

GABARITO

1. C / 2. A / 3. D / 4. C / 5. C / 6. E / 7. B / 8. A / 9. C / 10. B / 11. B / 12. C / 13. B / 14. A / 15. E / 16. E / 17. A / 18. B / 19. A / 20. A / 21. B / 22. D / 23. D / 24. A / 25. B / 26. C / 27. B / 28. B / 29. E / 30. B / 31. A / 32. D / 33. D / 34. B / 35. A / 36. D / 37. C / 38. A / 39. B / 40. E / 41. B / 42. B / 43. C / 44. B / 45. D / 46. D / 47. A / 48. C / 49. C / 50. B / 51. B / 52. B / 53. B / 54. C / 55. B / 56. D / 57. F, F, V, V, V / 58. C / 59. D / 60. B / 61. C / 62. B / 63. C / 64. B / 35. C / 66. C / 67. E / 68. C / 69. D / 70. E / 71. C / 72. C / 73. C / 74. A / 75. D / 76. C / 77. A / 78. E / 79. D / 80. B / 81. B / 82. D / 83. D / 84. D / 85. D / 86. B / 87. A / 88. A / 89. C / 90. D / 91. D / 92. C / 93. C / 94. D / 95. C / 96. E / 97. C / 98. A

99. C. O embasamento da resposta está no seguinte julgado: "CONSTITUCIONAL. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. MATRÍCULA DE CRIANÇA DE ZERO A CINCO ANOS DE IDADE EM CRECHE E PRÉ-ESCOLAS MUNICIPAIS. DIREITO ASSEGURADO PELA CONSTITUIÇÃO (ART. 208, IV, DA CF). I – O Estado tem o dever constitucional de assegurar a garantia de atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a cinco anos de idade (art. 208, IV, da CF). II – Agravo regimental improvido" (AgI 592075 AgRg/SP, Min. Ricardo Lewandowski, julgamento: 19-5-2009, Órgão Julgador: 1ª Turma).

5**PODERES DA ADMINISTRAÇÃO****5.1 PODERES-DEVERES**

Para o adequado cumprimento de suas atribuições constitucionais, a legislação confere à Administração Pública competências especiais. Sendo prerrogativas relacionadas com obrigações, as competências administrativas constituem verdadeiros poderes-deveres instrumentais para a defesa do interesse público.

A doutrina costuma incluir nesse capítulo o estudo de sete poderes da Administração:

- a) vinculado;
- b) discricionário;
- c) disciplinar;
- d) hierárquico;
- e) regulamentar;
- f) de polícia;
- g) normativo¹.

5.2 USO REGULAR E IRREGULAR DO PODER

Quando o agente público exerce adequadamente suas competências, atuando em conformidade com o regime jurídico administrativo, sem excessos ou desvios, fala-se em uso regular do poder.

Porém, quando a competência é exercida fora dos limites legais ou visando interesse alheio ao interesse público, ocorre o uso irregular do poder, também conhecido como abuso de poder.

5.3 ABUSO DE PODER

Uso irregular do poder ou abuso de poder é um vício que torna o ato administrativo nulo sempre que o agente exerce indevidamente determinada competência

¹ O estudo do poder normativo consta do item 3.8.3.5 deste *Manual*.

administrativa. Além de causar a invalidade do ato, a prática do abuso de poder constitui ilícito ensejador de responsabilização da autoridade.

5.3.1 Abuso de poder pressupõe agente competente?

A doutrina pátria diverge quanto ao conceito exato do abuso de poder.

Para a **corrente majoritária**, o abuso de poder **sempre pressupõe um agente público competente**. Segundo Hely Lopes: “abuso de poder ocorre quando a autoridade, embora competente para praticar o ato, ultrapassa os limites de suas atribuições ou desvia das finalidades administrativas”². É a mesma opinião defendida por Maria Sylvia Zanella Di Pietro³. Para a maioria dos autores, desse modo, o abuso de poder afetaria os requisitos motivo, objeto (excesso de poder) ou finalidade (desvio de poder), porém o ato não teria vício quanto à competência e à forma.

De outro lado, José dos Santos Carvalho Filho, sustentando **entendimento minoritário**, admite **abuso de poder praticado por autoridade incompetente**, especialmente na modalidade excesso de poder. Segundo o autor: “excesso de poder é a forma de abuso própria da atuação do agente fora dos limites de sua competência administrativa”⁴. Assim, o excesso de poder seria vício de competência, ao passo que o desvio de poder afetaria a finalidade do ato.

Embora seja bastante controvertido o tema, consideramos acertada a primeira orientação, segundo a qual o abuso de poder, nas suas duas modalidades (excesso e desvio), pressupõe agente público competente. Trata-se da visão mais segura para ser defendida em provas e concursos públicos.

5.3.2 Crime de abuso de autoridade

Com o objetivo de punir o exercício inadequado de competências públicas, a Lei n. 4.898/65 tipifica condutas definidas como **crimes de abuso de autoridade**. Nos termos do art. 3º da referida Lei, considera-se crime de abuso de autoridade praticar qualquer ato atentatório:

- a) à liberdade de locomoção;
- b) à inviolabilidade do domicílio;
- c) ao sigilo da correspondência;
- d) à liberdade de consciência e de crença;
- e) ao livre exercício do culto religioso;
- f) à liberdade de associação;
- g) aos direitos e garantias legais assegurados ao exercício do voto;
- h) ao direito de reunião;

² *Direito administrativo brasileiro*, p. 90.

³ *Direito administrativo*, p. 284.

⁴ *Manual de direito administrativo*, p. 48.

- i) à incolumidade física do indivíduo;
- j) aos direitos e garantias legais assegurados ao exercício profissional.

De acordo com o art. 4º da Lei n. 4.898/65, constitui também abuso de autoridade:

- a) ordenar ou executar medida privativa da liberdade individual sem as formalidades legais ou com abuso de poder;
- b) submeter pessoa sob sua guarda ou custódia a vexame ou a constrangimento não autorizado em lei;
- c) deixar de comunicar, imediatamente, ao juiz competente a prisão ou detenção de qualquer pessoa;
- d) deixar o juiz de ordenar o relaxamento de prisão ou detenção ilegal que lhe seja comunicada;
- e) levar à prisão e nela deter quem quer que se proponha a prestar fiança, permitida em lei;
- f) cobrar o carcereiro ou agente de autoridade policial carceragem, custas, emolumentos ou qualquer outra despesa, desde que a cobrança não tenha apoio em lei, quer quanto à espécie quer quanto ao seu valor;
- g) recusar o carcereiro ou agente de autoridade policial recibo de importância recebida a título de carceragem, custas, emolumentos ou de qualquer outra despesa;
- h) o ato lesivo da honra ou do patrimônio de pessoa natural ou jurídica, quando praticado com abuso ou desvio de poder ou sem competência legal;
- i) prolongar a execução de prisão temporária, de pena ou de medida de segurança, deixando de expedir em tempo oportuno ou de cumprir imediatamente ordem de liberdade.

A Lei n. 4.898/65 prevê **sanções civis, administrativas e penais** para a prática de abuso de autoridade.

A **responsabilidade civil** consiste no dever de reparação do dano por meio do pagamento de indenização (art. 6º, § 2º).

As sanções administrativas aplicáveis são (art. 6º, § 1º):

- a) advertência;
 - b) repreensão;
 - c) suspensão do cargo, função ou posto por prazo de cinco a cento e oitenta dias, com perda de vencimentos e vantagens;
 - d) destituição de função;
 - e) demissão;
 - f) demissão, a bem do serviço público.
- Quanto à responsabilidade penal, o art. 6º, § 3º, prevê as seguintes sanções:
- a) multa de cem a cinco mil cruzeiros;
 - b) detenção por dez dias a seis meses;
 - c) perda do cargo e inabilitação para o exercício de qualquer outra função pública por prazo de até três anos.

Quando o abuso for cometido por agente de autoridade policial, civil ou militar, de qualquer categoria, poderá ser cominada a pena autônoma ou acessória de não poder o acusado exercer funções de natureza policial ou militar no município da culpa, por prazo de um a cinco anos (art. 6º, § 5º).

O direito de representação contra abuso de autoridade será exercido por meio de petição dirigida: 1) à autoridade superior que tiver competência legal para aplicar à autoridade civil ou militar culpada a respectiva sanção; 2) ao órgão do Ministério Público que tiver competência para iniciar processo-crime contra a autoridade culpada.

5.3.2 Abuso de poder versus abuso de autoridade

Na comparação entre abuso de poder e abuso de autoridade, podem ser identificadas semelhanças e diferenças.

Quanto às **semelhanças** entre as duas figuras, merecem destaque os seguintes pontos em comum:

- 1) pressupõem o uso anormal da competência;
- 2) implicam a prática de conduta ilícita;
- 3) geram nulidade do ato;
- 4) ensejam responsabilidade da autoridade.

De outro lado, é possível constatar as seguintes **diferenças** entre o abuso de poder e o abuso de autoridade:

- 1) quanto à tipificação: enquanto as condutas consideradas como abuso de poder não estão expressamente descritas na legislação brasileira, o abuso de autoridade é um ilícito tipificado taxativamente na Lei n. 4.898/65⁵;
- 2) quanto ao alcance pessoal: o abuso de poder relaciona-se essencialmente ao exercício da função administrativa; o abuso de autoridade pode ser cometido por qualquer autoridade pública;
- 3) quanto à natureza: o abuso de poder constitui um ilícito que repercute na esfera administrativa; o abuso de autoridade tem natureza mais abrangente, alcançando os âmbitos civil, penal e administrativo;
- 4) quanto aos efeitos: o abuso de poder produz a nulidade do ato e a responsabilização administrativa do agente; o abuso de autoridade, além de causar a nulidade do ato, pode sujeitar o agente a ampla variedade de sanções, como advertência, repreensão, suspensão do cargo com perda de vencimentos e vantagens, destituição de função, demissão, multa, detenção e inabilitação para o exercício de qualquer outra função pública por prazo de até três anos (art. 6º da Lei n. 4.898/65).

⁵ Nesse sentido, Hely Lopes Meirelles, *Direito administrativo brasileiro*, p. 417.

