

UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS
UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO

RAIMUNDO FERNANDES DE QUEIROZ FILHO

**AS LIMITAÇÕES DO PODER DE POLÍCIA DO ADMINISTRADOR PÚBLICO EM
FACE DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE**

SOUSA

2014

RAIMUNDO FERNANDES DE QUEIROZ FILHO

**AS LIMITAÇÕES DO PODER DE POLÍCIA DO ADMINISTRADOR PÚBLICO EM
FACE DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Bacharelado em Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Campina Grande (UFCG), como requisito para obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas.

Orientador: Prof. Me. Eduardo Jorge Pereira de Oliveira

RAIMUNDO FERNANDES DE QUEIROZ FILHO

**AS LIMITAÇÕES DO PODER DE POLÍCIA DO ADMINISTRADOR PÚBLICO EM
FACE DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE**

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado ao Curso de Bacharelado em
Ciências Jurídicas da Universidade
Federal de Campina Grande (UFCG),
como requisito para obtenção do título de
Bacharel em Ciências Jurídicas.

Aprovado em: _____/_____/_____

BANCA EXAMINADORA

Prof. M.s. Eduardo Jorge Pereira de Oliveira
Universidade Federal de Campina Grande
Orientador

Prof. M.s. José Idemário Tavares Oliveira
Universidade Federal de Campina Grande
Membro

Prof. Robervaldo Queiroga da Silva
Universidade Federal de Campina Grande
Membro

Aos meus pais, que sonharam com esta conquista. A todos aqueles que sempre acreditaram em mim, mesmo nas adversidades, me deram forças para continuar.

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus, o criador do Universo, que permitiu que tudo fosse criado e transformado em minha vida, e me concedeu essa oportunidade de valor imensurável.

A meu pai, amigo: Raimundo Fernandes de Queiroz (*in memoriam*), exemplo de bravura, determinação e disciplina ao longo de sua vida, especialmente no exercício de suas funções, onde serviu honrosamente, à briosos Polícia Militar do Estado do Rio Grande do Norte. Eternas saudades!

À minha mãe, amiga: Maria de Fátima Lima de Queiroz, que desde o princípio me dá forças em todos os aspectos, uma pessoa que tenho muita admiração e é extremamente importante em minha vida.

Ao meu irmão, amigo: Raynero Lima de Queiroz, que sempre está ao meu lado desde o princípio.

Ao Professor Mestre Eduardo Jorge Pereira de Oliveira, pelo apoio, compreensão e no desenvolvimento desse trabalho

Aos meus colegas que se tornaram amigos ao decorrer do curso, e que me deram muita força ao longo dessa jornada: Tiago Azevedo, Marcelo Fernandes, Kaian Hudson, Jeison, Ranyere travassos, Ten. Hugo, Ten. Tiago Feitosa, Jeimisson. A vocês meus sinceros agradecimentos.

RESUMO

O Estado, como a organização político-jurídica de uma sociedade, tem por finalidade a satisfação do interesse público, e, para se alcançar tais finalidades a Administração Pública possui poderes e prerrogativas que servem de instrumentos conferidos pelo ordenamento legal, para que, possibilite ao poder público o pleno exercício de suas atividades, atingindo a sua finalidade primordial que é a prevalência do interesse público sobre o particular. Dentre os poderes incumbidos a administração tem-se o Poder de Polícia que consiste na prerrogativa de condicionar, frenar e restringir os exercícios de direitos e atividades de particulares com base no interesse da coletividade, porém tal poder não é ilimitado. Assim, o presente trabalho tem por objetivo abordar os limites da atuação do agente público ao exercer o poder de polícia que lhe é conferido em face do princípio constitucional administrativo da legalidade (art. 37, *caput*, CF/88). Na metodologia utilizou-se o método de abordagem dedutivo, o método de procedimento da pesquisa bibliográfica e da técnica de pesquisa do estudo jurisprudencial e estudo de leis, sentenças, acórdãos, pareceres, decretos, portarias, dentre outros. Destarte, o exercício desse poder encontra limites no próprio princípio da legalidade, tendo em vista que o administrador público ao exercer o poder deve ter regulamentação legal e ser utilizado com os parâmetros da lei, caso contrário, tal ato é ilegal e não condizente com o Estado Democrático de Direitos. Por conseguinte, os entendimentos jurisprudenciais brasileiros têm reconhecido a ocorrência de limites aos poderes de polícia do administrador público, impedindo a arbitrariedade e o abuso de poder, bem como reafirmando o interesse da coletividade sobre os particulares.

Palavras-Chave: Poder de Polícia. Limites. Administração Pública. Princípio da Legalidade.

ABSTRACT

The state, as a political-legal organization of a society, aims to satisfy the public interest, and to achieve these goals the Public Administration has powers and prerogatives that serve as instruments conferred by the legal system, so that enables the government's exercise of its activities, reaching its primary purpose is the prevalence of the public interest over private. Among the powers entrusted management has become the Police Power that is the prerogative of conditioning, brake and restrict the exercise of rights and individual activities based on the interests of the community, but such power is not unlimited. Thus, this work aims to address the limits of performance of the public official to exercise the police power granted to it in the face of administrative constitutional principle of legality (article. 37th, caput, CF/88). In the methodology we used the method of deductive approach, the method of procedure of literature and research technique of jurisprudential study and study of laws, rulings, judgments, opinions, decrees, orders, among others. Thus, the exercise of that power finds limits in the very principle of legality, in order that the public trustee to exercise the power must have legal regulations and be used with the parameters of the law, otherwise such an act is illegal and inconsistent with the Democratic State rights. Therefore, Brazilian jurisprudential understandings have recognized the occurrence of limits to police powers of the public administrator, preventing arbitrariness and abuse of power, as well as reaffirming the interest of the collective over the individual.

Keywords: Police Power. Limits. Public Administration. Principle of Legality.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
2 PODERES E DEVERES DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	11
2.1 Poderes administrativos	14
2.1.1 PODER VINCULADO.....	15
2.1.2 PODER DISCRICIONÁRIO.....	15
2.1.3 PODER HIERÁRQUICO	16
2.1.4 PODER DISCIPLINAR	17
2.1.5 PODER REGULAMENTAR (OU NORMATIVO)	19
2.1.6 PODER DE POLÍCIA.....	20
3 PODER DE POLÍCIA	21
3.1 Conceitos e Competência	21
3.2 Fundamentos e Essência do Poder de Polícia	24
3.3 Atributos do Poder de Polícia	25
3.4 Polícia Administrativa X Polícia Judiciária	26
4 AS LIMITAÇÕES DO PODER DE POLÍCIA DO ADMINISTRADOR PÚBLICO EM FACE DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE	28
4.1 Princípio da Legalidade	28
4.2 Limites do poder de polícia	30
4.3 Entendimentos dos Tribunais Pátrio sobre o Exercício do Poder de Polícia nos Limites do Princípio da Legalidade	32
CONCLUSÃO	37
REFERÊNCIAS	39

INTRODUÇÃO

O surgimento do homem e conseqüentemente sua organização em grupos, somente foi possível devido a necessidade da criação de normas disciplinadoras e regulamentadoras visando a convivência harmônica e o bem estar da vida em sociedade. Para isso, foram criadas as Constituições e as Leis que visam à normatização das condutas dos indivíduos, estabelecendo para tanto direitos e deveres a serem cumpridos para que seja mantido o bem estar social, todavia o não cumprimento ou inobservância das normas acarretará ao infrator conseqüências e sanções.

O Estado, como a organização político-jurídica de uma sociedade, tem por finalidade a satisfação do interesse público. E, para se alcançar tais finalidades por meio da Administração Pública são utilizadas poderes e prerrogativas especiais explicitamente tipificadas na legislação, que possibilita ao agente público o pleno exercício de suas atividades, e assim, garantindo a prevalência do interesse público sobre o particular.

Deste modo, a Administração Pública tem disponível no exercício das suas atividades os seguintes poderes: o poder vinculado, o poder discricionário, o poder hierárquico, o poder disciplinar, o poder regulamentar (ou normativo) e o poder de polícia. Esses poderes administrativos, na proporção e nos limites de suas competências, são inerente a toda administração, aos órgãos e entes estatais que a compõe, podendo ser empregado de forma isolada ou em conjunto para efetivação de um mesmo ato em busca da concretização do bem comum.

