



FUNDAÇÃO CARMELITANA MÁRIO PALMÉRIO - FUCAMP
FACULDADE DE CIÊNCIAS HUMANAS E SOCIAIS - FACIUS
CURSO DE BACHARELADO EM DIREITO

LUCAS JOSÉ DE ALMEIDA

REFLEXOS E LIMITES DA DISCRICIONARIEDADE NO PODER DE
POLÍCIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA COM BASE NOS PRINCÍPIOS
CONSTITUCIONAIS DA LEGALIDADE E DA PROPORCIONALIDADE

MONTE CARMELO-MG
2018

LUCAS JOSÉ DE ALMEIDA

REFLEXOS E LIMITES DA DISCRICIONARIEDADE NO PODER DE
POLÍCIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA COM BASE NOS PRINCÍPIOS
CONSTITUCIONAIS DA LEGALIDADE E DA PROPORCIONALIDADE

Trabalho de Conclusão de Curso submetido à
Faculdade de Ciências Sociais e Humanas da
Fucamp - Fundação Carmelitana Mário Palmério,
como requisito parcial à obtenção do grau de
Bacharel em Direito, sob a orientação do Prof.
Mestre Tiago Nunes da Silva.

MONTE CARMELO-MG
2018

LUCAS JOSÉ DE ALMEIDA

REFLEXOS E LIMITES DA DISCRICIONARIEDADE NO PODER DE
POLÍCIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA COM BASE NOS PRINCÍPIOS
CONSTITUCIONAIS DA LEGALIDADE E DA PROPORCIONALIDADE

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à
Faculdade de Ciências Humanas e Sociais da
FUCAMP - Fundação Carmelitana Mário
Palmério, como requisito para obtenção do
Título de Bacharel em Direito, sob orientação
do Professor Me. Tiago Nunes da Silva.

Aprovada em ____/____/____.

Banca Examinadora:

MONTE CARMELO-MG

2018

AGRADECIMENTOS

Agradeço imensamente a Deus, por permitir que eu chegasse até aqui, feito o que, outrora, aparentava ser apenas um sonho distante, inalcançável e incogitável, se não fosse pela força, saúde, sabedoria e auxílio concedidos, os quais foram imprescindíveis para eu persistir, percorrer e conquistar esta crucial etapa.

À minha família que sempre me apoiou e incentivou no decorrer do curso, e principalmente, nos momentos mais complexos pelos quais passei, em especial minha mãe Cláudia, minha esposa Géssica e minha filha Geovana, as quais foram a causa de me manter imerso e compromissado até o derradeiro instante desta jornada.

Agradeço em especial ao professor e orientador Mestre Tiago Nunes da Silva, o qual confiou em meu objeto de pesquisa e muito acrescentou no decorrer deste trabalho, como também contribuiu para meu crescimento como futuro operador do direito, durante toda minha formação acadêmica.

RESUMO

O presente trabalho se desdobrou a analisar a discricionariedade da Administração Pública no que tange ao poder de polícia e seus limites legais. Delimitou-se como objeto de pesquisa o princípio da preponderância do interesse público sobre o particular, como fundamento do poder de polícia. O poder de polícia é um poder conferido à Administração Pública que coloca em confronto dois aspectos: de um lado, o cidadão que quer exercer plenamente os seus direitos; de outro, a Administração, que tem por incumbência condicionar o exercício daqueles direitos ao bem-estar coletivo. A pesquisa teve como justificativa, a possibilidade de demonstrar a relevância do poder de polícia para Administração cumprir seu poder dever de fazer preponderar o interesse público sobre o privado. Porém, foi demonstrado ao longo da pesquisa que a atuação da Administração, no poder de polícia, está pautada por limites impostos à conveniência e a oportunidade do administrador, salvaguardando o interesse particular. Utilizou-se como metodologia, o tipo de pesquisa bibliográfico, como método de abordagem dedutivo que, partindo da teoria e leis, na maioria das vezes prediz a ocorrência dos fenômenos particulares. Desta feita, partir-se-á da análise da discricionariedade da Administração Pública no poder de polícia e os limites desde, para, enfim, compreender se existe incompatibilidade ou não entre o poder de polícia e os direitos fundamentais dos cidadãos.

Palavras chaves: Administração Pública. Direitos fundamentais. Discricionariedade. Direitos Fundamentais. Poder de Polícia.

ABSTRAT

The present work was carried out to analyze the discretion of the Public Administration regarding the police power and its legal limits. The principle of preponderance of the public interest over the private as the basis of police power was delimited as an object of research. Police power is a power conferred on the Public Administration which confronts two aspects: on the one hand, the citizen who wants to fully exercise his rights; on the other hand, the Administration, whose duty it is to condition the exercise of those rights to collective well-being. The research had as justification, the possibility of demonstrating the relevance of the police power to Administration fulfill its power to make preponderate the public interest over the private. However, it was demonstrated throughout the research that the administration's activity in the police power is based on limits imposed on the convenience and the opportunity of the administrator, safeguarding the particular interest. As a methodology, the type of bibliographic research was used as a method of deductive approach that, starting from theory and laws, most often predicts the occurrence of particular phenomena. From this, it will be based on the analysis of the discretion of the Public Administration in the power of police and the limits from, finally, to understand if there is incompatibility or not between the police power and the fundamental rights of the citizens.

Keywords: Public Administration. Fundamental rights. Discretionary. Fundamental rights. Police Power.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	7
2 ASPECTOS ESSENCIAIS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA MODERNA	9
2.1 Estrutura da Administração Pública Moderna.....	10
2.2 Os poderes da Administração Pública conferidos pela Carta Política de 1988	13
3 EVOLUÇÃO DO PODER DE POLÍCIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.....	21
3.1 Desdobramentos do poder de polícia	22
3.2 Considerações sobre a polícia administrativa e judiciária	25
3.3 Características ou atributos do poder de polícia	26
3.4 Competência e finalidades do poder de polícia.....	30
3.5 O fundamento do poder de polícia no Estado de Direito	32
4 A IMPORTÂNCIA DO PODER DE POLÍCIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	34
4.1 A discricionariedade no poder de polícia da Administração Pública.....	37
4.2 Limites do poder de polícia com base nos princípios da legalidade e proporcionalidade	42
CONSIDERAÇÕES FINAIS	50
REFERÊNCIAS	53

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho apresenta-se como tema a discricionariedade da Administração Pública no que tange ao poder de polícia e seus limites legais. Será objeto de pesquisa o princípio da preponderância do interesse público sobre o particular, como fundamento do poder de polícia.

O poder de polícia é uma prerrogativa conferida à Administração Pública que coloca em confronto dois aspectos: de um lado, o cidadão que quer exercer plenamente os seus direitos; de outro, a Administração, que tem por incumbência condicionar o exercício daquele direito ao bem-estar coletivo.

Nesse contexto, a problemática do trabalho está voltada à análise de possível (in) compatibilidade entre os direitos individuais dos cidadãos e o poder de polícia conferido à Administração Pública.

A propósito, antecipadamente, pode se afirmar que não há qualquer incompatibilidade entre os direitos individuais e o regular exercício do poder de polícia, conferido à Administração Pública, até porque, não existem direitos individuais absolutos, todos comportam restrições, para que outros possam ser garantidos, e mesmo, para evitar excesso por parte dos cidadãos no exercício de seus direitos.

Desta feita, nota-se que existe direito, porque existe limite, ou seja, não há direitos absolutos que não possam sofrer limites, pois, do contrário, um direito ilimitado, impossibilitaria no exercício de outro. Portanto, é mais que necessário, é fundamental o exercício do poder de polícia da Administração Pública em prol do interesse público.

A pesquisa se justifica juridicamente face à possibilidade de demonstrar a relevância do poder de polícia para Administração cumprir seu poder dever de fazer preponderar o interesse público sobre o privado. Porém, será demonstrado ao longo da pesquisa que a atuação da Administração no poder de polícia está pautada por limites impostos à conveniência e a oportunidade do administrador, salvaguardando, o interesse particular.

Destarte, o primeiro capítulo abordará os aspectos essenciais da Administração Pública Moderna, tais como, estrutura da Administração e os poderes da Administração conferidos pela Carta Política de 1988;

O segundo capítulo trará à baila a evolução do poder de polícia da Administração Pública, apresentando seus desdobramentos; considerações sobre a polícia administrativa e a polícia judiciária; características ou atributos do poder de polícia e a competência e finalidade do poder de polícia.

Por fim, o terceiro e último capítulo discorrerá sobre a importância do poder de polícia da Administração Pública, abordando sua discricionariedade; o fundamento e os limites do poder de polícia com base nos princípios da legalidade e proporcionalidade.

Para elaboração do trabalho será utilizada como metodologia o tipo de pesquisa bibliográfica como fonte de estudo, que abrange toda bibliografia já tornada pública, que tenha relação com o tema da pesquisa, isto é, publicações avulsas, boletins, jornais, revistas, livros pesquisas, monografia teses, material cartográfico etc.

O método de abordagem a ser utilizado será o método dedutivo que, partindo da teoria e leis, na maioria das vezes prediz a ocorrência dos fenômenos particulares. Desta feita, partir-se-á da análise da discricionariedade da Administração Pública no poder de polícia e os limites desde para, enfim, compreender se existe incompatibilidade ou não entre o poder de polícia e os direitos fundamentais dos cidadãos.

No entanto, o método de procedimentos adotado na pesquisa se resume ao o método histórico, já que é importante estudar a origem do poder de polícia para compreender melhor sua finalidade e fundamento.

Neste viés, o trabalho se dedicará ao estudo do poder de polícia da Administração Pública, com análise de sua finalidade, fundamento, importância e limite, a fim de explicitar o porquê o poder de polícia, a despeito de limitar o exercício dos direitos individuais, não é incompatível com direitos fundamentais dos cidadãos, assegurados constitucionalmente.

2 ASPECTOS ESSENCIAIS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA MODERNA

A Administração Pública é encarregada da execução das atividades públicas a ser prestadas e fiscalizadas pelo Estado, atividades essas essenciais aos cidadãos. Para tanto, a Administração precisa estar pautada na legalidade, só podendo agir quando a lei assim o determinar. Diferentemente do particular, que pode fazer tudo que a lei não proíbe, a Administração Pública está adstrita ao princípio da legalidade, do contrário, seus atos serão invalidados de vícios de legalidade e não produzirão efeitos no mundo jurídico.

A expressão “Administração Pública”, segundo Di Pietro (2016, p. 82) em sentido formal, orgânico ou subjetivo, designa o conjunto de órgãos e agentes estatais no exercício da função administrativa, independentemente do poder pertencente, Executivo, Legislativo ou Judiciário, ou qualquer outro organismo estatal.

Segundo Carvalho Filho (2016, p. 11) a expressão “Administração Pública” é de certo modo duvidosa, exprimindo mais de um sentido, tendo em vista a extensa gama de tarefas e atividades que compõem o objetivo do Estado. Sendo assim, é importante, para compreender melhor o sentido da expressão, dividi-lo sob a ótica dos executores da atividade pública, de um lado, e da própria atividade, de outro.

Desta feita, afirma Carvalho Filho (2016, p. 11) que, em seu sentido objetivo, o verbo “administrar” indica gerir, zelar, ou seja, uma ação dinâmica de supervisão. Já o adjetivo “pública” pode significar não só algo ligado ao Poder Público mas, também, como a própria coletividade em geral. Assim, o sentido objetivo consiste na própria atividade administrativa, exercida pelo Estado através de seus órgãos e agentes, caracterizando-se a função administrativa.

Portanto, o sentido objetivo da expressão “administração pública” trata-se da própria gestão dos interesses públicos, seja por sua organização interna ou mesmo pela intervenção no campo privado. Nesse viés, seja qual for à hipótese de administração da coisa pública, a última destinatária será sempre a sociedade, ainda que a atividade beneficie de imediato o próprio Estado.

Já, no que diz respeito ao sentido subjetivo, Carvalho Filho (2016, p. 11) explicita que a expressão significa o conjunto de agentes, órgãos e pessoas jurídicas que tenham a incumbência de executar as atividades administrativas. Logo, nesse sentido subjetivo, a expressão Administração, ao contrário da anterior, deve ser grafada com letras maiúsculas, pois no sentido subjetivo, a expressão “Administração Pública” está relacionada ao Poder Executivo, ao qual se atribui usualmente a função administrativa.

Por conseguinte, afirma Carvalho Filho (2016, p. 12) que, para a noção de sua perfeita extensão, é importante por em relevo a função administrativa em si, e não o poder em que ela é exercida, pois, embora seja o Poder Executivo o administrador por excelência, nos poderes Legislativo e Judiciário existem numerosas tarefas que constituem atividade administrativa, nos casos, por exemplo, das que se referem à organização interna dos seus serviços e servidores.

Com isso, todos os órgãos e agentes que, em qualquer dos poderes estejam exercendo função administrativa, serão integrantes da Administração Pública. Desta feita, o sentido subjetivo da expressão “Administração Pública”, está relacionada ao conjunto de agentes, órgãos e pessoas jurídicas incumbidas de exercer as atividades administrativas.

Di Pietro (2016, p. 82) também afirma que a expressão “Administração Pública” se divide em dois sentidos, ou seja, sentido subjetivo, formal ou orgânico e sentido objetivo, material ou funcional. No primeiro sentido, ela designa os entes que atuam na atividade administrativa e compreendem pessoas jurídicas, órgãos e agentes públicos incumbidos de exercer uma das funções em que se triparte a atividade estatal.

Já, em sentido objetivo, Di Pietro (2016, p. 82) aponta que, a expressão “Administração Pública” designa a natureza da atividade exercida pelos referidos entes, aqui, ela é a própria função administrativa que incumbe predominantemente ao Executivo.

Portanto, nota-se que a expressão “Administração Pública” designa tanto a função exercida pelo próprio Estado, para administrar a coisa pública, como também os agentes em geral, que exercem as atividades; os órgãos da Administração, bem como as pessoas jurídicas pertencentes à Administração Pública.

Por conseguinte, a Administração Pública tem por finalidade trabalhar em prol do interesse público e dos direitos e interesses dos administrados, a fim de garantir ao menos os direitos tidos como fundamentais na Carta Política de 1988.

2.1 Estrutura da Administração Pública Moderna

O desenvolvimento, crescimento e evolução de uma nação depende muito de como é a estrutura do Estado e, somente um Estado eficaz pode contribuir para o bem estar dos cidadãos e um crescimento econômico com garantia do essencial para todos.

As grandes empresas são responsáveis pelo investimento, mas, é necessário um Estado eficiente na criação das condições institucionais e econômica para o devido desenvolvimento nacional. O Estado é uma instituição que ocupa o polo central na sociedade hodierna, por isso,

deve ser eficiente para assegurar o desenvolvimento social, econômico e a garantia dos direitos fundamentais a todos. Para isso, o Estado precisa contar com uma estrutura eficiente e adequada para a consecução dos objetivos sociais.

