

ABUSO DE PODER x PODER DE POLÍCIA¹

ÁLVARO LAZZARINI*

1 — Introdução. 2 — Uso e abuso de poder. 3 — Poder de Polícia e seus limites. 4 — Controle administrativo e judiciário do abuso de poder no exercício do Poder de polícia. 5 — Conclusão.

1. Introdução

O uso do poder é um dos mais polêmicos e intrigantes temas defrontados por todo agente público, ou seja, pela física que exerce alguma atividade estatal e tem o dever de decidir e impor a sua decisão ao particular, também pessoa física ou, então, pessoa jurídica.

A Administração Pública, no dizer de Jean Rivero², deve satisfazer o interesse geral e não o conseguirá se se encontrar colocada em pé de igualdade com os particulares, pois as vontades destes, determinadas por motivos puramente pessoais, colocam a sua — a da Administração Pública — em xeque sempre que as colocar em presença dos constrangimentos e sacrifícios que o interesse geral exige. Foi, bem por isso, que a Administração recebeu o poder de vencer essas resistências, certo que as suas decisões obrigam, uma vez que se presumem legítimas, diante do princípio jurídico da verdade e legitimidade de seus atos. A Administração Pública, portanto, não necessita obter o consentimento dos interessados e pode, assim, prosseguir na execução de seus atos, certo que — ainda no ensino de Jean Rivero — pela tradicional expressão *Poder Público* “deve entender-se esse conjunto de prer-

¹ Palestra sobre o tema na *I Jornada Brasileira de Direito Penal e Direito Processual Penal*, promovida pela Universidade Federal de Santa Catarina, a convite do seu Centro de Ciências Jurídicas. Florianópolis-SC, 26 de maio de 1995.

* Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Professor de Direito Administrativo da Academia de Polícia Militar do Barro Branco, Sócio Colaborador do Instituto dos Advogados de São Paulo, Membro da *IAPC* — The International Association of Chiefs of Police (USA).

² RIVERO, Jean. *Direito Administrativo*, tradução de Rogério Ehrhardt Soares, Livraria Almedina, Coimbra, Portugal, 1981, p. 15.

rogativas concedidas à Administração para lhe permitir fazer prevalecer o interesse geral”.

Para isso, a Administração Pública tem um importante instrumento jurídico, um poder instrumental, denominado *Poder de Polícia*, que autoriza a exercer os atos coercitivos necessários a fazer, quando colidentes, esse interesse geral prevalecer sobre o interesse individual.

O *Poder de Polícia*, porém, tem barreiras que, se ultrapassadas, levam ao exercício anormal desse poder administrativo, ou seja, levam ao arbítrio, à arbitrariedade, ao abuso de poder, ao abuso de autoridade, sujeitando o agente público responsável, de qualquer dos Poderes Políticos e nível hierárquico, às sanções legais, de natureza administrativa, criminal e civil.

2. *Uso e abuso de poder*

Todo agente público — agente político ou administrativo — exerce poder administrativo, de que resulta a sua autoridade pública, conforme a sua investidura legal e, assim, esfera de competência. A autoridade de um agente político ou administrativo, porém, é *prerrogativa* da função pública exercida, corresponda essa função a um cargo ou não.

A *autoridade pública*, portanto, não é privilégio pessoal de quem quer que seja, pois, como focalizado, ela está inserida nas funções do órgão público a que se integra a pessoa física do agente público, seja Chefe do Poder Executivo e seus Ministérios ou Secretários, ou, então, Parlamentares, Magistrados, Membros do Ministério Público, Conselheiros dos Tribunais de Contas, Membros do Corpo Diplomático, todos como *agentes políticos do Estado*, como também aqueles servidores públicos, os *agentes administrativos do Estado*, que constituem a grande massa dos agentes públicos e têm, assim, a sua *autoridade pública* reconhecida de acordo com a respectiva investidura legal.

A Constituição da República, no seu art. 37, *caput*, deixa isso certo, quando prevê o *princípio da impessoalidade* a ser observado pela Administração Pública. Esse “*princípio ou regra da impessoalidade* da Administração Pública significa que os atos e provimentos administrativos são imputáveis não ao funcionário que os pratica mas ao órgão ou entidade administrativa em nome do qual age o funcionário. Este é um mero agente da Administração Pública, de sorte que não é ele o autor institucional do ato. Ele é apenas o órgão que formalmente manifesta a vontade estatal. Por conseguinte, o administrado não se confronta com o funcionário “x” ou “y” que expediu o ato, mas com a entidade cuja vontade foi manifestada por ele.”³

O agente público, ao certo, cumpre seus deveres funcionais de modo rotineiro, premido que está a assim fazê-lo pelos *princípios jurídicos* que informam e disciplinam as atividades da Administração Pública e, agora, com dignidade constituio-

3 DA SILVA, José Afonso. *O Município na Constituição de 1988*, 1ª ed., 1989, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, p. 19; *idem Curso de Direito Constitucional Positivo*, 10ª ed., 1995, Malheiros Editores, São Paulo, p. 615; DI PIETRO, Maria Sylvania Zenella, *Direito Administrativo*, 5ª ed., 1994, Editora Atlas, São Paulo, p. 64.

nal, como previsto no art. 37, *caput*, da vigente Constituição da República em relação aos *princípios da legalidade, da moralidade administrativa, da impessoalidade e da publicidade*. E isso ocorre mesmo naquelas decisões de natureza discricionária, onde a sua vontade está limitada, pois, há a barreira da legalidade, como também a decorrente dos *princípios da realidade e da razoabilidade*.