O Poder de Polícia, conceituado no art. 78 do Código Tributário Nacional, consiste no poder atribuído à Administração para condicionar, frenar e restringir os exercícios de direitos e atividades de particulares com base no interesse da coletividade, possuindo para tanto três atributos (ou características) específicas e inerentes que são: discricionariedade, autoexecutoriedade e coercibilidade. Podendo ser exercido de duas formas distintas, qual sejam a polícia administrativa e a polícia judiciária.

O presente trabalho pauta-se no poder de polícia, regido por normas de direito administrativo, a qual possui caráter preventivo, visto que tem por objetivo a proteção dos interesses da coletividade, atuando sobre bens e atividades dos indivíduos.

Sabendo que a Administração possui uma supremacia de posição em relação aos administrados, especificadamente no que compreende ao uso do Poder de Polícia, já que regula a prática de um ato, atividade ou abstenção de um fato em favor de um interesse público. Todavia tal prerrogativa tem destacado dois aspectos conflitantes, quais sejam o desejo do administrado exercer seus direitos, em contraponto, ao da Administração Pública em efetivar (ou não) o exercício desses direitos, utilizando para isso o Poder de Polícia. Assim, os agentes públicos possuem limitações no exercício do Poder de Polícia ao que é juridicamente garantido?

Desta forma o presente trabalho tem por objetivo abordar os limites da atuação do agente público ao exercer o poder de polícia que lhe é conferido em face do princípio constitucional administrativo da legalidade (art. 37, *caput*, CF/88). Na metodologia utilizou-se o método de abordagem dedutivo, o método de procedimento bibliográfico, mediante consulta de livros doutrinários, artigos, e outros meios de informação em periódicos (revistas, boletins, jornais), bem como foi utilizado-se a técnica de pesquisa do estudo jurisprudencial e do estudo de leis, sentenças, acórdãos, pareceres, decretos, portarias, dentre outros.

Portanto, o trabalho está composto da seguinte forma: O primeiro capítulo aborda os poderes e os deveres da administração pública. O segundo capítulo versa de forma mais aprofundada e detalhada sobre o poder de polícia, no que tange aos fundamentos, competências, limites, e atributos. Por fim, o terceiro capítulo é destacado os entendimentos dos tribunais pátrios a respeito das limitações do poder de polícia do administrador público em face do princípio da legalidade,.

2 PODERES E DEVERES DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

O Estado tem sua origem associada à passagem das primeiras sociedades para as cidades que ocorreu de formas variadas e tempo incomensurável, e dentre as inúmeras teorias sobre a formação do Estado destaca-se a “teoria da origem violenta do Estado” (Teoria da Força) de Jean Bodin, cuja explicação afirma que a organização política foi resultado do poder de dominação dos mais fortes sobre os mais fracos. Tomas Hobbes, por sua vez defendia que os homens, no estado de natureza, eram inimigos uns dos outros e viviam em guerra permanente, e para saírem desse estado caótico, todos os indivíduos deveriam ceder os seus direitos à figura do Estado (MALUF, 1999).

Contrariando a ideia de Hobbes, o filósofo John Locke em seu ensaio “Governo Civil (1690)” defendia que o homem delegou ao Estado apenas poderes de regulamentação das relações externas na vida social, já que esses direitos são indelegáveis, encarando como uma troca de serviços entre o Estado (na figura do governo) e os súditos que obedeciam e era protegido. Por fim, Rosseau, outro importante filósofo, preconizava que o Estado é convencional que era resultado da vontade geral manifestada pela maioria dos indivíduos. Assim, pode-se observar que o poder nas sociedades durante muito tempo estava espalhado em diversos grupos sociais, todavia a necessidade de estabilidade na ordem social houve a transferência da titularidade do poder das mãos desses grupos para o Estado (MALUF, 1999).

Na sua formação o Estado é composto por três elementos essenciais: o *território* que é a sua base física e a sua função de fornecer recursos, a *nação* (povo) representando o componente humano com objetivos e características comuns, por fim, esses dois elementos território e nação propiciam a formação do sentido do poder do Estado, que é expresso pela sua soberania, cuja sua forma de atuação se fazer pelo *governo soberano* que é o elemento condutor do Estado detendo e exercendo o poder absoluto de autodeterminação e auto-organização sob o seu território (e no âmbito internacional) emanado pelo povo (MARINELA, 2013).

Desta maneira, a legitimidade do Estado faz com que o poder seja aceito e respeitado por todas as comunidades, assim, a vontade estatal é apresentada e manifestada pelos “Poderes do Estado” independente, harmônicos entre si e com

funções indelegáveis que são o poder executivo, legislativo e judiciário¹, porém, esses poderes:

[...] são elementos estruturais, também denominados elementos orgânicos ou organizacionais do Estado, com funções próprias. Esses Poderes não podem ser confundidos com poderes administrativos que são instrumentos ou prerrogativas que a Administração possui para a persecução do interesse público, como é o caso do poder disciplinar, poder hierárquico, poder regulamentar e poder de política (MARINELA, 2013, p. 15).

Assim, na busca pelas finalidades de interesses (público) do Estado o poder é dado para que a Administração o exerça, portanto, para realizar suas atividades a Administração Pública possui prerrogativas ou poderes que lhe dá autoridade para sempre prevalecer o interesse público sobre o privado.

Desta forma a Administração Pública constitui todo o aparelhamento do Estado pré-constituído para realização dos serviços para satisfação das necessidades da sociedade, por meio da atividade de gerenciar o público, porém, a administração pública possui diversos sentidos no seu entendimento, para Meirelles (2005), Di Pietro (2008), Carvalho Filho (2012) e Marinela (2013) há dois enfoques, o primeiro é o sentido formal (subjeto ou orgânico) que se refere ao conjunto de agentes, órgãos e pessoas jurídicas encarregados de executar as atividades administrativas, ou seja, refere-se a quem exerce as funções administrativas. A segunda é o sentido material (objetivo ou funcional) referente à natureza da atividade que é exercida pelo Estado (ou função administrativa), órgão e agentes que compõe a administração pública.

No desempenho das atividades, em consequência dos interesses da Administração Pública possuem poderes e deveres que servem de instrumentos conferidos pelo ordenamento jurídico para que, através deles, possa o Poder Público atingir a sua finalidade primordial que é o interesse da coletividade, todos esses poderes se legitimam sob a égide da lei sob o fundamento da preservação do interesse público, assim, ao Administrador Público só poderá atuar de acordo com o que estar expresso em lei, é um poder-dever de agir visto que para o poder público é uma imposição, e não uma faculdade como ocorre com as pessoas privadas.

¹ Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário. (BRASIL, 1988)

Se para o particular o poder de agir é uma faculdade, para o administrador público é uma obrigação de atuar, desde que se apresente o ensejo de exercitá-lo em benefício da comunidade. É que o Direito Público ajunta ao poder do administrador o dever de administrar (MEIRELLES, 2005, p. 105).

Nesse sentido, cada agente público e órgãos que compõe a administração pública são investidos da necessária parcela de poder para o desempenho de suas atribuições, utilizado como atributo do cargo ou da função, todavia “[...] embora o vocábulo “poder” dê a impressão de que se trata de “faculdade” da Administração, na realidade trata-se de “poder-dever”, já que reconhecido ao poder público para que o exerça em benefício da coletividade, os poderes são, pois, irrenunciáveis” (DI PIETRO, 2008, p. 81), conforme preconiza o art. 2º, II, da Lei n.º 9.784/99:

Art. 2º A Administração Pública obedecerá dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.
Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de:
(...)
II - atendimento a fins de interesse feral, vedada a renúncia total ou parcial de poderes ou competências, salvo autorização em lei; [Grifo nosso].

Desta forma, dificilmente o administrador deverá ter liberdade de deixar de praticar atos de sua competência, visto que no exercício de suas atividades, funções e ações deve se basear em deveres de eficiência, de probidade e de prestar contas. O primeiro refere-se à conduta do agente em agir com a máxima eficiência funcional no desempenho da atividade administrativa com vista à satisfação dos interesses do administrador, consistindo um princípio basilar da Administração Pública (Art. 37, *caput*, da CF/88) (CARVALHO FILHO, 2012).

