



DIREITO ADMINISTRATIVO

VERBO.APOSTILA

LEIA E ASSISTA ÀS VIDEOAULAS
NO SEU CELULAR



1º PASSO

Baixe nosso APP leitor de códigos
na Google Play ou AppStore: **QR BOOK**



2º PASSO

Encontre dentro do livro, os
códigos QR dentro das
disciplinas e temas abordados.



3º PASSO

Abra o APP **QR BOOK** e clique
em **"LER O CÓDIGO"**

4º PASSO

Aguarde o leitor fazer o **SCAN**,
na sequência se abrirá uma
videoaula específica.



5º PASSO

Pronto, aproveite a qualidade das nossas videoaulas,
com os melhores professores.





PODERES ADMINISTRATIVOS

A fim de bem atender aos interesses públicos, a Administração Pública, assim como seus agentes, é dotado de poderes, de prerrogativas que lhe são exclusivas. São os chamados “Poderes Administrativos”.

• PODERES ADMINISTRATIVOS E PODERES POLÍTICOS

Os poderes administrativos são sempre definidos por lei. Daí a estrita relação com o princípio da legalidade, segundo o qual a Administração Pública somente poderá fazer o que estiver expressamente previsto ou autorizado por lei. Sendo assim, não haverá, em hipótese alguma, poder administrativo não estabelecido previamente na legislação.

Se o Poder Executivo é aquele que detém, como função típica, a de administrar, ele é, portanto, quem preferencialmente detém os Poderes Administrativos. No entanto, não se pode afirmar que apenas o Poder Executivo goza dos poderes administrativos. Isso porque os demais poderes, obviamente, dentro de suas funções administrativas, também podem se valer de tais poderes.

Os poderes administrativos aqui tratados tem uma acepção de poder instrumental, servindo, propriamente, como mecanismos para a atuação Estatal – e não poderes políticos, estruturais ou também denominados de orgânicos, que compõem a estrutura do Estado (Poder Judiciário, Poder Legislativo, Poder Executivo). Esses poderes instrumentais manifestam-se sob diversas acepções, na prática.

No entanto, conforme lição de Hely Lopes Meirelles, tais prerrogativas serão divididas em 6 (seis) categorias, as quais são chamadas de Poderes Administrativos, sendo eles: vinculado, discricionário, hierárquico, disciplinar, regulamentar e de polícia.

• PODER VINCULADO

O poder vinculado também é conhecido como poder regrado: é aquele ao qual a lei confere uma única solução jurídica válida para a prática de um ato. Nesse sentido, a execução de determinado ato administrativo encontra-se inteiramente definida na lei, sendo validamente possível somente uma forma de proceder.

Quando verificado seu âmbito de atuação, não há falar em disponibilização, ao administrador público, de qualquer margem de opção. A título exemplificativo, a lei nº 8.112/90 estabelece que configura hipótese de demissão por abandono de cargo a ausência do servidor por mais de 30 dias. Nesse caso, verifica-se que, pela letra da lei, caso o servidor não compareça, injustificadamente, à repartição por 30 dias, não há falar em abandono de cargo. No entanto,



caso ele falte por 31 dias seguidos, ele deverá ser demitido, *a priori*, pois preenchido o critério objetivo ensejador da demissão.

Outro exemplo é trazido pelo art. 48, da lei nº 9.784/99, que estabelece o dever da Administração de explicitamente emitir decisões nos processos administrativos, e o art. 50 desta mesma lei onde há a exigência de motivação dos atos administrativos, dentre outros. Nesses casos, não poderá o agente público, por exemplo, optar por não emitir decisões no âmbito de processos administrativos ou não motivar os atos administrativos. Isso porque ele está vinculado à realização dessas atividades, por expressa disposição legal.

No poder vinculado, não há faculdade de opção do administrador: não há que se falar em mérito administrativo, pois toda atuação do administrador se resume no atendimento das imposições legais. Pela falta de possibilidade de escolha, se diz que, diante do poder vinculado, o particular tem um direito subjetivo de exigir da autoridade a adoção de determinado ato, sob pena de o agente público, não o fazendo, sujeitar-se à correção judicial.

Verificado o âmbito de exercício do poder vinculado, todos os elementos dos atos administrativos (competência, forma, finalidade, motivo e objeto) serão invariavelmente definidos pela lei em suas minúcias, não havendo qualquer espaço para o mérito administrativo.

● PODER DISCRICIONÁRIO

Ao poder discricionário confere-se determinado âmbito de atuação em decorrência da riqueza e da complexidade das situações fáticas cotidianas: a lei não pode descer às minúcias para prever, com precisão, a melhor opção para determinada situação. No exercício do poder discricionário, a Administração Pública, por sua posição mais favorável, conta com a possibilidade de valer-se daquilo que se convencionou chamar de mérito administrativo para decidir, no caso concreto, a melhor maneira de satisfazer a finalidade da lei, levando em conta critérios de conveniência e oportunidade.

Assim, em uma análise comparativa, no poder discricionário, contrariamente ao poder vinculado, a lei outorga certa liberdade de escolha ao agente público. Assim, diante de uma hipótese legal expressa, ao administrador é permitido eleger uma dentre as várias alternativas possíveis, segundo critérios de oportunidade e conveniência (equivalem à noção de mérito administrativo).

Nessa linha, temos que o Poder Discricionário de três pressupostos básicos, sendo eles: (i) a **intenção deliberada do legislador** em dotar a autoridade administrativa de certa liberdade para decidir, diante do caso concreto, a melhor maneira de realização da finalidade legal; (ii) a **impossibilidade material** de o administrador prever todas as situações fáticas, fazendo com que a regulação seja mais flexível para possibilitar a maior e melhor solução dos acontecimentos fáticos; e (iii) a **Inviabilidade jurídica** imposta pelo sistema tripartido, segundo o qual a Administração Pública deve ser realizada pelo Poder Executivo. Exigir estrita e permanente subordinação da Administração à lei seria suprimir o Poder Executivo e colocá-lo em posição de inferioridade em face do Poder Legislativo.

A discricionariedade, no entanto, não confere total grau de liberdade à autoridade pública. Isso porque, no exercício do poder discricionário, os atos encontram-se vinculados às seguintes condições: serem praticados por agente competente; atenderem à forma legal estabelecida em lei e terem por finalidade o atendimento do interesse público. Em outras palavras, isso significa que, dos 5 elementos dos atos administrativos (competência, forma, finalidade,

motivo e objeto), os três primeiros (competência, forma e finalidade) serão invariavelmente determinados pela lei, enquanto que os dois últimos (motivo e objeto) poderão ser determinados pelo mérito administrativo.

