, sem a qual, é considerada conduta ilícita”. Celso Antônio Bandeira de Mello, (2006, p. 793).

Repise-se, isto ocorre porque que a discricionariedade, que permeia o ato de polícia é exercida nos limites da liberdade que a lei confere ao ato. Assim, há casos em que o legislador confere uma margem maior de discricionariedade para o administrador, uma vez que não pode descer às nuances de todos os casos concretos que regula. “Porém, há casos em que a lei já estabelece todos os requisitos do ato, não dando margem para qualquer discricionariedade do agente público, tornando-os vinculados”. Maria Sylvia Zanella Di Pietro. 2007, p. 106)

A licença é a expressão dos atos vinculados, em que preenchidos os requisitos legais, a administração não pode recusar-se a expedi-la.

Já no caso da autorização, a lei confere a Administração a possibilidade de análise da conveniência e da oportunidade da expedição do ato, geralmente em situações em que cada caso deve ser avaliado de per si.

Vale reforçar que é inevitável certo grau de discricionariedade em face da constatação de que a lei não é capaz de prever todas as situações da vida cotidiana e suas peculiaridades, restando ao agente público, diante do caso concreto, aplicar a lei do modo mais conveniente e oportuno.

Há que ser levado em conta o fato de que o dinamismo da vida moderna gera situações a respeito das quais sequer houve tempo de se legislar. Nestes casos, poderá ser necessária uma atuação administrativa que, muito embora discricionária, deverá observar a lógica do sistema jurídico, os princípios gerais do direito, ou seja, o âmbito das competências jurídicas implícitas. Marçal Justen Filho, (2008, p. 470).

### 3 O ABUSO DO PODER DE POLÍCIA

#### 3.1 Do Abuso de poder

Este tema exige certa reflexão, pois o abuso de poder no ordenamento jurídico brasileiro está ficando cada vez mais presente a partir dos excessos que estão sendo praticados por agentes no exercício das suas funções, caracterizando, assim, atentados à normalidade jurídica e desvio da finalidade de suas atribuições concedidas pela Administração Pública, através da violação aos direitos fundamentais da cidadania.

##### 3.1.1 Conceito

De acordo com os ensinamentos de Meirelles (2007, p. 83):

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.

Nos dias atuais vivenciamos ações praticadas por agentes públicos, sejam eles administrativos ou políticos, em excesso. Devido a este fato, tem-se realizado estudos através da doutrina e jurisprudência que ajudam a identificar como ocorrem e os efeitos que podem vir a ser produzidos na sociedade pelo abuso de poder.

A palavra abuso é um substantivo masculino originário do latim *abusu* que quer dizer “mau uso, ou uso errado, excessivo ou injusto; excesso, de comedimento, abusão; exorbitância de atribuições ou poderes; aquilo que contraria as boas normas, os bons costumes” como é encontrado no Minidicionário Aurélio (1993, p. 05). Porém, no Direito, esta palavra é aplicada quando nos referimos ao excesso de poder, abuso de poder, desvio de

finalidade ou até mesmo mau uso deste poder.

Cretella Júnior (1984, p. 349), de forma clara, em comentário a Constituição de 1946 sobre a expressão “abuso de poder”, destaca que:

Observe-se, porém, que a expressão global ‘abuso de poder’ é constituída de dois termos bem distintos, com significados diferentes, ‘abuso’ e ‘poder’, ligados pelo conectivo preposicional ‘de’, ambos com sentido técnico, que é necessário elucidar. ‘Abuso’, a primeira parte da expressão, é de fácil entendimento, pois conserva a acepção vulgar, não técnica, de ‘além do uso’, ‘uso intensivo’, ‘uso indevido’, ‘desdobramento do uso’, ‘ultrapassagem do uso’, ‘uso exorbitante’. Nesse caso, o agente público, embora competente para o ‘uso do poder’, exagera ou distorce esse ‘poder’, abusivamente. A segunda parte da expressão ‘poder’ potestas, em latim, puissance e não pouvoir, em francês, complementando a idéia contida no substantivo qualificado abuso, é explicada pela doutrina como o emprego do poder administrativo, exercido, não em sua justa medida, mas ultrapassando os fins visados pela lei. Abuso de poder é o uso imoderado do Poder (‘poder’, com p minúsculo). É o equivalente ao francês puissance, ao português potestade e ao latim potestas; ‘Poder’ (com P maiúsculo) é o equivalente ao francês Pouvoir, e ao português Poder, nas expressões, o Poder Legislativo, Executivo, Judiciário. Nesse caso, o agente, embora competente, ‘abusa’, ‘ultrapassa’ essa competência.