No que tange ao dever de probidade, está relacionado à conduta do agente em agir com honestidade e moralidade como elemento necessário à legitimidade de seus atos, incorrendo ao administrador que agir em confronto a esse dever, punições civis e político-administrativas, bem como a sanções penais cabíveis ao caso (Art. 37, § 4º, da CF/88), desta forma o agente que violar tal dever comete atos de improbidade administrativa, conforme a Lei n.º 8.429/1992, ao qual classifica três

espécies os referentes ao enriquecimento ilícito previsto no art. 9º, os que causem prejuízos ao erário previsto no art. 10º e as condutas que atentem contra os princípios da Administração Pública, cujos infratores se sujeitarão as penalidades estabelecidas pelo art. 12

Já o dever de prestar contas refere-se à transparência dos atos da Administração Pública que no uso de seus poderes devem ser tais atos públicos, sob pena de incorrer em arbitrariedades, portanto, o agente deve prestar contas de todos os seus atos que esteja relacionado à gestão do dinheiro público (art. 70, da CF/88) assim como de todos os atos de governo (arts. 49, IX e 71, I, da CF/88) e de administração (art. 5º, XXXIV, alínea “c”, da CF/88) (MARINELA, 2013). Esse dever de prestar contas alcança também entidades paraestatais ou até mesmo particulares que recebam subvenções, sendo feita ao órgão do poder legislativo de cada entidade estatal por meio dos Tribunais de Contas competente.

2.1 Poderes administrativos

Os poderes administrativos são considerados o conjunto de prerrogativas conferidas aos agentes públicos que possibilita ao Estado alcançar os seus objetivos, metas e finalidades, ou seja, seus fins, tais poderes surgem juntamente com a administração constituindo instrumentos necessários para concretizar o bem comum.

Os poderes administrativos nascem com a Administração e se apresentam diversificados segundo as exigências do serviço público, o interesse da coletividade e os objetivos a que se dirigem. Dentro dessa diversidade são classificados consoante a liberdade da Administração para a prática de seus atos, em poder vinculado e poder discricionário; segundo visem ao ordenamento da Administração ou à punição dos que a ela se vinculam, em poder hierárquico e poder disciplinar, diante de sua finalidade normativa em poder regulamentar; e, tendo em vista seus objetivos de contenção dos direitos individuais, em poder de polícia (MEIRELLES, 2002, p. 112).

Esses poderes na proporção e nos limites de suas competências são inerente a toda Administração Pública e seus órgãos e entidades estatais (União,

Estados, Distrito Federal e Municípios) em que sua utilização pode ocorrer de forma isolada ou em conjunta para realização de um mesmo ato.

2.1.1 PODER VINCULADO

Entre os poderes exercidos pela Administração Pública no desempenho de suas atividades, no que tange a sua liberdade, esta pode ser vinculada que consiste aquele cujos requisitos de competência, forma, finalidade, motivo e objeto encontram-se de antemão estabelecidos na lei, de tal modo, que é possível ser tomado um único comportamento pelo administrador diante da situação concreta deve praticar o ato quando preenchidos os requisitos legais, não possuindo liberdade para um juízo de conveniência e oportunidade. O controle de legalidade de atos dessa natureza, caso não haja adequação entre os seus elementos, haverá vício de legalidade passível de controle pela própria Administração ou pelo Poder Judiciário (MARINELA, 2013; CARVALHO FILHO, 2012).

2.1.2 PODER DISCRICIONÁRIO

No poder discricionário, apesar de também estar subordinada a lei, o administrador tem liberdade de escolha, optando em um caso concreto por variadas soluções possíveis dentre aquelas que melhor atendam ao interesse público, devendo sua atuação ser pautada no juízo de conveniência e oportunidade (CARVALHO FILHO, 2012).

En la legislación y la Ciencia del Derecho se habla (...) del poder discrecional, cuando el Derecho objetivo permite obrar a un órgano político según su propia determinación (...) Por el poder discrecional que le há otorgado el legislador, la autoridad administrativa há de determinar como pertinente, entre las varias posibilidades de solución, aquella que mejor responde en el caso concreto a la intención de la ley (...) Regularmente, el poder discrecional se limita a los puntos concretos que el legislador ha dejado libres en un precepto jurídico(...) (FLEINER, 1933, p. 116-117).

Desta forma, os elementos nucleares deste poder são a conveniência e oportunidade, de tal forma que a discricionariedade pode ocorrer tanto no momento em que o ato é praticado, quanto é momento posterior, quando ao administrador é possível decidir por sua revogação.

Súmula nº 346/STF - A Administração Pública pode declarar a nulidade dos seus próprios atos.

Súmula nº 473/STF - A Administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.

Todavia, no exercício da discricionariedade faz-se necessário que a Administração pautar-se na razoabilidade entre a conduta escolhida e a finalidade a qual exige a norma evitando o uso indevido da discricionariedade, e não incorrer em arbitrariedade em sua conduta, fazendo o seu ato (arbitrário) ilegal, ilegítimo e inválido e devendo ser objeto de controle no âmbito administrativo ou judicial, o último só poderá verificar a ilegalidade (art. 5º, XXXV, da CF/88), sendo vedada a aferição de conveniência e oportunidade (MEIRELLES, 2005; CARVALHO FILHO, 2012; MARINELA, 2013).

2.1.3 PODER HIERÁRQUICO

O poder hierárquico consiste no meio pela qual a Administração organiza os órgãos e as funções dos mesmos escalonados em uma relação de subordinação e de responsabilidade crescente entre os órgãos de hierarquias superiores, assim:

Hierarquia é o escalonamento em plano vertical dos órgãos e agentes da Administração que tem como objetivo a organização da função administrativa. (...) Em razão desse escalonamento firma-se uma relação jurídica entre os agentes, que se denomina de relação hierárquica (CARVALHO FILHO, 2013, p. 67).

Como efeitos dessa hierarquia pode-se destacar: o *poder comando (dar ordens)* que consiste na determinação, pelos agentes superiores, aos subordinados,

que têm o dever de obediência, os atos que devem praticar ou determinada conduta que deve adotar em cada caso. A *fiscalização* consiste em vigiar as atividades e atos desempenhados pelos subordinados, com respeito às normas legais, regulamentares e as diretrizes fixadas pelos superiores. A *revisão* dos atos praticados em relação aos vícios de legalidade, em que o nível hierárquico mais baixo, pode revê-lo, de ofício ou por provocação do interessado, para ajustamento ou restauramento da legalidade. O poder de *delegação* e a *avocação*, onde o primeiro consiste na transferência de atribuições, de funções genéricas e comuns da Administração², que originalmente pertencia ao delegante (CARVALHO FILHO, 2012), conforme se observa nos artigos 11 e 12 do Decreto-Lei n.º 200/67:

Art. 11. A delegação de competência será utilizada como instrumento de descentralização administrativa, com o objetivo de assegurar maior rapidez e objetividade às decisões, situando-as na proximidade dos fatos, pessoas ou problemas a atender.

Art. 12. É facultado ao Presidente da República, aos Ministros de Estado e, em geral, às autoridades da Administração Federal delegar competência para a prática de atos administrativos, conforme se dispuser em regulamento.

Parágrafo único. O ato de delegação indicará com precisão a autoridade delegante, a autoridade delegada e as atribuições objeto de delegação.

A *avocação*³, por sua vez, é o contrário da delegação, nela o nível hierárquico superior chama para si, em caráter excepcional e por motivos relevantes devidamente justificados, funções originariamente atribuídas ao órgão hierarquicamente inferior. Todavia, não é possível a avocação quando se refere a competências exclusivas dos subordinados (ALEXANDRINO & PAULO, 2010).

2.1.4 PODER DISCIPLINAR

² **Art. 13.** Não podem ser objeto de delegação:

I - a edição de atos de caráter normativo;

II - a decisão de recursos administrativos;

III - as matérias de competência exclusiva do órgão ou autoridade. (BRASIL, LEI Nº 9.784/99).

³ **Art. 15.** Será permitida, em caráter excepcional e por motivos relevantes devidamente justificados, a avocação temporária de competência atribuída a órgão hierarquicamente inferior (BRASIL, LEI Nº 9.784/99).

No âmbito da Administração Pública lhe é conferido poder com o objetivo de apurar e punir faltas funcionais dos servidores e pessoas sujeitas à disciplina dos órgãos e serviços da Administração. Consequência do poder hierárquico ao qual aos agentes superiores competem o comando e o dever de fiscalizar exigindo cumprimento pelo nível hierárquico inferior o cumprimento de ordens e regas legais, caso contrário, possibilita a aplicação de sanção em decorrência dessa hierarquia.

O poder disciplinar (trata-se, a rigor, de um poder-dever) possibilita à administração pública:

- a) Punir internamente as infrações funcionais de seus servidores; e
- b) punir infrações administrativas cometidas por particulares a ela ligados mediante algum vínculo jurídico específico (por exemplo, a punição pela administração de um particular que com ela tenha celebrado um contrato administrativo e descumpra as obrigações contratuais que assumiu) (ALEXANDRINO & PAULO, 2010, p. 227).

