



Centro Universitário de Brasília-UniCEUB
Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais - FAJS

RAFAEL VITOR SANTOS LUZ

**CONTROLE JUDICIAL DO ATOS DE POLÍCIA EM ABUSO DE
PODER**

Brasília

2016

RAFAEL VITOR SANTOS LUZ

CONTROLE JUDICIAL DO ATOS DE POLÍCIA EM ABUSO DE PODER

**Monografia apresentada como requisito para
conclusão do curso em Bacharelado em Direito
pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais
do Centro Universitário de Brasília- UniCEUB.**

Orientador: Prof. Paulo Gustavo

Brasília

2016

RAFAEL VITOR SANTOS LUZ

CONTROLE JUDICIAL DO ATOS DE POLÍCIA EM ABUSO DE PODER

**Monografia apresentada como requisito para
conclusão do curso em Bacharelado em Direito
pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais
do Centro Universitário de Brasília- UniCEUB.**

Orientador: Prof. Paulo Gustavo

Brasília, _____ de 2016

Banca Examinadora

Prof. Paulo Gustavo

Orientador

Prof. Examinador

Prof Examinador

A Deus pela saúde, força e sabedoria concedidas nos momentos mais difíceis.

A minha mãe Gracinete, que com apoio, incentivo, compreensão e amor, em todos os momentos, foi responsável por essa jornada.

A Carol, pelo companheirismo e força prestados nessa caminhada.

Aos meus avós Antônio (em memória) e Maria das Graças pelo exemplo de que a maior herança é o conhecimento.

As minhas tias, grandes pessoas em minha vida, pelos ensinamentos e amparos.

A todos que de alguma forma passaram pela minha vida e colaboraram para a construção de quem sou hoje.

AGRADECIMENTOS

Agradeço ao meu orientador, Paulo Gustavo, pela atenção, dedicação, aconselhamentos e incentivo nesse trabalho.

Agradeço a Caroline Varão, Camila Nakatani e Augusto Telles pelo apoio e compreensão nos momentos que precisei.

“A justiça atrasada não é justiça; senão injustiça qualificada e manifesta.”

Rui Barbosa

RESUMO

A presente monografia faz um breve estudo sobre o controle judicial dos atos de polícia praticados pelo Estado em abuso de poder, realizando considerações sobre as características, meios de atuação, limitações e sanções do Poder de Polícia; apontando, ainda, as espécies de abuso de poder. Como a principal justificativa para a existência do Poder de Polícia é o princípio da supremacia do interesse coletivo sobre o particular, devendo o Poder Público limitar direitos individuais em benefício do interesse da coletividade. Às vezes, o administrador quando no exercício desses atos extrapola os limites estabelecidos pelo ordenamento jurídico agindo, assim, com abuso de poder. Para tanto, serão analisadas as espécies de abuso de poder, a fim de compreender como ocorre essa arbitrariedade pela Administração Pública. Por fim, serão apresentadas as formas de controle desses atos, um panorama geral; posteriormente o enfoque da pesquisa será o controle judicial, apontando as características, as teorias utilizadas pelo Judiciário para realizar esse controle, os sistemas jurisdicionais e meios de controle. Serão, ainda, expostos julgados dos Tribunais Superiores versando sobre os pontos tratados na presente pesquisa.

Palavras-chave: Direito Administrativo. Poder de polícia. Aplicabilidade abusiva. Limitação. Abuso de Poder. Controle judicial. Meios de controle.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1 PODER DE POLÍCIA.....	10
1.1 Evolução Histórica.....	10
1.3 Poder de Polícia Originário e Delegado.....	14
1.4 Poder de Polícia Administrativa e Poder de Polícia Judiciária.....	15
1.5 Características do Poder de Polícia	17
<i>1.5.1 Discricionariedade.....</i>	<i>17</i>
<i>1.5.2 Autoexecutoriedade.....</i>	<i>19</i>
<i>1.5.3 Coercibilidade.....</i>	<i>20</i>
1.6 Exercício do Poder de Polícia	21
<i>1.6.1 Meios de Atuação.....</i>	<i>21</i>
<i>1.6.2 Modalidades.....</i>	<i>22</i>
<i>1.6.3 Fases (Ciclo de Polícia).....</i>	<i>23</i>
<i>1.6.4 Limites.....</i>	<i>24</i>
<i>1.6.5 Sanções</i>	<i>26</i>
2 ABUSO DE PODER.....	29
2.1 Conceito	29
2.2 Formas de Abuso de Poder	33
2.3. Abuso de Poder no Exercício do Poder de Polícia pela Administração Pública.....	36
3 CONTROLE JUDICIAL DOS ATOS DE POLÍCIA EM ABUSO DE PODER	40
3.1 Controle dos Atos da Administração Pública	40
3.2 Controle Judicial do Abuso de Poder de Polícia.....	42
<i>3.2.1 Conceito e Finalidade do Controle Judicial dos Atos Administrativos</i>	<i>43</i>
<i>3.2.2 Alcance e Limites do Controle Judicial.....</i>	<i>44</i>
<i>3.2.3 Sistemas de Controle Judicial</i>	<i>46</i>
<i>3.2.4 Decorrências do Controle Judicial</i>	<i>46</i>
<i>3.2.5 Controle da Discricionariedade dos atos de policia</i>	<i>47</i>
<i>3.2.6 Teoria do Desvio de Poder ou Desvio de Finalidade</i>	<i>49</i>
<i>3.2.7 Teoria dos Motivos Determinantes.....</i>	<i>50</i>
<i>3.2.8 Controle pelos Princípios Fundamentais</i>	<i>51</i>
<i>3.2.9 Meios de Controle Judicial</i>	<i>54</i>

CONCLUSÃO.....	58
REFERÊNCIAS.....	60
ANEXO A – EMENTAS DE JULGADOS DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM QUE OCORREU O CONTROLE JUDICIAL DOS ATOS DE POLÍCIA EM ABUSO DE PODER	62

INTRODUÇÃO

Desde quando o indivíduo passou a viver em sociedade, diversos conflitos de interesses foram surgindo, com a finalidade de solucionar essas divergências foram criados alguns institutos visando alcançar o bem-estar social.

Um deles é o poder de polícia concedido à Administração, o qual acarreta restrições aos particulares, devendo ser proporcional e respeitar os direitos fundamentais, em prol do interesse público.

Quando do exercício desse poder, a autoridade pública necessita obedecer aos ditames do ordenamento jurídico, o qual estabelece limites aos atos de polícia. Ressalte-se que esses limites são necessários tendo em vista que esses atos são, em regra, discricionários, existindo uma análise da conveniência e oportunidade desses atos pela Administração.

Assim, o abuso de poder pode estar presente nos atos de polícia, na medida em que os agentes públicos não observam os dizeres do ordenamento pátrio; sendo essas condutas graves, pelo fato de ir de encontro com o interesse público, causando prejuízos à coletividade.

Em diversas situações torna-se difícil comprovar que houve esse abuso de poder, porque em alguns casos ele vem revestido de uma falsa ideia de legalidade; por isso, o controle judicial existe e está disponível para realização dessa fiscalização das condutas administrativas, possuindo como finalidade precípua a aplicação do direito, fazendo que esses abusos cessem.

É nesse aspecto que o presente trabalho acadêmico se destina a realizar um estudo bibliográfico e documental sobre o controle judicial dos atos de polícia em abuso de poder, ou seja, aqueles que extrapolaram as regras e princípios estabelecidos no ordenamento jurídico. Para isso, no primeiro capítulo serão esclarecidas as questões relacionadas ao conceito, características, meios de atuação, limites e sanções do poder de polícia, já no segundo capítulo, serão analisadas o uso e abuso de poder no âmbito da Administração Pública.

Por fim, no terceiro e último capítulo do presente trabalho será analisado o sistema de controle dos atos da Administração com suas peculiaridades e o controle judicial propriamente dito dos atos de polícia em abuso de poder, com as principais teorias utilizadas pelo Judiciário e meios disponíveis aos cidadãos, ou seja, os tipos de ações judiciais. Além disso, há um anexo com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, contendo casos de controle desses atos de polícia que exorbitam esse poder.

1 PODER DE POLÍCIA

1.1 Evolução Histórica

A ideia de poder de polícia já vem sendo utilizada desde as civilizações antigas, sendo utilizado para justificar os atos arbitrários dos governantes, já que não possuía nenhum limite.¹

Atualmente, o poder de polícia tem como finalidade inibir atividades que visem apenas o interesse privado. Entretanto, nem sempre foi assim. O termo “polícia” vem do grego *politeia*, o qual significava direito do cidadão, administração do Estado ou constituição do Estado. O instituto da polícia administrativa não era utilizado pelos gregos, pelo fato de não existir a noção de direito individual, havendo apenas a correlação entre polícia e a organização do Estado, que seriam as *polis* gregas.²

A noção de direito individual (direito privado) surgiu em Roma quando houve a separação dos ramos do Direito em Público e Privado. Quando os indivíduos adquiriram a noção de bens e direitos individuais, surgiu a necessidade de limitar o exercício desses direitos, tendo em vista que eles não poderiam ser ilimitados, sob pena de causar prejuízo a sociedade e pelo inevitável choque de conflitos/interesses dos cidadãos.³

Na Idade Média a autoridade do Estado quem exercia o poder e começou-se a configurar esse poder tal como ele é hoje, mas não se baseava em um Estado em si, mas no poder de um príncipe, ao qual se dava o nome de *jus politiae*.⁴

Cretella Júnior discorre sobre os sentidos do poder do polícia na Idade Média, afirmando que:

Durante toda a Idade Média, o sentido do vocábulo alterou-se, tendo sido usado para designar a boa ordem da sociedade civil sob a autoridade do Estado, em contraposição a boa ordem moral e religiosa da competência exclusiva da autoridade eclesiástica. Mais tarde, na França e na Alemanha, a police e a polizei passaram a designar o direito do soberano e do senhor feudal para zelar, de todos os modos possíveis, pelo bem-estar daqueles que estavam sob suas ordens. Assim, o conceito de polícia foi-se ampliando até abranger toda a atividade da Administração, quer dirigida a prevenir os males e as desordens da sociedade, quer a zelar através dos serviços públicos pelo bem-estar físico, econômico e intelectual da população. Do *jus politiae* ficava excluída apenas a atividade financeira e a Administração militar.⁵

¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 122.

² MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 18. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 379-380.

³ VIDIGAL, Edson José Travassos. **Poder de polícia: uma leitura adequada ao estado democrático de direito**. Brasília: Penélope, 2012. p. 20.

⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 122.

⁵ CRETELLA JUNIOR, Jose. **Curso de direito administrativo**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p.25.

No entanto, no fim do século XV, na Alemanha, esse *jus politiae* voltou a ser toda e qualquer intervenção do Estado através do poder do príncipe. O poder do príncipe decorria da vontade divina, sendo assim, era ilimitado e interferia em todas as esferas dos sujeitos.

Porém, logo foi feita uma diferenciação entre polícia e justiça. Maria Sylvia Zanella Di Pietro fala sobre o assunto dizendo que a polícia era ligada aos atos do príncipe, enquanto a justiça era exercida pelos juízes.⁶

No início do século XVIII, a nomenclatura polícia é conceituada como atividade pública interna. Com isso, o sentido amplo de polícia, é atrelado à noção de administração pública. O sentido de polícia sofre restrições, principalmente com as ideias da Revolução Francesa, de valorização os direitos individuais e das concepções de Estado de Direito e Estado Liberal.⁷

Com o Estado Liberal, no século XVIII, começaram algumas mudanças, pois ao ser baseado no princípio da legalidade, não se admite mais que o príncipe esteja acima da lei. Em um primeiro momento, o Estado praticava a intervenção mínima, dando grande valor à liberdade e aos direitos subjetivos. Nessa época, a polícia administrativa era uma polícia de segurança, apenas. Em seguida, o Estado tornou-se intervencionista e o que defendia apenas a segurança anteriormente, passou a defender o interesse público da sociedade.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro mostra que o poder de polícia cresceu de duas formas, quais sejam:

1. de um lado, passou-se a atuar em setores não relacionados com a segurança, atingindo as relações entre particulares, anteriormente fora de alcance do Estado; o próprio conceito de **ordem pública**, antes concernente apenas à segurança, passou a abranger a ordem **econômica** e **social**, com medidas relativas às relações de emprego, ao mercado dos produtos de primeira necessidade, ao exercício das profissões, às comunicações, aos espetáculos públicos, ao meio ambiente, ao patrimônio histórico e artístico nacional, à saúde e tantas outras;
2. de outro lado, passou a possibilitar a imposição de obrigações de fazer, como o cultivo da terra, o aproveitamento do solo, a venda de produtos; a polícia tradicional limitava-se a impor obrigações de não fazer. Para alguns autores, essas medidas escapam ao poder de polícia e se apresentam como novo instrumento de que o Estado dispõe para intervir na propriedade, com vista em assegurar o bem comum, com base no princípio da função social da propriedade (grifos do autor).⁸

⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p.121.

⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p.116.

⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 222.

Em todo caso, sendo uma obrigação de fazer ou de não fazer, o Estado intervém em prol do interesse público, causando uma limitação na liberdade dos particulares.

O julgamento da Suprema Corte-Americana, no caso *Brown x Maryland*, de 1827 foi utilizada a expressão *police power* cujo significado se amolda ao conceito atual de poder de polícia, que é o poder que emana dos Estados-Membros de editarem leis limitadoras de direitos, em benefício do interesse coletivo, sendo essa a primeira vez que a locução foi utilizada. Por fim, no direito pátrio, a Constituição Federal de 1824 atribuiu como competência das Câmaras Municipais a função de organizar suas “posturas policiais”. Acrescente-se que Ruy Barbosa citou a expressão poder de polícia em um parecer e que em 1918 foi publicado o livro “Polícia e poder de polícia”. Foi a partir daí que se iniciou a utilização da expressão poder de polícia no Direito Brasileiro.⁹

1.2 Conceito

Após um breve histórico, é de suma importância se estabelecer um conceito ao referido instituto. Isso pode ser feito tanto observando a legislação quanto a doutrina que cerca o tema.

Iniciando com a letra da lei, pode-se encontrar uma definição no Código Tributário Nacional. Esse preleciona em seu art. 78:

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

Parágrafo único. Considera-se regular o exercício do poder de polícia quando desempenhado pelo órgão competente nos limites da lei aplicável, com observância do processo legal e, tratando-se de atividade que a lei tenha como discricionária, sem abuso ou desvio de poder.¹⁰

Pode-se ver que não se trata de um conceito geral ou aberto, já que estabelece o poder de polícia como atividade administrativa que limita os direitos individuais que possam causar prejuízo ao interesse público, imprescindível à manutenção do bem-estar da coletividade, visando garantir a proteção dos bens, da liberdade, da saúde, da economia, da moralidade, da

⁹ TÁCITO, Caio. Direito administrativo. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 190 apud MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 18. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 380.

¹⁰ BRASIL. **Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966**. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios, Brasília, DF. 25 out. 1966. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15172.htm>. Acesso em: 05 ago. 2015.

ordem jurídica e social. Há uma delimitação bem visível, não permitindo grande divergência entre os doutrinadores sobre as acepções desse poder, são elas:

José dos Santos Carvalho Filho estabelece o poder de polícia como “[...]a prerrogativa de direito público que, calcada na lei, autoriza a Administração Pública a restringir o uso e o gozo da liberdade e da propriedade em favor do interesse da coletividade”.¹¹

Fernanda Marinela traz em sua obra um conceito mais abrangente para o tema, lecionando:

Destarte, é possível conceituar Poder de Polícia como a atividade da Administração Pública que se expressa por meio de atos normativos ou concretos, com fundamento na supremacia geral e, na forma da lei, de condicionar a liberdade e a propriedade dos indivíduos mediante ações fiscalizadoras, preventivas e repressivas, impondo aos administrados comportamentos compatíveis com os interesses sociais sedimentados no sistema normativo.¹²

Odete Medauar cita Calvancanti o qual doutrina que “[...] o Poder de Polícia constitui limitação à liberdade individual, mas tem por fim assegurar esta própria liberdade e os direitos essenciais do homem”.¹³ Percebe-se que esse poder para proteger os bens, os direitos, liberdade e bem-estar econômico da sociedade tem que impor limites aos cidadãos, visando um interesse maior.

Aprofundando mais sobre o assunto, Celso Antônio Bandeira de Mello¹⁴ faz uma distinção entre poder de polícia em sentido estrito e em sentido amplo. Em sentido estrito, o referido poder abarcaria apenas os atos do Poder Executivo, ligados à ideia de limitar a atuação de particulares em prol da coletividade. Já em sentido amplo, alcançaria tanto os atos do Poder Executivo, quanto do Poder Legislativo, ligados à essa mesma ideia da limitação. A grande diferença, portanto, se dá em relação aos órgãos que praticam os referidos atos.

Já Maria Sylvania Zanella Di Pietro¹⁵ faz uma distinção entre o conceito clássico e o conceito moderno. A diferença está no fato de a visão moderna estabelecer que os atos de restrição ligados ao poder de polícia visam o benefício do interesse público, enquanto a visão

¹¹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 25. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2012. p. 75.

¹² MARINELA, Fernanda. **Direito administrativo**. 6. ed. rev., ampl., reform. e atual. Niterói: Impetus, 2012. p. 223.

¹³ CAVALCANTI, Themistocles Brandão. Tratado de Direito Administrativo, 1956, p. 07 apud MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 18. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 382.

¹⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 28. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 822.

¹⁵ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Direito administrativo**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 123.

clássica visava apenas o benefício da segurança, tratava-se de uma visão mais limitada, do século XVIII.

1.3 Poder de Polícia Originário e Delegado

Como já foi visto, o poder de polícia pode ser exercido pela Administração Pública, precipuamente a Administração Direta, que é o caso em que se enquadra o poder de polícia originário. Nesse caso ela poderá praticar todas as fases do ciclo e polícia, que será abordado em um tópico adiante.

