

PODERES ADMINISTRATIVOS: REGULAMENTAR, HIERÁRQUICO E DISCIPLINAR. “PODER DE POLÍCIA”. CONCEITO E LIMITES

PODERES ADM

Para bem atender o interesse público, a AP é dotada de poderes administrativos.

Sem os poderes, a AP não conseguiria fazer sobrepor-se a vontade da lei à vontade individual, o interesse público ao interesse privado.

Segundo HLM os poderes são instrumentos de trabalho adequados à realização das tarefas administrativas.

Para MSZP, embora se use o vocábulo *poderes*, tratam-se de *poderes-deveres*, no sentido de que são reconhecidos ao Poder Público para que este os exerça em benefício da coletividade, sendo irrenunciáveis¹.

Todos os poderes encerram prerrogativas da AP, as quais só podem ser exercidas nos limites da lei.

¹ princípio da indisponibilidade do interesse público

Os poderes em geral enumerados pela doutrina são os seguintes²:

- p. vinculado;
- p. discricionário;
- p. hierárquico;
- p. disciplinar;
- p. normativo;
- p. de polícia

PODER HIERÁRQUICO / PODERES QUE DECORREM DA HIERARQUIA

A AP pode ser comparada a uma pirâmide, em cujo ápice está a pessoa com o maior grau de hierarquia, em torno e abaixo da qual vão se dispendo, em graus diversos, cada vez mais baixos, os demais servidores, até a base.

A AP é estruturada, assim, de forma hierarquizada.

Hierarquia, na definição de JCJ, significa a *superposição harmônica de muitos graus*.

² A discricionariedade e a vinculação dizem respeito ao ato administrativo, o qual pode ser discricionário ou vinculado. No caso da *discricionariedade*, poder-se-ia até falar em *poder*, haja vista que na edição de um ato discricionário a AP tem a prerrogativa de exercer um juízo subjetivo de conveniência e oportunidade, fazendo uma escolha entre as opções possíveis à luz da lei. Mas no caso da *vinculação*, quando da edição de um ato vinculado, para a AP há *limitação*, restrição à observância dos elementos objetivos previstos na norma, sendo impróprio falar-se em *poder* nesse caso. Vinculação e Discricionariedade serão estudadas no tema “ato administrativo”.

Através da hierarquia³ ordena-se a AP, o que significa:

- distribuem-se as funções de órgãos e agentes⁴;
- fixa-se a gradação da autoridade de cada um;
- estabelece-se uma relação de coordenação e subordinação entre os vários órgãos e agentes da AP⁵;

Muitos autores afirmam existir o chamado poder hierárquico da AP, como o poder que a AP tem de distribuir e escalonar funções, bem como ordenar, controlar e rever a atuação de seus agentes.

É preferível se falar em poderes da AP que decorrem da hierarquia.

PODERES QUE DECORREM DA HIERARQUIA

Da hierarquia decorrem poderes ao superior hierárquico, tais como o de dar ordens e fiscalizar o seu cumprimento, o de delegar e avocar atribuições e o de rever os atos dos subordinados.

³ Através desse poder, segundo HLM, a AP:

- distribui e escalona as funções de seus órgãos;
- estabelece a relação de subordinação entre os servidores; e
- ordena e revê a atuação de seus agentes;

⁴ organiza-se, reparte-se e escalona-se funções entre órgãos e agentes;

⁵ coordena-se funções, entrosando-as, para obter o funcionamento harmônico dos serviços em um órgão; Evita-se, com isso, o desvio e a sobreposição de funções;

PODER DE DAR ORDENS

É determinar ao subordinado os atos a praticar ou a conduta a seguir no caso concreto.

Daí decorre o *dever de obediência*. Pela hierarquia o subordinado deve obedecer as ordens superiores legais⁶.

As determinações superiores devem ser cumpridas fielmente, sem ampliação ou restrição, a menos que sejam manifestamente ilegais.

O subordinado não pode ser obrigado, pelo superior, a praticar ato evidentemente ilegal.

Isto deriva do disposto no art. 5º, II da CF (“ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”). Há na Lei 8.112/1990 disposição segundo a qual é dever o servidor “*cumprir as ordens dos superiores, exceto quando manifestamente ilegais*” (art. 116, IV).

O respeito hierárquico não chega ao ponto de suprimir, no subalterno, o senso do legal e do ilegal, do lícito e do ilícito.

Ao subordinado, portanto, não é lícito deixar de cumprir ordens, senão quando se apresentem manifestamente ilegais.

⁶ Segundo HLM, se descumprida ou retardada a execução de ordens superiores, poderá o servidor relapso incorrer não só em falta disciplinar, como também em crime funcional de prevaricação (art. 319 CP – “Retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício, ou praticá-lo contra disposição expressa de lei, para satisfazer interesse ou sentimento pessoal: Pena – detenção, de 3 meses a 1 ano, e multa.”)

As ordens que ao senso comum se evidenciarem contrárias à lei, permitem recusa de cumprimento pelo subordinado.

Ex: ordem de torturar um preso; ordem de multar mesmo na ausência de infração; ordem de desviar verba pública.

PODER DE FISCALIZAR/CONTROLAR

É vigiar, controlar os atos funcionais⁷ dos subordinados, com o intuito de mantê-los dentro dos padrões legais de cada atividade.

PODER DE REVER

É apreciar os atos dos subordinados em todos os seus aspectos (competência, forma, objeto, motivo e finalidade), para mantê-los, corrigi-los ou invalidá-los/revogá-los.

⁷ MJF lembra que as hipóteses de demissão, p.ex., abrangem casos de conduta reprovável no âmbito das funções administrativas, mas há alguns casos em que a conduta exterior contamina a atividade administrativa, para efeitos punitivos, como no caso da previsão de “incontinência de conduta” prevista no art. 132, V da Lei 8.112/1990, bem como no caso de “prática de usura sob qualquer de suas formas”, prevista no art. 117, XIV da mesma lei.

Dentro do poder de revisão, pode o superior hierárquico invalidar o ato do subalterno, se detectar ilegalidade no mesmo, podendo também revogar tal ato, se inconveniente e inoportuno ao interesse público.

É exercitável de modo espontâneo (em decorrência da própria estrutura hierárquica) ou mediante provocação do interessado (mediante requerimento ou recurso)

PODER DE DELEGAR

É conferir a outrem atribuições que originariamente competiam ao delegante.

O ato de delegação, em geral, especifica as matérias transferidas e os limites de atuação da autoridade delegada⁸.

A delegação não pode ser recusada pelo inferior, nem pode ser subdelegada sem expressa autorização do delegante.

O delegante permanece responsável pelos atos praticados pelo delegado.

⁸ especificando, p. ex., a duração e os objetivos da delegação; O ato de delegação tem forma escrita e é divulgado por publicação em diário oficial, comunicação interna ou afixação em edital, segundo o teor da matéria objeto da delegação e o tipo de divulgação adotado pelo órgão - OM

É vedada a delegação de atribuições fixadas pela lei como exclusivas⁹ de certo executor.

Ex: função de atuar em juízo do procurador – para outro funcionário;

PODER DE AVOCAR

É chamar para si as funções originariamente atribuídas a um subordinado.

Pela avocação substitui-se a competência do subordinado pela do superior hierárquico.

Esta fungibilidade de atribuições é típica, em princípio, das estruturas hierarquizadas, podendo encontrar limites na lei e em outras normas¹⁰.

⁹ segundo JAS, “a diferença que se faz entre competência *exclusiva* e competência *privativa* é que aquela é indelegável e esta é delegável. Então, quando se quer atribuir competência própria a uma entidade ou a um órgão com possibilidade de delegação de tudo ou de parte, declara-se que *compete privativamente* a ele a matéria indicada.” - ex. comp. privativa – art. 22, § ú. CF, art. 84, § ú.; ex. comp. exclusiva – art. 49 CF. Os próprios constitucionalistas advertem, no entanto, que a Constituição não é rigorosamente técnica neste assunto (ex. os arts. 51 e 52 CF trazem matéria de competência exclusiva (indelegável), não obstante digam tratar-se de competência privativa). Deve-se, portanto, analisar o conteúdo da norma a fim de verificar se trata ela de competência *exclusiva* ou *privativa*, independentemente do termo usado para a competência na própria norma analisada.