A doutrina assevera que o poder disciplinar se trata de um poder discricionário, todavia deve-se observar que a Administração não cabe a liberdade de escolha entre punir ou não punir, mas é discricionária para escolha da natureza e gravidade da penalidade a ser estabelecida ao infrator. Porém, essa discricionariedade é limitada já que nenhuma penalidade pode ser aplicada sem a prévia apuração e instauração de processo administrativo disciplinar, assegurando a ampla defesa e o contraditório (art. 5º, LV, da CF/88).

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA. OMISSÃO, CONTRADIÇÃO E OBSCURIDADE INEXISTENTES. EFEITOS INFRINGENTES. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO NÃO ACOLHIDO. 1. Os Embargos de Declaração não podem ser utilizados com a finalidade de sustentar eventual incorreção do *decisum* hostilizado ou de propiciar novo exame da própria questão de fundo, em ordem a viabilizar, em sede processual inadequada, a desconstituição de ato judicial regularmente proferido. 2. A obtenção de efeitos infringentes a Embargos de Declaração somente é possível quando reconhecida a existência de um dos defeitos elencados nos incisos do art. 535 do CPC, e, da correção do vício, decorra a alteração do julgado. 3. **Por força dos princípios da proporcionalidade, dignidade da pessoa humana e culpabilidade, aplicáveis ao regime jurídico disciplinar, não há juízo de discricionariedade no ato administrativo que impõe sanção a Servidor Público em razão de infração disciplinar; destarte, o controle jurisdicional, nesta seara, é amplo, de modo a conferir garantia a todos os servidores contra eventual arbítrio, não se limitando, portanto, somente aos aspectos formais.** 4. O Julgador não está obrigado a rebater, um a um, os

argumentos trazidos pela parte, quando aponta fundamentos suficientes à análise da controvérsia, como se deu no caso em tela. 5. Embargos de Declaração rejeitados. (STJ - EDcl no MS: 13083 DF 2007/0217736-7, Relator: Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Data de Julgamento: 26/08/2009, S3 - TERCEIRA SEÇÃO, Data de Publicação: DJe 10/09/2009) [Grifo nosso].

De certo que embora exista a discricionariedade no exercício do poder disciplinar, no que tange a escolha de graduação da penalidade, o Administrador fica vinculado à instauração do processo, sua construção e aplicação de sanção correspondente estão expressas em lei, não tendo o agente público liberdade de escolher entre realizar ou não, visto que em caso de conduta omissiva o Administrador incorre sob a prática de crime de condescendência criminosa (art. 320, do CP)⁴ e improbidade administrativa (art. 11, II, da Lei n.º 8.429/92)⁵.

2.1.5 PODER REGULAMENTAR (OU NORMATIVO)

Consiste o poder conferido ao administrador, geralmente, o chefe do Poder Executivo para edição de decretos e regulamentos com o propósito, conforme o caso, de permitir sua fiel execução ou complementar à lei. Desta forma, tal poder não visa contrariar a lei, mas tem como propósito dar-se em conformidade com o que é estabelecido pela lei e nos limites imposto por ela.

Poder regulamentar, portanto, é a prerrogativa conferida à Administração Pública de editar atos gerais para complementar as leis e permitir a sua efetiva aplicação. A prerrogativa, registre-se, é apenas para *complementar* a lei; não pode, pois, a Administração *alterá-la* a pretexto de estar regulamentando. Se o fizer, cometerá *abuso de poder regulamentar*, invadindo a competência do Legislativo (CARVALHO FILHO, 2013, p. 55).

⁴ **Condescendência criminosa**

Art. 320 - 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 (BRASIL. CÓDIGO PENAL).

⁵ Art. 11. Constitui 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 (BRASIL. LEI Nº 8.429/92).

O poder regulamentar (ou normativo) é indelegável e exercido em caráter privativo pelo Chefe do Poder Executivo (art. 84, da CF/88). Diante da invasão de competência ao Congresso Nacional é autorizado cessar atos normativos que extrapolem os limites do poder de regulamentação conforme preceitua o art. 49, V, da CF/88.

Quanto à tipologia, os decretos editados pelo Chefe do Poder Executivo no exercício do poder normativo podem ser *autônomos* ou de *execução*. Os decretos autônomos são aqueles que não dependem da existência de lei anterior para poderem ser editadas, assim, hierarquicamente encontra-se ao lado da lei, subordinado apenas a Constituição Federal. Os decretos de execução referem-se aqueles que dependem da existência de lei para serem editados, oferecendo fiel execução à lei, esclarecendo aquilo que é disposto na lei (MEIRELLES, 2005; CARVALHO FILHO, 2012).

2.1.6 PODER DE POLÍCIA

O poder de polícia é aquele disposto a Administração para conduzir, restringir, frenar atividade e direitos dos particulares com o propósito de preservar os interesses da coletividade. A essa temática será abordada detalhadamente no segundo capítulo deste trabalho.

3 PODER DE POLÍCIA

3.1 Conceitos e Competência

O poder de polícia consiste no poder atribuído à Administração para condicionar, frenar e restringir os exercícios de direitos e atividades de particulares com base no interesse da coletividade. A conceituação legal do poder de polícia esta disposta nos artigo 78 do Código Tributário Nacional, ao referir-se aos fatos geradores das taxas, dispõe que:

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.

Parágrafo único. Considera-se regular o exercício do poder de polícia quando desempenhado pelo órgão competente nos limites da lei aplicável, com observância do processo legal e, tratando-se de atividade que a lei tenha como discricionária, sem abuso ou desvio de poder.

Por sua vez, o conceito doutrinário do poder de polícia consiste na “[...] a prerrogativa de direito público que, calcada na lei, autoriza a Administração Pública a restringir o uso e o gozo da liberdade e da propriedade em favor do interesse da coletividade” (CARVALHO FILHO, 2012, p. 75).

A expressão “poder de polícia” comporta dois sentido, em seu sentido amplo refere-se toda e qualquer ação restritiva do Estado em relação aos direitos individuais, em que abrange tanto os atos administrativos editados pelo Poder Executivo, como também os atos do Poder Legislativo, e na função atípica de administrar dos atos emanados pelo Poder Judiciário. No sentido restrito, este poder se configura como a atividade administrativa como verdadeira prerrogativa conferida aos agentes administrativos no poder de restringir e condicionar a liberdade e a propriedade (ALEXANDRINO & PAULO, 2010; CARVALHO FILHO, 2012; MARINELA, 2013).

Assim sendo, o poder de polícia é inerente à atividade administrativa, que é desempenhado por variados órgãos e entidades administrativas, cuja competência para exercer o poder de polícia foi conferida pela Constituição Federal de 1988 em que dispõe o sistema de competências constitucionais atribuindo o poder regulamentar a matéria (poder de polícia originário):

[...] os assuntos de interesse nacional ficam sujeitos à regulamentação e policiamento da União; as matérias de interesse regional sujeitam-se às normas e à polícia estadual; e os assuntos de interesse local subordinam-se aos regulamentos edilícios e ao policiamento administrativo municipal (MEIRELLES, 2005, p. 109).

Todavia, há casos em que a competência ocorre de forma concorrente, ou seja, poder concorrente ensejando o exercício conjunto do poder de polícia por pessoas de entidades federativas diversas (arts. 22, parágrafo único, 23 e 24 da CF/88).

O poder de polícia pode ser originário ou delegado, o primeiro é conferido e exercido e inerente as pessoas federativas disposta na CF/88, já o segundo, o poder delegado, é aquele outorgado às pessoas administrativas do Estado, integrantes da Administração Indireta, visto que a doutrina majoritária entende que não há delegação de poder de polícia a pessoas de iniciativa privada, mesmo que sejam prestadores de serviços de titularidade estatal, pois o poder de império é privativo e próprio do Estado (CARVALHO FILHO, 2012).

Art. 4º Na contratação de parceria público-privada serão observadas as seguintes diretrizes:

(...)

III – indelegabilidade das funções de regulação, jurisdicional, do exercício do poder de polícia e de outras atividades exclusivas do Estado (BRASIL, Lei nº 11.079/04).

Em regra o poder de polícia é indelegável, sob pena de causar uma instabilidade social, todavia, existem hipóteses excepcionais em que é admitida delegação propriamente dita ou em decorrência de um simples contrato de prestação de serviços, nos atos preparatórios ou sucessivo a ato jurídico de polícia, podem ser praticados por particulares, mas realizado com grandes limitações e ressalvas (MARINELA, 2013).

