



UNIVERSIDADE PRESIDENTE ANTÔNIO CARLOS - UNIPAC
GRADUAÇÃO EM DIREITO

MARCELO APARECIDO DA SILVA

ABUSO DE PODER

JUIZ DE FORA

2014

MARCELO APARECIDO DA SILVA

ABUSO DE PODER

Monografia apresentada como exigência para
obtenção do título em Bacharel em Ciências
Jurídicas à Banca Examinadora da
Universidade Presidente Antônio Carlos -
UNIPAC Orientadora: Prof^a. Ma. Bianca
Stephan de Sales Mascarenhas

JUIZ DE FORA

2014

FOLHA DE APROVAÇÃO

Marcelo Aparecido da Silva

Aluno

Abuso de Poder

Tema

Monografia de conclusão de Curso apresentada ao Curso de Direito, da Universidade Presidente Antônio Carlos / Juiz de Fora, como exigência para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

BANCA EXAMINADORA

Bianca Stephen S. Mascarenhas

José Paulo de Toledo

Sandra Bara Alves

Aprovada em 10 / 12 / 2014.

DEDICATÓRIAS

Dedico esse trabalho primeiramente a Deus, o Grande Criador, o rei do universo, pois sem ele nada sou e nada serei, pois Ele é quem me criou, é quem me dá paz, saúde, entendimento, amor e além disso tem sido misericordioso para comigo. A Elena Maria da Silva, minha mãe, mulher brilhante, de muita força e garra, uma verdadeira guerreira, sem ela, nada disso seria possível, ela sempre me apoiou, sempre esteve comigo nas horas difíceis e também na bonança. A Bianca Stephan de Sales Mascarenhas, minha professora orientadora, que tem se dedicado sem medir esforços para, com profissionalismo, orientar este graduando em direito. Aos meus filhos, Flávia Lúcia da Silva e Marcelo Lúcio da Silva, pessoas que me inspiram a buscar o conhecimento e o sucesso. Aos meus irmãos que sempre acreditaram em mim e aos meus amigos de faculdade, que foram pacientes e dividiram comigo as alegrias e também as dificuldades.

RESUMO

Esse estudo monográfico tem como escopo principal, o estudo e aprofundamento o abuso de autoridade do poder administrativo. É senso comum, para os não habituados à atividade as atividades jurisdicionais, associarem o abuso de poder a algo que nos remeta a coerção física. O que existe, é de forma errônea, praticada de forma até reiterada em nossa sociedade, vide os telejornais.

Destarte, esse estudo conclusivo tem como enfoque um outro abuso, que, mesmo sem haver a mesma reverberação quando acontece, é absolutamente presente na vida de todos os cidadãos. Por se tratar de uma ação, ou até mesmo omissão, de quem por Princípios Garantidores, leia-se a Constituição Federal, têm por obrigação nos tutelar, quando há um abuso de Poder por parte dos entes públicos, de sobremaneira, nos está sendo ceifado, de forma arbitrária, direitos absolutamente inegociáveis.

Palavras-Chave: Abuso de Poder. Poder de Polícia. Poder discricionário. Constituição Federal.

ABSTRACT

This monographic study's main scope, the study and deepening the abuse of authority of administrative power. It is common sense to not accustomed to the activity jurisdictional activities, involve the abuse of power to something that refers to physical coercion. What there is, of wrongly practiced up repeatedly in our society, see the news.

Thus, this study is conclusive approach another abuse, which, even without the same reverberation when it happens, it is absolutely present in the lives of all citizens. Because it is an action, or even omission, of whom by Guarantors Principles, read the Federal Constitution, are obliged to protect, when there is a power abuse by public entities, enormously, we are being harvested arbitrarily absolutely non-negotiable rights.

Keyword: Abuse of Power. Police Power. Discretion Power. Federal Constitution.

“As leis são um freio para os crimes públicos (...).”

(Rui Barbosa)

SUMÁRIO

1. Introdução	08
2. Princípios e Atributos da Atuação Administrativa	09
2.1 Princípios orientadores da Administração Pública	09
2.2 Atributos, privilégios ou características da atuação administrativa: atos administrativos	10
2.2.1 Presunção de legitimidade e veracidade	11
2.2.2 Imperatividade	12
2.2.3 Auto-executoriedade	13
2.2.4 Requisitos para a auto-executoriedade	13
3. Poderes da Administração Pública de Polícia	14
3.1 Sistema de separação de Poderes	14
3.2 Poderes Administrativos	15
3.2.1 Poder-dever de agir	17
4. Abuso de Poder	19
4.1 Abuso de poder: conceituação	19
4.2 Excesso de poder	20
4.3 Teoria da tredestinação	21
4.4 O Controle Judicial do Ato Ilegal	24
Conclusão	30
Referências Bibliográficas	31

1 – Introdução

O presente estudo pretende abordar, através da pesquisa doutrinária e jurisprudencial, o abuso de poder na esfera administrativa.

Assim, no primeiro e segundo capítulo, foram abordados os princípios administrativos e aos atributos dos atos administrativos. Em seguida, no terceiro capítulo abordou-se poderes da administração pública e no quarto capítulo o abuso de poder propriamente dito objetivando-se nesse estudo conclusivo, um aprofundamento no tema de Abuso de Poder, passando pelos diferentes ramos do Direito, além de uma busca que se faça um nexo com toda legislação vigente, em especial com a nossa Carta Magna.

O poder atribuído de forma legal aos administradores não pode e não deve jamais ser usado de forma que se cerceie ou se retire direitos garantidos a todos os cidadãos. Daí, a escolha e aprofundamento nesse tema, que de forma inequívoca é tão caro a todas as pessoas.