O poder discricionário encontra seu espaço de liberdade no mérito administrativo que, em uma definição mais acertada, constitui o conjunto de critérios subjetivos, notadamente de conveniência e oportunidade, de que se vale a autoridade administrativa para a definição dos motivos e do objeto quando da prática de atos discricionários. Na lição de Alexandre Mazza, é

*“a margem de liberdade que os atos discricionários recebem da lei para permitir aos agentes públicos escolher, diante da situação concreta, qual a melhor maneira de atender ao interesse público. Trata-se de um juízo de conveniência e oportunidade que constitui o núcleo da função típica do Poder Executivo, razão pela qual é vedado ao Poder judiciário controlar o mérito do ato administrativo”.*¹

Nessa mesma linha conceitual, para Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo, mérito administrativo é *“o poder conferido pela lei ao administrador para que ele, nos atos discricionários, decida sobre a oportunidade e conveniência de sua prática”.*² Finalmente, de forma mais sintética, Maria Sílvia Zanella Di Pietro refere que mérito *“é o aspecto do ato administrativo relativo à conveniência e oportunidade; só existe nos atos discricionários”.*³

A atuação do poder discricionário pode se dar em duas situações emblemáticas principais: (i) existência de margem de escolha relativa a duas ou mais opções previstas em lei e (ii) existência de conceitos jurídicos indeterminados/vagos, que ensejam a necessidade de valoração pelo agente público. Em relação à primeira situação, a título exemplificativo, a lei nº 8.666/93 estabelece que, para alienar bem adquirido por decisão judicial ou por dação em pagamento, isso poderá ocorrer mediante concorrência ou leilão. O agente público é quem irá decidir qual a modalidade mais benéfica em cada caso. Já no que tange à segunda hipótese, os limites da atuação do agente público são mais nebulosos, pois não há opções expressamente previstas. Assim, nesses casos de conceitos jurídicos indeterminados, ao Poder Judiciário não é dado intervir no mérito do ato administrativo discricionário. Isso não significa, no entanto, que não possa haver controle jurisdicional referente aos aspectos de legalidade do ato administrativo. Competirá ao juiz o controle dos limites do mérito, o qual está definido em lei. Assim, se o administrador público extrapolar os limites do mérito, o Poder Judiciário poderá intervir, pois isso está dentro do controle de legalidade.

Quando se trata de conceitos jurídicos indeterminados, deve-se lançar mão do princípio da razoabilidade, que estabelece uma zona de razoabilidade. Nessa linha, o administrador não pode extrapolar os limites da razoabilidade quando da aplicação de conceitos jurídicos indeterminados. Há uma zona de discricionariedade dentro da qual se faculta ao agente público a ação, que está situada entre a zona de certeza do sim e a zona de certeza do não.

Nesse particular, uma distinção importante que deve ser feita refere-se à diferenciação entre discricionariedade e arbitrariedade: a arbitrariedade se dá à margem da lei, contrária à lei, de forma abusiva. Por isso, um ato arbitrário será sempre ilegítimo e ilegal. Do contrário, a discricionariedade é praticada dentro dos limites e nos termos impostos pela própria lei.

¹ MAZZA, Alexandre. *Manual de Direito Administrativo*. 4ª ed. Saraiva. 2014. p. 246.

² ALEXANDRINO, Marcelo e PAULO, Vicente. *Direito Administrativo Descomplicado*. 16ª ed. Método. São Paulo. 2008, p. 415.

³ DI PIETRO, Maria Sílvia Zanella. *Direito Administrativo*. 27ª ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 226.

O poder discricionário, entretanto, mesmo nesses casos de valoração de conceitos jurídicos indeterminados, não significa liberdade absoluta, já que encontra limites na própria legislação, e também nos princípios da razoabilidade, da proporcionalidade e da moralidade, que, por sua vez, não se encontram na noção de mérito administrativo, mas sim no conceito de legalidade. Assim, um ato desproporcional, desarrazoado ou imoral será considerado ilegal. Além desses limites, a discricionariedade administrativa também esbarra na competência, na forma e na finalidade do ato, uma vez que estes sempre são impostos pela lei.

● PODER HIERÁRQUICO

Poder Hierárquico é o poder que a Administração Pública possui para fins de se organizar, de se estruturar, de distribuir funções entre os diversos órgãos que a compõem. O poder hierárquico, segundo Hely Lopes Meirelles, é o de que dispõe o Poder Executivo para distribuir e escalonar as funções de seus órgãos, ordenar e rever a atuação de seus agentes, estabelecendo a relação de subordinação entre os servidores do seu quadro de pessoal.

Ainda em uma análise doutrinária, para Maria Sylvia Zanella Di Pietro⁴, o estabelecimento da hierarquia é instituído por uma relação de coordenação e subordinação entre os órgãos. A sub-missão hierárquica retira do inferior a possibilidade de ação política, ou seja, o despe de ação de comando e possui os seguintes objetivos: (i) ordenação, que é a repartição e o escalonamento vertical das funções entre os agentes públicos, para maior eficiência no exercício das atividades estatais; (ii) coordenação, que é a conjugação das funções, com o objetivo de obter harmonia na sua efetivação, resulta na perfeita execução dos serviços pertinentes a determinado órgão; (iii) controle, que consiste na fiscalização dos subordinados pelos superiores, para que seja assegurado o cumprimento das leis e instrução, inclusive do comportamento e da conduta de cada um deles; (iv) correção, que significa que os erros administrativos são corrigidos pela ação revisora dos superiores sobre os atos dos subalternos. Da verificação da atuação do poder hierárquico, nascem diversas faculdades implícitas à autoridade ou ao órgão em posição de superioridade. São, então, decorrências do poder hierárquico⁵:

- **Dar ordens** (art. 116, Lei 8.112/90): consiste em determinar aos subordinados os atos a serem praticados e a conduta a seguir em cada caso concreto. Implica também no dever de obediência para estes últimos, ressalvadas as ordens manifestamente ilegais;

- **Fiscalizar** (art. 53, Lei 9.784/99): trata-se da atividade dos agentes ou órgãos inferiores, para examinar a legalidade de seus atos e o cumprimento de suas obrigações, podendo anular os atos ilegais ou revogar os inconvenientes ou inoportunos, seja *ex officio*, seja mediante provocação dos interessados, por meios de recursos hierárquicos;

- **Avocar** (art. 15, Lei 9.784/99): significa chamar para si atribuições que sejam de seus subordinados. No entanto, tal prática só poderia ocorrer na existência de razões que a justifiquem, posto que a avocação, além de desprestigiar um servidor, provoca desorganização do funcionamento normal do serviço. Não pode ser avocada atribuição que a lei expressamente atribui como exclusiva a órgão ou agente, mesmo que inferior. Nesse sentido, nos termos do art. 13, Lei 9.784/99, não podem não podem ser objeto de delegação nem de avocação:

Art. 13. (...)

I - a edição de atos de caráter normativo;

II - a decisão de recursos administrativos;

⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 15ª ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 92.

⁵ MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 12ª ed. São Paulo: RT, 2008, p. 116.

III - as matérias de competência exclusiva do órgão ou autoridade.

- **Delegar** (arts. 11 a 14, Lei 9.784/99): consiste em atribuir temporariamente competências e responsabilidades que sejam suas, porém não lhe sejam exclusivas. As delegações são admissíveis sempre, desde o inferior delegado esteja em condições de exercê-los e que a lei que atribua a competência não diga em contrário, sendo esta delegação revogável a qualquer tempo. Nesse sentido, nos termos do art. 13, Lei 9.784/99, não podem não podem ser objeto de delegação nem de avocação:

Art. 13. (...)

I - a edição de atos de caráter normativo;

II - a decisão de recursos administrativos;

III - as matérias de competência exclusiva do órgão ou autoridade.

As decisões e os atos praticados por delegação devem mencionar explicitamente esta qualidade e considerar-se-ão editadas pelo delegado. Isso quer dizer que o agente recebeu a delegação será considerado como o praticante do ato, devendo responder por todos os efeitos que dele provierem. Nesse sentido, a Súmula 510, STF, que dispõe que

Súmula 510. Praticado o ato por autoridade, no exercício de competência delegada, contra ela cabe o mandado de segurança ou a medida judicial.

- **Rever** (art. 53, Lei 9.784/99): é a atividade de apreciar os atos dos inferiores em todos os seus aspectos (competência, objeto, oportunidade, conveniência, justiça, finalidade e forma), para mantê-los ou invalidá-los, de ofício, ou mediante provocação de interessado. Nessa atividade, deve-se ter em conta que a revisão hierárquica se mostra possível enquanto o ato não se tornou definitivo para o particular, ou seja, não gerou um direito adquirido para quem a ele se relacionar.