ADMINISTRATIVO. PODER DE POLÍCIA. TRÂNSITO. SANÇÃO PECUNIÁRIA APLICADA POR SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. IMPOSSIBILIDADE. 1. Antes de adentrar o mérito da controvérsia, convém afastar a preliminar de conhecimento levantada pela parte recorrida. Embora o fundamento da origem tenha sido a lei local, não há dúvidas que a tese sustentada pelo recorrente em sede de especial (delegação de poder de polícia) é retirada, quando o assunto é trânsito, dos dispositivos do Código de Trânsito Brasileiro arrolados pelo recorrente (arts. 21 e 24), na medida em que estes artigos tratam da competência dos órgãos de trânsito. O enfrentamento da tese pela instância ordinária também tem por conseqüência o cumprimento do requisito do prequestionamento. 2. No que tange ao mérito, convém assinalar que, em sentido amplo, poder de polícia pode ser conceituado como o dever estatal de limitar-se o exercício da propriedade e da liberdade em favor do interesse público. A controvérsia em debate é a possibilidade de exercício do poder de polícia por particulares (no caso, aplicação de multas de trânsito por sociedade de economia mista). **3. As atividades que envolvem a consecução do poder de polícia podem ser sumariamente divididas em quatro grupos, a saber: (i) legislação, (ii) consentimento, (iii) fiscalização e (iv) sanção.** 4. **No âmbito da limitação do exercício da propriedade e da liberdade no trânsito, esses grupos ficam bem definidos: o CTB estabelece normas genéricas e abstratas para a obtenção da Carteira Nacional de Habilitação (legislação); a emissão da carteira corporifica a vontade o Poder Público (consentimento); a Administração instala equipamentos eletrônicos para verificar se há respeito à velocidade estabelecida em lei (fiscalização); e também a Administração sanciona aquele que não guarda observância ao CTB (sanção).** 5. **Somente os atos relativos ao consentimento e à fiscalização são delegáveis, pois aqueles referentes à legislação e à sanção derivam do poder de coerção do Poder Público.** 6. No que tange aos atos de sanção, o bom desenvolvimento por particulares estaria, inclusive, comprometido pela busca do lucro - aplicação de multas para aumentar a arrecadação. 7. Recurso especial provido. (STJ – RE sp: 817.534 MG 2006/0025288-1, Relator: Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, Data de Julgamento: 10/11/2009, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 10/12/2009).

Nesse caso, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) entendeu ser possível a transferência ao particular os atos decorrentes do poder de consentimento e de fiscalização, visto que nesses casos o Estado não se despe do poder de polícia, mas apenas atribui ao executor, a tarefa de operacionalização e desenvolvimento, limitando-se a constatação de fatos, não podendo o executor exercer qualquer tipo de restrição, visto que a titularidade do poder de polícia é do ente federativo constitucionalmente competente (CARVALHO FILHO, 2012; MARINELA, 2013).

3.2 Fundamentos e Essência do Poder de Polícia

A posição de hegemonia da Administração Pública sobre os administrados ocorre devido ao princípio da predominância do interesse público sobre o particular, caracterizado pelo exercício da supremacia geral, desse modo o fundamento do poder de polícia é o interesse público.

A razão do poder de polícia é o interesse social e o seu fundamento esta na supremacia geral que o estado exerce em seu território sobre todas as pessoas, bem e atividades, supremacia que se revela nos mandamentos constitucionais e nas normas de ordem pública, que a cada passo opõem condicionamentos e restrições aos direitos individuais em favor da coletividade, incumbindo ao Poder Público o seu policiamento administrativo (MEIRELLES, 2010, p. 137).

O poder expressado pela atividade de polícia administrativa é resultante de seu atributo de executar leis e os cumprimentos decorrem de uma autoridade limitada pelo interesse da coletividade.

Concorre para dificultar o assunto, a dualidade reconhecida de concepções a respeito existentes. Após considera que o poder de polícia é a causa, o fundamento; a polícia é sua consequência. O poder de polícia é algo *in potentia*, traduzindo *in actu*, pela ação policial. Poder de polícia é a faculdade discricionária da administração de, dentro da lei, limitar a liberdade individual em prol do interesse coletivo (CRETELLA JÚNIOR, 1999, p. 15).

Quanto a sua essência, o poder de polícia para alguns doutrinadores decorre do seu caráter negativo, visto o objetivo desse poder em evitar um dano, diferente do serviço público que consiste em uma atuação positiva:

No sentido de que através dele, o Poder Público, de regra, não pretende uma atuação do particular, pretende uma abstenção. (...) a utilidade pública é, no mais das vezes, conseguida de modo indireto pelo poder de polícia, em contraposição à obtenção direta de tal utilidade, obtida por meio dos serviços públicos (MOREIRA, 2011, p. 3).

Destarte, o poder público ao exercer o poder de polícia não pretende uma abstenção do particular (e não uma atuação) sendo dessa forma analisado como negativo, todavia, o objetivo dessa forma de atuação é impedir e evitar que determinadas situações que os particulares desejam realizar seja ameaçadora para o interesse da coletividade.

3.3 Atributos do Poder de Polícia

O poder de polícia no seu exercício possui três atributos (ou características) específicos e inerentes que são a *discricionariedade*, *autoexecutoriedade* e *coercibilidade*.

A *discricionariedade* no poder de polícia refere-se na faculdade legítima que a Administração Pública possui para optar a melhor ocasião para agir, o meio de ação imperioso e sanção que mais se enquadra para alcançar o fim desejado, de tal modo, a “[...] finalidade de todo ato de polícia – como a finalidade de qualquer ato administrativo – é requisito sempre vinculado e traduz-se na proteção do interesse da coletividade” (ALEXANDRINO & PAULO, 2010, p. 247).

Contudo, embora o ato de polícia seja, em princípio, seja discricionária em algumas situações sua atuação é vinculada, se a norma legal que o rege estabelecer o modo e a forma de sua realização (ALEXANDRINO & PAULO, 2010; MARINELA, 2013).

A *autoexecutoriedade* é a prerrogativa conferida a Administração Pública de executar o ato, por seus meios próprios, em a necessidade de intervenção do poder judiciário, assim a Administração estabelece diretamente as medidas ou sanções de polícia administrativa imprescindível à contenção antissocial que propende impedir.

No Direito Administrativo, a auto-executoriedade não existe, também, em todos os atos administrativos; ela só é possível:

1. Quando expressamente prevista em lei. Em matéria de contrato, por exemplo, a Administração Pública dispõe de várias medidas auto-executórias, como a retenção da caução, a utilização dos equipamentos e instalações do contratado para dar continuidade à execução do contrato, a encampação etc.; também em matéria de polícia administrativa, a lei prevê medidas auto-executórias, como a apreensão de mercadorias, o fechamento de casas noturnas, a cassação de licença para dirigir;

2. quando se trata de medida urgente que, caso não adotada de imediato, possa ocasionar prejuízo maior para o interesse público; isso acontece, também, no âmbito da polícia administrativa, podendo-se citar, como exemplo, a demolição de prédio que ameaça ruir, o internamento de pessoa com doença contagiosa, a dissolução de reunião que ponha em risco a segurança de pessoas e coisas (DI PIETRO, 2008, p. 86).

O atributo da autoexecutoriedade é subdividido em exigibilidade e executoriedade, em que o primeiro possibilita a Administração Pública impor obrigações aos administrados, ainda que contrárias à sua vontade, dispensando a análise preliminar de autorização judicial, estando ligada ao uso de meios coercitivos indiretos, como a aplicação de multa. Já o segundo, é a possibilidade de a administração realizar diretamente as suas decisões, referente aos meios coercitivos diretos, autorizando o uso da força pública, caso seja necessário, tais como apreensão de mercadorias, interdição de estabelecimentos que não atendam as normas de vigilância sanitária, etc (ALEXANDRINO & PAULO, 2010; MARINELA, 2013).

A *Coercibilidade* refere-se a imposição coativa das medidas ou decisões adotadas pela Administração ao administrado, permitindo o emprego da força, em caso de oposição do infrator, dentro dos limites da legalidade, portanto, “[...] é intrínseco a essa característica o poder que tem a Administração de usar a força, caso necessária para vencer eventual recalcitrância” (CARVALHO FILHO, 2012, p. 89).

3.4 Polícia Administrativa X Polícia Judiciária

O poder de polícia pode ser exercido de duas formas distintas, qual seja a polícia administrativa e a polícia judiciária, que ambas se emolduram na esfera da função administrativa concebendo atividades de gestão do interesse público.