¹⁰ OM observa, entretanto, que em acórdão prolatado no MS 124, em março de 1990, o STJ considerou abuso de poder avocação, por Ministro de Estado, de decisão que, por regulamento, competia ao diretor de um departamento; além de ignorar o regulamento, essa avocação lesou o devido processo legal, impedindo a interposição de recurso hierárquico (cf. RDA 179-180, p. 163-176, jan-jun 1990).

A avocação desonera o inferior da responsabilidade pelo ato avocado pelo superior.

Não é possível avocar atribuição que a lei atribua exclusivamente a determinado órgão ou agente.

Ex: o julgamento de uma licitação pela Comissão instituída para tal fim;

PODERES LEGISLATIVO E JUDICIÁRIO – AUSÊNCIA DE HIERARQUIA

A hierarquia é peculiar, típica do exercício da função administrativa (que incumbe principalmente ao Poder Executivo).

MSZP - Não há hierarquia nas funções próprias dos Poderes Legislativo e Judiciário, quais sejam, a de legislar e julgar.

Não há em tais funções típicas uma relação de subordinação entre órgãos e agentes.

No Legislativo não existe hierarquia, havendo apenas distribuição de competências entre os órgãos independentes entre si.

Ex: entre Câmara e Senado há distribuição das competências de cada um, com independência entre as Casas do Congresso Nacional.

No Judiciário há uma distribuição de competências entre instâncias, uma funcionando com independência em relação à outra¹¹.

Perceba-se que uma das conseqüências da hierarquia é a possibilidade que tem o superior de praticar atos que competem ao inferior. Na organização por instâncias, tal não se dá: o Tribunal não pode praticar atos que competem ao Juiz de primeira instância. O Tribunal não tem a faculdade, no exercício da função jurisdicional, de dar ordens nem de substituir-se ao juiz de inferior instância¹².

MSZP observa, no entanto, que com a EC 45/2004, criou-se uma hierarquia parcial entre o STF e os demais órgãos do Judiciário, com a figura da súmula vinculante.

O CNJ (órgão do Poder Judiciário) exerce controle administrativo, disciplinar e de desvios de conduta da magistratura. Trata-se de controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário, bem como do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes.

Lembre-se que na função administrativa (executiva) que ambos os Poderes (Legislativo e Judiciário) exercem (ex: organização de seus serviços, de seu pessoal) há relação hierárquica.

¹¹ MSZP – O juiz da instância superior não pode substituir-se ao da instância inferior, nem das ordens ou revogar e anular atos por ele praticados.

¹² O CNJ – Conselho Nacional de Justiça é órgão interno do PJ que exerce controle administrativo, disciplinar e de desvio de condutas dos magistrados. Ele controla a atuação administrativa e financeira do PJ e o cumprimento dos deveres funcionais do juiz;

PODER DISCIPLINAR

Visa a punição dos que se vinculam de forma especial à AP.

MSZP – É o poder que cabe à AP para apurar infrações e aplicar penalidades aos servidores públicos e as pessoas sujeitas à disciplina administrativa (caso das que com ela contratam).

Atinge, portanto, os servidores e as pessoas que contratam com a AP, os quais estão sujeitos à disciplina adm.

Não abrange as sanções impostas a particulares não sujeitos à disciplina interna da AP, porque, nesse caso, as medidas punitivas encontram seu fundamento no poder de polícia do Estado.

Ex. de sanções impostas com base no poder disciplinar:

Suspensão de servidor por ato irregular praticado no exercício da função – decorre do poder disciplinar;

Multa aplicada pela AP a uma empresa por ela contratada para a prestação de um serviço público – decorre do poder disciplinar;

Nos dois casos citados, há um vínculo especial entre AP e a outra parte (vínculo estatutário, no primeiro caso, e vínculo contratual, no segundo caso)

Ex. de sanções impostas com base no poder de polícia:
Multa por edificação irregular – decorre do poder de polícia;
Multa por exercício de atividade sem alvará – decorre do poder de polícia;

Nesses dois casos, não há vínculo especial entre a AP e a outra parte, o vínculo é geral, que atinge todas as pessoas da sociedade.

HLM – O poder disciplinar é o poder de punir internamente as infrações funcionais dos servidores e demais pessoas sujeitas à disciplina da AP.

PODER DISCIPLINAR E PODER HIERÁRQUICO

Poder disciplinar e poder hierárquico não se confundem, mas andam juntos, e ambos sustentam a organização administrativa.

O poder disciplinar é correlato ao poder hierárquico:

No uso do poder hierárquico, a AP distribui e escalona as funções. No uso do poder disciplinar, ela controla o desempenho das funções e a conduta interna dos servidores, responsabilizando-os pelas faltas cometidas.

O poder disciplinar é uma decorrência da hierarquia (MSZP).

PODER DISCIPLINAR E PODER PUNITIVO DO ESTADO

Não se pode confundir o poder disciplinar da AP com o poder punitivo do Estado (realizado através da Justiça Criminal).

O poder disciplinar é exercido no âmbito interno da AP e só abrange, em regra, infrações relacionadas com o serviço.

A punição criminal é aplicada com finalidade social, visando a repressão de crimes e contravenções definidas nas leis penais, realizada fora da AP, pelo Poder Judiciário.

É possível a aplicação conjunta das penalidades administrativa e criminal. A mesma infração pode dar ensejo a punição administrativa (disciplinar) e a punição criminal. Aquela é um *minus* em relação a esta.

Edmir Netto de Araújo – Neste caso, a responsabilidade do agente será objeto de regime de responsabilidade administrativa estatutário e especial, mas também do regime penal de responsabilidade, pois seu comportamento extravasa em importância o campo administrativo, para ingressar também na esfera penal.

Diz-se que toda condenação criminal por delito funcional acarreta a punição disciplinar¹³, mas nem toda falta administrativa exige sanção penal.

¹³ muito embora sejam independentes entre si (art. 125 Lei 8.112/1990)

Ex:

Uma falha singela na prestação do serviços, como chegar atrasado injustificadamente, pode levar à aplicação de uma pena disciplinar (advertência), mas não se constitui crime;

Já um ato de desonestidade, como o desvio de verbas públicas, pode levar à aplicação de pena disciplinar (demissão) e à punição criminal respectiva.

DISCRICIONÁRIO?

Afirma-se na doutrina que o poder disciplinar é *discricionário*, no sentido de não estar vinculado a prévia definição da lei sobre a infração funcional e a respectiva sanção.

No poder disciplinar em geral não se aplica o princípio da *pena específica* que domina o Direito Penal.

O administrador, tendo em vista os deveres do infrator e verificando a falta, aplica, com critério de conveniência e oportunidade, a sanção que julgar cabível dentre as que estiverem enumeradas em lei.

A lei costuma dar à AP o poder de levar em consideração, na escolha da pena, a natureza e a gravidade da infração e os danos que dela provierem para o serviço público (art. 128 da Lei nº 8.112/1990).

Discricionariedade também há quando a lei prevê infrações como “procedimento irregular”, “ineficiência no serviço” e “falta grave”, que são expressões imprecisas, deixando à AP a possibilidade de enquadrar os casos concretos em uma ou outra dessas infrações.

Pode ocorrer, entretanto, que a lei especifique que para determinada infração bem delineada aplica-se uma sanção específica, e tão somente esta. Neste caso, não há discricionariedade no poder disciplinar.

Tem-se defendido atualmente a tendência de se deixar o mínimo de discricionariedade possível na atividade disciplinar, a fim de se impedir arbítrios e subjetivismos.

PODER-DEVER

A aplicação da pena disciplinar tem para o superior hierárquico o caráter de *poder-dever*.

A AP não tem liberdade de escolha entre punir e não punir, pois tendo conhecimento da falta praticada por servidor, tem necessariamente que instaurar o procedimento adequado para sua apuração e, se for o caso, aplicar a pena cabível.

Há previsão neste sentido no art. 143 da Lei 8.112/90: “A autoridade que tiver ciência de irregularidade no serviço público é obrigada a promover a sua apuração imediata, mediante sindicância ou processo administrativo disciplinar, assegurada ao acusado ampla defesa.”