5.4 EXCESSO DE PODER

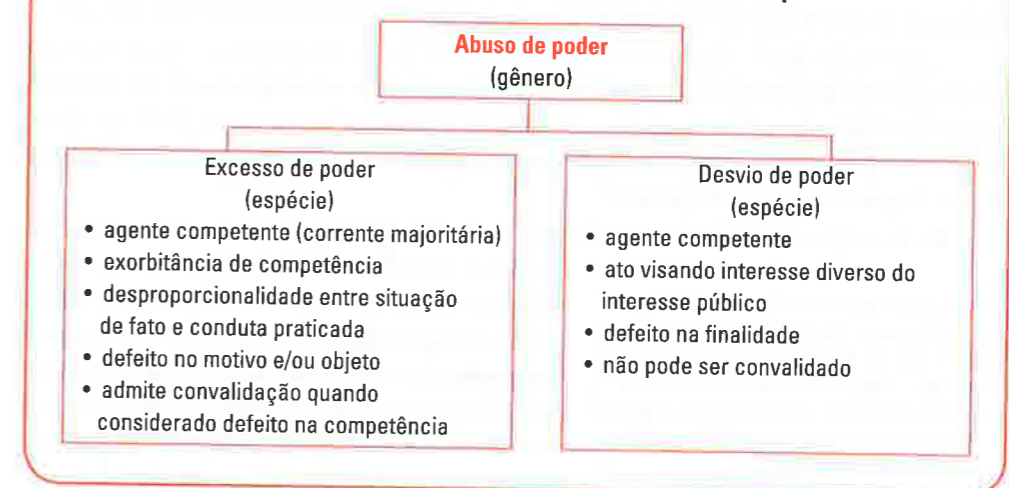
O gênero “abuso de poder” comporta duas espécies: desvio de poder e **excesso de poder**.

No desvio de poder, também chamado desvio de finalidade, o agente competente atua visando interesse alheio ao interesse público.

Por outro lado, comete excesso de poder o agente público que exorbita no uso de suas atribuições, indo **além de sua competência**.

A prova de Técnico do TCU elaborada pelo Cespe considerou CORRETA a afirmação: “O excesso de poder, uma das modalidades de abuso de poder, configura-se quando um agente público pratica determinado ato alheio à sua competência”.

Quadro comparativo entre desvio de poder e excesso de poder



Conforme visto nos itens anteriores, predomina no Brasil a corrente doutrinária segundo a qual o excesso de poder caracteriza-se como um vício no motivo e/ou objeto do ato, mas que sempre pressupõe agente público competente.

Segundo Hely Lopes Meirelles, “o excesso de poder ocorre quando a autoridade, embora competente para praticar o ato, vai além do permitido e **exorbita no uso de suas faculdades administrativas**. Excede, portanto, sua competência legal e, com isso, invalida o ato”⁶.

No excesso de poder ocorre **exagero e desproporcionalidade** entre a situação de fato e a conduta praticada pelo agente, o que não ocorre no desvio de poder.

Por tais razões, verifica-se que o **excesso de poder**, para os autores que o consideram vício de competência, **admite convalidação**, de modo a que se corrija o vício contido no ato, preservando sua eficácia.

A prova da Polícia Civil/SP feita pelo Cespe considerou CERTA a afirmação: “A razoabilidade pode ser utilizada como parâmetro para o controle dos excessos emanados de agentes do Estado, servindo para reprimir eventuais abusos de poder”.

⁶ *Direito administrativo brasileiro*, p. 108.

5.5 DESVIO DE FINALIDADE

Desvio de finalidade, desvio de poder ou tredestinação ilícita é defeito que torna nulo o ato administrativo quando praticado visando **fim diverso daquele**

A prova de Auditor Fiscal do TCU feita pela Esaf considerou CORRETA a afirmação: "Pelo princípio da finalidade, não se admite outro objetivo para o ato administrativo que não o interesse público".

previsto, explícita ou implicitamente, **na regra de competência** (art. 2º, parágrafo único, e, da Lei n. 4.717/65).

Trata-se da segunda espécie do gênero "abuso de poder". Ao contrário do excesso de poder, o desvio de poder sempre **pressupõe agente público competente**, constituindo vício na finalidade do ato. Todavia, o ato maculado com desvio de finalidade não tem defeito algum nos requisitos competência, objeto, forma e motivo. Assim, o desvio de finalidade materializa-se como vício insanável, **não admitindo convalidação**. O único caminho possível diante de sua ocorrência é a anulação do ato.

A teoria do desvio de poder (*détournement de pouvoir*) surgiu na jurisprudência do **Conselho de Estado francês**. Sua origem remonta a uma decisão de **25 de fevereiro de 1864**, quando o contencioso francês baseou-se na teoria civilista do abuso de direito para anular o exercício de um poder usado para atingir objetivo diverso daquele que foi conferido pela lei⁷.

Os exemplos reais de desvio de finalidade são abundantes no cotidiano da vida

A prova de Fiscal do Trabalho/2006 feita pela Esaf considerou CORRETA a afirmação: "Um ato praticado com o intuito de favorecer alguém pode ser legal do ponto de vista formal, mas, certamente, comprometido com a moralidade administrativa, sob o aspecto material".

política brasileira: 1) remoção de servidor público usada como forma de punição; 2) estrada construída com determinado trajeto somente para valorizar fazendas do **governador**; 3) ordem de prisão executada durante o casamento de inimigo do delegado; 4) processo administrativo disciplinar instaurado, sem fundamento, contra servidor desafeto do chefe; 5) transferência de policial civil para delegacia no interior a fim de afastá-lo da namorada, filha do governador; 6) desclassificação imotivada de empresa licitante porque contribuíra com o financiamento da campanha de adversário político do prefeito; 7) instauração de inquérito civil, sem qualquer fundamento, contra político inimigo do promotor de justiça.

Entendendo cabível até mesmo responsabilidade civil pelo desvio de finalidade, a prova OAB/SP feita pela Vunesp considerou CORRETA a afirmação: "Um aqodado membro do Ministério Público ingressa, de forma temerária, sem prévio inquérito civil público, com Ação Civil Pública por Improbidade Administrativa contra um prefeito, seu desafeto pessoal. A ação foi trancada no seu nascedouro, reconhecendo o juiz a inadequação da ação, extinguindo a lide sem julgamento do mérito. Nesse caso, cabe responsabilidade civil pelos danos eventualmente causados ao acionado pela responsabilidade objetiva do Poder Público, desde que presentes os requisitos (nexo causal, dano)".

A teoria do desvio de poder é aplicável a **todas as categorias de agentes públicos**, podendo ensejar a nulidade de condutas praticadas por prefeitos, governadores, juizes, delegados, promotores, legisladores etc., ainda que os atos realizados não sejam materialmente **atos administrativos**.

⁷ Paul Weil, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, p. 29.

Interessante discussão surge a respeito da natureza do desvio de finalidade: constituiria vício de intenção ou vício de comportamento?

A concepção tradicional defende a **teoria subjetiva**, segundo a qual o desvio de finalidade seria um defeito, predominantemente, de **intenção** ou de **vontade** do agente. Para os adeptos dessa teoria, a comprovação da intenção viciada é **condição suficiente** para determinar a nulidade do ato. Assim, por exemplo, diante da demonstração de que o prefeito decide desapropriar determinado imóvel somente porque pertence a um inimigo político, tal circunstância é, de per si, bastante para tornar nulo o decreto expropriatório. Segundo a corrente subjetiva, nunca o interesse público será concretamente atendido se a conduta for motivada por intenção ilegal.

▶ Teoria subjetiva
Intenção viciada = desvio de finalidade

Nos concursos públicos, entretanto, predomina a aceitação da **teoria objetiva**, que defende ser o desvio de finalidade essencialmente um **defeito no comportamento**. Para essa corrente, a intenção viciada é **condição necessária, mas não suficiente** para determinar a nulidade do ato. Além da comprovada intenção de praticar o ato tendo por objetivo interesse alheio ao contemplado na ordem jurídica, é indispensável também a **violação concreta do interesse público** resultante da opção eleita pelo administrador público. Assim, por exemplo, se o prefeito desapropria, com objetivo de perseguição, a casa de inimigo político a pretexto de construir uma creche, mas o imóvel reúne concretamente as melhores condições para atender à destinação pretendida, não há desvio de finalidade.

▶ Teoria objetiva
Intenção viciada + violação concreta do interesse público = desvio de finalidade

5.5.1 Tredestinação lícita

Existem casos raros em que a própria ordem jurídica autoriza a válida substituição da finalidade que inicialmente motivou a prática do ato administrativo. São casos de **tredestinação autorizada pela ordem jurídica**. A hipótese mais importante está prevista no art. 519 do Código Civil: "Se a **coisa expropriada** para fins de necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, não tiver o destino para que se desapropriou, ou **não for utilizada em obras ou serviços públicos**, caberá ao expropriado direito de preferência, pelo preço atual da coisa".

O Código Civil, portanto, autoriza que o bem desapropriado **receba qualquer destinação pública**, ainda que diferente daquela anteriormente prevista no decreto expropriatório, afastando a possibilidade de retrocessão (desfazimento da desapropriação).

Também o Superior Tribunal de Justiça vem reconhecendo o instituto da tredestinação lícita, conforme se pode verificar do teor do seguinte julgado: "Cuida-se

de recurso interposto contra acórdão do TJ-SP que entendeu não haver desvio de finalidade se o órgão expropriante dá outra destinação de interesse público ao imóvel expropriado. Para a Min. Relatora **não há falar em retrocessão se ao bem expropriado for dada destinação que atende ao interesse público, ainda que diversa da inicialmente prevista no decreto expropriatório**. A Ministra Relatora aduziu que a esse tipo de situação a doutrina vem dando o nome de 'tredestinação lícita' – aquela que ocorre quando, persistindo o interesse público, o expropriante dispensa ao bem desapropriado destino diverso do que planejara no início. Assim, tendo em vista a manutenção da finalidade pública peculiar às desapropriações, a Turma negou provimento ao recurso" (Precedentes citados: REsp 710.065-SP, DJ 6-6-2005, e REsp 800.108-SP, DJ 20-3-2006. REsp 968.414-SP, Rel. Min. Denise Arruda, j. em 11-9-2007).

5.5.1.1 Tredestinação *versus* adestinação

No contexto específico das expropriações, ocorre tredestinação quando o bem objeto da ação expropriante recebe destinação diferente da inicialmente prevista no ato ou na lei expropriatória. Como visto nos itens anteriores, a tredestinação pode ser lícita ou ilícita.

Não se deve confundir tredestinação com adestinação⁸. Na adestinação o **bem expropriado não recebe destinação alguma**, nem de interesse público, nem de interesse privado, sendo mantido completamente desafetado e sem uso.

5.6 PODER VINCULADO

Fala-se em poder vinculado ou **poder regrado** quando a lei atribui determina-

A prova do Ministério Público/ES considerou CORRETA a assertiva: "Em se tratando de poder vinculado, a liberdade de ação do administrador é mínima, pois terá que se ater à enumeração minuciosa do Direito Positivo para realizá-lo eficazmente".

da competência definindo todos os aspectos da conduta a ser adotada, **sem atribuir margem de liberdade** para o agente público escolher a melhor forma de agir. Onde houver vinculação, o agente público é um simples executor da vontade legal. O ato resultante do

exercício dessa competência é denominado de ato vinculado. **Exemplo** de poder vinculado é o de realização do lançamento tributário (art. 3º do CTN).