Entretanto, nem sempre será dessa forma, pois esse poder também pode ser delegado aos entes da Administração Indireta, mesmo aos que se encontram na forma de pessoa jurídica de direito privado, este último caso ainda controvertido na doutrina. Para que isso ocorra, deverá haver uma lei autorizando e limitando sua atuação.¹⁶

Ademais, para que ocorra essa delegação, deve-se haver a obediência de alguns requisitos. O primeiro, que inclusive já foi abordado, é o fato de que a instituição para a qual será delegado o poder deve fazer parte da administração indireta. O segundo é a necessidade de lei autorizando a delegação. O último requisito é que esse poder só será exercido em seu viés fiscalizatório.¹⁷

José dos Santos Carvalho Filho mostra um exemplo que demonstra bem essa questão, inclusive no que tange à obediência dos requisitos e defendendo a possibilidade de delegação a pessoas jurídicas de direito privado:

A respeito do tema, suscitou-se grande polêmica relacionada à Guarda Municipal, quando o Município do Rio de Janeiro a instituiu sob a forma de empresa pública. Com o argumento de que se tratava de pessoa jurídica de direito privado, bem como pela circunstância de que seus servidores se subordinavam ao regime trabalhista, o que não lhes poderia conferir estabilidade, alguns passaram a defender a anulação das multas de trânsito por eles aplicadas em consequência da impossibilidade jurídica de ser exercido poder de polícia pela entidade. A nosso ver, tal entendimento reflete flagrante desvio de perspectiva. Inexiste qualquer vedação constitucional para que pessoas administrativas de direito privado possam exercer o poder de polícia em sua modalidade fiscalizatória. Não lhes cabe – é lógico – o poder de criação das normas restritivas de polícia, mas, uma vez já criadas, como é o caso das normas de trânsito, nada impede que fiscalizem o cumprimento das restrições. Aliás, cabe aqui observar que a Lei nº 9.503/1997 (Código de Trânsito Brasileiro) é claríssima ao admitir que o agente da autoridade de trânsito, a quem incumbe comprovar a infração, seja servidor civil, estatutário ou celetista ou, ainda, policial militar designado pela autoridade de trânsito.

¹⁶ ALEXANDRE, Ricardo. **Direito administrativo esquematizado**. São Paulo: Método, 2015. p. 214-215.

¹⁷ ALEXANDRE, Ricardo. **Direito administrativo esquematizado**. São Paulo: Método, 2015, p. 214-215.

Acertadamente, porém, a jurisprudência mais recente tem julgado legítimo o exercício do poder de polícia fiscalizatório pela aludida corporação.¹⁸

Vê-se, portanto, que o entendimento mais acertado e que tende a se consolidar na doutrina e jurisprudência é o de que a delegação pode ocorrer inclusive para pessoas jurídicas de direito privado, desde que obedecidos os requisitos mencionados anteriormente.

Cite-se jurisprudência nesse sentido do Superior Tribunal de Justiça:

[...] 2. No que tange ao mérito, convém assinalar que, em sentido amplo, poder de polícia pode ser conceituado como o dever estatal de limitar-se o exercício da propriedade e da liberdade em favor do interesse público. A controvérsia em debate é a possibilidade de exercício do poder de polícia por particulares (no caso, aplicação de multas de trânsito por sociedade de economia mista).
 3. As atividades que envolvem a consecução do poder de polícia podem ser sumariamente divididas em quatro grupos, a saber: (i) legislação, (ii) consentimento, (iii) fiscalização e (iv) sanção.
 4. No âmbito da limitação do exercício da propriedade e da liberdade no trânsito, esses grupos ficam bem definidos: o CTB estabelece normas genéricas e abstratas para a obtenção da Carteira Nacional de Habilitação (legislação); a emissão da carteira corporifica a vontade o Poder Público (consentimento); a Administração instala equipamentos eletrônicos para verificar se há respeito à velocidade estabelecida em lei (fiscalização); e também a Administração sanciona aquele que não guarda observância ao CTB (sanção).
 5. Somente os atos relativos ao consentimento e à fiscalização são delegáveis, pois aqueles referentes à legislação e à sanção derivam do poder de coerção do Poder Público[...].¹⁹

Depreende-se do referido julgado que os atos de polícia de fiscalização e de sanção podem ser delegados a pessoas jurídicas de direito privado integrantes da Administração Direta.

Todavia, não pode haver delegação à iniciativa privada, pois ela não conta com o poder de império do Estado. Em nenhuma situação poderá haver delegação do poder de polícia nesse sentido. Contudo há possibilidade de delegar aos particulares as atividades materiais de apoio ao poder de polícia, já que é um apoio instrumental para a execução desse poder, cite como exemplo: empresa privada que instala radares fotográficos para auxiliar a fiscalização no trânsito e manutenção das instalações de presídios administrados pela iniciativa privada.²⁰

1.4 Poder de Polícia Administrativa e Poder de Polícia Judiciária

¹⁸ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 25. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2012. p. 78-79.

¹⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça - STJ. **REsp. 817.534/MG**, relator Min. Mauro Campbell Marque, 04.08.209 Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8635287/recurso-especial-resp-817534-mg-2006-0025288-1-stj>>. Acesso em: 05 out. 2015.

²⁰ MAZZA, Alexandre. **Manual de direito administrativo**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 296.

Na doutrina²¹, é feita uma diferenciação entre poder de polícia administrativa e poder de polícia judiciária. Vários são os critérios utilizados para essa diferenciação.

Para José dos Santos Carvalho Filho, a polícia administrativa fica apenas no âmbito administrativo, inicia e se encerra nele, enquanto a polícia judiciária já seria uma preparação para a atividade jurisdicional. A primeira se manifesta através dos atos normativos concretos e específicos, tendo como objetivo a manutenção da ordem pública geral, sendo preventiva, enquanto a segunda pode ser definida como uma atividade desenvolvida por órgãos de segurança (polícia civil ou militar), com a função de reprimir ilícitos penais, tendo como traço característico o cunho repressivo e ostensivo.²²

Outra diferença seria que a polícia administrativa atua sobre a atividade do indivíduo enquanto a judiciária atua sobre o próprio indivíduo. O autor, José dos Santos Carvalho Filho, mostra um exemplo dessa diferenciação para a melhor fixação dela:

[...] quando agentes administrativos estão executando serviços de fiscalização em atividades de comércio, ou em locais proibidos para menores, ou sobre as condições de alimentos para consumo, ou ainda em parques florestais, essas atividades retratam o exercício de Polícia Administrativa. Se, ao contrário, os agentes estão investigando a prática de crime e, com esse objetivo, desenvolvem várias atividades necessárias à sua apuração, como oitiva de testemunhas, inspeções e perícias em determinados locais e documentos, convocação de indiciados etc., são essas atividades caracterizadas como Polícia Judiciária, eis que, terminada a apuração, os elementos são enviados ao Ministério Público para, se for o caso, providenciar a propositura da ação penal.²³

Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro²⁴, a diferença principal é que a polícia administrativa tem um caráter essencialmente preventivo, enquanto a polícia judiciária tem um caráter essencialmente repressivo. O que não retira a possibilidade de a primeira ter caráter repressivo, mas estando desvinculada de um ilícito penal. A autora ainda leciona que a polícia judiciária é privativa de corporações especializadas (polícia civil e militar), enquanto a polícia administrativa está presente em diversos órgãos da administração, incluindo, além da própria polícia militar, os órgãos de fiscalização.²⁵

²¹ Esse posicionamento é defendido pelos doutrinadores: ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito administrativo descomplicado**. 21. ed. rev. e atual. São Paulo: Método, 2013. p. 245-246; ALEXANDRE, Ricardo. **Direito administrativo esquematizado**. São Paulo: Método, 2015. p. 205; MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 18. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 383 e DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p.125.

²² CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 25. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2012. p. 83.

²³ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 25. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2012. p. 81.

²⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 124.

²⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 125-126.

Celso Antônio Bandeira de Mello preleciona que a principal diferença se encontra na natureza do ilícito, se tiver natureza administrativa, será polícia administrativa, se tiver natureza penal, será polícia judiciária. Acrescente-se ainda que o referido autor doutrina que a primeira se rege pelo Direito Administrativo, incidindo sobre bens, direitos ou atividades antissociais; e a segunda, pelo direito processual penal, incidindo sobre pessoas que violem a ordem jurídica.²⁶

Percebe-se que essa distinção é importante para delimitar quem é responsável e os limites de atuação de cada tipo de polícia, sendo a Administração Pública, em sentido amplo, incumbida da execução e fiscalização da polícia administrativa, agindo predominantemente de forma preventiva e sobre objetos determinados em ilícitos administrativos, enquanto a polícia judiciária é privativa de órgãos especializados, como Polícia Militar, Polícia Civil e Polícia Federal, sendo em regra de forma repressiva e atua em ilícitos penais.

1.5 Características do Poder de Polícia

1.5.1 Discricionariedade

O poder de polícia tem atributos específicos e peculiares ao seu exercício: discricionariedade, autoexecutoriedade e coercibilidade, além do fato de corresponder a uma atividade negativa.

A discricionariedade é a possibilidade de a Administração Pública poder praticar atos com certa margem de liberdade, atendendo ao chamado “mérito administrativo”, ou seja, através da análise de conveniência e oportunidade do ato. Esses atos são de tamanha importância que fundamentam um poder, qual seja o poder discricionário.

Todavia, um ato com tamanha liberdade de atuação necessita de limites, não pode ser realizado de qualquer forma. Para a realização de um ato discricionário, deve-se obedecer aos termos da lei, é ela que irá delinear a margem de atuação do administrador.

Na obra de Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo, demonstra-se que para a doutrina dominante atual, há dois casos em que se pode falar em discricionariedade:

a) quando a lei expressamente dá à administração liberdade para atuar dentro de limites bem definidos; são as hipóteses em que a própria norma legal explícita, por exemplo, que a administração “poderá” prorrogar determinado prazo por “até quinze dias”, ou que é “facultado” à administração, “a seu critério”, conceder ou não uma determinada autorização, ou que, no exercício do poder disciplinar ou de polícia administrativa, o ato a ser praticado

²⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 28. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 823-824.

“poderá” ter como objeto (conteúdo)”esta ou aquela” sanção, e assim por diante;

b) quando a lei emprega conceitos jurídicos indeterminados na descrição do motivo determinante da prática de um ato administrativo e, no caso concreto, a administração se depara com uma situação em que não existe possibilidade de afirmar, com certeza, se o fato está ou não abrangido pelo conteúdo da norma; nessas situações, a administração, conforme o seu juízo privativo de oportunidade e conveniência administrativa, tendo em conta o interesse público, decidirá se considera, ou não, que o fato está enquadrado no conteúdo do conceito indeterminado empregado no descritor da hipótese normativa e, conforme essa decisão, praticará, ou não, o ato previsto no comando legal.²⁷

Pode-se ver, portanto, que para a doutrina majoritária atual, a discricionariedade também pode ser aplicada no caso dos conceitos jurídicos indeterminados.

Via de regra, o poder de polícia é discricionário, ou seja, há uma margem de atuação para a Administração Pública, analisando a conveniência e oportunidade do ato, bem como os limites da lei. Essa observância da lei é um requisito importantíssimo para evitar o abuso de poder no exercício do poder de polícia.

Entretanto, há um aspecto relevante que é abordado por Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo e não deve ser deixado de lado, que apesar desse poder ser discricionário a finalidade dele será sempre vinculada, qual seja a proteção do interesse público.²⁸

Da mesma forma é com relação ao motivo. Apesar de o ato ser discricionário, a declaração do motivo, vincula o ato a esse motivo. Entretanto, continua sendo um ato discricionário. A essa vinculação ao motivo dá-se o nome de teoria dos motivos determinantes.

Para exemplificar a discricionariedade do poder de polícia, José dos Santos Carvalho Filho traz um exemplo em sua obra:

Em questão que envolveu ordem do Município para transferir a área de atividade comercial de camelôs deficientes físicos, o então TACív-RJ, realçando o caráter discricionário do poder de polícia nesse aspecto, bem como o interesse público que constitui a finalidade dos atos administrativos, decidiu que a autorização tem natureza precária, razão por que “o direito de exploração de comércio em determinado local não inibe a municipalidade de alterá-lo em prol da comunidade, máxime porque a autorização traz ínsita em si o germe de sua potencial extinção, ainda que com prazo certo[...]”.²⁹

Nesse e em muitos outros casos pode-se ver a real aplicação do poder de polícia.

²⁷ ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito administrativo descomplicado**. 21. ed. rev. e atual. São Paulo: Método, 2013. p. 453-454.

²⁸ ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito administrativo descomplicado**. 21. ed. rev. e atual. São Paulo: Método, 2013. p. 256.

²⁹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 25. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2012. p. 86.

Apesar de a doutrina classificar o poder de polícia como discricionário, Maria Sylvia Zanella Di Pietro defende que a discricionariedade, embora esteja presente na maior parte das medidas de polícia, nem sempre isso ocorre, já que a lei em alguns casos específicos estabelece qual medida ou ato deve ser praticado pela Administração, sem possibilidade de escolha, sendo vinculado. A licença é exemplo do ato de polícia vinculado, sendo indispensável para o exercício de atividades ou para a prática de atos sujeitos ao poder de polícia do Estado. Dessa forma, pode-se afirmar que o poder de polícia tanto pode ser discricionário (na maior parte dos casos), como vinculado.³⁰

1.5.2 Autoexecutoriedade

A autoexecutoriedade é a possibilidade da utilização dos atos de poder de polícia sem a necessidade de prévia autorização judicial. Essa característica é mais presente do âmbito repressivo desse poder e ela advém da necessidade de imposição imediata para salvaguardar o interesse público diante da vontade dos particulares.³¹

Entretanto, isso não quer dizer que não possa haver uma prévia autorização judicial para a utilização do poder de polícia. Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo³² falam que essa atitude é comum nos casos em que a administração sabe que pode haver uma resistência por parte dos particulares que serão atingidos.

Importante ressaltar que nem todo ato de poder de polícia será autoexecutório. O autor retro mencionado dá o exemplo das multas, que não podem ser cobradas de forma forçada, precisa haver uma ação de execução na via judicial. E mesmo quando houver autoexecutoriedade, não se pode esquecer da observância da lei, que irá estabelecer os limites desse atributo.

Ratificando o entendimento de que nem todos os atos de polícia possuem esse atributo, o autor Celso Antônio Bandeira de Mello aponta três hipóteses em que torna possível a autoexecutoriedade: 1ª) quando a lei autoriza; 2ª) quando for urgente a providencia administrativa; e 3ª) quando não houver outra via idônea para resguardar o interesse público ameaçado ou ofendido.³³

³⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 126-127.

³¹ ALEXANDRE, Ricardo. **Direito administrativo esquematizado**. São Paulo: Método, 2015. p. 205.

³² ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito administrativo descomplicado**. 21. ed. rev. e atual. São Paulo: Método, 2013. p. 256.

³³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 28. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 824-825.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro mostra que esse atributo é possível não apenas nos casos previstos em lei, mas também nos casos de urgência:

A autoexecutoriedade não existe em todas as medidas de polícia. Para que a Administração possa se utilizar dessa faculdade, é necessário que a lei autorize expressamente, ou que se trate de medida urgente, sem a qual poderá ser ocasionado prejuízo maior para o interesse público. No primeiro caso, a medida deve ser adotada em consonância com o procedimento legal, assegurando-se ao interessado o direito de defesa, previsto expressamente no artigo 5º, inciso LV da Constituição. No segundo caso, a própria urgência da medida dispensa a observância de procedimento especial, o que não autoriza a Administração a agir arbitrariamente ou a exceder-se no emprego da força, sob pena de responder civilmente o Estado pelos danos causados (cf. art. 37, § 6º da Constituição), sem prejuízo da responsabilidade criminal, civil e administrativa dos servidores envolvidos.³⁴

Essa autora fala também que alguns doutrinadores fazem uma subdivisão dessa característica em executoriedade (*privilège d'action d'office*) e exigibilidade (*privilège du préalable*). A exigibilidade seria poder tomar decisões sem precisar recorrer ao judiciário, seria um meio indireto de coerção que independem da vontade do particular; se este quiser se opor, terá que ir a juízo, enquanto na executoriedade essa decisão já foi tomada, mas pode haver uma execução forçada posteriormente, sendo um meio direto de coerção.

1.5.3 Coercibilidade

Essa característica simboliza a força do Estado no momento de sua atuação, o exercício de seu poder de império. Trata-se de um atributo de suma importância para que se consiga sobrepor o interesse público diante da vontade do particular. Importante ressaltar que esse conceito de coercibilidade não pode estar dissociado do conceito de autoexecutoriedade, pois é esta que dá força aos atos e lhes proporciona força coercitiva.³⁵

A coercibilidade está diretamente ligada à ideia de que não importa a vontade do particular quando se tem um interesse público que precisa ser salvaguardado. Ressalte-se que tudo isso é feito em obediência aos limites da lei, como já explicitado.

José dos Santos Carvalho Filho traz um pequeno ensinamento de grande relevância para o assunto:

Diga-se, por oportuno, que é intrínseco a essa característica o poder que tem a Administração de usar a força, caso necessária para vencer eventual recalcitrância. É o que sucede, por exemplo, quando, em regime de greve,

³⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 126-127.

³⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p.134.

operários se apoderam *manu militari* da fábrica e se recusam a desocupá-la na forma da lei.³⁶

Pode-se ver que é esse atributo que vai trazer a funcionalidade do poder de polícia, é ele que vai permitir a adequada execução desses atos, pois dará a força necessária para que se aja mesmo contra a vontade de particular, sempre em busca do interesse público.

Sem a coercibilidade do poder de polícia não se sustentaria, pois existiria toda a teoria, mas no momento de seu cumprimento, não teria força para a feitura e manutenção de seus atos.