Não o fazendo, incide o superior em crime de condescendência criminosa (art. 320 do CP) e em improbidade administrativa (art. 11, II, da Lei nº 8.429/92).

Art. 320 do CP, que prevê o crime de *condescendência criminosa*: “Deixar o funcionário, por indulgência, de responsabilizar subordinado que cometeu infração no exercício do cargo ou, quando lhe falte competência, não levar o fato ao conhecimento da autoridade competente: Pena – detenção, de quinze dias a um mês, ou multa.

Art. 11, II da Lei 8.429/92: “Constituiu ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições, e notadamente: (...) II – retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício;”

Exemplos de penas disciplinares, no âmbito do serviço público federal, tem-se no art. 127, Lei 8.112/90 – trata do regime jurídico dos servidores da União, suas autarquias e fundações: advertência, suspensão, demissão, cassação de aposentadoria ou disponibilidade, destituição de cargo em comissão, destituição de função comissionada.

Conforme a gravidade do fato a ser punido, a autoridade escolherá, entre as penas legais, a que melhor atenda o interesse do serviço e mais bem reprima a falta cometida. Nesse campo é que entra o discricionarismo disciplinar.

Isso não significa que o superior hierárquico possa punir arbitrariamente. Deve ele, à luz do caso concreto, observar os princípios gerais de Direito e as normas administrativas específicas do serviço, para verificar e conceituar a falta cometida e escolher bem como graduar a pena disciplinar.

O discricionarismo disciplinar circunscreve-se à escolha da penalidade dentre as várias possíveis e à gradação da pena.

DEVIDO PROCESSO LEGAL E AMPLA DEFESA

A apuração regular da falta disciplinar é indispensável para a legalidade da punição interna da AP. Deve-se apurar a falta pelos meios legais (sindicância ou processo adm disciplinar, conforme a gravidade da falta¹⁴), dando-se oportunidade de defesa ao acusado (art. 5º, LIV e LV da CF/1988).

Nenhuma penalidade pode ser aplicada sem prévia apuração por meio de procedimento legal, em que sejam assegurados o contraditório e a ampla defesa.

MOTIVAÇÃO

A motivação da punição disciplinar é imprescindível para a validade da pena. Devem ser apresentados os motivos de fato e de direito que levaram à apenação de alguém.

A autoridade deve indicar claramente a irregularidade imputada ao agente, as provas que demonstram a efetiva prática do ato irregular, a tipificação do ato praticado como falta administrativa, a previsão da pena para a falta cometida e a adequação de tal pena aplicada ante as circunstâncias do fato.

¹⁴ A maioria da doutrina defende que a sindicância cabe para a apuração de faltas leves e o processo adm disciplinar cabe para a apuração de faltas graves (MJF p.ex.). OM defende que o correto seria usar a sindicância para verificar fatos pouco definidos e possível autoria, e o processo adm disciplinar para apurar faltas bem definidas e de autoria conhecida;

Enfim, a autoridade deve apresentar a justificativa da punição, deve indicar claramente o motivo e os meios regulares de que usou para a verificação da falta.

A motivação destina-se a evidenciar a conformação da pena com a falta e a permitir que se confirmem os fatos que levaram à punição.

Art. 128, § único da Lei 8.112/1990 – estabelece a necessidade de motivação

PODER NORMATIVO

É o poder que a AP tem de editar atos normativos, ou seja, atos que emanam normas. Normas estas que disciplinam situações com efeitos gerais e abstratos.

ATOS NORMATIVOS ORIGINÁRIOS E DERIVADOS

Há uma divisão, feita por Miguel Reale, acerca dos atos normativos. Para ele, os atos normativos podem ser *originários* e *derivados*.

ATOS NORMATIVOS ORIGINÁRIOS

Inovam a ordem jurídica. São normativos primários.

São os atos emanados do Estado, para edição de regras instituidoras de direito novo, por força de competência própria, outorgada imediata e diretamente da Constituição.

Compreende os atos emanados do Poder Legislativo, as leis propriamente ditas.

ATOS NORMATIVOS DERIVADOS

Não inovam a ordem jurídica. Não instituem direito novo. São atos normativos secundários.

São atos que têm por objeto a explicitação ou especificação de um conteúdo normativo preexistente, visando sua execução prática.

O ato normativo derivado por excelência é o regulamento.

Os atos emanados do poder regulamentar da AP inserem-se na categoria de ato normativo derivado.

Ou seja, não instituem direito novo, apenas explicitam o conteúdo de normas preexistentes.

PODER REGULAMENTAR

É o poder que cabe ao chefe do executivo para expedir regulamentos.

MSZP – Poder que cabe ao Chefe do Executivo da União, dos Estados e dos Municípios, de editar normas complementares à lei, para sua fiel execução¹⁵.

O poder regulamentar é privativo do Chefe do Executivo e está baseado, no âmbito federal, no art. 84, IV da CF:

¹⁵ HLM - É o poder de que dispõem os Chefes de Executivo (Presidente, Governadores e Prefeitos) de explicar a lei para sua correta execução, ou de expedir decretos autônomos sobre matéria de sua competência ainda não disciplinada por lei.

“compete privativamente ao Presidente da República: sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução;”

Os Chefes dos Executivos Estaduais e Municipais também têm este poder, estando a competência dos mesmos prevista nas Constituições Estaduais (PR – art. 87, V) e nas Leis Orgânicas dos Municípios (Curitiba – art. 72, IV);

Tal poder é exercido através dos Decretos.

DECRETO DE EXECUÇÃO E DECRETO AUTÔNOMO

Doutrinariamente, admitem-se dois tipos de regulamentos/ decretos: *regulamento/decreto de execução* ou executivo e *regulamento/decreto autônomo* ou independente

DECRETO/REGULAMENTO DE EXECUÇÃO

Complementa a lei ou, nos termos do art. 84, IV da CF/1988, contém normas “para fiel execução da lei”.

As leis em geral não descem a minúcias, a detalhes, sob pena de se tornarem obsoletas em pouco tempo. Cabe ao regulamento detalhar a lei e explicar-lhe os preceitos, para adequá-los às circunstâncias de tempo e lugar em que são aplicados.

Na hierarquia das normas, o regulamento é ato inferior à lei.

Por isso, ele não pode ampliar, restringir, nem contrariar a lei regulamentada.

Ele não pode inovar a ordem jurídica, criando direitos, obrigações, proibições ou punições. Só a lei pode fazê-lo.

Tem de se limitar a estabelecer normas sobre a forma como a lei vai ser cumprida pela AP¹⁶.

Cabe-lhe explicitar a lei, dentro dos limites por ela traçados.

Conteúdo do Regulamento de execução:

CABM, com o objetivo de dar maior precisão às matérias que podem ser conteúdo do regulamento, afirma que ele serve para os seguintes propósitos:

1 – dispor sobre o *modus operandi* da AP nas relações que surgirão entre ela e os administrados por ocasião da execução da lei;

Estabelece regras de procedimento a serem observadas para o cumprimento da lei.

Serve para que haja isonomia de tratamento na aplicação da lei, vale dizer, para garantir uma uniformidade de procedimento em toda a AP, com conseqüente igualdade de tratamento a todos os administrados.

¹⁶ Fixando, p.ex., critérios técnicos e procedimentos necessários à aplicação da lei.

Ex: Regulamento do Imposto de Renda – indica em que formulários serão feitas as declarações, de que modo serão preenchidos os respectivos dados;

2 – caracterizar, tornar precisos fatos, situações ou comportamentos previstos na lei através de *conceitos vagos*¹⁷;

A lei, no caso, contém disposições de conteúdo lato, impreciso.

Ex: lei que fala em “drogas prejudiciais à saúde” ou “medicamentos potencialmente perigosos”, os quais devem ser tirados de circulação; o regulamento precisará quais são as drogas e medicamentos que se incluem em tais conceitos amplos.

São conceitos que tornam-se mais precisos mediante averiguações técnicas feitas pelo Executivo.

Dá-se exatidão ao que se acha difuso, impreciso na lei.

3 – *discriminar* (enunciar) de forma integral o conteúdo da lei;

O regulamento apenas enuncia de modo analítico, detalhado, aquilo que já está enunciado na lei.