5.7 PODER DISCRICIONÁRIO

Na discricionariedade, o legislador atribui certa competência à Administração Pública, reservando uma **margem de liberdade** para que o agente público, diante da situação concreta, possa selecionar entre as opções predefinidas qual a mais apro-

⁸ A interessante distinção foi apresentado pela Profa. Irene Nohara em aula da Pós-graduação em Direito Administrativo na Rede de Ensino LFG (julho/2015).

priada para defender o interesse **público**. Ao invés de o legislador definir no plano da norma um único padrão de comportamento, **delega ao destinatário da atribuição a incumbência de avaliar a melhor solução para agir diante das peculiaridades da situação concreta**. O ato praticado no exercício de competência assim conferida é chamado de ato **discricionário**. **Exemplo**: decreto expropriatório.

A prova do Ministério Público/ES considerou INCORRETA a afirmação: "Aos discricionários são os que a Administração pode praticar com liberdade de ação para ensejar normas de caráter legislativo".

A prova do Ministério Público/ES considerou CORRETA a assertiva: "O poder discricionário não se exerce acima ou além da lei, senão como toda e qualquer atividade executória com sujeição a ela".

A doutrina discute quais seriam as **justificativas da discricionariedade**. Celso Antônio Bandeira de Mello enumera as explicações apresentadas pelos administrativistas para a existência de competências discricionárias⁹:

a) intenção deliberada do legislador: para alguns autores, a discricionariedade é uma técnica utilizada intencionalmente pelo legislador para transferir ao administrador público a escolha da solução mais apropriada para atender a finalidade da norma;

b) impossibilidade material de reger todas as situações: ao legislador seria impossível disciplinar adequadamente a grande variedade de circunstâncias concretas relacionadas ao exercício da função administrativa, sendo mais razoável conferir competências flexíveis passíveis de adaptação à realidade dos fatos;

c) inviabilidade jurídica da supressão da discricionariedade: no regime da Tripartição de Poderes, o legislador está impedido de esgotar no plano da norma a disciplina de todas as situações concretas pertinentes aos assuntos administrativos, à medida que isso implicaria o esvaziamento das atribuições do Poder Executivo e a ruptura de sua independência funcional;

d) impossibilidade lógica de supressão da discricionariedade: por fim, o último e mais importante fundamento da discricionariedade é a impossibilidade lógica de o legislador excluir competências discricionárias porque a margem de liberdade característica desse instituto **reside na imprecisão e na indeterminação dos conceitos empregados pela lei** para definir competências. **Sempre que o legislador outorga uma competência, é obrigado a fazê-lo por meio de dispositivos legais traduzidos em conceitos jurídicos, cujo grau de imprecisão determina inevitavelmente a natureza discricionária da competência atribuída**. Assim, por exemplo, quando a lei afirma que a Administração deve proibir o uso de "trajes indecentes" em certos ambientes, a **indeterminação inerente ao conceito de traje indecente abre margem de liberdade para o agente público avaliar em quais casos a proibição deve ser aplicada**.

Essa impossibilidade lógica de supressão da discricionariedade demonstra a **inevitabilidade da existência de competências discricionárias**, não tendo o le-

⁹ Curso de direito administrativo, p. 955-956.

gislador como impedir o surgimento da margem de liberdade inerente à outorga legal de atribuições administrativas.

Importante destacar também que os **conceitos jurídicos imprecisos e indeterminados** empregados pelo legislador são o **veículo introdutor de competências discricionárias**. Outros exemplos de conceitos indeterminados: “boa-fé”, “bons costumes”, “interesse público”, “solução adequada”, “decisão razoável”, “servidor público”, “imóvel rural”. Cada um dos conceitos mencionados pode adquirir significados diferentes nas leis ou diante das situações concretas. A simples referência feita pela legislação a uma dessas noções pode transformar em discricionária a competência outorgada ao administrador público.

Outro problema importante consiste em saber em quais aspectos da competência pode haver discricionariedade. Inicialmente, deve-se atentar para o fato de que **haverá discricionariedade sempre que pelo menos um dos aspectos da competência inclua a referida margem de liberdade**. Assim, se a lei estabelecer liberdade quanto à forma de expedição do ato administrativo, ainda que todos os demais aspectos da conduta estejam predefinidos pelo legislador, o ato será discricionário. Nunca haverá discricionariedade em todos os aspectos do comportamento a ser adotado porque isso significaria liberdade total para agir, o que contraria a própria ideia de competência. Toda atribuição de competência implica a definição de limites. **Não existe competência ilimitada**. É por essa razão que mesmo os atos discricionários terão necessariamente elementos vinculados. Por exemplo: o decreto expropriatório é um caso clássico de ato discricionário, pois a lei faculta ao agente público decidir qual imóvel será desapropriado e para qual finalidade. Sem dúvida, a variedade de opções faz do decreto expropriatório um ato discricionário. Mas a lei define vinculadamente a competência para expedição do decreto, que é ato privativo do Chefe do Executivo (art. 6º do Decreto-Lei n. 3.365/41). A margem de liberdade convive com a vinculação quanto à competência, mesmo assim trata-se de ato discricionário.

Para **Hely Lopes Meirelles**, autor da **concepção clássica e predominante** em concursos públicos, a discricionariedade somente pode residir no **motivo** ou no **objeto** do ato administrativo. Competência, forma e finalidade seriam requisitos obrigatoriamente vinculados em qualquer ato administrativo. Para o autor, ato discricionário é aquele cuja prática envolva margem de liberdade quanto ao motivo ou objeto do ato administrativo.

Celso Antônio **Bandeira de Mello** desenvolveu uma **teoria mais moderna** para explicar o fenômeno da discricionariedade¹⁰. Ao contrário da visão tradicional, para essa corrente mais moderna, a discricionariedade não tem vinculação apenas com o mérito do ato administrativo, podendo a margem de liberdade ser encontrada também em outros aspectos da competência administrativa. O autor admite que

¹⁰ Discricionariedade e controle jurisdicional. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 19.

a margem de liberdade atribuída pela lei ao administrador público possa residir nos seguintes aspectos da norma atribuidora da competência:

1º) **na hipótese da norma**: a discricionariedade pode residir na imprecisão quanto à descrição da situação fática ensejadora da atuação administrativa, isto é, **no motivo** do ato;

2º) **no comando da norma**: a margem de liberdade pode estar presente na decisão sobre: 1) **praticar ou não o ato**; 2) o **momento apropriado** para sua expedição; 3) a **forma de exteriorização** do ato; 4) o **conteúdo da decisão** a ser proferida;

3º) **na finalidade da norma**: adotando entendimento inovador, Celso Antônio Bandeira de Mello admite discricionariedade residente nos valores jurídicos apontados pela lei como **finalidade** do ato administrativo.

A comparação entre as duas visões a respeito da discricionariedade pode ser resumida no seguinte quadro:

Quadro comparativo das visões sobre a discricionariedade	
Correntes sobre a discricionariedade	
Visão tradicional	Visão moderna
Hely Lopes Meirelles	Celso Antônio Bandeira de Mello
Aspectos onde admite discricionariedade:	Aspectos onde admite discricionariedade:
Motivo	Motivo
Objeto	Conteúdo (= Objeto)
	Decisão sobre praticar o ato ou não
	Momento da prática do ato
	Forma
	Finalidade

Importante destacar, ao final, que os autores são unânimes em admitir **amplo controle judicial** sobre o exercício do **poder discricionário**, exceto quanto ao mérito do ato administrativo. Conforme mencionado nos capítulos anteriores, o mérito do ato discricionário constitui o núcleo da função típica do Poder Executivo, sendo incabível permitir que o Poder Judiciário analise o juízo de conveniência e oportunidade da atuação administrativa sob pena de violação da Tripartição de Poderes.

Alguns julgados têm reforçado a possibilidade de **controle judicial sobre a implementação de políticas públicas**, o que representa um avanço na fiscalização sobre o exercício da discricionariedade. Entretanto, as decisões restringem-se a aceitar um **controle de legalidade e razoabilidade** na eleição das prioridades em que devam ser

A prova da OAB Nacional elaborada pelo Cespe considerou INCORRETA a assertiva: “O poder discricionário não comporta nenhuma possibilidade de controle por parte do Poder Judiciário”.

aplicadas as verbas públicas. Trata-se, em última análise, de uma revisão judicial de **decisões violadoras de princípios administrativos**, e não exatamente de controle específico do mérito das decisões adotadas pela Administração Pública.

A título de exemplo, vale transcrever dois importantes arestos de nossos tribunais superiores:

“ADMINISTRATIVO E PROCESSO CIVIL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – ATO ADMINISTRATIVO DISCRICIONÁRIO: NOVA VISÃO.

1. Na atualidade, **o império da lei** e o seu controle, a cargo do Judiciário, **autoriza que se examinem, inclusive, as razões de conveniência e oportunidade do administrador.**

2. Legitimidade do Ministério Público para exigir do Município a execução de política específica, a qual se tornou obrigatória por meio de resolução do Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente.

3. Tutela específica para que seja incluída verba no próximo orçamento, a fim de atender a propostas políticas certas e determinadas.

4. Recurso especial provido” (STJ, REsp 493.811/SP, j. em 11-11-2003).

“AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. VAGA EM ESTABELECIMENTO DE EDUCAÇÃO INFANTIL. DIREITO ASSEGURADO PELA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. O Supremo Tribunal Federal fixou entendimento no sentido de que ‘embora resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, **revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário determinar, ainda que em bases excepcionais, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam essas implementadas pelos órgãos estatais inadimplentes, cuja omissão – por importar em descumprimento dos encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatório – mostra-se apta a comprometer a eficácia e a integridade de direitos sociais impregnados de estatura constitucional**’. Precedentes. Não obstante a formulação e a execução de políticas públicas dependam de opções políticas a cargo daqueles que, por delegação popular, receberam investidura em mandato eletivo, cumpre reconhecer que **não se revela absoluta, nesse domínio, a liberdade de conformação do legislador, nem a de atuação do Poder Executivo.** É que, se tais Poderes do Estado agirem de modo irrazoável ou procederem com a clara intenção de neutralizar, comprometendo-a, a eficácia dos direitos sociais, econômicos e culturais, afetando, como decorrência causal de uma injustificável inércia estatal ou de um abusivo comportamento governamental, aquele núcleo intangível consubstanciador de um conjunto irredutível de condições mínimas necessárias a uma existência digna e essenciais à própria sobrevivência do indivíduo, aí, então, justificar-se-á, como precedentemente já enfatizado – e até mesmo por razões fundadas em um imperativo ético-jurídico –, a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário, em ordem a viabilizar, a todos, o acesso aos

bens cuja fruição lhes haja sido injustamente recusada pelo Estado. Agravo regimental a que se nega provimento” (STF, RE 59.559/SC, j. em 28-4-2009).

▶ Pergunta: O que é discricionariedade técnica?