Com efeito, o Estado brasileiro conta com um modelo estrutural de Administração Pública moderna, que inclui um aspecto organizacional e um aspecto gerencial. Nestes termos, Pereira (2008, n. p.) explicita que, de um lado, está o problema de como estruturar os serviços públicos estatais, ou seja, o que deve pertencer ao núcleo estratégico do Estado e o que deve ser delegados a terceiro. Por outro lado, está à problemática de como administrar todo o sistema estatal. Outrossim, comenta:

O modelo estrutural de gerência pública envolve organizações estatais, públicas, não-estatais, corporativas e privadas. Como essas organizações são cada vez mais interdependentes, formando redes de todo tipo, os modelos de gestão pública são muitas vezes identificados com parcerias público-privadas-terceiro setor. A expressão não é totalmente adequada porque minimiza a importância do Estado, como se ele não fosse dotado dos poderes que levaram Max Weber a defini-lo como o monopólio do poder legítimo (PEREIRA, 2008, n. p.)

Desta feita, nota-se que a estrutura organizacional da Administração Pública é formada por um corpo de funcionários e órgãos públicos e conta com ajuda de terceiros estranho à Administração para desenvolver determinados serviços, e isso, denomina-se Administração Indireta.

Nesse sentido, Pereira (2008, n. p.) comenta que os conceitos de parceria e de rede são úteis para ressaltar que o Estado não precisa desempenhar diretamente todos os serviços públicos para a população, haja vista a possibilidade de delegação ao setor privado de boa parte desses serviços, que acabam contribuindo para a diminuição de gasto por parte do Estado, além de garantir um serviço mais eficiente.

Assim sendo, Pereira (2008, n. p.) como o Estado pode terceirizar a construção civil e outros serviços auxiliares para empresas comerciais concessionárias, é possível terceirizar a prestação de serviços sociais e científicos para organizações públicas não estatais, sem renunciar às suas responsabilidades. Com isso, o Estado confere apenas a execução dos serviços, porém, ainda continua titular dos mesmos, bem como responsável indiretamente por esses serviços.

A concessão e delegação de serviços públicos têm interessantes consequências em termos do tamanho do aparelho de Estado. Assim, se definir o tamanho do Estado pelo número de pessoas contratadas diretamente, ele será pequeno.

De fato, conforme assevera Pereira (2008, n. p.) cabe ao Estado contratar apenas servidores públicos graduados de alto nível para exercer as atividades não delegadas a terceiros, atividades essas que o Estado entendeu por continuar com titularidade de execução, ficando por sua conta e risco todos os infortuno dessas atividades, bem como todas as despesas de sua execução.

Porém, afirma Pereira (2008, n. p.) que, se o Estado for definido pela carga tributária ou pelos gastos totais em relação ao PIB, ele é considerado extenso, principalmente se considerá-lo como um Estado Social ou de bem-estar social.

Portanto, o Estado exerce um papel estratégico na sociedade e, por isso, deve conservar para si, as atividades específicas ou exclusivas dele, atividades essas que envolvem o poder do Estado, como a formulação de políticas, especificação das principais instituições que organizam toda a sociedade e garanta a segurança a seus membros.

As atividades exercidas pelo Estado precisam ser desempenhadas por pessoal de alto nível, com plena responsabilidade perante a sociedade, já que trata dos serviços considerados essenciais para os cidadãos. Enquanto os serviços delegados precisam ser oferecidos com eficiência, os serviços típicos do Estado devem ser desempenhados diretamente pelo governo e precisam ser eficazes e de alta qualidade.

Quando as atividades são exercidas diretamente pelo próprio Estado, pelo conjunto orgânico que lhe compõe a intimidade, denomina-se forma centralizada de prestação direta de serviços. Por conseguinte, afirma Marinela (2012, p. 95) que, a prestação é exercida pela Administração Direta que é composta por pessoas políticas, tais como a União, os Estados Membros, Municípios e Distrito Federal.

Na Administração centralizada, aponta Marinela (2012, p. 95) que o exercício administrativo está unicamente no ente federativo, assim, apesar de estar sujeito à descentralização política, em razão da distribuição constitucional de competência, atua de forma centralizada na prestação das atividades administrativas.

Todavia, com o intuito de proteger o interesse público e garantir maior eficiência e qualidade na prestação dos serviços públicos, aduz Marinela (2012, p. 95) que o Estado tem a faculdade de transferir a responsabilidade pelo exercício de determinadas atividades públicas, a pessoas jurídicas auxiliares, instituídas pelo próprio Estado, ou delegar tais atividades à iniciativa privada, por meio da concessão ou permissão de serviços públicos.

Nestes termos, assevera Marinela (2012, p. 96) que o Estado passa a atuar indiretamente, tendo em vista que o faz por intermédio de um terceiro, o que se denomina de descentralização administrativa. É importante destacar que as pessoas jurídicas auxiliares criadas pelo próprio

Estado, compõe à Administração Indireta, são elas: as Autarquias Públicas; Empresas Públicas, Sociedade de Economia Mista e Fundações Públicas

Dessa forma, ocorre a descentralização, quando pessoas diversas sem vínculo hierárquico entre o Poder Público, mas por delegação ou concessão, desempenha certas atividades públicas por meio de controle e fiscalização da Administração. Diferentemente do que ocorre na Administração direta, cujas execuções das atividades são realizadas pelo próprio Estado e por seus órgãos.

Já a desconcentração, conforme aponta Marinela (2012, p. 96) que não se confunde com a descentralização, refere a uma só pessoa, pois cogita-se sobre a distribuição de responsabilidade e competência dela, mantendo o liame unificador da hierarquia.

Por conseguinte, aduz Pereira (2008, n. p.) a descentralização é a transferência de certas atividades à Administração Indireta ou para o particular, para o exercício das atividades transferidas, mas essas pessoas jurídicas não ficarão subordinadas à Administração Pública, que apenas fiscalizará a execução dos serviços. Já a desconcentração é a distribuição dos serviços dentro da mesma pessoa jurídica, no mesmo núcleo, razão pela qual será uma transferência com hierarquia

Consequentemente, a estrutura da Administração ocorre de três maneiras distintas, são elas, a centralização de suas atividades, que serão exercidas pelo próprio Estado através de seus servidores. Pela descentralização, aonde a Administração confere o exercício de determinadas atividades a pessoas jurídicas criadas pelo próprio Estado, ou mesmo por meio da concessão de serviços à iniciativa privada e, por fim, pela desconcentração, quando ocorre a distribuição de certas atividades dentro da mesma pessoa jurídica.

2.2 Os poderes da Administração Pública conferidos pela Carta Política de 1988

A Administração Pública para bem desempenhar suas funções necessita de uma estrutura adequada com a repartição das atividades, de forma a favorecer uma adequada execução de suas tarefas. Além disso, a lei ainda confere prerrogativas para facilitar na execução das tarefas administrativas e para fiscalizar o exercício de certas liberdades conferidas por lei aos cidadãos.

Não obstante, Marinela (2012, p. 209) afirma que, a Administração Pública se submete a um regime jurídico administrativo, e este apresenta dois aspectos fundamentais, que são as prerrogativas e as sujeições. As prerrogativas são privilégios concedidos à Administração para

viabilizar o cumprimento de suas atividades, enquanto as sujeições representam limites opostos à atuação administrativa em benefício dos direitos dos cidadãos.

Dentre as prerrogativas estabelecidas para a Administração Pública, segundo Marinela (2012, p. 209), estão os poderes administrativos, concedidos ao Poder Público para viabilizar a persecução do interesse público. Surgem como instrumentos ou mecanismos por meio dos quais a Administração deve perseguir o interesse da coletividade.

Destarte, os poderes administrativos conferidos ao Poder Público consistem em prerrogativas estatais utilizadas exclusivamente para persecução do interesse público. Apesar de muitos autores, dentre eles Fernanda Marinela tratarem essas prerrogativas como “poderes”, os mesmos consistem, também, em verdadeiros deveres, assim a Administração Pública, deve fazer uso para o alcance do bem comum.

Essas prerrogativas apresentam algumas características básicas, mas, cabe destacar que o exercício do poder não representa uma simples faculdade para o administrador, pois uma vez caracterizado o interesse público, ele terá o dever de agir. Logo, ao deparar com uma situação que possa pôr em risco o interesse público, é obrigação do agente estatal intervir na busca de preservar e defender o interesse público.

Quanto às características das prerrogativas da Administração Pública, Marinela (2012, p. 210) destaca a característica do dever de agir, pois o Poder Público não tem a mesma autonomia e liberdade que os particulares detêm, em razão da função pública que exerce.

Logo, as prerrogativas apresentam um múnus público para o administrador, tendo ele o dever de eficiência e impossibilidade de livre disposição. Portanto, tais prerrogativas são irrenunciáveis, pois não estão sob a livre disposição do administrador, estando condicionadas aos limites estabelecidos em lei.

Quanto aos poderes da Administração, destaca-se basicamente seis, são eles: (a) poder vinculado; (b) poder discricionário; (c) poder regulamentar; (d) poder hierárquico (e) poder disciplinar, (f) poder de polícia. Por conseguinte, a lei confere várias prerrogativas à Administração Pública para que essa possa exercer suas atividades com eficiência em prol do interesse público.

Assim, no que concerne ao poder discricionário, tem que esse apresenta-se como uma prerrogativa concedida aos agentes públicos de escolherem, entre várias condutas possíveis, a que traduz maior conveniência e oportunidade para o interesse público. Carvalho Filho (2016, p. 53) afirma que, a conveniência e oportunidade são elementos nucleares do poder discricionário.

A conveniência indica em que condições vai se conduzir o agente; já a oportunidade diz respeito ao momento em que a atividade será conduzida. Ainda, sobre o poder discricionário comenta:

[...] Essa liberdade de escolha tem que se conformar com o fim colimado na lei, sob pena de não ser atendido o objetivo público da ação administrativa. Não obstante, o exercício da discricionariedade tanto pode concretizar-se ao momento em que o ato é praticado, quanto a *posteriori*, ao momento em que a Administração decide por sua revogação (CARVALHO, FILHO, 2016, p. 53).

Logo, a prerrogativa da discricionariedade no ato administrativo traduz na possibilidade de a Administração, em determinado momento, escolher uma conduta dentre várias outras, a fim de chegar ao objetivo pleiteado, sempre com base na legalidade e persecução do interesse público. Percebe, também, que em determinados casos, o agente terá discricionariedade de escolher, por conveniência e oportunidade tanto o momento exato para praticar o ato como para revoga-lo.

A justificativa do poder discricionário, segundo Carvalho Filho (2016, p. 53) está relacionada ao fato de que a lei não é capaz de traçar todas as condutas de um agente administrativo, pois, ainda que seja possível definir alguns elementos que restringem a atuação, em várias situações, a lei confere margem de escolha ao agente administrador, desde que atue com base na conveniência e oportunidade.

Um dos fatores exigidos para a legalidade do exercício do poder discricionário, segundo Carvalho Filho (2016, p. 53), consiste na adequação da conduta escolhida pelo agente à finalidade que a lei expressa. Assim, se a conduta não corresponde às imposições legais, será considerada ilegítima, devendo se submeter a controle judicial.

Portanto, percebe-se a importância do poder discricionário conferido a Administração Pública para facilitar os agentes a desempenharem os papéis típicos do Estado, já que o ordenamento jurídico não consegue abarcar todos os fatos jurídicos ocorridos diariamente. Porém, como todos os demais poderes da Administração, o poder discricionário obedece ao princípio da legalidade, neste aspecto, o agente ao atuar com discricionariedade não pode ultrapassar os limites impostos por lei, sob pena de nulidade.

Em contrapartida, a lei estabeleceu o poder vinculado, poder esse que obriga o agente público a agir conforme prevê a norma. O poder vinculado, segundo Marinela (2012, p. 211) é aquele em que o Administrador não tem nenhuma liberdade de escolha, ou seja, não há espaço para a realização de um juízo de valor, e, por conseguinte, não há análise de conveniência e

oportunidade. Portanto, preenchido os requisitos legais o administrador é obrigado a praticar o ato, sob pena de responder pela omissão, além das imposições legais que serão aplicadas ao mesmo pelo descumprimento de um preceito legal.

Nesse sentido, sobre a vinculação da atividade do agente, Carvalho Filho (2016, p. 55) aponta que, há atividades cuja execução encontra-se inteiramente definida por lei, não cabendo ao agente qualquer liberdade quanto a atividade a ser desempenhada, devendo submetê-lo por inteiro ao mandamento legal.

Logo, o desempenho desse tipo de atividade, segundo Carvalho Filho (2016, p. 55), diferentemente do que ocorre no poder discricionário, no ato vinculado, não há margem para liberdade de ação. O agente ao praticar um ato vinculado, limita-se a reproduzir os elementos da lei, sem qualquer avaliação sobre a conveniência e a oportunidade da conduta.

Ademais, afirma Carvalho Filho (2016, p. 55) que a atuação vinculada reflete uma imposição ao administrador, obrigando-o a conduzir rigorosamente conforme previsão legal. Caso o administrador não conduza o ato conforme prevê a lei, o ato poderá ser submetido a controle judicial para análise de sua legalidade.

Por conseguinte, não resta dúvida de o poder vinculado, ou mesmo a atuação vinculada estabelece um único comportamento ao administrador, sem qualquer margem de valoração da conduta, desde que haja preenchido todos os requisitos legais para execução daquele ato. Assim, se o agente não cumprir rigorosamente o mandamento legal na execução do ato, o mesmo será eivado de vício de legalidade, não produzirá efeito e será submetido a controle judicial.

Já, em relação ao poder regulamentar, esse diz respeito ao poder conferido ao agente estatal, em regra ao chefe do Poder Executivo para edição de normas complementares à lei, com o objetivo de possibilitar a execução das leis. O poder regulamentar é também denominado de poder normativo, e, o exercício desse poder guarda algumas semelhanças com a função legiferante, pois ambos criam normas gerais abstratas com efeitos *erga omnes*.

O poder regulamentar, segundo Carvalho Filho (2016, p. 59) é a prerrogativa conferida ao Poder Público para editar atos gerais visando complementar as leis, com o objetivo de facilitar a aplicação efetiva das leis. Todavia, essa prerrogativa limita-se apenas a regulamentar as leis.

Logo, não pode a Administração, por meio deste poder alterar ou criar direitos e obrigações, invadindo a competência do legislativo, sob pena de nulidade, pois cada poder tem sua função típica e a função do executivo não é legislar, e sim, administrar e aplicar a lei, cabe ao legislativo a função típica de legislar.