Diante de tal menção ao abuso de poder, se faz necessário destacar um dos ensinamentos do Professor Meirelles (2007, p. 112) acerca do assunto:

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

Em um determinado Estado que adota o regime democrático de direito, o abuso de poder fica caracterizado quando este poder é usado fora dos limites impostos pelos administradores, pelos princípios e pelo ordenamento jurídico. Contudo, temos que o abuso de poder pode ser caracterizado, até mesmo, quando é exercido por uma pessoa autorizada, porém praticado contrariamente às causas, aos modos ou aos motivos para os quais foi atribuído.

Sendo assim, de acordo com os ensinamentos supracitados tem-se que o abuso de poder é a conduta do administrador público contaminado de anormalidades, a qual pode se manifestar de diferentes maneiras se tornando assim um ato ilegal. Existem várias maneiras de manifestação do abuso de poder, a saber: pela falta de competência legal, pelo não atendimento do interesse público e pela omissão. 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.

GASPARINI, (2003, p. 204). Tendo em vista o abuso de poder em sua fase executória fica fácil perceber que tal anormalidade, pode acontecer tanto na execução de um ato legal como na de um ato ilegal, senão vejamos:

O ato pode atender aos requisitos de competência, finalidade, forma, motivo, conteúdo, objeto e causa e mesmo assim ser executado com abuso de poder. O ato pode ser perfeito e válido, mas executado com inobservância dos meios e cuidados necessários à sua concreção. Pode não apresentar vícios ou defeitos de espécie alguma em face da legalidade, não obstante ser concretizado irregularmente. A legitimidade do ato não é garantia de que será executado com as cautelas exigidas pelo ordenamento. O ato legal mesmo que isso pareça um paradoxo, pode ser executado irregularmente. Embora não devesse, pode ser executado irregularmente. Se isso ocorre com os atos legais, resta óbvio que com os ilegais pode acontecer o mesmo, ou seja, ser executados (embora não devesse) irregularmente. (GASPARINI, 2003 p. 136)

Encontra-se no abuso de poder a execução de um ato ilegítimo, mas com traços de legítimo. Nos atos executados pelos agentes administrativos nem sempre podemos perceber as ilegalidades, o que facilita para que os mesmos realizem tais atos de maneira constante.

No abuso de poder contém vários níveis de poder, desde o doméstico, existente entre os membros de uma mesma família, até na Administração Pública, o que nos leva a concluir que este pode ser exercido de tal forma que o indivíduo, ou coletividade, têm influência direta sobre outros. Sendo assim, tal poder não fica submetido apenas a estes aspectos vindos a ser um pouco mais complexo do que o simples exercício do agente sobre outrem. O abuso de poder não é só a atuação do mais forte sobre o mais fraco, ele se torna uma tarefa de difícil identificação, pois, passa de mãos em mãos entre os agentes da administração pública.

Em torno do Direito Administrativo, têm-se os poderes administrativos (poderes de polícia, hierárquico, regulamentar, disciplinar e, para alguns doutrinadores, vinculado e

discrecionário), que são privilégios concedidos à Administração Pública para que ela, em seu exercício, possa chegar à sua finalidade maior: o interesse público. O administrador público não pode se negar a utilizar tais poderes uma vez que eles são irrenunciáveis.