Ex: lei aplica um benefício a servidores que recebam até determinado valor. O regulamento enuncia quais as categorias de servidores que se enquadram nos padrões da lei.

¹⁷ Também serve para garantir a aplicação isonômica da lei, pois se não existir a normatização infralegal, alguns servidores poderão entender como perigosos alguns medicamentos que para outros assim não o são.

Nem toda lei depende de regulamento para ser executada, mas toda e qualquer lei pode ser regulamentada se o Executivo julgar conveniente fazê-lo.

DECRETO/REGULAMENTO AUTÔNOMO

Inova na ordem jurídica, estabelecendo normas sobre matérias não disciplinadas pela lei.

Dispõe sobre matéria ainda não regulada especificamente por lei.

Não contempla nem desenvolve nenhuma lei prévia. Não está vinculado a nenhuma lei preexistente

A Constituição brasileira, por força do princípio da legalidade, impõe ao regulamento o caráter de ato *estritamente subordinado e dependente de lei*.

Prega-se, assim, que de acordo com a Constituição, não há fundamento para a existência de regulamento autônomo no Direito brasileiro.

Isto porque o art. 5º, II expressamente prevê que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

Na Constituição exige-se “lei” e não “decreto”, “regulamento”, “portaria”, “resolução”, ou qualquer outra coisa.

Ainda o art. 84, IV da CF/1988 circunscreve a função regulamentar à “fiel execução da lei”.

MSZP – afirma que pela Constituição, não há do Direito Brasileiro fundamento para regulamento autônomo, salvo em uma única exceção prevista na própria Carta Magna desse tipo de regulamento, no art. 84, VI, alínea “a” da CF/1988, o qual foi inserido na Carta Magna pela Emenda Constitucional nº 32/2001.

Neste dispositivo, outorga-se ao Presidente da República competência para “dispor, mediante decreto, sobre (a) organização e funcionamento da administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos”.¹⁸

Seria esta, então, uma única hipótese de regulamento autônomo excepcionada pela própria Constituição Federal.

JAS faz menção a tal hipótese como sendo de um regulamento de organização, um regulamento autônomo limitado.

MJF defende que a ausência de disciplina legislativa necessária à promoção dos direitos fundamentais pode ser suprida por meio de regulamento (para tornar efetivas determinações constitucionais).

¹⁸ A competência, quando à alínea “a”, limita-se à organização e funcionamento, pois a criação e extinção dos Ministérios e órgão da AP continua a depender de lei, conforme art. 88 CF/1988;

Quanto à alínea “b”, não se trata de função regulamentar, mas de ato de efeitos concretos, porque a competência se limita a extinguir cargos ou funções, quando vagos, e não a estabelecer normas sobre a matéria;

A norma estabelece certo paralelismo com atribuições semelhantes da Câmara dos Deputados (art. 51, IV), do Senado (art. 52, XIII) e dos Tribunais (art. 96, I, “b”).

Lembra ele que o STF (ADC 12) considerou válida a Res. 7 do CNJ, a qual vedou o nepotismo no Poder Judiciário.

MJF defende também que a sumariedade da disciplina constante na lei propicia à autoridade administrativa emitir regulamento dispendo sobre questões omitidas.

PODER NORMATIVO DE OUTRAS AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS

Outros agentes públicos, além do Chefe do Executivo, também expedem atos com conteúdo normativo.

São atos editados, com conteúdo normativo, p.ex., por Ministros, Secretários, Agências Reguladoras¹⁹, Órgãos Colegiados (Conselho Nacional de Trânsito, Conselho de Política Monetária)

No caso dos Ministros, há previsão no art. 87, § único, II CF

“compete aos Ministros de Estado, além de outras atribuições estabelecidas nesta Constituição e na lei: expedir instruções para a execução das leis, decretos e regulamentos”.

Tal poder estende-se a Secretários Estaduais e Municipais, conforme disposições das respectivas Constituições Estaduais e Leis Orgânicas (PR – art. 90, II)

¹⁹ Aneel – Agência Nacional de Energia Elétrica – Lei 9.427/96; Anatel – Agência Nacional de Telecomunicações – Lei 9.472/97; ANP – Agência Nacional do Petróleo – Lei 9.478/97; Anvisa – Agência Nacional de Vigilância Sanitária – Lei 9.782/99; ANS – Agência Nacional de Saúde Suplementar – Lei 9.961/00; ANA – Agência Nacional de Águas – Lei 9.984/00

Também as Agências Reguladoras (que são autarquias especiais) podem emitir atos com conteúdo normativo (ex: ANA – Águas – art. 4º, II Lei 9.984/00; ANEEL.- Energia Elétrica – art. 3º, I da Lei 9.427/96)

Igualmente tem-se a edição de atos normativos por órgãos colegiados (ex: Conselho Nacional de Trânsito – resolução que disciplina o uso de tacógrafo)

Estas autoridades (de nível inferior ao Chefe do Executivo²⁰), seja da AP Direta ou Indireta, exercem seu poder normativo, p. ex., através de *portarias, instruções, circulares, resoluções e regimentos*²¹.

Portaria

A portaria, quando usada com caráter normativo, objetiva, em regra, disciplinar o andamento dos serviços e dar orientação interna. Visa regulamentar o andamento das atividades da AP.

A portaria também é usada para a prática de atos concretos (não normativos, portanto), como p.ex. atos que dizem respeito à vida funcional dos servidores (ex: designação do servidor p/ uma função), bem como para a abertura de inquéritos, sindicâncias, processos administrativos. Nestes casos, por tratar-se de atos com efeitos concretos, não se está diante de atos normativos.

Há discussão na doutrina acerca dos efeitos da *portaria*.

²⁰ O Chefe do Executivo só deve expedir decretos

²¹ Todos esses atos estabelecem normas que têm alcance limitado ao âmbito de atuação do órgão expedidor. Não têm o mesmo alcance nem a mesma natureza que os regulamentos baixados pelo Chefe do Executivo.

Há os que defendem que ela só poder ter efeitos internos, ou seja, só pode se dirigir aos servidores - HLM²²

Há os que defendem que ela pode ter efeitos externos, vale dizer, pode se dirigir às pessoas que estão fora das repartições públicas - JCJ²³

Entendemos que o que importa, no caso, é que a portaria apenas explicita uma lei anterior, sem ampliá-la ou restringi-la. Assim, pode ela eventualmente até atingir pessoas de fora da AP, mas ela por si só não pode criar obrigações para estas pessoas. As obrigações devem advir da lei.

Instrução

Também é usada para expedir normas visando disciplinar o andamento dos serviços e dar orientação interna.

Emanada de chefes das repartições. Prescrevem o modo pelo qual os subordinados deverão dar andamento aos seus serviços²⁴.

Há quem defenda na doutrina que a *instrução* tem caráter menos genérico do que a *portaria*, dirigindo-se a um número menor de pessoas.

Defende-se na doutrina que a *instrução* transmite atos e decisões de efeito interno²⁵, podendo apenas reflexamente

²² HLM – A AP vem se utilizando distorcidamente de Portarias e Instruções, que só deveriam dispor para seus servidores, mas que contêm imposições aos cidadãos, próprias de atos externos (decretos);

²³ JCJ – Na órbita exterior, dirigindo-se ao público, a portaria reúne traços de generalidade, mas não de novidade. Por ela, p.ex., pode-se disciplinar, no trânsito, a indicação das mãos das ruas, pode-se fixar preços de gêneros alimentícios.

²⁴ modo de execução dos serviços

²⁵ Tem eficácia meramente interna, atingindo os administrados apenas por vias reflexas.

atingir a esfera das pessoas que estão fora da AP. Estamos de acordo com tal posição, reiterando aqui a observação acima feita acerca dos efeitos da *portaria*.

Circular

Igualmente usada para expedir normas visando disciplinar o andamento dos serviços e dar orientação interna.

Forma pela qual autoridades superiores transmitem ordens a determinados servidores subordinados.