Resposta: A expressão “discricionariedade técnica” é utilizada para designar a **solução de questões que exijam conhecimento científico especializado**. Nesses casos, a Administração Pública é obrigada a tomar uma **decisão amparada em parecer técnico-profissional**. Exemplo: ordem de demolição fundamentada em laudo de renomado engenheiro civil atestando o comprometimento da estrutura da construção. Como a discricionariedade técnica envolve conhecimentos especializados, **a Administração fica vinculada à manifestação conclusiva do profissional consultado**. É por isso que os casos denominados de “discricionariedade técnica”, na verdade, **são hipóteses de vinculação administrativa**, não cabendo ao Poder Público adotar solução diferente da indicada pelo especialista. Assim, decisão administrativa dessa natureza só pode ser impugnada, judicial ou administrativamente, com amparo em outro parecer técnico da lavra de profissional especializado na matéria.

5.8 PODER DISCIPLINAR

O poder disciplinar consiste na possibilidade de a Administração **aplicar punições aos agentes públicos que cometam infrações funcionais**.

Assim, trata-se de poder **interno, não permanente e discricionário**. Interno porque somente pode ser exercido sobre agentes públicos, **nunca em relação a particulares**, exceto quando estes forem **contratados** da Administração. É **não permanente** à medida que é aplicável apenas **se e quando o servidor cometer falta funcional**. É discricionário porque a Administração pode escolher, com alguma margem de liberdade, qual a punição mais apropriada a ser aplicada ao agente público.

Importante frisar que, constatada a infração, a Administração é obrigada a punir seu agente. É um **dever vinculado**. Mas a escolha da **punição é discricionária**. Assim, o poder disciplinar é **vinculado quanto ao dever de punir e discricionário quanto à seleção da pena aplicável**.

O art. 127 da Lei n. 8.112/90 prevê **seis penalidades diferentes** para faltas funcionais cometidas por servidores públicos federais:

- a) advertência;
- b) suspensão;
- c) demissão;

A prova de Defensor Público/BA considerou INCORRETA a afirmação: “No uso do poder disciplinar não há discricionariedade alguma, na medida em que a legislação prevê regras com a mesma rigidez que a criminal”.

A 4ª Prova de Cartório/SP considerou CORRETA a afirmação: “Com relação ao poder disciplinar da Administração Pública, pode-se afirmar que é a faculdade punitiva interna da Administração, só abrangendo as infrações relacionadas com o serviço”.

A 84ª Prova do Ministério Público/SP considerou CORRETA a assertiva: “A discricionariedade do poder disciplinar deve ser compreendida no sentido de que seu exercício não está vinculado à prévia definição da lei sobre a infração funcional e a respectiva sanção”.

- d) cassação da aposentadoria ou disponibilidade;
e) destituição de cargo em comissão;

A 84ª Prova do Ministério Público/SP considerou INCORRETA a assertiva: "Se o superior hierárquico presenciar a falta disciplinar, essa circunstância o exime de explicitar os motivos que o levaram a impor a penalidade ao subordinado".

- f) destituição de função comissionada.

A aplicação de qualquer uma dessas penalidades exige instauração de prévio **processo administrativo** com garantia de **contraditório e ampla defesa**, sob pena de nulidade da **punição**.

▶ **ATENÇÃO:** Algumas leis específicas admitiam a direta aplicação, pela autoridade competente, de penalidades disciplinares sem processo administrativo na hipótese de notoriedade dos fatos imputados ao agente público. É a denominada "verdade sabida". Atualmente, segundo a unanimidade dos doutrinadores, o **instituto da verdade sabida é inconstitucional** por violar a obrigatoriedade de realização do processo administrativo para aplicação de qualquer punição disciplinar (art. 5º, LIV e LV, da CF).

5.9 PODER HIERÁRQUICO

A prova de Procurador do Banco Central considerou CORRETA a assertiva: "São decorrências do exercício do poder hierárquico: i) avocação, feita por um Ministro de Estado, de competência de subordinado seu; ii) alteração, por dirigente de autarquia, de ato praticado por subordinado seu; iii) revisão, por Ministro de Estado, de ato praticado por subordinado seu; iv) delegação de competências do Presidente da República para um Ministro de Estado".

A prova de Procurador da Fazenda Nacional/2007 elaborada pela Esaf considerou CORRETA a assertiva: "Hierarquia é o escalonamento em plano vertical dos órgãos e agentes da Administração que tem como objetivo a organização da função administrativa".

A prova de Procurador da Fazenda Nacional/2007 elaborada pela Esaf considerou CORRETA a assertiva: "Como resultado do poder hierárquico, a Administração é dotada da prerrogativa de ordenar, coordenar, controlar e corrigir as atividades de seus órgãos e agentes no seu âmbito interno".

Poder hierárquico, no magistério de Hely Lopes Meirelles, "é o de que dispõe o Executivo para **distribuir e escalonar** as funções de **seus órgãos, ordenar e rever a atuação de seus agentes**, estabelecendo a relação de subordinação entre os servidores do seu quadro de **pessoal**"¹¹.

É um poder **interno e permanente** exercido pelos chefes de repartição sobre seus agentes subordinados e pela administração central em relação aos órgãos públicos consistente nas atribuições de **comando, chefia e direção dentro da estrutura administrativa**.

Assim como o disciplinar, o poder hierárquico é interno à medida que **não se aplica a particulares**. Mas, ao contrário daquele, o poder hierárquico é exercido **permanentemente**, e não em caráter episódico, como ocorre com o poder **disciplinar**.

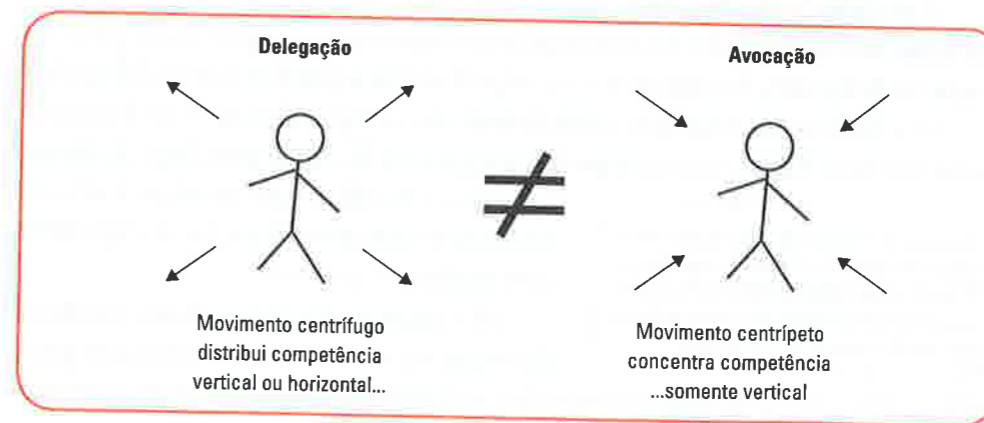
Importante destacar que **não existe hierarquia entre a Administração Direta e as entidades componentes da Administração**

¹¹ Direito administrativo brasileiro, p. 117.

Indireta. A autonomia característica das autarquias, fundações públicas e empresas governamentais repele qualquer subordinação de tais entidades perante a Administração Central. O poder hierárquico também não é exercido sobre **órgãos consultivos**.

A Lei do Processo Administrativo – Lei n. 9.784/99 – prevê dois institutos relacionados com o poder hierárquico: a **delegação** e a **avocação de competências**. São institutos com sentidos opostos, pois a delegação distribui temporariamente a competência representando um movimento centrífugo, enquanto a avocação concentra a competência de maneira **centrípeta**. Outra diferença importante, como veremos a seguir, é que delegação pode beneficiar agentes e órgãos públicos subordinados ou não à autoridade delegante. Fala-se, assim, em **delegação vertical**, no primeiro caso, e **delegação horizontal**, no segundo. Ao passo que a avocação só pode ser realizada em relação à competência de um subordinado. Só existe **avocação vertical**.

Essas primeiras diferenças podem ser sintetizadas nos termos da ilustração abaixo:



5.9.1 Delegação de competência

A lei determina as atribuições dos agentes e dos órgãos públicos pertencentes à Administração Pública. Entretanto, para atender a conveniências técnicas, sociais, econômicas, jurídicas ou territoriais, é possível a quem detém a competência legal distribuir transitoriamente parcela de suas atribuições por meio do instituto da delegação.

A prova de Procurador da Fazenda Nacional/2007 elaborada pela Esaf considerou CORRETA a assertiva: "Os órgãos consultivos, embora incluídos na hierarquia administrativa para fins disciplinares, fogem à relação hierárquica".

A prova de Procurador da Fazenda Nacional/2007 elaborada pela Esaf considerou CORRETA a assertiva: "Do sistema hierárquico na Administração decorrem alguns efeitos específicos, como o poder de comando, o dever de obediência, fiscalização, o poder de revisão, a delegação e a avocação".

A prova de Procurador da Fazenda Nacional/2007 elaborada pela Esaf considerou INCORRETA a assertiva: "A avocação é a transferência de atribuições de um órgão a outro no aparelho administrativo, abrangendo funções genéricas e comuns da Administração".

Nos termos do art. 12 da Lei n. 9.784/99, um **órgão administrativo** ou seu titular **poderão delegar parte da sua competência** a outros órgãos ou titulares, ainda que

A prova da AGU/2006 considerou CORRETA a afirmação: "Salvo impedimento legal, circunstância de natureza econômica pode ser invocada para justificar a conveniência de um órgão administrativo colegiado em delegar parte de sua competência a seu Presidente".

estes não lhe sejam hierarquicamente subordinados, quando for conveniente, em razão de **circunstâncias de índole técnica, social, econômica, jurídica ou territorial**.

A delegação é a transferência temporária de competência administrativa de seu titular a outro órgão ou agente público subordinado à autoridade delegante (**delegação vertical**) ou fora da linha hierárquica (**delegação horizontal**).

A prova da AGU/2006 considerou INCORRETA a afirmação: "É obrigatória a publicação em meio oficial dos atos de delegação ante o seu caráter formal e, a partir da publicação, o ato de delegação torna-se irrevogável".

Trata-se de transferência sempre provisória porque a delegação **pode ser revogada a qualquer tempo pela autoridade delegante**.

O ato de delegação obrigatoriamente especificará as **matérias e poderes transferidos**, os **limites** da atuação do delegado, a **duração** e os **objetivos** da delegação e o **recurso cabível**, podendo conter ressalva de exercício da atribuição delegada.

Os atos expedidos nessa condição **deverão indicar** que foram **praticados em decorrência de delegação**. Além disso, conforme disposto no art. 14, § 3º, da Lei n. 9.784/99, as decisões adotadas por delegação **consideram-se praticadas pelo delegado**.