Em nosso país o ordenamento jurídico trata de maneira diversificada os interesses públicos e privados. Devido a este fato, o próprio ordenamento jurídico acaba deixando de forma desigual a atuação dos titulares desses interesses, porque imputa à Administração Pública poderes que não são utilizados pelos administrados. Sendo assim, temos a possibilidade que a Administração Pública possui de exercer sua função impondo obrigações aos administrados ou mesmo executando seus próprios atos. Com isso, a Administração Pública fica submetida a um regime próprio de atuação o qual lhe atribui ônus, restrições e sujeições juntamente com poderes para cumprir de forma correta suas finalidades, pois atua prezando pelos interesses dos particulares, mas nunca em detrimento do interesse público, grande norteador de suas atividades.

Os agentes públicos possuem poderes, os quais são distribuídos pelo sistema administrativo. Todos eles são destinados a agir conforme previsto em lei. Assim, todo ato exercido pelos agentes que não estiver previsto em lei, ou seja, uso de força bruta, invasão de domicílio sem previa autorização, dentre tantos outros, irá acarretar o abuso de poder. É de se ressaltar, ainda, que o abuso de poder é uma das formas de abuso de autoridade, assim como também o é o desvio de finalidade.

Necessariamente os atos de polícia devem estar ajustados à lei, sempre respondendo positivamente ao interesse público. Os atos de polícia para serem legais devem ter motivo, conteúdo, finalidade, forma e competência, todos elementos dos atos administrativos. Pelo bem da moral, dos bons costumes e da harmonia coletiva o poder de polícia tem atuação livre dentro dos limites previstos legalmente.

Contudo, na tentativa de impedir o uso arbitrário e sem limites do poder de polícia foi criada uma porção de recursos administrativos, sendo estes a representação, a reclamação, o pedido de reconsideração e os recursos hierárquicos (próprio e impróprio). Existem, ainda, os recursos judiciais, como o mandado de segurança, previsto na CF, art. 5º, LXIX, e na Lei nº 1.553/51, assim como a ação ordinária. Ainda assim, a Constituição Federal amparou toda pessoa ao direito de representação contra abusos de autoridade (art. 5º, XXXIV, “a”). Para complementar esse sistema de proteção contra os excessos de poder existe a Lei nº 4.898 de 1965, que pune criminalmente esses mesmos atos caracterizadores de abusos de autoridade.

### 3.2 Formas de Abuso de Poder

O abuso de poder possui diversas formas. Dentre elas pode-se destacar:

1. Econômico – ocorre quando o indivíduo ou coletividade tira vantagem ilícita do dinheiro ou bens materiais em detrimento de outrem;
2. Político – pode ser visto como o uso indevido de cargo ou função pública, com o fim de obter votos para determinado candidato. Sua gravidade consiste na utilização do encargo público para influenciar o eleitorado, com desvio de finalidade;
3. Domínio da informação – geralmente utilizado por quem detém o conhecimento ou a informação e os nega aos demais como forma de proteger-se ou de tirar vantagem;
4. Ideológico – ocorre quando se utiliza ilicitamente da ideologia socialmente aceita como forma de tirar vantagens ou de vencer opositores;
5. (Apadrinhamento – conhecido, vulgarmente, como nepotismo, é usado por autoridade para favorecer outrem de forma ilícita).(WIKIPEDIA, 2010).

O abuso de poder ainda pode se apresentar, nas seguintes formas: abuso de Poder de Legislar (presidente cria uma lei ou portaria autorizando a reeleição para se favorecer), abuso de Poder administrativo (agentes públicos se prevalecem do poder concedido pelo Estado para se beneficiarem colocando pessoas da própria família para trabalharem consigo sem prestar concurso público), abuso de Poder policial (quando policiais “plantam” provas para incriminar alguém inocente) e abuso de Poder Judicial (liberação de escuta telefônica para alguém conhecida, sem previsão de investigação policial).

### **3.3 Excesso de poder e desvio de finalidade**

Com a intenção de abordar aspectos de tamanha importância a respeito dos diversos tipos de abuso de poder, desvio de finalidade (desvio de poder) e excessos encontrados na atuação da Administração Pública, passa-se a citar suas definições, características, modalidades, atuação e desenvolvimento.

Seguindo o tema, explica o mestre Meirelles (2007, p. 112): “É a violação ideológica da lei, ou por outras palavras, a violação moral da lei, colimando o administrador público fins não querido pelo legislador, ou utilizando motivos e meios imorais para a prática de ato administrativo aparentemente legal”.