● PODER DISCIPLINAR

Em uma primeira análise do poder disciplinar, é importante iniciar por referir que poder hierárquico e poder disciplinar não se confundem, mas andam juntos⁶. Em outras palavras, poder hierárquico e poder disciplinar são poderes diferentes entre si, em sua essência, mas estão intrinsecamente ligados um ao outro, não sendo exagero que um seja considerado como decorrente do outro e, por isso andam lado a lado invariavelmente.

O Poder Disciplinar é um poder interno, que não se manifesta em relação a particulares em geral. É um poder sancionatório: a Administração Pública pode aplicar penalidades, inclusive no âmbito de outros Poderes. O poder disciplinar é aquela faculdade conferida à Administração Pública de apurar internamente infrações disciplinares e impor penalidades aos seus próprios agentes e às demais pessoas sujeitas à disciplina administrativa⁷. Não deve, portanto, ser confundido com o poder punitivo do Estado (*jus puniendi*), que é exercido através do Poder Judiciário tendo em vista o cometimento de infração penal (crimes e contravenções).

Em termos práticos, por exemplo, a demissão de um servidor público por força de ordem judicial, nos autos de ação criminal ou de improbidade administrativa, não pode ser considerada como manifestação do poder disciplinar, mas sim do poder punitivo do Estado.

⁶ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 27ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 120.

⁷ SANTANNA, Gustavo. *Direito Administrativo: série objetiva*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2009, p. 39.

O poder disciplinar se aplica, então, exclusivamente a agentes públicos submetidos a vínculo de subordinação (servidores, empregados, temporários, etc), além de outros sujeitos a regime especial de disciplina, tais como estudantes de escolas e universidades públicas e empresas contratadas pelo Poder Público. Nessa linha, pode-se dizer que ele deriva de vínculo especial entre o Estado e o sujeito que está sendo punido. Por vínculo especial, existem 2 espécies de vínculos: (i) vínculo hierárquico; e (ii) vínculo contratual, que decorre de contrato administrativo.

Assim, por exemplo, diretora de escola pública poderá aplicar penalidade em alunos matriculados, pois, no momento da matrícula, criaram vínculo especial com a Administração Pública. Quando o vínculo especial decorrer de hierarquia, temos algumas sanções previstas pela Lei 8.112/90, aplicáveis aos servidores públicos federais, tais como a demissão, a suspensão por até 90 dias e a advertência. Em relação a cargos e funções em comissão, a sanção atribuída é a destituição. No que tange àquelas condutas puníveis com a sanção de demissão, mas nos casos em que o servidor já esteja aposentado ou em disponibilidade, temos como sanção decorrente da aplicação do poder disciplinar a cassação da aposentadoria ou da disponibilidade.

Por outro lado, quando o vínculo especial decorrer de contrato administrativo, o poder disciplinar estará regulamentado no contrato, de acordo com os parâmetros legais da Lei 8.666/93, consubstanciando-se nas sanções de advertência, de multa (sanção pecuniária), de suspensão de contratar com o poder público (até 2 anos) e de declaração de inidoneidade da empresa (até 2 anos).

Todas as hipóteses de aplicação do poder disciplinar restringem a esfera jurídica do particular. Por essa razão, devem estar previstas em lei e observar o devido processo legal, englobando o contraditório e a ampla defesa.

● PODER REGULAMENTAR

O poder normativo da Administração Pública, também chamado de **poder regulamentar** (poder de expedir regulamentos), está relacionado à **edição de normas gerais e abstratas** pela Administração Pública, de **caráter secundário** em relação aos atos legislativos. Tal função normativa se expressa basicamente por meio de **instrumentos regulamentares** tais como os decretos, resoluções, portarias, instruções etc.

A expedição de regulamentos consubstancia uma **função típica da Administração Pública** (portanto, é uma **função administrativa**), que não deve ser confundida com o poder normativo **atipicamente** exercido pelo Executivo ao expedir atos normativos primários (medidas provisórias e leis delegadas).

Dispõe o art. 84, IV, CF, que “*compete privativamente ao Presidente da República: (...) sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução*”. Com base nesse dispositivo constitucional, o conceito estrito de **regulamento** é traçado como sendo “*ato administrativo, editado privativamente pelo Chefe do Poder Executivo, segundo uma relação de compatibilidade e hierarquia com a lei, a fim de assegurar seu fiel cumprimento e execução*”.⁸ Porém, à vista dos demais instrumentos regulamentares referidos, a doutrina tem também concebido o termo sob uma significação mais ampla, de modo a abranger todos os atos normativos expedidos por órgãos e entes da Admi-

⁸ MOTA, Fabrício. *Função Normativa da Administração Pública*. Belo Horizonte: Ed. Fórum.

nistração Pública, nos mais diversos escalões de competência, com o escopo de viabilizar a aplicação da lei.

Como bem destaca Fabrício Mota,

“o constitucionalismo contemporâneo não somente admite como exige, por razões diversas, que o Executivo dite normas”, considerando que “não há possibilidade de se governar uma sociedade como a atual, cujas inter-relações são cada vez mais complexas e sutis, sem atribuir ao Executivo função normativa”.⁹

Em síntese, o regulamento executivo é editado para:

*“a) precisar e padronizar os procedimentos que serão adotados em alguma ação administrativa determinada pela lei;
b) precisar o conteúdo de conceitos enunciados, na lei, de modo vago ou impreciso;
c) delimitar os contornos da competência discricionária legal”.¹⁰*

Haja vista a complexidade da organização da Administração Pública no Estado contemporâneo, cada vez mais descentralizada, é inevitável que outras autoridades, que não apenas o Chefe do Executivo, disponham também de competências para editar normas administrativas. A própria Constituição assim sinaliza quando prevê, por exemplo, a competência dos Ministros de Estado para expedir instruções para a execução das leis, decretos e regulamentos (art. 87, II).

Daí porque, explica Maria Sylvia, “além do decreto regulamentar, o poder normativo da Administração ainda se expressa por meio de resoluções, portarias, deliberações, instruções editadas por autoridades que não o Chefe do Executivo”.¹¹ Tais atos, segundo Celso Antônio,

“alojam-se em nível inferior ao próprio regulamento. Enquanto este é ato do Chefe do Poder Executivo, os demais assistem a autoridades de escalão mais baixo e, de conseguinte, investidas de poderes menores. Tratando-se de atos subalternos e expedidos, portanto, por autoridades subalternas, por via delas o Executivo não pode exprimir poderes mais dilatados que os suscetíveis de expedição mediante regulamento”.¹²

Apesar de a doutrina reconhecer a existência de instrumentos normativos inferiores, há certa divergência sobre a natureza dos atos normativos expedidos pelas autoridades subalternas, em contraponto aos decretos e regulamentos de competência privativa do Chefe do Executivo. Parece-nos, todavia, que a questão se resolve simplesmente recorrendo-se à distinção entre a **substância** e a **forma** do regulamento, atentando-se, é claro, para os distintos regimes jurídicos a que se submete cada espécie normativa. A **substância** traduz a essência dos regulamentos, ou seja, o seu aspecto intrínseco, aquilo que revela a natureza regulamentar do ato normativo secundário (estabelecimento de normas de conduta, gerais e abstratas, desdobradas a partir da lei). Já a **forma** diz respeito aos variados instrumentos dos regulamentos, o seu aspecto extrínseco, aqueles atos administrativos através dos quais os regulamentos se revelam. No tocante a este aspecto, os regulamentos podem ser exteriorizados através de decretos, portarias, resoluções, instruções normativas, dentre outros.

⁹ *Idem.*

¹⁰ *Ib idem.*

¹¹ DI PIETRO, *Direito Administrativo*, cit.

