

SUMÁRIO

3 – Poderes da Administração Pública

[3.1 Poder-dever](#)

[3.2 Poder discricionário](#)

[3.3 Poderes decorrentes da hierarquia](#)

[3.4 Poder disciplinar](#)

[3.5 Poder normativo](#)

[3.6 Poder de polícia](#)

[3.6.1 Definição](#)

[3.6.2 Polícia administrativa e polícia judiciária](#)

[3.6.3 Atributos](#)

[3.6.4 Limites](#)

[3.6.5 Impossibilidade de delegação](#)

Veja também:

[Volumes disponíveis na Hotmart](#)

3. Poderes da Administração Pública

3.1 Poder-dever

Para realizar as suas atividades, a Administração Pública detém prerrogativas ou poderes que permitem, a depender da disciplina normativa, sobrepor o interesse público ao privado, conforme o princípio da supremacia do interesse público.

Os poderes conferidos pela lei à Administração são poderes-deveres, pois são disponibilizados para a consecução do interesse público genérico e em função das finalidades específicas previstas em lei e na Constituição.

Conforme dito, Celso Antônio Bandeira de Mello (2008, p. 71) expõe que os poderes são meramente instrumentais e devem ser vistos como deveres-poderes (ele inverte a ordem e cita em primeiro lugar os deveres), pois são subordinados à satisfação do interesse público (da coletividade – primário).

Assim, a Administração Pública, por intermédio de seus agentes, possui o dever-poder de agir, exercitável em benefício do interesse público, isto é, visando ao bem-estar da coletividade.

Importante ressaltar, ainda, que os poderes devem ser decorrentes de uma disciplina normativa, pois, na análise de Max Weber, para que haja uma legitimação racional do poder, ele deve ser produto de decisões pautadas em atos normativos gerais e abstratos e não na vontade individual do governante.

São espécies de poderes da Administração:

- o discricionário;
- os decorrentes da hierarquia;
- o disciplinar;
- o normativo; e o
- de polícia.

Note-se que a vinculação não é propriamente um poder. Pelo princípio da legalidade administrativa, a atuação administrativa é dependente do comando legal. Diz-se que a atuação administrativa é vinculada quando o comando legal encerra todos os requisitos de ação, de modo que não reste à Administração Pública opção ou discricionariedade diante do caso concreto, ou seja, ela terá de agir da forma determinada legalmente.

O ato administrativo vinculado é aquele cujos elementos (sujeito, objeto, forma, motivo e finalidade) são previamente determinados em lei, de modo que, se ocorrer o requisito fático correspondente, não há outra opção senão a sua prática com as consequências previstas.

É, portanto, mais adequado denominar a circunstância da vinculação de restrição ou dever de agir, uma vez que ela denuncia uma situação na qual a Administração Pública sujeita-se totalmente à lei.

O lançamento tributário é um exemplo clássico de ato vinculado: deve emanar de agente competente, isto é, de quem tenha a atribuição legal para lançar o tributo; o objeto se refere ao conteúdo do ato, ou seja, à declaração da ocorrência do fato jurídico tributário e à apuração do montante a pagar em função de sua base de cálculo e da alíquota aplicável; a forma é, em regra, escrita e condicionada ao tipo de lançamento; os motivos devem corresponder exatamente à previsão legal e a finalidade consubstancia-se na cobrança e arrecadação do tributo.

3.2 Poder discricionário

O poder discricionário é a prerrogativa que tem a Administração Pública de optar, dentre duas ou mais soluções, segundo critérios de oportunidade e conveniência (juízo de mérito), por aquela que melhor atenda ao interesse público no caso concreto.

Ele não é um poder autônomo, na medida em que implica a liberdade de atuação dentro da lei. A Administração, ao praticar um ato discricionário, deve respeitar os limites da lei em que se fundamenta. Diferenciam-se, portanto, os conceitos de discricionariedade e arbítrio, sendo que este último gera uma situação de ilegalidade.

Conforme aborda Hely Lopes Meirelles:

Discricionariedade e arbítrio são atitudes inteiramente diversas. Discricionariedade é liberdade de ação administrativa, dentro dos limites permitidos pela lei; arbítrio é ação contrária ou excedente da lei. Ato discricionário, quando autorizado pelo Direito, é legal e válido; ato arbitrário é sempre ilegítimo e inválido (2009, p. 120).

Há dois fundamentos normalmente apontados para o poder discricionário (DI PIETRO, 2001, p. 70): um de ordem prática e outro de ordem jurídica. O primeiro reside no fato de que o legislador não é capaz de traçar com precisão as condutas de todos os agentes administrativos e acaba deixando uma margem de ação diante das opções fáticas. Do ponto de vista jurídico, a discricionariedade pode ser vista como decorrência do próprio ordenamento, pois, de acordo com a teoria kelseniana, em cada momento devem-se respeitar limites impostos por uma norma de grau superior.

O Poder Judiciário não pode adentrar na discricionariedade da Administração e se substituir no mérito de opções interpretativas tidas como válidas diante do ordenamento jurídico. Todavia, mesmo que haja discricionariedade, em face de uma série de situações fáticas diversificadas, há um controle de contornos (ou de margens) da ação, propiciado pela regulamentação legal da situação.

Por esse motivo, explica Hely Lopes Meirelles (2009, p. 122) que é um erro considerar um ato discricionário imune à apreciação judicial. O que o Judiciário não pode é, segundo o autor, substituir a discricionariedade do administrador pelo do juiz. Ele não pode invalidar opções administrativas ou substituir critérios técnicos por outros que repute mais convenientes ou oportunos, mas pode coibir os abusos.

Assim, pode haver um ato discricionário que seja ilegal, o que permite ao Judiciário controlá-lo. Por exemplo, uma nomeação de Ministro do Supremo Tribunal Federal, conforme determina o art. 101 da Constituição, depende da presença de notável saber jurídico. Diante dessa situação, vamos supor que haja a nomeação de um psicólogo, que não tenha feito nem graduação em Direito. Ora, apesar de a nomeação ser um ato discricionário, que admita opções, a escolha pelo psicólogo sem formação jurídica é uma medida arbitrária, que ultrapassa as possibilidades do ordenamento jurídico, daí porque será possível o controle judicial de invalidação dessa nomeação.

No entanto, o fato de o Judiciário poder controlar um ato discricionário se ele for ilegal ou arbitrário não significa que ele possa substituir a discricionariedade da Administração Pública se o ato é tomado dentro das possibilidades do ordenamento.

Quando há discricionariedade a postura do Judiciário deve ser de autocontenção (self-restraint), para evitar assim o ativismo judicial que impacta no equilíbrio entre os Poderes. Assim, se houver a nomeação de um Ministro do Supremo Tribunal Federal que seja bacharel em Direito com Mestrado na área jurídica, por exemplo, não pode o Judiciário substituir essa nomeação por achar mais conveniente a presença de um Doutor em Direito.