Ademais, Carvalho Filho (2016, p. 59) comenta que ao desempenhar o poder regulamentar, a Administração exerce inegavelmente a função normativa, tendo em vista que expede normas gerais, abstratas e impessoais, com fundamento de validade não lei. Destaca ainda que, a função normativa é gênero, no qual a função legislativa se situa. Assim, a Administração pode exercer a função normativa sem necessariamente adentrar na função legislativa.

Marina Geórgia de Oliveira Nascimento, sobre o poder regulamentar aponta:

Apesar dos esforços do Legislativo, desse modo, a marcante ineficiência dos Parlamentos em dar conta das novas exigências econômicas manifestadas na sociedade, abriu espaço para que o Executivo – agora já não mais de origem monárquica e munido da força conferida pelas eleições populares – passasse a ocupar o espaço deixado em aberto por aquele poder. O poder regulamentar busca complementar os comandos dispostos em lei. É na seara do poder regulamentar que se discute a questão do decreto autônomo no Brasil. Como regra, ele não é admitido entre nós. Todavia, excepcionalmente, com a nova redação dada pela Emenda Constitucional nº 32/2001, ao art. 34, VI da Constituição Federal de 1988, prevalece o entendimento de que a carta Magna o autoriza, apenas nessa hipótese. (NASCIMENTO, 2014, n. p.)

Pelo exposto, destaca-se que o poder regulamentar exerce um importante papel na atualidade, tendo em vista que possibilita a fiel execução das normas gerais emanadas do Poder Legislativo. Ademais, tal poder não fere o princípio da legalidade, até porque não visa criar, modificar ou extinguir direito, mas estabelece apenas as diretrizes para a execução das leis.

Por outro lado, afirma Marinela (2012, p. 218) em relação ao poder hierárquico, pode se dizer que esse é um poder conferido a Administração Pública, a fim de possibilitar uma distribuição das funções de seus órgãos, ordenar e rever a atuação dos seus servidores, estabelecendo uma relação de hierarquia e subordinação.

Segundo Marinela (2012, p. 218) a atividade do Poder Público é composta por uma série de atribuições e responsabilidades que, devido a amplitude não há possibilidade de ser executada por um único órgão, ou um único servidor, por isso, é necessário que haja uma distribuição de competências e atribuições, com hierarquia, ou seja, organizada de forma que exista um ou mais responsáveis pelo comando e outros para executar essas ordens.

Di Pietro (2016, p. 127) não o define como um poder, mas como um princípio, pois os órgãos da Administração são estruturados de forma a criar uma relação de coordenação e subordinação entre uns e outros, com atribuições específicas definidas em lei.

Ademais, Marinela (2012, p. 218) afirma que o poder hierárquico é conferido ao agente estatal a fim de distribuir e escalonar as funções dos seus órgãos, ordenar e rever a atuação de seus agentes, estabelecendo uma relação de hierarquia versus subordinação.

Portanto, constata-se que tal poder está intrinsecamente ligado a estrutura organizacional do Poder Público, pois é através do mesmo que existe uma coordenação entre as funções dos órgãos, permitindo que haja agentes superiores que atuam em funções mais complexas e que detêm o controle de seus subordinados.

No mais, no que concerne ao poder disciplinar, segundo Marinela (2012, p. 218) pode-se dizer que esse permite a Administração, por meio de um processo administrativo, assegurado o contraditório, possa punir e apenar a prática de infrações funcionais dos servidores e dos demais sujeitos à disciplina do órgão.

A disciplina funcional, segundo Marinela (2012, p. 218), é decorrente do sistema hierárquico do Poder Público, assim, compete aos agentes superiores fiscalizar seus subordinados e aplicar-lhes punições nos casos de infrações funcionais, sendo, portanto, um dever dos superiores, sob pena de incorrer em crimes decorrentes da função.

Assim sendo, o poder disciplinar está voltado aos servidores públicos, permitindo que os superiores fiscalizem e punam seus inferiores, nos casos de violação aos princípios da Administração Pública, às leis e aos Estatutos, desde que respeitem o contraditório, ampla defesa e não ultrapassem os limites impostos por lei.

Di Pietro (2016, p. 125) afirma que o poder disciplinar confere à Administração Pública a possibilidade de apurar infrações e aplicar as devidas punições aos agentes responsáveis pelas infrações. Particulares não sujeitos à disciplina interna do Poder Público não são alcançados por este poder, mas tão somente aos agentes estatais, ou terceiro sujeitos à disciplina administrativa, pois, cabe ao Poder Judiciário a função de averiguar e punir os cidadãos infratores, não cabendo à Administração usurpar desse poder, sob pena de nulidade do ato.

Por conseguinte, o poder disciplinar é uma prerrogativa conferida ao Poder Público para fiscalizar seus servidores e puni-los por infrações cometidas no exercício de suas funções, acarretando punições meramente administrativas, já que cabe ao Poder judiciário através do devido processo legal aplicar o direito penal aos infratores da ordem pública.

Por fim, quanto ao poder de polícia, Oliveira (2016, p. 257) afirma que esse trata-se de uma prerrogativa reconhecida à Administração Pública para, com fundamento na lei, restringir e condicionar o exercício de direitos com o objetivo de atender o interesse público.

O Código Tributário Nacional em seu artigo 78 define o poder de polícia da Administração Pública, nos seguintes termos:

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 tranquilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos.

Dessa forma, não resta dúvida que o poder de polícia da Administração Pública pode limitar o exercício do direito à liberdade, ou à propriedade do cidadão, se for necessário para preservar o interesse público. Posto isso, só poderá haver intervenção da Administração pelo poder de polícia, se houver fundamento na supremacia do interesse público, fora disso, tal restrição, imposição ou disciplina, configura abuso de poder, podendo sofrer controle externo.

Assim sendo, Sagot (2015, p. 155) dispõe que o tema sobre o poder de polícia sempre foi bastante discutido pela doutrina, visto a amplitude que esta prerrogativa da Administração Pública possui no que concerne ao controle dos excessos das atividades individuais, como também, da constrição de direitos e liberdades inerentes aos administrados.

Neste viés, no que se refere ao poder de polícia dotado de discricionariedade, a qual concede ao agente certa margem de liberdade para agir em nome da Administração, com o intuito de satisfazer o interesse público sem, contudo, causar prejuízo aos interesses particulares dos cidadãos é mais debatido ainda, devido à amplitude da discricionariedade da Administração Pública.

A lei só confere a prerrogativa à Administração Pública, tendo como fundamento, a supremacia do interesse público, ou seja, tal poder visa fazer preponderar o interesse público sobre o particular, quando ambos estiverem em “jogo”.

Carvalho Filho (2016, p. 86) comenta que a prerrogativa que a Administração possui acerca do poder de polícia, está relacionada ao fato de que a mesma mantém em relação aos administrados, nítida superioridade, pelo fato de satisfazer como expressão de um dos poderes do Estado o interesse público.

Mello (2012, p. 839) aduz que o poder de polícia exercido pela Administração tem como fundamento a chamada ‘supremacia geral’, que diz respeito à supremacia legal, que se apresenta a partir do momento em que a Administração promove os seus atos.

Oliveira (2016, p. 263) ao comentar sobre os fundamentos do poder de polícia elucida que, tradicionalmente, muitos doutrinadores afirmam que o fundamento do poder de polícia é a supremacia do interesse público sobre o privado, a manutenção da ordem pública.

Entretanto, Oliveira (2016, p. 263) comenta que, em razão da constitucionalidade do direito administrativo e da centralidade dos direitos fundamentais, entende ser mais adequado afirmar que o fundamento de toda e qualquer ação estatal deve ser a promoção e a proteção dos direitos fundamentais. No Estado de Direito os direitos fundamentais exercem uma dupla função em relação à ação estatal, pois fundamentam e limitam o exercício das prerrogativas públicas.

A atividade de polícia, segundo Oliveira (2016, p. 263) passa necessariamente por ponderações entre direitos fundamentais conflitantes. A própria legislação realiza em primeiro lugar, ponderações, adotando soluções abstratas que norteiam a atividade administrativa. Assim, as circunstâncias concretas poderão exigir ponderações do próprio administrador público, razão pela qual, no atual estágio do direito, a motivação da atuação administrativa ganha importância destacada como instrumento que viabiliza o controle de legitimidade dos atos estatais.

O Estado de Direito deve assegurar os direitos indispensáveis à coletividade, mas, em contrapartida, deve impor limites às liberdades do cidadão, de modo a evitar o cometimento de abusos por partes dos mesmos, e que venham pôr em riscos direitos sociais e difusos e, conseqüentemente, o interesse público.

Por outro lado, o poder de polícia não é absoluto, deve ser exercido nos estritos termos da lei, respeitando o princípio da legalidade e proporcionalidade. No entanto, em determinados casos a própria lei atribui ao agente discricionariedade, para que este analise o caso concreto e aja da melhor maneira possível, a fim de resguardar o interesse público. Mas, há hipótese em que a própria lei impõe ao agente a obrigatoriedade de exercê-lo sem discricionariedade.

Pelo exposto, o poder de polícia da Administração Pública trata-se de uma prerrogativa conferida a esta para desempenhar suas atividades administrativas, de forma a preservar o interesse público, em detrimento do interesse privado, sempre que aquele encontrar ameaçado por atos de particulares. Sendo assim, o poder de polícia tem seu fundamento na própria supremacia do interesse público sobre o privado, mas o agir do administrador deve estar pautado na legalidade e proporcionalidade.

3 EVOLUÇÃO DO PODER DE POLÍCIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

O poder de polícia da Administração Pública se evoluiu ao longo da história, e nos tempos remotos, o conceito clássico compreendia a atividade estatal que tinha por objetivo limitar o exercício dos direitos individuais em benefício da segurança pública. Assim, os cidadãos poderiam sofrer limitações em seus direitos em prol da segurança pública. Neste sentido, percebe-se que pouco se evoluiu em relação ao conceito clássico, porém, atualmente o cidadão pode sofrer limitações em seus direitos em prol do interesse público, que, em outras palavras abrange também a segurança pública.

A expressão “polícia”, segundo Di Pietro (2016, p.154) é de origem grega, cujo vocábulo grego é “politeia”, sendo utilizada para se referir a todas as atividades das Cidades-Estados gregas. Na Idade Antiga e na Idade Média a expressão “*politeia*” significava o ordenamento político do Estado, e durante o período feudal, o detentor deste poder era o príncipe, quem designava as ordens necessárias na sociedade civil, sob a autoridade do Estado.

Na Idade Média o poder de polícia foi muito utilizado para fiscalizar, assim como nos dias hodiernos a prestação de serviços por particulares à coletividade, por meio das profissões, visando proteger os consumidores, exigindo-se licença para construções etc.

No século XV, na Alemanha em específico, segundo Di Pietro (2016, p. 154) o vocábulo *jus polittiae* se referia a toda a atividade do Estado, cujos poderes eram amplos, conferidos ao príncipe, para intervir na vida privada dos seus súditos, incluindo até mesmo a vida religiosa e espiritual, cuja finalidade era garantir a segurança pública e o bem estar coletivo.

Conseqüentemente, o príncipe a pretexto de garantir a segurança pública interferia até mesmo na religião dos cidadãos, hipótese em que, em nome do interesse coletivo arbitrariedades eram cometidas, já que na Idade Média não havia sequer princípios norteadores das decisões dos governantes na busca de proteger os direitos individuais, com isso, os cidadãos poderiam sofrer diversas restrições na vida pessoal, e todas as decisões eram incontestáveis.

Posteriormente, foi necessário estabelecer uma distinção entre polícia e a justiça. A polícia se referia a normas baixadas pelo príncipe, relacionadas à Administração e eram aplicadas de forma desarrazoadas e sem possibilidade alguma de contestação por partes dos súditos, a esses restavam apenas se submeter as ordens do príncipe. Já a segunda, relacionada a justiça, compreendia normas que ficavam fora do alcance dos príncipes e eram aplicadas por juízes.

No entanto, com o passar dos tempos o direito de polícia do príncipe foi sofrendo restrições em seu conteúdo, passando a partir de então a não interferir nas questões religiosas

dos cidadãos. Nestes termos, afirma Di Pietro (2016, p. 154) que, posteriormente, a polícia do príncipe deixou de intervir nas questões militares e financeiras até que reduziu a normas relativas às atividades internas da Administração. Tempos depois, a polícia passou a ter ideia de coação, a partir daí começou a distinção entre atividade de polícia das demais atividades administrativas.

Mas, com a evolução do Estado Liberal para o Estado de Direito, uma nova fase se inaugura, conforme afirma Di Pietro (2016, p. 154), pois, a partir daí o príncipe passa a ser obrigado a se submeter às leis assim como seus súditos. A legalidade ganha destaque e o agir da Administração passa a ser pautado no princípio da legalidade, devendo o próprio Estado assim como os cidadãos se submeter às próprias leis criadas por ele.

Em um primeiro momento, segundo Di Pietro (2016, p. 154), o Estado de Direito se pauta nos princípios do liberalismo, cuja preocupação era assegurar o máximo de direito e liberdades aos cidadãos, com intervenções em caráter excepcional, hipótese que somente permitia a intervenção nos direitos dos cidadãos para assegurar a manutenção da ordem pública.

Posteriormente, com marcha para intervencionismo, o Estado Liberal começa a transformar-se em um Estado completamente intervencionista, a situação não se limita mais à segurança, mas passa a estender à ordem econômica e social.

A partir de então, com a finalidade de proteger o interesse público, o Estado passa a limitar certas liberdades individuais, quando esta puder pôr em risco o interesse público. Assim sendo, o poder de polícia passa a ser conferido à Administração como uma prerrogativa apta a facilitar o exercício das atividades típicas do Estado, tais como a fiscalização para manter a ordem, a segurança e a supremacia do interesse público.

Logo, sempre que as liberdades individuais puderem colocar em risco o interesse público, o estado, por meio do Poder de Polícia deverá agir, para que o interesse público não venha ser ultrajado pelo interesse particular. Por tudo ora exposto, o poder de polícia da Administração só estará legitimado a atuar em prol do interesse público, já que seu exercício tende a limitar ou restringir determinados direitos dos cidadãos, com isso, tal sacrifício só estará justificado se for em prol de um interesse maior, qual seja, o interesse público.

3.1 Desdobramentos do poder de polícia

O poder de polícia, conforme explicitado anteriormente, é uma prerrogativa posta à disposição da Administração para que possa garantir a supremacia do interesse público, para

que esse não venha sofrer limitações ou violações pelo exercício de direitos individuais exercidos pelo particular.

Assim, o poder de polícia permite que a Administração adentre na esfera do particular para fiscalizar, impor ordens e até mesmo aplicar punição nos casos de infração administrativa, para que o interesse público não se torne alvo passível de violação pelo uso imoderado das liberdades individuais dos cidadãos.

Logo, o poder de polícia conferido ao Estado apresenta importante papel na sociedade moderna, pois visa limitar os excessos praticados pelos particulares no uso e gozo dos direitos individuais, para que tais não prejudiquem o interesse da coletividade.