Os entes administrativos devem usar esse poder a eles disponíveis pela Lei, sempre com intuito de melhorar e aprimorar a relação com seus administrados, nunca ultrapassando os limites que a jurisdição vigente os impõe. De tal maneira, a seguir será falado sucintamente dos princípios a que se sujeita à Administração Pública, que se não observados, implicam desvio de poder e conseqüente nulidade dos atos administrativos, do exercício do Poder Administrativo, bem como suas limitações, objetivando sempre a não anormalidade no exercício do poder, de forma que seja demonstrado que os atos administrativos são vinculados à lei, e que as prerrogativas que a administração tem, que a coloca em situação de supremacia perante o particular, sempre com o objetivo de atingir o benefício da coletividade, sofrem restrições, as quais limitam a sua atividade a determinado fim.

Demonstrar ainda que ao administrador público cabe fazer somente o que a lei autoriza e que, se ele agir fora dos limites da lei cometerá abuso de poder (por excesso ou por desvio), e que poderá cometer ilícito penal se agir em desconformidade com a lei.

Esse trabalho visa ainda mostrar que no ordenamento jurídico brasileiro, o abuso de poder, não é permitido, haja vista que órgãos, como o Conselho Nacional de Justiça, foram criados para combater tal prática, e ainda, que se o abuso ocorrer, ele poderá ser revisto pela própria administração ou pelo Judiciário, de forma que tal ato, uma vez eivado de vícios será anulado, deixando de possuir validade no mundo jurídico.

2 - Princípios e Atributos da Atuação Administrativa

2.1 Princípios orientadores da Administração Pública

São conferidas algumas prerrogativas à Administração Pública, haja vista que se sujeita ao regime jurídico de Direito Público. Segundo informa Celso Antônio Bandeira de Mello (2007), a Supremacia do Interesse Público sobre o Interesse do Particular e a Indisponibilidade do Interesse Público, são conceitos basilares do Direito Administrativo, vejamos:

“O regime do direito público resulta da caracterização normativa de determinados interesses como pertinentes à sociedade e não aos particulares considerados em sua individuada singularidade. Juridicamente esta caracterização consiste, no Direito Administrativo, segundo nosso modo de ver, na atribuição de uma disciplina normativa peculiar que, fundamentalmente, se delinea em função da consagração de dois princípios: a supremacia do interesse público sobre o privado; e a indisponibilidade, pela Administração, dos interesses públicos”.

A Supremacia do Interesse Público faz parte da própria existência do Estado-sociedade, sendo um requisito para uma ordem social estável. Já o princípio da Indisponibilidade torna o direito da Administração em dispor do interesse público limitado à legalidade. E desta forma, cabe a Administração Pública, apenas o dever de gestão da coisa alheia, uma vez que, o verdadeiro possuidor e titular do poder público, é o povo. Nesse sentido, sendo o interesse público um interesse próprio da coletividade, é certo que ele não é passível de apropriação por quem quer que seja, nem mesmo o administrador da coisa pública. (MELLO, 2010).

Além daqueles princípios basilares, trazidos no caput do art. 37 da Constituição Federal Brasileira, quais sejam: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, a Constituição do Estado de São Paulo, no artigo 111, inclui entre os princípios a que se sujeita a Administração Pública o princípio da razoabilidade, como mais uma das tentativas de impor-se limitações à discricionariedade administrativa e ampliar-se o âmbito de apreciação do ato administrativo pelo Poder Judiciário (Di Pietro, 2014) e a Lei nº. 9784/1999, que trata sobre o processo administrativo no âmbito federal, dispõe no *caput* do art. 2º que a Administração obedecerá, dentre outros, aos já citados princípios da legalidade, princípio do interesse público em seu desdobramento, vale dizer, supremacia e indisponibilidade do interesse público e princípio da finalidade.

Do princípio da juridicidade, chega-se ao princípio da legalidade, princípio este que deve ser respeitado na execução da vontade administrativa. Assim, o ato administrativo não pode contrariar o Direito legislado, necessita de prévia autorização legal, precisa respeitar as formalidades exigidas pela lei e apenas executar atos dentro dos limites ordenados por ela.

O princípio da legalidade é citado expressamente na Constituição Federal e na Lei nº. 9784/1999 sem pretensões. Esse princípio dita a diretriz básica das condutas executadas pelos agentes públicos. À Administração Pública cabe agir de acordo com o que diz a lei, dentro dos limites estipulados por ela, diz respeito à conformidade do ato com a lei.

Como afirma Bandeira de Mello (2012):

“O princípio da legalidade é o princípio capital do regime jurídico administrativo. É fruto da submissão do Estado à lei. O princípio da legalidade contrapõe-se, portanto, a quaisquer tendências de exacerbação personalista dos governantes. Opõe-se a todas as formas de poder autoritário”.

Nessa toada, observa-se que a administração só pode fazer o que a lei autoriza, e dentro de um critério de razoabilidade, por isso os agentes administrativos não dispõem de liberdade.

2.2 - Atributos, privilégios ou características da atuação administrativa: atos administrativos

A palavra atributo, de acordo com o lexicógrafo Aurélio Buarque de Hollanda, significa: “*sm* 1. O que é próprio de um ser 2. Emblema distintivo; símbolo 3.*Gram.* A qualidade atribuída ao sujeito.” Assim, atributo de um ato administrativo é aquela qualidade outorgada pelo ordenamento jurídico ao ato administrativo, em decorrência do princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Interesse Privado.

Para Carvalho Filho (2007), os atos administrativos são dotados de características próprias, uma vez que são atos emanados de agentes investidos de poder. Afirma sua posição assim: “Basta essa razão para que precisem estar revestidos de certas características que os tornem distintos dos atos privados em geral”.

Para Hely Lopes Meirelles (2007):

“Os atos administrativos, como emanção do Poder Público, trazem em si certos atributos que os distinguem dos atos jurídicos privados e lhes emprestam características próprias e condições peculiares de atuação. Referimo-nos à presunção de legitimidade, à imperatividade e à auto-executoriedade.”

Celso Antônio Bandeira de Mello (2007) explica os atributos dos atos administrativos da seguinte maneira:

“A Administração Pública por desenvolver atividade voltada à realização de interesses da coletividade (que são os seus interesses primários – únicos colimáveis - , em oposição aos secundários), encontra-se sob uma disciplina peculiar que impõe certos ônus, restrições, sujeições à sua atuação e lhe confere, de outro lado, prerrogativas de que não desfrutam usualmente os particulares.”