Por fim, cabe destacar que a **regra é a delegabilidade** da competência. Porém, a própria legislação assevera que três competências administrativas **são indelegáveis**:

a) a edição de **ato de caráter normativo**: isso porque os atos normativos inerentes às funções de comando dos órgãos públicos baixam regras gerais válidas para todo o quadro de agentes. Sua natureza é incompatível com a possibilidade de delegação;

b) a decisão em **recursos administrativos**: a impossibilidade de delegação, nessa hipótese, é justificada para preservar a garantia do duplo grau, impedindo que

A prova de Procurador do Banco Central/2006 considerou CORRETA a assertiva: "É legalmente vedada, como regra, a delegação de competência em se tratando da decisão de recurso administrativo".

a mesma autoridade que praticou a decisão recorrida receba, por delegação, a competência para analisar o **recurso**;

c) as **matérias de competência exclusiva** do órgão ou autoridade: são casos em que a própria natureza da matéria recomenda o exercício da competência somente pelo órgão habilitado diretamente pela legislação.

A prova da AGU/2006 considerou INCORRETA a afirmação: "A avocação é ato excepcional, de caráter transitório, que, no entanto, dispensa motivação por parte da autoridade hierarquicamente superior que a determina".

5.9.2 Avocação de competência

Diante de **motivos relevantes devidamente justificados**, o art. 15 da Lei n. 9.784/99 permite que a autoridade hierarquicamente

superior **chame para si** a competência de um **órgão ou agente subordinado**. Esse movimento centrípeto é a chamada avocação de competência, **medida excepcional e temporária** pela qual determinada competência administrativa é convocada pela autoridade superior. Ao contrário da delegação, a avocação só pode ser realizada dentro de uma mesma linha hierárquica, denominando-se **avocação vertical**. Não existe, no direito brasileiro, avocação horizontal, que é aquela realizada entre órgãos ou agentes dispostos sem **subordinação hierárquica**.

A 22ª Prova da Procuradoria da República considerou CORRETA a afirmação: "A avocação, no plano do poder hierárquico da Administração, desonera o agente público inferior de toda a responsabilidade pelo ato avocado pelo superior".

5.9.3 Supervisão ministerial

A supervisão ministerial, ou **controle ministerial**, é o poder exercido pelos Ministérios Federais, e pelas Secretarias Estaduais e Municipais, **sobre** órgãos e entidades pertencentes à **Administração Pública Indireta**. Como as entidades descentralizadas são dotadas de autonomia, inexistente subordinação hierárquica exercida pela Administração Direta sobre tais pessoas autônomas. Assim, os órgãos da Administração central desempenham somente um **controle finalístico** sobre a atuação de autarquias, fundações públicas e demais entidades descentralizadas. Tal controle é a **supervisão ministerial** que, ao contrário da **subordinação hierárquica**, **não envolve a possibilidade de revisão dos atos praticados pela entidade controlada, mas se restringe a fiscalizar o cumprimento da lei, por parte das pessoas pertencentes à Administração Pública Indireta**.

A prova da OAB/RJ considerou CORRETA a assertiva: "Das decisões finais das agências reguladoras pode caber recurso hierárquico impróprio para o respectivo Ministério supervisor, caso previsto na lei ou na Constituição".

É sobre esse poder que dispõe o art. 19 do Decreto-Lei n. 200/67: "**Todo e qualquer órgão da Administração Federal, direta ou indireta, está sujeito à supervisão do Ministro de Estado competente**, excetuados unicamente os órgãos mencionados no art. 32, que estão submetidos à supervisão direta do Presidente da República".

A supervisão ministerial existente na Administração Indireta opõe-se ao poder hierárquico característico da Administração direta.

Diante da autonomia das entidades descentralizadas, as decisões por elas expedidas, em princípio, não se sujeitam a recurso hierárquico dirigido ao Ministro de Estado da respectiva pasta. Porém, há casos excepcionais de **expressa previsão legal** de recurso contra decisão das entidades descentralizadas endereçado à Administração direta. É o chamado **recurso hierárquico impróprio**.

A prova de Defensor Público do Estado de São Paulo elaborada pela Vunesp considerou CORRETA a assertiva: "Recurso hierárquico impróprio é o recurso interposto contra a decisão de dirigente de entidade da Administração indireta, para a autoridade a que está vinculada, na Administração direta".

5.10 PODER REGULAMENTAR

A prova da OAB Nacional elaborada pelo Cespe considerou INCORRETA a assertiva: "A possibilidade de o Chefe do Poder Executivo emitir decretos regulamentares com vistas a regular uma lei penal deriva do poder de polícia".

O poder regulamentar enquadra-se em uma categoria mais ampla denominada **poder normativo**, que inclui todas as diversas categorias de atos abstratos, tais como:

A prova da OAB Nacional elaborada pelo Cespe considerou INCORRETA a assertiva: "O poder regulamentar é exercido apenas por meio de decreto".

regimentos, instruções, deliberações, resoluções e portarias.

A prova de Juiz Federal da 5ª Região elaborada pelo Cespe em 2015 considerou ERRADA a assertiva: "O poder regulamentar é prerrogativa concedida textualmente pela CF ao chefe do Poder Executivo federal que não se estende aos governadores e aos prefeitos".

O fundamento constitucional da competência regulamentar é o art. 84, IV, segundo o qual "compete privativamente ao Presidente da República: IV – sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução".

A prova da Magistratura/GO considerou INCORRETA a afirmação: "O poder regulamentar é a faculdade de que dispõe a Administração Pública de normatizar matéria ainda não regulamentada em lei".

A 176ª Prova da Magistratura/SP considerou CORRETA a assertiva: "Dependendo a lei de regulamentação para sua entrada em vigor, tal regulamentação é da competência do Poder Executivo".

Exatamente a mesma competência que o Texto Constitucional atribui ao Presidente da República **estende-se** por simetria a **Governadores e Prefeitos**.

Embora frequentemente confundidos, o conceito de decreto não é exatamente igual ao de regulamento: decreto constitui uma forma de ato administrativo; regulamento representa o conteúdo do ato. **Decreto é o veículo introdutor do regulamento.** O certo é que decretos e regulamentos são atos administrativos e, como tal, encontram-se em posição de inferioridade diante da lei, sendo-lhes **vedado criar obrigações de fazer ou deixar de fazer** aos particulares, sem fundamento direto **na lei** (art. 5º, II, da CF).

Sua **função específica principal** é estabelecer **detalhamentos quanto ao modo de aplicação de dispositivos legais**, dando maior concretude, no âmbito interno da Administração Pública, aos comandos gerais e abstratos presentes na **legislação (art. 84, IV, da CF)**.

É comum encontrar na doutrina a afirmação de que decretos e regulamentos são atos administrativos gerais e abstratos. A assertiva, no entanto, contém uma simplificação. Normalmente esses dois atributos estão presentes. São **atos gerais** porque se aplicam a um **universo indeterminado de destinatários**. O **caráter abstrato** relaciona-se com a circunstância de incidirem sobre quantidade indeterminada de situações

Decorrente do poder hierárquico, o poder regulamentar consiste na **possibilidade de os Chefes do Poder Executivo editarem atos administrativos gerais e abstratos, ou gerais e concretos, expedidos para dar fiel execução à lei.**

concretas, **não se esgotando com a primeira aplicação**. No entanto, existem casos raros em que os atos regulamentares são **gerais e concretos**, como ocorre com os regulamentos revogadores expedidos com a finalidade específica de extinguir ato normativo anterior. Trata-se, nessa hipótese, de ato geral e concreto porque se esgota imediatamente após cumprir a tarefa de revogar o regulamento pretérito.

5.10.1 Espécies de regulamento

Existem diversas espécies de regulamentos administrativos:

a) **regulamentos administrativos ou de organização**: são aqueles que disciplinam **questões internas** de estruturação e funcionamento da Administração Pública ou relações jurídicas de sujeição especial do Poder Público perante particulares. Exemplo: art. 84, VI, a, da CF ("Compete privativamente ao Presidente da República: (...) VI – dispor, mediante decreto, sobre: a) organização e funcionamento da administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos");

b) **regulamentos delegados, autorizados ou habilitados**: em alguns países é possível o Poder Legislativo delegar ao Executivo a disciplina de matérias reservadas à lei, **transferindo temporariamente competências legislativas** para a Administração Pública. Essa modalidade de regulamento **não é admitida pelo sistema jurídico brasileiro**;

c) **regulamentos executivos**: são os regulamentos comuns expedidos sobre matéria anteriormente disciplinada pela legislação permitindo a **fiel execução da lei**. Exemplo: art. 84, IV, da CF;

d) **regulamentos autônomos ou independentes**: são os que versam sobre **temas não disciplinados pela legislação**. Só podem existir em determinado ordenamento mediante expressa previsão constitucional porque pressupõem uma "reserva de regulamento", isto é, um conjunto de temas que o Texto Constitucional retirou da competência do Legislativo e atribuiu, reservou ao Poder Executivo para disciplina via decreto.

5.10.2 Regulamentos autônomos ou independentes

A admissibilidade de decretos e regulamentos autônomos ou independentes no direito brasileiro sempre despertou **grande controvérsia doutrinária**. A compreensão da polémica exige recordar a origem histórica dessa espécie de regulamento.

Os regulamentos autônomos ou independentes surgiram em **alguns países europeus**, como França, Itália, Portugal e Alemanha, cujas constituições atribuíam a disciplina de determinados assuntos ao Poder Legislativo, reservando outros temas para o Poder Executivo tratar mediante decreto. Sobre as matérias sujeitas à **reserva de regulamento**, era vedada a promulgação de leis, criando uma verdadeira limitação à competência legislativa dos parlamentos. Tais circunstâncias históricas, ligadas

à ascensão dos parlamentos em detrimento dos poderes do Rei, levaram à atual peculiar divisão de atribuições legiferantes entre o Poder Legislativo e a Administração Pública.

Assim, a existência de decretos autônomos ou independentes pressupõe sempre uma repartição constitucional de competências legiferantes entre o Poder Legislativo e a Administração Pública. Havendo reserva de regulamento, o Poder Executivo pode disciplinar os temas a ele cometidos sem necessidade de lei prévia versando sobre tais matérias. Assim, fala-se em **decreto independente de lei**, autônomo em relação ao Poder Legislativo, extraindo seu fundamento de validade diretamente do Texto Constitucional.

No Brasil, o texto original da Constituição de 1988 não tinha qualquer previsão de reserva de regulamento. Pelo contrário. O **art. 48 da Constituição** é bastante claro ao prescrever: “Cabe ao **Congresso Nacional** dispor sobre **todas as matérias de competência da União**”. O Texto Maior não reservou temas para o Poder Executivo tratar mediante decreto autônomo, pois atribuiu ao Poder Legislativo a competência para disciplinar todas as matérias. Só havia previsão para expedição de decretos executivos (art. 84, IV).