Como sempre observou Hely Lopes Meirelles⁴, “O uso do poder é prerrogativa da autoridade. Mas o poder há de ser usado normalmente, *sem abuso*. Usar normalmente do poder é empregá-lo segundo as normas legais, a moral da instituição, a finalidade do ato e as exigências do interesse público. Abusar do poder é empregá-lo fora da lei, sem utilidade pública. O poder é confiado ao administrador público para ser usado em benefício da coletividade administrada, mas usado nos justos limites que o bem-estar social exigir. A utilização desproporcional do poder, o emprego arbitrário da força, da violência contra o administrado constituem formas abusivas do uso do poder estatal, não toleradas pelo Direito e nulificadoras dos atos que as encerram. O uso do poder é lícito; o abuso, sempre ilícito. Daí por que todo ato abusivo é *nulo*, por excesso ou desvio de poder”, isto é, respectivamente, quando a autoridade pública pratica ato não inserido na esfera de competência decorrente de sua investidura legal ou, então, se competente, o elemento psicológico do ato tem motivos ou fins diversos daqueles objetivados pela lei ou exigidos pelo interesse público.

Hely Lopes Meirelles, ainda examinando o tema aqui enfocado, lembrou que o *abuso de poder*: “Ora se apresenta ostensivo como a truculência, às vezes dissimulado como o estelionato, e não raro encoberto na aparência ilusória dos atos legais. Em qualquer desses aspectos — flagrante ou disfarçado — o abuso do poder é sempre uma ilegalidade invalidadora do ato que a contém.”

Caio Tácito⁵, na sua clássica monografia sobre “O Abuso de Poder Administrativo no Brasil (Conceito e Remédios)”, examina a circunstância de que “*Autoridade e legalidade* são conceitos antinômicos que, no entanto, se completam. O intervencionismo do Estado aumenta o poder das autoridades administrativas. Novos meios de ação lhes são atribuídos, mas o uso deles não pode exceder à margem da lei. Deve o administrador gozar de uma área de competência ampla, dentro da qual possa agir com desenvoltura. Ao controle da legalidade incumbe, porém, o patrulhamento das fronteiras, de modo a vedar as execuções abusivas e manter o poder discricionário em seus domínios legítimos. No plano jurídico, a administração funciona sob um regime de liberdade vigiada: tudo lhe e permitido fazer, em benefício do interesse público, salvo aquilo que ofenda a lei. A noção de legalidade fiscaliza a atividade discricionária, sem nela interferir, a não ser quando exorbitante.”

O *abuso de poder* ocorre tanto por *ação* como por *omissão*, tendo lembrado Hely Lopes Meirelles⁶ que ambas as formas — *comissiva e omissiva* — são capazes de afrontar às leis e causar lesão a direito individual do administrado, asseverando

4 LOPES MEIRELLES, Hely. *Direito Administrativo Brasileiro*, 20ª ed. atualizada por ANDRADE AZEVEDO, Eurico de et alii, 1995, Malheiros Editora, São Paulo, p. 94.

5 TÁCITO, Caio. *O Abuso de Poder Administrativo no Brasil (Conceito e Remédios)*, 1959, Departamento Administrativo do Serviço Público e Instituto Brasileiro de Ciências Administrativas, Rio de Janeiro, p. 26.

6 LOPES MEIRELLES, Hely. Obra e ed. cit., p. 95.

também que: “A inércia da autoridade administrativa — observou Caio Tácito (anota o saudoso administrativista) —, deixando de executar determinada prestação de serviço a que por lei está obrigada, lesa o patrimônio jurídico individual. É forma omissiva de abuso de poder, quer o ato seja doloso ou culposo.”

De qualquer modo, o agente público que abuse do seu poder sujeita-se às sanções que o ordenamento jurídico brasileiro possa indicar, mesmo em face do *princípio da impessoalidade* já mencionado, porque, como ensina José Afonso da Silva⁷, em lição também adotada por Maria Sylvia Zanella Di Pietro:⁸ “A *personalização*, ou seja, a individualização do funcionário, pode ser recomendável quando atue não como expressão da vontade do Estado, mas como expressão de veleidade, capricho ou arbitrariedade pessoal. Então, como nota Gordillo, ‘o ataque ou impugnação concreta à pessoa do funcionário só é um meio de lograr que ela mesma ou seu superior corrija o fato ou omissão danosa’. A *personalização* vale assim para imputar ao funcionário uma falta e responsabilizá-lo perante a Administração Pública, a fim de que esta lhe imponha a punição cabível”.

O *uso e o abuso de poder*, portanto, como de início afirmado⁹, é um dos mais polêmicos e intrigantes temas defrontados por todo agente público, ou seja, pela pessoa física que exerce alguma atividade estatal e tem o dever de decidir e impor a sua decisão ao particular, também pessoa física ou pessoa jurídica de direito privado ou, até mesmo, de direito público.

Gilberto Passos de Freitas e Vladimir Passos de Freitas¹⁰, a propósito da Lei nº 4.898, de 9 de dezembro de 1965, que regula a responsabilidade civil, penal e administrativa nos casos de abuso de autoridade (abuso de poder), atestaram que: “Trata-se de assunto extremamente interessante e bem pouco comentado pelos estudiosos. E com constância que temos notícia de situações em que a ação é discutida, existindo sérias dúvidas sobre sua legitimidade. E pouco há a consultar.”

“Mais interessante, polêmico e intrigante se torna o assunto quando ele diz respeito ao exercício de atividade decorrente do *Poder de Polícia*, seja exercício de atividade de *polícia administrativa* ou então de *polícia judiciária*, seja ele de responsabilidade de autoridade administrativa ou então autoridade legislativa ou judiciária.

3. Poder de polícia e seus limites

Quem assegura a *ordem pública*, em especial o seu aspecto *segurança pública*, é a polícia.

A idéia de polícia é inseparável da idéia de Estado, como observa José Cretella Júnior¹¹, invocando o magistério de Rafael Bielsa. Atribui-se, aliás, a Honoré de

7 DA SILVA, José Afonso. Obras, ed. e pp. cit.

8 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Obra, ed. e p. cit.

9 Infra nº 1, *Introdução*.

10 PASSOS DE FREITAS, Gilberto e Vladimir. *Abuso de Autoridade*, 1979, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, p. 1.

