

MAGISTRATURA ESTADUAL

2020

DIREITO ADMINISTRATIVO

Poderes Administrativos.
(PONTO 6)

mege

Sumário

CONTEÚDO PROGRAMÁTICO	3
1. DOCTRINA (RESUMO)	5
2. LEGISLAÇÃO	28
3. JURISPRUDÊNCIA	31
4. QUESTÕES DE CONCURSOS	35
4.1 COMENTÁRIOS	37

CONTEÚDO PROGRAMÁTICO

(Conforme Edital Mege)



Bruno Pinto

DIREITO ADMINISTRATIVO

6

Poderes Administrativos.

3

Atualizado em 21/02/2020

Apresentação

Meus amigos,

Estudaremos agora os poderes administrativos, ponto “6” do nosso Edital MEGE Magistratura Estadual 2019.

Trata-se de assunto nuclear do Direito Administrativo, que baliza e se relaciona com praticamente todos os demais assuntos da disciplina, fundamentando as prerrogativas de que se vale a Administração para realizar o interesse público.

A abordagem da matéria é principalmente doutrinária e jurisprudencial, sendo essa a forma de cobrança nas provas de Magistratura Estadual, com alta recorrência do ponto.

A estrutura da rodada é a mesma: resumo da doutrina, enxertado com dispositivos legais e jurisprudência dos Tribunais Superiores pertinentes, elenco da legislação da matéria, súmulas e julgados mais importantes do STF e STJ e questões comentadas de concursos anteriores para Juiz Estadual.

Aos estudos,

Professor Bruno Pinto.

1. DOCTRINA (RESUMO)

1.1. PODERES ADMINISTRATIVOS

1.1.1. INTRODUÇÃO

Os poderes administrativos são **prerrogativas exorbitantes do Direito Comum** de que dispõe a Administração Pública para o cumprimento de suas finalidades de interesse público. **Fundamentam-se no superprincípio da supremacia do interesse público**, que, de acordo com o já estudado, ao lado da indisponibilidade do interesse público [ou princípio da legalidade, conforme alguns autores] compõem a base do regime jurídico administrativo.

Possuem **natureza instrumental**, na medida em que não se justificam por si mesmos, mas apenas enquanto mecanismos de realização dos fins coletivos. Por isso, ainda quando atendam aos interesses públicos secundários [do Estado enquanto pessoa jurídica, de caráter eminentemente econômico], somente se legitimam se dirigidos à concretização dos interesses públicos primários [da coletividade, de consecução do bem comum].

São **obrigatórios e irrenunciáveis**, não se tratando de uma faculdade do administrador público, configurando, com efeito, verdadeiros **poderes-deveres** de que deve se investir a Administração para assegurar o regular exercício da função administrativa, sempre em benefício da sociedade. Não cabe ao administrador, portanto, transigir acerca de sua aplicação. São imposições não apenas à sociedade, mas, antes, aos próprios agentes públicos. Não são, enfim, uma faculdade da Administração.

É preciso ponderar, contudo, que há muito se superou a visão monolítica, unilateral e arbitrária de Administração Pública, de modo que **os poderes administrativos somente se realizam legitimamente dentro do Direito**, isto é, com respeito aos princípios e regras jurídicos, jamais suplantando os direitos fundamentais dos cidadãos.

Especialmente na esteira do neoconstitucionalismo e seus processos decorrentes de constitucionalização do direito, força normativa dos princípios e eficácia objetiva dos direitos fundamentais, os poderes administrativos **não se confundem com subjugação dos interesses e direitos privados**. Fundamentados na supremacia dos interesses coletivos, são, como dito, instrumentos JURÍDICOS de realização do bem comum.

Nessa ordem de ideias, os poderes administrativos reclamam **previsão legal** (lei em sentido amplo) ou, consoante pontua boa parte da doutrina, **urgência de interesse público** que justifique o manuseio de prerrogativas extroversas pela Administração.

Em outras palavras, embora ainda se fale em poderes administrativos [e supremacia do interesse público], que caracterizam a verticalidade da relação Administração-cidadãos, essa

posição de superioridade administrativa, para além de sempre dirigida aos interesses públicos, exige o respeito às normas jurídicas.

Em termos concretos, **o exercício dos poderes administrativos deve ocorrer dentro dos limites do Direito**, segundo os postulados da razoabilidade e da proporcionalidade, respeitadas as garantias e direitos fundamentais dos cidadãos, notadamente o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa.

Acrescente-se, ainda, a noção de “**Administração Dialógica**”, que busca sempre se relacionar e se aproximar dos cidadãos para melhor identificar os interesses públicos pulsantes na sociedade e, assim, concretizar de forma eficiente o bem comum. Nessa **Administração Policêntrica**, reconhece-se que os membros da coletividade não são meros “administrados”, mas partícipes do exercício democrático da função administrativa.