Isso se dá inclusive porque a expressão “notável saber jurídico” contempla um conceito jurídico indeterminado (conceito vago ou fluido), o que permite à Administração uma margem de discricionariedade para preencher com critérios técnicos tal exigência. No entanto, os critérios terão de ser razoáveis ou terão de recair sobre a zona indeterminada da expressão, conforme será visto no item 4.7 da presente obra.

Ademais, a discricionariedade é também limitada pelos princípios de Direito, pois no Estado Democrático de Direito eles são considerados normas integrantes do ordenamento e não meras sugestões sem eficácia jurídica.

Segundo a definição de Celso Antônio Bandeira de Mello (2008, p. 957):

discricionariedade é a margem de liberdade que remanesça ao administrador para eleger, segundo critérios consistentes de razoabilidade, um, dentre pelo menos dois comportamentos, cabíveis perante cada caso concreto, a fim de cumprir o dever de adotar a solução mais adequada à satisfação da finalidade legal, quando, por força da fluidez das expressões da lei ou da liberdade conferida no mandamento, dela não se possa extrair objetivamente uma solução unívoca para a situação vertente.

Expõe Hely Lopes Meirelles (2009, p. 112) que a lei sempre subordina a atuação administrativa a um mínimo legal que representa a necessária observância da competência, da forma e da finalidade. Assim, não há ato totalmente discricionário, pois estes aspectos são geralmente fixados em lei e são vinculantes da atuação administrativa.

Também Di Pietro (2001, p. 13) expõe que a discricionariedade é limitada, sendo submetida a aspectos: formais (como competência e forma); materiais (que analisam os motivos determinantes e a consecução dos fins legais); e axiológicos (relacionados com a obediência aos princípios, o que protege os cidadãos de investidas infundadas ou ilegítimas do Estado em sua esfera de liberdade).

PODER DISCRICIONÁRIO

Prerrogativa que tem a Administração Pública de optar, segundo critérios de conveniência e oportunidade, pela solução que melhor atenda ao interesse público no caso concreto.

Discricionariedade não é arbítrio.

São **vinculados** aspectos geralmente relacionados com a *competência*, a *forma* e a *finalidade* do ato administrativo. Também os princípios restringem a discricionariedade administrativa

3.3 Poderes decorrentes da hierarquia

A organização administrativa é estruturada por regras de coordenação e subordinação entre órgãos e agentes, estabelecidas nos limites de competência ditados pela legislação. O vínculo de autoridade entre os órgãos de escalonamento superior com os de escalonamento inferior denomina-se hierarquia. Ela se justifica para que haja harmonia e unidade de direção.

Poder hierárquico e poder disciplinar não se confundem, mas são bastante relacionados, pois é sob a hierarquia que se mantém a disciplina e se impõe o cumprimento dos deveres funcionais, sob pena de aplicação das sanções disciplinares cabíveis.

Da hierarquia decorrem os seguintes poderes:

1. de ordenar atividades, ou seja, de determinar ao subordinado os atos a praticar ou a conduta a seguir em cada caso, o que implica, do lado do agente o dever de obediência das instruções de seu superior hierárquico, sob pena de responsabilização. As ordens emanadas do superior devem ser seguidas, a menos que sejam manifestamente ilegais, pois “ninguém será obrigado a fazer ou a deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” (art. 5º, II, CF);
2. de controlar ou fiscalizar as atividades dos órgãos ou agentes subordinados, para zelar pela legitimidade dos atos praticados e pelo cumprimento das obrigações em geral; muitas vezes não basta apenas ordenar algo, mas se deve fiscalizar e inclusive orientar o subordinado para que execute adequadamente as atribuições decorrentes de sua função;
3. de rever as decisões dos inferiores, o que exprime a aptidão da Administração, chamada de autotutela (possibilidade de reapreciação dos próprios atos), de anular atos ilegais e de revogar os atos inconvenientes ou inoportunos, por iniciativa própria (ex officio) ou mediante provocação proveniente de recursos de interessados. A revisão hierárquica é possível enquanto o ato não se tornou definitivo para a Administração, ou não criou direito subjetivo para o particular;
4. de punir ou aplicar sanções disciplinares no caso do cometimento de infrações neste âmbito, o que será abordado no próximo item;
5. de avocar ou chamar para si atribuições originariamente atribuídas ao órgão ou agente subordinado, contanto que não haja competência exclusiva conferida por lei a este último. Na avocação, o regime de responsabilização paira sobre aquele que pratica o ato, isto é, o inferior é desonerado da responsabilidade;
6. de delegar atribuições que não sejam privativas. As delegações no âmbito administrativo não podem ser recusadas pelo órgão ou agente inferior, salvo se ilegais, e também não há possibilidade de este as subdelegar sem autorização expressa do delegante; e
7. de editar atos normativos internos, tais como resoluções, portarias, instruções ou ordens de serviço, que só obrigam agentes hierarquizados à chefia que os expediu e objetivam ordenar a atuação dos órgãos subordinados.

A relação hierárquica pode ser excluída de determinados tipos de atividades, como aquelas dos órgãos consultivos, cuja função deve ser desempenhada com o

máximo de liberdade no sentido de opinarem segundo o que entendem ser mais adequado, independentemente da interferência de órgãos superiores. Note-se que mesmo os órgãos consultivos se submetem ao poder hierárquico quanto às finalidades disciplinares.

De acordo com o art. 28 da LINDB, acrescentado pela Lei nº 13.655/18, o agente público responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas em caso de dolo ou erro grosseiro (culpa grave). Note-se que para as sanções disciplinares, o art. 17 do Decreto nº 9.830/2019 determina que há possibilidade de responsabilização inclusive nos casos de ação ou de omissão culposas de natureza leve.

Aliás, a interferência política em órgãos consultivos é um assunto que merece maior atenção do Direito Administrativo, pois os órgãos consultivos devem apreciar tecnicamente as questões que lhes são submetidas. Entretanto, não raro, algum agente político exerce pressão para que a decisão técnica favoreça interesses escusos e inconfessáveis, o que faz como que o político tente influenciar o órgão técnico para que emita o parecer no sentido por ele desejado.

Esse tipo de conduta, além de configurar improbidade administrativa, pode caracterizar crime de advocacia administrativa (art. 321 do CP), se se comprovar o patrocínio direto ou indireto de interesse privado na Administração, em que o agente se utiliza da qualidade de funcionário (em sentido amplo). Trata-se de situação lamentável e que precisa ser combatida para que cada vez mais haja o respeito ao governo pautado nas leis e não nos interesses egoístas de governantes mal-intencionados.

A lei também pode atribuir competências exclusivas aos órgãos administrativos, o que exclui a ingerência de órgãos superiores.

A hierarquia, no sentido de coordenação e subordinação de atividades, é um poder próprio da função administrativa. Nas funções jurisdicional e legislativa, não se pode falar em poder hierárquico porque os Poderes Judiciário e Legislativo atuam com independência funcional.

Um tribunal superior do Poder Judiciário não pode, em regra, dar ordens e instruções no sentido de determinar a atuação jurisdicional dos órgãos de instância

inferior, exceto no caso das súmulas de efeitos vinculantes aprovadas pelo Supremo Tribunal Federal, de acordo com o disposto no art. 103-A da Constituição. Também as Casas do Congresso atuam com independência funcional.