11 CRETELLA JÚNIOR, José. *Conceituação do Poder de Polícia*, “Revista dos Advogados”, Associação dos Advogados de São Paulo, São Paulo, n. 17, abril/1985, p. 53.

Balzac¹² a afirmação de que “os governos passam, as sociedades morrem, *a polícia é eterna*”. Ela o é porquê, na realidade, as nações podem deixar de ter as suas forças armadas. Nunca, porém, podem prescindir da sua força pública, isto é, da sua polícia¹³.

E no estudar *polícia e os limites da sua atividade*, a fim de evitar que ela descambe para o arbítrio, para a arbitrariedade, para o abuso do poder, para o abuso da autoridade de polícia, não se pode deixar de lado o estudo do Poder *de* Polícia e o do Poder *da* Polícia.

Polícia designa, em sentido estrito, o conjunto de instituições, fundadas pelo Estado, para que, segundo as prescrições legais e regulamentares estabelecidas, exerçam vigilância para que se mantenham a *ordem pública* e se assegure o bem-estar coletivo, garantindo-se a propriedade e outros direitos individuais¹⁴.

No ensinamento de José Cretella Júnior¹⁵, “ao passo que a *polícia* é algo em concreto, é um conjunto de atividades coercitivas exercidas na prática dentro de um grupo social, o *poder de polícia* é uma *facultas*, uma faculdade, uma possibilidade, um direito que o Estado tem de, através da *polícia*, que é uma força organizada, limitar as atividades nefastas dos cidadãos. (...) O *poder de polícia* legitima a ação da polícia e a sua própria existência”.

No seu *Tratado de Direito Administrativo*, o mesmo publicista¹⁶ acrescenta que: “Se a *polícia* é uma atividade ou aparelhamento, o *poder de polícia* é o *princípio jurídico* que informa essa atividade, justificando a *ação policial*, nos *Estados de Direito*”, continuando por afirmar que, por sua vez, o “Poder da Polícia é a possibilidade atuante da polícia, é a polícia quando age. Numa expressão maior, que abrigasse as designações que estamos esclarecendo” — insiste José Cretella Júnior —, “diríamos em virtude do poder *de* polícia o poder *da* polícia é empregado pela polícia a fim de assegurar o bem-estar público ameaçado”.

Com essas noções torna-se possível afirmar — e conceituar¹⁷ — que “Como poder administrativo, assim, o *Poder de Polícia*, que legitima o poder da polícia e a própria razão dela existir, é um conjunto de atribuições da Administração Pública, como *poder público*, e indelegáveis aos entes particulares, embora possam estar ligados àquela, tendentes ao controle dos direitos e liberdades das pessoas, naturais ou jurídicas, a ser inspirado nos ideais do bem comum, e incidentes não só sobre elas, como também em seus bens e atividades”.

12 BALZAC, Honoré. *Revista Super Interessante*. Ano 2, nº 5, maio de 1988, Editora Abril, São Paulo, p. 82.

13 LAZZARINI, Álvaro et alii. *Direito Administrativo da Ordem Pública*, 2ª ed., 1987, Forense, Rio de Janeiro, p. 19.

14 DE PLÁCIDO E SILVA. *Vocabulário Jurídico*, v. III, 1ª ed., 1963, Forense, Rio de Janeiro, verbete *Polícia*, p. 1.174.

15 CRETELLA JÚNIOR, José. *Lições de Direito Administrativo*, 2ª ed., 1972, José Bushatsky Editor, São Paulo, p. 229.

16 CRETELLA JÚNIOR, José. *Tratado de Direito Administrativo*, v. V, 1ª ed., 1968, Forense, Rio de Janeiro, p. 51.

17 LAZZARINI, Alvaro. *Limites do Poder de Polícia*, “Revista de Direito Administrativo”, nº 198, out./dez. 1994, Editora Renovar/FGV Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, p. 74.

Podemos examinar, agora, os limites desse poder instrumental da Administração Pública, ou seja, as barreiras do *Poder de Polícia*, mesmo sem adentrar em pormenores da distinção que deve ser feita entre polícia *administrativa* e polícia *judiciária*, a primeira atuando *preventivamente* antes do cometimento do ilícito, seja administrativo ou criminal, e a segunda, atuando só após a prática do ilícito criminal, por não ser de sua competência legal a repressão ao ilícito administrativo. Ao órgão com competência de polícia *judiciária* só cabe a denominada polícia repressiva, na apuração de infrações penais, como *auxiliar* de Justiça Criminal, embora seja órgão que não a integra, pois, integrante do Poder Executivo.

De qualquer modo, porém, o *Poder de Polícia* não é ilimitado, não é carta branca para quem exerce atividade de Administração Pública fazer ou deixar de fazer alguma coisa ao seu alvedrio, ao seu arbítrio.

No prisma legal¹⁸, 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”.

Como se verifica, a norma legal impõe *barreiras* ou *limites* que devem ser intransponíveis, pois abrigam as atividades humanas, protegendo-as contra os desmandos dos governantes e administradores, *barreiras* ou *limites* esses que são de três ordens, pelo magistério escorreito de José Cretella Júnior¹⁹; “os direitos dos cidadãos, as prerrogativas individuais; as liberdades públicas garantidas pelas Constituições e pelas leis”.

A própria liberdade de ação do órgão policial, hoje, está adstrita à sua *competência legal*, isto é, cada órgão policial tem o exercício do *Poder de Polícia* limitado à sua esfera de competência, porque, no dizer autorizado e sempre lembrado de Caio Tácito²⁰, “A primeira condição de legalidade é a competência do agente. Não há, em *direito administrativo*, competência geral ou universal: a lei preceitua, em relação a cada função pública, a forma e o momento do exercício das atribuições do cargo. Não é competente quem quer, mas quem pode, segundo a norma de direito. A competência é, sempre, um elemento vinculado objetivamente fixado pelo legislador.”