Ainda assim, alguns autores, como **Hely Lopes Meirelles** e **Diogenes Gasparini**, admitiam a existência de casos específicos ensejadores da expedição de **decretos independentes**, desde que mediante expressa autorização constitucional. Essa visão encontrava respaldo também em alguns julgados do **Supremo Tribunal Federal**, cuja jurisprudência sempre foi vacilante a respeito da admissibilidade dos decretos independentes.

De outro lado, doutrinadores do porte de **Celso Antônio Bandeira de Mello** e **Maria Sylvia Zanella Di Pietro** não reconheciam na Constituição Federal, especialmente diante do art. 48, qualquer dispositivo capaz de legitimar a expedição de decretos independentes.

Cabe frisar que a aceitação dos decretos independentes representa, em países de incipiente tradição democrática como o Brasil, um retrocesso institucional, na medida em que viabiliza a criação unilateral de normas jurídicas sem qualquer debate legitimador realizado no âmbito do Parlamento.

A acirrada disputa entre esses dois pontos de vista não permitia identificar uma corrente majoritária.

Entretanto, o equilíbrio de forças entre os autores que admitiam decretos independentes e aqueles que os rejeitavam foi alterado com a promulgação da Emenda Constitucional n. 32, em 11 de setembro de 2001.

Alterando a redação do art. 84, VI, da Constituição Federal, a **Emenda Constitucional n. 32/2001 definiu dois temas que só podem ser disciplinados por decreto** do Presidente da República:

a) **organização e funcionamento da administração federal**, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos;

b) **extinção de funções ou cargos públicos**, quando vagos.

É bastante discutível se uma emenda constitucional poderia subtrair temas da competência legislativa do Congresso Nacional e atribuí-los ao Poder Executivo sem esbarrar na **cláusula pétrea** insculpida no art. 60, § 4º, III, da Constituição Federal, *in verbis*: “Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: (...) III – a separação dos Poderes”.

Entretanto, tornou-se praticamente incontestável a conclusão de que a **Emenda Constitucional n. 32/2001 definiu dois casos de reserva de regulamento**, reforçando decisivamente o ponto de vista favorável à aceitação, pelo menos nessas hipóteses, de decretos autônomos e independentes no direito brasileiro.

Hoje, para provas e concursos públicos, a admissibilidade de decretos autônomos e independentes é praticamente incontestável.

5.10.3 Regulamento executivo e a função redutora da discricionariedade

Os regulamentos executivos são editados pela autoridade de maior hierarquia do Poder Executivo (Presidente, Governador ou Prefeito) com o único objetivo de **estabelecer qual entre as possíveis interpretações da lei é aquela que passará a ser obrigatória** para a estrutura administrativa vinculada à obediência do decreto.

Desse modo, as disposições gerais e abstratas da lei têm seu campo de discricionariedade reduzido pelo decreto a uma única forma válida de aplicação no âmbito da Administração Pública.

Esse é o sentido da expressão “dar fiel execução à lei” prevista no art. 84, IV, da Constituição Federal, como a função precípua dos regulamentos executivos.

Assim, por exemplo, a Lei n. 10.520/2002 criou o Pregão como modalidade licitatória de uso facultativo frente às modalidades já existentes (concorrência, tomada de preços e convite). Porém o Presidente da República editou o Decreto n. 5.450/2005 tornando o Pregão obrigatório para as licitações federais (art. 4º). Desse modo, a discricionariedade estabelecida pela lei na escolha da modalidade licitatória foi eliminada pelo decreto presidencial, vinculando toda a estrutura administrativa da União à decisão tomada pela autoridade que ocupa a Chefia do Executivo.

Convém esclarecer que, como o Presidente exerce a chefia somente do Poder Executivo federal, seu decreto não produz qualquer efeito vinculante sobre as demais esferas federativas.

Os regulamentos tampouco possuem força vinculante direta sobre particulares, isso porque “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” (art. 5º, II, da CF).

A prova de Juiz Federal da 5ª Região elaborada pelo Cespe em 2015 considerou ERRADA a assertiva: “No exercício do poder regulamentar, o presidente da República pode dispor, mediante decreto, sobre a organização e o funcionamento da administração federal, quando tal ato administrativo não implicar aumento de despesa; sobre a criação e extinção de órgãos públicos; sobre a extinção de funções ou cargos públicos, quando estes estiverem vagos”.

5.10.4 Nem toda lei admite regulamentação

Tecnicamente, o termo “regulamentar” significa editar um regulamento (ato administrativo privativo do Chefe do Executivo). Assim, é um grave erro afirmar que as leis “regulamentam” normas constitucionais. Leis não regulamentam nada!

Somente o Chefe do Executivo pode regulamentar leis. O exercício da competência regulamentar não é condição para que a lei produza sua plena eficácia normativa. Ocorre que o regulamento esclarece como a lei, aprovada em termos gerais e abstratos, deve ser concretamente interpretada no ambiente doméstico da administração pública. E, se for o caso, o regulamento estabelece os detalhamentos, teóricos e práticos, para a aplicação efetiva da lei pelos agentes estatais.

Sendo assim, por exemplo, é **ilegítimo o exercício do poder regulamentar sobre leis de direito privado** ou que só disciplinem relações jurídicas entre particulares (Geraldo Ataliba).

5.10.5 Poder regulamentar e previsão legal

O exercício do poder regulamentar **independe** de previsão na lei a ser regulamentada. Como visto no item anterior, nem toda lei admite regulamentação. Assim, mesmo que lei não contenha o dispositivo prescrevendo que “essa lei será regulamentada no prazo de ...” nada impede a sua regulamentação.

5.10.6 Competência regulamentar e delegação

Nos termos do art. 84, IV, da Constituição Federal, a competência regulamentar é privativa dos Chefes do Executivo e, em princípio, indelegável. Tal privatividade, enunciada no art. 84, *caput*, da Constituição Federal, é coerente com a regra prevista no art. 13, I, da Lei n. 9.784/99, segundo a qual não pode ser objeto de delegação a edição de atos de caráter normativo.

Assim, são **indelegáveis os regulamentos executivos** (art. 84, IV, da CF).

Entretanto, o parágrafo único do art. 84 da Constituição Federal prevê a possibilidade de o **Presidente da República delegar** aos **Ministros de Estado**, ao **Procurador-Geral da República** ou ao **Advogado-Geral da União** a competência para dispor, **mediante decreto**, sobre:

- a) **organização e funcionamento da administração federal**, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos; e
- b) **extinção de funções ou cargos públicos**, quando vagos.

Portanto, diante de expressa autorização consagrada no art. 84, parágrafo único, da CF, **admite-se delegação dos regulamentos de organização e dos regulamentos independentes**, nas hipóteses específicas do art. 84, VI, *a* e *b*, respectivamente, da Constituição, somente para as autoridades indicadas no dispositivo.

5.10.7 Referenda ministerial ou secretarial

Referenda ministerial é a **manifestação de anuência** aposta pelo Ministro de Estado nos atos e decretos presidenciais que versem sobre matéria relacionada ao respectivo ministério. Nas demais esferas federativas, denomina-se referenda secretarial.

Nos termos do art. 87, parágrafo único, I, da Constituição Federal: “Compete ao Ministro de Estado, além de outras atribuições estabelecidas nesta Constituição e na lei: I – exercer a orientação, coordenação e supervisão dos órgãos e entidades da administração federal na área de sua competência e **referendar os atos e decretos assinados pelo Presidente da República**” (original sem grifos).

A referenda recai sobre leis, decretos e medidas provisórias que o Chefe do Executivo sancionar (leis) ou editar (decretos e medidas provisórias).

A doutrina discute o que ocorre se o Ministro deixar de referendar decreto pertinente à sua pasta. O entendimento majoritário considera que **a falta de referenda não interfere na existência, validade ou eficácia do decreto**. É a mesma conclusão a que chegou o Supremo Tribunal Federal no julgamento do MS 22.706-1. Entretanto, a recusa na aposição da referenda ministerial representa grave ruptura da confiança com o Presidente da República, podendo ensejar **exoneração do Ministro envolvido**.

A função da referenda é dar ciência do ato a toda estrutura administrativa que o Presidente chefia (uma espécie de “cumpra-se”), reforçando o papel redutor da discricionariedade, desempenhado pelos decretos, na interpretação da lei.

5.11 PODER DE POLÍCIA OU LIMITAÇÃO ADMINISTRATIVA

Juntamente com os serviços públicos e as atividades de fomento, o poder de polícia constitui uma das três funções precípuas da Administração Pública moderna.

Serviço público e fomento são atuações estatais ampliativas da esfera de interesses do particular, sendo prestadas pela Administração por meio do oferecimento de vantagens diretas aos indivíduos e às coletividades.

O **poder de polícia**, pelo contrário, representa uma **atividade estatal restritiva** dos interesses privados, **limitando** a liberdade e a propriedade individual em favor do **interesse público**.

Importante destacar que o poder de polícia constitui instituto polivalente no Direito Administrativo, pois a doutrina o estuda tanto no capítulo dos Poderes da Administração quanto entre os instrumentos de intervenção do Estado na propriedade privada.

Por sua origem ligada aos abusos cometidos na Idade Média, no período conhecido como Estado de Polícia, marcado pela ausência de subordinação dos governantes às regras do direito, **o termo “poder de polícia” vem sendo abandonado** pela doutrina mais moderna diante do viés autoritário que sua história carrega. Outro inconveniente da terminologia é provocar uma incorreta associação da referida atividade administrativa com os órgãos estatais de segurança pública conhecidos como “polícias”.

Cabe aqui importante advertência: **o poder de polícia não se reduz à atuação estatal de oferecimento de segurança pública.** É que as instituições públicas encarregadas desse mister herdaram o nome da atividade, sendo conhecidas como “polícias”. Porém, a noção de poder de polícia é bem mais abrangente do que o combate à criminalidade, englobando, na verdade, quaisquer atividades estatais de fiscalização. Desse modo, vigilância sanitária e fiscalização de trânsito são exemplos de manifestação do poder de polícia sem qualquer relação com a segurança pública. Por isso, as polícias civil, militar e federal exercem o poder de polícia; mas este não se esgota na atividade específica de manter a segurança pública. É bem mais abrangente.

Diante dessas razões, recentemente alguns administrativistas passaram a substituir a designação clássica “poder de polícia” pela locução **limitação administrativa**, terminologia tecnicamente mais apropriada para designar as atividades estatais abrangidas pelo poder de polícia. Entretanto, tendo em vista a larga utilização em concursos públicos, é mais conveniente manter o emprego da nomenclatura tradicional “poder de polícia”, compatibilizando seu conteúdo com as exigências do Estado Democrático de Direito e atentando para o real significado que a expressão recebe na doutrina mais moderna.