Há quem defenda que a *circular* se diferencia da *instrução*, que emana normas gerais e abstratas a todos os funcionários de uma repartição. A *circular* emanaria normas dirigidas a uma categoria de subalternos encarregados de determinadas atividades naquela repartição. Seria, assim um ato de menor generalidade que a *instrução*, embora tenham o mesmo objeto: o ordenamento do serviço público.

Com relação a seus efeitos, faz-se igual observação à que foi feita para a *portaria* e para a *instrução*.

Resolução

Forma pela qual se exprimem as deliberações de órgãos colegiados.

É também usada para a expedição de atos normativos por altas autoridades do Executivo (mas não o chefe do Executivo, que só deve expedir decretos – Ministros e Secretários)

Tem efeitos internos e pode eventualmente ter efeitos externos, feitas as mesmas observações acerca da *portaria* e seus efeitos.

Regimento

Ato normativo que tem por finalidade disciplinar o funcionamento de órgãos.

Ex: Regimento Interno da Procuradoria Geral do Município

Sua normas têm efeito interno (pois são relativas ao funcionamento do órgão), mas, por vezes, as regras regimentais têm repercussão externa (ex: no tocante à tramitação de recursos adm).

DENOMINAÇÃO

Em virtude da atividade normativa infra-legal da AP não se restringir à expedição de regulamentos pelo Chefe do Executivo (pois, como foi visto, outras autoridades também exercem tal poder), alguns autores, como, p.ex., MSZP, preferem denominar tal poder como “poder normativo” e não simplesmente “poder regulamentar” da AP.

O poder normativo da AP engloba, assim, (a) o poder regulamentar propriamente dito, que cabe ao Chefe do Executivo (expedir decretos), e (b) o poder normativo de outras autoridades, que não o Chefe do Executivo (ex: Ministros, Agências Reguladoras,

etc. – que também expedem atos normativos como portarias, instruções, resoluções)

Em qualquer hipótese, o ato normativo não pode contrariar a lei, nem criar direitos, impor obrigações, penalidades que nela não estejam previstos, sob pena de ofensa ao princípio da legalidade (arts. 5º, II e 37 da CF/1988).

ATOS NORMATIVOS DA AP E LEI

Semelhança:

Os atos pelos quais a AP exerce o poder normativo têm em comum com a lei o fato de emanarem normas, ou seja, atos com efeitos gerais e abstratos.

Diferenças:

Mas os regulamentos e demais atos normativos da AP diferenciam-se da lei:

- em primeiro lugar quanto à origem – A lei provém do Legislativo e os regulamentos e atos demais atos normativos que estamos estudando provêm em regra do Executivo²⁶;

²⁶ Fala-se “em regra” porque o Judiciário e o Legislativo também podem editar atos normativos quando estiverem no exercício de função administrativa

- em segundo lugar pela posição dos mesmos – Há uma posição de *supremacia* da *lei* sobre o regulamento e demais atos normativos;
- em terceiro lugar, porque *só a lei inova* em caráter inicial a ordem jurídica;

CONTROLE DO PODER LEGISLATIVO

O Congresso Nacional dispõe de poder de controle sobre os atos normativos do Poder Executivo, podendo sustar aqueles atos que exorbitam do poder regulamentar (art. 49, V CF/1988).

Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional:
(...)

V – sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar (...).

CONTROLE DO PODER JUDICIÁRIO

O art. 102, I, “a”, da CF/1988 assim dispõe:

Art. 102. Compete ao STF, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I – processar e julgar, originariamente:

a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo federal ou estadual e a ação direta de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal;²⁷

²⁷ dispositivo da Constituição do Estado do PR: “Art. 101. Compete privativamente ao Tribunal de Justiça, através de seus órgãos: (...) VII – processar e julgar, originariamente: (...) f) as representações de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais e municipais contestados em face desta Constituição e a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional;”

O STF entende que quando o ato normativo da AP se enquadrar como *contra legem*, vale dizer, aquele que extrapola os limites da lei, viável é apenas o controle de legalidade, resultante do confronto do ato com a lei regulamentada, não cabendo ação direta de inconstitucionalidade²⁸.

Por outro lado, quando o ato normativo da AP ofender diretamente a Constituição e acabar inovando a ordem jurídica, enquadrando-se, por isso, na categoria de ato normativo primário (sem lei que anteriormente discipline a matéria), está tal ato sujeito ao controle abstrato de constitucionalidade via ADIn²⁹.

OMISSÃO

Quanto à omissão do Poder Executivo em editar regulamentos, o remédio previsto na CF/1988 é o *mandado de injunção* (art. 5º, LXXI CF/1988).

Art. 5º (...)

(...)

LXXI – conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania;³⁰

²⁸ ADIn 2626-7/DF, ADIn 1822/DF, ADIn 2243/DF

²⁹ ADIn 1352-1/DF; ADIn 681/DF

³⁰ Tem alcance restrito às hipóteses em que a falta de norma regulamentadora torna inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania (art. 5º, LXXI). Cabe, nesse caso, ao Poder Judiciário, suprir a omissão, estabelecendo a norma que resolva o caso concreto.

PODER DE POLÍCIA

AUTORIDADE X LIBERDADE

Praticamente todo o DA trata de temas em que se colocam em tensão dois aspectos: a liberdade individual³¹ e a autoridade da AP³².

Quando se trata de “poder de polícia”, de forma bem clara se colocam em confronto esses dois aspectos:

- de um lado temos o cidadão que quer exercer plenamente seus direitos;
- de outro temos a AP, que tem por incumbência condicionar o exercício de tais direitos ao bem-estar coletivo³³, e ela faz isso usando seu poder de polícia.

E isto se faz necessário, pois, como lembra MJF, a convivência social acarreta a necessidade de limitação dos direitos individuais, de modo a evitar que a máxima liberdade de cada um produza a redução da liberdade alheia.

³¹ sujeitando-se a AP a restrições (sujeições)

³² com prerrogativas correspondentes

³³ MJF – o Estado busca evitar que a fruição das liberdades e dos direitos privados produza lesões a direitos, interesses e bens alheios, públicos ou privados;

DIREITOS INDIVIDUAIS E LIMITES

Os direitos individuais, portanto, sofrem limitações.

E a existência de tais limites (impostos pelo Estado) de maneira alguma é incompatível com a idéia de direito individual.

Guido Zanobini afirma que *“a idéia de limite surge do próprio conceito de direito subjetivo; tudo aquilo que é juridicamente garantido é também juridicamente limitado”*.

As limitações simplesmente integram o perfil do direito, delineiam seu desenho. São a fisionomia normativa dele.

Em virtude da existência de tais limites e do exercício do poder de polícia, há uma disparidade entre o conteúdo abstrato do direito em sentido absoluto e a possibilidade do seu exercício concreto. Ex: direito de construir em abstrato e o direito de construir em concreto – o primeiro (abstrato, sem aplicação nas normas cabíveis) pode parecer bastante amplo, mas em concreto, na prática está sujeito, entre outras normas, ao Código de Posturas do Município, às leis de zoneamento e ao direito de vizinhança.

FUNDAMENTO

O poder de polícia se fundamenta no princípio da supremacia do interesse coletivo sobre o privado.

Através dele, limitam-se os direitos individuais das pessoas em benefício do interesse coletivo.³⁴

CABM – cidadãos têm direitos, e o exercício dos mesmos deve ser compatível com o bem-estar social.

O exercício e o uso da liberdade e da propriedade devem estar entrosados com a utilidade coletiva.

OBJETO

O poder de polícia é exercido pela AP sobre direitos, bens ou atividades³⁵ que de alguma forma afetem ou possam afetar a coletividade.

Exatamente por poderem atingir a coletividade, tais direitos, bens ou atividades exigem regulamentação, contenção e controle pelo Estado.

Assim, o objeto³⁶ do poder de polícia adm é:

- todo direito, bem ou atividade³⁷ individual que possa afetar a coletividade.

³⁴ OM afirma que o poder de polícia tem por fundamento a **defesa da ordem pública**, entendida esta como o mínimo de condições essenciais a uma vida social adequada e pacífica. Afirma ela que essa ordem pública identifica-se com o interesse público.