O termo “abuso de poder” é dividido em duas espécies que, embora correlacionados com o poder de polícia, com ele não se confundem, a saber: o excesso de poder e o desvio de finalidade.

Sendo assim, pode-se dizer que o abuso de poder causa uma desestabilidade à estrutura legal. É de se mencionar que, qualquer manifesto em desacordo com a lei poderá ter sua ilegalidade decretada, podendo esta se realizar em duas formas, quais sejam: pela falta de competência legal (excesso de poder) ou pelo não atendimento do interesse público (desvio de finalidade).

O “excesso de poder” praticado pelo agente público termina tornando-se um ato inválido devido ao fato de que a Administração não permite que seus agentes exerçam suas funções fora da lei, ou seja, no caso do poder de polícia, ocorre um excesso quando desvirtuam o modo de utilizar, afastando-se dos motivos que autorizam o exercício do poder.

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” (Bento Soares, 2004, p.137)

De acordo com os ensinamentos de Meirelles (2007, p. 83):

A conduta abusiva, por meio do excesso de poder, tanto se caracteriza pelo descumprimento frontal da lei, para arrogar-se poderes que não lhe são atribuídos

legalmente. Em qualquer dos casos há excesso de poder, exercido com culpa ou dolo, mas sempre com violação da regra de competência, o que é o bastante para invalidar o ato assim praticado.

No abuso de poder encontra-se o desvio de finalidade, o qual é uma violação da lei. O agente que extrapola o uso do poder se afasta da finalidade pública e comete um desvio de poder ficando na iminência sofrer as sanções penais, civis e administrativas. No entanto, o desvio de finalidade pode ser identificado facilmente quando o agente usa os atos administrativos em benefício próprio ou de determinados indivíduos.

Como afirma Di Pietro (2004, p. 99):

Quanto aos fins, o poder de polícia só deve ser exercido para atender ao interesse público. Se o seu fundamento é precisamente o princípio da predominância do interesse público sobre o particular, o exercício desse poder perderá a sua justificativa quando utilizado para beneficiar ou prejudicar pessoas determinadas; a autoridade que se afastar da finalidade pública incidirá em desvio de poder e acarretará a nulidade do ato com todas as conseqüências nas esferas civil, penal e administrativa.

Para ficar um pouco mais claro, pode-se citar alguns casos que vemos, ou até mesmo ouvimos comentários a respeito deles. São os casos de Prefeitos que, pelo fato de não se reelegerem, exoneram, como forma de castigo, servidores municipais, que haviam sido nomeados pelo mesmo, ou seja, este prefeito usa o poder para interesse e finalidade pessoal, ou até mesmo para ajudar, ou prejudicar, alguém determinado.

A nossa Carta Magna, no seu art. 37, *caput*, prevê que a administração pública tem que obedecer aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade e eficiência. A legalidade quer dizer que o poder público só pode fazer o que está descrito na lei. Um pouco mais amplo que o anterior, os princípios da moralidade e da impessoalidade relacionam a ação administrativa, ou o ato administrativo, ao interesse público. Conforme o exemplo já referido, a infringência a tais princípios ocorre quando o agente público vislumbra apenas seus interesses, este ato não será válido. Por último, temos o mais moderno dos princípios que regem tal Administração Pública, o princípio da eficiência. Este princípio possui dois aspectos: pode ser considerado em relação ao modo de atuação do agente público, do qual se espera o melhor desempenho possível de suas atuações e atribuições, para lograr os resultados melhores; e em relação ao modo de organizar,

estruturar, disciplinar a Administração Pública, idem quanto ao intuito de alcance de resultados na prestação do serviço público (DI PIETRO, 2004, p. 98). O princípio da eficiência pode ainda ser somado aos demais princípios impostos à Administração, no entanto, jamais poderá sobrepor-se a nenhum deles.