Hely Lopes Meirelles afirma que: “Como todo ato administrativo, o ato de polícia subordina-se ao ordenamento jurídico que rege as demais atividades da Administração, sujeitando-se, inclusive, ao controle de legalidade pelo Judiciário”.

2.2.1 Presunção de legitimidade e veracidade

Conforme Hely Lopes Meirelles (2007), a presunção de legitimidade nasce do princípio da legalidade, pois, à Administração Pública cabe agir de acordo com o que diz a lei, dentro dos limites estipulados por ela, diz respeito à conformidade do ato com a lei. E assim diz sobre a presunção de veracidade: “Já a presunção de veracidade, inerente à de legitimidade, refere-se aos fatos alegados e afirmados pela Administração para a prática do ato, os quais são tidos e havidos como verdadeiros até prova em contrário”. Como bem assevera Meirelles (2007), esse atributo “... responde a exigência de celeridade e segurança das atividades do Poder Público, que não poderiam ficar na dependência da solução de impugnação dos administrados, quanto à legitimidade de seus atos, para só após dar-lhes execução”.

Carvalho Filho (2007) ensina que essa presunção de legitimidade e de veracidade não é absoluta, ela é relativa (*juris tantum*), pois se admite prova em contrário.

Para Meirelles (2007), perdura presunção de legitimidade do ato, sendo válido e operante, até o momento em que este for declarado nulo. Meirelles afirma ainda que caberá ao particular apontar o vício, ou seja, há “... a transferência do ônus da prova de invalidade do ato administrativo para quem a invoca”.

Assim sendo, há acolhimento uníssono que, quaisquer medidas, realizações e/ou interferências do Poder Público corrente, têm que se respeitar os limites legais, ou seja, esses atos não podem se transporem à Lei. Destarte, que tais medidas sejam municiadas de veracidade, com total ausência de vício para se fazerem legais.

2.2.2 Imperatividade

Para Di Pietro (2009) “É o atributo pelo qual os atos administrativos se impõem a terceiros, independentemente de sua concordância”. Carvalho Filho diz que: “Decorre da imperatividade o poder que tem a Administração de exigir o cumprimento do ato” e para o mesmo autor decorre do Princípio da Supremacia do Interesse Público a justificativa da coercibilidade dos atos administrativos.

Contudo, conforme observa Meirelles (2007), a imperatividade não está presente em todos os atos administrativos, pois está presente apenas nos atos que impõem uma obrigação ao administrado. Imperatividade é o poder que os atos administrativos possuem de impor obrigações unilateralmente aos administrados, independentemente da concordância destes. Ex: A luz vermelha no farol é um ato administrativo que obriga unilateralmente o motorista a parar, mesmo que ele não concorde.

2.2.3 Autoexecutoriedade

Para Hely Lopes Meirelles (2007): “A auto-executoriedade consiste na possibilidade que certos atos administrativos ensejam imediata e direta execução pela própria administração, independentemente de ordem judicial”.

É a possibilidade que tem a própria Administração de, por seus próprios meios, exigir o cumprimento das obrigações impostas aos administrados, sem necessitar de autorização judicial, Carvalho Filho (2007) exemplifica muito bem essa característica:

“A característica da auto-executoriedade é frequentemente utilizada no exercício do poder de polícia. Exemplos conhecidos do uso dessa prerrogativa são os da destruição de bens impróprios ao consumo público e a demolição de obra que apresenta risco iminente de desabamento. Verificada a situação que provoca a execução do ato, a autoridade administrativa de pronto o executa, ficando assim, resguardado o interesse público”.

O particular não tem executoriedade, com exceção do desforço pessoal para evitar a perpetuação do esbulho.

2.2.4 Requisitos para a auto-executoriedade:

- a) Previsão expressa na lei: a Administração pode executar sozinha os seus atos quando existir previsão na lei, mas não precisa estar mencionada a palavra auto-executoriedade. Ex: É vedado vender produtos nas vias públicas sem licença municipal, sob pena de serem apreendidas as mercadorias.
- b) Previsão tácita ou implícita na lei: a Administração pode executar sozinha os seus atos quando ocorrer uma situação de urgência em que haja violação do interesse público e inexistir um meio judicial idôneo capaz de a tempo evitar a lesão. Ex: O administrador pode apreender um carrinho de cachorro-quente que venda lanches com veneno.

A autorização para a auto-executoriedade implícita está na própria lei que conferiu competência à Administração para fazê-lo, pois a competência é um dever-poder e ao outorgar o dever de executar a lei, outorgou o poder para fazê-lo, seja ele implícito ou explícito.

3 - Poderes da Administração Pública

3.1 - Sistema de separação de Poderes

A base teórica para a separação dos poderes do Estado foi lançada na Antiguidade grega por Aristóteles. Em sua célebre obra, “Política”, o filósofo enxerga a existência de três poderes distintos dentro da estrutura do poder soberano.

Pedro Lenza(2012), ainda completa o raciocínio:

“Acontece que Aristóteles, em decorrência do momento histórico de sua teorização, descrevia a concentração do exercício de tais funções na figura de uma única pessoa, o soberano, que detinha o poder “incontrastável de mando”, uma vez que era ele quem editava o ato geral, aplicava-o ao caso concreto e, unilateralmente, também resolvia os litígios eventualmente decorrentes da aplicação da lei. A célebre frase de Luis XIV reflete tal descrição: “L’État c’est moi”, ou seja, “o Estado sou eu”, o soberano.

Montesquieu, em sua obra “O Espírito das leis”, com uma visão de Estado Liberal, elaborou um pouco mais a teoria desenvolvida por Aristóteles e concebeu a teoria da separação dos Poderes. Na verdade, ele não quis dizer que o Poder do Estado deve ser dividido, mas sim que há uma estreita, necessária e harmoniosa relação entre eles, afinal o Estado não detêm vários poderes, detêm apenas um poder, que possui divisões (executivo, legislativo e judiciário) para melhor executar suas atribuições, estabelecendo aos seus três poderes uma eficiente relação de freios e contrapesos.