Mello (2012, p. 834) faz uma brilhante observação, destacando que a Constituição e as leis conferem aos cidadãos uma série de direitos. Porém, o exercício desses direitos ficam condicionados à compatibilidade com o bem estar social. Assim, é necessário que o uso da liberdade e propriedade do cidadão esteja entrosado com a utilidade pública.

Por outro lado, Mello (2012, p. 834) explicita que, não se deve confundir liberdade e propriedade com direito de liberdade e de propriedade. Esses são expressões daquela. Nesse aspecto, não há limitações administrativas ao direito de liberdade e propriedade, e sim, limitação à liberdade e à propriedade.

Contudo, data vênia, parece não haver diferença entre o que o autor menciona, haja vista que se há liberdade, é porque existe o direito conferindo aquela liberdade e assim, é com a propriedade também. Portanto, parece mais acertado o entendimento majoritário dos doutrinadores no que concerne a certas limitações impostas ao exercício de direitos individuais, em prol do interesse público.

Todavia, Carvalho Filho (2016, p. 79) ao conceituar poder de polícia menciona apenas liberdade e propriedade, comentando que, o poder de polícia trata-se de “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”.

Oliveira (2016, p. 257) afirma que o poder de polícia se trata de uma prerrogativa reconhecida à Administração Pública para, com fundamento na lei, restringir e condicionar o exercício de direitos com o objetivo de atender o interesse público.

Nestes termos, o artigo 78 do Código Tributário Nacional, dispõe que:

Considera-se poder de polícia atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de atos ou abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção de mercado, ao exercício de atividades econômicas dependente de concessão ou

autorização do poder público, à tranquilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais e coletivos.

Dessa forma, não resta dúvida que o poder de polícia da Administração Pública pode limitar o exercício do direito de liberdade, ou de propriedade do cidadão, se for necessário para preservar o interesse público. Posto isso, só poderá haver intervenção da Administração, pelo poder de polícia, se houver fundamento com base na supremacia do interesse público, fora disso, tal restrição, imposição ou disciplina, configura abuso de poder, podendo ser questionado judicialmente.

Ademais, insta salientar, conforme dispõe Marinela (2012, p. 226) que o poder de polícia pode ser preventivo, repressivo e fiscalizador. No exercício da polícia administrativa preventiva estão os atos normativos, como regulamentos e portaria, com disposições genéricas e abstratas que delimitam a atividade e o interesse do particular em prol do interesse coletivo, são exemplo disso, os atos que regulam uso de fogos de artifício; que regulamentam a venda de bebidas alcoólicas e outros.

Já, o poder de polícia repressivo, conforme afirma Marinela (2012, p. 226) caracterizam-se injunções concretas que se apresentam como atos específicos praticados, em obediência à lei e aos regulamentos. São exemplo disso, a dissolução de uma reunião subversiva; a apreensão de edição de revista com reportagem imoral; fechamento de estabelecimento comercial irregular etc.

Por outro lado, Marinela (2012, p. 226), aduz que a atuação da polícia administrativa em sua função fiscalizadora, diz respeito a atos praticados pelos agentes estatais, que visam prevenir eventuais lesões aos administrados, nos casos, por exemplo, de intervenção do poder público para fiscalização de pesos e medidas de mercadorias, das condições de higiene de estabelecimentos comerciais, dentre outros.

Dessa forma, o poder de polícia pode se expressar de forma preventiva, com atos administrativos tendentes a evitar lesões aos interesses da coletividade; repressiva, minimizando ou corrigindo atos ilegais dos cidadãos que violem o interesse coletivo e; fiscalizadora, com políticas de fiscalização e controle de certos atos tendentes a prejudicar a coletividade.

3.2 Considerações sobre a polícia administrativa e judiciária

O poder de polícia conferido ao Estado para fiscalizar o exercício das liberdades individuais e restringi-las, quando necessário, se subdivide em dois grandes seguimentos, isto é, a polícia administrativa e a polícia judiciária. A primeira atua na fiscalização de ilícitos meramente administrativo, praticados por particulares que põem em risco o interesse público, mas que não são considerados crimes propriamente dito, ou seja, previsto no direito penal. Logo, a polícia administrativa é regida pelo próprio Direito Administrativo.

Em contrapartida, a polícia judiciária, ao contrário da anterior visa proteger a ordem pública, cujo foco principal incide sobre pessoas, ou seja, delinquentes que põem em risco a ordem pública, com a prática de crimes previstos na legislação penal. Portanto, apesar de pertencer a Administração, é exercida pela Polícia Militar e Polícia Civil.

Sobre a polícia administrativa, Carvalho Filho (2016, p. 85) afirma se tratar de atividade da Administração, que se exaure em si mesma, pois se inicia e se completa no âmbito da gestão administrativa. Porém, o mesmo não ocorre com a polícia judiciária, que, apesar de pertencer à Administração Pública, prepara a atuação da função jurisdicional penal, que é regulada pelo Código de Processo Penal, tendo seus serviços prestados pela Polícia Militar e Polícia Civil.

Marinela (2012, p.232) no que concerne as diferenças entre a polícia administrativa e judiciária, aduz que o grande objetivo da primeira é impedir ou paralisar atividades antissociais de particulares. Essa incide sobre bens, direitos ou atividades dos administrados. Sua incidência é sobre o ilícito administrativo, sendo regida pelo direito administrativo.

No que se refere a polícia administrativa, explicita-se:

A polícia administrativa ou poder polícia restringe o exercício de atividades lícitas, reconhecidas pelo ordenamento com direitos dos particulares, isoladas ou em grupo. Diversamente, a polícia judiciária visa a impedir o exercício de atividades ilícitas, vedadas pelo ordenamento; a polícia judiciária auxilia o Estado e o Poder Judiciário na prevenção e repressão de delitos (Medauar, 2014, p. 392).

Assim, a polícia administrativa atua na fiscalização, prevenção ou repressão de ilícitos meramente administrativos, tanto que, as penalidades são aplicadas pela própria Administração Pública e não pelo Poder Judiciário. Portanto, a polícia administrativa é exercida por diversos órgãos da Administração Pública Direta e Indireta, a fim de fiscalizar e combater os ilícitos puramente administrativos.

Já a polícia judiciária tem como objetivo a proteção da ordem pública, com a devida responsabilização dos violadores da ordem pública, incidindo sobre as pessoas. Marinela (2012, p. 232) afirma que a polícia judiciária trata do ilícito penal, regida pela lei penal e processual penal.

Sobre a polícia Judiciária, Basto (2013, p.153) afirma:

A polícia judiciária busca seu assento em razões estranhas ao próprio ato que pratica. A perquirição de um dado acontecimento só se justifica pela intenção de futuramente submetê-lo ao Poder Judiciário. Desaparecida está circunstância, esvazia-se igualmente a competência para a prática do ato.

A atividade desenvolvida pela polícia judiciária, segundo Marinela (2012, p. 232) se dá através de organismos especializados que compõem a polícia de segurança, que acumula funções próprias da polícia administrativas com o intuito de reprimir as condutas delinquentes dos administrados, mediante persecução criminal e captura dos infratores da lei penal.

Dessa forma, constata-se que tanto a polícia administrativa como a judiciária atuam para prevenir e reprimir ilícitos violadores da lei, contudo, enquanto a polícia administrativa atua sobre os ilícitos meramente administrativos, que não constituem crimes, com fiscalização e aplicação de penalidades administrativas, a polícia judiciária atua sobre os ilícitos penais, ou seja, busca prevenir a criminalidade para assegurar a ordem pública e a segurança da sociedade.

3.3 Características ou atributos do poder de polícia

Os atributos do poder de polícia são tidos também como características que tem por finalidade possibilitar a persecução do interesse pelo qual foi instituído o poder de polícia, isto é preservar a supremacia do interesse público quando estiver ou puder ser ameaçado por condutas de particulares.

Assim, para que o mesmo tenha absoluta efetividade, deve conferir à Administração a possibilidade de escolha em determinados casos, para agir por conveniência e oportunidade, visando uma melhor decisão possível. No mais, a decisão da Administração deve ser executada por ela mesmo, para facilitar a preservação do interesse público.

Pois pouco adiantaria se a Administração entendesse necessário interditar um estabelecimento comercial que está colocando em risco direitos dos consumidores e não pudesse interditar, necessitando, para isso, recorrer ao Poder Judiciário, hipótese em que poderia haver prejuízos irreparáveis para o interesse público, ante a demora na execução da decisão tomada pela Administração.

No mais, conferir a prerrogativa do poder de polícia à Administração e não conceder o atributo da coercibilidade de nada adiantaria, porque o principal atributo que suscita efetividade do referido poder é sua coercibilidade, ou seja, o cumprimento da obrigação imposta ao particular é obrigatório, não há margem de liberdade ao administrado para escolher entre cumprir ou não a ordem, devendo cumpri-la de imediato, sempre que possível.

Assim, conforme explanado acima, a doutrina majoritária, dentre ela, Meirelles (2003, p.133) aponta como atributo do poder de polícia a discricionariedade, a autoexecutoriedade e coercibilidade, além do fato de corresponder a uma atividade negativa, já que a Administração não irá fazer algo para os administrados, como em sua atuação positiva, com prestações de serviços públicos, pelo contrário, irá impedir que o administrado faça algo que possa por em risco o interesse público.

Assim, sobre o atributo da discricionariedade Di Pietro (2016, p. 158) aponta que esse se encontra presente na maior parte das medidas de polícia. Pois, em muitos casos, devido a impossibilidade de a lei prever a necessidade de intervir no poder de polícia e, sua forma de atuação, confere certa margem de liberdade ao agente administrativo para apreciar, por conveniência e oportunidade determinados elementos do ato, como o motivo ou o objeto, por exemplo.

Dessa forma, em muitos casos a Administração terá que decidir o melhor momento de agir, em relação ao meio mais adequado para tanto e em relação a punição cabível em tais circunstâncias, respeitado os limites legais. Todavia, Di Pietro (2016, p. 159) afirma que, em outros casos, a lei já estabelece previamente que, diante de determinados requisitos a Administração terá que adotar solução estabelecida pela lei, sem qualquer margem de discricionariedade, hipótese em que será vinculado o poder de polícia da Administração.

Já no que concerne à característica da autoexecutoriedade, explicita Meirelles (2003, p.134) que diz respeito à possibilidade de a Administração promover a execução independentemente de autorização judicial, desde que notifique previamente o administrado, bem como assegure, por meio de um processo administrativo o contraditório e ampla defesa, além de outras exigências previstas em lei.

Por fim, quanto à coercibilidade aponta Meirelles (2003, p.134) que essa é uma característica que torna o ato obrigatório, independentemente da vontade do administrado, por se tratar de imposição coativa das medidas adotadas pela Administração Pública. Ademais, tal característica é indissociável à autoexecutoriedade, pois o ato de polícia só é autoexecutório por ser dotado de força coercitiva.

Ainda, sobre os atributos do poder de polícia, explana-se:

Com relação aos atributos inerentes ao poder de polícia, podem ser enumerados três, quais sejam, autoexecutoriedade, coercibilidade e a discricionariedade. Entende-se ser a autoexecutoriedade uma prerrogativa fornecida à Administração Pública pela lei para que através de seus atos possa, sem necessitar da autorização de qualquer outro Poder, impor restrições à sociedade em geral, como a indivíduos singulares. [...] Não se pode dissociar a coercibilidade da autoexecutoriedade, em virtude do ato de polícia só possuir a sua força executória porque é dotado, também, da força coercitiva. A coercibilidade é a força coativa das medidas adotadas pela Administração Pública. A discricionariedade, é uma característica que permeia grande parte dos atos administrativos, tornando-os carregados de uma certa subjetividade originária do administrador que, em cada caso concreto, analisa a melhor decisão a ser tomada considerando necessariamente os critérios de conveniência e oportunidade, estes formadores do mérito do ato administrativo discricionário (SAGOT, 2015, n. p.).

Por conseguinte, no que concernem às características do poder de polícia, percebe-se que este é dotado de autoexecutoriedade, justamente por se tratar de um poder que prescinde de autorização de outro poder para intervenção na esfera particular do cidadão. Portanto, o Poder Público para exercer suas atividades típicas faz jus a determinados atributos, a fim de fazer valer o interesse público.

Quanto à coercibilidade, essa está relacionada ao emprego de força, se necessário, para o cumprimento das obrigações impostas aos particulares em defesa do interesse público. Porém, esta coercibilidade pode ser discutida na via judicial nos casos, por exemplo, de o particular entender que a Administração agiu com abuso das prerrogativas a ela conferidas.

Quanto à discricionariedade, tal prerrogativa é mais discutida ainda, no que diz respeito ao poder de polícia, haja vista que esta dá margem ao administrador a agir por conveniência e oportunidade.

Sobre o atributo da discricionariedade destaca-se:

Em relação à discricionariedade temos que o legislador deixa certa margem de liberdade na atuação do poder de polícia, quanto ao motivo ou ao objeto. Assim, o aplicador poderá dosar a pena, a sua exigência ou algum outro aspecto diante do caso concreto. Por assim dizer, o aplicador terá um benefício dado pelo legislador para poder adequar a gravidade da sanção ou exigência à repercussão do fato incorrido. Entretanto, há em outras hipóteses o caso de vinculação deste poder, nos quais a lei já estabelece, previamente, todas as circunstâncias que deverão nortear a atuação do poder de polícia. Diante disso, temos que em grande parte o poder de polícia é discricionário, mas em menor abrangência o poder de polícia será ato vinculado. Desta maneira, devemos ter bastante atenção ao analisá-lo para verificar se há algum aspecto de vinculação em seu exercício, pois isto está diretamente ligado à sua validade (FREITAS, 2015, n. p.)

Desta feita, constata-se que o poder de polícia nem sempre será utilizado com discricionariedade, pois existem casos em que a lei estabelece que a Administração deve agir em conformidade com tais preceitos. Sendo assim, não pode o administrador agir com discricionariedade, sob pena de violar dispositivo legal. Mas, quando a lei conferir discricionariedade em determinados atos do poder de polícia, deve o agente fazer uso dessa nos estritos limites da lei.

Insta trazer à baila entendimento doutrinário a respeito da discricionariedade do poder de polícia que:

De fato, a análise da maioria das hipóteses de sua aplicação prática indica discricionariedade no desempenho do poder de polícia. Todavia, é preciso fazer referência aos casos excepcionais em que manifestações decorrentes do poder de polícia adquirem natureza vinculada. O melhor exemplo é o da licença, ato administrativo vinculado e tradicionalmente relacionado com o poder de polícia. [...] pode-se asseverar, isto sim, que a polícia administrativa se expressa ora através de atos no exercício de competência discricionária, ora através de atos vinculados (FREITAS, 2015, n. p.).