Quando os Poderes Judiciário e Legislativo exercem funções administrativas (atípicas), eles se submetem às relações hierárquicas. É o que ocorre na fiscalização e punição efetuadas pelo Conselho Nacional de Justiça ou no controle dos Tribunais de Contas.

PODER HIERÁRQUICO

Coordenação e subordinação.

Não se confunde com poder disciplinar.

Corolários: ordenar, controlar, rever, punir, avocar, delegar e editar atos normativos internos.

Não há relações hierárquicas:

- nos órgãos consultivos;
- em havendo competência legal exclusiva;
- no desempenho das funções legislativa e jurisdicional.

Obs.: **há**, no entanto, **hierarquia** no desempenho de **funções administrativas** pelos Poderes Legislativo e Judiciário.

3.4 Poder disciplinar

É o poder que compete à Administração Pública para apurar infrações funcionais e, se for o caso, aplicar penalidades aos seus servidores e demais pessoas sujeitas à disciplina dos órgãos e serviços (DI PIETRO, 2018, p. 119).

O poder disciplinar tanto pode recair sobre servidores públicos, que possuem vínculo funcional com a Administração Pública, o que implica na existência de um processo administrativo disciplinar, em sentido amplo, como também pode recair sobre particulares que tenham uma relação jurídica especial com a Administração, que não necessariamente serão agentes públicos, como, por exemplo, o poder disciplinar para

aplicar sanções em uma escola pública, em que os estudantes são usuários do serviço público, ou a aplicação de multa direcionada a uma empresa que possua um vínculo contratual com a Administração Pública.

Não se confunde poder disciplinar com poder de polícia, pois este alcança limitações ou restrições genéricas, impostas no interesse público, ao passo que o poder disciplinar envolve a possibilidade de aplicação de sanção derivada de uma vinculação com a Administração Pública, em relação específica. Em síntese: enquanto o poder disciplinar recai sobre uma situação de vínculo específico com a Administração Pública, o poder de polícia envolve a aplicação de restrições para situações mais genéricas.

O exercício do poder disciplinar é obrigatório. Assim, a autoridade administrativa que descobre uma irregularidade no serviço tem o dever de instaurar o procedimento adequado para sua apuração e, se for o caso, deve aplicar a pena cabível; caso contrário, pode incorrer em crime de condescendência criminosa (art. 320 do CP).

Contudo, o jus puniendi realizado no Direito Penal não se confunde com o poder disciplinar, pois este é efetivado no âmbito da Administração Pública e compreende infrações relacionadas com o exercício funcional. A punição disciplinar apresenta natureza distinta da punição criminal; assim, as duas podem ser aplicadas em função de um evento, sem que ocorra bis in idem. Toda condenação criminal por delito funcional (crime contra a administração pública) acarreta a punição disciplinar, mas nem toda punição disciplinar tem implicações penais.

A tipicidade do Direito Penal é mais rigorosa do que aquela que a Administração utiliza para punir, pois em muitos casos a lei não define exatamente as infrações e se utiliza de conceitos jurídicos indeterminados para descrevê-las, tais como “procedimento irregular”, “ineficiência no serviço”, “falta grave”, deixando à Administração a discricionariedade para enquadrar as ocorrências fáticas nesses pressupostos normativos.

A pena varia de estatuto para estatuto, mas geralmente abrange a advertência, a suspensão, a demissão, a cassação de aposentadoria ou disponibilidade, a destituição de cargo em comissão e a destituição de função comissionada.

O art. 128 do Estatuto dos Servidores federal determina que na aplicação das penalidades serão consideradas a natureza e a gravidade da infração cometida, os danos que dela provierem para o serviço público, as circunstâncias agravantes e atenuantes e os antecedentes funcionais, sendo que no ato de imposição da penalidade mencionará sempre o fundamento legal e a causa da infração disciplinar. Tal noção de dosimetria da pena também é reproduzida no § 2º, do art. 22, da LINDB, com acréscimo da Lei nº 13.655/2018, segundo o qual: “Na aplicação de sanções, serão consideradas a natureza e a gravidade da infração cometida, os danos que dela provierem para a administração pública, as circunstâncias agravantes ou atenuantes e os antecedentes do agente”.

A aplicação da penalidade pressupõe a apuração por procedimento legal, em que devem ser assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e os recursos a ela inerentes (art. 5º, LV, CF).

Os procedimentos disciplinares são, em regra, bem menos complexos do que os do processo penal. No aspecto das nulidades, por exemplo, determina o art. 305 do Estatuto dos Funcionários Civis do Estado de São Paulo (Lei nº 10.261/68) que “não será declarada a nulidade de nenhum ato processual que não houver influído na apuração da verdade substancial, ou, diretamente, na decisão do processo ou da sindicância”.

Importante frisar que discricionariedade, conforme exposto, não significa arbítrio ou ausência de critérios, pois a Administração deve motivar e justificar a punição e a gradação da pena aplicada em função dos dados concretos apurados por meios regulares, e deve se pautar no critério da proporcionalidade (art. 2º da Lei nº 9.784/99) entre a falta cometida e a pena aplicada.

3.5 Poder normativo

É o poder em função do qual a Administração Pública edita atos com efeitos gerais e abstratos. O poder normativo engloba o poder regulamentar, mas não se esgota nele, pois, além do decreto regulamentar, há outras formas de expressão de sua competência normativa.

Segundo Hely Lopes Meirelles (2009, p. 186), além do decreto, são outras manifestações do poder normativo:

- instruções normativas: expedidas por Ministro de Estado para execução de leis, decretos ou regulamentos, conforme art. 87, parágrafo único, II, da Constituição;
- regimentos: atos administrativos normativos de atuação interna que se destinam a reger o funcionamento de órgãos, colegiados ou corporações legislativas;
- resoluções: expedidos por altas autoridades do Poder Executivo, à exceção do Chefe do Executivo (que edita decretos), ou pelos Presidentes dos Tribunais, órgãos legislativos ou colegiados administrativos, agências reguladoras, para disciplinar matéria de sua competência específica; e
- deliberações: atos administrativos normativos ou decisórios emanados por órgãos colegiados, sendo diferenciadas as deliberações normativas, que são atos gerais, das deliberações decisórias, que são atos individuais.

Todavia, os efeitos destes últimos atos, diferentemente do regulamento, se restringem ao âmbito de atuação do órgão que os expede. Além desse alcance mais limitado, estes atos normativos não são editados pelo Chefe do Executivo.

Regulamento não é lei, embora se pareça com lei tanto no conteúdo como na expressão de um poder normativo, dado que são determinações de caráter geral e efeitos externos, segundo Meirelles, “nem toda lei depende de regulamento para ser executada, mas toda e qualquer lei pode ser regulamentada se o Executivo julgar conveniente fazê-lo” (seleção histórica, p. 335).