Deve, portanto, ficar assentado que o *Poder de Polícia*, *forçosamente*, *deve sofrer limitações*, como, por exemplo, as previstas na Constituição da República e relativas às liberdades pessoais, à manifestação do pensamento e à divulgação pela imprensa, ao exercício das profissões, ao direito de reunião, aos direitos políticos, à liberdade do comércio etc. O *Código Civil*, igualmente, cuida de limitar o exercício dos direitos individuais, quando o condiciona ao seu *uso normal*, proibindo, no seu art. 160, o seu *abuso*, o *abuso do direito*.

18 Art. 78, parágrafo único, do Código Tributário Nacional (Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966, com a redação dada pelo Ato Complementar nº 31, de 28 de dezembro de 1966).

19 CRETELLA JÚNIOR, José. *Lições de Direito Administrativo*, ed. e p. cits.

20 TÁCITO, Caio. *Obra e ed. cits.*, p. 27.

Como lembrou Hely Lopes Meirelles²¹, “Os limites do poder de polícia administrativa são demarcados pelo interesse social em conciliação com os direitos fundamentais do indivíduo assegurados na Constituição da República (...). Do absolutismo individual evoluímos para o relativismo social. Os Estados democráticos como o nosso inspiram-se nos princípios de liberdade e nos ideais de solidariedade humana. Daí o equilíbrio a ser procurado entre a fruição dos direitos de cada um e os interesses da coletividade, em favor do bem comum. Em nossos Dias e no nosso País predomina a idéia da relatividade dos direitos, porque, como bem o adverte RIPERT, ‘o direito do indivíduo não pode ser absoluto, visto que absolutismo é sinônimo de soberania. Não sendo o homem soberano na sociedade, o seu direito é, por consequência, simplesmente relativo’ (O Regime democrático e o Direito Civil Moderno, Ed. Saraiva, 1937, p. 233).”

É correto, portanto, o raciocínio de José Cretella Júnior²² ao sustentar que “Do mesmo modo que os *direitos individuais* são relativos, assim também acontece com o *poder de polícia* que, longe de ser onipotente, incontrolável, é circunscrito, jamais podendo pôr em perigo a liberdade e a propriedade. Importando, regra geral, o *poder de polícia*, restrições a direitos individuais, a sua utilização não deve ser excessiva ou desnecessária, para que não se configure o *abuso de poder*. Não basta que a lei possibilite a ação coercitiva da autoridade para justificação do *ato de polícia*. É necessário, ainda, que se objetivem condições materiais que solicitem ou recomendem a sua inovação. A coexistência da *liberdade individual* e o *poder público* repousam na conciliação entre a necessidade de respeitar essa liberdade e a de assegurar a ordem social. O requisito da conveniência ou do interesse público é, assim, pressuposto necessário à limitação dos direitos dos indivíduos. Escreve Mário Masagão: ‘Pode a *polícia preventiva* fazer tudo quanto se torne útil a sua missão, desde que com isso não viole direito de quem quer que seja. Os direitos que principalmente confinam a atividade da polícia administrativa são aqueles que, por sua excepcional importância, são declarados na própria Constituição’”.

Nesse contexto todo, como se verifica, entra a temática da cidadania, cuidadosamente estudada por Vera Regina Pereira de Andrade²³, em dissertação que, partindo do discurso jurídico da cidadania, de fato, caminhou ampliando as argumentações, interpelando-se por facetas que, invisíveis a esse discurso, visaram fundamentar o porquê de suas limitações analítico-políticas, acabando por gerar inúmeras problemáticas que, reconhecidamente, permanecem em aberto.

Bem por isso, na “Conclusão” dessa sua dissertação, Vera Regina Pereira de Andrade²⁴ formulou proposta de “ser fundamental promover-se o diálogo do saber

21 LOPES MEIRELLES, Hely. *Poder de Polícia e Segurança Nacional*, 1972, Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, p. 11; *idem*, *Direito Administrativo Brasileiro*, 18a. ed., 1993, atualização cit., p. 119.

22 CRETELLA JÚNIOR, José. *Polícia e Poder de Polícia*, “Revista de Direito Administrativo”, Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, nº 162, p. 31-32.

23 PEREIRA DE ANDRADE, Vera Regina. *Cidadania: do Direito aos Direitos Humanos*, 1993, Editora Acadêmica, São Paulo, 143 páginas.

24 PEREIRA DE ANDRADE, Vera Regina. Obra e ed. cit., p. 137.

jurídico através da constituição de uma teoria jurídica que, suplantando o nível puramente teórico, articule *teoria e práxis* (conhecimento e realidade) mediante uma postura dialética sobre o Direito, a partir de seu próprio interior: as relações de força na sociedade”, continuando por afirmar que “No mesmo movimento, parece ser fundamental promover-se o diálogo do saber jurídico com os demais saberes, de forma a superar a clausura monológica a que o condenam o positivismo e o liberalismo. Uma teoria crítica das relações sociais, que promova a articulação das complexas relações *teoria/práxis*, parece ser uma possibilidade de superação das construções dogmáticas, mantenedoras do *status quo* e um caminho para a construção de um saber jurídico comprometido com a transformação democrática da sociedade e o encaminhamento de efetivas soluções para os problemas nacionais, dentre os quais a cidadania ocupa destacado lugar”.

Deve-se, verdadeiramente, buscar o *bem comum*, que é missão primordial do Estado, pois, para isso, ele foi constituído. É missão a ser desempenhada por meio de uma legislação adequada, instituições e serviços capazes de controlar, ajudar e regular as atividades privadas e individuais da vida nacional, fazendo-as convergir para o *bem comum*, afirmando José Cretella Júnior²⁵ que a segurança das pessoas e dos bens é o elemento básico das condições universais, fator absolutamente indispensável para o natural desenvolvimento da personalidade humana.

É fundamental no campo do saber jurídico conhecer o importantíssimo capítulo do Direito Administrativo que é o *Poder de Polícia*, porque, conhecendo-o nos seus detalhes essenciais, ao certo, Administração Pública e administrado ficam em condições de conhecer os seus limites, ou seja, a Administração terá condições de aquilatar até onde poderá exercitar este seu poder administrativo sem que ele lese o direito do administrado, enquanto que este aquilatará até que ponto deverá respeito ao ato de polícia, como tal considerado o que decorre do exercício do *Poder de Polícia*.