Devido a essa teoria, que se encontra no nosso ordenamento pátrio no art. 2º da Constituição, ao Poder Judiciário não é permitido intervir nas decisões que envolvam apenas o mérito da Administração. Cabendo ao administrador, coberto pelo manto da discricionariedade, sempre respeitando aos limites impostos pela lei, decidir conforme a oportunidade e a conveniência do ato pela Administração. Sendo permitido ao Poder Judiciário apenas analisar questões que envolvam ilegalidade.

Celso Antônio Bandeira de Mello (2007) ensina:

“[...] os atos cujos conteúdos ultrapassem o necessário para alcançar o objetivo que justifica o uso da competência ficam maculados de ilegitimidade, porquanto desdobram do âmbito da competência; ou seja, superam os limites que naquele caso lhes corresponderiam.”

E continua dizendo:

“[...] o princípio da proporcionalidade não é senão faceta do princípio da razoabilidade. Merece um destaque próprio, uma referência especial, para ter-se maior visibilidade da fisionomia específica de um vício que pode surdir e entremostrarse sob esta feição de desproporcionalidade do ato, salientando-se, destarte, a possibilidade de correção judicial arrimada neste fundamento.”

De acordo com o acima exposto, a ilação é de que os atos suspeitos de desrespeitar ao princípio da razoabilidade estarão em desacordo com o princípio da legalidade, ou seja, serão atos revestidos com a idéia de ilegalidade, e assim passíveis de serem analisados pelo Judiciário. Enquanto que os atos praticados dentro dos limites do que se considera razoável, estarão então estes de acordo com os preceitos da legalidade, afastadas, portanto, de apreciação judicial.

3.2 - Poderes Administrativos

Para uma atuação adequada e satisfatória às suas competências constitucionais, a Administração se vale de ferramentas para a defesa do interesse público, que é seu escopo principal. A legislação confere poderes, que são verdadeiras prerrogativas aos agentes administrativos, para os mesmos alcançarem seus objetivos.

No âmbito do Direito Administrativo, os poderes administrativos são prerrogativas concedidas à Administração Pública para que esta, no exercício de suas funções, alcance o atendimento do interesse público.

Sobre esses poderes especiais, preleciona Alexandre de Moraes:

“Para que seja possível a realização de suas atividades e, conseqüentemente, a satisfação do bem comum, o ordenamento jurídico confere à Administração uma gama de poderes, a fim de instrumentalizar a realização de suas tarefas administrativas. São os chamados poderes da administração ou poderes administrativos”.

Dotada desses privilégios, de caráter irrenunciável e limitado em lei, a Administração Pública tem o poder-dever de exercê-los de forma efetiva, eficiente e em benefício da coletividade.

Portanto, os poderes são prerrogativas de que se vale a Administração para executar suas atividades, tendo sempre em mente exercer suas atividades para a consecução do bem comum. Ao exercer suas atividades dentro dos limites impostos pela lei, pode-se dizer que a Administração usou normalmente seus poderes.

Carvalho Filho (2012) conceitua os poderes administrativos como “o conjunto de prerrogativas do direito público que a ordem jurídica confere aos agentes administrativos para o fim de permitir que o Estado alcance seus fins.”

Os poderes da Administração Pública são classificados de acordo com o seu objeto. Portanto, o Poder Disciplinar, incide apenas sobre as pessoas que tem relação jurídica específica com a Administração Pública.

Já o Poder Hierárquico incide nas relações, órgãos e agente que ocupam variados níveis dentro da estrutura administrativa. Enquanto o Poder Regulamentar atua sobre as normas emanadas pela própria Administração, definindo-lhes sentido e o modo de execução.

O Poder de Polícia, intervém sobre atividades desenvolvidas por particulares, onde a liberdade de atuação é regulada pela Administração Pública, sempre em nome do interesse comum. Segundo Bezno (1979), “o Poder de Polícia significa a limitação de uma atividade pela autoridade pública, no interesse público”. Já Hely Lopes Meirelles (2007) conceitua Poder de Polícia como “faculdade de que dispõe a Administração Pública para condicionar e restringir o uso, o gozo de bens, atividades e direitos individuais, em benefício da coletividade ou do próprio Estado.” Já segundo o douto doutrinador Caio Tácito, citado por Hely Lopes Meirelles (obra citada, pag. 116) o Poder de Polícia é, em suma, “o conjunto de atribuições concedidas à Administração para disciplinar e restringir, em favor do interesse público adequado, direitos e liberdades individuais”.

Sendo que suas principais atribuições estão a expedição de alvarás, licenças e títulos.

Poder Discricionário é aquele conferido por lei ao administrador público para que, nos limites nela previstos e com certa parcela de liberdade, adote, no caso concreto, a solução mais adequada para satisfazer o interesse público. O fundamento desse poder reside no princípio constitucional da Separação de Poderes, que prevê a existência de atos reservados a cada um dos Poderes, havendo a função judicante, administrativa e legiferante.

Para Carvalho Filho(2012), a conveniência e a oportunidade são os elementos nucleares do poder discricionário. A conveniência indica em que condições vai se conduzir o agente público, e a oportunidade em que momento a atividade deve ser produzida. Contudo, o exercício do Poder Discricionário tem que se conformar com o fim colimado na lei, qual seja, o objetivo público do bem comum.

Poder vinculado é aquele em que o administrador se encontra inteiramente preso ao enunciado da lei que estabelece previamente um único comportamento possível a ser adotado em situações concretas, não existindo um espaço para juízo de conveniência e oportunidade.

Hely Lopes Meirelles (2005) considera que, na prática, o agente público fica inteiramente preso ao enunciado da lei, em todas as suas especificações. Assim sendo, a liberdade de ação do administrador é mínima.