Poder regulamentar é o que cabe aos Chefes do Poder Executivo, com a finalidade de expedir normas gerais complementares à lei. Ele decorre do dispositivo contido no art. 84, IV, da Constituição Federal, que determina ser de competência privativa do Presidente expedir decretos e regulamentos para fiel execução das leis.

Regulamento não é lei, pois, embora tenha um conteúdo genérico ou abstrato, não pode inovar a ordem jurídica em caráter inicial, isto é, não pode criar direitos nem

deveres, pois pelo princípio da legalidade “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” (art. 5º, II, CF). Dentro do conceito de lei, enquadram-se tão somente as espécies normativas primárias, isto é, aquelas contidas no art. 59 da Carta Magna.

O Congresso Nacional dispõe de competência, exclusivamente conferida pelo art. 49, V, da Constituição Federal, para sustar atos normativos expedidos pelo Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar. Essa é uma atribuição atípica do Legislativo, que não exclui o controle jurisdicional de ilegalidade ou inconstitucionalidade do ato.

Assim, via de regra, o ordenamento jurídico não admite a expedição de regulamentos autônomos ou independentes, ou seja, aqueles que não complementam nem desenvolvem nenhuma lei e que, portanto, inovam na ordem jurídica ou são editados sem intermediação legislativa, auferindo seu fundamento diretamente da Constituição.

A única exceção apontada na doutrina (DI PIETRO, 2018, p. 116) recai sobre a possibilidade de o Chefe do Executivo, depois da Emenda Constitucional nº 32/01, dispor, mediante decreto, sobre organização e funcionamento da administração, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos (art. 84, VI, a). Neste ponto, percebe-se que a PEC 32/2020 pretendeu ampliar demasiadamente as hipóteses do art. 84, atribuindo superpoderes ao Chefe do Executivo em moldar a estrutura administrativa sem o intermédio do Poder Legislativo.

Os termos organização e funcionamento excluem a possibilidade de criação e extinção de Ministérios e órgãos da Administração Pública, que continuam na dependência de lei, conforme explicitado no art. 88 da Constituição Federal, com redação dada pela mesma emenda.

Já a alínea b do dispositivo mencionado não alterou a sistemática anterior, uma vez que a extinção de funções ou cargos públicos pelo Chefe do Executivo quando vagos é ato de efeitos concretos, e não implica a criação de normas a esse respeito.

Por fim, cumpre ressaltar que é discutido na doutrina o fenômeno da deslegalização ou deslegifitação, que é a retirada, pelo próprio legislador, de certas

matérias do domínio da lei, passando-as para o domínio de regulamentos de inferior hierarquia. Trata-se de tema polêmico que legitima uma atuação mais intensiva das agências reguladoras na edição de atos normativos.

No caso da agência reguladora, estabelece o art. 6º da Lei nº 13.848/2019, que a adoção e as propostas de alteração de atos normativos de interesse geral dos agentes econômicos, consumidores ou usuários dos serviços prestados serão, nos termos de regulamento, precedidas da realização de Análise de Impacto Regulatório (AIR), que conterá informações e dados sobre os possíveis efeitos do ato normativo.

Ainda, o art. 9º da Lei nº13.848/2019, determina que serão objeto de consulta pública, previamente à tomada de decisão do conselho diretor ou pela diretoria colegiada, as minutas e as propostas de alteração de atos normativos de interesse geral dos agentes econômicos, consumidores ou usuários dos serviços prestados.

Note-se que enquanto a consulta é obrigatória para que haja atos normativos editados pelas agências reguladoras de interesse geral dos agentes econômicos, consumidores ou usuários dos serviços prestados, se houver a necessidade de atos normativos de autoridade administrativa de órgão ou de Poder, que não agência reguladora, a consulta é facultativa, sendo realizada preferencialmente por meio eletrônico, conforme dispõe o art. 29 da LINDB, com a redação dada pela Lei nº 13.655/2018.

PODER NORMATIVO

Editar atos de efeitos abstratos.

Espécie: *poder regulamentar* – Chefe do Executivo.

Decreto executivo – fiel execução das leis.

Obs.: de autônomo, excepcionalmente só o art. 84, VI, *a*, da Constituição, com redação da EC nº

32/2001: dispor sobre a **organização** e o **funcionamento** da administração federal, quando **não implicar**:

- 1) aumento de despesa; e
- 2) nem criação ou extinção de órgãos públicos

3.6 Poder de polícia

3.6.1 Definição

Consiste na atividade do Estado de condicionar e restringir o exercício de direitos individuais, tais como a propriedade e a liberdade, em benefício do interesse público.

No período do Estado liberal, logo após a Revolução Francesa, o conceito de interesse público limitava-se quase exclusivamente à segurança, isto é, à garantia da ordem pública. Era um período no qual o Estado foi visto como o grande violador dos direitos individuais, e, por esse motivo, seu papel era eminentemente negativo.

Posteriormente, com a Revolução Industrial e a influência da Revolução Russa, a coletividade conquistou os chamados direitos de segunda geração (ou dimensão) ou direitos sociais, o que repercutiu no papel do Estado, que passou a ser positivo, mais intervencionista e prestador de serviços públicos. A partir desse momento, o conteúdo do conceito de interesse público se ampliou para abarcar inúmeras outras hipóteses.

Atualmente, interesse público compreende: segurança, moral, saúde, meio ambiente, defesa do consumidor, propriedade, patrimônio cultural etc. Há polícias

administrativas especializadas, tais como as de segurança, do meio ambiente, aérea, marítima, aeroportuária, sanitária, de defesa civil etc.

O art. 78 do Código Nacional Tributário fornece uma definição abrangente, segundo a qual:

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

O exercício regular do poder de polícia ou a utilização, efetiva ou potencial, de serviço público específico e divisível, prestado ou posto à disposição, é fato gerador da cobrança de taxa.

As taxas – diferentemente dos preços públicos, que são cobrados em função do desempenho de atividades que não sejam especificamente estatais e, em regra, de exigência facultativa – são espécies tributárias e se submetem a uma disciplina constitucional mais rígida.

Muito embora a definição do Código Tributário Nacional explicita o poder de polícia como uma atividade da administração pública, o Poder Legislativo também o exercita, pois sua função legislativa compreende o ajuste dos direitos individuais aos interesses coletivos.

Tendo em vista essa realidade, desdobra Celso Antônio Bandeira de Mello dois conceitos de poder de polícia:

- um amplo, que abarca também a atividade do Poder Legislativo, e
- um restrito, que compreende a edição de atos administrativos, bem como de atos normativos por parte da Administração Pública, que o autor chama de polícia administrativa.

A polícia administrativa relaciona-se com:

intervenções, quer gerais e abstratas, como os regulamentos, quer concretas e específicas, como as autorizações, licenças e injunções, do Poder Executivo destinadas

a alcançar o mesmo fim de prevenir e obstar o desenvolvimento de atividades particulares contrastantes com os interesses sociais. (MELLO, 2008, p. 809).