A polícia administrativa constitui a atividade da Administração que é iniciada, desenvolvida e concluída no âmbito da função administrativa, sendo executado por órgãos administrativos de caráter mais fiscalizador, assim a polícia administrativa tem por objeto impedir atividades ilícitas ao interesse social e coletivo, atuando sobre bens, direitos e atividades, agindo na maioria das vezes preventivamente para que o dano social sequer chegue a ocorrer (MARINELA, 2013).

Vejamos um exemplo: quando agentes administrativos estão executando serviços de fiscalização em atividades de comércio, ou em locais proibidos para menores, ou sobre as condições de alimentos para consumo, ou ainda em parques florestais, essas atividades retratam o exercício de Polícia Administrativa (CARVALHO FILHO, 2012, p. 81).

A polícia judiciária, por sua vez, embora seja também atividade administrativa, tem o condão de preparar a atuação da função jurisdicional e é executada por órgãos de segurança, ou seja, atua sobre pessoa, apurando infrações penais e sua autoria por meio da investigação policial, desse modo tem caráter repressivo e ostensivo, muito embora possa atuar de forma preventiva (ALEXANDRINO & PAULO, 2010).

[...] a polícia judiciária é privativa de corporações especializadas (polícia civil e militar), enquanto a polícia administrativa se reparte entre diversos órgãos da Administração, incluindo além da própria polícia militar, os vários órgãos de fiscalização aos quais a lei atribua esse mister, como os que atuam nas áreas de saúde, educação, trabalho, previdência e assistência social (DI PIETRO, 2008, p. 87).

Logo a polícia judiciária é executada por corporações específicas, não possuindo qualquer relação de subordinação com nenhum órgão, nem mesmo com o Ministério Público, tendo dessa forma como finalidade, auxiliar o Poder Judiciário no cumprimento de sua função jurisdicional, ou seja, aplicar a lei ao caso concreto.

4 AS LIMITAÇÕES DO PODER DE POLÍCIA DO ADMINISTRADOR PÚBLICO EM FACE DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

4.1 Princípio da Legalidade

Os princípios constituem preceitos ou regras que tem como intuito servir de norma, regras que devem ser seguida em qualquer operação jurídica, pois esses compõe fonte do direito e se fazem presentes de forma explícita ou implícita no ordenamento jurídico, pois o:

[...] princípio é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para a sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento do princípio que preside a inteligência das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo (MELLO, 2007, p. 922).

A principal diferenciação entre regras e os princípios consiste no fato de que o primeiro são normas que apenas podem ser cumpridas ou não, enquanto que o segundo é considerado mandatos de “otimização”, ou seja, é bases e alicerces de todo o ordenamento jurídico, pois a esses constituem a funcionalidade de integração e preenchimento das lacunas surgidas pela falta de normas.

lãs reglas nos proporcionan el critério de nuestras acciones, nos dicen cómo debemos, no devemos, podemos actuar em determinadas situaciones específicas prevista por lãs reglas mismas; los principios, directamente, no nos dicen nada a este respecto, pero nos proporcionan criterios para tomar posición ante situaciones concretas pero que a priori aparecen indeterminadas. Los principios generan actitudes favorables o contrarias, de adhesión y opoyo o de disenso y repulsa hacia todo lo que puede estar implicado em su salvaguardaen cada casa concreto. Posto que carecen de supuesto de hecho, a los principios, a diferencia de lo que se sucede com lãs reglas, solo se lês puede dar algun significado operativo haciéndoles – reaccionar – ante algún caso concreto. Su significado no puede determinarse em abstracto, sine solo em los casos concretos, y solo em los casos concretos se puede su alcance (ZAGREBELSKY, 1999, p. 110)

Assim sendo, os princípios determinam auxiliar o intérprete da lei a norteá-lo na aplicação do direito ao caso prático, onde sua inobservância acarreta consequência jurídica para toda ordem jurídica, visto que:

(...) violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra. Isto porque, com ofendê-lo, abatem-se as vigas que o sustentam e alui-se toda estrutura nelas esforçada (MELLO, 2008. p. 943).

Desta forma, vê-se que os princípios são dotados de eficácia cuja materialização poderá ser cobrada judicialmente caso haja necessidade. Na seara administrativa, a Constituição Federal de 1988, determina em seu art. 37, *caput*, que a Administração Pública direta e indireta, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, devem obedecer aos princípios constitucionais administrativos da legalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

O Princípio da Legalidade encontra-se fundamentado constitucionalmente no art. 37, *caput*, assim sendo, esse princípio consiste na premissa que o ato, ação ou atividade deverá ocorrer o que a lei permitir, logo, "[...] é bem de ver-se que a Administração tem faculdade de intervir apenas no âmbito demarcado pela norma jurídica. Qualquer medida, qualquer decisão administrativa tem de estar de acordo com a lei" (CRETELLA JÚNIOR, 1999, p. 16).

[...] a legalidade, como princípio de administração, significa que o administrador público está em toda sua atividade funcional, sujeito aos mandamentos da lei, e às exigências do bem comum, e deles não se pode afastar ou desviar, sob pena de praticar ato inválido e expor-se à responsabilidade disciplinar, civil e criminal, conforme o caso (MEIRELLES, 2005, p. 67).

Portanto, em decorrência desse princípio a Administração Pública não poderá em suas atividades funcionais agir contrário a lei (*contra legem*) ou além da lei (*praeter legem*), estando obrigada a agir nos estritos termos da lei (*secundum*

legem), “[...] esse princípio coaduna-se com a própria função administrativa, de executor do direito, que atua sem finalidade própria, mas em respeito à finalidade imposta pela lei e com a necessidade de preservar-se a ordem jurídica” (MORAES, 2006, p. 81), o que diferencia do princípio da legalidade para o administrado que “[...] é livre para agir, podendo fazer tudo o que a lei não proíbe, a administração, somente poderá fazer o que a lei manda ou permite” (GONÇALVES, 2003, p. 301).

4.2 Limites do poder de polícia

A polícia administrativa, regida pelo direito administrativo, possui caráter preventivo, cujo objetivo é proteger o interesse da sociedade, atuando, assim, sobre bens direitos ou atividades, porém essa atuação não possui caráter ilimitado, a Administração Pública possui certos limites no exercício desse poder:

A atuação da administração pública no exercício do poder de polícia, em regra, é discricionária. Conforme ocorre sem exceção em nosso ordenamento jurídico, a discricionariedade da atuação administrativa é restrita, está limitada pela lei e pelo direito globalmente considerado, especialmente pelos princípios constitucionais administrativos (ALEXANDRINO & PAULO, 2010, p. 245).

Neste prisma, o exercício desse poder encontra limites no próprio princípio da legalidade, tendo em vista que o administrador público ao exercer o poder deve ter regulamentação legal e ser utilizado com os parâmetros da lei, caso contrário, tal ato é ilegal e não condizente com o Estado Democrático de Direito, assim:

[...] sob a invocação do poder de polícia não pode a autoridade anular as liberdades públicas ou aniquilar os direitos fundamentais do indivíduo, assegurados na Constituição, dentre os quais se inserem o direito de propriedade e o exercício de profissão regulamentada ou de atividade lícita (MEIRELLES, 2005, p.125).

Logo, o objeto que o poder de polícia esta propenso a atingir é a liberdade e a propriedade dos administrados, ainda que este deva pugnar pelo interesse da coletividade não deverá, jamais, em suas ações eliminar os direitos individuais dos administrados, visto que há limites a serem observados, tais como: a *necessidade*, pois o poder de polícia deverá ser adotado para impedir ameaças reais ou prováveis

de violação do interesse público; a *proporcionalidade* que busca uma relação entre a limitação do direito individual e o prejuízo a ser evitado; e a *eficácia* visando à melhor medida para impedir o dano ao interesse público (CARVALHO FILHO, 2012; MEIRELLES, 2005; ALEXANDRINO & PAULO, 2010).

Desta forma, a administração pública no exercício de suas ações deve pautar-se no interesse social e respeitando também os direitos individuais, agindo com cautela, buscando um equilíbrio, não extrapolando os métodos necessários a alcance de determinados resultados almejado por lei, sob pena de incidir em vício jurídico, agindo assim com arbitrariedade, seja com abuso ou desvio de poder.