Ainda, segundo o autor, se deixar de atender a qualquer dado expresso na lei, o ato é nulo, por estar desvinculado do seu tipo-padrão e através do Princípio da Legalidade, impõe ao agente público que ele observe fielmente todos os requisitos expressos em lei.

3.2.1 - Poder-dever de agir.

Ao administrador não cabe a faculdade de agir, há na verdade um poder-dever de agir por parte da Administração Pública. Carvalho Filho (2007) citando Hely Lopes Meirelles (2007) diz “Se para o particular o Poder-Dever de agir é uma faculdade, por parte da Administração Pública é uma obrigação de atuar, desde que se apresente o ensejo de exercitá-lo em benefício da comunidade.

Os poderes administrativos representam uma prerrogativa especial de direito público outorgada aos agentes públicos. Os agentes possuem o dever de exercer as suas funções, pois seu exercício é voltado para beneficiar a coletividade. Assim, ao exercer suas funções dentro dos limites que a lei traçou, pode dizer-se que os agentes usaram normalmente os seus poderes. Uso do poder, portanto, é a utilização normal, pelos agentes públicos, das prerrogativas que a lei lhes confere.

Portanto, não pode o agente administrativo renunciar à utilização de seus poderes, pois o interesse público é indisponível, e, caso seja necessário que o agente se valha de tais poderes para cumprir sua função, deverá exercê-los, tendo em vista que os poderes administrativos apresentam-se como verdadeiros poderes-deveres.

Ao particular deve observar o que diz ao art.5º, II da CF. Onde ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer, alguma coisa senão em virtude de lei, por isso que se diz que ao particular é atribuída a autonomia da vontade, não podendo ele praticar atos contrários à lei. O contrário deve ser observado quando se fala em Administração Pública, sendo permitido à Administração atuar apenas nos estritos limites da lei.

Se ao administrador cabe uma ação positiva, e o mesmo não atua, nada faz, essa ação negativa se configura como ilegal. Assim, observa-se que não será em todas as situações o poder utilizado de forma correta pelo administrador.

O administrador público tem o dever de usar o poder e empregá-lo segundo as normas legais em benefício da coletividade administrada e nos justos limites exigidos pelo bem estar social.

Galbra Velloso (2007) afirma que “o uso do poder é prerrogativa da autoridade, mas o poder há que ser usado normalmente, sem abuso”.

Afirma Velloso, que 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.

4 – Abuso de Poder

4.1 Abuso de poder - conceituação

O abuso de poder é a conduta do agente público eivada de ilegalidade, a qual pode se manifestar de diferentes maneiras: falta de competência legal (excesso de poder) ou não atendimento ao interesse público (desvio de poder).

O abuso de poder é sempre um ilícito, e será cometido por excesso ou desvio de poder, como assevera Galba (2007): “Abusar do poder é empregá-lo fora da lei, sem utilidade pública”.

O administrador público comete abuso de poder quando emprega o poder fora dos limites legais, pois é a lei que irá limitar a atuação da Administração Pública. Todavia, se de alguma forma a autoridade, ainda que competente para praticar o ato, ultrapassa os limites de suas atribuições ou desvia das finalidades administrativas, contrariando a lei, comete abuso de poder. Abusos esses, que eiva de vícios os seus atos tornando-os nulos, ou seja, esse ato não possuirá validade no mundo jurídico, devendo a Administração ou o Poder Judiciário atuar no sentido de anular o ato eivado de ilegalidade.

A extinção do ato administrativo pela própria administração ou então pelo Poder Judiciário deverá possuir efeito “ex tunc”, ou seja, deverá possuir efeito retroativo. Afinal, ato ilegal não gera direitos, não possui qualquer tipo de validade no mundo jurídico. Vale dizer, deverá esse ato ser anulado.

A Administração quando ultrapassa o mandamento legal, ou quando atua buscando fim diverso do pretendido pela lei, atua com abuso de poder, naquele atuando com excesso de poder, e neste atuando com desvio de poder ou desvio de finalidade.

Celso Antônio Bandeira de Mello (2007) assim diz:

“No desvio de poder o agente, ao manipular um plexo de poderes, evade-se do escopo que lhe é próprio, ou seja, extravia-se da finalidade cabível em face da regra em que se calça. Em suma: o ato maculado deste vício direciona-se a um resultado diverso daquele ao qual teria de apontar ante o objetivo da norma habilitante. Há, então, um desvirtuamento do poder.”

E assim conclui o seu pensamento: “Trata-se, pois, de um vício objetivo, pois o que importa não é se o agente pretendeu ou não discrepar da finalidade legal, mas se efetivamente dela discrepou.” Assim sendo, o que nos evidencia é que, não só o método usado (nesse caso,

de forma viciada) nos aduz a uma forma equivocada, mas também o objetivo final, o núcleo almejado se torna de toda forma errôneo.

De acordo com Carvalho Filho (2007), ao agir com abuso de poder, seja com excesso ou com desvio, a conduta será submetida à revisão, administrativa ou judicial. Podendo em alguns casos o ato ser considerado um ilícito penal, conforme preceitua a lei nº. 4898/1995.

Segundo o doutrinador Carvalho Filho (2007), o instrumento do controle é o que irá combater o comportamento abusivo de autoridades públicas, afirmando que somente através de mecanismos eficazes é que poderá identificar os autores e coibir os atos abusivos.

Para se combater os atos abusivos praticados por membros do Ministério Público e pelos membros do Poder Judiciário a EC. 45/2004 criou-se o Conselho Nacional do Ministério Público, definido como um órgão que atua em prol do cidadão, executando a fiscalização administrativa, financeira e disciplinar do Ministério Público (MP) no Brasil e de seus membros, respeitando a autonomia da instituição. Além de também ter sido criado Conselho Nacional de Justiça, que é uma instituição pública que visa aperfeiçoar o trabalho do sistema judiciário brasileiro, principalmente no que diz respeito ao controle e à transparência administrativa e processual, que possui competência constitucional de zelar pela autonomia do Poder Judiciário e pelo cumprimento do Estatuto da Magistratura, definir os planos, metas e programas de avaliação institucional do Poder Judiciário, receber reclamações, petições eletrônicas e representações contra membros ou órgãos do Judiciário, julgar processos disciplinares e melhorar práticas e celeridade, publicando semestralmente relatórios estatísticos referentes à atividade jurisdicional em todo o país.