3.6.2 Polícia administrativa e polícia judiciária

A atividade administrativa do poder de polícia divide-se em polícia administrativa e polícia judiciária. A atuação desta última é voltada para a investigação, por meio do inquérito penal. A polícia judiciária apura fatos (materialidade e autoria) que possam traduzir ilícitos penais para permitir a condenação dos infratores da lei penal. Já o conceito de polícia administrativa relaciona-se com o ilícito administrativo.

Costuma-se apontar como diferença entre essas duas polícias o fato de a administrativa atuar de forma preventiva, enquanto a judicial age de modo repressivo.

Como o objetivo da polícia administrativa seria o de impedir condutas antissociais ou evitar que os particulares adotem comportamentos contrastantes com o interesse público, e da judiciária seria apurar fatos já ocorridos, a doutrina formulou tal distinção.

Ocorre que o critério de diferenciação não é preciso, pois a polícia administrativa também atua de forma repressiva, porque ela também pune, uma vez que cobra multas, apreende bens, suspende ou interdita atividades, cassa licenças etc. O melhor critério de distinção está, portanto, no tipo de ilícito que se visa coibir (penal ou não).

A polícia administrativa incide sobre bens, direitos e atividades e se rege pelo Direito Administrativo. A polícia judiciária atua diretamente sobre pessoas. Na realidade, esta polícia não desempenha atividade jurisdicional propriamente dita. Ela se vincula ao Poder Executivo, mas obedece aos preceitos do Direito Processual Penal, e executa uma série de atribuições emanadas diretamente do juiz.

A polícia administrativa se reparte entre diversos órgãos da Administração Pública, enquanto a polícia judiciária é privativa de corporações especializadas, como a polícia civil e a militar.

3.6.3 Atributos

O poder de polícia possui, em regra, três atributos:

1. **discricionariiedade;**
2. **autoexecutoriedade;**
3. **coercibilidade.**

A discricionariiedade no poder de polícia engloba a opção legítima que a administração pública tem de escolher o melhor momento de agir, o meio de atuação e a sanção que mais se enquadra na situação concreta.

Ressalte-se que nem sempre a atuação do poder de polícia é discricionária. No caso das licenças (para dirigir veículos automotores, para funcionamento de bares e restaurantes, para o exercício de atividades profissionais ou para construir), a lei estabelece todos os requisitos para o deferimento; assim, o preenchimento das exigências legais confere ao particular o direito subjetivo de exigir da Administração a expedição do alvará.

Já o alvará de autorização, ao contrário do de licença, é ato precário e discricionário. Na autorização (de porte de armas, de circulação de veículos acima de determinado peso ou altura, de produção ou distribuição de materiais bélicos), a lei permite que a Administração analise o interesse envolvido e conceda ou não o alvará.

Trata-se de regra do Direito Administrativo no sentido de que a licença é vinculada, ao passo que a autorização é discricionária, sendo identificada, todavia, uma exceção ao figurino tradicional: a autorização no setor de telecomunicações, conforme art. 131 da Lei Geral de Telecomunicações, que é vinculada (KILMAR, NOHARA, 2020, p. 224).

Autoexecutoriedade é prerrogativa que detém a Administração Pública de praticar atos e de executar, por seus meios, suas decisões, sem precisar socorrer-se previamente ao Poder Judiciário.

Pode ser dividida em dois aspectos:

- a exigibilidade, pela qual o Poder Público se utiliza de meios indiretos de coação, tais como a impossibilidade de licenciamento do veículo se não

houver adimplemento das multas de trânsito, impostos ao particular independentemente da atuação do Judiciário; e

- a executoriedade, pela qual a Administração se utiliza de meios diretos de coação, como apreensão de mercadorias, destruição de alimentos nocivos, embargo de obra, interdição de estabelecimentos, como forma de execução forçada e se utiliza da força pública para assegurar o cumprimento de sua decisão.

A cobrança de multas representa uma exceção à autoexecutoriedade do poder de polícia, pois só é efetivada mediante processo de execução por inscrição na dívida ativa. A imposição da multa é feita de ofício, mas a cobrança só pode ser efetivada pela via judicial (MEIRELLES, 2009, p. 140).

Note-se que há decisões que admitem que o pagamento de multa seja condição para que a Administração pratique outro ato em favor do interessado, desde que haja previsão legal para tanto. Trata-se, por exemplo, da decisão contida no AI 7006451753-RS, do TJ/RS, que considera a legalidade da exigência, amparada em lei, de que se pague a multa como condição para suspensão da cassação do alvará em favor do estabelecimento.

Ademais, ressalta Di Pietro (2009, p. 120), a autoexecutoriedade depende de expressa autorização legal ou de se tratar de medida urgente sem a qual pode ocorrer um prejuízo maior ao interesse público. Note-se que o Estado responde pelos danos causados se agir de forma arbitrária ou excessiva no emprego da autoexecutoriedade de seus atos, sem prejuízo da responsabilidade dos servidores envolvidos.

A **coercibilidade** ou coercitividade é conceito bastante relacionado com a executoriedade, pois implica a imposição coativa das decisões adotadas pela Administração e admite, para o cumprimento, o emprego da força pública, caso haja resistência injustificada do particular em relação à obediência das manifestações regulares de poder de polícia.

A força pública deve ser empregada de forma proporcional à resistência enfrentada e à sua adequação ao ordenamento jurídico, sob pena de a autoridade responder por excesso de poder ou abuso de autoridade, dependendo da circunstância concreta.

Se o particular for alvo de coação infundada juridicamente por parte de agentes públicos, ele pode:

- pleitear reparação por danos morais e materiais porventura sofridos;
- representar à Administração contra a ação arbitrária de seus agentes, para que haja a apuração de eventuais ilícitos administrativos ocorridos; e
- comunicar o fato ao Ministério Público, para que tome as providências necessárias à apuração e denúncia de possíveis crimes ocorridos.

3.6.4 Limites

O poder de polícia obedece a todos os limites impostos aos atos administrativos. Assim, deve respeitar as normas concernentes à competência, à forma e à finalidade, que são aspectos geralmente vinculados em todos os atos. O seu exercício é limitado à finalidade de interesse público, sob pena de padecer de vício de desvio de finalidade.

Os motivos e os objetos dos atos administrativos, aspectos que, em determinados casos, guardam elevada carga de discricionariedade, obedecem sempre à proporcionalidade dos meios empregados com os fins visados, que se desdobra em: (1) adequação da medida em relação aos seus fins; (2) necessidade, não deve haver imposição de sanção desnecessária e excessivamente gravosa a outros bens igualmente tutelados no ordenamento jurídico; e (3) proporcionalidade em sentido estrito entre a limitação do direito e a gravidade da situação.

Não foi proporcional o decreto editado pelo governo do Distrito Federal que proibia a realização de manifestações públicas nas adjacências dos Três Poderes com a utilização de carros, aparelhos e objetos sonoros, porque sem esses meios praticamente

se inviabilizava o protesto pacífico típico do direito de reunião, tal qual praticado em todos os países democráticos (ADI 1.969/99).