¹² MELLO, *Curso...*, cit.

Os decretos são atos de competência dos Chefes do Poder Executivo, nas três esferas de poder: Presidente, Governadores e Prefeitos. No dizer de Geraldo Ataliba,

*“decreto é a **forma** (veículo) de manifestação da vontade do chefe do Executivo. Quando essa manifestação se dá no exercício de competência regulamentar, tem-se o decreto regulamentar. Dessa consideração se vê que o decreto é a forma, o continente. Regulamento é a matéria, o conteúdo”.*¹³

Do mesmo modo, todos os demais atos normativos secundários expedidos por órgão e entes da Administração são instrumentos regulamentares (sentido formal), dotados de natureza normativa (regulamentos, em sentido substancial). As portarias em geral competem ao escalão administrativo superior, onde se situam os ministros e secretários de governo. As resoluções são atos de competência de órgãos colegiados, como, por exemplo, o CONTRAN. Já as instruções são atos normativos de nível inferior, destinados aos órgãos subalternos.

Registre-se, contudo, que nem todo decreto terá caráter normativo. Tal como acontece inclusive com alguns atos legislativos (v.g. leis que tratam de movimentação no orçamento público), há decretos que funcionam não como veículos de normas gerais e abstratas, mas, sim, para estabelecer **efeitos concretos**. É o que ocorre, v.g., com o decreto que declara imóvel como de interesse social, para fins de reforma agrária (art. 184, §2º, CF). Isso também ocorre com outros instrumentos comumente utilizados com finalidade normativa (portarias, resoluções), mas que em alguns casos são expedidos sem este fim, gerando apenas efeitos concretos, como ocorre, por exemplo, numa portaria que nomeia um servidor público.

A distinção é importante porque somente os atos de efeitos concretos comportam questionamento na via do mandado de segurança, descabendo este remédio contra atos normativos (**Súmula 266, STF**). Outrossim, não é possível questionamento de ato de efeito concreto por via de controle concentrado de constitucionalidade, como já se posicionou o STF.¹⁴

• REGULAMENTOS DE EXECUÇÃO E AUTÔNOMOS

A doutrina faz algumas classificações sobre os regulamentos, sendo a principal delas a que separa os regulamentos em **executivos** e **autônomos**.

Tudo o que foi dito no tópico anterior aplica-se aos **regulamentos executivos**, por meio dos quais se busca tão-somente assegurar a **fiel execução da lei** (art. 84, IV, CF). Não inovam a ordem jurídica, pois visam apenas desdobrar os comandos normativos da lei a fim de melhor instrumentalizar a sua aplicação pelos seus destinatários, em especial os agentes administrativos. São estes a regra geral do direito brasileiro, onde só os atos legislativos podem inovar na ordem jurídica (fontes primárias do Direito). Os regulamentos, como atos administrativos, são fontes secundárias do Direito.

Já os **regulamentos autônomos** (também chamados de **independentes**), inovam a ordem jurídica, não sendo em regra admitidos pela Carta Magna de 1988, haja vista as garantias asseguradas pelo princípio da legalidade (art. 5º, II, CF), em conformidade com o qual somente os atos legislativos podem criar, modificar ou extinguir direitos e obrigações. Apenas se admitiu a edição de regulamentos autônomos em situações autorizadas pela própria Constituição, como ocorreu no tocante aos regulamentos editados por alguns órgãos do Executivo cuja competência normativa era prevista anteriormente a 1988, pelo prazo de cento e oitenta dias prorrogável por lei, na forma do art. 25, I, ADCT.

¹³ ATALIBA, Geraldo. *Decreto regulamentar no sistema brasileiro*. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, n. 97, 1969.

¹⁴ V.g. RMS 24266/DF, rel. Min. Carlos Velloso, julg. 07/10/2003; ADI-MC-QO 1937, rel. Min. Sepúlveda Pertence, julg. 20/06/2007.

Alguns doutrinadores entendem que a Emenda Constitucional n. 32/01 teria excepcionalmente criado outra espécie de regulamento autônomo entre nós, ao modificar o art. 84, VI, da Carta Magna, passando a admitir que o Presidente da República possa dispor, mediante decreto, sobre: “a) *organização e funcionamento da administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos; b) extinção de funções ou cargos públicos, quando vagos*”. Disso discorda Celso Antônio, para quem o Direito brasileiro apenas admite a existência de regulamentos executivos, sendo equívoco “*imaginar que o art. 84, VI, da Constituição do País introduziu em nosso Direito os chamados ‘regulamentos independentes ou autônomos’ encontrados no Direito europeu*”.¹⁵ Conclui, por conseguinte, que

“entre nós, por força dos arts. 5º, II, 84, VI, e 37 da Constituição, só por lei se regula liberdade e propriedade; só por lei se impõe obrigações de fazer ou não fazer. Vale dizer: restrição alguma à liberdade ou à propriedade pode ser imposta se não estiver previamente delineada, configurada e estabelecida em alguma lei, e só para cumprir dispositivos legais é que o Executivo pode expedir decretos e regulamentos”.¹⁶

Fato é que o tratamento jurídico dado aos regulamentos no Direito brasileiro difere daquele existente em outros países. Aqui o vetor constitucional que contempla o princípio da legalidade é deveras forte para se admitir genericamente competências normativas primárias atribuídas ao Executivo. Predomina, então, a figura do regulamento executivo. O contrário se vê, por exemplo, na França, onde a própria Constituição prevê expressamente um rol aberto de matérias afetas ao campo normativo regulamentar, ou seja, há grande espaço para regulamentos autônomos.

Não obstante, o STF já reconheceu a existência de regulamentos autônomos editados por órgãos administrativos com competência normativa prevista na própria Constituição, como é o caso do CNJ.

Sabe-se que a função legislativa é exercida tipicamente por órgãos que integram o chamado Poder Legislativo, que, no sentido orgânico, abrange as diversas casas parlamentares existentes no país (no âmbito federal, o Congresso Nacional, composto pelo Senado Federal e pela Câmara dos Deputados; no âmbito estadual, as Assembléias Legislativas; no âmbito municipal, as Câmaras de Vereadores). A própria Constituição admite ainda que outros órgãos, não integrantes do Legislativo, exerçam atipicamente a função legislativa. O exemplo clássico é o das Medidas Provisórias editadas pelo Chefe do Executivo, com força de lei. O mesmo ocorre com as leis delegadas. São, ambos, atos legislativos. Não são meros regulamentos executivos, eis que inovam na ordem jurídica. Vale dizer, trata-se aí de competência normativa primária (função legislativa) e não competência regulamentar (função administrativa normativa).

Mas essa função legislativa atípica não se resume ao exemplo das medidas provisórias. Existem também outros órgãos e entidades aos quais a Constituição atribui a competência normativa primária, em função da autonomia que devem dispor em respeito ao princípio da separação dos poderes, entendimento que já encontra força na doutrina e na jurisprudência. É o caso, por exemplo, dos regimentos internos editados pelos Tribunais, Casas Parlamentares e órgãos do Ministério Público, bem como certas resoluções expedidas pelo Conselho Nacional de Justiça (CJN) e do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP). Por conseguinte, tais disposições não são meros regulamentos executivos, mas, sim, atos com o mesmo grau hierárquico dos atos legislativos e, portanto, inovadores da ordem jurídica.

¹⁵ MELLO, *Curso...*, cit.

¹⁶ *Idem*.

Em relação aos regimentos internos dos Tribunais, conforme dispõe o art. 96, I, *a*, CF, desde que respeitem as normas sobre processo e garantias processuais das partes, poderão dispor **primariamente** sobre a competência e funcionamento dos seus respectivos órgãos jurisdicionais e administrativos. São, deste modo, atos de natureza mista, dispondo, os Tribunais, por meio deles, tanto de competência normativa primária quanto secundária.