O ato abusivo, por qualquer de suas espécies, por motivos óbvios é contrário à legalidade e jamais deve ser aceito no ordenamento jurídico, o mestre Carvalho Filho (2007) diz que “nem toda ilegalidade decorre de conduta abusiva; mas todo abuso se reveste de ilegalidade e, como tal, sujeita-se à revisão administrativa e judicial”.

4.2 - Excesso de Poder

É espécie do gênero Abuso de Poder, onde o agente atua sem competência ou ultrapassa o seu limite de competência. O ato se torna ilegal em razão do vício de competência. Portanto, o ato praticado com excesso de poder é manchado pela ilegalidade, em razão da existência de vício em um de seus elementos, conforme mencionado alhures, a competência.

Ocorre quando o agente invade atribuições de outros agentes ou se apropria de atribuições que a lei não lhe confere. Mas Carvalho Filho(2012) adverte:

“Mas a lei não é a fonte exclusiva da competência administrativa. Para órgãos e agentes de elevada hierarquia, ou de finalidades específicas, pode a fonte da competência situar-se na própria Constituição”.

O excesso de poder ocorre no momento em que a autoridade administrativa, mesmo revestida de poder para tal, vai além das suas atribuições, ou seja, no exercício da sua função, o mesmo de forma indiscriminada, ferindo princípios legais, vai além da sua competência no exercício das suas atribuições. Entendimento corroborado por Hely Lopes Meirelles (2007) “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.”

4.3 - Teoria da Tredestinação.

A Teoria da Tredestinação, também chamado de Desvio de Poder ou de Desvio de Finalidade, é um defeito que torna nulo o ato administrativo quando este é praticado com fim diverso do previsto na lei. Alexandre Mazza (2013) ensina:

“A teoria do desvio de poder (detournement de pouvoir) surgiu na jurisprudência do Conselho de Estado Francês. Sua origem remonta a uma decisão de 25 de fevereiro de 1864, quando o contencioso francês baseou-se na teoria civilista do abuso de direito para anular o exercício de um poder usado para atingir objetivo diverso daquele que foi conferido pela lei.”

A doutrina mais tradicional, defensora da teoria subjetiva, entende que o desvio de finalidade seria um defeito da intenção do agente, de sua vontade ao praticar o ato. A comprovação da vontade viciada se faz suficiente para a caracterização da nulidade do ato.

Já outra parte da doutrina, defende ser o desvio de finalidade um defeito no comportamento do agente. A intenção viciada é condição necessária, porém, não suficiente para a caracterização do vício e sua consequente anulação. Seria também preciso verificar a violação, no caso concreto, do real e indispensável interesse público. Aqui se verifica a teoria objetiva. Precisando verificar a intenção viciada e a violação concreta do interesse público.

Em alguns casos raros, o próprio ordenamento chancela a válida modificação da finalidade. Esses casos são chamados de tredestinação lícita. Pode-se citar como exemplo, o disposto no art.519 do Código Civil:

“Art. 519. Se a coisa expropriada para fins de necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, não tiver o destino para que se desapropriou, ou não for utilizada em obras ou serviços públicos, caberá ao expropriado direito de preferência, pelo preço atual da coisa.”

O Código Civil autoriza que o bem desapropriado receba qualquer destinação pública, ainda que diferente daquela anteriormente prevista no decreto de expropriatório, rechaçando o desfazimento da desapropriação. Esse é um caso claro de trestinação lícita, onde a própria norma permite à Administração Pública, mudar a finalidade de ato praticado, mas desde que autorizado pelo ordenamento jurídico.

A constituição previu diversas formas de garantir atos abusivos. Em vários incisos, todos do art.5º, encontramos:

“LXVIII - conceder-se-á "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;”

“LXIX - 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;”

“XXXIV - são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas:
a) o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder;”

Como verifica-se, o inciso XXIV do art.5º da Constituição Federal se destina especialmente à repressão do abuso de autoridade. Pela sua própria natureza, todo abuso de poder é uma conduta ilegal e, portanto, nula.

Em nosso ordenamento pátrio, a Lei nº.4898/1965 é a responsável por regulamentar essa garantia constitucional. Não deve-se confundir o instituto do Abuso de Poder com o, ora em tela comentado, Abuso de Autoridade.

Diogo de Figueiredo(2014) informa:

“Teoricamente, nenhuma distinção se faria, já que ambos guardam sinonímia, mas enquanto a conceituação do abuso de poder continua ao sabor do interprete e da doutrina, como entendem administrativistas e processualistas, a de abuso de autoridade se positivou.”

Enquanto atua nos limites da lei, que admite a escolha segundo os critérios de oportunidade e conveniência, o agente exerce a sua função com discricionarietà, e sua conduta caracteriza-se como inteiramente legítima.

Ocorre que, em algumas situações, o agente, a pretexto de agir discricionariamente, atua fora dos limites da lei ou pior, em confronto direto com esta. Nessa hipótese, o agente público estará agindo com arbitrariedade, conduta esta suscetível de anulação. Portanto, todo ato arbitrário é uma forma de abuso de poder. Nos dizeres de Carvalho Filho (2012) “Não há discricionarieidade *contra legem*”.

Todos os atos administrativos podem submeter-se ao a um controle, controle esse exercido em homenagem ao princípio da legalidade. O controle que é feito por organismos alheios à Administração, chamado de controle externo, é exercido por um dos Poderes sobre o outro, compreendendo tanto o controle jurisdicional, quanto o legislativo.