Alguns autores trazem em suas obras outras características ligadas ao poder de polícia, mas em seu cerne e em convergência de grande parte da doutrina, essas são as três características principais, que são capazes de fundamentar e resguardar o conceito deste poder. Cite-se como exemplo, a doutrina de Celso Antônio Bandeira Mello que afirma que é atributo do poder polícia o fato de ser uma atividade negativa, no sentido de que impõe uma abstenção ao particular, com o intuito de evitar o dano, diferentemente do que ocorre com a prestação de serviços públicos que exige uma ação positiva, prestação de utilidade pública; contudo não é uma característica absoluta, tendo em vista que alguns atos de polícia exigem um fazer pelo administrado, ainda que excepcionalmente, cite como exemplo a imposição feita pelo legislador aos proprietários de imóveis que estão descumprindo a função social da propriedade, devendo efetuar parcelamento do solo ou a edificação, conforme o disposto na Lei Federal 10.527 de 10 de julho de 2001 (Estatuto da Cidade).

1.6 Exercício do Poder de Polícia

1.6.1 Meios de Atuação

Conforme ensina Maria Sylvia Zanella Di Pietro o exercício do poder de polícia pode ser duas maneiras: edição de atos normativos, com conteúdo genérico, abstrato e impessoal, dotados de amplo círculo de abrangência. Nesse caso, atos normativos em geral seriam leis que geram limitações administrativas ao exercício dos direitos e das atividades individuais. A segunda maneira seria a elaboração de atos concretos, determinando os indivíduos, como atos administrativos e operações materiais de aplicação da lei ao caso concreto, sendo exercido de forma preventiva (fiscalização, vistoria, ordem, notificação, autorização, licença), com o objetivo de adequar o comportamento individual à lei, e de forma repressiva (dissolução de

³⁶ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 25. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2012. p. 89.

reunião, interdição de atividade, apreensão de mercadorias deterioradas, internação de pessoa com doença contagiosa), com o objetivo de fazer que o cidadão aja conforme a lei.³⁷

1.6.2 Modalidades

Seguindo a doutrina de Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo, o poder de polícia tem duas modalidades que irão delinear a sua forma de atuação, quais sejam a preventiva e a repressiva.³⁸

Na modalidade preventiva, é exigido que o particular possua prévia autorização da Administração para praticar atividades que influenciem no interesse público ou para utilizar bens públicos.

Essa aquiescência se dá através de alvarás, que poderão ser de licença ou de autorização.

Para o referido autor, a licença é “[...] um ato administrativo vinculado e definitivo pelo qual a administração pública reconhece que o particular detentor de um direito subjetivo preenche as condições para seu gozo”.³⁹ Elas são ligadas a direitos individuais e, por serem direito subjetivo, serão concedidas todas as vezes em que forem preenchidos seus requisitos.

Já a autorização é “[...] um ato administrativo por meio do qual a administração pública possibilita ao particular a realização de atividade privada de predominante interesse deste, ou a utilização de um bem público”.⁴⁰ Como se pode ver, nesse caso não há direito subjetivo, portanto mesmo que sejam preenchidos os requisitos, a administração poderá negar o pedido, desde que motivadamente. Poderá, inclusive, revogar a autorização a qualquer tempo.

A outra modalidade é a repressiva, em que a Administração Pública irá implementar sanções no caso de infrações administrativas. O autor explicita que a aplicação dessas sanções tem caráter autoexecutória livre, portanto de prévia autorização judicial.

É importante comentar acerca da fiscalização desse poder. É através dela que serão apuradas as infrações para que sejam aplicadas as sanções. Entretanto, o ato de fiscalizar em si

³⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 126.

³⁸ ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito administrativo descomplicado**. 21. ed. rev. e atual. São Paulo: Método, 2013. p. 247.

³⁹ ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito administrativo descomplicado**. 21. ed. rev. e atual. São Paulo: Método, 2013. p. 510.

⁴⁰ ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito administrativo descomplicado**. 21. ed. rev. e atual. São Paulo: Método, 2013. p. 511.

não é repressivo, apenas causará um efeito repressivo. A fiscalização de polícia será um ato de efeito preventivo, pois visa punir os particulares de praticarem tais infrações.

1.6.3 Fases (Ciclo de Polícia)

De acordo com a doutrina de Diogo de Figueiredo Moreira Neto, é realizado um ciclo, um conjunto coordenado de atos que irão organizar e pautar a atuação do poder de polícia.⁴¹

Esse ciclo é composto de 4 fases: “(a) a ordem de polícia; (b) o consentimento de polícia; (c) a fiscalização de polícia; e (d) a sanção de polícia”. Importante ressaltar que nem todas as vezes esse poder passará por essas quatro fases, mas ele precisa percorrer necessariamente por pelo menos uma para que se caracterize realmente como poder de polícia.

A primeira fase é a ordem de polícia que está ligada à parte legal. É a fase em que deve ser feita uma lei para estabelecer os limites que serão impostos aos particulares em suas atividades que influenciem no interesse público ou no uso do bem público. A atuação desse poder deve sempre começar por essa fase, não pode subsistir sem ela, pois a discricionariedade deste poder precisa de limites, que serão observados nas leis, para que não haja abuso de poder pela Administração Pública.

A segunda fase é o consentimento de polícia. Essa fase está ligada à autorização da administração para que o particular atue em determinadas atividades. Como mencionado anteriormente, o poder de polícia tem um caráter preventivo representado pela expedição de alvarás, que podem ser licença ou autorização. É nesse contexto que irá se dar essa segunda fase. Importante enfatizar que essa fase não se encontrará em todo ciclo de polícia, pois não toda atividade precisará da expedição de um alvará, mas mesmo assim poderá ser submetida a alguma das outras fases do ciclo.

A terceira fase é a fiscalização de polícia. Nessa fase, haverá uma verificação se o particular está obedecendo aos requisitos da lei, consubstanciada na ordem de polícia, ou também, se for o caso, com as condições do consentimento. Será nessa fase que serão analisadas possíveis infrações que possam ensejar sanções. Essa fase também se encontra em todo ciclo de polícia, por ser essencial para evitar o abuso de poder. Sem ela, não adiantaria ter lei limitando os atos do poder de polícia, pois sem a devida fiscalização, poderia facilmente haver o descumprimento dessas limitações.

⁴¹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo**. 16. ed. Rio de Janeiro: Método, 2014. p. 444-447.

A última fase é a sanção de polícia, que simboliza o caráter repressivo do poder de polícia e garante a punição de quem quiser deturpar o seu exercício. Nem sempre essa fase irá se encontrar no ciclo, pois ela precisa de uma efetiva fiscalização e nem sempre esta encontrará irregularidades que possam ensejar sanções.

Ademais, há jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, ratificando esse entendimento, apesar de a nomenclatura da primeira fase ser diferente, o conceito permanece o mesmo que é o ordenamento jurídico:

ADMINISTRATIVO. PODER DE POLÍCIA. TRÂNSITO. SANÇÃO PECUNIÁRIA APLICADA POR SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. IMPOSSIBILIDADE.

[...] 3. As atividades que envolvem a consecução do poder de polícia podem ser sumariamente divididas em quatro grupo, a saber: (i) legislação, (ii) consentimento, (iii) fiscalização e (iv) sanção[...].⁴²

1.6.4 Limites

Como já abordado, o poder de polícia é em regra discricionário, mas essa discricionariedade não é absoluta, pois precisa haver a obediência da lei, que irá delinear os limites dessa atuação, especialmente aos direitos fundamentais estabelecidos na Constituição Federal.

Além dos limites da lei, esses atos devem obedecer também ao devido processo legal, à proporcionalidade e à razoabilidade, dentre outros tantos princípios que protegerão o particular. Pois, apesar de o poder de polícia visar o interesse público, o direito do particular não pode ser totalmente lesado. Com esse pensamento, Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo afirmam:

Deve-se observar, ainda, se o benefício trazido à coletividade pelas restrições impostas a direitos individuais supera o aspecto negativo dessas mesmas restrições, tendo em conta o fato de que o interesse público também determina que o Estado promova o mais possível o pleno gozo das liberdades constitucionais. A imposição de uma limitação à esfera dos direitos individuais que não resulte para o grupo social em vantagem suficiente para compensar os efeitos deletérios da mesma limitação invalida o fundamento de interesse público do ato de polícia, por ofensa ao princípio da proporcionalidade. Da mesma forma, não pode a administração – sob o pretexto de condicionar o uso de um bem – aniquilar a propriedade individual, porquanto caracterizada resultaria a desproporcionalidade da medida.⁴³

⁴² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp. 817.534/MG**, relator Min. Mauro Campbell Marque, 04.08.209 Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8635287/recurso-especial-resp-817534-mg-2006-0025288-1-stj>>. Acesso em: 20 out. 2015.

⁴³ ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito administrativo descomplicado**. 21. ed. rev. e atual.

Portanto, pode-se ver que essa limitação ao poder de polícia tem duas acepções. Uma em que deve haver a obediência à lei, para que não fuja dos limites que ela delineou visando o afastamento do abuso de poder. E também em uma segunda acepção que busca garantir os direitos e liberdades individuais do arbítrio da Administração Pública.

José dos Santos Carvalho Filho segue o mesmo entendimento dizendo que “[...] há uma linha, insuscetível de ser ignorada, que reflete a junção entre o poder restritivo da Administração e a intangibilidade dos direitos [...] assegurados aos indivíduos”; dessa forma, para seja legítimo os atos da polícia administrativa, eles devem respeitar os requisitos de validade: a competência estabelecida na lei, a forma prescrita ou não defesa em lei, a finalidade pública ou especificada na lei, o motivo e o objeto.⁴⁴

Em contrapartida, mas complementado os posicionamentos anteriores, Maria Sylvia Zanella Di Pietro cita algumas condições que devem ser observadas na atuação do poder de polícia, sendo limitadoras: a) a competência e a forma (procedimento) devem ser as preestabelecidas na lei; b) os fins, que visarão o interesse público, em respeito ao princípio da predominância do interesse público sobre o privado; e o c) objeto, são os meios de ação, há limitação pelo princípio da proporcionalidade dos meios fins, sendo apenas o necessário para garantir o bem-estar social.⁴⁵

A referida autora ainda elenca alguns princípios que devem ser observados, para evitar a total eliminação dos direitos fundamentais dos cidadãos, afirmando:

[...] regras a serem observadas pela polícia administrativa, com o fim de não eliminar os direitos individuais:

1. a da necessidade, em consonância com a qual a medida de polícia só deve ser adotada para evitar ameaças reais ou prováveis de perturbações ao interesse público;
2. a da proporcionalidade, já referida, que significa a exigência de uma relação necessária entre a limitação ao direito individual e o prejuízo a ser evitado;
3. a da eficácia, no sentido de que a medida deve ser adequada para impedir o dano ao interesse público;[...].⁴⁶

Acrescente-se o posicionamento de Odete Medauar sobre as limitações ao poder de polícia quando restringem direitos fundamentais, diferenciando duas hipóteses:

- 1) Se houver lei regulamentando o direito fundamental, não pode a Administração prescrever algo mais rigoroso, devendo a lei ser interpretada de forma restritiva,

São Paulo: Método, 2013. p. 250.

⁴⁴ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 25. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2012. p. 85 e p. 91.

⁴⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p.122.

⁴⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 130.

sendo mais benéfica ao administrado. Há casos em que a lei disponibiliza a Administração Pública a discricionariedade de agravar, desde que seja temporário.

- 2) Não tendo lei disciplinando, a atuação da polícia administrativa deve ser pautada no interesse público e deve ser: a) necessária, evitando conflitos, desordens e perigo a integridade das pessoas e bens; b) eficaz, adequação dos meios e fins; c) proporcional à gravidade de cada ato.⁴⁷

A referida autora, ainda, defende que as regras de competência, forma, motivo e a finalidade são limitadores ao exercício do poder de polícia.⁴⁸ Dessa forma, a doutrina em relação aos limites da polícia administrativa é pacífica, apontado os mesmos elementos limitadores.

1.6.5 Sanções

Outro aspecto relevante do poder de polícia é com relação às sanções. Quando, no ciclo de polícia, a fiscalização encontra infrações administrativas, é que há de se falar em sanções. Serão essas sanções que darão força e coercitividade aos atos de polícia, pois têm a finalidade de coibir os atos atentatórios a esse poder.

Porém, essas sanções não podem ser arbitradas pela Administração, devendo respeitar o princípio da legalidade, já que qualquer limitação aos direitos individuais dos particulares decorre de lei em sentido estrito. Há necessidade da observância do princípio do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa quando da aplicação das sanções decorrentes da polícia administrativa.⁴⁹

Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo acrescentam que as sanções devem observar o princípio da proporcionalidade e da razoabilidade quando da aplicação, uma vez que a interferência do poder público na esfera privada do indivíduo deve ser a menor possível, devendo existir correspondência entre a gravidade da conduta e a medida aplicada, caso não tenha será desarrazoada a medida e por consequência ilegal.⁵⁰

⁴⁷ MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 18. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 386.

⁴⁸ MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 18. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 386-387.

⁴⁹ ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito administrativo descomplicado**. 21. ed. rev. e atual. São Paulo: Método, 2013. p. 269-270.

⁵⁰ ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito administrativo descomplicado**. 21. ed. rev. e atual. São Paulo: Método, 2013. p. 269-270.

Há uma diferenciação bem relevante realizada por José dos Santos Carvalho Filho entre sanções de polícia e medidas de polícia. As sanções de polícia são punições diretas que vão incidir sobre uma pessoa que praticou determinada infração administrativa, sendo a punição propriamente dita. Enquanto as medidas de polícia são atos que não caracterizam uma punição direta e podem recair tanto sobre quem praticou a infração quanto terceiro como ato preventivo a um risco futuro, pode citar como exemplo a interdição de estabelecimento que poder um ato sancionatório direto ou medida administrativa, que reprime a conduta do agente, havendo uma sanção direta estabelecida pela lei.⁵¹

Hely Lopes Meirelles ensina que as sanções são imprescindíveis para que haja coerção e eficiência nos atos de polícia administrativa, quando o particular não observar os preceitos administrativos, devendo respeitar as condições de validade dos atos de polícia: competência, forma, finalidade, proporcionalidade entre a restrição e o benefício para a sociedade, a legalidade dos meios utilizados. O autor ainda acrescenta que essas sanções serão aplicadas de ofício pela Administração sem necessidade de autorização do Poder Judiciário, como decorrência do atributo da autoexecutoriedade. Há, ainda, uma divisão da polícia administrativa especial em setores: polícia sanitária, polícia das construções, polícia de trânsito, polícia de costumes e outras.⁵²

Odete Medauar classifica as sanções em:

Dentre as sanções, citem-se: as formais – cassação de licença, revogação de autorização; as pessoais – quarentena; as reais (atuação sobre coisas, tolhendo sua disponibilidade) – apreensão e destruição de gêneros alimentícios deteriorados, apreensão de armas e instrumentos usados na caça e pesca proibidas, guinchamento de veículos; as pecuniárias – multa única e multa diária; impedimentos temporários ou definitivos de exercício de atividades – suspensão de atividade, interdição de atividade, fechamento de estabelecimento, embargo de obra, demolição de obra, demolição de edificação.⁵³

Cabe ressaltar que a aplicação dessas sanções não pode ser de caráter perpétuo, por vedação expressa da Constituição Federal, sendo assim, o instituto da prescrição é limitador da aplicação dessas sanções pela Administração Pública, constituindo um direito subjetivo do administrado. Na esfera federal existe a Lei 9.873, de 23 de novembro de 1999 que estabelece o prazo prescricional de cinco anos, contado da prática do ato ou no caso de infração continuada

⁵¹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 25. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2012. p. 94.

⁵² MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 145-146.

⁵³ MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 18. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 387.

ou permanente, do dia em que cessar.⁵⁴ A Lei 9873 estabelece causas de interrupção e suspensão do prazo prescricional:

Art. 2º Interrompe-se a prescrição da ação punitiva: (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009) I – pela notificação ou citação do indiciado ou acusado, inclusive por meio de edital; (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009); II - por qualquer ato inequívoco, que importe apuração do fato; III - pela decisão condenatória recorrível; IV – por qualquer ato inequívoco que importe em manifestação expressa de tentativa de solução conciliatória no âmbito interno da administração pública federal. (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

Art. 3º Suspende-se a prescrição durante a vigência: I - dos compromissos de cessação ou de desempenho, respectivamente, previstos nos arts. 53 e 58 da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994; II - do termo de compromisso de que trata o § 5º do art. 11 da Lei nº 6.385, de 7 de dezembro de 1976, com a redação dada pela Lei nº 9.457, de 5 de maio de 1997.⁵⁵

Há de ser ressaltar que as disposições dessas lei por disposição expressa no artigo 5º não se aplicam as infrações de natureza funcional e aos processos e procedimentos de natureza tributária.

Pode-se afirmar que os limites aos atos de polícia administrativa e os requisitos de aplicação das sanções são garantias aos administrados de que a Administração não abusará das suas prerrogativas, sendo imprescindível a aplicação do princípio da proporcionalidade quando existirem mais de uma forma de medida ou sanção de polícia administrativa, deve ser escolhida a que cause menor prejuízo ao cidadão, ou seja, deve haver uma adequação entre os meios aplicados na escolha pela Administração para o gerar o bem da coletividade, acrescente-se ainda que o princípio do devido processo legal e do contraditório e da ampla defesa devem ser assegurado aos cidadãos quando tiverem que sofrer limitações em seus direitos individuais indisponíveis.

⁵⁴ MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 18. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 386-387.

⁵⁵ BRASIL. Planalto. **Lei 9873 de 23 de novembro de 1999**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9873.htm>. Acesso em: 28 out. 2015.