Ademais, se tem discutido sobre a qualidade das obras e serviços exercidos pelo poder público. O cidadão participa de diversas formas na Administração Pública, como estabelece o § 3º do art. 37 da Constituição Federal<sup>2</sup>. O princípio da eficiência funciona como uma mola propulsora para que a atuação da Administração Pública aconteça de maneira adequada, sempre procurando a melhor solução que atenda ao interesse público.

### **3.3.1 Origem do desvio de poder**

O termo “desvio de poder” tem sua origem no Conselho de Estado francês. A intenção ao ser criado referido termo foi sustar algumas ações ou mesmo acabar com os abusos relacionados à natureza humana e ao egoísmo que vinha acontecendo da parte dos agentes públicos.

A palavra “desvio”, de acordo com o Aurélio (1993, p. 183), significa ato ou efeito de desviar-se da posição normal, mudança de direção ou afastamento, Subtração fraudulenta. A expressão “desvio de poder” significa afastamento prático de determinado ato. É poder exercido em sentido diferente daquele em vista do qual fora estabelecido (MEIRELLES, 2007, p. 293).

No ordenamento jurídico brasileiro a teoria foi acolhida de maneira diferente, pois a teoria do desvio de finalidade foi admitida primeiramente pela doutrina vindo a inclusão de tal teoria em nossos tribunais logo depois desse momento. Importante se faz ressaltar que jamais houve em nosso ordenamento jurídico alguma legislação que tratasse especificamente do desvio de poder, porém isso não vem a dizer que o tal ordenamento não tenha tratado da teoria do desvio de finalidade, uma vez que esta se incorporou de fato em nossos julgamentos brasileiros em decorrência de um acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte a qual teve como relator Seabra Fagundes, em 1948, tendo a seguinte ementa citada por Velloso (2007, p. 198):

PODER DISCRICIONÁRIO DA ADMINISTRAÇÃO – ABUSO DESSE PODER – MANDADO DE SEGURANÇA – DIREITO LÍQUIDO E CERTO – No que concerne à competência, à finalidade e à forma, o ato discricionário está tão sujeito aos textos legais como qualquer outro. O ato que, encobrendo fins de interesse público, deixe à mostra finalidades pessoais poderá cair na apreciação do Poder Judiciário, não obstante originário do exercício de competência livre. O “fim legal” dos atos da Administração pode vir expresso ou apenas subentendido na lei. O direito, que resulta não da letra da lei, mas do seu espírito, exurgindo implicitamente do texto, também pode apresentar a liquidez e certeza que se exigem para concessão do mandado de segurança. (sic)

### 3.3.2 Características de desvio de poder

Quando se fala em competência e procedimento para praticar o uso do poder de polícia, a autoridade pública comete erro quando se afasta das normas legais. O poder de polícia não deve ir além do necessário para alcançar a satisfação do interesse público.

Buscando ensinamentos de Cretella Júnior (1997, p. 37) temos que:

[...] o fim de todo ato administrativo, discricionário ou não, é o interesse público. O fim do ato administrativo é assegurar a ordem da Administração, que restaria anarquizada e comprometida se o fim fosse privado ou particular [...]

De acordo com a citação acima, todo ato tem finalidade própria fixada pela lei que o gerou. Portanto, através do ato somente pode-se buscar a finalidade que lhe é atribuída de acordo com a norma e sem agir em benefício próprio.

O desvio de poder não se prende a determinadas situações em que o agente age de má-fé. Certamente ele pode ficar caracterizado quando o agente age sobre vício e nem sempre no desvio de poder encontramos o uso de má-fé.

Nestes termos, o ilustre Mello (2006, p. 378) nos lembra que “[...] o que vicia não é o defeito de intenção, quando existente – ainda que através disto se possa, muitas vezes, perceber o vício -, mas o desacordo objetivo entre a finalidade do ato e a finalidade da competência.”

Normalmente o desvio de finalidade é verificado quando se encontra revestido do mencionado vício de intenção repleto de satisfação de vontade pessoal. O desvio de poder (finalidade) se dá quando o agente, mesmo que na sua competência, utiliza-se do ato para

lograr finalidade alheia à sua natureza. Em outras palavras, há o desvio de poder quando o agente utiliza sua competência de maneira errada.