5.11.1 Poder de polícia: sentido amplo e sentido estrito

A doutrina costuma tratar do conceito de poder de polícia empregando a expressão em duas acepções distintas:

A 10ª Prova do Ministério Público Militar considerou CORRETA a afirmação: “A intervenção administrativa da autoridade pública no exercício das atividades individuais suscetíveis de fazer perigar interesses gerais, tendo por objetivo evitar que se produzam, ampliem ou generalizem os danos sociais que as leis procuram prevenir, denomina-se polícia administrativa”.

A prova de Advogado do CRAISA elaborada pelo IMES em 2016 considerou ERRADA a afirmação: “Em sentido amplo, o poder de polícia é a atividade administrativa, consistente no poder de restringir e condicionar o exercício dos direitos individuais em nome do interesse coletivo”.

A prova de Procurador do Banco Central elaborada pela Esaf considerou CORRETA a assertiva: “Nos termos do conceito aceito pela doutrina nacional, caracteriza exercício do poder de polícia a interdição de um estabelecimento por agentes de vigilância sanitária”.

a) poder de polícia em sentido amplo: inclui qualquer limitação estatal à liberdade e propriedade privadas, englobando **restrições legislativas e limitações administrativas.**

Assim, por exemplo, as disposições do Estatuto da Cidade (Lei n. 10.257/2001), que condicionam o uso regular da propriedade urbana ao cumprimento da sua função social, constituem poder de polícia em sentido amplo. Porém, a excessiva amplitude desse conceito reduz sua utilidade prática, não havendo registro de sua utilização em concursos públicos;

b) poder de polícia em sentido estrito: mais usado pela doutrina, o conceito de poder de polícia em sentido estrito inclui **somente as limitações administrativas** à liberdade e propriedade privadas, deixando de fora as restrições impostas por dispositivos legais. Exemplos: **vigilância sanitária** e polícia de trânsito.

Basicamente, a noção estrita de poder de polícia envolve atividades administrativas de **FISCALIZAÇÃO e CONDICIONAMENTO** da esfera privada de interesse, em favor da coletividade.

5.11.2 Conceitos doutrinários

Os conceitos de poder de polícia apresentados pelos doutrinadores tendem a restringir-se às atuações administrativas limitadoras da liberdade e propriedade privada. Vejamos alguns exemplos:

Hely Lopes Meirelles: “**poder de polícia** é a **faculdade** de que dispõe a Administração Pública **para condicionar e restringir** o uso e gozo de **bens, atividades e direitos** individuais, em benefício da coletividade ou do próprio Estado”¹².

Celso Antônio Bandeira de Mello: “a atividade da Administração Pública, expressa em **atos normativos ou concretos**, de condicionar, com **fundamento em sua supremacia geral** e na forma da lei, a liberdade e propriedade dos indivíduos, mediante **ação** ora **fiscalizadora**, ora **preventiva**, ora **repressiva**, impondo coercitivamente aos particulares um **dever de abstenção** a fim de conformar-lhes os comportamentos aos interesses sociais consagrados no sistema normativo”¹³.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro: “atividade do Estado consistente em **limitar o exercício dos direitos individuais em benefício do interesse público**”¹⁴.

José dos Santos Carvalho Filho: “**prerrogativa de direito público que, calçada na lei**, autoriza a Administração Pública a restringir o uso e o gozo da liberdade e da propriedade em favor do interesse da coletividade”¹⁵.

Importante destacar, ainda, a existência de um conceito legislativo de poder de polícia.

A prova da OAB/RJ elaborada pelo Cespe considerou CORRETA a assertiva: “O poder de polícia pode envolver atos de fiscalização e sanção”.

A prova de Advogado do CRAISA elaborada pelo IMES em 2016 considerou ERRADA a afirmação: “Em sentido estrito, poder de polícia significa toda e qualquer ação restritiva do Estado em relação aos direitos individuais”.

A prova da Magistratura/GO considerou CORRETA a afirmação: “Poder de polícia é a faculdade de que dispõe a Administração Pública para condicionar e restringir o uso e gozo de bens, atividades e direitos individuais, em benefício da coletividade ou do próprio Estado”.

A prova de Advogado do CRAISA elaborada pelo IMES em 2016 considerou ERRADA a afirmação: “O poder de polícia se manifesta apenas por meio de medidas repressivas”.

¹² Direito administrativo brasileiro, p. 127.

¹³ Curso de direito administrativo, p. 830.

¹⁴ Direito administrativo, p. 117.

¹⁵ Manual de direito administrativo, p. 73.

5.11.3 Conceito legal de poder de polícia

A par do esforço doutrinário em oferecer um conceito apropriado do institu-

A prova do Ministério Público/MG considerou CORRETA a assertiva: "No direito brasileiro, o poder de polícia está conceituado no art. 78 do Código Tributário Nacional".

A prova da Magistratura/GO considerou CORRETA a afirmação: "A extensão do poder de polícia é muito ampla e inclui a proteção à moral e à segurança das construções".

to, o direito positivo brasileiro possui um **conceito legislativo de poder de polícia**. O **art. 78 do Código Tributário Nacional** apresenta a seguinte conceituação: "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

A prova do Ministério Público/MG considerou CORRETA a assertiva: "Poder de polícia é a faculdade de que dispõe a Administração Pública para condicionar e restringir o uso e o gozo de bens, atividades e direitos individuais, em benefício da coletividade ou do próprio Estado".

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

5.11.4 Nosso conceito

Utilizando os elementos mais importantes dos conceitos acima referidos, é possível apresentar o **nosso conceito**.

A prova de Procurador do Estado de São Paulo elaborada pela Vunesp considerou INCORRETA a assertiva: "O fundamento do poder de polícia é a supremacia especial que o Estado exerce sobre todas as pessoas, bens e atividades".

A prova de Defensor Público/BA considerou CORRETA a afirmação: "Dentre os meios de atuação do poder de polícia têm-se atos normativos e atos concretos, bem como atos ou medidas de polícia administrativa preventivos e repressivos".

Poder de polícia é a **atividade da Administração Pública, baseada na lei** e na supremacia geral, consistente no estabelecimento de **limitações à liberdade e propriedade dos particulares**, regulando a **prática de ato ou a abstenção de fato**, manifestando-se por meio de **atos normativos ou concretos**, em **benefício do interesse público**.

Convém destacar os componentes mais relevantes da conceituação apresentada:

a) é a atividade da Administração Pública: a acepção estrita de poder de polícia constitui uma atuação administrativa exercida abaixo do nível legal. Assim, as limitações decorrentes dessa atividade não se confundem com as restrições à liberdade e propriedade impostas pela legislação. A natureza administrativa impõe também a necessária observância dos instrumentos de controle representados pelos princípios do Direito Administrativo. A validade do

exercício do poder de polícia está condicionada, entre outros, aos imperativos de razoabilidade, proporcionalidade, responsabilidade, eficiência e legalidade;

b) baseada na lei: o exercício do poder de polícia manifesta-se por meio da expedição de atos administrativos que liberam atuações particulares, em princípio vedadas pela legislação. Isso porque a lei condiciona o exercício de determinadas atividades à obtenção de autorização ou concessão pelo Poder Público. Somente após o preenchimento de requisitos fixados na legislação é que o ato administrativo de poder de polícia permite o desempenho da atividade até então vedada. Esse é o **efeito liberatório** característico dos atos de polícia **administrativa**;

c) limitações à liberdade e propriedade dos particulares: o poder de polícia se apresenta diante dos **particulares** por meio de restrições aos direitos de liberdade e **propriedade**, impondo condicionamentos capazes de compatibilizar seu exercício às necessidades de interesse público. Importante destacar, entretanto, que as limitações decorrentes do poder de polícia **também vinculam o próprio Estado**. Assim, por exemplo, as regras de trânsito obrigatórias para o condutor particular igualmente se aplicam às viaturas conduzidas por agentes públicos. A liberdade e a propriedade governamentais também devem se adequar às necessidades do interesse público;

d) regulando a prática de ato ou a abstenção de fato: em regra o poder de polícia manifesta-se por meio do estabelecimento de **deveres negativos** ou obrigações de não fazer impostas aos particulares. Excepcionalmente, podem surgir **deveres positivos** decorrentes do exercício do poder de polícia. Esse é o significado da expressão "regulando a **prática de ato** ou a **abstenção de fato**" presente no conceito do art. 78 do Código Tributário Nacional. O legislador destacou a possibilidade de o poder de polícia apresentar-se por meio de deveres positivos (prática de ato) ou deveres negativos (abstenção de fato) impostos ao particular. O melhor **exemplo** de dever positivo decorrente do poder de polícia é a obrigação de o dono do imóvel atender à **função social da propriedade** (art. 5º, XXIII, da CF: "a propriedade atenderá a sua função social");

e) por meio de atos normativos ou concretos: o poder de polícia pode manifestar-se pela prática de atos normativos, como é o caso das **regras municipais sobre o direito de construir**, assim como por meio de atos concretos, como o deferimento de **licença para reforma de determinado imóvel**;

A prova de Advogado do CRAISA elaborada pelo IMES em 2016 considerou ERRADA a afirmação: "O exercício do poder de política prescinde de lei".

A prova de Defensor Público do Estado de São Paulo elaborada pela Vunesp considerou CORRETA a assertiva: "Não é atividade típica da polícia administrativa a aplicação de sanções aos concessionários de serviços públicos, pela inadequação do serviço".

A prova do Ministério Público/TO considerou CORRETA a afirmação: "No exercício ou em razão do poder de polícia, a Administração Pública pode restringir direitos fundamentais".

A 23ª Prova da Procuradoria da República considerou CORRETA a afirmação: "A Administração Pública no exercício do poder de polícia regulamenta as leis e controla a sua aplicação preventivamente (por meio de ordens, notificações, licenças e autorizações) ou repressivamente (mediante imposição de medidas coercitivas)".

f) em benefício do interesse público: a finalidade precípua do poder de polícia é conciliar os direitos individuais e a defesa do interesse público. É com esse intuito que o Estado impõe limitações à liberdade e à propriedade privada: fortalecer o primado da supremacia do interesse público sobre o **privado**.

A prova de Procurador do Estado de São Paulo elaborada pela Vunesp considerou CORRETA a assertiva: "O poder de polícia expressa-se por meio de medidas repressivas, que têm por objetivo coagir o infrator ao cumprimento da lei".

5.11.5 Poder de polícia: vinculado ou discricionário?

A compreensão clássica da doutrina brasileira sobre a natureza jurídica do poder de polícia considera tratar-se de **competência discricionária**. Nesse sentido, o já mencionado conceito de Hely Lopes Meirelles inicia afirmando que o poder de polícia é "a **faculdade** de que dispõe a Administração Pública", reforçando o **caráter de permissão**, de facultatividade, e não de obrigação, que envolve o exercício dessa competência administrativa.

A prova da Magistratura/SP considerou CORRETA a assertiva: "É traço característico do poder disciplinar administrativo ser marcado pelo discricionarismo".