2 ABUSO DE PODER

2.1 Conceito

O poder está ligado a função administrativa do Estado, representando uma prerrogativa outorgada aos agentes públicos. Essa outorga decorre de lei que dispõe execução de determinadas funções. Ora, se tais funções foram por lei cometidas aos agentes, devem eles exercê-las, pois que seu exercício é voltado para beneficiar a coletividade. Dessa forma, percebe-se que o uso do poder é a utilização normal dentro das prerrogativas que a lei concede aos agentes públicos.⁵⁶

Em relação ao uso desse poder ele constitui um poder jurídico conferido ao agente, constituindo um dever de agir, voltado aos interesses da sociedade. Decorrendo assim, duas consequências: a primeira é que essa competência (poder) é irrenunciável; e a segunda é obrigatoriedade de exercício pelos titulares. Essa obrigatoriedade impõe a Administração o exercício dessas funções, vedando, assim, a inércia, já que o benefício maior vai para a coletividade.⁵⁷

Pode-se inferir que esses poderes, ao mesmo tempo em que constituem prerrogativas para o poder público, são deveres de agir, já que não pode se omitir em fazer para a coletividade poder administrativo.⁵⁸ Hely Lopes Meirelles discorre sobre o poder de agir da Administração afirmando que: “Se para o particular o poder de agir é uma faculdade, para o administrador público é uma obrigação de atuar, desde que se apresente o ensejo de exercitá-lo em benefício da comunidade”.⁵⁹

Diógenes Gasparini ratifica o papel dessas prerrogativas da Administração, esclarecendo que:

[...] a Administração Pública, por estar essencialmente voltada à realização dos interesses da coletividade — os únicos que deve perseguir —, a um regime peculiar de atuação que lhe atribui ônus, restrições e sujeições, ao lado de poderes que lhe permitem, adequadamente, cumprir suas finalidades.⁶⁰

⁵⁶ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 25. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2012. p. 46.

⁵⁷ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 25. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2012. p. 47.

⁵⁸ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 25. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2012. p. 48.

⁵⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 108.

⁶⁰ GASPARINI, Diógenes. **Direito administrativo**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 193.

Dessa forma, infere-se que a razão desse poder é imprescindível para realização do interesse público.

Pelo fato de as prerrogativas da Administração decorrerem de lei em sentido amplo, infere-se que ele não é incondicionado ou ilimitado, devendo ser normal. De acordo com Hely Lopes Meirelles, usar normalmente o poder é “[...] empregá-lo segundo as normas legais, a moral da instituição, a finalidade do ato e as exigências do interesse público”.⁶¹ Ratificando esse posicionamento, Celso Antônio Bandeira de Mello discorre que:

No Estado de Direito, já se vê, nenhum desses poderes é incondicionado. Nem mesmo se poderia dizer que existem sempre. Com efeito, o caráter instrumental das prerrogativas da Administração desde logo lhes desenha teoricamente o perfil. Sejam quais forem os meios jurídicos especiais que ataviam o desempenho da função administrativa, nenhum existe como favor concedido à própria Administração. Em verdade, são favores concedidos aos interesses públicos: à função desempenhada e não ao sujeito que a desempenha. Eis por que unicamente persistem quando relacionadas com a proteção deles.⁶²

Destarte, nem sempre o poder é utilizado de forma correta pelos administradores, devendo a atuação destes sujeitar-se aos parâmetros legais, caso seja praticada com abuso incumbe ser sanada na via administrativa ou judicial; portanto o poder deve guardar conformidade com o ordenamento jurídico.⁶³

Fazendo um estudo etimológico da palavra abuso é um substantivo masculino originário do latim *abusu* e significa de acordo com o Moderno Dicionário da Língua Portuguesa Michaelis:

1 Uso errado, excessivo ou injusto. Prática contrária às leis e aos bons usos e costumes. **2** Descomedimento, excesso. **3** Abusão, credice. **4** Contravenção, irregularidade. **5** Defloramento, estupro. **6** Aborrecimento. **7** Canalhice. **8** Maçada. **9** Nojo. **A. de autoridade** ou **A. de poder**: não observância ou exagero de poderes, por parte dos funcionários a quem a lei os confiou. **A. de confiança**: ato de prevalecer-se alguém, para fins diversos ou ilícitos, da confiança que lhe é dispensada. **A. de religião**: ato de fazer mau uso das crenças; idolatria; politeísmo. **A. do direito, Dir**: exercício irregular de um direito objetivamente legal, para ocasionar dano contra a moral e contra a sociedade.⁶⁴

⁶¹ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 112.

⁶² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 28. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2010. p.72.

⁶³ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 25. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2012. p. 48.

⁶⁴ BRASIL. **Significado do vocábulo abuso no Dicionário Moderno da Língua Portuguesa**. [2014]Disponível em: <http://michaelis.uol.com.br/moderno/portugues/definicao/abuso%20_892065.html> Acesso em: 28 out. 2015.

O abuso de poder está presente nos atos da esfera pública quando é realizado fora dos limites estabelecidos em lei, quando desobedece a princípios, como o devido processo legal, a proporcionalidade e a razoabilidade, dentre outros. Enfim, haverá abuso toda vez que os atos administrativos excederem os limites que lhes são impostos.⁶⁵

Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo enfatizam que os poderes administrativos devem sempre visar o interesse público, consorte o princípio da supremacia do interesse público. Esse princípio mostra que a atuação da administração deve sempre pautar-se apenas no necessário para a consecução de seus fins, sem trazer danos desarrazoados ao particular. Portanto, fugir desses preceitos também irá caracterizar o abuso de poder. Esses doutrinadores ainda afirmam que o abuso de poder é uma espécie, quanto o gênero seria ilegalidade, ou seja, todo abuso de poder seria também uma ilegalidade, mas a recíproca não é verdadeira.⁶⁶

José dos Santos Carvalho Filho afirma que o abuso de poder é “[...] a conduta ilegítima do administrador, quando atua fora dos objetivos expressa ou implicitamente traçados na lei”.⁶⁷ Dessa forma, as condutas e atos da Administração devem observar o princípio da legalidade, sendo a lei a principal fonte norteadora dessa atuação. Fernanda Marinela aprofunda um pouco mais e preleciona:

Abuso de poder é o fenômeno que se verifica sempre que uma autoridade ou um agente público pratica um ato, ultrapassando os limites das suas atribuições ou competências, ou se desvia das finalidades administrativas definidas pela lei. Alerte-se que o administrador sujeita-se aos parâmetros legais, o que significa que a conduta abusiva não merece ser acolhida no mundo jurídico, devendo ser corrigida, seja pela própria Administração Pública, seja pelo Poder Judiciário.⁶⁸

Ademais, ressalte-se o posicionamento de Hely Lopes Meirelles afirmando que o abuso do poder, como todo ilícito praticado pela Administração, das formas mais diversas, sendo considerado ostensivo como a truculência e dissimulado como o estelionato. Em qualquer desses aspectos – flagrante ou disfarçado – o abuso do poder é sempre uma ilegalidade invalidadora do ato que o contém. O referido autor divide o abuso de poder em duas manifestações, quais sejam comissiva e omissiva. Na forma comissiva, a Administração Pública atua em desrespeito aos limites estabelecidos em lei, aos princípios e à finalidade

⁶⁵ GASPARINI, Diógenes. **Direito administrativo**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 195.

⁶⁶ ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito administrativo descomplicado**. 21. ed. rev. e atual. São Paulo: Método, 2013. p. 262.

⁶⁷ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 25. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2012. p. 46.

⁶⁸ MARINELA, Fernanda. **Direito administrativo**. 6. ed. ver., ampl reform. e atual. Niterói: Impetus, 2012. p. 233.

pública, enquanto que na omissiva, decorre de um não agir do poder público, quando deveria haver uma atuação por existir interesse público e ela se manteve inerte.⁶⁹

Em ambas as formas de manifestação haverá abuso de poder e conseqüentemente uma ilegalidade, que poderá ser apreciada pelo Poder Judiciário ou pela própria Administração Pública, como decorrência do princípio da autotutela, o qual concede a Administração a possibilidade de exercer tanto o controle de legalidade dos atos, quando forem atos ilegais, quanto o controle de mérito, revogação dos atos quando inoportunos ou inconvenientes.⁷⁰ Há a súmula 473 do Supremo Tribunal Federal (STF) ratificando esse entendimento:

SÚMULA 473 - A ADMINISTRAÇÃO PODE ANULAR SEUS PRÓPRIOS ATOS, QUANDO EIVADOS DE VÍCIOS QUE OS TORNAM ILEGAIS, PORQUE DELES NÃO SE ORIGINAM DIREITOS; OU REVOGÁ-LOS, POR MOTIVO DE CONVENIÊNCIA OU OPORTUNIDADE, RESPEITADOS OS DIREITOS ADQUIRIDOS, E RESSALVADA, EM TODOS OS CASOS, A APRECIÇÃO JUDICIAL.⁷¹

Assim, a faculdade de exercer esse poder pela Administração se torna um dever para alcançar a finalidade do bem comum da sociedade, podendo, entretanto, existirem alguns abusos por parte de alguns administradores, que levam a anulação do ato pela própria Administração ou pelo Poder Judiciário.

Para caracterizar o abuso de poder é necessário que o ato seja contrário tanto a legalidade quanto a juridicidade, Diogo de Figueiredo Moreira Neto afirma que “[...] a juridicidade, entendida como submissão do agir ao direito, compreende tanto a legalidade, tomada em sentido amplo quanto a legitimidade e a licitude (moralidade), constituindo-se na tríplice referência ética da ordem jurídica para a administração pública”.⁷²

O referido autor ainda faz uma diferenciação entre as formas que a Administração pode atuar com abuso de poder, no sentido amplo, sendo de três formas: ilegalidade, ilegitimidade e ilicitude; “[...] a violação à norma legal tipifica a ilegalidade (ampla); o mau uso e o abuso da discricionariedade caracterizam a ilegitimidade e a imoralidade administrativa configura a ilicitude”.⁷³ Acrescentando sobre o assunto, a ilegalidade é aferida pela observância ou não da

⁶⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 113 e p. 117.

⁷⁰ ALEXANDRE, Ricardo. **Direito administrativo esquematizado**. São Paulo: Método, 2015. p. 205.

⁷¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula 473 do Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=473.NUME.%20NAO%20S.FLSV.&base=baseSumulas>> Acesso em: 28 out. 2015.

⁷² MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo**. 16. ed. Rio de Janeiro: Método, 2014. p. 310.

⁷³ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo**. 16. ed. Rio de Janeiro: Método, 2014. p. 312-313.

legislação vigente na época da formação do atos administrativos, já a ilegitimidade se caracteriza pelo abuso da discricionariedade administrativa quando da prática dos atos, utilizando-a para fim diverso do interesse público; e por último a ilicitude será aferida pela comparação dos atos da Administração com os valores morais e principiológicos que orientam a atuação dela, explícita ou implicitamente, na ordem jurídica.

No próximo tópico será analisado as formas de atuação desse abuso no Direito Administrativo Brasileiro.

2.2 Formas de Abuso de Poder

O abuso de poder é uma expressão genérica, utilizada em todos os casos em que a Administração desrespeita alguma norma ou princípio. No Direito Administrativo é realizada uma subdivisão, podendo o abuso de poder se dar através do excesso de poder ou do desvio de poder. Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo mostram de forma simplificada a diferença entre essas duas formas:

- a) **excesso de poder**, quando o agente público atua fora dos limites de sua esfera de competências;
- b) **desvio de poder**, quando a atuação do agente, embora dentro de sua órbita de competências, contraria a finalidade explícita ou implícita na lei que determinou ou autorizou a sua atuação; tanto é desvio de poder a conduta contrária à finalidade geral (ou mediata) do ato – o interesse público -, quanto a que discrepe de sua finalidade específica (ou imediata).⁷⁴ [Grifos do autor]

Aprofundando o conceito essa classificação do abuso de poder, Hely Lopes Meirelles ensina que:

O excesso de poder ocorre quando a autoridade, embora competente para praticar o ato, vai além do permitido e exorbita no uso de suas faculdades administrativas. Excede, portanto, sua competência legal e, com isso, invalida o ato, porque ninguém pode agir em nome da Administração fora do que a lei lhe permite. O excesso de poder torna o ato arbitrário, ilícito e nulo. É uma forma de abuso de poder que retira a legitimidade da conduta do administrador público, colocando-o na ilegalidade e até mesmo no crime de abuso de autoridade quando incide nas previsões penais da Lei 4.898, de 09.12.1965, que visa a melhor preservar as liberdades individuais já asseguradas na Constituição (art. 5º).⁷⁵

O desvio de finalidade ou de poder verifica-se quando a autoridade, embora atuando nos limites de sua competência, pratica o ato por motivos ou com fins diversos dos objetivados pela lei ou exigidos pelo interesse público. O desvio de finalidade ou de poder é, assim, a violação ideológica da lei, ou, por outras

⁷⁴ ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito administrativo descomplicado**. 21. ed. rev. e atual. São Paulo: Método, 2013. p. 263.

⁷⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 114.

palavras, a violação moral da lei, colimando o administrador público fins não queridos pelo legislador, ou utilizando motivos e meios imorais para a prática de um ato administrativo aparentemente legal.⁷⁶

Com relação ao excesso de poder, pode-se ver que ele é ligado a um vício de competência, alguém que não pode atuar naquele determinando ato excedendo suas atribuições elencadas na lei. Entretanto, nem sempre esse vício causará a invalidação do ato, desde que a competência não seja exclusiva. Nesses casos de vício de competência em relação à pessoa e não sendo exclusiva, poderá haver a convalidação do ato. Exemplo dessa possibilidade de convalidar o ato é o disposto no artigo 55 da Lei nº 9.784/99, que trata do processo administrativo em âmbito federal, o qual prevê expressamente a possibilidade de convalidação, pela Administração, de atos eivados de defeitos sanáveis, desde que isso não gere lesão ao interesse público nem prejuízo a terceiros.

Os autores, Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo, citam um exemplo dessa forma de abuso de poder e da sua possibilidade de convalidação em que o Superintendente da Receita Federal do Brasil tem uma competência pessoal não exclusiva, entretanto quem pratica o ato é o Delegado da Receita Federal, que não possui competência. Esse é um caso de excesso de poder. Porém, o ato pode ser convalidado devido ao tipo de competência, basta que o Superintendente coloque a sua assinatura embaixo da do Delegado.⁷⁷

Já no caso do desvio de poder ou desvio de finalidade encontra previsão expressa na Lei de Ação Popular (Lei nº 4.717/65), a qual, em seu art. 2º, parágrafo único, alínea “e” conceitua o desvio de finalidade como “[...] Parágrafo único. Para a conceituação dos casos de nulidade observar-se-ão as seguintes normas: [...]e) o desvio de finalidade se verifica quando o agente pratica o ato visando a fim diverso daquele previsto, explícita ou implicitamente, na regra de competência”.⁷⁸ Quem praticou o ato é competente, mas a finalidade não é o interesse público, havendo uma tentativa de usar a ideia de discricionariedade como justificativa para esses atos. Ressalte-se que todos os atos devem respeitar a finalidade geral que é o interesse público e a finalidade específica que é a determinada pela lei, sendo assim, o administrador quando da prática de qualquer ato administrativo dever observar essas duas finalidades.

⁷⁶ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 115.

⁷⁷ ALEXANDRINO, Marcelo. PAULO, Vicente. **Direito administrativo descomplicado**. 21. ed. rev. e atual. São Paulo: Método, 2013. p. 281.

⁷⁸ BRASIL. Planalto. **Lei 4.717, de 29 de junho de 1965, a qual regulamenta a Ação Popular**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4717.htm > Acesso em: 28 out 2015.

Ademais, acrescenta-se que diferentemente do que ocorre com o excesso de poder, no desvio de finalidade não há a possibilidade de convalidar esses atos, já que o vício é mais grave e fere os princípios da moralidade administrativa e da legalidade.

Gustavo Mello Knoplock traz exemplo, mostrando como o desvio de finalidade funciona na prática e a dificuldade que se tem de provar que ele ocorreu:

Ocorre o desvio de finalidade, por exemplo, quando o Chefe do Poder Executivo decreta a desapropriação de todo um quarteirão para a construção de uma escola quando, na verdade, só pretendeu desinstalar um local de prestação de serviços sociais gerido por adversário político: ou quando é determinada a remoção de um Auditor-fiscal da Receita Federal lotado no Rio de Janeiro para uma região de fronteira distante, alegando conveniência para o serviço de fiscalização, quando, na verdade, só se procurou punir o agente. Em ambos os casos, o ato foi editado por autoridade competente para tal, havendo irregularidade apenas quanto à finalidade que, de fato, se procurou atingir. A dificuldade na configuração do desvio de finalidade é muito maior do que no excesso de poder, visto que a finalidade pessoal buscada pela autoridade não é apresentada expressamente, existindo muitas das vezes apenas na imaginação do agente, não restando provas materiais de sua existência.⁷⁹

Portanto, verifica-se que no desvio de finalidade as provas para comprovar sua existência são mais frágeis e difíceis, já que a motivação da prática do ato administrativo até pode estar de acordo com as finalidades, o interesse público e o estabelecido na lei, mas o administrador praticou determinado ato como perseguição política, apesar de o motivo do ato estar em consonância com o ordenamento jurídico. Percebe-se que no excesso de poder o vício é mais visível, já que desrespeita uma lei, mas o desvio de finalidade consegue mascarar sua verdadeira intenção.

Fernanda Marinela diz que o desvio de poder pode se dar de duas formas. Uma seria a já abordada, quando se busca uma finalidade diversa do interesse público. A outra seria um ato que tem a finalidade de proteger o interesse público, porém com uma finalidade “alheia à categoria do ato que a utilizou”. Ela dá como um exemplo dessa segunda modalidade, o caso de uma pessoa que é removida como uma forma de punição, sendo que a remoção não está entre as possibilidades de punição por infração administrativa. Portanto, também ocorre o desvio de poder.⁸⁰

Em qualquer caso, tanto no excesso de poder, quanto no desvio de finalidade, pode-se haver a prática do crime de abuso de autoridade quando se adequar as hipóteses estabelecidas

⁷⁹ KNOPLock, Gustavo Mello. **Manual de direito administrativo**. 6. ed. atual. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012. p. 114.