O art. 1º da Lei nº 9.873/99 estabelece, para a ação punitiva da Administração Pública federal, o prazo prescricional de cinco anos, a contar da data da prática do ato, ou, no caso de infração continuada ou permanente, do dia em que houver cessado, para o exercício do poder de polícia.

3.6.5 Impossibilidade de delegação

Existe discussão doutrinária acerca da possibilidade de delegação do poder de polícia a pessoas da iniciativa privada, posicionando-se o Supremo Tribunal Federal, em geral, no sentido da impossibilidade, por se tratar de atividade típica do Estado.

O precedente que é mencionado é a decisão contida na ADI 1717/DF, de relatoria do então Ministro Sydney Sanches:

DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 58 E SEUS PARÁGRAFOS DA LEI FEDERAL Nº 9.649, DE 27.05.1998, QUE TRATAM DOS SERVIÇOS DE FISCALIZAÇÃO DE PROFISSÕES REGULAMENTADAS. 1. Estando prejudicada a Ação, quanto ao § 3º do art. 58 da Lei nº 9.649, de 27.05.1998, como já decidiu o Plenário, quando apreciou o pedido de medida cautelar, a Ação Direta é julgada procedente, quanto ao mais, declarando-se a inconstitucionalidade do caput e dos § 1º, 2º, 4º, 5º, 6º, 7º e 8º do mesmo art. 58. 2. Isso porque a interpretação conjugada dos artigos 5º, XIII, 22, XVI, 21, XXIV, 70, parágrafo único, 149 e 175 da Constituição Federal, leva à conclusão, no sentido da indelegabilidade, a uma entidade privada, de atividade típica de Estado, que abrange até poder de polícia, de tributar e de punir, no que concerne ao exercício de atividades profissionais regulamentadas, como ocorre com os dispositivos impugnados. 3. Decisão unânime. (ADI 1717, Pleno, Min. Sydney Sanches, j. 7.11.2002. In: DJ 28.3.2003, p. 61).

Também o art. 4º da Lei nº 11.079/04 estabelece como diretriz de contratação de parceria público-privada a indelegabilidade do exercício do poder de polícia e de outras atividades exclusivas do Estado, como as funções de regulação e jurisdicional.

Contudo, apesar de não se admitir a transferência do poder de polícia, alguns autores, como Celso Antônio Bandeira de Mello (2008, p. 826), ressaltam ser possível a delegação ou transferência por contrato de prestação de meros atos materiais preparatórios ou mesmo sucessivos aos atos de polícia.

Como exemplo de delegação de atos materiais anteriores à prática do ato de poder de polícia, pode-se mencionar o registro fotográfico em equipamento eletrônico ou audiovisual colocado à disposição por empresa contratada para prestar tal serviço, porquanto, como observou o STJ, no REsp 880.549/DF, que teve por relatora a Ministra Eliana Calmon, “em momento algum se confunde a prova fotográfica fornecida pelo ‘pardal’ que lastreia o auto de infração com o próprio auto” (Informativo nº 373/STJ, out. 2008).

O equipamento apenas registra uma ocorrência ou fato que serve de pressuposto para a autuação e conseqüente imposição da sanção pelo agente público competente no exercício do poder de polícia. Ademais, determina a Súmula nº 312 do STJ que “no processo administrativo para imposição de multa de trânsito, são necessárias as notificações da autuação e da aplicação da pena decorrente da infração”.

Já em relação aos atos posteriores à prática do ato de polícia, menciona Celso Antônio Bandeira de Mello (2008, p. 827) a possibilidade de a Administração Pública contratar com empresa privada a demolição ou implosão de obras efetuadas irregularmente ou que estejam desocupadas, se o proprietário não providenciar por seus meios, desde que seja devidamente intimado e legitimamente submetido a essa exigência. Logo, não é necessário que a demolição ou implosão seja feita por servidores públicos.

PODER DE POLÍCIA

Definição: atividade do Estado de condicionar e restringir o exercício de direitos individuais, tais como a propriedade e a liberdade, em benefício do interesse público.

Polícia administrativa – ilícito administrativo, recai sobre bens, direitos e atividades.

Não se trata de polícia judiciária – das corporações especializadas.

Atributos:

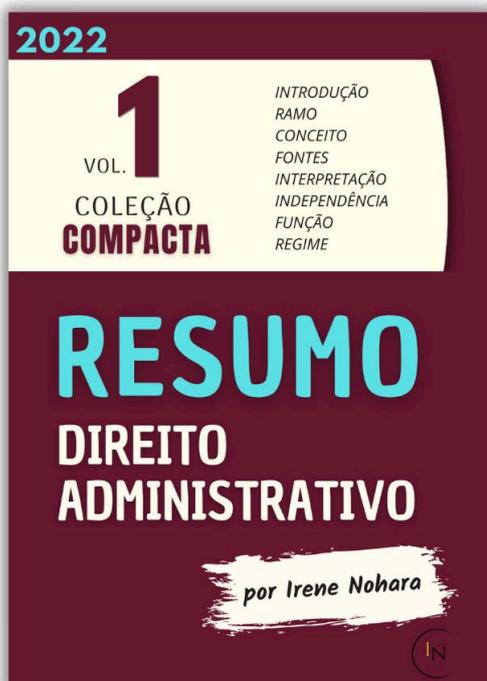
- *discricionariade* – exceção: licença;
- *autoexecutoriedade* – desde que haja previsão legal ou urgência;
- *coercibilidade*.

Limites: competência, forma e finalidade (também proporcionalidade do motivo com os efeitos).

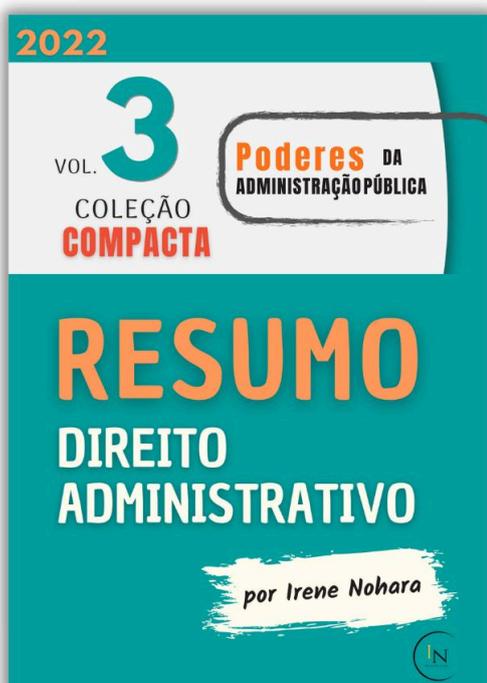
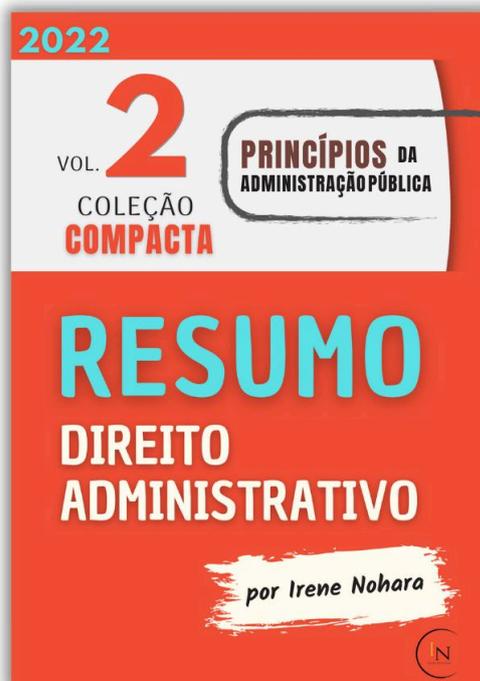
Não se admite delegação de poder de polícia por se tratar de atividade típica do Estado (ADI 1717)