No tocante aos atos normativos expedidos pelo CNJ, a regra do art. 103-B, §4º, I, CF, lhe atribui competência para zelar pela autonomia do Poder Judiciário e pelo cumprimento do Estatuto da Magistratura, podendo expedir atos regulamentares, no âmbito de sua competência, ou recomendar providências. Por força desta regra, diretamente extraída da Constituição, o STF considerou válida a Resolução n. 07/05 daquele órgão, tratando de procedimentos para evitar a prática de nepotismo no Judiciário, concluindo, assim, tratar-se de ato normativo **primário**, expedido independente de prévia lei tratando da matéria. Tem-se aí, portanto, uma espécie de regulamento autônomo. O mesmo ocorre com certos atos regulamentares expedidos pelo CNMP.

• LIMITES DO PODER REGULAMENTAR E O ART. 84 DA CF/88

Do que foi visto até aqui, infere-se que no Brasil a regra geral é a dos regulamentos executivos, ou seja, aqueles que visam apenas assegurar a **fiel execução da lei**, como previsto no art. 84, IV, CF.

Traçadas as balizas constitucionais para o exercício do poder regulamentar, a Carta Magna cuida também de instituir mecanismos jurídicos de controle do seu exercício.

Primeiramente, tem-se o controle pelo Poder Legislativo, a quem cabe precipuamente zelar pela sua autonomia no exercício da atividade legiferante, obstando a ocorrência de usurpação pelo Poder Executivo. Daí que o art. 49, V, CF, prevê a possibilidade de sustação de atos regulamentares que extrapolem os limites da função normativa secundária.

Ao lado disso, o controle do poder regulamentar pode ser feito pela própria Administração (**Súmula 473, STF**) ou mediante provocação do Poder Judiciário, toda vez em que se questionar a ilegalidade ou inconstitucionalidade de um ato administrativo de caráter normativo.

• REGULAMENTAÇÃO E REGULAÇÃO

Como dito acima, o termo **regulamentação** há muito vem sendo utilizado no Direito Administrativo brasileiro, reportando-se genericamente ao **poder normativo** da Administração Pública, onde tem destaque a figura do **regulamento**.

Já a expressão **regulação**, não obstante se refira a um fenômeno natural ao moderno Estado de Direito, teve um emprego mais recente entre nós, especificamente quando vieram à tona concepções ideológicas defendendo a gradativa substituição do modelo burocrático (que, adotando a noção francesa clássica de serviço público, foi o que predominou no Estado do Bem-Estar Social) pelo modelo gerencial (inspirado na experiência norte-americana de **Estado Regulador**, em lugar do **Estado Providência**). Isso levou ao surgimento das nossas primeiras agências reguladoras em meados da década de 1990.

Sob este prisma, **regulamentação** é apenas um dos instrumentos da **regulação**, tendo esta um sentido muito mais amplo no atual contexto de intervenção estatal em assuntos eco-

nômicos e sociais. Como aponta a doutrina, “a expressão ‘regulamentação’ corresponde ao desempenho de função normativa infraordenada, pela qual se detalham as condições de aplicação de uma norma de cunho abstrato e geral, tal como dispõe o art. 84, IV, da Constituição. O conceito de **regulação** é muito mais amplo e qualitativamente distinto. Eventualmente, a **regulação** pode se traduzir em atos de **regulamentação**”¹⁷, mas não se atém apenas à edição de regulamentos, nem tampouco se restringe ao exercício do poder de polícia.

● CONCEITO E ORIGEM DO PODER DE POLÍCIA

Nenhum direito individual, por mais precioso que seja, é absoluto, pois sempre encontrará limites em outros direitos individuais e, sobretudo, em direitos coletivos, cabendo precisamente ao Estado utilizar as regras do Direito para equilibrar os interesses individuais com o interesse público. Quando assim atua, diz-se que o Estado exerce o seu poder de polícia administrativo, que, segundo Hely Lopes,

*“é a faculdade de que dispõe a Administração Pública para condicionar e restringir o uso e gozo de bens, atividades e direitos individuais, em benefício da coletividade ou do próprio Estado”.*¹⁸

O fundamento do poder de polícia da Administração é o interesse público em prol da coletividade. Simplificando, o citado autor qualifica o poder de polícia com um **mecanismo de frenagem** de que dispõe a Administração Pública para conter os abusos do direito individual.

A doutrina identifica o poder de polícia em sentido amplo e em sentido estrito. No primeiro caso, abrange todos os atos estatais, com destaque para os de natureza legislativa, os quais balizam juridicamente as esferas da liberdade e propriedade individuais, conformando-as ao interesse da coletividade. Esse foi o sentido originalmente empregado no direito americano (*police power*), a partir do clássico caso *Brown vs. Maryland*, em que se considerou constitucional a edição de leis impondo condicionamentos ao direito de propriedade. Já no sentido estrito, a expressão refere-se especificamente aos atos praticados pela Administração Pública.

No Brasil, seguindo a tradição francesa, a doutrina emprega a expressão em seu sentido estrito (atividade administrativa), que também foi o adotado pelo ordenamento pátrio. De fato, o conceito estrito está, entre nós, positivado no art. 78 do Código Tributário Nacional, segundo o qual

Art. 78. Considera-se poder de polícia atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou 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 tranqüilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos.

Também está mencionado expressamente no art. 145, II, CF, como referência a uma das espécies de fatos geradores das taxas.

O STF há muito enfocou o conceito do poder de polícia como sendo a “*faculdade que tem o estado de opor à liberdade do cidadão as condições necessárias para garantir a saúde, a*

¹⁷ JUSTEN FILHO, *Curso...*, cit.

¹⁸ MEIRELLES, *Direito Administrativo Brasileiro*, cit.

vida, a segurança individual e os interesses legítimos”.¹⁹ Como exemplos de restrições decorrentes do poder de polícia, cita-se a proibição de construir acima de certa altura, a obrigatoriedade de observar determinado recuo de construção, o dever de denunciar doença contagiosa, a vedação de manter certos animais na zona urbana ou de, nessa zona, promover certa lavoura.²⁰

Buscando delimitar o alcance do poder de polícia administrativo, diferenciando-o de outras expressões de poder do Estado, a doutrina alemã, a partir de Otto Mayer, elaborou uma distinção entre a “**supremacia geral**” e a “**supremacia especial**”. Assim, o poder de polícia decorre da supremacia geral do Estado perante todas as pessoas submetidas ao seu império, indistintamente, e que em regra emana diretamente da lei, não se confundindo com outras situações de poder entre a Administração e determinadas pessoas que com ela mantêm específicas relações de sujeição, tal como ocorre com os servidores públicos, aqueles que firmam contratos com a Administração, bem como outros indivíduos submetidos a disciplinas internas de certas instituições públicas tais como universidades, hospitais, bibliotecas, presídios etc. Nesse caso, tem-se não propriamente poder de polícia, mas, sim, **poder disciplinar** decorrente de supremacia especial.

Pode-se dizer que enquanto o poder de polícia está voltado para o “público externo”, o poder hierárquico e o poder disciplinar são expressões da autoridade exercida pela Administração em relação ao seu “público interno”, ou seja, aqueles que com ela mantêm algum vínculo funcional ou que estejam mais próximos da estrutura administrativa, sujeitando-se, por isso, a uma disciplina mais rigorosa, não obstante igualmente sujeita ao princípio da legalidade.