Nesse diapasão, nota-se que o poder de polícia da Administração Pública em determinados casos deverá ser vinculado, como, por exemplo, nos casos de licença do poder público que visa autorizar o funcionamento de estabelecimento comercial, haja vista que, uma vez preenchida as exigências previstas em lei por parte do proprietário, para funcionamento do estabelecimento comercial, o ato da Administração passa a ser vinculado, ou seja, o Poder Público fica obrigado a conceder a licença, sob pena de violar direito subjetivo do administrado.

Mas, por outro lado, na maioria das vezes o poder de polícia será discricionário com intuito de adaptar as exigências previstas em leis aos casos concretos, dando ao administrador a possibilidade de avaliar, por conveniência e oportunidade a melhor forma de solucionar aquele determinado problema ou mesmo obrigações impostas ao Estado.

O Estado de Direito deve assegurar os direitos indispensáveis à coletividade, mas em contrapartida, deve impor limites às liberdades do cidadão, de modo a evitar o cometimento de abusos por partes dos cidadãos que venham colocar em riscos direitos sociais e difusos e, conseqüentemente, o interesse público.

Pelo exposto, o poder de polícia da Administração Pública trata-se de uma prerrogativa conferida a esta para desempenhar suas atividades administrativas de forma a preservar o interesse público, em detrimento do interesse privado, sempre que aquele encontrar ameaçado por atos de particulares. Sendo assim, o poder de polícia tem seu fundamento na própria

supremacia do interesse público sobre o privado, mas o agir do administrador deve estar pautado na legalidade e proporcionalidade.

3.4 Competência e finalidades do poder de polícia

O poder de polícia, assim como qualquer outro poder, deve ser exercido por pessoas competentes, aqui entendidas as pessoas jurídicas estatais e as autoridades públicas, que tenham competência definida por lei para o exercício de prerrogativas administrativas, ou seja, são pessoas a quem a lei conferem o poder de administrar a coisa pública e de regulamentar a matéria.

Nos termos da Constituição Federal de 1988, os assuntos de interesse nacional ficam sujeitos a regulamentação e policiamento da União, logo, o exercício do poder de polícia em tudo que for de interesse nacional caberá a União através de seus órgãos e agentes, não cabem aos Estados membros e seus órgãos interferirem nestes assuntos, já que não são competentes para tanto.

Assim, a competência para exercer o poder de polícia, conforme dispõe Carvalho Filho (2016, p. 80) é, em princípio, da pessoa federativa à qual a Constituição Federal conferiu poder de regular a matéria. O sistema de competência constitucional fixa as linhas básicas do poder de regulamentação das pessoas federativas.

Um exemplo disso, segundo Carvalho Filho (2016, p. 80) é a Lei nº. 12.587 de 2012 que preceitua ser atribuída à União a prestação, diretamente, ou por delegação ou gestão associada, dos serviços de transportes público interestadual e internacional de caráter urbano; ao Estado os serviços coletivos urbanos intermunicipais; e ao município a mesma prestação, quando se tratar de serviços de transportes urbanos intramunicipal.

Mas, a mesma lei, porém, admite alterações dessas competências no caso de gestão associada, em que um ente federativo pode, por delegação, operar o serviço de competência do outro. Portanto, afirma Carvalho Filho (2016, p. 80), que as hipóteses de poder concorrente vão ensejar o exercício conjunto do poder de polícia por pessoas de nível federativo diverso, como encontra previsto nos arts. 22, parágrafo único, 23 e 24 da Carta Política de 1988.¹

¹ Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:

[...]

Parágrafo único. Lei complementar poderá autorizar os Estados a legislar sobre questões específicas das matérias relacionadas neste artigo.

Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:

- I - zelar pela guarda da Constituição, das leis e das instituições democráticas e conservar o patrimônio público;
- II - cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência;

Portanto, caso o ato de polícia seja praticado por agente ou pessoa jurídica que não tenha competência para regular a matéria ou impor restrições, não terá validade alguma, haja vista ter sido praticado por quem não possui competência para tal fim. Da mesma forma, só será legítimo o ato de polícia se a lei em que se fundar a conduta administrativa for constitucional, com isso, atos fundados em leis inconstitucionais não detêm validade no mundo jurídico.

Logo, só há poder de polícia legítimo, se a lei que der suporte for constitucional. Assim sendo, a atuação do poder de polícia só terá validade se praticado por agente competente ou ente competente para tanto, desde que a lei que o fundamente seja constitucional, pois do contrário, em nada valerá a atuação do poder de polícia.

Por fim, quanto à finalidade do poder de polícia, Carvalho Filho (2016, p. 86) expõe que não poderia ser outra a finalidade dessa intervenção, senão a proteção do interesse coletivo, o que denota estreita conotação com o próprio fundamento do poder. Se o interesse público é o fundamento inspirador dessa atuação restrita do Estado, há de constituir alvo dela, a proteção do mesmo interesse.

Pelo exposto, o poder de polícia da Administração Pública trata-se de uma prerrogativa conferida a esta para desempenhar suas atividades administrativas de forma a preservar o interesse público, em detrimento do interesse privado, sempre que aquele encontrar ameaçado por atos de particulares. Sendo assim, o poder de polícia tem como parâmetro a própria supremacia do interesse público sobre o privado, mas o agir do administrador deve estar pautado na legalidade e proporcionalidade.

III - proteger os documentos, as obras e outros bens de valor histórico, artístico e cultural, os monumentos, as paisagens naturais notáveis e os sítios arqueológicos;

[...].

Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:

I - direito tributário, financeiro, penitenciário, econômico e urbanístico;

II - orçamento;

III - juntas comerciais;

IV - custas dos serviços forenses;

V - produção e consumo;

[...]

XVI - organização, garantias, direitos e deveres das polícias civis.

§ 1º No âmbito da legislação concorrente, a competência da União limitar-se-á a estabelecer normas gerais.

§ 2º A competência da União para legislar sobre normas gerais não exclui a competência suplementar dos Estados.

§ 3º Inexistindo lei federal sobre normas gerais, os Estados exercerão a competência legislativa plena, para atender a suas peculiaridades.

§ 4º A superveniência de lei federal sobre normas gerais suspende a eficácia da lei estadual, no que lhe for contrário.

3.5 O fundamento do poder de polícia no Estado de Direito

O poder de polícia no Estado Democrático de Direito tem como fundamento a supremacia do interesse público sobre o privado, o que significa dizer, que o Estado só estará legitimado a intervir na esfera do particular, por meio do poder de polícia, se a finalidade for em defesa do interesse público. Do contrário, a intervenção será ilegítima e arbitrária.

Assim, quanto ao fundamento do poder de polícia da Administração Pública, insta trazer à baila que:

O poder de polícia possui o seu fundamento, o seu alicerce, no princípio da supremacia do interesse público sobre o particular, princípio este que rege todo o Direito Público, contudo, se apresenta mais notadamente no âmbito jurídico-administrativo, justificando, pois, a restrição de direitos individuais pelo exercício de poderes administrativos discricionários. Nota-se mais claramente, após se observar o fundamento dessa atividade administrativa, que o poder de polícia existe com a precípua finalidade de assegurar o interesse público tendo que, para isto, criar condicionantes para que as atividades individuais não firam ao interesse geral. A única justificativa para a intervenção estatal nos direitos dos cidadãos, mediante atos emanados por agentes públicos pertencentes às três entidades do Estado (União, Estados e Municípios), é a defesa do interesse da coletividade. (SAGOT, 2015, n. p.)

Desta maneira, constata que o autor compartilha do entendimento de que o fundamento do poder de polícia é o princípio da supremacia do interesse público, ou seja, só estará justificada a intervenção no direito do particular, nos estritos limites, para assegurar o direito da coletividade.

Carvalho Filho (2016, p.86) comenta que a prerrogativa que a Administração Pública possui acerca do poder de polícia está relacionada ao fato de que a mesma mantém em relação aos administrados nítida superioridade, pelo fato de satisfazer como expressão de um dos poderes do Estado, o interesse público.

Oliveira (2016, p.263) ao comentar sobre os fundamentos do poder de polícia elucida que, tradicionalmente, muitos doutrinadores afirmam que o fundamento do poder de polícia é a supremacia do interesse público sobre o privado para a manutenção da ordem pública. Entretanto, em razão da constitucionalidade do direito administrativo e da centralidade dos direitos fundamentais, entende ser mais adequado afirmar que o fundamento de toda e qualquer ação estatal deve ser a promoção e a proteção dos direitos fundamentais.

No Estado de Direito, os direitos fundamentais exercem uma dupla função em relação à ação estatal: fundamentam e limitam o exercício das prerrogativas públicas. Logo, nota-se

que a justificativa da intervenção estatal na esfera administrativa do particular, visando estabelecer limites a certas liberdades e exercício de direitos individuais, fundamenta-se na supremacia do interesse público e na proteção dos direitos fundamentais.

Se o Estado não impor limites aos indivíduos no exercício de determinados direitos, com certeza direitos alheios poderão ser violados ou restringindo devido abuso de cidadãos que não impõem limites em suas condutas, vindo a prejudicar direitos de outrem. É neste cenário, que o poder de polícia surge para fiscalizar a atuação do particular no exercício de alguns direitos, para que esses não ponham em risco direitos alheios ou de toda uma coletividade.

No entanto, Oliveira (2016, p. 263) afirma que a atividade de polícia passa necessariamente por ponderações entre direitos fundamentais conflitantes. A própria legislação realiza em primeiro lugar, ponderações, adotando soluções abstratas que norteiam a atividade administrativa.

Assim, as circunstâncias concretas poderão exigir ponderações do próprio administrador público, razão pela qual, no atual estágio do direito, a motivação da atuação administrativa ganha importância destacada, como instrumento que viabiliza o controle de legitimidade dos atos estatais.

Destarte, por mais que o fundamento do poder de polícia seja a preponderância do interesse público sobre o privado, a legitimidade dessa atuação depende do respeito ao ordenamento jurídico, devendo ser exercido com respeito aos princípios da legalidade e proporcionalidade, sob pena de se converter em arbitrariedade mascarada pela supremacia do interesse público, o que é inadmissível.

4 A IMPORTÂNCIA DO PODER DE POLÍCIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

O poder de polícia da Administração Pública se exterioriza através de atos administrativos, e esses atos têm as mesmas condições de validade de qualquer outro ato do Poder Público, logo, para serem considerados absolutamente legítimos precisam estar em conformidade com a lei.

Os atos administrativos gozam de alguns atributos, dentre eles, destaca-se a presunção de legitimidade, que diz respeito ao reconhecimento, até provas em contrário de que os atos praticados pela Administração foram realizados em conformidade com a lei.

Desta sorte, Madeira (2000, p. 325) afirma que considera-se verdadeiros os fatos alegados pela Administração para a prática do ato administrativo. Ao fazer uso do poder de polícia por meio dos atos administrativos, há presunção de legitimidade dos mesmos. Portanto, até prova em contrário, os fatos alegados pelo agente administrativo para intervenção na esfera do particular, por meio do poder de polícia são presumidamente verdadeiros. Porém, essa presunção é meramente relativa, já que cabem provas em contrário.

Mas, para que o ato administrativo seja absolutamente legítimo é necessário estar estritamente de acordo com os ditames legais. Para isso, é necessário a presença de alguns elementos essenciais tais como: o sujeito, a competência, a forma, a finalidade, o objeto e o motivo.

Em relação ao sujeito, Carvalho Filho (2016, p. 106) observa-se que nem todas as pessoas têm competência para praticar atos administrativos, pois somente os agentes vinculados à Administração poderão praticá-los, podendo ser agentes administrativos e agentes delegados.

Nas palavras de Carvalho Filho (2016, p. 106), os agentes administrativos são todas as pessoas que integram a estrutura funcional do Poder Público, das pessoas federativas, em qualquer dos poderes, bem como os pertencentes aos quadros funcionais da Administração Pública Indireta.

Já, os agentes delegados são todos aqueles que, embora não pertençam aos quadros funcionais da Administração Pública, recebem a incumbência de exercer, por delegação, função administrativa e acabam atuando nas mesmas condições dos agentes administrativos.

Diante disso, Madeira (2000, p. 325) afirma que, no que diz respeito aos atos advindos do poder de polícia, tem-se que esses só serão válidos, se praticados por agentes pertencentes à Administração Pública, sob pena de não produzir efeitos jurídicos devido à incompetência do responsável por sua execução.

Em relação a competência para praticar os atos administrativos, explicita Madeira (2000, p. 325) que a competência é o círculo definido por lei, dentro do qual podem os agentes exercer legitimamente suas atividades. A competência tem que decorrer de norma expressa, pois não existe presunção de competência administrativa, sendo necessário expressa previsão legal. Em vista disso, sendo a função administrativa subjacente à lei, é nesta que se encontra a fonte da competência administrativa.

Porém, conforme entendimento de Carvalho Filho (2016, p. 111) a lei não é fonte exclusiva de competência, já que os órgãos e agentes de elevada hierarquia, terá a fonte de competência situada na própria Constituição Federal. Em contrapartida, os órgãos de menor hierarquia, a competência pode ser derivada de atos administrativos de organização. Nestes casos, os atos serão editados por órgãos cuja competência decorre da lei.

Destarte, para praticar atos típicos do poder de polícia, não basta que o agente pertença aos quadros funcionais da Administração Pública, é necessário, além disso, que haja uma lei atribuindo competência a esse agente para praticar tal ato, sob pena de não produzir efeito algum no mundo jurídico, ante a incompetência do agente. A competência será sempre vinculada, ou seja, deve ser precedida de norma que o estabeleça.

Outro elemento indispensável para que o ato administrativo do poder de polícia seja considerado lícito, diz respeito à forma, que é o meio pelo qual se exterioriza a vontade. Nestes termos, afirma Carvalho (2016, p. 224) que, para que o ato seja considerado válido, sua forma deve compatibilizar com os dispositivos expressos em lei. Constantemente, a lei impõe que certos atos sejam precedidos de uma série formal de atividades, comprometendo sua validade a inobservância pelo agente.

Assim, não basta a exteriorização da vontade do agente, é necessário que o faça nos termos previstos em lei, sob pena de vício de legalidade, o que pode ensejar na invalidação do ato. Outro fator importante é que a forma pelo qual se exerce o ato, pode ser tanto vinculada como discricionária. Será vinculada, quando a lei estabelecer os procedimentos necessário a ser seguido para a prática do ato. No entanto, caso a lei não dispensa um procedimento prévio pelo qual o ato seja praticado, diz-se que a forma é discricionária.

No que diz respeito à finalidade do ato, segundo Carvalho (2016, p. 225), esse deve estar dirigido ao interesse público, pois não pode o agente, como gestor de bens e interesse público, exercer suas funções voltada ao interesse privado. Seu exercício deve ser voltado para à coletividade, porque essa é sua função. O desrespeito ao interesse público constitui abuso de poder, sob a forma de desvio de finalidade.