Para tanto, não se pode descartar mais uma vez o ensino de José Cretella Júnior²⁶ ao abordar o tormentoso tema dos *limites* ou *barreiras do Poder de Polícia*, quando então, com acuidade ímpar e coragem moral, observa que o *Poder de Polícia* deve ser discricionário e não arbitrário, mas, fixado o conceito, ficamos diante do mais crucial, relevante e moderno problema do direito público: “onde termina o *discricionário*? Onde principia o *arbitrário*?”.

Na articulação das complexas relações *teorias/práxis*, a que aludiu Vera Regina Pereira de Andrade, não se poderá desconhecer essa realidade do dia-a-dia, ou seja, a tormentosa questão com que se defrontam os operadores do direito público, sejam juristas ou simples policiais que desempenham suas ingratas missões na rua, fora do recesso dos gabinetes e dos manuais de Direito Administrativo ou de Direito Processual Penal e, muitas vezes, devendo decidir diante de normas jurídicas amplas e vagas, na dinâmica do cumprimento da missão policial, da qual não pode fugir do estrito cumprimento do dever legal de, *em defesa da cidadania*, fazer aquelas esco-

25 CRETELLA JÚNIOR, José *Lições de Direito Administrativo*, ed. cit., p. 227.

26 CRETELLA JÚNIOR, José. *Polícia e Poder de Polícia*, “Revista de Direito Administrativo”, Editora cit., nº. 162, p. 30.

lhas críticas em fração de segundo, a que aludiu George L. Kirkham²⁷, ilustre Professor da Escola de Criminologia da Universidade da Flórida, Estados Unidos da América, em artigo intitulado “De Professor a Policial”, crítica escolha esta que será sempre tomada com aquela incômoda certeza de que outros, *aqueles que tinham tempo de pensar*, estariam prontos para julgar e condenar aquilo que fizeram ou aquilo que não tinham feito.

O intelectual, bem por isso, ao teorizar a respeito do que ora se examina, deve afastar-se da sua ideologia — que Jorge Amado²⁸ diz ser “a desgraça de nossa época” — e, diante da *práxis* (Atividade prática; ação, exercício, uso. No marxismo, o conjunto das atividades humanas tendentes a criar as condições indispensáveis à existência da sociedade e, particularmente, à atividade material, à produção; prática²⁹), deve distinguir, com Diogo de Figueiredo Moreira Neto³⁰, três sistemas de limites ao exercício da discricionariedade no poder de polícia, em especial o de *segurança pública*, ou seja, os sistemas que decorram dos *princípios da legalidade, da realidade e da razoabilidade*.

Demonstra o ilustre publicista pátrio que “A *legalidade* conforma o primeiro e o mais importante dos sistemas de limite; é a moldura normativa dentro da qual deve-se conter o exercício do poder de polícia de segurança”, certo que “não obstante, mesmo que a *ilegalidade* não possa ser *diretamente* aferida, mediante simples contestamento com o comando legal, ainda será possível, mediante os dois outros sistemas de limites, submeter o exercício de poder de polícia de segurança pública, como de resto, qualquer ato discricionário, a uma tutela indireta ou oblíqua da *ilegalidade*”.

A *realidade* é o segundo sistema, pois, não basta — continua Diogo de Figueiredo Moreira Neto — “que estejam diretamente observados os parâmetros legais. É preciso que os pressupostos de fato do exercício do poder de polícia de segurança pública sejam *reais*, bem como realizáveis as suas conseqüências. A *vigência do direito não comporta fantasias*. O *irreal* tanto não pode ser a fundamentação como tampouco pode ser o objeto de um ato do Poder Público. Enquanto limite, a *realidade* também resulta óbvia, pois o mediano bom senso pode detectar a inconsistência da atuação policial se não se manifestam como *reais* ou realizáveis os motivos e objetos considerados, respectivamente, como fundamentos e resultados visados”.

A *razoabilidade* comparece, por fim, como o terceiro sistema de limite, que, se ultrapassado, demonstra, a exemplo dos dois anteriores, *abuso de poder, abuso de*

27 KIRKHAM, George L. *De professor a Policial*, “Seleções do Reader’s Digest”, março de 1975, Brasil, p. 84; *idem* transcrição em “A Força Policial”, edição da Polícia Militar do Estado de São Paulo, out./nov./dez. 1994, nº 4, p. 23-29.

28 AMADO, Jorge. Entrevista para a “Revista da Folha”, encartada na edição de domingo, dia 24.04.1994 da “Folha de S. Paulo”.

29 HOLANDA FERREIRA, Aurélio Buarque de. *Novo Dicionário da Língua Portuguesa*, 2ª ed., 1986, Editora Nova Fronteira, Rio de Janeiro, verbete *Práxis*, p. 1.378.

30 FIGUEREDO MOREIRA NETO, Diogo de. *Considerações sobre os limites da discricionariedade do exercício do Poder de Polícia de segurança pública*. Intervenção em Painel sobre o Tema, no 1º Congresso Brasileiro de Segurança Pública, Fortaleza, Ceará, maio de 1990.

autoridade. Diogo de Figueiredo Moreira Neto a seu propósito afirma que “moderadamente pode-se estabelecer para distinguir a *discrção do arbtrio*. Seu envolvimento mais recente deixa patente sua maior sofisticao, a comear do referencial, que é o de mais difcil trato doutrinrio e o mais alusivo na prtica operativa: a *finalidade*. De modo amplo, a *razoabilidade* é uma relao de coerncia que se deve exigir entre a manifestao da vontade do Poder Pblico e a *finalidade* especfica que a lei lhe adscribe”.