CONFIRA OS VOLUMES DISPONÍVEIS NA HOTMART:

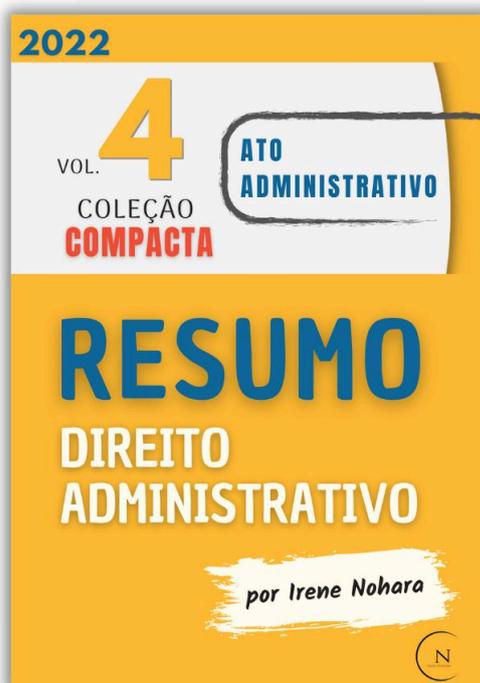
[LINK – VOL. 1 \(CORTESIA\)](#)



[LINK – VOL. 2](#)

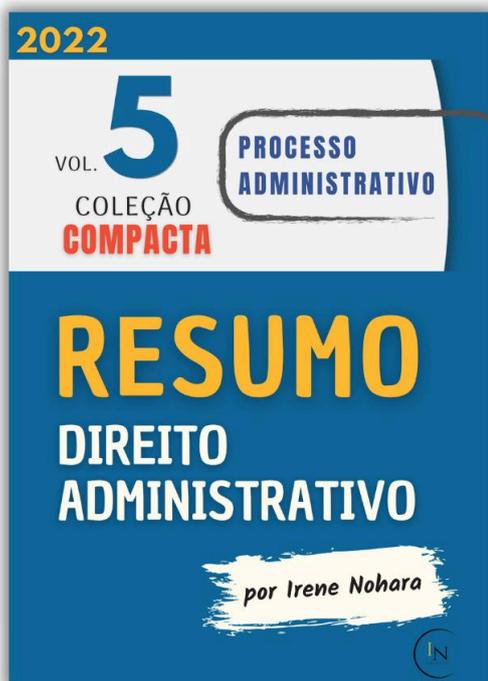


[LINK – VOL. 3](#)

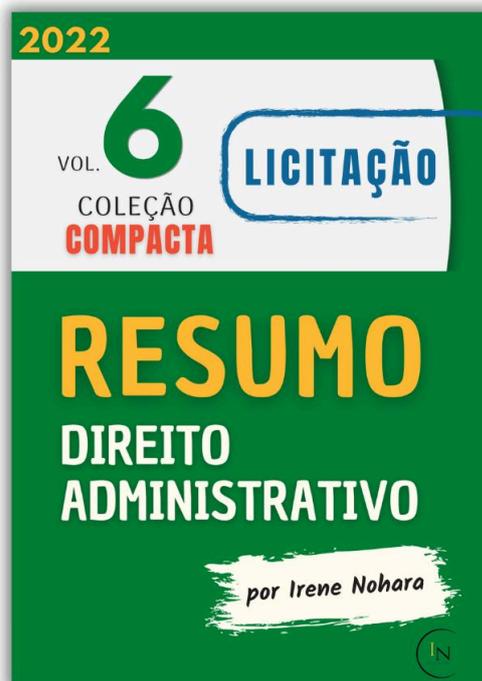


[LINK – VOL. 4](#)

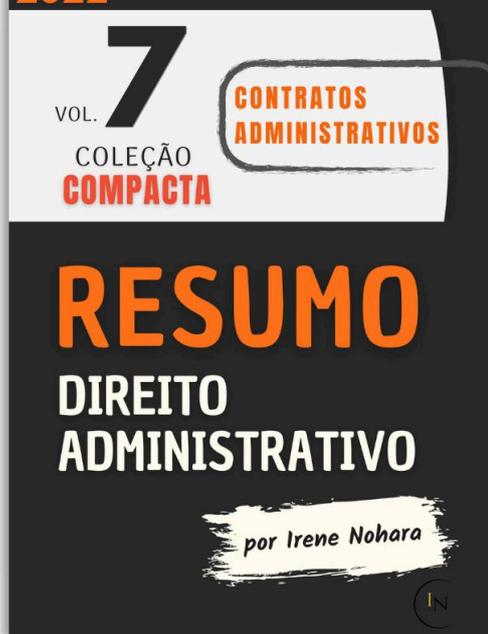
[LINK – VOL. 5](#)



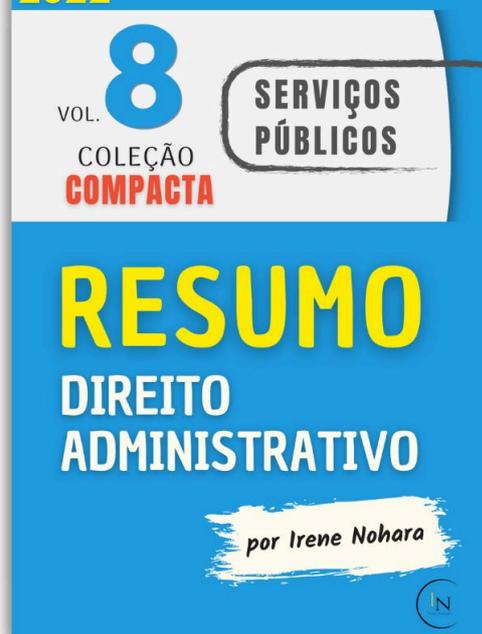
[LINK – VOL. 6](#)