Para diferenciar o poder de polícia das atividades prestacionais do Estado, costuma-se ainda recorrer à idéia de que **o poder de polícia busca uma abstenção por parte do administrado**, ao passo que **o serviço público ou as atividades econômicas asseguram prestações positivas**. Tal distinção, porém, nem sempre é segura, porque as atividades do poder de polícia, a depender do ângulo que se examine, têm também um caráter prestacional.

Não obstante se tratar de terminologia de uso já consagrado na doutrina, não faltam críticas ao termo **poder de polícia**. Como adverte Celso Antônio, “*raciocina-se como se existisse uma ‘natural’ titularidade de poderes em prol da Administração e como se dela emanasse intrinsecamente, fruto de um abstrato ‘poder de polícia’*”.²¹ Por isso, Carlos Ari Sundfeld prefere utilizar o termo **Administração Ordenadora** para abrigar todas as operações estatais de regulação do setor privado, com o emprego do poder de autoridade.²² Mas apesar de tais críticas fundamentadas, fato é que a expressão segue sendo amplamente utilizada pela doutrina nacional, até porque, como dito, consta da redação do art. 145, II, CF, e no art. 78, CTN.

No tocante às **competências** para o exercício do poder de polícia, a princípio as atividades de polícia administrativa são titularizadas privativa ou conjuntamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, tendo a Constituição Federal buscado delimitar o campo de atuação de cada uma dessas entidades políticas, de acordo com as competências legislativas previstas nos arts. 22, 24, 25 e 30.

¹⁹ RMS 2138/DF, rel. Min. Luiz Gallotti, 24/07/1953.

²⁰ GASPARINI, *Direito Administrativo*, cit.

²¹ MELLO, *Curso...*, cit.

²² SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo Ordenador*. São Paulo.

Porém, o fato de uma atividade de polícia titularizada por determinado ente político poder ser por ele exercida, através dos órgãos que integram a sua Administração Direta, não impede que a execução possa vir a ser transferida a um outro ente administrativo, com personalidade jurídica de direito público, criado por lei para essa finalidade específica. Assim, por exemplo, tendo a União a competência para executar medidas administrativas de implementação da reforma agrária, foi criado o INCRA, autarquia federal à qual foi outorgada tal atribuição. Tem-se aí a distinção que costuma ser feita entre poder de polícia **originário** e poder de polícia **delegado**. O primeiro nasce com a entidade política que o titulariza, sendo pleno no seu exercício, ao passo que o segundo é exercido por outra entidade, após transferência legal, sendo limitado aos termos da outorga legal e caracterizado essencialmente por atos de execução.

É preciso atentar ainda para não se confundir as competências para legislar e para executar (administrar). Há atividades de polícia que podem ser exercidas por Estados e Municípios, mas com base em ordenação da competência legislativa privativa da União. Ou seja, os Estados e Municípios executam medidas de polícias, porém seguindo a legislação nacional (Código Nacional de Trânsito, por exemplo). Vale dizer, o fato de Estados e Municípios exercerem poder de polícia nem sempre significa que possam legislar sobre o assunto correspondente. Haveria, nesses casos, flagrante inconstitucionalidade, conforme já decidiu o STF.²³

Sejam áreas de competência privativa de determinado ente político, sejam áreas de atuação conjunta deles, o fato é que no atual contexto da intervenção estatal são múltiplos os setores e áreas de atuação do poder de polícia em âmbito federal, estadual e municipal.

Segundo Diogo de Figueiredo Moreira Neto, a polícia administrativa atua em quatro grandes áreas de interesse público, verdadeiros valores convivenciais, quais sejam a segurança, a salubridade, o decoro e a estética.²⁴ Pode-se ainda subdividir os referidos campos de atuação destacando setores específicos de atuação da polícia administrativa, distribuídos segundo vários critérios legais ditados pela política e pelas conveniências da organização administrativa do Estado, a saber: **polícia de costumes** (prevenção e repressão ao crime e às atividades sociais nocivas), **polícia de comunicações** (fiscalização de abuso de propaganda, diversões, espetáculos públicos), **polícia sanitária** (defesa da saúde humana), **polícia de viação** (controle de trânsito e tráfego terrestre, marítimo, aéreo, fluvial e lacustre), **polícia de comércio e indústria** (disciplina das atividades comerciais e industriais), **polícia das profissões** (fiscalização do exercício profissional), **polícia ambiental** (controle da atmosfera, águas, oceanos, flora e fauna), **polícia de estrangeiros** (controle de ingresso no território nacional, concessão de passaportes etc.), **polícia edilícia** (controle de obras e construções), dentre outros.

A doutrina costuma apontar que o poder de polícia poderá ser preventivo (**polícia administrativa**) ou repressivo (**polícia judiciária**), distinção oriunda do direito francês. Todavia, não é seguro o critério de distinção com base no caráter exclusivamente repressivo ou preventivo, havendo situações em que a polícia administrativa age com repressão, bem como outras em que a polícia judiciária toma medidas preventivas.

Celso Antônio aponta que *“o que efetivamente aparta polícia administrativa de polícia judiciária é que a primeira se predispõe unicamente a impedir ou paralisar atividades anti-sociais enquanto a segunda se preordena à responsabilização dos violadores da ordem jurídica”*.²⁵ Neste mesmo sentido, para Celso Ribeiro Bastos

²³ V.g. ADI-MC 3625/DF, rel. Min. Cezar Peluzo, julgamento de 17/08/2006.

²⁴ MOREIRA NETO, *Curso...*, cit.

²⁵ MELLO, *Curso...*, cit.

*“é inegável o caráter eventualmente repressivo da polícia administrativa, como quando desfaz passeata ou comício que já havia iniciado o processo perturbador da ordem e da tranquilidade públicas, por cuja manutenção pe-leja o poder de polícia. O que distingue a repressão típica da polícia adminis-trativa da judiciária é que aquela somente se justifica enquanto ainda hou-ver proveito na sua ação, isto é, enquanto da sua aplicação possam ainda ser evitados danos futuros”.*²⁶

Como já dito, o poder de polícia administrativo é muito amplo, exercendo-se em diver-sas esferas (trânsito, vigilância sanitária, caça e pesca, florestas, edificações, vigilância maríti-ma, aérea e de fronteiras, rodovias, ferrovias, pesos e medidas etc.), ao passo que o poder de polícia judiciário tem por objetivo precípuo a investigação de delitos, em auxílio ao Poder Judi-ciário. Isso reflete no regime jurídico aplicável, pois enquanto as atividades da polícia adminis-trativa são regidas por normas administrativas, as da polícia judiciária regem-se por normas do processo penal. A maioria dos órgãos de polícia atuam na seara da polícia administrativa, sen-do poucos os que exercem precipuamente as funções de polícia judiciária (é o caso da Polícia Civil). Já a Polícia Federal, exerce tanto atividades de polícia administrativa (v.g. emissão de passaportes e polícia de imigração) quanto de polícia judiciária (investigação de crimes fede-rais).

Ainda sob inspiração do direito francês, a doutrina aponta a distinção entre polícia **geral** e polícia **especial**. A primeira se ocuparia dos aspectos da ordem pública, basicamente nos campos da tranquilidade, da segurança e da salubridade públicas, nos quais poderia haver regulamentos autônomos tratando das matérias. Já a segunda estaria voltada aos demais ra-mos de atuação da polícia administrativa. Posteriormente, a jurisprudência francesa acrescen-tou, ao conceito de “ordem pública geral”, os valores estética e moralidade pública. Nesta tradição gaulesa, por estar encarregada do “mínimo social necessário” (ordem pública), os atos da polícia geral não necessitam de texto legal expresso, decorrendo de uma espécie de domí-nio eminente do Estado, podendo haver inclusive regulamentos autônomos sobre a matéria. Já a polícia especial estaria voltada para outras finalidades de regulação do setor privado, dis-tintas da ordem pública geral, necessitando de previsão expressa em lei.