O desvio de poder pode ser manifestado pela busca do fim diferente ao do interesse público quando o agente procurasse, ao realizar o ato, beneficiar a si próprio ou a terceiros. A título de exemplo tem-se que no exercício de poder de polícia incumbido de fiscalizar as construções, o chefe do órgão responsável pela fiscalização se nega a aprovar uma planta de obra pelo simples fato de somente ele não encontrar beleza no projeto.

### 3.3.3 Prova

Os meios de prova do desvio de finalidade são de grande importância para o ordenamento jurídico. Inicialmente se faz necessário atentar de onde emana o ato de desvio de finalidade. Este surge do vício relacionado com a vontade humana. O agente possui vontades ao exercer seu poder de polícia e este sempre estará passível de erros. Porém, a tarefa de provar tal desvio é bastante complicada uma vez que o desvio de poder jamais é confessado, ou seja, ele só é identificado através de indício.

Contudo, ainda podemos citar varias provas trazidas pela doutrina clássica de vários países, a saber: Contradição do ato com atos ou medidas posteriores e/ou anteriores, alteração dos fatos, precipitação na edição do ato, caráter sistemático de certas proibições, entre outros. Neste sentido, Meirelles (2007, p. 92), com galhardia, nos transmite um amplo ensinamento:

[...] O ato praticado com desvio de finalidade – como todo ato ilícito e imoral – é praticado – ou é consumado às escondidas ou se apresenta sob o capuz da legalidade do interesse público. Diante disso há que ser surpreendido por circunstâncias que revelem a distorção do fim legal, substituído habilidosamente por um fim ilegal ou imoral não desejado pelo legislador. A propósito, já decidiu o STF que ‘indícios vários e concordantes são provas. [...] Tudo isso dificulta a prova do desvio de poder ou finalidade, mas não a torna impossível se recorrermos aos antecedentes do ato e à sua destinação presente e futura por quem o praticou.

### 3.4 Princípio da proporcionalidade do abuso de poder

Seguindo os ensinamentos de Faria (2000, p. 208),

[...] 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, implicam a nulidade do ato.

Não sendo diferente com os atos de polícia, o princípio da proporcionalidade é de caráter essencial para que qualquer ato da Administração Pública seja considerado válido. Sendo assim, é de enorme importância que seja apurada a legitimidade da norma para que seja avaliado o dano causado pelo infrator e a punição que foi imposta ao agente pelo abuso de poder cometido pelo mesmo, tendo como base os meios empregados e os fins que se pretendia obter pelo interesse público.

Nestes termos, Carvalho Filho (2008, p. 84) enaltece a respeito do assunto que: “Não havendo proporcionalidade entre a medida adotada e o fim a que se destina, incorrerá a autoridade administrativa em abuso de poder e ensejará a invalidação da medida na via judicial, inclusive através de mandado de segurança”.

Ressalte-se um exemplo de ofensa ao princípio da proporcionalidade, a saber: os usos de violência exagerada por parte da polícia nos campos de futebol, agentes policiais que deveriam cumprir a ordem e a segurança do evento, espancam torcedores na tentativa de conter anarquias de torcidas organizadas. Qualquer tipo de violência excessiva é conduta desproporcional, ou seja, os responsáveis por tais atos devem sofrer as devidas sanções. Contudo, qualquer ato da Administração Pública que imponha ao administrado certa restrição em sua liberdade de propriedade, que não se refira ao interesse público satisfeito, será considerado ilegal. O princípio da proporcionalidade está previsto no art. 37, da CF, juntamente com os arts. 5º, II, e 84, IV, do mesmo diploma.

Diante das considerações feitas acima, pode-se afirmar que o poder de polícia não é ilimitado, ou seja, não é absoluto, nem tampouco incontrolável.

## Conclusão

Verificar através da pesquisa realizada, o poder de polícia, sem qualquer sombra de dúvidas, é uma das expressões do Poder Público que mais acompanhou as mudanças e evoluções experimentadas pelo Estado.

E nem poderia ser diferente. o poder de polícia é de fato uma função vital ao Estado, sendo mesmo uma de suas características mais marcantes.