Nenhuma lesão ou ameaça de lesão pode ser excluída da apreciação do Poder Judiciário, conforme preceitua o art. 5º, XXXV da Constituição. Na lição de Bandeira de Mello (2007), o Poder Judiciário tanto anulará os atos inválidos, como imporá à Administração os comportamentos a que esteja de direito obrigada, como proferirá e imporá as condenações pecuniárias cabíveis.

Na maioria dos casos, o controle judicial, por ser de legalidade ou legitimidade, é feito *a posteriori*, tendo em vista que o seu objetivo é a correção de defeitos, a declaração de sua nulidade ou a concessão de eficácia.

Sendo assim, nem sempre o controle do Poder Judiciário será posterior à edição do ato. Podemos exemplificar com o mandado de segurança preventivo, a ação civil pública e a ação popular, cujo ajuizamento muitas vezes precede a edição do ato maculado de vício.

Ocorre que, muitas vezes, para a análise da motivação, da causa e da finalidade do ato administrativo atacado, o juiz necessita adentrar no mérito do ato. Surge então a controvérsia de que, ao imiscuir-se nessa tarefa, estaria o Poder Judiciário usurpando da Administração Pública a análise sobre o mérito do ato administrativo, e ofendendo o sistema de separação de poderes, adotado pela Carta Maior.

Contudo, não há invasão do mérito quando o Judiciário aprecia os motivos ou a ausência ou falsidade do motivo apresentado que venha eventualmente a caracterizar ilegalidade, posto que essa é suscetível de invalidação pelo Poder Judiciário

A teoria dos motivos determinantes vincula o administrador ao motivo declarado. Para que haja obediência ao que prescreve a teoria, no entanto, o motivo há de ser legal, verdadeiro e compatível com o resultado.

Vale dizer, a teoria dos motivos determinantes não condiciona a existência do ato, mas sim sua validade.

4.4 - O Controle Judicial do Ato Ilegal

Os poderes são prerrogativas de que se vale a Administração para executar suas atividades, tendo sempre como objetivo exercer suas atividades para a consecução do bem comum.

Ao administrador não cabe a faculdade de agir, há na verdade um poder-dever de agir por parte da Administração Pública. Carvalho Filho (2007,) citando Hely Lopes Meirelles (2007) diz “Se para o particular o Poder-Dever de agir é uma faculdade, por parte da Administração Pública é uma obrigação de atuar, desde que se apresente o ensejo de exercitá-lo em benefício da comunidade.”

Ao particular deve observar o que diz ao art.5º, II da CR. Onde ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer, alguma coisa senão em virtude de lei, por isso que se diz que ao particular é atribuída a autonomia da vontade, não podendo ele praticar atos contrários à lei. O contrário deve ser observado quando se fala em Administração Pública, sendo permitido à Administração atuar apenas nos estritos limites da lei.

Se ao administrador cabe uma ação positiva, e o mesmo não atua, nada faz, essa ação negativa se configura como ilegal. Assim, observa-se que não será em todas as situações o poder utilizado de forma correta pelo administrador. Isto porque, a legislação confere aos agentes administrativos poderes que são verdadeiras prerrogativas para que os seus objetivos, sempre em prol da defesa do interesse público, sejam alcançados de forma que a atuação da Administração seja adequada e satisfatória às suas competências constitucionais.

Para Carvalho Filho(2012):“Pode, pois, conceituar os poderes administrativos como o conjunto de prerrogativas do direito público que a ordem jurídica confere aos agentes administrativos para o fim de permitir que o Estado alcance seus fins.”

Os poderes da Administração Pública são classificados de acordo com o seu objeto. Assim, o Poder Disciplinar, incide sobre pessoas que têm relação jurídica específica com a Administração Pública.

O Poder Hierárquico incide nas relações órgãos e os seus agente que ocupam variados níveis dentro da estrutura administrativa.

O Poder Regulamentar atua sobre as normas emanadas pela própria Administração, definindo-lhes sentido e o modo de execução.

Enquanto o Poder de Polícia, intervém sobre atividades desenvolvidas por particulares, onde a liberdade de atuação é regulada pela Administração Pública, sempre em nome do interesse comum.

Poder Discricionário é aquele conferido por lei ao administrador público para que, nos limites nela previstos e com certa parcela de liberdade, adote, no caso concreto, a solução mais adequada para satisfazer o interesse público. A base, o fundamento desse poder, reside no princípio constitucional da Separação de Poderes, que prevê a existência de atos reservados a cada um dos Poderes, havendo a função judicante, administrativa e legiferante.

Para Carvalho Filho(2012), a conveniência e a oportunidade são os elementos nucleares do poder discricionário. Onde a conveniência indica em que condições vai se conduzir o agente público e a oportunidade em que momento a atividade deve ser produzida. Contudo, o exercício do Poder Discricionário tem que se conformar com o fim colimado na lei, qual seja, objetivo público do bem comum.

Os atos da Administração estão sujeitos ao controle judicial, é o que diz Hely Lopes Meirelles (2007, p.130): “Como todo ato administrativo, o ato de polícia subordina-se ao ordenamento jurídico que rege as demais atividades da Administração, sujeitando-se, inclusive, ao controle de legalidade pelo Poder Judiciário.”

Sendo o ato abusivo, será ele ilegal, e assim sendo, o Poder Judiciário poderá vir a intervir.

Por se adotar no Brasil a unicidade de jurisdição, proveniente do Direito inglês, a decisão proferida pela Administração não gera coisa julgada, podendo então, mesmo após decisão da Administração Pública, o contencioso ser levado ao Poder Judiciário. Onde este não irá analisar a oportunidade e a conveniência, mas sim a conformidade do ato com a lei, para evitar possíveis abusos por parte da Administração. Hely Lopes Meirelles (2007, p.55) fala assim:

“O sistema judiciário ou de jurisdição única, também conhecido por sistema inglês e modernamente, denominado sistema de controle judicial, é aquele em que todos os litígios – de natureza administrativa ou de interesses exclusivamente privados - são resolvidos judicialmente pela Justiça Comum, ou seja, pelo juízes e tribunais do Poder Judiciário. Tal sistema é originário da Inglaterra, de onde se transplantou para os Estados Unidos da América do Norte, Bélgica, Romênia, México, Brasil e outros países.”