Celso Antônio nega aplicação de tal distinção no Direito Administrativo brasileiro, no qual todas as atividades de polícia encontram-se niveladas em um mesmo patamar, havendo sempre necessidade de lei pautando a conduta da Administração, sem espaço para regula-mentos autônomos, mas apenas regulamentos executivos.²⁷ Ademais, não há critério seguro para se identificar precisamente o que seja um ato de polícia visando à manutenção da ordem pública e outro com finalidade distinta. Na própria França isso vem gerando divergências, co-mo ocorreu com o famoso caso do “lançamento de anões”, em que o Estado proibiu uma es-drúxula prática de entretenimento que vinha sendo adotada por alguns bares, em que anões eram contratados para divertir o público, sendo lançados à maior distância possível. Apesar de muitos anões consentirem com a brincadeira, por conta da remuneração que recebiam em troca, considerou-se que tal prática violava a dignidade da pessoa humana. Marçal Justen res-salta que toda a doutrina francesa comenta essa decisão, porque foi tomada em nome da “or-dem pública”, apesar de haver um texto legislativo muito específico delimitando as finalidades buscadas pelo poder de polícia.²⁸ Essa insegurança de critérios conceituais aumenta muito mais no contexto do Direito Administrativo contemporâneo, haja vista, dentre outros aspec-tos, a vinculação direta a normas constitucionais garantidoras de direitos fundamentais, bem como a amplitude da atuação reguladora do Estado.

²⁶ BASTOS, *Curso...*, cit.

²⁷ MELLO, *Curso...*, cit.

²⁸ JUSTEN FILHO, *Curso...*, cit.

Quanto às formas de atuação do poder de polícia, a doutrina aponta quatro: ordem de polícia, fiscalização de polícia, consentimento de polícia e sanção de polícia.

A ordem de polícia

*“caracteriza-se por ordens e proibições que se manifestam por meio de normas administrativas limitadoras e sancionadoras da conduta individual dos administrados, sobretudo àqueles que, de alguma forma, utilizam bens ou exercem atividades de efeito para toda a sociedade”.*²⁹

Trata-se de atuação regulamentar que busca assegurar a fiel execução da lei.

A fiscalização de polícia caracteriza-se

*“pela observância feita pela Administração no que concerne à forma de uso que certo bem recebe, considerando, particularmente, que o administrado, ao fazer uso de determinado bem, deve cumprir exatamente o que é estabelecido pela Administração”.*³⁰

Tal fiscalização poderá ser exercida, por exemplo, em relação à higiene de alimentos e segurança nas construções, podendo inclusive ser delegada.

O **consentimento de polícia** “consiste na permissão dada pela Administração ao administrado para exercer algum ato ou para utilização de determinado bem”³¹, o que geralmente ocorre por meio de **alvarás**, **licenças** e **autorizações**. Tal atuação poderá ser também delegada pelo Estado.

A **sanção de polícia** “pode ser entendida como a penalidade aplicada pela Administração em virtude da inobservância da ordem de polícia”³². Tais penalidades devem ter assento em lei, das quais são exemplos a multa, a interdição, a demolição, a destruição, a inutilização, o embargo etc. Trata-se de atividade indelegável, cabendo exclusivamente ao Estado atuar nesta fase. No âmbito federal, a Lei 9.873/99 estabelece o prazo de cinco anos para a aplicação das sanções de polícia.

• CARACTERÍSTICAS DO PODER DE POLÍCIA

A doutrina aponta as seguintes características do poder de polícia: discricionariedade, vinculação, auto-executoriedade e proporcionalidade.

A **discricionariedade** “consiste na livre escolha, pela Administração Pública, dos meios adequados para exercer o poder de polícia, bem como, na opção quanto ao conteúdo, das normas que cuidam de tal poder”.³³ Convém registrar, todavia, que nem todos os atos de polícia são discricionários. Aliás, nenhuma atividade da Administração é totalmente discricionária, pois sempre existirá alguma carga de vinculação nos atos administrativos.

²⁹ FRIEDE, Lições..., cit.

³⁰ *Idem.*

³¹ *Ib idem.*

³² *Ib idem.*

³³ *Ib idem.*

A **vinculação** “existe no momento em que a norma administrativa se origina em verdadeiro liame entre os administrados e a Administração, na pessoa do autor (autoridade administrativa) que expediu o regulamento de polícia.”³⁴

Desta maneira,

*“a atividade de polícia ora é discricionária, a exemplo do que ocorre quando a Administração Pública outorga a alguém autorização para portar arma de fogo, ora é vinculada, nos moldes do que acontece quando a Administração Pública licencia uma construção (alvará ou licença de construção). O certo, então, é dizer que tal atribuição se efetiva por atos administrativos expedidos através do exercício de uma competência às vezes vinculada, às vezes discricionária.”*³⁵

José dos Santos salienta haver na doutrina controvérsias quanto à caracterização do poder de polícia, se vinculado ou discricionário, citando as opiniões divergentes de Hely Lopes e Celso Antônio. Entende que haverá discricionariedade apenas nos casos em que a lei não fixou delimitadamente a dimensão da restrição imposta ao particular, citando o caso da proibição de pesca, ficando a cargo da Administração dizer em quais rios onde deverá ser observada. Noutros casos, porém, quando a lei já cuida de delimitar bem a restrição, não poderá a Administração ampliar o seu alcance, estando vinculada às balizas da lei.³⁶

Pode-se dizer que um alto grau de vinculação é raro de acontecer. O mais comum é que haja certa margem de discricionariedade. Aliás,

*“a análise da maioria das hipóteses de sua aplicação prática indica discricionariedade no desempenho do poder de polícia. Todavia, é preciso fazer referência a casos excepcionais em que manifestações decorrentes do poder de polícia adquirem natureza vinculada. O melhor exemplo é o da licença, ato administrativo vinculado e tradicionalmente relacionado com o poder de polícia.”*³⁷

A **auto-executoriedade** “pode ser entendida pela possibilidade efetiva que a Administração tem de proceder ao exercício imediato de seus atos, sem necessidade de recorrer, previamente, ao Poder Judiciário”.³⁸ Nestes casos, poderá o administrado atingido pelo ato buscar proteção no Judiciário, utilizando-se, por exemplo, de mandado de segurança.

Maria Sílvia desdobra a auto-executoriedade em duas faces: a **exigibilidade** (tomada de decisões) e **executoriedade** (execução das decisões)³⁹. Enquanto a exigibilidade se relaciona com o poder de obrigar, por **meios indiretos**, o administrado a cumprir a determinação contida no ato administrativo, a executoriedade assegura à Administração o poder de efetivá-la materialmente, de forma direta.

Cabe ressaltar, todavia, que, por opção constitucional, determinados atos de polícia estão sujeitos à **reserva de jurisdição**, isto é, à manifestação prévia do Poder Judiciário. Logo, têm exigibilidade, mas não têm executoriedade. Cite-se, por exemplo, a quebra de sigilo telefônico, somente admitida em processo criminal e observados certos requisitos substanciais

³⁴ R. Friede, *Lições...*, cit.

³⁵ GASPARINI, *Direito Administrativo*, cit.

³⁶ CARVALHO FILHO, *Manual...*, cit.

³⁷ MAZZA, *Manual...*, cit.

³⁸ *Idem*.

³⁹ DI PIETRO, *Direito Administrativo*, cit.

(art. 5º, XII, CF, e Lei 9.296/96). Outro exemplo de ato administrativo que não pode ser auto-executado, demandando procedimento judicial específico previsto em lei, é a cobrança de multas. A Administração pode aplicá-las, mas, havendo resistência do devedor em efetuar o pagamento, só restará a execução do valor na Justiça.