Mas o grande desafio é o de demonstrar como esta atividade deixou de ser sinônimo de arbitrariedade e despotismo, para se tornar um dos mais importantes instrumentos de ordenação do convívio num Estado Social, Democrático e de Direito.

Com este norte, procuramos dar ênfase ao fato de que, sem um instrumento hábil para dar contornos claros ao exercício dos direitos individuais conquistados nas reformas liberais, a sociedade experimentaria o caos imposto pela lei do mais forte, o que sem dúvida, se mostra tão nocivo quanto o exercício do poder sem limites nas mãos dos soberanos absolutos.

O pensamento liberal e a constitucionalização dos Estados democráticos trouxeram os limites legais ao exercício do poder. Porém, foram as reivindicações de cunho social que impuseram a implementação de contornos ainda mais claros e justos ao exercício do poder de polícia.

Analisou-se a aplicação do princípio da proporcionalidade no poder de polícia e viu-se que este não precisa ir além do necessário para obter a satisfação do interesse público que visa proteger. Deve ser utilizado os meios e os fins que pretendem atingir. Ainda que os agentes pratiquem atos discricionários estes devem estar focados na legalidade. Sendo assim, pode-se afirmar que a utilização do princípio da proporcionalidade é limitador do poder de polícia, pois promove atos simultâneos para o mesmo fim entre a atuação da Administração na busca do interesse público e o respeito aos direitos dos particulares.

## Referências

**ARAÚJO, Edmir Netto de.** Curso de Direito Administrativo, 5ª Ed., São Paulo: 2010.

----- Do Negócio Jurídico Administrativo, 4ª Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo: Revista do tribunal, 1992.

**ÁVILA, Humberto.** Teoria dos Princípios, da Definição à Aplicação dos Princípios Jurídicos, 7ª ed., São Paulo: Malheiros, 2007.

**MELLO. Celso Antônio,** Curso de Direito Administrativo, 21ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

----- Grandes Temas de Direito Administrativo, São Paulo: Malheiros, 2009.

----- Serviço Público e Poder de Polícia, Concessão e Delegação, nº 7, Salvador: in Revista Eletrônica de Direito do Estado, 2006.

**BEZNOS, Clóvis.** Poder de Polícia, Revista dos Tribunais, São Paulo: 1979.

**BOBBIO, Norberto.** Estado, Governo, Sociedade – Para uma teoria geral da política, 4ª ed., Rio de Janeiro: Editora Paz e Terra, 2007.

**BONAVIDES, Paulo.** Do Estado Liberal ao Estado Social, 9ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

----- Teoria Constitucional da Democracia Participativa, 3ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

**CANOTILHO, JJ Gomes.** Direito Constitucional e Teoria da Constituição, 4ª edição, Coimbra: Livraria Almedina, 1993.

**CASSAGNE, Juan Carlos,** Direito Administrativo, 6ª ed. Buenos Aires: Ed. Abeledo-Perrot, 2000.

**CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988. Sitio.** [www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br).

**CRETELLA JR., José.** Do Poder de Polícia, Rio de Janeiro: Forense, 1999.

----- Do Desvio de Poder, São Paulo: Editora RT, 1964.

----- Direito Administrativo Brasileiro, 2ª edição, Rio de Janeiro: Editora Forense. 2.000.

----- Prerrogativas e Sujeições da Administração Pública, in Revista de Direito Administrativo, volume 103, Rio de Janeiro: 1971.

**DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella.** Direito Administrativo, 20ª Ed., São Paulo: Atlas, 2007.

----- Poder de Polícia em Matéria Urbanística, in Temas de Direito Administrativo, Publicação conjunta, Ministério Público de São Paulo. São Paulo: Imprensa Oficial, 1999.

----- Poder de Polícia, in Revista de Direito Público, São Paulo: São Paulo, 1991.

----- Participação Popular na Administração Pública, in Revista de Direito Administrativo, nº 191, p 26-39 – janeiro a março de 1993.

**FIORINI, Bartolome.** Poder de Polícia, Buenos Aires: Editora Alfa, 1962.

----- Derecho Administrativo, 2ª edição atualizada, Buenos Aires: Ed. Abeledo-Perrot, 1976.