Existe um elo indissociável entre finalidade e competência, independente do ato ser vinculado ou discricionário. Segundo Carvalho (2016, p. 225), a finalidade retratada pelo interesse público no agir do agente, não poderia refugiar ao âmbito da competência outorgada por lei ao agente. A finalidade do ato do poder de polícia será sempre vinculada. Logo, mesmo o ato sendo discricionário, sua finalidade deverá ser sempre vinculada, ou seja, o interesse público.

Dessa forma, o exercício do poder de polícia deve estar amparado pelo interesse público, ou seja, deve beneficiar a coletividade e não indivíduos particulares, pois, do contrário, haveria desvio de finalidade, o que, por si só, seria capaz de invalidar o ato do poder de polícia.

No que se refere ao objeto que representa o fim imediato, o resultado prático a ser alcançado pela vontade administrativa, Carvalho Filho (2016, p. 114) aponta que o objeto é variável conforme o resultado, ao contrário da finalidade, que é invariável. Assim, o objeto varia de acordo com o ato, já a finalidade será sempre o interesse público, sendo, portanto, invariável.

Exemplo disso é uma licença requerida por um particular para edificação de uma construção. Neste caso, o objeto é a licença que visa regularizar a situação para que haja uma construção compatíveis com as normas exigidas, de forma a não prejudicar a segurança da sociedade.

Por fim, quanto ao motivo, elemento indispensável do ato administrativo, pode se afirmar, nas palavras de Carvalho Filho (2016, p. 117/118), que o motivo diz respeito a situação de fato ou de direito que gera a vontade do agente quando pratica o ato administrativo. O motivo de direito, é a situação de fato eleita pela norma legal como a responsável pela vontade administrativa. Já o motivo de fato é a própria situação vivenciada no mundo empírico, que nem sempre estará previsto em lei.

Assim, Carvalho Filho (2016, p. 118) afirma que, se a situação de fato estiver delineada em lei, cabe ao agente executá-la de acordo com os ditames legais, conseqüentemente, o ato será vinculado. Do contrário, se a situação não estiver delineada em lei, cabe ao agente a verificação de sua ocorrência atendendo aos critérios de caráter administrativo, o que acarretará na prática de um ato discricionário.

Desta feita, para que o ato da Administração Pública seja considerado legítimo, legal ou válido é necessário estar presente o agente administrativo ou delegado, com competência atribuída por lei, cujo o objeto ou resultado a ser alcançado pelo agente seja em prol do interesse coletivo, isto é, com a finalidade de atender o interesse público, podendo ter como motivo fatos ocorridos no mundo empírico ou fatos previstos em lei.

Portanto, no que diz respeito ao poder de polícia tem se que esse, assim como qualquer outro poder conferido por lei à Administração Pública, deve ser exercido nos estritos limites da lei, de acordo com o disposto na norma regulamentadora, sob pena de não produzir os efeitos que dele se espera, devido sua invalidação.

4.1 A discricionariedade no poder de polícia da Administração Pública

Para que a Administração Pública desempenhe suas atividades, a lei lhe assegura posição de supremacia sobre o particular, sem a qual ela não conseguiria exercer suas atividades. Porém, essa prerrogativa é limitada pelo princípio da legalidade, pois no Estado Democrático de Direito a lei é o fundamento e o limite de toda a atuação do Poder Público, de modo a impedir arbitrariedade, autoritarismo e ofensa aos direitos e garantias individuais.

O agente administrativo, segundo Meirelles (2012, p. 345) exerce seus poderes regrado pelo sistema jurídico vigente, assim, não pode o mesmo ultrapassar os limites impostos por lei, sob pena de ilegalidade. Esse regramento pode atingir os vários aspectos de uma atividade determinada, quando a lei não deixar opção de escolha ao agente, configurando, portanto, ato vinculado da Administração Pública. Neste caso, o particular terá direito subjetivo de exigir de autoridade o cumprimento daquele ato.

No entanto, há casos em que a própria lei confere uma certa margem de liberdade ao agente, já que a mesma não consegue prever todas as possibilidades e formas de ocorrência dos fatos no mundo empírico, hipótese em que a autoridade poderá optar por uma dentre várias opções previstas e válidas. Neste caso, estar-se-á diante de ato discricionário do Poder Público.

Assim, dentre as características dos atos administrativos, a discricionariedade chama atenção, já que traz para o ato do poder Público certa margem de subjetividade do administrador, que diante do caso concreto poderá tomar suas decisões baseado na conveniência e oportunidade.

Insta salientar, conforme aduz Meirelles (2012, p. 347), que a discricionariedade da Administração é uma prerrogativa conferida à mesma, e que pode ser utilizada no exercício do poder de polícia, sendo considerada completamente legal, quando utilizada de acordo com os regras e limites previstos em lei, não devendo ser confundido com atuação arbitrária.

Sobre a prerrogativa da discricionariedade da Administração Pública, convém destacar:

O legislador ao elaborar as normas referentes à organização estatal-social, não consegue estabelecer uma previsão futura sobre toda aquela gama de atos de responsabilidade do administrador, deixando, desta forma, uma margem de

subjetividade restrita aos parâmetros legais, a chamada discricionariedade, para que haja uma boa atuação pública. Afirma-se, deste modo, que o legislador limita-se a estabelecer um âmbito de atuação para que o administrador não termine por, propositalmente ou não, promover atos ilegais transcendendo este âmbito pré-determinado (SAGOT, 2015, n. p.)

Portanto, nota-se que a discricionariedade atribuída à Administração Pública é importante para que essa exerça suas atividades, já que a lei não consegue estabelecer procedimento para todos os fatos ocorridos, devendo conferir ao administrador determinada subjetividade para agir de acordo com a necessidade do caso, sempre pautado na conveniência e oportunidade, desde que aja com legalidade e respeito aos demais princípios administrativos e constitucionais.

Nesse sentido, convém destacar que:

Discricionariedade, portanto, é a margem de liberdade que remanesça ao administrador para eleger, segundo critérios consistentes de razoabilidade, um, dentre pelo menos dois comportamentos cabíveis, perante cada caso concreto, a fim de cumprir o dever de adotar a solução mais adequada à satisfação da finalidade legal, quando, por força da fluidez das expressões da lei ou da liberdade conferida no mandamento, dela não se possa extrair objetivamente, uma solução unívoca para a situação vertente (MELLO, 2012, p. 852).

Dessa forma, nota-se que a discricionariedade conferida ao administrador é justamente para possibilitar uma atuação mais adequada e justa ao caso concreto, quando a lei deixar margem de liberdade ao agente para escolher dentre várias opções a mais conveniente e oportuna para o caso concreto.

Da mesma forma, ocorre no exercício do poder de polícia da Administração, que diante de certos casos é mais conveniente o agente decidir qual a melhor maneira de solucionar determinada lesão ou ameaça ao interesse público, sendo pautado na legalidade, razoabilidade e conveniência exigida. Observando isso, não há que se falar em arbitrariedade alguma.

Ademais, insta salientar, conforme ressalta Mello (2012, p. 852) que, no exercício da discricionariedade, a Administração deve pautar nos critérios da conveniência, oportunidade e razoabilidade, sendo esse último importantíssimo para frear e contrabalancear as decisões administrativa discricionárias.

Portanto, conforme Madeira (2000, p. 335) o agente administrativo ao deparar-se com uma norma de caráter aberto, permitidora de uma discricionariedade valorativa, deve escolher o caminho que mais se adequa ao caso concreto, o caminho ótimo e não apenas o bom, visto que esta foi a intenção do legislador, ao permitir a discricionariedade em certos atos administrativos.

Contudo, a legalidade, razoabilidade, conveniência e oportunidade devem estar presentes em qualquer decisão discricionária do agente estatal, pois, não é porquê a lei permite certa subjetividade do agente, que este pode utilizar sem observância os princípios administrativos e constitucionais, pois se assim o fizer, o ato administrativo será nulo, sem efetividade alguma.

Feita as considerações iniciais a respeito da discricionariedade do agente administrativo, resta tecer uma distinção entre discricionariedade e arbitrariedade, mazelas que não raras vezes revestem diversos atos administrativos, tornando os defeituosos e com vício de legalidade, por serem realizados em desconformidade com a lei e o interesse público que permeia as decisões administrativas.

Madeira (2000, p. 325) afirma que o arbítrio, resolução dependente da vontade de determinada pessoa, muitas vezes é confundido com a discricção atribuída à Administração Pública, que se baseia no exercício de intelecção onde se pondera, no caso concreto, a melhor solução dentre várias a ser exercida, o que acaba por terminar em arbitrariedade indevida no ato administrativo. Tal confusão termina por ocasionar prejuízos à sociedade, no qual o Estado tem o dever de impedir que a coletividade termine por desequilibrar, prejudicando, assim, o interesse de todos.

Mello (2007, p. 420) afirma que se agente agir com arbitrariedade, estará agredindo a ordem jurídica, já que seu comportamento não se enquadra nos parâmetros legais, sendo ilícita sua atuação, por isso, passível de correção na via judicial. No entanto, se o agente agir em conformidade com a lei, de acordo com sua legítima discricção, estará ele cumprindo uma determinação normativa, que objetiva alcançar o melhor para o interesse público, buscando encontrar soluções que mais se adequam ao caso concreto e ao interesse da coletividade.

No mais, observa Carvalho Filho (2016, p. 90) que, não raras vezes, o Poder Público, a pretexto de agir com discricionariedade, acaba por agir ilegitimamente, ultrapassando os limites impostos por lei, coadunando seu ato com a arbitrariedade vedada por lei, acarretando a ineficácia e a ilegalidade do ato.

Diante disso, verifica-se que a discricionariedade não se confunde com arbitrariedade, pelo contrário, pois a agir discricionário respeita todos os limites e é utilizado na busca de melhor atender o interesse público, sempre pautado na legalidade, razoabilidade e nos critérios de conveniência e oportunidade.

Todavia, afirma Sagot (2015, n. p.) que, muitas vezes a discricionariedade é substituída pela arbitrariedade, pois, os atos administrativos que deveriam conter o juízo de valor do agente, baseado em parâmetros legais, para atender o interesse público, acaba sendo substituído por

uma carga de arbitrariedades nociva à sociedade, com intuito de burlar as exigências e procedimentos legais, a fim de beneficiar pessoas determinadas, prejudicando, com isso, o interesse da coletividade.

Logo, inquestionavelmente, a discricionariedade atribuída ao exercício do poder de polícia, diz respeito à certa margem de liberdade de atuação do agente administrativo, podendo valorar a atuação pela conveniência e oportunidade na prática do ato e da graduação das sanções aplicáveis, respeitado os limites da legalidade.

A finalidade do ato do poder de polícia, assim como qualquer outro ato, será sempre vinculada, ou seja, sempre atenderá ao interesse público. No entanto, quanto à forma, motivo e objeto, poderão haver margem de discricionariedade, mas não arbitrariedade. Assim, o ato será legítimo se for exercido dentro dos parâmetros legais estabelecido nas normas que o regulamenta.

A principal finalidade do poder de polícia é fiscalizar o exercício de determinados direitos dos particulares, cita-se, como exemplo, o exercício da livre iniciativa privada, que sempre sofrerá intervenção do poder de polícia, para fiscalizar se os direitos dos consumidores, o interesse público, não está sendo prejudicado por condutas ilícitas do empresário, com o objetivo de coibir toda e qualquer conduta individual que prejudique ou possa vir a prejudicar os interesses difusos, coletivos, enfim o interesse público.

Segundo Oliveira (2016, p. 264), costuma-se afirmar que, em regra, o poder de polícia caracteriza-se pela discricionariedade, isto é, liberdade conferida ao agente estatal para escolher o momento de sua atuação e a sanção mais adequada ao caso concreto, quando há previsão legal de duas ou mais sanções para uma determinada infração.

Porém, nem sempre o poder de polícia será discricionário, visto que, em determinados casos o legislador não deixa margem de liberdade ao agente estatal, cabendo ao mesmo atuar de forma vinculada diante de um caso concreto, isso ocorre, por exemplo, no caso de obtenção de uma licença para construção, hipótese em que, cumprido os requisitos legais, o particular terá direito subjetivo à licença, hipótese em que o agente é obrigado a concedê-la, por se tratar de um direito subjetivo do particular.

Nesse linear, no que concerne o poder de polícia, destaca-se:

Em rigor, no Estado de Direito inexistente um poder, propriamente dito, que seja discricionário fruível pela Administração Pública. Há, isto sim, atos em que a Administração Pública pode manifestar competência discricionária e atos a respeito dos quais a atuação administrativa é totalmente vinculada. Poder discricionário abrangendo toda uma classe ou ramo de atuação administrativa é coisa que não existe. No caso específico da polícia administrativa é fácil

demonstrá-lo. Basta considerar que, enquanto as autorizações, atos típicos da polícia administrativa, são expedidas no uso de competência exercitável discricionariamente, as licenças, igualmente expressões típicas dela, são atos vinculados, consoante pacífico entendimento da doutrina. Basta a consideração de tal fato para se perceber que é inexato o afirmar-se que o poder de polícia é discricionário. Pode com propriedade asseverar, isto sim, que a polícia administrativa se expressa ora através de ato no exercício de competência discricionária, ora através de atos vinculados (MELLO, 2012, p. 852/853).

Em suma, conforme expressa o doutrinador acima, o poder de polícia nem sempre será discricionário, não existe no Estado de Direito um poder exclusivamente discricionário da Administração Pública. O que existe é atos em que o Poder Público pode manifestar discricionariedade em determinados momentos, porém, nestes atos a finalidade dos mesmos será sempre vinculada, ou seja, deve sempre atender o interesse público.

Em síntese, não pode o agente administrativo estender a discricionariedade para a finalidade do ato e beneficiar pessoas determinadas, pois, o poder de polícia ou qualquer ato administrativo tem que estar pautado na legalidade e na supremacia do interesse público.

Nesta senda, verifica-se que o poder de polícia atribuído à Administração, para fiscalizar a atuação do particular no exercício de determinados direitos, com intuito de restringi-los, sempre que houver inobservância aos dispositivos legais, pondo em risco o interesse público.

Enfim, se a lei traçar os caminhos a percorrer sem certa margem de valoração subjetiva por parte do agente, o ato será estritamente vinculado. Porém, se for permitida na atuação do agente certa valoração em relação ao momento de atuação ou a forma de punição, por exemplo, nos casos em que houver mais de uma alternativa, o ato será discricionário.