Diogo de Figueiredo Moreira Neto, agora na sua monografia sobre *Legitimidade e Discricionariedade*³¹, em novas reflexes sobre os limites e controle da discricionariedade, reafirma que a sua sistematizao parte de *dois princpios* que ao tempo de Forsthoff no tinham curso e que hoje ganham os mais srios tratamentos de doutrina e ascendem at aos projetos constitucionais, ou seja, “So dois *princpios tcnicos* que no existem autonomamente mas servem de instrumentos para que se afirmem os *princpios substantivos*: so eles o *princpio da realidade* e o *princpio da razoabilidade*.”

O *princpio da razoabilidade*, aliás, foi expressamente acolhido pela Constituio Paulista de 1989, no seu art. 111, que o tornou obrigatrio ao lado daqueles outros enunciados na Constituio da Repblica de 1988, isto é, os da *legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade*.

Como se verifica, e o afirma Maria Sylvia Zanella Di Pietro³², “A discricionariedade no é mais a liberdade de atuao limitada pela *lei*, mas a liberdade de atuao limitada pelo Direito (...) À medida que o *princpio da legalidade* adquire contedo material antes desconhecido, aos limites puramente formais à discricionariedade administrativa, concernentes à *competncia* e à *forma*, outros foram sendo acrescentados principalmente pela jurisprudncia dos pasés em que o papel do Poder Judicirio no se resume à aplicao pura e simples da *lei formal*, mas se estende à tarefa de *criao do direito*”.

Há, portanto, uma evoluo na doutrina jurdica administrativa para que o *Poder de Polcia* no se converta em arbtrio, em arbitrariedade, em abuso de poder, em abuso de autoridade.

4. Controle administrativo e judicirio do abuso de poder no exercicio do poder de polcia

Convertendo-se, porém, em arbtrio, em arbitrariedade, em abuso de poder, em abuso de autoridade, quer por excesso de poder quer por desvio de finalidade, o ato de polcia há de ser controlado pelos mecanismos que o ordenamento jurdico ptrio prevê, sob pena de outro arbtrio, arbitrariedade, abuso de poder ou abuso de auto-

31 FIGUEIREDO MOREIRA NETO, Diogo de. *Legitimidade e Discricionariedade*, 1ª ed., 1989, Editora Forense, Rio de Janeiro, p. 37.

32 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade Administrativa na Constituio de 1988*, Editora Atlas, São Paulo, 1991, p. 171.

ridade, como se queira denominar, ser praticado por quem deva apurar o fato constitutivo do abuso.

A Constituição da República, por exemplo, entre outras de suas normas, no art. 5º, a todos assegura, independente do pagamento de taxas, o *direito de petição* aos Poderes Públicos em defesa de direito ou contra *ilegalidade* ou *abuso de poder* (inciso XXXIV, letra “a”). Assegura também “Habeas Corpus” sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por *ilegalidade* ou *abuso de poder* (inciso LXVIII), certo que “conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por “habeas corpus” ou “habeas data”, quando o responsável pela *ilegalidade* ou *abuso de poder* for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público” (inciso LXIX).

Em nível infraconstitucional o Brasil conta com a Lei nº 4.898, de 9 de dezembro de 1965, a denominada “Lei do Abuso de Autoridade”, que regula o *direito de representação* e o processo de responsabilidade administrativa, civil e penal, nos casos de *abuso de autoridade*, lei essa que, para se tornar mais eficaz, teve acrescentada às suas disposições que “A falta de representação do ofendido, nos casos de abusos previstos na Lei 4.898, de 9.12.1965, *não obsta à iniciativa ou ao curso da ação pública*” (Lei nº 5.249, de 9 de fevereiro de 1967).

Escrevendo sobre *A violação sistemática dos direitos humanos como limite à consolidação do Estado de Direito no Brasil*, Oscar Vilhena Vieira³³ pondera no sentido de que, para a fruição dos direitos dos indivíduos, “é necessário que o Estado seja estruturado de uma forma específica voltada a limitar o seu *poder*. A regra fundamental desse modelo de Estado é a separação de poderes, sendo garantido aos indivíduos a possibilidade de recorrerem a um *poder judiciário* todas as vezes que se virem ameaçados em seus direitos. Toda ordem estatal, todas suas autoridades e decisões, inclusive as legais, devem estar submetidas a esses direitos. Nesse sentido, a idéia de Estado de Direito se torna um elemento essencial à consolidação, aprofundamento e sobrevivência do regime democrático. A democracia — continua Oscar Vilhena Vieira — exige essa normalidade, pois fora dela não há como se falar em *garantia de direitos*. Pressupõe um ambiente estruturado com base numa racionalidade legal, dotado de instituições jurídicas que respondam a uma ética própria do espaço público. Toda vez que esse sistema for colocado em xeque a democracia estará em risco”.

Optante do *sistema judiciário* ou *sistema inglês de jurisdição única no controle dos atos da Administração Pública* — e por consequência dos atos de polícia —, o Brasil, dentro *dos direitos e garantias fundamentais* que reconhece, inseriu no artigo 5º, o, inciso XXXV, da sua Constituição de 1988 que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, assegurando, no entanto, aos acu-

33 VILHENA VIEIRA, Oscar *et alii*. Direito, Cidadania e Justiça, coordenação de DI GIORGI, Beatriz, CAMPILONGO, Celso Fernandes e PIOVESAN, Flávia, 1ª ed., 1995, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, p. 191.

sados em geral, no processo judicial ou administrativo, o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes (art. 5º, inciso LV).

Qualquer dos modos de *abuso de poder* — por *excesso de poder* ou por *desvio de poder* —, não necessitará, porém, de controle jurisdicional por parte do Poder Judiciário se a própria Administração Pública, em um autocontrole, exercitar outros dois poderes administrativos que lhe são inerentes, ou seja, o *poder hierárquico* e o *poder disciplinar*.