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 a **casos excepcionais** em que manifestações decorrentes do poder de polícia adquirem **natureza vinculada**. O melhor exemplo é o da **licença**, ato administrativo vinculado e tradicionalmente relacionado com o poder de polícia. Sobre o tema, cabe trazer a lição de Celso Antônio Bandeira de Mello: "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... 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**"¹⁶.

A 23ª Prova da Procuradoria da República considerou INCORRETA a afirmação: "A discricionariedade está presente em todo e qualquer ato emanado do poder de polícia".

A 23ª Prova da Procuradoria da República considerou INCORRETA a afirmação: "O poder de polícia é sempre exercido com vinculação estrita obedecendo às limitações da lei relativamente à competência, à forma, aos fins, aos motivos e ao objeto".

5.11.6 Características

Sintetizando o regime jurídico do poder de polícia, podemos destacar as seguintes características principais:

¹⁶ Manual de direito administrativo, p. 73.

a) atividade restritiva: ao contrário do serviço público e do fomento que são ampliativos, as atuações administrativas incluídas no poder de polícia representam limitações à atuação particular, restringindo a esfera de interesses dos indivíduos.

Segundo Diogo de Figueiredo Moreira Neto, as funções de polícia destinam-se "à **harmonização do exercício das liberdades e dos direitos individuais com os interesses gerais**"¹⁷.

b) limita liberdade e propriedade: diferentemente do que ocorre com as diversas figuras de intervenção estatal na propriedade privada, como a servidão e a requisição, o poder de polícia limita dois valores jurídicos distintos: liberdade e propriedade;

c) natureza discricionária (regra geral): na esteira daquilo que tradicionalmente se compreende como a natureza jurídica do poder de polícia, trata-se de atribuição discricionária, exceção feita a casos raros, como a licença, em que prepondera o caráter vinculado da **atribuição**;

d) caráter liberatório: o poder de polícia, via de regra, manifesta-se por meio de atos administrativos que autorizam o exercício de atividades até então vedadas pela lei. Esse o papel desempenhado por licenças, autorizações, permissões e concessões;

A prova do Ministério Público/MG considerou CORRETA a assertiva: "São atributos do poder de polícia a discricionariedade, a autoexecutoriedade e a coercibilidade".

e) é sempre geral: o poder de polícia estende-se à generalidade dos indivíduos, não se restringindo a limitar particularmente ninguém. Nisso difere da servidão administrativa, que sempre atinge bem determinado;

f) cria obrigações de não fazer (regra geral): normalmente o poder de polícia estabelece deveres negativos aos particulares, estabelecendo obrigações de não fazer. Em casos raros, pode gerar deveres positivos, por exemplo, na obrigação de atendimento da função social da propriedade;

g) não gera indenização: pelo fato de atingir a todos, o exercício regular do poder de polícia não causa danos específicos que possam resultar no direito ao recebimento de indenização;

h) atinge particulares (regra geral): normalmente o poder de polícia é direcionado para limitar a esfera de interesses dos particulares. Entretanto, suas determinações são obrigatórias também para órgãos e agentes públicos;

A prova de Procurador do Banco Central elaborada pela Esaf considerou CORRETA a assertiva: "Segundo a regra geral legalmente estabelecida, a ação punitiva da Administração Pública Federal, direta e indireta, no exercício do poder de polícia, objetivando apurar infração à legislação em vigor, prescreve em cinco anos, comportando interrupção ou suspensão".

¹⁷ Curso de direito administrativo, p. 133.

i) é indelegável: o poder de polícia é manifestação do **poder de império** (*ius imperii*) do Estado, pressupondo a posição de superioridade de quem o exerce, em relação ao administrado (art. 4º, III, da Lei n. 11.079/2004). Por isso, a doutrina não admite delegação do exercício do poder de polícia a particulares. Segundo entendimento do **Supremo Tribunal Federal**, poder de polícia **só pode ser delegado a pessoas jurídicas de direito público**, e não a pessoas jurídicas de direito privado (Adin 1.717-6)¹⁸. Entretanto, **é possível delegar a particulares atividades materiais preparatórias** ao exercício do poder de polícia, já que elas não realizam a fiscalização em si, mas apenas servem de apoio instrumental para que o Estado desempenhe privativamente o poder de polícia. Exemplos: empresa privada que instala radares fotográficos para apoiar na fiscalização do trânsito; e manutenção de presídios administrados pela iniciativa privada. Nos dois casos, o particular realiza atividades materiais secundárias, permitindo que o Estado exerça a fiscalização propriamente dita.

Importante destacar que, embora a delegabilidade da gestão de presídios seja admitida pela doutrina, a Fundação Getúlio Vargas, no V Exame Unificado de Ordem, rejeitou expressamente essa possibilidade, ao argumento de que seria delegação do próprio poder de polícia, prática proibida pelo art. 4º, III, da Lei n. 11.079/2004). Tal entendimento, porém, é minoritário e válido somente para provas elaboradas pela FGV/RJ.

5.11.7 Polícia administrativa versus polícia judiciária

Conforme mencionado anteriormente, o poder de polícia constitui um complexo de atividades administrativas mais abrangentes do que as atuações de segurança pública. Assim, o poder de polícia não é privativo das "polícias". Mas o estudo das atividades estatais de prevenção e repressão à criminalidade, sob a ótica da teoria do poder de polícia, é útil para responder frequentes questões nos concursos públicos.

Tradicionalmente, a doutrina costuma dividir as atuações de segurança pública em polícia administrativa e polícia judiciária:

a) polícia administrativa: tem **caráter predominantemente preventivo**, atuando antes de o crime ocorrer, para evitá-lo, submetendo-se essencialmente às regras do **Direito Administrativo**. No Brasil, a polícia administrativa é associada ao chamado policiamento ostensivo, sendo realizada pela **Polícia Militar**;

b) polícia judiciária: sua atuação preponderante tem **natureza repressiva**, agindo após a ocorrência do crime para apuração da autoria e materialidade. Sujei-

¹⁸ Fundação Getúlio Vargas. Padrão de Respostas. Prova Discursiva. Direito Administrativo. VIII Exame de Ordem Unificado.

ta-se basicamente aos princípios e normas do **Direito Processual Penal**. No sistema atual, a polícia judiciária é exercida pela **Polícia Civil** e pela **Polícia Federal**.

A prova de Procurador do Estado de São Paulo elaborada pela Vunesp considerou INCORRETA a assertiva: "O conceito de polícia administrativa se confunde com o de polícia judiciária".

- ▶ **ATENÇÃO:** No regime estabelecido pela Constituição Federal de 1988, as Guardas Civis Municipais (GCMs) não exercem nem polícia administrativa nem polícia judiciária, tendo sua competência restrita à conservação do patrimônio público municipal. É o que estabelece o art. 144, § 8º, da Constituição Federal: "Os Municípios poderão constituir guardas municipais destinadas à proteção de seus bens, serviços e instalações, conforme dispuser a lei". Importante destacar, porém, que diante da escalada da violência em nosso país, a Lei n. 10.826/2003 (Estatuto do Desarmamento) autoriza o porte de arma de fogo por integrantes das guardas municipais somente em dois casos:
- das capitais dos Estados e dos Municípios com mais de 500.000 habitantes, nas condições estabelecidas no regulamento da lei;
 - dos Municípios com mais de 50.000 e menos de 500.000 habitantes, quando em serviço.

Quadro comparativo entre polícia administrativa e polícia judiciária

	Polícia administrativa	Polícia judiciária
Atuação predominante	Preventiva (antes do crime)	Repressiva (após o crime)
Ramo de regência	Direito Administrativo	Direito Processual Penal
Instituições que exercem	Polícia Militar	Polícia Civil e Polícia Federal

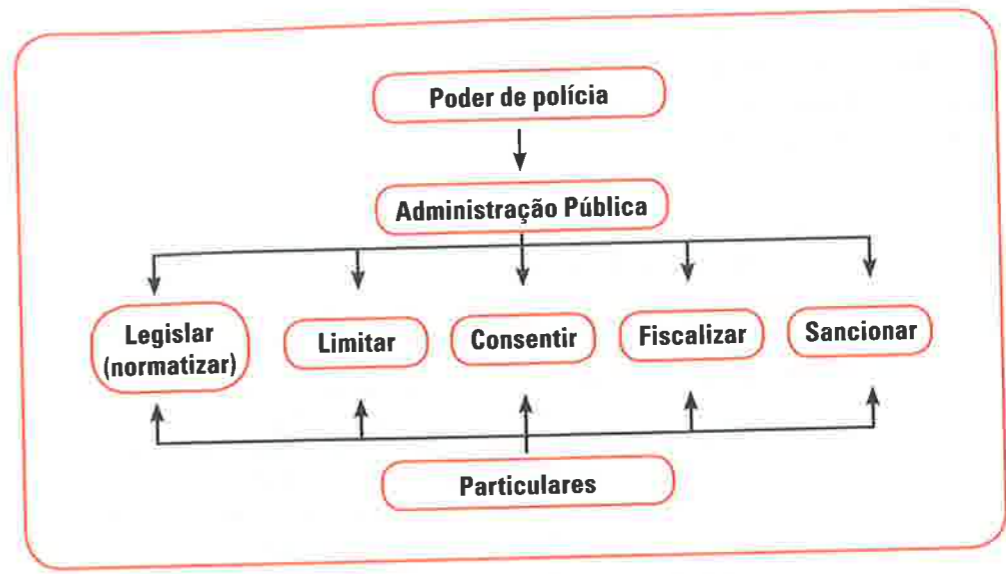
Diferenciando os dois tipos de polícia, Diogo de Figueiredo Moreira Neto afirma que a **polícia judiciária** tem uma atuação voltada às **pessoas**, enquanto que a **polícia administrativa** relaciona-se mais com a **atividade das pessoas**¹⁹.

5.11.8 Alcance quinquipartite do poder de polícia

Para fins didáticos, é possível sintetizar o poder de polícia reduzindo-o a **cinco atividades fundamentais**: legislar (**normatizar**), **limitar**, consentir, **fiscalizar** e **sancionar**. Desse modo, sempre que o Estado legisla, limita, consente, fiscaliza ou sanciona atividades de particulares em favor dos interesses da coletividade, estaremos diante de manifestação do poder de polícia.

A prova de Técnico da DPU elaborada pelo Cespe em 2016 considerou CERTA a afirmação: "A edição de ato normativo constitui exemplo do exercício do poder de polícia pela administração pública".

¹⁹ Curso de direito administrativo, p. 443.



'Mazza', como
so LFG, semp
didatos para
Administrativo
público do Bra
quistou os est
do inovador de

Nos cursos pr
marca são as
no mundo virt
coo para reforç
no segundo ca
no Twitter (©
(©professora
as charges, as
www.alexandre
ainda, uma cob
Revisões) e outr

verdade seja d
caso de vend
A opinião geral
mercado concu
cara" do profes
estopias e focu
"compromisse"
de fato tomar co