³⁵ Não seria errado falar que o poder de polícia é exercido só sobre direitos, pois “bens” podem estar incluídos em direitos reais e “atividades” podem estar incluídas em direitos relativos ao livre comércio;

³⁶ Diógenes Gasparini afirma que o objeto do PP é a liberdade e a propriedade dos administrados. A liberdade é limitada no seu exercício e a propriedade é limitada no seu uso, gozo e disposição.

³⁷ Ressalva-se que “bem” e “atividade” podem se enquadrar na noção de “direito”, p.ex.: bem – dto. real; atividade – dto. ao livre comércio;

Portanto, a AP pode condicionar:

- o exercício de direitos individuais,
Ex: direito de ir e vir pelas ruas da cidade – pelas vias apropriadas, respeitada a sinalização

- a execução de atividades
Ex: atividade de comércio – há necessidade de prévia obtenção de alvará³⁸

- o uso de bens que afetem a coletividade em geral
Ex: construir uma casa – necessidade de respeito às posturas municipais – recuo, zoneamento

CONCEITO

Caio Tácito – É o conjunto de atribuições concedidas à AP para disciplinar e restringir, em favor do interesse público adequado, direitos e liberdades individuais.

MSZP – É a atividade do Estado consistente em limitar o exercício dos direitos individuais em benefício do interesse público.

³⁸ Salvo se for “atividade econômica de baixo risco” desenvolvida para sustento próprio ou se sua família, para a qual a pessoa se valha exclusivamente de propriedade privada própria ou de terceiros consensuais, nos termos do art. 3º, I da MP 881/2019

HLM – poder que a AP dispõe para condicionar e restringir o uso e gozo de bens, atividades e direitos individuais, em benefício da coletividade ou do próprio Estado.

CABM - é a atividade estatal de condicionar a liberdade e a propriedade ajustando-as aos interesses coletivos.

Em essência, o poder de polícia é a atividade da AP que impõe limites ao exercício de direitos e liberdades, em prol do interesse coletivo.

MJF afirma que o poder de polícia visa disciplinar o exercício da autonomia privada para a realização de direitos fundamentais.

É o mecanismo de frenagem de que dispõe a AP para conter os abusos do direito individual.

Por ele o Estado detém a atividade dos particulares que se revelar contrária, nociva ou inconveniente ao bem-estar social.

O CTN, no art. 78, traz o conceito legal do poder de polícia:

“Considera-se poder de polícia atividade administrativa 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”.

O CTN traz o conceito de poder de polícia porque o exercício desse poder constitui um dos fatos geradores da taxa (art. 145, II, CF/1988 e art. 77 CTN).

Ex: CVM – Comissão de Valores Mobiliários cobra uma taxa de fiscalização das corretoras de valores.

Esse poder se reparte entre todas as esferas administrativas da União³⁹, dos Estados⁴⁰ e dos Municípios⁴¹.

PODERES LEGISLATIVO E EXECUTIVO

O poder de polícia reparte-se entre os Poderes Legislativo e Executivo.

O Poder Legislativo cria, por lei, as chamadas *limitações administrativas*. As limitações ao exercício de direitos individuais são previstas em lei.

A AP regulamenta as leis e controla sua aplicação preventivamente (através de ordens, notificações, licenças ou autorizações) ou repressivamente (através da imposição de medidas coercitivas – multas, embargos).

³⁹ União: exclusivo – art. 22 CF; concorrente com os Estados – art. 24 CF; ex: exercício de profissões; entrada e expulsão de estrangeiros;

⁴⁰ Estado: exclusivo – art. 25, § 1º CF; concorrente com União – art. 24 CF; ex: licença ambiental em Regiões Metropolitanas;

O pp, assim, compreende tanto as leis⁴² que delineiam o âmbito da liberdade e da propriedade, quanto os atos administrativos que lhes dão execução⁴³.

MJF afirma que as limitações das leis são tornadas concretas por meio da atividade administrativa de poder de polícia.

*MEIOS DE ATUAÇÃO*⁴⁴

O PP se manifesta tanto através de atos normativos de alcance geral quanto de atos concretos e específicos.

Considerado o poder de polícia em sentido amplo (abrangendo as atividades do Legislativo e do Executivo), os meios de que se utiliza o Estado para seu exercício são⁴⁵:

1. Atos normativos em geral:

- Leis:

Pela lei criam-se as limitações administrativas ao exercício dos direitos e das atividades individuais, estabelecendo-se normas

⁴¹ Municípios: exclusivo – matérias de interesse local, notadamente art. 30 CF; ex: construção, loteamento;

⁴² ex: no CC condiciona-se o exercício do direito de construir ao respeito aos regulamentos administrativos e ao direito dos vizinhos – arts. 1277 a 1299.

⁴³ A cada restrição de direito individual prevista na norma legal corresponde equivalente *poder de polícia administrativa* à AP, para torna-la efetiva e faze-la obedecida.

⁴⁴ Campo de atuação:

O âmbito de incidência do PP é amplo. Diz ele respeito a diversos setores da sociedade, tais como segurança, saúde, meio ambiente, defesa do consumidor, patrimônio cultural, propriedade.

Ex: direito de construir; localização e funcionamento de atividades no Município; condições sanitárias de alimentos vendidos à população; medicamentos; poluição sonora e visual; trânsito.

gerais e abstratas dirigidas indistintamente às pessoas que estejam em idêntica situação;

- Atos normativos da AP:

Disciplinando a aplicação da lei, o Executivo pode baixar decretos, resoluções, portarias, instruções.⁴⁶

2. Atos administrativos e operações materiais de aplicação da lei ao caso concreto, compreendendo:

- medidas preventivas com o objetivo de adequar o comportamento individual à lei (Ex: expedição de alvarás de licença ou autorização; fiscalização das condições de higiene de bares; vistoria de veículos automotores para garantia das condições de segurança).

- medidas repressivas com a finalidade de coagir o infrator a cumprir a lei (Ex: interdição de atividade, fechamento de estabelecimento comercial aberto sem a prévia obediência aos requisitos normativos, apreensão de mercadorias, guinchamento de veículo que obstrua via pública).

MJF afirma que a atividade de poder de polícia administrativa se desenvolve por meio de três categorias de providências jurídicas: a regulamentação, a emissão de decisões particulares e a coerção fática propriamente dita.

⁴⁵ MJF – a atividade de pp desenvolve-se por meio de 3 categorias de providências: regulamentação, emissão de decisões particulares e coerção fática propriamente dita;

⁴⁶ Ex: normas adm que disciplinam horário e condições de venda de bebidas alcoólicas em certos locais, são disposições genéricas próprias da atividade de polícia adm.

*POLÍCIA ADMINISTRATIVA E POLÍCIA JUDICIÁRIA*⁴⁷

O poder de polícia que o Estado exerce pode incidir em duas áreas de atuação: na administrativa e na judiciária.

Diferenças apontadas pela doutrina⁴⁸:

PA – preventiva x PJ – repressiva:

Costuma-se apontar como diferença o fato da polícia adm ter caráter preventivo, pois tem por objeto impedir ações anti-sociais, e a polícia jud ter caráter repressivo, pois tem por objeto punir os infratores da lei penal.

Afirma-se que a diferença não é absoluta, pois a polícia adm tanto pode agir preventivamente (ex: fiscalizando um estabelecimento que venda de alimentos), como pode agir repressivamente (ex: apreendendo alimentos deteriorados)⁴⁹.

Diz-se, igualmente, que a polícia jud, embora seja repressiva em relação ao indivíduo infrator da lei penal, é também preventiva em

⁴⁷ JAS afirma haver a polícia administrativa e a polícia de segurança (a qual inclui a polícia ostensiva e a polícia judiciária). A polícia administrativa tem por objeto limitações impostas a bens jurídicos individuais. A polícia de segurança inclui a ostensiva (que tem por objeto a preservação da ordem pública; medidas preventivas para evitar o dano ou o perigo para as pessoas) e a judiciária (que tem por objeto atividades de investigação e apuração de infrações penais e indicação de sua autoria; a fim de fornecer os elementos necessários ao Ministério Público em sua função repressiva das condutas criminosas via ação penal pública).

⁴⁸ CABM – o que realmente aparta a pa da pj é que a primeira objetiva unicamente a impedir ou paralisar atividades anti-sociais enquanto a segunda visa a responsabilização dos violadores da ordem jurídica.