Os órgãos superiores ao que praticou o ato de polícia, com efeito, ao invés de um corporativismo que os desacredita perante a comunidade, devem considerar o quanto está examinado até aqui, na *fiscalização* desse ato de polícia, de modo a lhe garantir a sua *legalidade e conveniência*, devendo ser lembrado que dentro do *Poder Hierárquico, o superior funcional tem o dever legal de*, ordinariamente, proceder o controle *preventivo* ou *sucessivo* do ato de seu subordinado para verificar de sua *legalidade*, ou seja, a sua conformação com o *princípio da legalidade*, bem como a sua *conveniência* quanto aos efeitos do ato e quanto aos meios empregados para a sua execução³⁴.

Falhando o *controle administrativo*, porque o superior, por ação ou omissão, referendou o *abuso de poder* de seu subordinado, restará ao administrado que se sinta prejudicado a busca do *controle jurisdicional do ato de polícia*, através do órgão judiciário competente em razão da matéria.

Nada impede que, ao invés do *controle administrativo*, desde logo, se procure o amparo do Poder Judiciário, dado o texto do art. 5º, inciso XXXV, da Constituição da República, anteriormente transcrito. O Brasil não adotou o *sistema do contencioso administrativo*, de origem francesa. O *controle judiciário*, como se sabe, é sempre feito *a posteriori*, através das ações adequadas previstas no ordenamento processual brasileiro, como os referidos *habeas corpus* e *mandado de segurança*.

Quando, porém, haja *abuso de poder* que não viole o *direito de locomoção* ou *direito líquido e certo não amparado por “habeas corpus”*, o denominado *procedimento comum*, ordinário ou sumário, como previsto no art. 272 do Código de Processo Civil, na redação dada pela Lei nº 8.952, de 13 de dezembro de 1994, é o meio adequado para o controle judicial do ato, se outro não deva ser o procedimento especial regido pelas disposições que lhe forem próprias.

Nesses procedimentos, deve ser assegurada a ampla dilação probatória para demonstrar *cabalmente* a ilegitimidade do ato de polícia que, como qualquer outro ato administrativo, goza de *presunção de legitimidade*, decorrente do *princípio da legitimidade ou veracidade dos atos da Administração Pública*, *presunção* esta que, por ser *juris tantum*, só pode ser infirmada por prova cabal em contrário.

De qualquer modo, porém, desde que demonstrado *abuso de poder* no exercício do *Poder de Polícia*, deverá o superior hierárquico ou órgão judiciário que dele conheceu providenciar a responsabilização do agente público que o cometeu. O órgão judiciário, fazendo cumprir o art. 40 do Código de Processo Penal, e o órgão

³⁴ MASAGÃO, Mário. *Curso de Direito Administrativo*, 5ª ed., 1974, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, nº 151-154, p. 63-64.

administrativo, instaurando o devido procedimento administrativo, sob pena de prática do delito de *condescendência criminosa* (art. 320 do Código Penal e 322 do Código Penal Militar), nos casos de *indulgência*, se outra não for a causa psicológica da conduta do superior.

A aplicação da Lei nº 4.898, de 9 de dezembro de 1965, Lei do Abuso de Autoridade, torna-se obrigatória, inclusive quanto ao procedimento criminal especial previsto nos seus artigos 12 e seguintes, certo que a ação de responsabilidade civil observará as normas do Código de Processo Civil (art. 11).

No que se refere às *sanções administrativas* previstas no art. 6º, parágrafo 1º, da Lei nº 4.898, de 9 de dezembro de 1965, é mais do que evidente, embora alguns possam vislumbrar algo em contrário, que elas só se referem às autoridades federais e não às estaduais e municipais, em face da *autonomia* dos Estados Federados (art. 25 da Constituição da República) e dos Municípios (art. 30 da Constituição da República).

Quando o *abuso de poder* for cometido por autoridade policial militar, não poderá o Juiz do processo criminal aplicar a pena do art. 6º, parágrafo 3º, letra “c”, da Lei nº 4.898, de 9 de dezembro de 1965, porque a *perda do cargo* só pode ser decidida por *tribunal competente*, a teor do art. 125, parágrafo 4º, última parte, da Constituição da República, ou seja, compete ao Tribunal competente, seja o Tribunal de Justiça ou o Tribunal de Justiça Militar dos Estados que o tenha, decidir sobre a perda do posto e da patente dos oficiais e da graduação das praças. Nas Forças Armadas, essa prerrogativa só é dos seus Oficiais, nos termos do art. 42, parágrafos 7º e 8º, da Constituição da República.

Nesses casos, embora a Constituição da República não use o vocábulo, há *vitaliciedade* desses agentes públicos, aliás, como já decidiu o Plenário do Supremo Tribunal Federal³⁵ e vem decidindo o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo³⁶ e o Tribunal de Justiça Militar do Estado de São Paulo³⁷, o órgão do Poder Judiciário do Estado de São Paulo, o que mereceu o aplauso de Jorge Alberto Romeiro³⁸, Professor no Rio de Janeiro.

Em linhas gerais esses os meios de controle, administrativo e judiciário, do ato de polícia, a fim de coibir o *abuso de poder*. Merece, porém, ser lembrada, por bem pertinente, a observação de Odete Medauar³⁹ em *posfácio* da sua monografia sobre o *Controle da Administração Pública*. Diz a ilustre publicista paulista que “Os controles estudados enquadram-se no conceito jurídico ou técnico de controle, exposto inicialmente, segundo o qual dessa atuação decorrer uma providência, medida

35 Recurso extraordinário nº 121.533-0, de Minas Gerais, in “Revista Trimestral de Jurisprudência”, set./1990, v. 133, p. 1.342-1.347.

36 Apelação cível nº 202.087-1, de São Paulo, in “Jurisprudência do Tribunal de Justiça, Lex Editora, São Paulo, mar./1995, v. 154, p. 142-145; Embargos de declaração em apelação cível nº 206.785-1, de São Paulo, in publicação cit., jan./1995, v. 164, p. 255-259.