Insta salientar que:

De fato, a análise da maioria das hipóteses de sua aplicação prática indica discricionariedade no desempenho do poder de polícia. Todavia, é preciso fazer referência aos casos excepcionais em que manifestações decorrentes do poder de polícia adquirem natureza vinculada. O melhor exemplo é o da licença, ato administrativo vinculado e tradicionalmente relacionado com o poder de polícia. [...] pode-se asseverar, isto sim, que a polícia administrativa se expressa ora através de atos no exercício de competência discricionária, ora através de atos vinculados. (MAZZA, 2010, p. 271)

Desta feita, nota-se que o poder de polícia da Administração Pública em determinados casos deverá ser vinculado como, por exemplo, nos casos de licença do poder público que visa autorizar o funcionamento de estabelecimento comercial, haja vista que, uma vez preenchida as exigências previstas em lei por parte do proprietário, para funcionamento do estabelecimento

comercial, o ato da Administração passa a ser vinculado, ou seja, o Poder Público fica obrigado a conceder a licença, sob pena de violar direito subjetivo do administrado.

Mas, por outro lado, na maioria das vezes o poder de polícia será discricionário com intuito de adaptar as exigências previstas em leis aos casos concretos, dando ao administrador a possibilidade de avaliar, por conveniência e oportunidade, a melhor forma de solucionar diante do caso concreto, questões que possam pôr em risco o interesse público.

Por conseguinte, mesmo no ato discricionário, o agente administrativo precisa agir com cautela, já que não poderá exercer o poder de polícia com desrespeito aos limites e regras dispostas em lei, já que o Poder Público deve atuar pautado na legalidade e razoabilidade.

4.2 Limites do poder de polícia com base nos princípios da legalidade e proporcionalidade

O poder de polícia exerce um papel fundamental na sociedade moderna, já que limita as liberdades individuais em prol do interesse público, para que a atuação do particular não venha pôr em risco direito de toda uma coletividade, tais como o direito ao meio ambiente equilibrado, direito do consumidor, direito à saúde e outros de igual importância. No entanto, o poder de polícia não pode ser exercido de forma indiscriminada, deve ser utilizado com cautela e proporcionalidade para não violar direitos individuais fundamentais dos cidadãos.

Segundo Freitas (2015, n. p.) a lei é o principal limitador do exercício de polícia da Administração, com isso, tanto no exercício discricionário como no vinculado, o Poder Público não está autorizado a extrapolar os limites impostos por lei, mas, deve exercê-lo com razoabilidade, para não incorrer em excesso ou desvio de poder.

Assim, a repressão às liberdades individuais exercida pela Administração, através do poder de polícia, está sujeito a limites legais e jurídicos, isto é, a lei e os direitos e garantias fundamentais dos cidadãos. Nesse sentido, Cretella Jr. (2000, p.554) aponta que o administrador, ao exercer o poder de polícia, deve estar adstrito à vontade da lei, pois a Administração só pode fazer o que a lei permitir, o que configura a adstrição à lei, enquanto os particulares podem fazer tudo que a lei não proíbe.

Mesmos nos casos do exercício do poder de polícia discricionário, como é a regra, Cretella (2000, p. 554) aponta que a lei impõe limites em relação à competência, em relação à forma, o objeto e a finalidade do exercício do poder de polícia, que devem estar estritamente compatíveis com as disposições legais regulamentares.

Se o fundamento do poder de polícia é a preponderância do interesse público sobre o particular, Di Pietro (2016, p. 161) afirma que, seu exercício perderá sua justificativa se

exercido para favorecer pessoas determinadas. Assim, autoridade que buscar, através do poder de polícia, favorecer pessoas individualizadas, prejudicando o interesse público, incorrerá em desvio de poder, acarretando-se a nulidade do ato e consequências jurídicas na esfera cível, administrativa e criminal, a depender do caso.

Ademais, Di Pietro (2016, p. 161) aduz que, quanto ao objeto, o exercício do poder de polícia é limitado, mesmo nos casos de várias alternativas conferidas ao agente, no exercício, pois, o princípio da proporcionalidade exige adequação dos meios utilizados com o fim pretendido.

O poder de polícia não deve extrapolar o necessário para a satisfação do interesse público, que visa proteger, já que a finalidade do poder de polícia não é destruir os direitos individuais, pelo contrário, o objetivo é assegurar seu exercício, condicionando-o ao bem estar da coletividade, devendo restringir direitos individuais somente nos casos de entrar em conflito com o interesse coletivo e na medida necessária à consecução dos fins estatais.

Nestes termos, Di Pietro (2016, p. 162) aponta três regras básicas a ser utilizada pela Administração, a fim de não eliminar os direitos individuais no exercício do poder de polícia. A primeira regra diz respeito ao critério da necessidade, ou seja, o poder de polícia só deve entrar em ação quando for necessário para evitar ameaças reais ao interesse público.

A segunda regra, conforme aduz Di Pietro (2016, p. 162), está relacionada ao princípio da proporcionalidade, que diz respeito a exigência de uma relação necessária entre a limitação ao direito individual e o prejuízo a ser evitado. Já a terceira, diz respeito a eficácia, isto é, a intervenção deve ser adequada para impedir prejuízos ao interesse público.

Conseqüentemente, nota-se que o poder de polícia discricionário ou vinculado encontra limite na lei, e seu descumprimento pode acarretar na invalidação do ato realizado. O agente deve basear seu exercício sempre na lei para evitar ilegalidade e nulidade do ato, devendo ater para a necessidade de intervenção, a proporcionalidade dela e a eficácia da intervenção para os fins que se esperam.

Ademais, conforme afirma Freitas (2015, n. p.) o exercício do poder de polícia deve ter sempre o interesse público como finalidade, assim, o agente que não observar essa imposição, cometerá desvio de poder, ocasião que ensejará a nulidade do ato e a devida responsabilização civil, penal e administrativa do servidor.

Além da lei representar um aspecto limitador do poder de polícia, a moralidade administrativa e a proporcionalidade podem ser utilizadas para frear o uso inadequado do poder de polícia da Administração Pública. A moralidade é um dos princípios norteadores da

Administração, que busca impor limites as ações do homem para que esse não aja de forma imoral, com condutas que possam comprometer o Poder Público diante da sociedade.

Cabe ao administrador, segundo Freitas (2015, n. p.) agir com probidade administrativa, ética profissional, com equidade e transparência ao executar o poder de polícia, sem desvio de finalidade e excesso de poder, pois, do contrário, os princípios da legalidade, proporcionalidade e moralidade administrativa serão indubitavelmente violados. Pela moralidade administrativa, o administrador deve distinguir o honesto do desonesto e não poderá desprezar o elemento ético de sua conduta, e deve decidir pelo legal, justo, conveniente e oportuno e jamais o contrário.

Nesse sentido, ao exercer o poder de polícia, cabe ao agente agir com moralidade administrativa, pautando sempre pelo legal, justo e honesto, de forma a não violar direitos individuais dos cidadãos. Por tais motivos, a moralidade representa um freio ao poder de polícia, pois auxilia o administrador a não agir fora da legalidade e moralidade.

Quanto à proporcionalidade, afirma Di Pietro (2016, p. 162) o poder de polícia deve ser manifestado de maneira a respeitar os liames da necessidade e da adequação, necessidade de intervenção na liberdade dos particulares e adequação dos meios de intervenção com os fins almejado, de forma a não exceder os limites da razoabilidade.

Neste diapasão, pode se destacar que:

O princípio da proporcionalidade deriva, de certo modo, do poder de coerção de que dispõe a Administração ao praticar atos de polícia. Realmente, não se pode conceber que a coerção seja utilizada indevidamente pelos agentes administrativos, o que ocorreria, por exemplo, se usada onde não houvesse necessidade. Em virtude disso, tem a doutrina moderna mais autorizada erigido à categoria de princípio necessário à legitimidade do ato de polícia a existência de uma linha proporcional entre os meios e os fins da atividade administrativa (CARVALHO FILHO, 2016, p. 94).

Portanto, conforme entendimento doutrinário exposto, o poder de polícia só será legítimo, se for empregado pelo agente administrativo com proporcionalidade entre os meios utilizados e os fins pretendidos na execução da prerrogativa, do contrário, não há legitimidade alguma, e sim, excesso de poder que deve ser corrigido inclusive na via judicial.

Segundo Paulo, Alexandrino (2008, p.245), a atuação do poder de polícia quando não respeita os seus limites, transforma-se em grande vilão para o interesse público, pois retira a eficiência e a confiança dada a um instrumento de limitação legitimado por sua condição de priorizar o coletivo em detrimento do individual.

Ademais, afirma Oliveira (2016, p. 264) que a legitimidade do poder de polícia depende do respeito ao ordenamento jurídico, devendo a Administração se ater aos princípios da

proporcionalidade, legalidade e outros, de modo a não extrapolar os limites permitidos e acabar por violar direitos assegurados aos cidadãos.

Assim, conforme Paulo, Alexandrino (2008, p.245), no que se refere ao princípio da proporcionalidade, pode se afirmar que esse representa limite ao exercício do poder de polícia, exigindo o cumprimento da finalidade legal para o qual o poder foi instituído, de maneira adequada e proporcional, sem pôr em risco direitos individuais essenciais dos cidadãos

Não havendo proporcionalidade entre a medida adotada e o fim a que se destina a atuação do poder de polícia, Carvalho Filho (2016, p. 94) afirma que a autoridade administrativa incorrerá em abuso de poder, conseqüentemente, o particular prejudicado poderá impetrar mandado de segurança para invalidar o ato administrativo e todos seus efeitos.

Dessa maneira, cabe ao Poder Público, na utilização dos meios coativos de interferência na liberdade dos cidadãos, comportar com extrema cautela, com proporcionalidade e adequação, jamais ultrapassando o necessário para a finalidade pretendida, sob pena de acarretar a invalidação do ato.

A lei confere à Administração prerrogativas para viabilizar o atendimento do interesse público, para facilitar na execução de suas atividades, contudo, não lhe é permitido que o Poder Público atue em detrimento do particular, prejudicando-o, a pretexto de atender o interesse coletivo, sem razoabilidade alguma.

Se a conduta do agente administrativo é desproporcional, prejudicando o cidadão enquanto particular, revela-se ausente o verdadeiro interesse coletivo a ser perseguido, o que configura ilegalidade passível de correção. Portanto, aponta Freitas (2015, n. p.) que, exige-se proporcionalidade entre a medida adotada pela Administração e a finalidade legal a ser atingida com o uso do poder de polícia, devendo essa intervenção ser eficiente para atingir a finalidade, sem restringir demais os direitos e liberdades individuais.

Outro limitador do poder de polícia, além dos princípios da legalidade, moralidade e proporcionalidade, conforme explicitam Paulo, Alexandrino (2008, p. 246) diz respeito a seu fim, ou seja, a finalidade de atuação do agente por meio do poder de polícia, que nada mais é que o interesse público. Se o interesse público não estiver presente, existe desvio de poder, que, conseqüentemente, ensejará na nulidade da conduta administrativa.

Por conseguinte, na atuação da Administração Pública através do poder de polícia, deve estar presente a adequação da conduta administrativa com os direitos assegurados constitucionalmente aos cidadãos, pois não pode haver contradições, mas sim, harmonia entre as garantias e liberdades individuais com as prerrogativas da Administração Pública, pois, do contrário, configura um paradoxo inadmissível.

Outro fator importante de limitação do poder de polícia da Administração Pública, segundo Duarte e Reis (2014, p. 24), diz respeito ao núcleo essencial dos direitos fundamentais a serem restringidos pela conduta administrativa, haja vista que as prerrogativas da Administração Pública não estão acima dos direitos fundamentais, já que não há que se falar em supremacia do interesse público com violação dos direitos e garantia fundamentais, sob pena de paradoxo.

No concerne ao núcleo essencial, Duarte e Reis (2014, p. 24) conceituam “como a porção mínima de direito fundamental, sem a qual ele perde a sua configuração e que, por consequência, está imune a ingerências estatais indevidas, segundo a tradicional tese do limite dos limites.”

Nesse diapasão, nota-se que a prerrogativa do poder de polícia conferida a Administração Pública não é absoluta, pelo contrário, existem diversos critérios limitadores, dentre eles o núcleo essencial dos direitos e garantias fundamentais, devendo haver ponderação de interesses, já que o núcleo essencial é intangível.

Nesse sentido, insta trazer à baila que:

Considera-se que existe um conteúdo mínimo destes direitos, que não pode ser amputado, seja pelo legislador, seja pelo aplicador do Direito. Assim, o núcleo essencial traduz o ‘limite dos limites’, ao demarcar um reduto inexpugnável, protegido de qualquer espécie de restrição. A temática do núcleo essencial dos direitos fundamentais apresenta, no entanto, complexas questões que lhes são inerentes. A delimitação deste mínimo intangível, por exemplo, consiste em laboriosa tarefa, inexistindo, hodiernamente, consenso a respeito do conteúdo essencial de numerosos direitos. Fazem-se indispensáveis, neste contexto, os avanços doutrinários e os esforços jurisprudenciais nesta tentativa de determinação (DUARTE; REIS, 2014, p. 24).

Portanto, segundo entendimentos dos autores supracitados, existem determinados direitos considerados de extrema relevância que não pode ser restringido nem pelo legislador, nem pelo aplicador do direito e muito menos pela Administração Pública, pois, essa última tem por finalidade prestar serviços públicos aos cidadãos, com intenção de efetivar e garantir os direitos essenciais a todos. Logo, não faz sentido algum executar suas obrigações violando direitos indispensáveis para a sobrevivência digna do cidadão.

Sobre o núcleo dos direitos fundamentais, Duarte e Reis (2014, p. 25) apontam duas teorias, são elas a absoluta e a relativa. A primeira, destaca-se que o conteúdo essencial de cada direito fundamental seria abstrato, o que facilitaria sua identificação. Já a teoria relativa,

apregoa que a definição do núcleo essencial de cada direito só se realiza diante do caso concreto, através da técnica da ponderação proporcional, a partir da instituição do direito.

No entanto, afirmam Duarte e Reis (2014, p. 25) que, tais teorias são alvos de críticas, já que a teoria absoluta é deficiente em relação a identificação do núcleo essencial de cada direito, o que acaba por acarretar prejuízo ao objeto de proteção, devido ausência de adequada delimitação, tornando insuficiente as tentativas de proteção. Já, no que se refere à teoria relativa, as críticas giram em torno da flexibilidade empregada aos direitos fundamentais, o que poderia acarretar a descaracterização dos mesmos como princípios constitucionais.

Nesse diapasão, diante das divergências apresentadas pelas teorias e suas deficiências, tendo em vista a importância do conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a restrição aos mesmos pelo poder de polícia, deve-se analisar a vertente doutrinária mais adequada, para a devida ponderação necessária, de modo a não afetar o núcleo essencial dos direitos fundamentais.

Assim sendo, segundo Duarte e Reis (2014, p. 24), a maioria dos autores, dentre eles Dimoulis tem aderido à teoria absoluta, já que entendem que defender a existência de um núcleo essencial de direitos fundamentais, mas caracterizá-los como relativo, significaria desprestigá-los, retirar-lhe qualquer utilidade.