⁸⁰ MARINELA, Fernanda. **Direito administrativo**. 6. ed. rev. ampl. reform. e atual. Niterói: Impetus, 2012. p. 234.

na Lei 4.898/196, sendo que no artigo 6º afirma que sujeitará o seu autor à sanção administrativa civil e penal.⁸¹

2.3. Abuso de Poder no Exercício do Poder de Polícia pela Administração Pública

O poder de polícia é imprescindível para a sociedade, suprimindo interesses individuais em favor do bem-estar social quando necessário e sempre com a finalidade de manter o interesse público os direitos dos particulares. Ademais, este poder baseia-se em atos, via de regra, discricionários, analisando o mérito administrativo, ou seja, conveniência e oportunidade, para pautar suas ações.

Como visto, apesar da discricionariedade, há vários limitadores para aplicação dele. O referido poder deve obediência aos limites estabelecidos em lei, bem como aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade de seus atos e também a outros princípios como o devido processo legal, por exemplo. Destaque-se que a não obediência aos princípios mencionados gerará um vício de validade.

Porém, mesmo com todas essas limitações e requisitos, o poder de polícia acaba sendo utilizado de forma desvirtuada, gerando o abuso de poder. Esse abuso se dá de duas formas, que já são pacíficas na doutrina, contudo Hely Lopes Meirelles defende que a omissão da Administração pode caracterizar também um abuso de poder.

O excesso de poder, é a primeira forma, ocorre quando o agente público exerce o poder de polícia e não possui competência para tanto, viciando o ato. Lembrando que este ato pode ser convalidado caso trate-se de competência pessoal não exclusiva. Essa forma de abuso é tão grave quanto as outras, todavia há certa facilidade de identificá-la e saná-la, por não observar o princípio da legalidade. A segunda forma é o desvio de poder ou desvio de finalidade, em que os atos de polícia obedecem aos limites legais, mas busca fim diverso do interesse público ou não alcança o fim específico estabelecido na lei. Essa forma de abuso é a mais difícil de ser caracterizada, pelo fato de haver discricionariedade na prática dos atos de polícia administrativa.

⁸¹ BRASIL. **Lei nº 4.898, de 9 de dezembro de 1965**. Regula o Direito de Representação e o processo de Responsabilidade Administrativa Civil e Penal, nos casos de abuso de autoridade, Brasília, DF. 9 dez. 1965. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/14898.htm>. Acesso em: 28 out. 2015.

Com vistas a essa dificuldade de aferimento do desvio de finalidade, foram criados órgãos com a finalidade de combater esses abusos, cite a doutrina de José dos Santos Carvalho Filho:

O comportamento abusivo de autoridades públicas só pode ser eficazmente combatido pelo instrumento do controle, seja qual for o Poder estatal em que seja exercido. A ausência de controle rende ensejo à prática de abuso de poder; assim, para coibi-lo, necessária se torna a criação de mecanismos adequados à identificação do abuso e de seu autor, bem como das conseqüências jurídicas a que estará sujeito o responsável pela ilegalidade. Sensível a tais situações, aliás, a EC 45/2004 determinou a instituição de órgãos específicos no combate a abuso de poder cometido por integrantes do Poder Judiciário e do Ministério Público (Conselho Nacional de Justiça e Conselho Nacional do Ministério Público), admitindo reclamações dos interessados e punição aos responsáveis.⁸²

A criação desses órgãos são imprescindíveis a repressão do abuso de poder no Judiciário e no Ministério Público, entretanto esses órgãos não têm competência para analisar os atos da Administração Pública. Dessa forma, deduz-se que nessa forma de abuso ainda não há um órgão específico de caráter nacional para realizar esse controle de mérito dos atos da Administração.

Acrescente-se o posicionamento de Hely Lopes Meirelles que defende a omissão como terceira forma de abuso de poder, há situações em que o administrador público precisa atuar para a defesa do interesse público, mas por algum motivo ele se mantém inerte. Nesse caso também há abuso de poder por desídia de quem deveria ter atuado ou se manifestado e não o fez no prazo devido. Nessa forma de abuso é fácil a constatação, ressalte-se que nesses casos o Poder Judiciário não pode praticar o ato no lugar da Administração, por violação ao princípio da separação dos poderes. O autor defende que o silêncio do poder público não é ato administrativo e que:

Quando não houver prazo legal, regulamentar ou regimental para a decisão, deve-se aguardar por um tempo razoável a manifestação da autoridade ou de órgão competente, ultrapassando o qual o silêncio da Administração converte-se em abuso de poder, corrigível pela via judicial adequada, que tanto pode ser ação ordinária, medida cautelar, mandado de injunção ou mandado de segurança.⁸³

⁸² CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 25. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2012. p. 47-48.

⁸³ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 117.

Desse posicionamento infere-se que o Judiciário não pode realizar o ato, mas pode aplicar sanções as autoridades públicas que atuam com abuso de poder, isso é ratificado por Fernanda Marinela:

Para impedir os abusos praticados pelas autoridades públicas, sejam administradores, julgadores ou legisladores, o texto constitucional definiu alguns instrumentos como remédios constitucionais: o mandado de segurança, com fundamento no art. 5º, LXIX, da CF, regulamentado pela Lei nº 12.016/09; a ação popular, prevista no art. 5º, LXXIII, da CF e na Lei nº 4.717/65; e o mandado de injunção, instituído no art. 5º, LXXI, da CF; além do direito de representação contra abusos de autoridade, definido no mesmo art. 5º, inciso XXXIV, “a”, da CF; os crimes de abuso de autoridade, delineados na Lei nº 4.898/65 e as medidas decorrentes de atos de improbidade, constantes no art. 37, § 4º, também do texto constitucional, e na Lei nº 8.429/92.⁸⁴

Esses instrumentos de punição para quem praticou o poder de polícia de forma abusiva são imprescindíveis para reprimir futuras práticas, mas igualmente é importante o desfazimento desses atos. Há várias formas de retirada dos atos administrativos, como revogação, anulação, cassação, caducidade e contraposição; serão citadas apenas as duas principais que podem ser utilizadas nos atos de poder de polícia, quais sejam a revogação e a anulação.

A revogação é forma de extinção que é feita pela própria Administração Pública de um ato válido que está produzindo os efeitos normalmente, mas que se tornou inconveniente e inoportuno. Da mesma forma que é preciso obedecer ao mérito administrativo para a prática do ato, será preciso obedecer também para sua revogação. Importante ressaltar que essa forma de extinção só poderá ser feita pela própria Administração Pública, não cabe ao Judiciário analisar a conveniência e oportunidade do ato.

Nesse sentido, José dos Santos Carvalho Filho afirma que a revogação “[...] é o instrumento jurídico através do qual a Administração Pública promove a retirada de um ato administrativo por razões de conveniência e oportunidade”.⁸⁵

Acrescente-se que a revogação possui efeito *ex nunc*, ou seja, a norma está extinta, mas os efeitos da extinção só valerão a partir daquele momento em diante, sendo que os efeitos anteriores a revogação serão válidos.

⁸⁴ MARINELA, Fernanda. **Direito administrativo**. 6. ed. rev., ampl. reform.e atual. Niterói: Impetus, 2012. p. 235.

⁸⁵ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 25. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2012. p. 164.

Essa forma de extinção será utilizada nos casos de desvio de finalidade, já que ao constatar que o ato não atende ao interesse público ou ao fim específico da lei, a própria Administração Pública poderá revogá-lo alegando a falta de conveniência ou oportunidade do referido uso do poder de polícia. Entretanto, somente haverá revogação quando o ato nasceu legítimo e depois deixou de ser conveniente e oportuno, pois se o ato desde a sua concepção não atende ao interesse público, estará ferindo uma lei e, no caso, deverá ser anulado.

A anulação é a extinção do ato por ilegalidade, seja por desobediência à lei ou a princípios constitucionais, podendo ser realizado tanto pela Administração quanto pelo Poder Judiciário, não havendo análise do mérito administrativo, mas sim aspectos objetivos atinentes à lei.

Sucintamente, Fernanda Marinela diz que “[...] o fundamento para a anulação de um ato administrativo é a existência de uma ilegalidade, o que viola o dever de obediência à lei, ofendendo o próprio princípio constitucional da legalidade”.⁸⁶

Gustavo Mello Knoplock complementa o conceito da anulação de atos administrativos:

É a retirada do ato por motivos de ilegalidade, vício em qualquer dos elementos quanto à competência, finalidade, forma, motivo ou objeto. A anulação pode se dar pela própria Administração, de forma interna, de acordo com a sua capacidade de autotutela, ou ainda pelo Poder Judiciário, de forma externa, quando provocado por qualquer interessado.⁸⁷

Essa forma de extinção do ato pode estar presente tanto no excesso de poder quanto no desvio de finalidade, pois nos dois casos pode haver uma violação à lei, respectivamente na inexistência de competência da pessoa que praticou o ato e quando o ato visa interesse diverso do interesse público. Por fim, é importante ressaltar que a extinção do ato por essas formas vai apenas evitar que ele produza mais efeitos danosos ao interesse público, produzindo como regra efeitos retroativos (*ex-tunc*). É importante destacar a possibilidade de haver a modulação dos efeitos anulatórios, para defender o interesse público e a segurança jurídica.

No próximo tópico será analisado como o Poder Judiciário realiza o controle dos atos de polícia administrativa.

⁸⁶ MARINELA, Fernanda. **Direito administrativo**. 6. ed. rev. ampl., reform. e atual. Niterói: Impetus, 2012. p. 311.

⁸⁷ KNOPLUCK, Gustavo Mello. **Manual de direito administrativo**. 6. ed. atual. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012. p. 318.

3 CONTROLE JUDICIAL DOS ATOS DE POLÍCIA EM ABUSO DE PODER

3.1 Controle dos Atos da Administração Pública

A Administração quando pratica seus atos deve respeitar as regras e princípios do ordenamento jurídico, sendo assim, os atos que exorbitem esses preceitos devem sofrer algum controle; Montesquieu em relação à independência dos poderes formulou a teoria dos freios e contrapesos que defendia a autonomia de cada poder, desde que fosse vigiada.⁸⁸ Dessa forma, os atos da Administração podem sofrer controle interno exercido pelos seus próprios órgãos, como externo exercido pelo demais poderes.

O controle da Administração é definido por José dos Santos Carvalho Filho como o “[...] conjunto de mecanismos jurídicos e administrativos por meio dos quais se exerce o poder de fiscalização e de revisão da atividade administrativa em qualquer das esferas de Poder”.⁸⁹

Acrescente-se, ainda, a definição de controle trazido pelo autor Diogenes Gasparini:

[...] é a atribuição de vigilância, orientação e correção de certo órgão agente público sobre a atuação de outro ou de sua própria atuação, visando confirmá-la ou desfazê-la, conforme seja ou não legal, conveniente, oportuna e eficiente. No primeiro caso tem-se heterocontrole; no segundo, autocontrole, ou, respectivamente, controle externo e controle interno.⁹⁰

Percebe-se que no controle da Administração Pública o fim a ser alcançado é sempre o interesse público, constituindo um poder-dever dos órgãos públicos, não podendo ser renunciado nem retardado, gerando responsabilidade administrativa, civil e penal da autoridade que praticar qualquer dessas condutas.⁹¹

O controle dos atos administrativos deve estar em conformidade com os limites fixados na lei, tendo como principal objetivo assegurar a garantia dos administrados e da própria Administração no sentido os direitos subjetivos dos indivíduos e das diretrizes administrativas serem asseguradas. Por intermédio desse controle, os administrados e a Administração podem aferir a legitimidade ou a conveniência das condutas administrativas.⁹²

Além disso, acrescente-se que a natureza jurídica do controle é de princípio fundamental, como preestabelecido no artigo 6º, inciso IV do Decreto-Lei 200/1967, e que o

⁸⁸ ALEXANDRE, Ricardo. **Direito administrativo esquematizado**. São Paulo: Método, 2015. p. 636.

⁸⁹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 25. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2012. p. 953.

⁹⁰ GASPARINI, Diógenes. **Direito administrativo**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 1039.

⁹¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 808-809.

⁹² CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 25. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2012. p. 954.

controle deve ser exercido em todos os níveis e todos os órgãos da Administração.

Há diversas classificações para o controle.

Quanto ao órgão que o exerce, pode ser administrativo, legislativo ou judicial. O primeiro é realizado pela Administração Pública em sentido amplo sobre os seus atos no exercício da autotutela, já o segundo é praticado pelo Poder Legislativo sobre autoridades e órgãos dos demais poderes sendo considerado um controle externo exercido com o auxílio do Tribunal de Contas. E por fim, o controle judicial é concretizado pelo Poder Judiciário no exercício da função jurisdicional, apreciando a regularidade, legalidade e constitucionalidade das condutas administrativas.⁹³

Quanto à localização do órgão de controle, pode ser interno ou externo. O controle interno é realizado no âmbito do mesmo poder sobre seus próprios atos, estando o órgão controlador inserido na estrutura administrativa a ser controlada. Já o externo é realizado por órgão diverso da estrutura do poder controlado, ocorre, por exemplo, quando o Tribunal de Contas julga as contas dos administradores do Poder Executivo.⁹⁴ Há, ainda, o controle social que é realizado pela sociedade, através da participação direta nas ações do poder público, avaliando e fiscalizando, seja pela consulta pública ou direito de petição, dentre outros.⁹⁵

A classificação quanto à natureza do controle é fundada na análise do conteúdo que reveste o ato, pode ser de legalidade (legitimidade) ou de mérito. O controle de legalidade verifica se os atos estão de acordo com as normas legais e constitucionais vigentes, caso não estejam há anulação; esse controle pode ser exercido por qualquer um dos poderes, na Administração pode ser de ofício ou por recurso, no Legislativo só é possível nos casos previstos na Constituição Federal e, por fim, no Judiciário deve ser provocado pela ação correta. A segunda modalidade consiste em um controle de conveniência e oportunidade do ato, afetando a discricionariedade do administrador; esse controle só pode ser exercido, em regra, pela Administração Pública, tendo em vista que os demais poderes não podem interferir na independência dos demais, sob pena de violar o princípio da separação dos poderes.

Em que pese haver esse princípio, há entendimento jurisprudencial no sentido de que o Poder Judiciário pode realizar o controle do mérito nos atos discricionários verificando se são compatíveis com os princípios constitucionais expressos ou implícitos, como os da razoabilidade e proporcionalidade.⁹⁶

⁹³ ALEXANDRE, Ricardo. **Direito administrativo esquematizado**. São Paulo: Método, 2015. p. 630.

⁹⁴ ALEXANDRE, Ricardo. **Direito administrativo esquematizado**. São Paulo: Método, 2015. p. 632.

⁹⁵ OLIVEIRA, Rafael Rezende. **Curso de direito administrativo**. 3. ed. rev., atual. e ampl; São Paulo: Método: 2015. p. 1020.

⁹⁶ MARINELA, Fernanda. **Direito administrativo**. 6. ed. rev., amp, reform. e atual. Niterói: Impetus, 2012. p.

O controle da Administração pode ser classificado quanto o momento em prévio, concomitante ou posterior. O controle prévio (ou *a priori*) é o exercido antes do início ou da consumação da conduta administrativa, tendo natureza preventiva, já o controle concomitante ou sucessivo é aquele realizado durante a prática do ato administrativo, possui tanto aspectos preventivos quanto repressivos. Por fim, o controle posterior (ou *a posteriori*) visa revisar os atos já praticados, confirmando ou ratificando, exemplo é a ação judicial que analisa ato administrativo, tendo em vista que o ato já foi praticado.⁹⁷

O controle pode ser definido pela origem do controle, podendo ser de ofício ou provocado. O primeiro ocorre por iniciativa do próprio órgão, sem nenhuma solicitação, em regra, ocorre no âmbito administrativo, por força do controle interno de cada poder; já no controle provocado há uma formalização de um terceiro estranho ao órgão controlador, o qual pleiteia a revisão da conduta administrativa, demonstrando os motivos para que a conduta seja retificada ou anulada.⁹⁸

No próximo tópico será analisado de forma mais aprofundada como ocorre o controle jurisdicional das condutas administrativas.

3.2 Controle Judicial do Abuso de Poder de Polícia

Diógenes Gasparini explica que os atos de polícia administrativa são atos administrativos; e que em decorrência disso são controlados tanto pela Administração como pelo Poder Judiciário. Contra esses atos cabem recursos administrativos (recurso hierárquico) e ações judiciais (mandado de segurança, ação civil pública, ação popular, ações de controle de constitucionalidade, ação de improbidade administrativa) com a finalidade de proteger os direitos individuais e da coletividade (interesses difusos).⁹⁹

Nesse sentido, Fernanda Marinela defende que:

Os atos de polícia administrativa são atos administrativos e, como tal, submetem-se aos controles vigentes, tanto no âmbito administrativo quanto no âmbito judicial.

Os instrumentos para esse controle podem ser recursos administrativos ou as diversas ações judiciais, como os remédios constitucionais, o mandado de segurança, a ação popular, além de outras, como a ação civil pública, a depender do seu objeto e dos danos ocasionados, visando obstar os gravames que podem causar aos administrados individualmente, à própria

710.

⁹⁷ ALEXANDRE, Ricardo. **Direito administrativo esquematizado**. 1. ed. São Paulo: Método, 2015. p. 637.

⁹⁸ ALEXANDRE, Ricardo. **Direito administrativo esquematizado**. 1. ed. São Paulo: Método, 2015. p. 639.

⁹⁹ GASPARINI, Diógenes. **Direito administrativo**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 189.

Administração Pública e à coletividade como um todo.¹⁰⁰

Assim, as regras aplicáveis ao controle judicial dos atos administrativos comuns, serão utilizados para fiscalização dos atos em abuso de poder de polícia, com a peculiaridade de que alguns atos são vinculados e outro discricionários.

Nos próximos tópicos serão analisadas as características do controle judicial dos atos administrativos.