⁴⁹ Pode-se dizer, no entanto, que nas duas hipóteses ela está tentando impedir que o comportamento individual cause prejuízos maiores à coletividade; nesse sentido a pa é preventiva.

relação ao interesse geral, porque, punindo-o, tenta evitar que o indivíduo volte a incidir na mesma infração.

Ilícito penal:

Diz-se também que a linha de diferenciação está na ocorrência ou não de ilícito penal.

Quando atua na área do ilícito puramente administrativo⁵⁰, a polícia é administrativa, sendo seu exercício regido pelo DA⁵¹.

Quando o ilícito penal é praticado, é a polícia judiciária que age, regida pelo DPP⁵².

Função que está sendo desempenhada:

PA – tratando-se do exercício de função administrativa, atua a polícia administrativa;

PJ – a polícia judiciária desempenha atuação conexa e acessória em relação à função jurisdicional.

PA – reparte-se entre diversos órgãos x PJ concentra-se em alguns órgãos:

Alguns falam que a polícia jud concentra-se em determinados órgãos (p. ex., Polícia Federal, Secretaria Estadual de Segurança Pública, Polícia Civil, Polícia Militar e atualmente também as Guardas Municipais⁵³), enquanto a polícia adm se reparte entre uma gama maior de órgãos da AP (incluindo, além da própria Polícia Militar,

⁵⁰ preventiva ou repressivamente

⁵¹ incidindo sobre bens, direitos ou atividades;

⁵² incidindo sobre pessoas;

⁵³ cf. Lei 13.022/2014

vários órgãos de fiscalização em áreas como as de saúde (SMS), edificações (SMU), trabalho, entre outras).

CARACTERÍSTICAS

Atributos do poder de polícia⁵⁴:

1. discricionário ou vinculado
2. coercibilidade
3. auto-executoriedade

*Discricionariedade e vinculação*⁵⁵

É discricionário quando a lei deixa ao administrador certa margem de liberdade de apreciação quanto a determinados elementos⁵⁶.

⁵⁴ Alguns autores acrescentam uma outra característica: em regra, corresponde a uma atividade negativa. Sob esse aspecto, **distingue-se do serviço público**, que seria uma **atividade positiva**. Nesse a **AP exerce, ela mesma, uma atividade material que vai trazer algum benefício, uma utilidade, aos cidadãos** (ex: ela executa os serviços de energia elétrica, distribuição de água e gás, de transportes, etc); na atividade de **polícia**, a **AP apenas impede a prática, pelos particulares, de determinados atos contrários ao interesse público**; ela impõe limites à conduta individual.

O critério é **útil para demonstrar a diferença entre poder de polícia e serviço público**.

Alguns autores, todavia, consideram como **inseridas no poder de polícia** as **obrigações de fazer** impostas ao proprietário, compelindo-o a usar o imóvel de acordo com sua função social. **Nesse caso, não se pode falar que o objeto do poder de polícia seja uma abstenção, uma atividade negativa**.

OM – Tais medidas podem implicar **obrigações de fazer e de se abster**.

MJF – Um exemplo característico envolve a segurança das edificações. Os edifícios públicos devem contemplar saídas de emergência, edificadas segundo normas apropriadas. Outra manifestação do pp refere-se à segurança alimentar, que exige a adoção de providências pelo comerciante que impeçam a deterioração de alimentos perecíveis.

⁵⁵ MSZP – O ato de polícia é, em princípio, *discricionário*, mas passará a ser *vinculado* se a norma legal que o rege estabelecer o modo e forma de sua realização. Nesse caso, a autoridade só poderá praticá-lo validamente atendendo a todas as exigências da lei ou regulamento pertinente;

⁵⁶ como motivo, objeto

Nesses casos, a AP terá que decidir, p. ex., qual o melhor momento de agir, qual o meio de ação mais adequado, qual a sanção cabível diante das previstas na norma legal.

Na escolha feita pela AP, com base em um juízo de conveniência e oportunidade, acerca do melhor momento de atuar, do meio mais adequado a ser utilizado, da gradação da sanção a ser aplicada aos infratores é que reside a discricionariedade do poder de polícia⁵⁷.

É vinculado quando a lei estabelece que, diante de determinados requisitos, a AP terá de adotar solução previamente estabelecida, sem qualquer possibilidade de opção.

Nesse caso o poder será vinculado.

A AP somente dá concreção a dispositivos de lei.

Licença e autorização

Associadas à discricionariedade ou à vinculação das medidas de polícia estão as figuras da licença e a autorização.

Para o exercício de atividades ou para a prática de atos sujeitos ao poder de polícia do Estado, a lei exige que a pessoa obtenha alvará de licença ou de autorização.

⁵⁷ Discricionariedade é liberdade de agir dentro dos limites legais; arbitrariedade é ação fora ou excedente da lei.

Ex: se a lei permite a apreensão de mercadorias deterioradas e sua inutilização pela autoridade sanitária, esta pode apreender e inutilizar os gêneros imprestáveis para a alimentação, a seu juízo; mas, se a autoridade é incompetente para a prática do ato, ou se o praticou sem prévia comprovação da imprestabilidade dos gêneros para sua destinação, ou se interditou a venda fora dos casos legais, sua conduta torna-se arbitrária e poderá ser impedida ou invalidada pela Justiça.

A expedição de licença é ato vinculado da AP, pois a lei prevê os requisitos diante dos quais a AP é obrigada a conceder o alvará.

A licença é conceituada como ato vinculado pelo qual o Poder Público, verificando que o interessado atendeu a todas as exigências legais, possibilita-lhe a realização de atividades⁵⁸.

Ex. de licença: licença para construir uma casa, licença de localização e funcionamento do comércio em geral, licença para dirigir veículos, licença para exercer determinadas profissões;

A expedição de autorização é ato discricionário, porque a lei permite à AP apreciar a situação em concreto e decidir, com base num juízo de conveniência e oportunidade e à luz do interesse público, se concede ou não a autorização.

A autorização é conceituada como ato discricionário pelo qual a AP consente com o exercício de certa atividade.

São atividades cujo livre exercício pode, em muitos casos, constituir perigo ou dano para a coletividade, mas que não é oportuno impedir de modo absoluto.

⁵⁸ A licença supõe a apreciação do PP no tocante ao exercício do direito que o ordenamento reconhece ao interessado. Por isso, não pode ser negada quando o requerente atende a todos os requisitos legais para sua obtenção. Uma vez expedida, traz o pressuposto de definitividade, embora possa estar sujeita a prazo de validade. A licença se desfaz por cassação, quando o particular descumprir requisitos para o exercício da atividade, e por revogação, se advier motivo de interesse público que exija a não realização da atividade licenciada, cabendo, nesse caso, indenização ao particular.

Por isso a autoridade tem a faculdade de examinar, caso a caso, as circunstâncias de fato em que o exercício pode se desenvolver, a fim de apreciar a convivência e oportunidade da outorga.

Ex. de autorização: para porte de arma, para comércio de fogos de artifício, para circulação de veículos com peso ou altura excessivos

Assim, pode-se dizer que o poder de polícia tanto pode ser *discricionário* como *vinculado*.

Atividades econômicas de “baixo risco” desenvolvidas para sustento próprio ou se sua família, para a qual a pessoa se valha exclusivamente de propriedade privada própria ou de terceiros consensuais, nos termos do art. 3º, I da MP 881/2019, estariam liberadas da prévia obtenção de alvará. O § 2º de tal dispositivo prevê que o Poder Executivo Federal disporá sobre a classificação de atividades de baixo risco, a qual deve ser observada na ausência de lei estadual ou municipal específica. A atividade será fiscalizada posteriormente de ofício ou por denúncia (§ 3º do preceito mencionado).

Coercibilidade

As medidas de polícia adotadas pela AP são restritivas de direito e se impõem de forma coativa.

Todo ato de polícia é imperativo (obrigatório para seu destinatário).

Não há ato de polícia facultativo para o particular, pois todos eles admitem coerção estatal para torná-los efetivos⁵⁹.

E a coercibilidade, no caso, acaba possibilitando a auto-executoriedade.

O ato de polícia só é auto-executório porque dotado de força coercitiva⁶⁰.