Abuso de poder é a exorbitância de atribuições de agentes do poder público, ora quando obra em nome da lei, mas não autorizado por ela (abuso, propriamente dito), ora quando extralimita as funções que a lei traça (excesso), ora quando, dentro dos limites da lei embora, atua em distorções de seus intuitos (desvio) (SIDOU, 2001, p. 6).

Portanto, a não-observância dos princípios constitucionais administrativos pelo administrador incidindo-o em abuso ou desvio de poder, seja com culpa ou dolo, consentirá ao prejudicado (administrado) o dever de acionar o Poder Judiciário, visto que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (art. 5º, XXXV, da CF/88), podendo o administrador ser responsabilizado civil, administrativa e criminalmente.

No que concerne aos limites do poder de polícia, outro aspecto devem ser levado em consideração, que são os requisitos de validade, quais sejam competência, forma e finalidade, já que são requisitos vinculados em todos os atos administrativos e, portanto, surge como limites para o exercício do poder de polícia. Já ao que tange aos requisitos da discricionariedade, deve-se observar os motivos e objeto, pois no exercício do poder de polícia o administrador deve estar sempre atento a adequação e a necessidade como restrição atribuída e o benefício coletivo, ou seja, sempre atentar ao que preconiza o princípio da proporcionalidade dos meios empregados (ALEXANDRINO & PAULO, 2010).

[...] se a conduta administrativa é desproporcional, a conclusão inevitável é a de que um ou alguns indivíduos estão sendo prejudicados por excesso de poder, revelando-se ausente o verdadeiro interesse coletivo a ser perseguido e configurando-se sem

dúvida, ilegalidade que merece correção (CARVALHO FILHO, 2009, p. 85).

Dessa forma, a Administração Pública no uso da Supremacia possui limites a serem respeitados, haja vista que a atividade do poder de polícia, é ora discricionário, e ora vinculado, e, por conseguinte, estar sujeito à regra legal, em que qualquer ato excessivo provocado pelo poder público é passível de controle judicial.

4.3 Entendimentos dos Tribunais Pátrio sobre o Exercício do Poder de Polícia nos Limites do Princípio da Legalidade

A Administração pública exercendo no seu poder de polícia pode em alguns casos extrapolar, ensejando o abuso ou desvio de poder, nos casos em que ocorra tal excesso ficando sujeito o ato ao controle judicial.

No caso específico, o controle judicial é realizado pelos tribunais brasileiros que apreciam as ações apresentadas pelos administrados que sentir-se prejudicado com o exercício do poder de polícia.

O Superior Tribunal de Justiça (STJ) no Recurso em Mandado de Segurança nº 17.381-DF, tratando-se de ato da Administração Pública do Distrito Federal (Portaria) sobre o exercício do poder de polícia ao estabelecer horários de funcionamento de bares e restaurantes que comercialização de bebidas alcoólicas.

ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. PORTARIA QUE LIMITA HORÁRIO DE FUNCIONAMENTO DE BARES E RESTAURANTES QUE COMERCIALIZAM BEBIDAS ALCOÓLICAS. PODER DE POLÍCIA. ATO NORMATIVO. VIOLAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE E DO LIVRE EXERCÍCIO DA ATIVIDADE ECONÔMICA. NÃO-CONFIGURAÇÃO. DESPROVIMENTO DO RECURSO ORDINÁRIO. 1. Na hipótese dos autos, deve ser reconhecida a legalidade da portaria que estabelece horário para a comercialização de bebidas alcoólicas, pois decorre das restrições previstas na Lei Distrital 1.171/96, no exercício regular do poder de polícia da Administração Pública. 2. "A polícia administrativa manifesta-se tanto através de atos normativos e de alcance geral quanto de atos concretos e específicos. Regulamentos ou portarias – como as que regulam o uso de fogos de artifício ou proíbem soltar balões em épocas de festas juninas, bem como as normas administrativas que disciplinem horário e condições de vendas de bebidas alcoólicas em certos locais, são disposições genéricas próprias da atividade de polícia administrativa."(MELLO, Celso Antônio Bandeira. "Curso de Direito

Administrativo", 19ª edição, São Paulo: Malheiros, 2005, p. 771) 3. Recurso ordinário desprovido. (STJ - RMS: 17381 DF 2003/0182585-1, Relator: Ministra DENISE ARRUDA, Data de Julgamento: 19/10/2006, T1 - PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DJ 07/11/2006 p. 228RSTJ vol. 207 p. 47).

Nesse ínterim, pode-se entender que o poder de polícia administrativa pode manifestar-se, dentre outras formas, por meio de atos normativos de abrangência geral, capazes a condicionar e limitar o uso e gozo de bens, atividades e direitos individuais, em benefício da coletividade, nesse sentido, os meios de atuação do poder de polícia ocorrem por:

(...) **atos normativos** em geral, a saber: pela **lei**, criam-se as **limitações administrativas** ao exercício dos direitos e das atividades individuais, estabelecendo-se normas gerais e abstratas dirigidas indistintamente às pessoas que estejam em idêntica situação; disciplinando a aplicação da lei aos casos concretos, pode o Executivo baixar decretos, resoluções, portarias, instruções (DI PIETRO, 2003, p. 113) [Grifo do autor].

O colento tribunal, ao analisar o caso, entendeu que não houve violação do princípio constitucional do livre exercício da atividade econômica (art. 170, parágrafo único, da CF/88), visto que tal princípio deve estar de acordo com a função fiscalizadora do Estado como “agente normativo e regulador da atividade econômica” (art. 174, da CF/88) exercício por meio do poder de polícia:

A polícia administrativa manifesta-se tanto através de atos normativos e de alcance geral quanto de atos concretos e específicos. Regulamentos ou **portarias** – como as que regulam o uso de fogos de artifício ou proíbem soltar balões em épocas de festas juninas –, bem como as normas administrativas **que disciplinem horário e condições de vendas de bebidas alcoólicas** em certos locais, **são disposições genéricas próprias da atividade de polícia administrativa** (MELLO, 2005, p. 771). [Grifo meu]

Portanto, o STJ não entendeu que o ato configuraria como abusivo ou ilegal apto a conceder a segurança, visto que o ato administrativo que disciplinou os horários de funcionamento dos referidos estabelecimentos não ofendeu o princípio da legalidade, pelo contrário, mas, o ato apenas, estabeleceu uma limitação em razão de um interesse público coletivo.

No exercício do poder de polícia a administração embora esteja propenso a atingir a liberdade e a propriedade dos administrados, tendo em vista a defesa do interesse da coletividade, em suas ações esta limitado a não eliminar os direitos individuais, é o que se vê no entendimento do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia (TJ-BA) no Reexame Necessário 0006306-60.2007.8.05.0022, ao tratar do caso em que o impetrante estava sofrendo o cerceamento do seu direito de propriedade em virtude de atuação arbitrária dos agentes da AGERBA, indo de encontro ao princípio da legalidade, *in verbis*:

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. REEXAME NECESSÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. APREENSÃO DE VEÍCULO. LIBERAÇÃO CONDICIONADA AO PAGAMENTO DE MULTA. EXTRAPOLAÇÃO DOS LIMITES AO PODER DE POLÍCIA EXERCIDO PELA AGERBA. **Como bem demonstrado na sentença ora confirmado, houve abuso do Poder de Polícia por parte da AGERBA, indo, desta forma, de encontro ao direito líquido e certo do apelado de circular livremente com veículo de sua propriedade.** SENTENÇA CONFIRMADA EM REEXAME NECESSÁRIO. (TJ-BA - REEX: 00063066020078050022 BA 0006306-60.2007.8.05.0022, Relator: José Olegário Monção Caldas, Data de Julgamento: 18/12/2012, Quarta Câmara Cível, Data de Publicação: 06/08/2013)

Nesse caso, o egrégio tribunal entendeu que, apesar da ação fiscalizadora do órgão público em relação ao transporte intermunicipal de passageiro ser incontestável para o bem da comunidade que utiliza tal serviço, houve um excesso no poder de polícia, pois esse tipo de fiscalização encontra limites no direito constitucional atribuído aos proprietários de veículos automotores de não serem privados da sua posse indefinidamente, principalmente se nada de irregular for encontrado. E desta forma, no caso em tela, a imposição de que o veículo apreendido fosse somente liberado após a comprovação do pagamento de multa e das despesas decorrentes da ação de apreensão aos cofres do órgão público vai de encontro ao que preconiza o direito de propriedade e o princípio da legalidade.