3.2.1 Conceito e Finalidade do Controle Judicial dos Atos Administrativos

Segundo Helly Lopes Meirelles o controle judicial “[...] é o exercido privativamente pelos órgãos do Poder Judiciário sobre os atos administrativos sobre os atos administrativos do Executivo, do Legislativo e do próprio Judiciário quando realiza atividade administrativa”.¹⁰¹ Ressalte-se que o controle judicial verifica as atividades e atos administrativos dos demais Poderes estão de acordo com as normas vigentes, sendo exercido em caráter definitivo.¹⁰²

Ressalte-se que o controle judicial é aplicado pelo Judiciário na função constitucional de solucionar os conflitos, apreciando tanto a constitucionalidade, quanto a legalidade dos atos exercidos pelo Estado na função administrativa, sendo esse controle remoto aos interesses políticos que influenciam no Executivo e no Legislativo.¹⁰³

Complementando o conceito do controle jurisdicional da Administração, ele está presente quando o Judiciário é provocado para solucionar as lides existentes entre o poder público e o cidadão, sendo considerado uma intervenção para consolidar o direito.¹⁰⁴

Odete Medauar, explica que o controle judicial é efetuado “[...] sobre os atos, processos e contratos administrativos, atividades ou operações materiais e mesmo a omissão ou inércia da Administração”.¹⁰⁵

O controle jurisdicional possui como finalidade primordial a defesa dos interesses do indivíduo em face da Administração Pública.¹⁰⁶ Além dessa finalidade, o controle visa

¹⁰⁰ MARINELA, Fernanda. **Direito administrativo**. 6. ed. rev., ampl reform. e atual. Niterói: Impetus, 2012. p. 276.

¹⁰¹ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 828.

¹⁰² GASPARINI, Diógenes. **Direito administrativo**. 17. ed. atualizada por Fabricio Motta. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 1059.

¹⁰³ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 25. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2012. p. 1027.

¹⁰⁴ FAGUNDES, Miguel Seabra. **O controle dos atos administrativos**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 133-134.

¹⁰⁵ MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 18. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p.443.

¹⁰⁶ FAGUNDES, Miguel Seabra. **O controle dos atos administrativos**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 135.

assegurar que as condutas administrativas respeitem os princípios que lhe são impostos pelo ordenamento jurídico, como os da legalidade, moralidade, finalidade pública, publicidade, motivação, impessoalidade.¹⁰⁷

O controle judicial é classificado, em regra, como: externo – por se realizado por órgão diferente da estrutura organizacional da Administração; provocado – tendo em vista que o Judiciário atua de ofício apenas nos casos previstos em lei; direto – porque recai de forma imediata sobre as condutas administrativas e repressivo – por recair sobre atos que já produziram os seus efeitos. Há casos em que o controle judicial é realizado de forma preventiva, prevenindo as possíveis ilegalidades cometidas pela Administração Pública, exemplo disso é o ajuizamento de ação declaratória, *habeas corpus* e do mandado de segurança.¹⁰⁸

3.2.2 Alcance e Limites do Controle Judicial

O controle judicial sobre atos da Administração é exercido sobre a legalidade e legitimidade das condutas administrativas, podendo o Judiciário fiscalizar qualquer ato administrativo com a lei ou com a Constituição e verificar se há ou não conformidade. Caso o ato seja contrário ao ordenamento jurídico, o Judiciário declarará a sua invalidação interrompendo a produção dos efeitos ilícitos.¹⁰⁹

Helly Lopes Meireles explica que existem duas formas de controle judicial, enquanto o primeiro é um controle comum, recaindo sobre os atos administrativos comuns, o segundo é considerado especial, tendo em vista que recai sobre determinadas espécies de atos, que seriam atos políticos, atos legislativos e os atos *interna corporis*.¹¹⁰ O controle comum incide sobre a maioria dos atos administrativos, sendo a regra no ordenamento jurídico, nesse controle o Judiciário analisar tanto a legalidade, que é a conformidade do ato com a regra do ordenamento, quanto a legitimidade, obediência aos princípios basilares instituídos para Administração.¹¹¹

A Constituição Federal de 1988 ampliou o controle judicial, trazendo novos direitos e garantias para os indivíduos em face do poder público, bem como parâmetros para atuação

¹⁰⁷ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Direito administrativo**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 808.

¹⁰⁸ GASPARINI, Diógenes. **Direito administrativo**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 1059-1060.

¹⁰⁹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 25. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2012. p. 1033.

¹¹⁰ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 828 e 831.

¹¹¹ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 830.

da Administração, como os princípios expostos no artigo 37 e a ação popular.¹¹² O alcance dessa fiscalização do Poder Judiciário sobre as condutas administrativas está fundamentado no artigo 5º, inc. XXXV, da Constituição Federal, que proíbe a lei de excluir da apreciação do Judiciário, lesão ou ameaça a direito.¹¹³

Ressalte-se que esse controle sobre os atos dos demais Poderes se restringe aos aspectos de legalidade (ou juridicidade), sendo proibido ao Judiciário analisar qual a decisão mais conveniente ou oportuna (mérito administrativo) para alcançar o interesse público, sob pena de ferir o princípio da separação de poderes. Sendo assim, o Judiciário apenas invalida os atos ilegais, não podendo revogar eles por razões de conveniência e oportunidade (mérito administrativo).¹¹⁴

Ainda em relação aos limites do controle judicial, Diógenes Gasparini explica que:

“Limita-se o controle jurisdicional, nos casos concretos, ao exame da legalidade do ato ou da atividade administrativa. Escapa-lhe, por conseguinte, o exame do mérito do ato ou atividade administrativa. Assim, os aspectos de conveniência e oportunidade não podem ser objeto desse controle. A autoridade jurisdicional pode dizer o que é legal ou ilegal, mas não o que é oportuno ou conveniente e o que é inoportuno ou inconveniente”.¹¹⁵

O Judiciário, quando realiza esse controle externo dos demais poderes, respeita o princípio dispositivo, o qual proíbe instaurar processo jurisdicional de ofício, devendo ser provocado para verificar a legalidade da conduta administrativa.¹¹⁶

Ressalte-se que para acionar o Judiciário não é necessário o esgotamento da via administrativa, em regra, por decorrência do princípio da inafastabilidade da jurisdição; logo, quem tiver um direito lesado pode provocar o Judiciário. A necessidade de esgotamento da via administrativa é imprescindível em determinados casos; por exemplo nas ações decorrentes da justiça desportiva; no mandado de segurança enquanto couber recurso administrativo com efeito suspensivo o mandado de segurança não pode ser impetrado; no caso de reclamação ao Supremo Tribunal Federal e por último na ação de *habeas data*.¹¹⁷

¹¹² MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 18. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 447.

¹¹³ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 25. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2012. p. 1033.

¹¹⁴ OLIVEIRA, Rafael Rezende. **Curso de direito administrativo**, 3. ed. rev., atual. e ampl.; São Paulo: Método: 2015. p. 720.

¹¹⁵ GASPARINI, Diógenes. **Direito administrativo**. 17. ed. atualizada por Fabricio Motta. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 1060.

¹¹⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 10. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 1237.

¹¹⁷ MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 18. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 445-

3.2.3 *Sistemas de Controle Judicial*

Hely Lopes Meirelles conceitua sistema de controle jurisdicional da Administração Pública como “[...] regime adotado pelo Estado para correção dos atos administrativos ilegais ou ilegítimos praticados pelo Poder Público em qualquer dos seus departamentos de governo”.¹¹⁸

Atualmente, existem dois sistemas de controle judicial da Administração Pública sistema de jurisdição dupla (contencioso administrativo ou sistema de jurisdição administrativa) e o sistema de jurisdição una (unidade de jurisdição ou jurisdição ordinária).

O sistema do contencioso administrativo foi adotado na França, na Alemanha e em outros países, e é caracterizado pela divisão da função jurisdicional em estruturas paralelas e diferentes – uma é o contencioso administrativo e a outra é a jurisdição ordinária ou comum –, a primeira é competente para conhecer e julgar, em caráter definitivo, as lides em que a Administração Pública seja parte, enquanto a jurisdição ordinária soluciona as demais pendências.¹¹⁹ Ressalte-se, ainda, que nesse sistema a Administração tem uma justiça própria, sendo vedada a intervenção do Judiciário nas causas já decididas pelos juízes e tribunais administrativos.¹²⁰

O sistema de jurisdição una (unidade de jurisdição ou jurisdição ordinária), é adotado no Brasil, nos Estados Unidos, e em outros países; sua principal característica é a concentração da função jurisdicional pelo Judiciário, o que significa que todos os conflitos de natureza administrativa ou não são decididos, em caráter definitivo, por órgãos do Judiciário.¹²¹

O fundamento do sistema de jurisdição una está no inciso XXXV do artigo 5º da Constituição Federal, tendo o Poder Judiciário o monopólio da função jurisdicional, possuindo a prerrogativa de analisar com força de coisa julgada as questões decididas.¹²²

3.2.4 *Decorrências do Controle Judicial*

Do controle judicial das condutas administrativas advém para a Administração algumas consequências, conforme o tipo de ação intentada no Judiciário; as medidas mais

446.

¹¹⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 53.

¹¹⁹ MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 18. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 444.

¹²⁰ GASPARINI, Diógenes. **Direito administrativo**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 1062.

¹²¹ MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 18. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 444.

¹²² DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Direito administrativo**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 827.

comuns são: suspensão de atos ou atividades; anulação; imposição de fazer; imposição de se abster de algo; imposição de pagar e imposição de indenizar ou ressarcir.¹²³

No caso de suspensão de atos ou atividades, o Judiciário impede que os atos ou atividades continuem a produzir efeitos de forma provisória até a decisão final na ação ou por determinado lapso temporal; exemplo são as liminares, que são concedidas em mandado de segurança individual e coletivo, em ação popular, em ação civil pública, nas medidas cautelares. Ademais, na anulação o Judiciário invalida a conduta administrativa, deixando de produzir efeitos desde o quando foi elaborado, sendo os efeitos *ex-tunc* (que retroage).

Na medida de imposição de fazer, há uma decisão definitiva do Judiciário determinando uma ordem de realizar algo, de agir em certo sentido, de editar um ato ou de tomar alguma providência, constituindo um fazer para a Administração Pública; enquanto na imposição de se abster de algo, a sentença exige que a Administração deixe de fazer algo, seja paralisando determinada atividade ou não iniciando uma atividade.¹²⁴

Por fim, a imposição de pagar decorre, em regra, de decisões relativas a diferenças de vencimentos de servidores e de benefícios não reconhecidos espontaneamente pela Administração, bem como da devolução de indébitos; em contrapartida, a imposição de indenizar ou ressarcir obriga a Administração o dever de indenizar ou reparar danos aos indivíduos lesados, desde que tenha sido causado por ela ou por seu agente públicos, exemplo são as de responsabilidade civil do Estado.¹²⁵

3.2.5 Controle da Discricionariedade dos Atos de Polícia

Os atos administrativos discricionários decorrem do Poder Discricionário da Administração, nos casos em que a lei permite ao agente avaliar determinada conduta administrativa, nos aspectos da conveniência e da oportunidade da prática do ato, constituindo o mérito administrativo. Dessa forma, o mérito administrativo é a opinião sobre a conveniência e a oportunidade nos requisitos do ato – motivo e objeto –, desde que vise o interesse público; em contrapartida o agente público não pode avaliar os demais elementos do ato – a competência, a finalidade e a forma –, tendo em vista que esses serão sempre vinculados.¹²⁶

Diógenes Gasparini define conveniência e oportunidade:

¹²³ MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 18. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 448.

¹²⁴ MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 18. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 448.

¹²⁵ MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 18. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 449.

¹²⁶ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 25. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2012. p. 125.

Há conveniência sempre que o ato interessa, convém ou satisfaz ao interesse público. Há oportunidade quando o ato é praticado no momento adequado à satisfação do interesse público. São juízos subjetivos do agente competente sobre certos fatos e que levam essa autoridade a decidir de um ou outro modo.¹²⁷

A discricionariedade é um poder delimitado previamente pela lei, que deixa um espaço de conveniência para livre decisão da Administração Pública, preestabelecendo as vezes uma opção, sendo considerada legal. Por isso, não pode o Judiciário invadir esse espaço restrito pela lei ao administrador público, caso não obedeça essa regra estaria substituindo os critérios de escolha – oportunidade e conveniência – do administrador em cada caso concreto, agindo de forma ilegal.¹²⁸

Dessa forma, a discricionariedade nos atos administrativos pode ser controlada pelo Poder Judiciário, quando a Administração não respeitar as limitações impostas pelo legislador ou visar fim diverso do interesse público.

Quando o Judiciário realiza esse controle, ele tanto aprecia os aspectos da legalidade quanto os limites legais da discricionariedade; assim, o Judiciário invalida o ato, pelo fato de a autoridade extrapolar os limites da legalidade.¹²⁹

Nesse sentido, o posicionamento de Helly Lopes Meirelles:

O que convém reter é que o mérito administrativo tem sentido próprio e diverso do mérito processual e só abrange os elementos não vinculados do ato da Administração, ou seja, aqueles que admitem uma valoração da eficiência, oportunidade, conveniência e justiça. No mais, ainda que se trate de poder discricionário da Administração, o ato pode ser revisto e anulado pelo Judiciário, desde que, sob o rótulo de mérito administrativo, se aninhe qualquer ilegalidade resultante de abuso ou desvio de poder.¹³⁰

Visando impedir as arbitrariedades da Administração na prática de atos discricionários, teorias foram desenvolvidas para fixar limites ao exercício dessa discricionariedade, ampliando, assim, o controle judicial.

Essas teorias serão aprofundadas nos tópicos subsequentes, a primeira teoria é a do desvio de poder; como dito anteriormente o desvio de poder ocorre quando a autoridade usa do poder discricionário para atingir fim diverso do previsto pelo legislador, nesse caso, o Judiciário decreta a nulidade do ato, tendo em vista que a Administração desviou dos fins do interesse público.

¹²⁷ GASPARINI, Diógenes. **Direito administrativo**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 230.

¹²⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 229.

¹²⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 229.

¹³⁰ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 137.

A outra é a teoria dos motivos determinantes; ocorre quando a Administração aponta determinado motivo como justificador da prática de determinado ato, e este motivo somente será válido se for verdadeiro. Dessa forma, o Judiciário aprecia os motivos – pressupostos de fato e as provas de sua existência –; caso não exista, o ato será anulado.

3.2.6 Teoria do Desvio de Poder ou Desvio de Finalidade

A atividade administrativa deve visar o bem comum, ou seja, alcançar os interesses da coletividade; dessa maneira, existe uma direção a ser atingida pelos atos administrativos.

A Administração Pública para proteger os interesses da coletividade (interesse público) restringe direitos individuais, utilizando o poder discricionário inerente as atividades administrativas – sendo esse o conceito de poder de polícia administrativa. Como dito anteriormente, há alguns requisitos dos atos administrativos que são discricionários, neles o administrador realiza a conveniência e oportunidade da prática do ato, já tem outros requisitos que são vinculados. Quando há a modificação da finalidade – que é indicada de forma explícita ou implícita pelo ordenamento jurídico –, afirma-se que houve desvio de poder ou de finalidade (*détournement de pouvoir - sviamento di potere*), assim, o ato deve ser invalidado, por ausência de um elemento na formação que é a finalidade pública almejada pelo ordenamento jurídico.¹³¹

Acrescente-se, ainda, que há um conceito legal para o desvio de poder disposto no artigo 2º, parágrafo único, “e” da Lei 4.717/1965, “[...] o agente pratica o ato visando a fim diverso daquele previsto, explícita ou implicitamente, na regra de competência”.

Ratificando o disposto anteriormente, Maria Sylvia Zanella Di Pietro ensina:

[...] a finalidade pode ter duplo sentido (amplo e restrito) pode-se dizer que ocorre o desvio de poder quando o agente pratica o ato com inobservância do interesse público ou com objetivo diverso daquele previsto explícita ou implicitamente na lei. O agente desvia-se ou afasta-se da finalidade que deveria atingir para alcançar resultado diverso, não amparado pela lei.¹³²

Diogo Figueiredo Moreira Neto cita como exemplo de desvio de finalidade:

[...] em se tratando de desapropriação, como as finalidades deste ato só poderão ser a necessidade, a utilidade pública ou o interesse social, se uma desapropriação for efetivada para atender a qualquer outro interesse, como um interesse particular, ainda que coincidente com um interesse público

¹³¹ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 134 e p. 147.

¹³² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 254.

configurar-se-á o desvio de finalidade.¹³³

Há uma dificuldade para constatação desse desvio, tendo em vista que o agente público oculta o fim desejado, produzindo um ato fraudulento com aparência de conformidade com o ordenamento jurídico.

Existem “sintomas” que indicam que o ato foi praticado com desvio de interesse público, são eles:

- a) a motivação insuficiente,
- b) a motivação contraditória,
- c) a irracionalidade do procedimento, acompanhada da edição do ato,
- d) a contradição do ato com as resultantes dos atos,
- e) a camuflagem dos fatos,
- f) a inadequação entre os motivos e os efeitos,
- g) o excesso de motivação.¹³⁴

Assim, a Administração e o Poder Judiciário analisam se a finalidade pública está presente nos atos administrativos, devendo ela ser respeitada; caso não seja, haverá a invalidação do ato ilegal.

3.2.7 Teoria dos Motivos Determinantes

Todo ato administrativo possui um motivo que é a circunstância de fato ou de direito que autoriza ou obriga à Administração para que pratique determinado ato administrativo; esse motivo pode estar, ou não, na lei.¹³⁵ O pressuposto de direito é o dispositivo legal que fundamenta a prática do ato e o pressuposto de fato é o conjunto de acontecimentos e situações no dia-a-dia que justificam a realização do ato.¹³⁶

Ressalte-se que motivo e motivação possuem conceitos distintos, a motivação é a exposição dos motivos, sendo a demonstração, por escrito, da existência dos pressupostos de fato.