2022



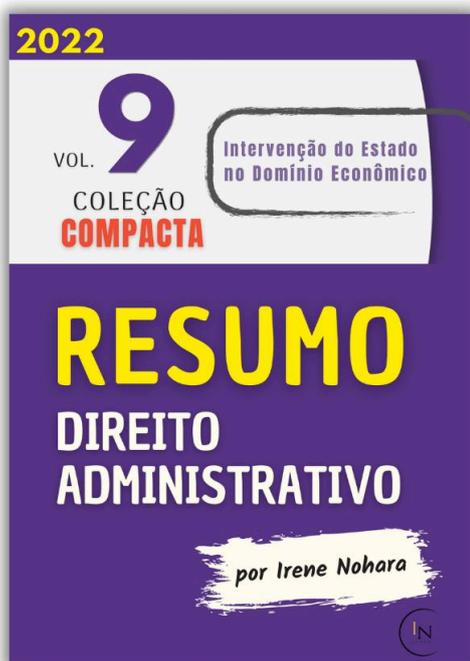
2022



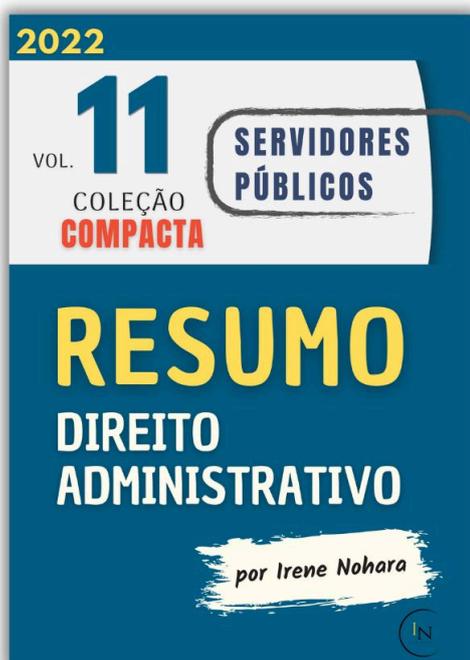
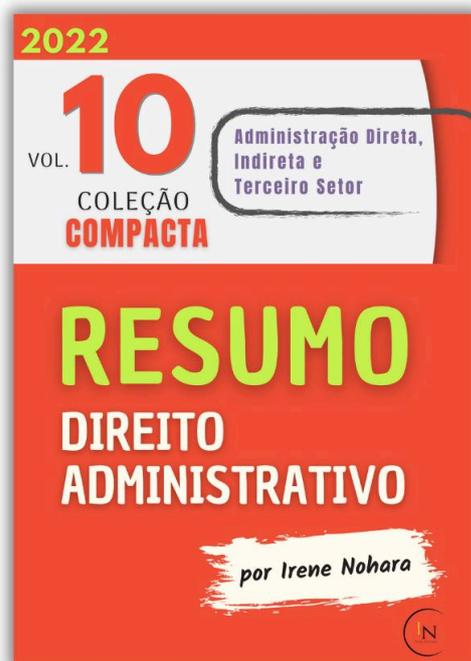
[LINK – VOL. 7](#)

[LINK – VOL. 8](#)

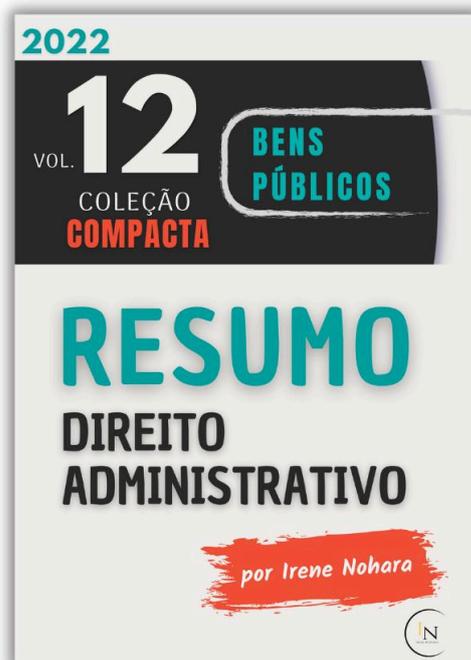
[LINK – VOL. 9](#)



[LINK – VOL. 10](#)

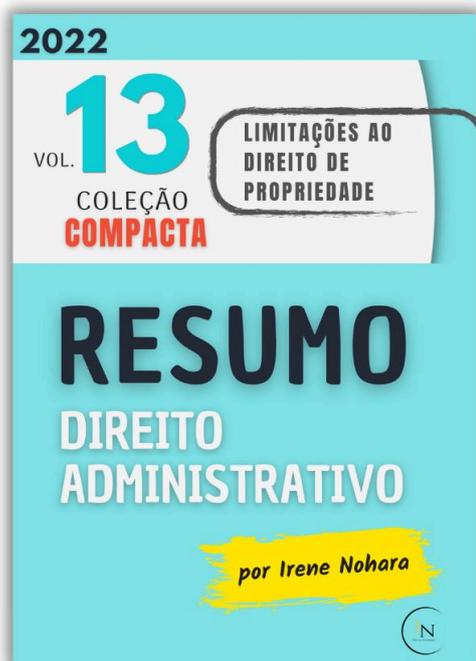


[LINK – VOL. 11](#)

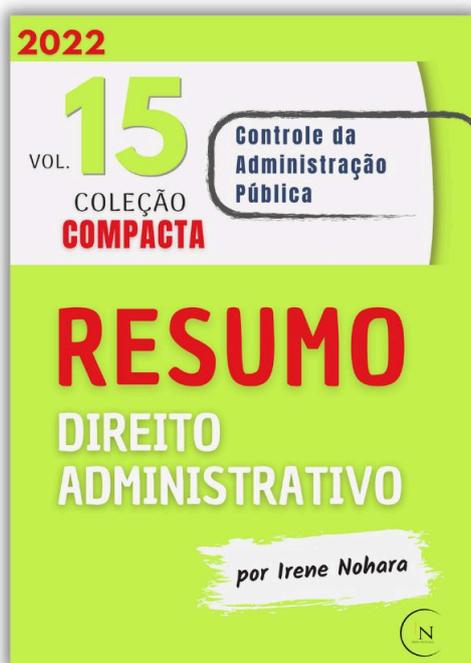
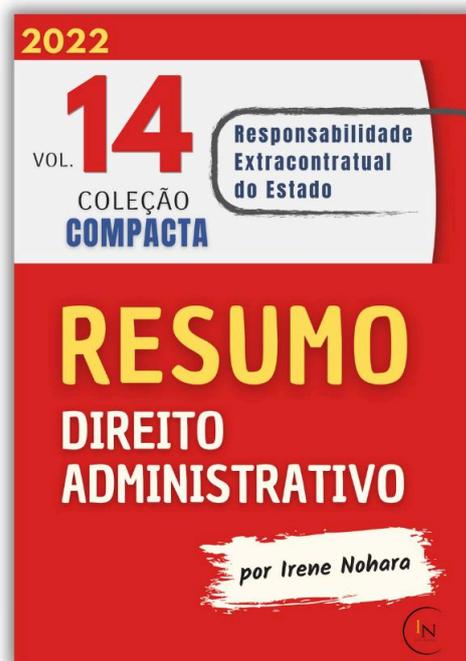


[LINK – VOL. 12](#)

[LINK – VOL. 13](#)



[LINK – VOL. 14](#)



[LINK – VOL. 15](#)