37 Ato de 17 de agosto de 1994, in “Diário Oficial da Justiça”, 20 de agosto de 1994, Cad. 1, p. 157.

38 ROMEIRO, Jorge Alberto. *Curso de Direito Penal Militar*, 1994, Editora Saraiva, São Paulo, p. 226

39 MEDAUAR, Odete. *Controle de Administração Pública*, 1993, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, p. 181.

ou ato do agente controlador. Por isso, deixaram de ser pesquisados os chamados *controles sociais*, ou *controles não institucionalizados*, tais como, *parades, manifestações de entidades da sociedade civil, manifestações de partidos políticos, abaixo-assinados, imprensa falada, escrita e televisiva etc.* Embora tais atuações não culminem em medidas ou atos, podem também contribuir, por suas próprias características de repercussão, para o aprimoramento da Administração Pública. Se a controlabilidade da Administração vincula-se à democracia, como expõe Bobbio, inquestionável se torna a necessidade de instituições de controle inseridas no processo de poder”, evitando-se, por todos os meios legítimos, práticas *abusivas do poder* por quem detém o *poder de Polícia*.

Mas, merece destaque todo especial, por correta que é, a lição do sempre lembrado José Cretella Júnior⁴⁰ no sentido de que “Julgando embora *casos concretos*, o Poder Judiciário tem assinalado, de modo genérico, os *limites do poder de polícia*, sob a forma de regra ou própria finalidade, que é a promoção do bem público”, pois “o poder de polícia entra no conceito da defesa dos direitos e interesses sociais do Estado, cabendo aos tribunais dizer dos limites em que aquele exercício deve conter-se”.

O Poder Judiciário, com efeito, é que, em última análise, faz a *Justiça do caso concreto*, porque, no dizer de Cândido Rangel Dinamarco⁴¹, o Juiz é o artífice dessa *Justiça*, diante do caso concreto, devendo construí-la com mãos habilidosas, tendo a lei como instrumento e os seus sentimentos como fonte de inspiração, sentimentos esse, acrescenta-se, que estarão voltados à plena realização do Direito, na busca do *bem comum*.

5. Conclusão

Em conclusão, pode ser afirmado que *Poder Público é uma locução que encerra* o conjunto de prerrogativas que possibilitam a Administração Pública remover eventuais resistências que o administrado, pessoa física ou jurídica, oponha ao interesse social.

O *uso do poder* é legítimo, por parte da autoridade pública competente, só no interesse social.

A autoridade, porém, é a do órgão com atribuições para a prática do ato, não sendo privilégio da pessoa física que o integra, ou seja, do agente público que exerce a atividade estatal.

O *abuso de poder* ocorre quando o *poder* é usado anormalmente por órgão público sem competência para o ato ou, se competente, para satisfazer interesse particular em detrimento do interesse social.

40 CRETELLA JÚNIOR, José. *Polícia e Poder de Polícia*, publicação cit., p. 32.

41 RANGEL DINAMARCO, Cândido. *Discurso de posse como Juiz do Primeiro Tribunal de Alçada do Estado de São Paulo*, “Julgados dos Tribunais de Alçada Civil de São Paulo”, Lex Editora, São Paulo, v. 65, p. 280.

O *Poder Público*, dentre as prerrogativas que lhes são concedidas, tem a do exercício do *Poder de Polícia*, poder instrumental da Administração Pública, sem o qual seria inane.

O *Poder de Polícia* só pode ser exercido pela Administração Pública, enquanto *Poder Público*, sendo assim *indelegável* a qualquer ente privado, seja ele pessoa natural ou jurídica de direito privado, embora da administração indireta, estando aí uma importante limitação ao exercício do *Poder de Polícia*, pois diz respeito à *competência* para a prática do *ato de polícia*.

O *ato da polícia* não será *ato de polícia* se praticado com *abuso de poder*, isto é, arbitrariamente, com arbítrio por *excesso de poder* ou por *desvio de poder*.

O *ato de polícia* é legítimo, por concretizar o *Poder de Polícia* da Administração Pública. O *ato da polícia*, que não seja *ato de polícia* por praticado com *abuso de poder*, é ilegítimo, por violar o *princípio da legalidade*.

Seja qual for o motivo da *arbitrariedade* caracterizadora do *abuso de poder*, quem a cometer sujeita-se às *sanções administrativas, penais e civis*, porque o *Poder de Polícia*, conceitualmente dotado do atributo do *discricionarismo*, não se compadece com o *arbítrio* de quem o detenha.

Mesmo que o *ato de polícia* não possa ter a sua *ilegalidade* aferida *diretamente* pela sua comparação com o comando constitucional ou infraconstitucional, é possível submetê-lo à confrontação com o *princípio da realidade* e com o *princípio da razoabilidade*, ambos integrantes do *sistema de controle, administrativo e/ou judiciário, do Poder de Polícia*.

O *Poder de Polícia* tem os seus *limites* ou *barreiras* na legislação de regência da atividade policiada e, em especial, na Constituição da República, não se descartando o exame da *realidade do fato administrativo de polícia* e se a *ordem de polícia* está nos limites do que seja *razoável* esperar do Estado Democrático de Direito.

A Administração Pública, pelos seus órgãos censórios, tem *competência* para *fiscalizar*, preventiva ou sucessivamente, o *ato de polícia*, controlando eventual *abuso de poder* por parte do órgão que lhe está subordinado.

O Poder Judiciário, quando provocado por quem seja prejudicado pelo *abuso de poder*, deve proceder o *controle jurisdicional do ato da polícia*, quando, *a posteriori*, fixará os *limites do Poder de Polícia* que foi exercido para o *caso concreto*, cabendo ao juiz do feito esse mister.

O *abuso de poder* não pode ser tolerado em relação aquele que use do *arbítrio no exercício do Poder de Polícia*, quer seja o que o praticou, quer seja aquele que o referendou, tácita ou expressamente.

Para conhecer dos seus limites, evitando nem sempre exatas especulações a respeito de *abuso de poder*, necessário se torna conhecer a doutrina do *Poder de Polícia*. Só assim a Administração Pública saberá o que exigir legitimamente do administrado, e este saberá até que ponto deve obediência ao *ato de polícia*, como concretização do *Poder de Polícia*.