Há uma discussão na doutrina sobre a obrigatoriedade ou não da motivação em todos atos administrativos, alguns defendem que é obrigatório nos atos vinculados, enquanto outros argumentam que somente é necessário nos atos discricionários. Em relação a essa obrigatoriedade o melhor ensinamento é de:

¹³³ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo**. 16. ed. Rio de Janeiro: Método, 2014. p. 301.

¹³⁴ CRETILLA JÚNIOR, José. Tratado de direito administrativo. Rio de Janeiro: Forense, 1966. p. 210-211 apud DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Direito administrativo**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 255.

¹³⁵ GASPARINI, Diógenes. **Direito administrativo**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 116.

¹³⁶ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Direito administrativo**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 219.

[...] que a motivação é, em regra, necessária, seja para os atos vinculados, seja para os atos discricionários, pois constitui garantia de legalidade, que tanto diz respeito ao interessado como à própria Administração Pública; a motivação é que permite a verificação, a qualquer momento, da legalidade do ato, até mesmo pelos demais Poderes do Estado.¹³⁷

Dessa forma, com a motivação dos atos a fiscalização exercida pelo Poder Judiciário é objetiva levando em consideração que é analisado as circunstâncias de fato que levaram ao poder público a praticar o ato.

Surgiu a teoria dos motivos determinantes com a finalidade de facilitar o controle dos motivos, essa teoria foi criada pelo direito francês e é baseada no fato de que entre o motivo do ato administrativo e a situação de fato que gerou a manifestação da vontade deve haver compatibilidade; caso o motivo seja inexistente ou falso haverá a invalidação do ato.¹³⁸ Assim, essa teoria vincula a validade do ato aos motivos expostos pela Administração, devendo corresponder a realidade fática e jurídica.

Existem duas espécies de vício do motivo nos atos que podem desrespeitar a realidade fática ou jurídica, sendo que:

O ato administrativo pode ser ilegal porque os motivos alegados pelo autor não existiram, na realidade, ou não têm o caráter jurídico que o autor lhes emprestou; é a ilegalidade por inexistência material ou jurídica dos motivos (considerada, ainda, erro de fato ou de direito).¹³⁹

Existe, ainda, sobre defeitos no motivo do ato administrativo o disposto no artigo 2º, parágrafo único, “d”, da Lei nº 4.717/1965 que traz a inexistência dos motivos e afirma que ocorre "quando a matéria de fato ou de direito, em que se fundamenta o ato, é materialmente inexistente ou juridicamente inadequada ao resultado obtido"; nesses casos, o ato será invalidado.

Diante o exposto, o Judiciário analisa a discricionariedade (mérito administrativo) do ato sem ferir o princípio constitucional da separação dos poderes, tendo em vista que se verifica apenas se os motivos expostos pela Administração existem e estão de acordo com ordenamento jurídico, caso não estejam a única opção é a invalidação do ato.

3.2.8 Controle pelos Princípios Fundamentais

¹³⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 220.

¹³⁸ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 25. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2012. p. 119.

¹³⁹ LAUBADÈRE. *Manuel de Droit Administratif*. Paris: LGDJ, 1976. p. 90 apud. CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 25. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2012. p. 119.

Do efetivo exercício da polícia administrativa decorrem algumas sanções (limitações) administrativas aos direitos dos indivíduos, essas medidas devem respeitar alguns princípios estabelecidos para a Administração Pública e os direitos fundamentais estabelecidos na Constituição Federal.

Nesse sentido, Juarez Freitas afirma que “[...] o exercício do poder de polícia administrativa há de ser digno e gerador de dignidade, ou será irregular e abusivo”.¹⁴⁰

As medidas de polícia administrativa para serem regulares não basta que seja legal, deve ser legítima, ou seja, respeitar os princípios, regras e valores do ordenamento jurídico; assim, essas limitações têm de coexistir com os direitos fundamentais, sem excluir completamente esses direitos, guardando uma proporcionalidade entre eles.¹⁴¹

O princípio da legalidade na aplicação do poder de polícia gera uma garantia aos administrados, uma vez que há uma certeza e previsibilidade da ilicitude e das sanções, diminuindo a possibilidade de arbitrariedades cometidas pelo poder público. Com a tipificação da conduta pelo legislador há uma possibilidade de escolha concedida ao particular para que escolha entre o lícito e o ilícito.

Caso a legalidade não seja respeitada o ato será contra os princípios fundamentais, considerando o disposto no inciso XXXIX, do artigo 5º, da Constituição Federal, impedindo que exista penalização sem lei prévia que estabeleça a infração e sanção.

Nesse sentido, ressalte-se que: “O Supremo Tribunal Federal, antes mesmo do advento da atual Carta Magna, já estendeu às sanções administrativas em geral e às fiscais em particular o princípio da legalidade e a proibição de ato administrativo inferior a lei fiar sanção”.¹⁴²

Dessa forma, caso o ordenamento seja omissivo, torna-se impossível (ilegal) que a Administração possua uma competência discricionária e plena para definir os ilícitos e as respectivas sanções aos indivíduos; cabendo ao legislador determinar um mínimo de precisão sobre os pressupostos para aplicação de cada sanção.

A discricionariedade que o legislador atribui ao administrador é a escolha de alguma das sanções previstas em lei, considerando a peculiaridade do caso, consistindo em uma avaliação subjetiva; apesar disso essas medidas devem ser compatíveis com a gravidade e a reprovabilidade da infração.

¹⁴⁰ FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 240.

¹⁴¹ FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 256.

¹⁴² DIAS, Eduardo Rocha. Sanções administrativas aplicáveis a licitantes e contratados. São Paulo: Dialética, 1997. p. 49 apud JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 603.

Há, ainda, com a finalidade de auxiliar esse controle judicial o princípio da proporcionalidade que decorre da coerção nos atos de polícia. A coercibilidade não deve ser utilizada de forma indevida pelos agentes públicos, o que ocorre quando não há necessidade do ato de polícia. Assim, esse princípio é imprescindível para validade dos atos de polícia, devendo haver uma proporcionalidade entre os meios e os fins da atividade administrativa.¹⁴³

Celso Antônio Bandeira de Mello afirma que a Administração:

“[...] se comporte com extrema cautela, nunca se servindo de meios mais enérgicos que os necessários à obtenção do resultado pretendido pela lei, sob pena de vício jurídico que acarretará responsabilidade da Administração. Importa que haja proporcionalidade entre a medida adota e a finalidade legal a ser atingida”.¹⁴⁴

Dessa forma, o poder público só tem coação nos atos de polícia quando não tiver outro meio eficaz para conseguir o bem comum da coletividade e só é legitimado se for proporcional ao resultado pretendido e protegido pelo ordenamento jurídico; caso exceda ao necessário será uma conduta injurídica.¹⁴⁵

Ressalte-se, ainda, que não havendo proporcionalidade no ato de polícia e o fim almejado, a autoridade administrativa praticará abuso de poder que é possível a invalidação pelo Judiciário, inclusive através de mandado de segurança.¹⁴⁶ Assim, quando a conduta administrativa é desproporcional, é notório que alguns indivíduos estão sendo prejudicados por abuso de poder, tendo em vista que está ausente o interesse coletivo.

Jose dos Santos Carvalho Filho, exemplifica a desproporcionalidade:

[...] no uso exagerado de violência por agentes policiais encarregados de manter a ordem em casos de protestos ou movimentos populares e de diligências em locais de maior incidência de delitos, como favelas, morros e outras comunidades.¹⁴⁷

Essa violência é conduta desproporcional se a finalidade for a preservação da ordem pública, devendo haver a repressão e responsabilização dos agentes públicos causadores dela.

¹⁴³ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 10 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 606.

¹⁴⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 28. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2010. p. 836.

¹⁴⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 28. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2010. p. 837.

¹⁴⁶ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 25. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2012. p. 91.

¹⁴⁷ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 25. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2012. p. 92.

Outro exemplo, ocorre quando a lei deixa a cargo da Administração Pública a fixação da sanção, devendo haver uma proporcionalidade entre ela e a infração cometida pelo indivíduo, bem como a motivação que levou a aplicar essa sanção.

Nesse mesmo sentido, há entendimento do Supremo Tribunal Federal:

PODER DE POLICIA - PROCESSO ADMINISTRATIVO - DEFESA. A atuação da administração pública, no exercício do poder de polícia, ou seja, pronta e imediata, há de ficar restrita aos atos indispensáveis a eficácia da fiscalização, voltada aos interesses da sociedade. Extravasando a simples correção do quadro que a ensejou, a ponto de alcançar a imposição de pena, indispensável e que seja precedida da instauração de processo administrativo, no qual se assegure ao interessado o contraditório e, portanto, o direito de defesa, nos moldes do inciso LV do artigo 5. da Constituição Federal. Não subsiste decisão administrativa que, sem observância do rito imposto constitucionalmente, implique a imposição de pena de suspensão, projetada no tempo, obstaculizando o desenvolvimento do trabalho de taxista. (STF - RE: 153540 SP, Relator: MARCO AURÉLIO, Data de Julgamento: 05/06/1995, SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJ 15-09-1995).¹⁴⁸

Por todo o exposto, a proporcionalidade representa um limite ao poder de polícia, o qual requer o cumprimento da finalidade legal e proporcionalidade entre a intensidade e a extensão da medida aplicada, buscando ser a medida mais eficiente para o caso em concreto.

Por fim, Maria Silvia Zanella Di Pietro afirma que:

As decisões judiciais que invalidam atos discricionários por vício de desvio de poder, por irrazoabilidade ou desproporcionalidade da decisão administrativa, por inexistência de motivos ou de motivação, por infringência a princípios como os da moralidade, segurança jurídica, boa-fé, não estão controlando o mérito, mas a legalidade do ato. [...]. Não se pode confundir controle do mérito com controle dos limites legais da discricionariedade.¹⁴⁹

Assim, há possibilidade de o Poder Judiciário realizar o controle dos atos de polícia administrativa que desrespeitarem os princípios estabelecidos no ordenamento jurídico. No próximo tópico será analisado os meios em que o Judiciário realiza esse controle.

3.2.9 Meios de Controle Judicial

Há diversos meios (ações) que propiciam o controle da legalidade e legitimidade das condutas administrativas pelos órgãos jurisdicionais; por exemplo, mandado de segurança, ação popular, ação civil pública, ação direta de inconstitucionalidade, arguição de descumprimento

¹⁴⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE. 1535407/SP**, relator Min. Marco Aurélio, publicado em 15/09/1995. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/746039/recurso-extraordinario-re-153540-sp>>. Acesso em: 27 mar. 2016.

¹⁴⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 228.

de preceito fundamental e outras ações.¹⁵⁰

Esses meios (ações) específicos de controle têm natureza instrumental, pois visam à proteção de direitos individuais ou coletivos contra atos da Administração Pública, sejam comissivos ou omissivos.¹⁵¹

O Mandado de segurança é um meio constitucional disponível a toda pessoa física ou jurídica, desde que possua capacidade processual, e que tenha direito líquido e certo não protegido por habeas corpus ou habeas data, possuindo esse meio um caráter residual.¹⁵²

Maria da Sylvia Zanella Di Pietro assim conceitua:

Mandado de segurança é a ação civil de rito sumaríssimo pela qual a pessoa pode provocar o controle jurisdicional quando sofrer lesão ou ameaça de lesão a direito líquido e certo, não amparado por Habeas Corpus nem Habeas Data, em decorrência de ato de autoridade, praticado com ilegalidade ou abuso de poder.¹⁵³

A natureza do meio é de ação civil de rito sumário especial, com status de remédio constitucional, possuindo normas procedimentais próprias dispostas na Lei nº 12.016/09; com a finalidade de proteger a pessoa contra atos de autoridade pública ilegais ou em abuso de poder, desde que não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, visando a proteger o direito subjetivo, líquido e certo do impetrante.¹⁵⁴ O mandado de segurança também é cabível também contra atos omissivos (ou omissões administrativas). O *writ* pode ser tanto repressivo, como preventivo; o primeiro é cabível quando já ocorrida a ilegalidade ou abuso de poder, visando assim, corrigir a ilicitude do ato, já o preventivo é utilizado nos casos em que há ameaça de violação do direito, reprimindo a prática do ato ilícito.

Ressalte-se que tem um prazo para impetração que é de 120 (cento e vinte) dias, que inicia a contar da ciência do ato ou da efetiva afronta ao direito líquido e certo; esse prazo possui natureza decadencial, ou seja, não há suspensão ou interrupção dele.

Outro meio disponível é ação popular – que também é um remédio constitucional por meio do qual se anula qualquer ato lesivo ao patrimônio público; à moralidade administrativa; ao meio ambiente ou ao patrimônio histórico e cultural. De maneira diferente do mandado de segurança, a ação popular visa a defesa dos interesses da coletividade, buscando o controle preventivo ou repressivo das atividades administrativas consideradas como ilegais.¹⁵⁵ O inciso

¹⁵⁰ GASPARINI, Diógenes. **Direito administrativo**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 1063.

¹⁵¹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 25. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2012. p. 1038.

¹⁵² MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 839.

¹⁵³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 636.

¹⁵⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 839.

¹⁵⁵ MARINELA, Fernanda. **Direito administrativo**. 6. ed. ver., ampl. reform. e atual. Niterói: Impetus, 2012. p.

LXXIII do artigo 5º da Constituição Federal traz a definição e regras gerais da ação popular; em relação ao procedimento é contencioso e especial, tendo em vista que a tramitação obedece a regras especiais para a ação previstos na Lei nº 4.717/65.¹⁵⁶ Acrescente-se que a legitimidade ativa para intentar essa ação pertence a qualquer cidadão, devendo ser uma pessoa física, excluindo as pessoas jurídicas, conforme súmula nº 365 do Supremo Tribunal Federal: “Pessoa jurídica não tem legitimidade para propor ação popular”.

Por fim, o objeto da ação popular é de caráter reconstitutivo, visando desconstituir ato lesivo a um dos bens sob tutela, devendo ser ajuizada no prazo de cinco anos, sob pena de prescrição, conforme estabelecido no artigo 21 da Lei nº 4.717/1965.

Há ainda, a ação civil pública que é considerado um meio de controle administrativo, visando à proteção dos interesses difusos e coletivos, ou seja, protege direitos, bens e interesses da coletividade. Essa ação possui rito especial, e está prevista no artigo 129, III, da Constituição Federal e é regulamentada, em regra, pela Lei nº 7.347/85. A principal finalidade dessa ação é reprimir ou impedir danos a direitos, bens e interesses da coletividade.¹⁵⁷

Possuem legitimidade para o ajuizamento da ação civil pública e das cautelares conexas: Ministério Público; Defensoria Pública; União, Estados, Distrito Federal e Municípios; autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista e associação que seja constituída há pelo menos um ano e possua como finalidade institucional, a proteção ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico e proteção ao patrimônio público e social.¹⁵⁸

Ressalte-se que uma das funções institucionais e primordiais do Ministério Público é de promover o inquérito e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos, conforme o artigo 129, III, da Constituição Federal, ainda que outros possuam legitimidade para propor essa ação.

Afinal, tecendo breves comentários sobre a ação direta de inconstitucionalidade, a qual é uma forma de controle de lei ou ato normativo federal ou estadual que desrespeitam os ditames constitucionais; pode ser intentada tanto no Supremo Tribunal Federal, no caso de

1021.

¹⁵⁶ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 25. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2012. p. 1090.

¹⁵⁷ GASPARINI, Diógenes. **Direito administrativo**. 17. ed. atualizada por Fabricio Motta. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 1073.

¹⁵⁸ BRASIL. **Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985**. Dispõe sobre Ação Civil Pública de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7347orig.htm>. Acesso em: 26 mar. 2016.

desrespeito à Constituição Federal, como nos Tribunais de Justiça dos Estados, nos casos de ofensa as Consituições Estaduais.¹⁵⁹

Esse meio possui previsão constitucional no artigo 102, I, “a”, e na Lei nº 9.868/99 – a qual estabelece o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal.

São legitimados ativos, de acordo com o artigo 103 da Constituição Federal: Presidente da República; Mesa do Senado Federal; Mesa da Câmara dos Deputados; Mesa da Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; Governador de Estado ou do Distrito Federal; Procurador-Geral da República; Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; partido político com representação no Congresso Nacional; confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

Essa ação é de controle abstrato, assim, não há parte passiva, posto que visa retirar determinada norma específica do ordenamento jurídico; essa inconstitucionalidade pode ser total ou parcial e ter efeitos *ex-tunc* (retroage) ou *ex-nunc* (não retroage), a depender de vários fatores estabelecidos no Direito Constitucional.¹⁶⁰

Nesse sentido, citem-se algumas ementas desse controle judicial dos atos de polícia em abuso de poder, que estão no anexo A.

Dessa forma, existem diversos meios (ações) disponíveis para o controle dos atos de polícia administrativa em abuso de poder tanto para os cidadãos, quanto para os órgãos dos demais poderes.

¹⁵⁹ MARINELA, Fernanda. **Direito administrativo**. 6. ed. rev., ampl. reform. e atual. Niterói: Impetus, 2012. p. 1025.

¹⁶⁰ MARINELA, Fernanda. **Direito administrativo**. 6. ed. rev., ampl., reform. e atual. Niterói: Impetus, 2012. p. 1025.

CONCLUSÃO

Ao término do presente trabalho, pode-se afirmar que o abuso de poder nos atos de polícia administrativa está presente na Administração e que existem vários limites legais e principiológicos para utilização desse poder, havendo diversos meios e sanções para quem praticou o ato, entretanto isso ainda não é suficiente para coibir a atitude de autoridades públicas corruptas.

O principal limite desse poder é a lei, especialmente com a Constituição Federal, que estabelece os direitos fundamentais dos indivíduos; há ainda como limitador o princípio da especificidade e da proporcionalidade, que resumidamente explicam que o poder público para realizar um ato de polícia administrativa deve ser necessário e imprescindível para o fim que deseja – que é o interesse público – devendo ter uma determinação legal mínima, ou seja, deve haver alguma lei no ordenamento pátrio que o autorize, ainda que de forma genérica.