A **proporcionalidade** “é uma característica do poder de polícia que obriga que a efetiva ‘sanção de polícia’ aplicada ao administrado guarde, necessariamente, uma relação de proporcionalidade com a violação de ‘ordem de polícia’ realizada por ele”.⁴⁰ Ao discorrer sobre a proporcionalidade, Rui Cirne Lima alude à famosa hipérbole na frase de Fritz Fleiner: “a polícia não deve atirar com canhões em pardais”.⁴¹

O vetor de proporcionalidade não é uma característica afeta tão-somente à sanção administrativa, devendo ser respeitado em todos os âmbitos de atuação do poder de polícia já referidos.

Tema polêmico na doutrina diz respeito à possibilidade ou não de transferência a particulares (delegação) de prerrogativas inerentes ao poder de polícia.

O STF já tem precedente no sentido de que o exercício do poder de polícia é exclusivo de pessoas de direitos público (ADI 1717), tendo declarado inconstitucionais dispositivos da Lei 9.649/98 que atribuíam aos Conselhos de Fiscalização Profissional a personalidade jurídica de direito privado.

Marçal Justen entende que aspectos nucleares do poder de polícia são **indelegáveis**, abrangendo aí as competências de cunho normativo e de autoridade. Diz que

*“veda-se a delegação do poder de polícia a particulares não por alguma qualidade essencial ou peculiar à figura, mas porque o Estado Democrático de Direito importa o monopólio estatal da violência. Não se admite que o Estado transfira, ainda que temporariamente, o poder de coerção jurídica ou física para a iniciativa privada. Isso não significa vedação a que algumas atividades materiais acessórias ou conexas ao exercício do poder de polícia sejam transferidas ao exercício de particulares. O que não se admite é que a imposição coercitiva de deveres seja exercitada por terceiros, que não agentes públicos”.*⁴²

Muitos outros autores sustentam a impossibilidade do exercício do poder de polícia por entes privados, quando estejam em jogo a liberdade dos administrados. Segundo Celso Antônio, “salvo hipóteses excepcionadíssimas (caso dos poderes outorgados aos capitães de navio), não há delegação de ato jurídico de polícia a particular e nem a possibilidade de que este o exerça a título contratual. Pode haver, entretanto, habilitação do particular à prática de ato material preparatório ou sucessivo a ato jurídico desta espécie”.⁴³ José dos Santos diz que em regra a delegação apenas é possível em relação a entes públicos, mas admite a possibilidade de atribuição a entes privados de certas tarefas de apoio à fiscalização.⁴⁴

Reportando-nos ao que foi dito acima sobre as formas de atuação do poder de polícia, entendemos relativamente possível a transferência, por lei, do poder de polícia no que tange à **fiscalização de polícia** e ao **consentimento de polícia**. Já no tocante à **ordem de polícia** e à

⁴⁰ FRIEDE, Lições..., cit.

⁴¹ LIMA, Princípios..., cit.

⁴² JUSTEN FILHO, Curso..., cit.

⁴³ MELLO, Curso..., cit.

⁴⁴ CARVALHO FILHO, Manual..., cit.

sanção de polícia, a princípio pensamos tratar-se de atividades que não devem ser delegadas, cabendo exclusivamente ao Poder Público. Todavia, esta questão ainda tem despertado muita polêmica na doutrina e na jurisprudência.

• LIMITES, EXTENSÃO E CONTROLE DO PODER DE POLÍCIA

Os limites e a extensão do poder de polícia são temas relacionados ao controle de legalidade em sentido amplo (juridicidade) dos atos administrativos. Como já visto, o exercício do poder de polícia comporta certa margem de discricionariedade por parte da Administração, o que não deve servir de pretexto ao cometimento de arbitrariedades. Entram em cena aí não apenas o vetor normativo da legalidade administrativa, mas, também, os princípios jurídicos da administração pública já estudados, notadamente a razoabilidade, a proporcionalidade e a impessoalidade.

Maria Sylvia assinala que,

*“quanto aos fins, o poder de polícia só deve ser exercido para atender ao interesse público. Se o seu fundamento é precisamente o princípio da predominância do interesse público sobre o particular, o exercício desse poder perderá a sua justificativa quando utilizado para beneficiar ou prejudicar pessoas determinadas; a autoridade que se afastar da finalidade pública incidirá em **desvio de poder** e acarretará a nulidade do ato com todas as consequências nas esferas civil, penal e administrativa”*.⁴⁵

É indispensável, no Estado Democrático de Direito, que o ordenamento jurídico contemple mecanismos que assegurem o efetivo controle dos atos de polícia,

“de sorte que contra eles cabem os recursos administrativos (recurso hierárquico) e judiciais (mandado de segurança, ação civil pública, ação popular) para obstar gravames que podem causar aos administrados, à própria Administração Pública e à coletividade (interesses difusos)”.⁴⁶

Na via administrativa, o controle pode ser feito *de ofício* ou mediante *provocação* do particular interessado, valendo-se, nesse último caso, dos recursos administrativos, que em sentido amplo compreendem a **representação**, a **reclamação** e o **pedido de reconsideração**. Em sentido restrito, abrangem os **recursos hierárquicos**, que poderão ser **próprios** ou **impróprios**. Tais mecanismos de controle dos atos da Administração encontram-se previstos na Lei 9.784/99, que regula o processo administrativo federal.

Sabe-se que o controle dos atos administrativos no Brasil pode ser efetuado tanto pela própria Administração Pública quanto pelo Poder Judiciário, já que a Carta Magna garantiu o pleno acesso às vias judiciais, sempre que houver lesão ou ameaça a direito (art. 5º, XXXV). Portanto, adotou-se em nosso país o **sistema de jurisdição única**, de origem inglesa, ao contrário do sistema francês que admite a existência de Tribunais Administrativos (v.g. o Conselho de Estado francês) com jurisdição especial distinta do Judiciário (**sistema do contencioso administrativo** ou de **jurisdição dual**).

⁴⁵ DI PIETRO, *Direito Administrativo*, cit.

⁴⁶ GASPARINI, *Direito Administrativo*, cit.

● DISTINÇÃO ENTRE PODER DE POLÍCIA E REGULAÇÃO

Abordou-se em tópico precedente que a noção de **regulação** tem um sentido muito amplo e envolve uma série de atividades estatais, que não apenas os clássicos poderes reconhecidos ao Estado, tais como o poder normativo e o poder de polícia.

Outrossim, a concepção de um **Estado Regulador** implicou uma alteração qualitativa do papel do Estado perante a sociedade, tendo-se adotado diversos novos instrumentos de ação.

Enfocando a distinção entre poder de polícia e regulação, a doutrina salienta que

*“o Estado desempenha a regulação tanto quando disciplina externamente atividade que é de titularidade privada (ex.: a regulação sobre os bancos, os planos de saúde, a fabricação de medicamentos etc.), como quando disciplina, através predominantemente de contratos, o exercício por particulares de atividades econômicas lato sensu que são de titularidade estatal (ex.: serviços e monopólios públicos concedidos). Nesses casos, não há poder de polícia, mas prerrogativas inerentes à titularidade estatal da atividade (poder concedente); o Estado não está limitando a liberdade privada, pois sobre a atividade não vige a liberdade de iniciativa, já que a atividade em si (circunstancialmente não o seu exercício) é estatal. Sob essa perspectiva, os conceitos de poder de polícia e de administração ordenadora se aproximam do conceito de regulação, apesar de não alcançá-lo in totum por não abrange-rem a regulação dos serviços e monopólios públicos exercidos por particulares”.*⁴⁷

⁴⁷ ARAGÃO, Curso..., cit.