Auto-executoriedade

É o poder da AP executar diretamente determinadas medidas de polícia, por seus próprios meios, sem precisar recorrer previamente ao Judiciário⁶¹.

A auto-executoriedade não existe em todas as medidas de polícia.

Para que a AP possa usá-la, é necessário:

- a) que a lei a autorize expressamente, ou
- b) que se trate de medida urgente, sem a qual poderá ser ocasionado prejuízo maior para o interesse público.

Ex:

Apreensão de gêneros alimentícios deteriorados, impróprios para o consumo, é medida coativa passível de ser posta em prática pelo Executivo tão logo constate a irregularidade;

⁵⁹ essa coerção independe de autorização judicial

⁶⁰ Se tomado o conceito de HLM para coercibilidade (a imposição coativa das medidas adotadas pela AP), esta não se distingue da auto-executoriedade.

⁶¹ Na doutrina distingue-se a auto-executoriedade da exigibilidade:

Exigibilidade – pela qual a AP se vale de *meios indiretos* de coação (ex: multa)

Auto-executoriedade – pela qual a AP compele materialmente o administrado, usando meios diretos de coação (ex: apreensão de mercadorias, interdição de uma fábrica)

Apreensão de material de pesca ou de caça utilizado em desacordo com a legislação é conseqüência normal das infrações cometidas, sendo medida que cabe ao Executivo, independentemente de manifestação judicial;

Guinchamento de veículo

LIMITES

Como todo aa, a medida de polícia, mesmo que seja discricionária, sempre esbarra em limitações impostas pela lei, quando à *competência*, à *forma*, ao *motivo*, à *finalidade* e ao *objeto*.

Competência e forma

Devem se observar as normas legais pertinentes à competência (o agente deve ser competente, ter atribuição legal para a prática do ato) e à forma (o revestimento exterior do ato, o modo pelo qual ele aparece, deve ser o previsto em lei – ex: auto de infração tem forma prescrita em lei)

Motivo

Deve haver motivo de fato e de direito que justifique a prática do ato de polícia.

O ato deve estar motivado em circunstâncias de fato e em elementos de direito que embasem sua prática.

Ex: a interdição de uma fábrica poluidora deve ser motivada na real expedição de gases além dos limites legais.

Finalidade

O poder de polícia só deve ser exercido para atender a finalidade de interesse coletivo.

Se seu fundamento é o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular, o exercício desse poder perderá sua justificativa quando utilizado especificamente e apenas e tão somente para prejudicar pessoas determinadas.

A autoridade que se afasta da finalidade pública incidirá em *desvio de poder*, o que acarreta a nulidade do ato com conseqüências nas esferas civil, penal e administrativa.

Objeto

Quanto ao objeto, ou seja, o conteúdo⁶², a autoridade sofre limitações, mesmo quando a lei lhe dê várias alternativas possíveis.

Aplica-se aqui o princípio da proporcionalidade entre meios e fins, ou seja, o poder de polícia não deve ir além do necessário para a satisfação do interesse público que visa proteger (ex: autoridade que apreende mercadoria em caso onde a apreensão se mostra evidentemente exagerada, sendo que mais adequado seria simplesmente aplicar-se uma multa)

A finalidade do pp não é destruir os direitos individuais, mas, ao contrário, assegurar o seu exercício, condicionando-o ao bem-estar social.

⁶² é aquilo que o ato dispõe; é o próprio ato, sua essência.

PODER DE POLÍCIA - DELEGAÇÃO

Admite-se delegação do poder de polícia às seguintes pessoas governamentais: autarquias, fundações e empresas públicas. A delegação a sociedades de economia mista é vedada, por terem estas capital privado)

Neste caso a delegação deve se dar por lei.

Por outro lado, atualmente é pacífico na doutrina e na jurisprudência o entendimento segundo o qual é vedada a delegação do poder de polícia pelo Estado a particulares.

Isto porque não se admite que o Estado transfira a um particular atos de coerção jurídica ou física a serem exercidos sobre outros particulares (cometimentos tipicamente públicos). Atos estes que acabam por atingir a liberdade e a propriedade dos demais particulares.

Tal possibilidade, nos dizeres de CABM, ofenderia o equilíbrio entre os particulares em geral, ensejando que uns oficialmente exercessem supremacia sobre os outros.

Estar-se-ia, assim, ferindo o princípio da isonomia⁶³.

Afirma-se, no entanto, na doutrina e na jurisprudência, que não viola a indelegabilidade a execução de atividades meramente materiais⁶⁴ relativas à formalização do ato de polícia, para as quais o

⁶³ CABM admite, entretanto, que em casos muito específicos e excepcionais possa eventualmente haver a delegação de atos de polícia a particulares, dando como exemplo o caso de capitães de navios.

⁶⁴ prévias ou posteriores

particular não concorra de maneira alguma com sua vontade, não intervenha. (ex⁶⁵: equipamentos de fiscalização de trânsito⁶⁶ – a máquina apenas registra o fato, de modo preciso e impessoal⁶⁷; não há manifestação de vontade do particular contratado; não há concurso da intervenção humana; nada mudaria se a atividade fosse realizada por um agente público)⁶⁸.

O que não se admite é que a imposição coercitiva de deveres seja executada por outras pessoas que não os agentes públicos.

⁶⁵ outro ex: destruição de armas por particulares

⁶⁶ Veja-se, nesse sentido, a seguinte decisão do STJ:

“ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. MULTA DE TRÂNSITO. NECESSIDADE DE IDENTIFICAÇÃO DO AGENTE. AUTO DE INFRAÇÃO.

1. Nos termos do artigo 280, § 4º, do Código de Trânsito, o agente da autoridade de trânsito competente para lavrar o auto de infração poderá ser servidor civil, estatutário ou celetista ou, ainda, policial militar designado pela autoridade de trânsito com jurisdição sobre a via no âmbito de sua competência. O aresto consignou que toda e qualquer notificação é lavrada por autoridade administrativa.

2. “Daí não se segue, entretanto, que certos atos materiais que precedem atos jurídicos de polícia não possam ser praticados por particulares, mediante delegação, propriamente dita, ou em decorrência de um simples contrato de prestação. Em ambos os casos (isto é, com ou sem delegação), às vezes, tal figura aparecerá sob o rótulo de “credenciamento”. Adilson Dallari, em interessantíssimo estudo, recolhe variado exemplário de “credenciamentos”. É o que sucede, por exemplo, na fiscalização do cumprimento de normas de trânsito mediante equipamentos fotossensores, pertencentes e operados por empresas privadas contratadas pelo Poder Público, que acusam a velocidade do veículo ao ultrapassar determinado ponto e lhe captam eletronicamente a imagem, registrando dia e momento da ocorrência” (Celso Antônio Bandeira de Mello, in “Curso de Direito Administrativo, Malheiros, 15ª edição, pág. 726):

3. É descabido exigir-se a presença do agente para lavrar o auto de infração no local e momento em que ocorreu a infração, pois o § 2º do CTB admite como meio para comprovar a ocorrência “aparelho eletrônico ou por equipamento audiovisual (...) previamente regulamentado pelo CONTRAN.”

4. Não se discutiu sobre a impossibilidade da administração valer-se de cláusula que estabelece exceção para notificação pessoal da infração para instituir controle eletrônico.

5. Recurso especial improvido.”

(STJ, REsp 712312/DF, 2ª T., Rel. Min. Castrro Meira, DJ 21.03.2006, p. 113)

⁶⁷ a máquina capta eletronicamente a imagem, registrando o dia e o momento da ocorrência

⁶⁸ MJF – 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 pp sejam transferidas aos particulares. O que não se admite é que a imposição coercitiva de deveres seja exercida por terceiros, que não os agentes públicos.

USO ISOLADO E CUMULATIVO DOS PODERES

Os poderes da AP (hierárquico, disciplinar, normativo e de polícia) podem ser usados isolada ou cumulativamente.

Ex: ato de polícia administrativa: normalmente é precedido de uma regulamentação do Executivo (poder regulamentar), em que a autoridade escalona e distribui as funções dos agentes fiscalizadores (poder hierárquico), para a imposição de sanções aos infratores (poder de polícia).