É notório que essas limitações dão segurança para a sociedade e protegem os cidadãos das condutas administrativas arbitrárias, e que seria inviável um ordenamento jurídico que não estabelecesse balizas para esse poder da Administração Pública.

Para acabar com esses atos arbitrários é imprescindível uma melhor fiscalização, tendo em vista que as vezes é difícil constatar a existência do abuso, por estar com aparência de um ato legal que busca um interesse público.

Constatou-se que o poder de polícia deve ser vinculado às normas e ser direcionado ao interesse público, jamais visando interesse diverso, caso contrário será considerado abuso de poder.

A discricionariedade é uma das características inerente a esse poder e que auxiliam, ainda que de forma implícita, os administradores a cometerem esses abusos, tendo em vista que os atos nem sempre são motivados da forma devida, o que gera um prejuízo para a fiscalização e controle pelos demais poderes.

Visando controlar essa arbitrariedade que é mascarada de discricionariedade pelos agentes públicos quando querem cometer abuso de poder, existe o controle da Administração Pública; o qual é baseado no princípio da legalidade, e possui por objetivo primordial a fiscalização das condutas administrativas, assegurando que o alcance o interesse coletivo.

Ressalte-se que a discricionariedade somente era controlada pela Administração Pública, no controle administrativo que tem como fundamento o poder de autotutela, e é exercido pelos próprios poderes nos atos administrativos que foram praticados em seu âmbito interno, no exercício da função administrativa, contudo esse posicionamento alterou e nenhum

ato é absolutamente imune do controle judicial.

Os atos de polícia administrativa, em regra, dispõem de certa margem de liberdade de atuação, tendo em vista que o ordenamento não tipificou todas as possibilidades; havendo uma atuação subjetiva do agente público, no que diz respeito ao mérito do ato, atuando de forma que melhor atenda aos interesses públicos, em um juízo de conveniência e oportunidade.

Como a discricionariedade não é ilimitada, encontrando limites no ordenamento jurídico, e existem alguns atos de polícia que são vinculados é totalmente possível o controle judicial, tanto por uma análise principiológica, como teleológica das condutas administrativas, com fundamento no princípio constitucional da inafastabilidade da jurisdição, e em busca da finalidade pública tutelada em sua norma de regência, entendimento consubstanciado nos precedentes do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal.

Esse controle, reprime a prática de atos em desvio de finalidade, decorrentes dos abusos da Administração Pública, gerando benefício para a sociedade.

Diante o exposto, conclui-se, portanto, que o poder de polícia não é ilimitado, possuindo diversos meios (ações) de provocar o Poder Judiciário para analisar as lesões provocadas, disponíveis tanto para os cidadãos como para as instituições; nesse controle verifica-se a proporcionalidade e razoabilidade entre o meio utilizado e o bem-estar social gerado; devendo haver a anulação daqueles atos que sejam desproporcionais ou neguem completamente validade aos direitos fundamentais estabelecidos na Constituição Federal.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Lei nº 5.172**, de 25 de outubro de 1966. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios, Brasília, DF. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15172.htm>. Acesso em: 05 ago. 2015.

BRASIL. **Lei nº 7.347**, de 24 de julho de 1985. Dispõe sobre Ação Civil Pública de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7347orig.htm>. Acesso em: 26 mar. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI: 1969 DF**, Relator: RICARDO LEWANDOWSKI, Data de Julgamento: 28/06/2007, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-092 DJ 31-08-2007, v. 29, n. 345,

2007. Disponível em: <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/756403/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-1969-df>>. Acesso em: 27 mar. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **RMS: 19820 SP 2005/0052232-0**, Relator: Ministro LUIZ FUX, Data de Julgamento: 09/10/2007, T1 - PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DJ 08/11/2007. Disponível em:

<<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19195275/recurso-ordinario-em-mandado-de-seguranca-rms-19820-sp-2005-0052232-0>>. Acesso em: 27 mar. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **RMS: 21922 GO 2006/0090644-1**, Relator: Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, Data de Julgamento: 05/06/2007, T1 - PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DJ 21/06/2007. Disponível em:

<<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8924104/recurso-ordinario-em-mandado-de-seguranca-rms-21922-go-2006-0090644-1>>. Acesso em: 27 mar. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **RMS: 13617 MG 2001/0101563-0**, Relator: Ministra LAURITA VAZ, Data de Julgamento: 12/03/2002, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJ 22.04.2002. Disponível em:

<<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/293174/recurso-ordinario-em-mandado-de-seguranca-rms-13617-mg-2001-0101563-0>>. Acesso em: 27 mar. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **RMS: 19510 GO 2005/0004710-8**, Relator: Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, Data de Julgamento: 20/06/2006, T1 - PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DJ 03/08/2006. Disponível em:

<<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7148469/recurso-ordinario-em-mandado-de-seguranca-rms-19510-go-2005-0004710-8>>. Acesso em: 27 mar. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **RMS: 17381 DF 2003/0182585-1**, Relator: Ministra DENISE ARRUDA, T1 - PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DJ 07/11/2006. Disponível em:

<<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/9052513/recurso-ordinario-em-mandado-de-seguranca-rms-17381-df-2003-0182585-1>>. Acesso em: 27 mar. 2016

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 25. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2012.

CRETELLA JUNIOR, José. **Curso de direito administrativo**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2004.

GASPARINI, Diogenes. **Direito administrativo**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 10 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

KNOPLOCK, Gustavo Mello. **Manual de direito administrativo**. 6. ed. atual. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

MARINELA, Fernanda. **Direito administrativo**. 6. ed. rev, ampl., reform. e atual. Niterói: Impetus, 2013.

MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 18. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 28. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2010.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo**. 16. ed. Rio de Janeiro: Método, 2014.

ANEXO A – EMENTAS DE JULGADOS DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM QUE OCORREU O CONTROLE JUDICIAL DOS ATOS DE POLÍCIA EM ABUSO DE PODER

ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. PORTARIA QUE LIMITA HORÁRIO DE FUNCIONAMENTO DE BARES E RESTAURANTES QUE COMERCIALIZAM BEBIDAS ALCOÓLICAS. PODER DE POLÍCIA. ATO NORMATIVO. VIOLAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE E DO LIVRE EXERCÍCIO DA ATIVIDADE ECONÔMICA. NÃO-CONFIGURAÇÃO. DESPROVIMENTO DO RECURSO ORDINÁRIO. 1. Na hipótese dos autos, deve ser reconhecida a legalidade da portaria que estabelece horário para a comercialização de bebidas alcoólicas, pois decorre das restrições previstas na Lei Distrital 1.171/96, no exercício regular do poder de polícia da Administração Pública. 2. A polícia administrativa manifesta-se tanto através de atos normativos e de alcance geral quanto de atos concretos e específicos. Regulamentos ou portarias como as que regulam o uso de fogos de artifício ou proibem soltar balões em épocas de festas juninas, bem como as normas administrativas que disciplinem horário e condições de vendas de bebidas alcoólicas em certos locais, são disposições genéricas próprias da atividade de polícia administrativa. (MELLO, Celso Antônio Bandeira. "Curso de Direito Administrativo", 19ª edição, São Paulo: Malheiros, 2005, p. 771) 3. Recurso ordinário desprovido. (STJ - RMS: 17381 DF 2003/0182585-1, Relator: Ministra DENISE ARRUDA, Data de Julgamento: 19/10/2006, T1 - PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DJ 07/11/2006 p. 228RSTJ vol. 207 p. 47)

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. LEI MUNICIPAL. PROGRAMA DE RESTRIÇÃO AO TRÂNSITO DE VEÍCULOS AUTOMOTORES (RODÍZIO MUNICIPAL). DECADÊNCIA. TERMO INICIAL DO PRAZO PREVISTO NO ART. 18, DA LEI Nº 1.533/51. PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS. AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO. NECESSÁRIA DILAÇÃO PROBATÓRIA. 1. O mandado de segurança reclama direito evidente prima facie, porquanto não comporta a fase instrutória inerente aos ritos que contemplam cognição primária. É que "No mandado de segurança, inexistente a fase de instrução, de modo que, havendo dúvidas quanto às provas produzidas na inicial, o juiz extinguirá o processo sem julgamento do mérito, por falta de um pressuposto básico, ou seja, a certeza e liquidez do direito." (Maria Sylvia Zanella Di Pietro, in Direito Administrativo, Editora Atlas, 13ª Edição, pág. 626) 2. Revelando seu exercício dependência de circunstâncias fáticas ainda indeterminadas, o direito não enseja o uso da via da segurança, embora tutelado por outros meios judiciais. Precedentes do STJ: RMS 18876/MT, Relator Ministro Teori Zavascki, DJ de 12.06.2006; RMS 15901/SE, Relator Ministro João Otávio de Noronha, DJ de 06.03.2006 e MS 8821/DF, desta relatoria, DJ 23.06.2005. 3. Ademais, o impetrante, ora recorrente, não demonstrou seu direito líquido e certo, amparável via mandamus, qual seja, exclusão de veículo de sua propriedade da obrigatoriedade de submeter-se ao programa de restrição ao trânsito de veículos automotores no Município de São Paulo, cognominado de "rodízio", instituído pela Lei Municipal 12.490/97 e pelo Decreto Estadual 37.085/97, além do fato de que a mera alegação de que o mencionado rodízio impossibilita o seu deslocamento do Instituto Municipal de Ensino Superior de São Caetano do

Sul- IMES, no qual leciona, até a Capital do Estado de São Paulo, para exercer atividade laboral de advogado, e assim, promover o sustento de sua família, prescinde de dilação probatória, inviável na via estreita do mandado de segurança.⁴ Nada obstante, e apenas obiter dictum, há de se considerar que, no caso sub examine, a atividade engendrada pelo Estado atinente à implementação do programa de restrição ao trânsito de veículos automotores no Município de São Paulo, cognominado de "rodízio", insere-se na conceituação de Poder de Polícia, que, consoante cediço, é a atividade engendrada pelo Estado com vistas a coibir ou limitar o exercício dos direitos individuais em prol do interesse público, nesse diapasão Celso Antônio Bandeira de Mello afirma que:"(...) O Estado, mediante lei, condiciona, limita, o exercício da liberdade dos administrados, a fim de compatibilizá-las com o bem-estar social. Daí que a Administração fica incumbida de desenvolver certa atividade destinada a assegurar que a atuação dos particulares mantenha-se consonante com as exigências legais, o que pressupõe a prática de atos, ora preventivos, ora fiscalizadores e ora repressivos. (...)", in Curso de Direito administrativo, 20ª ed., São Paulo, Malheiros, 2005, p. 645-646.⁵ Sob esse enfoque manifestou-se o Ministério Público do Estado de São Paulo, em parecer apresentado às fls. 54/61, verbis:"(...) Sobre a questão de fundo, impende tê-la inserida conceitualmente na esfera daquele poder de polícia sintetizado por FREUND como o " poder de promover o bem público pela limitação e regulamentação do uso da liberdade da propriedade"(apud RUY BARBOSA NOGUEIRA, "Curso de Direito Tributário", 1976, pág. 135). Como preleciona BRANDÃO CAVALCANTI este poder objetiva "a proteção dos bens, dos direitos, da liberdade, da saúde, do bem-estar-econômico. Constitui limitação à liberdade individual, mas tem por fim assegurar esta própria liberdade e os direitos essenciais ao homem"("Tratado de Direito Administrativo", 4 ed., 1956, Vol. III, página7). (..) Ainda sobre os limites de tal atuação discorre CAIO TACITO, com proficiência: "Na escolha dos meios de ação administrativa, ou seja, no tocante ao objeto, está igualmente limitado o poder de polícia. Embora decidindo discricionariamente da oportunidade ou conveniência das medidas administrativas ou mesmo da oportunidade ou mesmo da forma de sua materialização, deve a autoridade se utilizar dos meios compatíveis com a lei:"en matiere de police - destaca ROGER BONARD- la fin ne justifie pas tout moyen." O objeto do poder de polícia deve ser não somente lícito, mas idôneo e proporcional à ameaça da ordem jurídica. Importando, via de regra, o poder de polícia em não restrições a direitos individuais, a sua utilização não deve ser excessiva ou desnecessária, de modo a não configurar um abuso de poder. Não basta a lei possibilitar a ação coercitiva da autoridade para justificação do ato de polícia. É necessário, ainda, que se objetivem as condições materiais que solicitem ou recomendem a sua invocação"(" ROA ", vol. 27/5). O Pretório Excelso tendo já fixado insuficiente a prévia existência de lei para autorizar legítima restrição a direito. E, isto porque, submetida a restrição ao crivo daquele critério de razoabilidade, ao Poder Judiciário incumbindo sopesá-la à luz do interesse público para reconhecê-las (ou não) legítimas (Repr. n.930, Rel. Min. RODRIGUES ALCKMIN, in" RT J ", voI.110/967; Repr.n.1054, Rel. Min. MOREIRA ALVES, in" RTJ ", 110/967; Repr. n. 1 077, Rel. Min. MOREIRA ALVES, in" RTJ ", 112/34). Vale concluir, a disciplina do programa de restrição à circulação de veículos, dizendo respeito ao exercício regular do poder de polícia, submete-se ao controle de legalidade dos atos administrativos. Ainda aqui, não aferida uma real existência de desvio de finalidade (manifestação sutil do abuso de poder); não depreendida na área do poder regulamentar uma intenção de fim diverso daquele fixado originariamente na lei (trilhados pelo Executivo os

objetivos de interesse público definidos no diploma legal). Sob a ótica da prova moral, preconizada por MARCELO CAETANO, não se verificando ter sido substituído o fim visado na lei por outro qualquer ("Princípios Fundamentais do Direito Administrativo", 1ª ed., Rio, 1977, página 181). Enfim, a regulamentação não desbordou do interesse social que a norma teve em mira proteger."(fls. 58/61) 6. Recurso ordinário desprovido.

(STJ - RMS: 19820 SP 2005/0052232-0, Relator: Ministro LUIZ FUX, Data de Julgamento: 09/10/2007, T1 - PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DJ 08/11/2007 p. 163)

ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. TRANSPORTE COLETIVO E INDIVIDUAL DE PASSAGEIROS. TAXI. PENALIDADE. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE ESTRITA. 1. A aplicação de penalidades está sujeita ao princípio da legalidade estrita. Mesmo no âmbito do poder de polícia, a Administração não está autorizada a aplicar sanções não previstas em lei. Não é legítima a aplicação a motoristas de taxi, modalidade de transporte individual, de penalidades estabelecidas para infrações no âmbito do transporte coletivo de passageiros. No âmbito do poder estatal sancionador, penal ou administrativo, não se admite tipificação ou penalização por analogia. 2. Recurso ordinário provido. (STJ - RMS: 21922 GO 2006/0090644-1, Relator: Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, Data de Julgamento: 05/06/2007, T1 - PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DJ 21/06/2007 p. 273)

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. SERVIÇO DE DESPACHANTE. PENALIDADE. CASSAÇÃO DE SEU CREDENCIAMENTO JUNTO AO DETRAN. TEORIA DOS MOTIVOS DETERMINANTES. INOBSERVÂNCIA AOS PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA. AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO E DE FUNDAMENTAÇÃO. DECISÃO NULA DE PLENO DIREITO. I - Os motivos que determinaram a vontade do agente público, consubstanciados nos fatos que serviram de suporte à sua decisão, integram a validade do ato, eis que a ele se vinculam visceralmente. É o que reza a prestigiada teoria dos motivos determinantes. II - A sanção, ainda que administrativa, não pode, em hipótese alguma, ultrapassar em espécie ou quantidade o limite da culpabilidade do autor do fato. A afronta ou a não-observância do princípio da proporcionalidade da pena no procedimento administrativo implica em desvio de finalidade do agente público, tornando a sanção aplicada ilegal e sujeita a revisão do Poder Judiciário. III - Decisão da Autoridade coatora que, pela ausência de fundamentação, afronta o disposto no art. 38, § 1.º, da Lei n.º 9.784/99, imbuindo-a, portanto, de vicissitudes que a invalidam. IV - Recurso conhecido e provido

(STJ - RMS: 13617 MG 2001/0101563-0, Relator: Ministra LAURITA VAZ, Data de Julgamento: 12/03/2002, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJ 22.04.2002 p. 183)

DIREITO ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. PROCON. APLICAÇÃO DE MULTA NO EXERCÍCIO DO PODER DE POLÍCIA. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE. AUSÊNCIA DE TIPICIDADE DA INFRAÇÃO. 1. O procedimento administrativo pelo qual se impõe multa, no exercício do Poder de Polícia, em decorrência da infringência a norma de defesa do consumidor deve obediência ao princípio da legalidade. É descabida, assim, a aplicação de sanção administrativa à conduta que não está

prevista como infração. 2. Recurso ordinário provido.

(STJ - RMS: 19510 GO 2005/0004710-8, Relator: Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, Data de Julgamento: 20/06/2006, T1 - PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DJ 03/08/2006 p. 202)

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. DECRETO 20.098/99, DO DISTRITO FEDERAL. LIBERDADE DE REUNIÃO E DE MANIFESTAÇÃO PÚBLICA. LIMITAÇÕES. OFENSA AO ART. 5º, XVI, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. I. A liberdade de reunião e de associação para fins lícitos constitui uma das mais importantes conquistas da civilização, enquanto fundamento das modernas democracias políticas. II. A restrição ao direito de reunião estabelecida pelo Decreto distrital 20.098/99, a toda evidência, mostra-se inadequada, desnecessária e desproporcional quando confrontada com a vontade da Constituição (Wille zur Verfassung). III. Ação direta julgada procedente para declarar a inconstitucionalidade do Decreto distrital 20.098/99.

(STF - ADI: 1969 DF, Relator: RICARDO LEWANDOWSKI, Data de Julgamento: 28/06/2007, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-092 DJ 31-08-2007, v. 29, n. 345, 2007, p. 63-88)