**GASPARINI, Diógenes,** Direito Administrativo, 7ª ed. São Paulo: Saraiva 2002.

**GRAU, Eros Roberto.** Poder de Polícia: Função Administrativa e Princípio da Legalidade: O Chamado “Direito Alternativo”, Revista Trimestral de Direito Público, Editora Malheiros, nº 01/1993,

**KELSEN, Hans.** Teoria Pura do Direito. 6ª ed., Tradução de José Cretella Jr. e Agnes Cretella, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

**JUSTEN FILHO, Marçal.** Curso de Direito Administrativo, 3ª edição, São Paulo: Saraiva, 2008.

**LAZZARINI, Álvaro.** Temas de Direito Administrativo, 2ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

**LUC, Ferry,** Direito Administrativo, 2ª Ed. São Paulo: Ed Malheiros, 1986.

**LOYN, Henry.** Dicionário da Idade Média, Rio de Janeiro: Ed. Jorge Zahar Ltda, 1997.

**MALUF, Sahid.** Teoria Geral do Estado, 28º ed. São Paulo: Saraiva 2008.

**MAXIMILIANO, Carlos,** Hermenêutica e Aplicação do Direito, 19ª ed., Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2010.

**MAYER, Otto.** Derecho Administrativo Alemán, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1950.

**MEDUAR, Odete.** Direito Administrativo Moderno, 3ª ed., São Paulo: 1999.

----- Poder de Polícia, *in* Boletim de Direito Administrativo, São Paulo, v. 12, nº 12, p. 814-9, dezembro de 1996.

----- Auto-Executoriedade do Ato Administrativo, *in* Boletim de Direito Administrativo, v. 2, p 515-519, julho de 1986.

**MELLO, Celso Antônio Bandeira.** Curso de Direito Administrativo, 21ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

**MEIRELLES, Hely Lopes.** Direito Administrativo Brasileiro, 17ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 1992.

----- Direito Municipal Brasileiro, 12ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

**MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo.** Mutações do Direito Administrativo, 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

----- Curso de Direito Administrativo, 15ª ed. ,Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2009.

----- Quatro Paradigmas do Direito Administrativo Pós-Moderno, Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2008.

----- Novas Tendências da Democracia, Consenso e Direito Público na Virada do Século – O Caso Brasileiro, Salvador: *in* Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado, nº 13, março/abril/maio de 2008.

**MÜLLER, Friedrich.** Quem é o Povo? A Questão Fundamental da Democracia, 4ª ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2009.

**PESTANA, Márcio.** Direito Administrativo Brasileiro, Rio de Janeiro: Campus Jurídico, 2008.

**PIRES, Luis Manuel Fonseca.** Limitações Administrativas à Liberdade e à Propriedade, São Paulo: Quartier Latin, 2006.

**QUEIROZ, Raphael Augusto Sofiati de.** Direito Público & Segurança Pública – Ensaios e Pareceres, Rio de Janeiro: Editora Lúmen Juris, 2001.

**RIVERO, Jean.** Curso de Direito Administrativo Comparado, Apostila, Tradução José Cretella Jr. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

**ROMANO, Santi.** Principi di Diritto Costituzionale Generale, Milano, Ed. Giufrè, 1947.

**SANTOS, Boaventura de Souza (org.).** Democratizar a Democracia: os caminhos da democracia participativa, Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.

**SCHIMITT, Carl.** Teologia Política, Editorial Struhart e Cia, Cochabamba, 1998.

----- Legalidade e Legitimidade, Ed. Del Rey, Belo Horizonte, 2007.

**SILVA, José Afonso da.** Curso de Direito Constitucional Positivo, 22<sup>a</sup> ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

**TÁCITO, Caio.** Poder de Polícia e Polícia do Poder, *in:* Direito Administrativo da Ordem Pública, (obr. Coletiva), 2<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro: Editora Forense 1987.

----- Temas de Direito Público (Estudos e Pareceres), Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

**VASQUEZ, Ramon.** Poder de Polícia, 2<sup>a</sup> ed., Buenos Aires: Ed. F. Dias, 1957.