O STJ no AgRg no Recurso Especial nº 96.79-MG, ao julgar demanda relativa a indenização por danos morais e materiais contra um município que no exercício do poder de polícia apreendeu instrumentos de trabalho de um administrado, entendeu que caso o excesso ao limite da lei descaracteriza o regular exercício do poder de polícia:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL – ALEGAÇÃO GENÉRICA DE VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC – SÚMULA 284/STF – PODER DE POLÍCIA – APREENSÃO DE INSTRUMENTO DE TRABALHO – ART. 78 DO CTN – AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO – SÚMULA 211/STJ – O EXCESSO AO LIMITE DA LEI DESCARACTERIZA O REGULAR EXERCÍCIO DO PODER DE POLÍCIA – ARTS. 186 E 944 DO CC – NEXO DE CAUSALIDADE E EXTENSÃO DO DANO – SÚMULA 7/STJ. 1. A alegação genérica de ofensa ao artigo 535 do Código de Processo Civil, sem explicitar os pontos em que teria sido omissa o acórdão recorrido, atrai a aplicação da Súmula 284/STF. 2. Descumprido o necessário e indispensável exame do art. 78 do Código de Processo Civil pelo acórdão recorrido, apto a viabilizar a pretensão recursal da recorrente, a despeito da oposição dos embargos de declaração. Incidência da Súmula 211/STJ. 3. Não configura contradição afirmar a falta de prequestionamento e afastar indicação de afronta ao artigo 535 do Código de Processo Civil, uma vez que é perfeitamente possível o julgado se encontrar devidamente fundamentado sem, no entanto, ter decidido a causa à luz dos preceitos jurídicos desejados pela postulante, pois a tal não está obrigado. Nesse sentido: EDcl no REsp 463380, Rel. Min. José Delgado, DJ 13.6.2005. 4. **Se a lei municipal não previa, à época dos fatos, a cominação de pena de apreensão à prática do ilícito administrativo cometido pelo recorrido, ao exceder os limites da lei aplicável, não agiram os agentes municipais dentro do regular exercício do poder de polícia.** 5. A pretensão de afastar a configuração do nexo causal e da culpa, como requer a municipalidade, enseja exceder os fundamentos colacionados no acórdão vergastado, o que demandaria incursão no contexto fático-probatório dos autos, defeso em sede de recurso especial, nos termos do enunciado 7 da Súmula desta Corte de Justiça. 6. Esta Corte tem admitido, em casos excepcionais, o conhecimento do recurso especial que visa a reexame do quantum fixado a título de reparação por danos morais, apenas quando o valor arbitrado é ínfimo ou excessivo, destoando da razoabilidade, o que não foi o caso, em que o recorrente foi condenado ao pagamento de R\$ 2.600,00 (dois mil e seiscentos reais) pela ilegal apreensão do instrumento de trabalho do recorrido. Agravo regimental improvido. (STJ - AgRg no REsp: 969797 MG 2007/0165418-6, Relator: Ministro HUMBERTO MARTINS, Data de Julgamento: 19/03/2009, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 14/04/2009).

No presente caso, o colendo tribunal reafirmou a limitação do poder de polícia em face do princípio da legalidade, haja vista, que no exercício desse poder o administrador público deve pautar-se na lei, entretanto no caso em exame a lei municipal não previa, à época dos fatos, a cominação de pena de apreensão à prática do ilícito administrativo cometido pelo administrado, pois a penalidade não se encontrava prevista no Código de Posturas municipal, entendendo o STJ a

ilegalidade do procedimento de apreensão, ao exceder os limites da lei aplicável, estando dessa forma, o ato embasado em comportamento arbitrário e ilegítimo, assim sendo, não agiram os agentes municipais dentro do regular exercício do poder de polícia.

CONCLUSÃO

A Constituição Federal de 1988 instituiu um Estado Democrático de Direito, possibilitar a administração pública a usar poderes para estabelecer que o interesse público se sobreponha aos interesses dos particulares, portando os poderes administrativos são prerrogativas outorgadas aos agentes públicos para agir preventivamente e/ou repressivamente em prol de alcançar esse objetivo.

Nesse sentido, o Poder de Polícia administrativa, em regra é discricionário, sendo manifestado por meio de atos normativos concretos e específicos, configurando-se de grande importância para os administrados, pois ao restringir e/ou limitar as atividades dos particulares, tem o propósito primordial garantir a ordem pública geral, procurando prevenir que possíveis infrações venham ocorrer.

Embora, esse poder seja caracterizado como discricionário na ordem constitucional, sempre encontra algumas limitações impostas nos próprios preceitos constitucionais e nas leis, quando aos fins, à competência, à forma, e mesmo no que se refere aos motivos ou ao objeto, pois não dispõe a Administração Pública o descumprimento das leis, já que o exercício do poder de polícia encontra-se limitado face ao princípio da legalidade.

Desta forma, corroborando o entendimento dos diversos tribunais do país, versando acerca dos limites do poder de polícia, tais como o Recurso em Mandado de Segurança nº 17.381-DF versou sobre o exercício do poder de polícia ao instituir horários de funcionamento de bares e restaurantes que comercialização de bebidas alcoólicas, assim entender que o poder de polícia administrativa pode manifestar-se, dentre outras formas, por meio de atos normativos de abrangência geral.

Já no entendimento do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia (TJ-BA) no Reexame Necessário 0006306-60.2007.8.05.0022 compreendeu que a ação fiscalizatória do município em relação a transporte intermunicipal, não deve haver excesso no poder de polícia, não podendo a administração pública exigir comprovação de recolhimentos de multas e/ou despesas de apreensão em face de liberação de veículos automotores, já que os administrados não podem ser privados da sua posse indefinidamente.

No AgRg no Recurso Especial nº 96.79-MG o STJ reafirmou a limitação do poder de polícia em face do princípio da legalidade, haja vista, que no exercício desse poder o administrador público deve pautar-se na lei, logo se a lei do ente

público não previa, à época dos fatos, a cominação de pena de apreensão pelo administrador ao administrado, é configurada como uma prática ilícita administrativa, ao exceder os limites da lei aplicável, não agindo o poder público dentro do regular exercício do poder de polícia.

Desta forma, o poder de polícia é a prerrogativa dos órgãos e entes da administração pública que visa restringir os direitos individuais para assegurar o interesse coletivo, configurando assim um exercício legítimo da administração pública. Porém, sua finalidade não é, e não deve ser destruir os direitos individuais, pelo contrário, deve assegurar que tais direitos sejam exercidos de modo a promover o bem-estar social.

Destarte, pode-se observar que os entendimentos jurisprudenciais brasileiros têm reconhecido a ocorrência de limites aos poderes de atuação da Administração Pública, impedindo a arbitrariedade e o abuso de poder, bem como reafirmando o interesse da coletividade sobre os particulares, tendo em vista que às limitações encontradas pelo administrador público não é incompatível com os direitos individuais opostos pelo Poder de Polícia, pois tudo aquilo que é juridicamente garantido também é juridicamente limitado.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito administrativo descomplicado**. 18. Ed. São Paulo: Método, 2010.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 27 jul. 2014.

_____. **Código Tributário Nacional. Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172.htm>. Acesso em: 27 jul. 2014.

_____. **Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/l11079.htm>. Acesso em: 27 jul. 2014.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 25. Ed. São Paulo: Atlas, 2012.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Do Poder de Polícia**. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**, 15ª edição, São PAULO: Atlas, 2003.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 21. Ed. São Paulo: Atlas, 2008.

FLEINER, Fritz. **Instituciones de Derecho Administrativo**. Trad. 8ª ed. alemã de Sabino A. Gendín. Barcelona: Labor, 1933.

GASPARINI, Diogenes. **Direito administrativo**. 13. ed. rev. atualizada São Paulo: Saraiva, 2008.

GONÇALVES, Kildare. **Direito Constitucional Didático**. 9. Ed. Belo Horizonte, Del Rey, 2003.

MALUF, Sahid. **Teoria geral do Estado**. 25. Ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

MARINELA, Fenanda. **Direito administrativo**. Niterói: impetus, 2013.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 31. Ed.. São Paulo: Malheiros, 2005.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 37 Ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 22. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2007.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**, 19ª edição, São Paulo: Malheiros, 2005.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional administrativo**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

MOREIRA, Alexandre Magno Fernandes. **Poder de Polícia**. Publicado em: 24 de janeiro de 2011. Disponível em: <http://www.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20110124112142478>. Acesso em: 19 jul. 2014.

SIDOU, J. M. Othon. **Dicionário jurídico**: academia de letras jurídicas. Rio de Janeiro: Forense 2001.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El Derecho Dúctil**. Madri: Trotta, 1999.