A lei é que irá limitar a atuação da Administração Pública. Se de alguma forma a atuação contrariar ou ultrapassar o mandamento da lei, esse ato não possuirá validade no mundo jurídico, devendo a Administração ou o Poder Judiciário atuarem no sentido de anular o ato eivado de ilegalidade.

A extinção do ato administrativo pela própria administração ou então pelo Poder Judiciário deverá possuir efeito “ex tunc”, ou seja, deverá possuir efeito retroativo. Afinal ato

ilegal não gera direito, não possui qualquer tipo de validade no mundo jurídico. Vale dizer, deverá esse ato ser anulado.

A Administração quando ultrapassa o mandamento legal, ou quando atua buscando fim diverso do pretendido pela lei, atua com abuso de poder, na primeira hipótese atuando com excesso de poder, e na segunda hipótese atuando com desvio de poder ou desvio de finalidade.

Celso Antônio Bandeira de Mello (2007) assim diz:

“No desvio de poder o agente, ao manipular um plexo de poderes, evade-se do escopo que lhe é próprio, ou seja, extravía-se da finalidade cabível em face da regra em que se calça. Em suma: o ato maculado deste vício direciona-se a um resultado diverso daquele ao qual teria de aportar ante o objetivo da norma habilitante. Há, então, um desvirtuamento do poder.”

E assim conclui o seu pensamento: “Trata-se, pois, de um vício objetivo, pois o que importa não é se o agente pretendeu ou não discrepar da finalidade legal, mas se efetivamente dela discrepou.” (Celso Antônio Bandeira de Mello, 2007)”.

De acordo com Carvalho Filho (2007), ao agir com abuso de poder, seja com excesso ou com desvio, a conduta será submetida à revisão, administrativa ou judicial. Podendo em alguns casos o ato ser considerado um ilícito penal, conforme preceitua a lei nº. 4898/1995.

Carvalho Filho (2007) ensina que “O comportamento abusivo de autoridades públicas só pode ser eficazmente combatido pelo instrumento do controle”. E ainda diz que somente através de mecanismos eficazes é que poderá identificar os autores e coibir os atos abusivos.

O ato abusivo, por qualquer de suas espécies, por motivos óbvios é contrário à legalidade e jamais deve ser aceito no ordenamento jurídico, o mestre Carvalho Filho (2007) diz que “É certo que nem toda ilegalidade decorre de conduta abusiva; mas todo abuso se reveste de ilegalidade e, como tal, sujeita-se à revisão administrativa e judicial.”

No entendimento de Celso Antônio Bandeira de Mello (2007), assim, tanto ao se analisar os motivos, bem como ao se analisar a finalidade, o Poder Judiciário está apto a realizar o controle a atuação administrativa.

O administrador, se vier a agir sem observar os limites legais a que está sujeito a sua decisão, ou se desviar da finalidade legal, seja ela a primária ou a secundária, poderá, e aqui se entende deverá, o judiciário intervir e analisar tal ato. Exercendo seu controle, que não poderá ser afastado de apreciação de ato que lese ou ameace qualquer direito (art. 5º, inc. XXXV), sobre os atos limitadores dos direitos individuais.

O administrador baseado na discricionarieidade que lhe é conferida deve escolher o ato estatal que melhor se adegue ao interesse público, mas também aqueles que preservem ao máximo os interesses individuais.

5 – Conclusão

Pelo fato de vivermos em uma sociedade organizada, e não em um Estado anárquico, é inconteste que sejamos obrigados a seguir regras e pré ordenamentos, desde que esses não ultrapassem a Lei vigente, e muito menos interfira em garantias inerentes a todos nós. Ao longo desse estudo foi-se falado de prerrogativas legais de o Estado exigir de todos os cidadãos que sigam normas por ele estabelecidas.

O poder constituinte do Estado há e sempre terá que existir, para que tome as medidas necessárias para que se harmonize uma sociedade. O que de forma alguma pode haver são abusos, seja do Ente Público de forma direta ou de seus comandados.

Portanto, o poder atribuído de forma legal aos administradores não pode e não deve jamais ser usado de forma que se cerceie ou se retire direitos garantidos a todos os cidadãos. Daí, de extrema relevância é evidenciar que sempre a Lei é que irá limitar a atuação da Administração Pública, pois o abuso de poder é ilegal e a conduta em desconformidade com a Lei será nula.

Nesse sentido, embora os particulares sejam submetidos à supremacia do poder público, eles não ficam a mercê da vontade do administrador público, pois é a lei que irá limitar a atuação da Administração Pública. Todavia, se de alguma forma a autoridade, ainda que competente para praticar o ato, ultrapassa os limites de suas atribuições ou desvia das finalidades administrativas, contrariando a lei, comete abuso de poder. Abusos esses, que eiva de vícios os seus atos tornando-os nulos, ou seja, esse ato não possuirá validade no mundo jurídico, devendo a Administração ou o Poder Judiciário atuar no sentido de anular o ato eivado de ilegalidade.

REFERÊNCIAS

ABREU, Jorge Manuel Coutinho de. **Sobre os regulamentos administrativos e o princípio da legalidade**. Coimbra: Almedina, 1987.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Ação civil pública**. Comentários por artigos. 7. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

_____. **Processo administrativo federal**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

VELLOSO, Galba. **Desvio de Poder**. São Paulo: Malheiros, 2007.

MAZZA, Alexandre. **Manual de direito administrativo**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. **Mandado de segurança, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, habeas data**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. **Apontamentos sobre os agentes e órgãos públicos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975.

_____. **Discricionariedade e controle judicial**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo**. 16. ed. São Paulo: Forense, 2014.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. **Direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2014.

ROSAS, Roberto. **Do abuso de direito ao abuso de poder**. São Paulo: Malheiros, 2007.