Todavia, Duarte e Reis (2014, p. 25) apontam que, a teoria relativa reputa-se mais adequada ao caso em questão, aonde envolve direitos fundamentais e prerrogativas administrativa. Em situações de possíveis confrontos, a teoria absoluta não forneceria mecanismos de solução adequados.

Nesse sentido, Daniel Sarmiento *apud* Duarte e Reis (2014, p. 25) afirma que, em certos casos, direitos fundamentais contrapostos podem ser afetados, acarretando certo dilema ao juiz que terá de optar por um direito em detrimento do outro, nos casos de adoção da teoria absoluta, acarretando uma situação constrangedora, insustentável para o julgador, o que faz crer que a teoria relativa, que permite uma flexibilização apresenta-se mais viável que a absoluta.

Logo, não há dúvidas de que a teoria relativa é mais adequada a ser adotada na busca de preservar o núcleo essencial dos direitos fundamentais, haja vista sua melhor adequação aos processos decisórios envolvendo questões constitucionais complexas.

Desta feita, no que diz respeito ao poder de polícia, nos casos de seu exercício afetar o mínimo existencial, ou seja, o núcleo essencial, segundo os critérios de ponderação proporcional, conforme a teoria relativa, o ato do Poder Público será reputado inaceitável, devendo ser decretada sua invalidação.

Após o ensaio dos limites do exercício do poder de polícia, nota-se que deve haver uma adequação entre o interesse público e os interesses individuais, ajustado por uma boa atuação do Poder Público. Faria (2000, p. 266) aponta que o cidadão acaba abrindo mão de certas liberdades ou relativizando alguns direitos em prol de um interesse maior, o coletivo, ou seja, em prol de segurança, saúde, meio ambiente equilibrado e outros, todavia, essas restrições não autorizam o Poder Público a cometer abuso de poder ou desvio de poder.

Destarte, não resta a menor dúvida, no que concerne a necessidade e importância do poder de polícia para garantir a prevalência do interesse público. É inegável a necessidade de limitação de alguns direitos e liberdades individuais em prol do interesse público, o que se mostra fundamental para toda a organização da sociedade, priorizando aspectos de maior relevância tais como o direito a saúde pública, trânsito, higiene, meio ambiente equilibrado, bem estar social e outros.

Diante disso, por mais que o poder de polícia aparentemente apresenta-se “incompatível” com os direitos e garantias fundamentais, pois busca de alguma forma restringi-los, na prática, não existe incompatibilidade alguma, haja vista que para garantir a efetividade de todos os direitos, é necessário impor limites aos mesmos, pois não há direitos absolutos que não possam ser relativizados, do contrário, a extensão absoluta de um direito impediria a promoção de outro.

Isso posto, verifica-se a necessidade de um aspecto fundamental, presente em todo o direito administrativo, que diz respeito à necessidade de estabelecer um equilíbrio entre os direitos fundamentais e as prerrogativas da Administração, para que essa, na busca da prevalência do interesse público sobre o particular, não ponha em risco a intangibilidade do núcleo essencial dos direitos fundamentais.

Por conseguinte, ao limitar o exercício dos direitos fundamentais em prol do interesse público, não pode a Administração pôr em riscos direitos considerados essenciais aos indivíduos, devendo haver adequação e ponderação no exercício das prerrogativas administrativa.

O poder de polícia, segundo Faria (2000, p. 267), consiste em limitar o exercício dos direitos individuais em prol do interesse coletivo, e encontra presente em todos os setores da vida social e econômica, por isso, há necessidade de compatibilizá-lo com as garantias constitucionais conferidas aos cidadãos, e isso se faz, estabelecendo os limites da atuação do poder de polícia.

Assim, onde quer que exista o exercício dos direitos individuais fundamentais haverá o poder de polícia do Estado para estabelecer os limites, regulamentar e aplicar sanções nos casos

de descumprimentos dos limites impostos, sem que haja incompatibilidade alguma, já que não existem direitos absolutos que não possam sofrer algum tipo de limitação, contudo, não é permitido ao Poder Público extrapolar os limites impostos às suas prerrogativas, sob pena de acarretar um paradoxo inaceitável.

Portanto, como explicita Guido Zanobini, *apud* Di Pietro (2006, n. p.) "a ideia de limite surge do próprio conceito de direito subjetivo: tudo aquilo que é juridicamente garantido é também juridicamente limitado." Logo, nota-se que não há direitos fundamentais absolutos, pois, conforme ensina o Zanobini, toda garantia sofre limitação.

Ademais, Cavalcanti citado por Di Pietro (2006, n. p.) revivendo o entendimento adotado pelos tribunais e juristas norte-americanos, afirma que o poder de polícia "constitui antes um meio de assegurar os interesses individuais porventura ameaçados pelo exercício ilimitado, sem disciplina normativa dos direitos individuais por parte de todos." E acrescenta ainda que, a limitação à liberdade individual visa assegurar a própria liberdade e os direitos essenciais dos indivíduos.

Por conseguinte, a limitação dos direitos e liberdades individuais visa impossibilitar o exercício ilimitado de tais direitos, o que poderia acarretar consequências desagradáveis e vir até mesmo afetar o núcleo essencial que deve ser garantido, pois o exercício ilimitado de certos direitos inviabiliza a efetividade de outros. Logo, essa limitação exercida pelo poder de polícia não visa aniquilar os direitos fundamentais, pelo contrário, busca possibilitar a ponderação de seu exercício com interesses de maior relevância, que é o interesse coletivo.

Todavia, apesar da importância do poder de polícia para possibilitar a preponderância do interesse público e até mesmo a efetivação de outros direitos que poderiam ser inviabilizados ante o exercício ilimitado de alguns direitos, o poder de polícia detém grande força, devendo ser exercido com extrema cautela e com respeito aos limites legais para não haver incompatibilidade alguma com o núcleo essencial dos direitos fundamentais, nem incorrer em excesso ou desvio de poder.

Ante todo o exposto, apesar da necessidade e da importância do poder de polícia, nota-se que este detém grande força, e, quando não utilizado de forma correta, pode representar uma perigosa arma nas mãos dos agentes. Devido isto, o poder de polícia deve ser limitado para que sua atuação não venha pôr em risco o mínimo existencial dos indivíduos, limitando-o indevidamente.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Estado enquanto pessoa jurídica, que figura no centro da sociedade, é responsável pela ordem pública, paz social, prestação de serviços públicos e garantia do núcleo essencial dos direitos humanos. Para tanto, deve exercer suas atribuições nos estritos limites da lei, já que está adstrito ao princípio da legalidade, assim, só pode fazer o que a lei permitir e da forma estabelecida por ela.

Para tanto, a própria lei confere ao Poder Público determinadas prerrogativas para viabilizar a prestação dos serviços públicos e a garantia da supremacia do interesse público sobre o privado, nos casos de conflitos. Essas prerrogativas apresentam algumas características básicas, mas, cabe destacar que o exercício dessas não representa uma simples faculdade para o administrador, pois uma vez caracterizado o interesse público, ele terá o dever de agir. Logo, ao deparar com uma situação que possa pôr em risco o interesse público, é obrigação do agente estatal intervir na busca de preservar e defender o interesse coletivo.

Nesse diapasão, o poder de polícia assim como outros, figura como prerrogativa da Administração, para viabilizar a prestação dos serviços públicos, a fiscalização das liberdades exercidas pelos particulares e a intervenção na esfera do particular, a fim de defender o interesse público.

Assim, o poder de polícia permite que a Administração adentre na esfera do particular para fiscalizar, impor ordens e até mesmo aplicar punição nos casos de infração administrativa, para que o interesse público não se torne alvo passível de violação pelo uso imoderado das liberdades individuais dos cidadãos. Logo, o poder de polícia conferido ao Estado apresenta importante papel na sociedade moderna, pois visa limitar os excessos praticados pelos particulares, no uso e gozo dos direitos individuais, para que tais não prejudiquem o interesse da coletividade.

Portanto, cabe ao Estado de Direito assegurar os direitos indispensáveis à coletividade, mas, em contrapartida, impor limites às liberdades do cidadão, de modo a evitar o cometimento de abusos por partes dos administrados, que venham colocar em riscos direitos sociais e difusos e, conseqüentemente, o interesse público.

Logo, o poder de polícia no Estado Democrático de Direito tem como fundamento a supremacia do interesse público sobre o privado, o que significa dizer, que o Estado só estará legitimado a intervir na esfera do particular, por meio do poder de polícia, se a finalidade for em defesa do interesse público. Do contrário, a intervenção será ilegítima e arbitrária.

Mas, no Estado Democrático, os direitos fundamentais exercem uma dupla função em relação à ação estatal: fundamentam e limitam o exercício das prerrogativas públicas. Assim, nota-se que a justificativa da intervenção estatal, na esfera administrativa do particular, visando estabelecer limites a certas liberdades e ao exercício de direitos individuais, fundamenta-se na supremacia do interesse público e na proteção dos direitos fundamentais.

Se o Estado não impor limites aos indivíduos no exercício de determinados direitos, com certeza direitos alheios poderão ser violados ou restringidos, devido abusos de cidadãos que não impõem limites em suas condutas, vindo a prejudicarem direitos de outrem. É neste cenário, que o poder de polícia surge para fiscalizar a atuação do particular no exercício de alguns direitos, para que esses não ponham em risco direitos alheios ou de toda uma coletividade.

No entanto, o poder de polícia não deve extrapolar o necessário para a satisfação do interesse público, que visa proteger, já que a finalidade do poder de polícia não é destruir os direitos individuais, pelo contrário, o objetivo é assegurar seu exercício, condicionando-o ao bem estar da coletividade, devendo restringir direitos individuais somente nos casos de entrar em conflito com o interesse coletivo, e na medida necessária à consecução dos fins estatais.

Consequentemente, nota-se que o poder de polícia discricionário ou vinculado encontra limite na lei, e seu descumprimento pode acarretar na invalidação do ato realizado. O agente deve basear seu exercício sempre na lei, para evitar ilegalidade e nulidade do ato, devendo ater para a necessidade de intervenção, a proporcionalidade dela e a eficácia da intervenção para os fins que se esperam.

Ademais, além da lei representar um aspecto limitador do poder de polícia, a moralidade administrativa e a proporcionalidade podem ser utilizadas para frear o uso inadequado do poder de polícia da Administração Pública. A moralidade é um dos princípios norteador da Administração, que busca impor limites as ações do homem para que esse não aja de forma imoral, com condutas que possam comprometer o Poder Público diante da sociedade.

Portanto, o poder de polícia só será legítimo, se for empregado pelo agente administrativo com proporcionalidade entre os meios utilizados e os fins pretendidos na execução da prerrogativa, do contrário, não há legitimidade alguma, e sim, excesso de poder que deve ser corrigido inclusive na via judicial.

Dessa maneira, cabe ao Poder Público, na utilização dos meios coativos de interferência na liberdade dos cidadãos, comportar com extrema cautela, com proporcionalidade e adequação, jamais ultrapassando o necessário para a finalidade pretendida, sob pena de acarretar a invalidação do ato.

Por conseguinte, na atuação da Administração Pública através do poder de polícia, deve estar presente a adequação da conduta administrativa com os direitos assegurados constitucionalmente aos cidadãos, pois não pode haver contradições, mas sim, harmonia entre as garantias e liberdades individuais com as prerrogativas da Administração Pública, pois, do contrário, configura um paradoxo inadmissível.

Consequentemente, o exercício regular do poder de polícia diante da necessidade, para fazer prevalecer o interesse público, nos casos de ameaça ou lesão ao interesse coletivo, não apresenta incompatibilidade alguma com os direitos fundamentais dos cidadãos, pois o objetivo de tal poder não é restringir direitos fundamentais, e sim adequá-los ao interesse público, de forma que seu exercício não venha pôr em risco a ordem pública e o interesse de toda uma coletividade, em geral.

Além do mais, não há direito absoluto que não possa sofrer restrição, todo direito pode ser relativizado quando apresentar contradição com outros de igual ou maior relevância, como é o caso do interesse público. Logo, o exercício moderado do poder de polícia não apresenta nenhuma incompatibilidade com os direitos fundamentais, pelo contrário, busca assegurar sua efetividade sem que outro interesse seja diretamente afetado, como é o caso do interesse público.

Ante o exposto, indubitavelmente, o poder de polícia é essencial ao Estado Democrático de Direito, para que as liberdades individuais não venham pôr em risco o interesse público, até porque, o poder de polícia não tem por finalidade restringir direitos essenciais, mas, sim, compatibiliza-los com o interesse de toda a coletividade.

REFERÊNCIAS

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Administrativo**. 4ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2013

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

CARVALHO, Matheus. **Manual de Direito Administrativo**. 3. ed. Salvador: Ed. Juspodvm, 2016.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Curso de Direito Administrativo**. 17ª Edição. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 29. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

_____. **Abrangência e limites da atividade de ordenação da administração pública em matéria de saúde pública**. 2006. Disponível em: <<http://www.saude.mppr.mp.br/pagina-360.html>>. Acesso em: maio de 2018.

DUARTE, Luciana Gaspar Melquíades; REIS, Vitor Medeiros dos. Poder de polícia no Estado Democrático de Direito: **uma proposta de reconstrução teórica sob a égide do paradigma pós positivistas**. 2014. Disponível em:<[http:// publicadireito.com.br/artigos/](http://publicadireito.com.br/artigos/)>. Acesso em: maio de 2018.

FARIA, Edmur Ferreira de. **Curso de Direito Administrativo Positivo**. 3ª Edição. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

FREITAS, Karina Costa. **Limites ao Poder de Polícia**. 2015. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/38250/limites-ao-poder-de-policia>>. Acesso em: abril de 2018.

MADEIRA, José Maria Pinheiro. **Reconceituando o Poder de Polícia**. Tomo 1.11ª Edição. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2000.

MARINELA, Fernanda. **Direito Administrativo**. 6.ed. Niterói: Impetus, 2012.

MAZZA, Alexandre. **Manual de Direito Administrativo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 4ª Edição. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2000.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 39. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

MELO; Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito administrativo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Resende. **Curso de Direito Administrativo**. 5. ed. São Paulo: Métodos, 2016.

PAULO, Vicente & ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito Administrativo**. 16ª ed. São Paulo: Método, 2008.

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. **O modelo estrutural de gerência pública**. 2008. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rap/v42n2/09.pdf>>. Acesso em: novembro de 2017.

SAGOT, Fabio Prata. **A discricioniedade no poder de polícia: reflexos e limites com base na principiologia constitucional**. 2015. Disponível em: <<http://jus.com.br/.../a-discricioniedade-no-poder-de-policia-reflexos-e-limites-com->>. Acesso em: setembro de 2017.