ATENÇÃO!

Poderes Administrativos x Poderes do Estado: os poderes administrativos são próprios da função administrativa, correspondendo a suas manifestações extroversas dirigidas à realização dos interesses públicos, de caráter instrumental, portanto; os Poderes (Políticos) do Estado, desenvolvido pela doutrina iluminista de Montesquieu (“Os Espírito das Leis” – 1748), correspondem aos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, de natureza estrutural do Estado, enquanto a separação de seus órgãos conforme a predominância da atividade estatal, administrativa, legislativa e judiciária, respectivamente. Poderes administrativos são prerrogativas exorbitantes da Administração Pública de natureza instrumental; Poderes do Estado são órgãos (sem personalidade jurídica) incumbidos tipicamente de uma das três funções de Estado.

ATENÇÃO!

Como contraface dos poderes administrativos, colocados como reverberações do outro superprincípio da indisponibilidade do interesse público, parte da doutrina trata também dos **deveres administrativos**, a exemplo do dever de agir, do dever de eficiência, do dever de probidade e do dever de prestar contas. Todos esses deveres decorrem diretamente da lei (em sentido amplo), de suas regras e princípios, notadamente, neste último caso, daqueles elencados no *caput* do art. 37 da CF/88.

Por fim, não podemos analisar os poderes administrativos sem abordar o já estudado “**abuso de poder**”, gênero no qual se incluem: o **excesso de poder**, no qual temos um vício de competência do ato administrativo, em que o agente público extrapola os limites de sua competência legal, tratando-se de vício sanável, salvo no caso de competência material ou exclusiva; o **desvio de poder ou de finalidade**, vício de finalidade, em que o agente público atua

dentro dos limites de sua competência legal, porém visa a objetivos privados/pessoais ou, embora persiga o interesse público, almeja finalidade desconforme com aquela definida na lei, cuidando-se de vício insanável.

1.1.2. PODERES VINCULADO E DISCRICIONÁRIO

Trata-se de classificação que leva em conta o “**grau de liberdade do agente público ao atuar**”, aplicável, a bem da verdade, a qualquer um dos poderes administrativos, que podem ser exercidos através de atos vinculados ou discricionários.

O **PODER VINCULADO** é aquele exercido na edição de atos administrativos cujos elementos estão todos definidos objetivamente na lei, sem margem de apreciação ao agente público quanto à sua conveniência ou oportunidade. Fala-se em “ato administrativo vinculado”, pois a lei já predefine a competência legal para sua edição, a forma que deve assumir, a finalidade a ser alcançada, o motivo que determina sua edição e seu objeto/conteúdo. Diante de determinada situação fática-jurídica (motivo), certo agente público (competência) deve editar determinado ato administrativo (forma e objeto), para a realização de específico fim público (finalidade), tudo bem delineado na lei, sem qualquer liberdade de apreciação subjetiva ao agente.

Por sua vez, o **PODER DISCRICIONÁRIO** corresponde à edição dos chamados “atos administrativos discricionários”, nos quais a lei confere ao agente público liberdade para apreciar a conveniência e oportunidade do ato.

Na realidade, essa liberdade do agente público diz respeito a **apenas parte dos elementos do ato administrativo**, na medida em que, consoante adverte a doutrina, não existe ato administrativo integralmente discricionário, **havendo sempre elementos vinculados**. Com efeito, de acordo com o que estudamos na aula de “atos administrativos”, **somente é possível o exercício do poder discricionário quanto aos elementos motivo e objeto**, sendo sempre vinculados a competência, a forma e a finalidade [de acordo com a doutrina tradicional].

A discricionariedade existirá sempre que a lei conferir ao agente público mais de uma opção: **de forma expressa**, valendo-se de frases como “facultado à Administração”, “a Administração poderá” e “prorrogar-se-á por até tantos dias”, ou com alternativas textualmente consignadas, como a possibilidade de alienação de bem imóvel adquirido através de decisão judicial ou por dação em pagamento, que poderá ocorrer por concorrência ou leilão; pelo emprego de “**conceitos jurídicos indeterminados**” [imprecisos e sem objetividade, possuem conteúdo e/ou extensão incertos] na enunciação de seu motivo e/ou objeto, e, assim, podem, após o trabalho de interpretação e no caso concreto, viabilizar ao administrador opções igualmente razoáveis e de acordo com os princípios administrativos.

ATENÇÃO!

Maria Sylvia Zanella DI PIETRO classifica os **CONCEITOS JURÍDICOS INDETERMINADOS** em “**conceitos de valor**”, “**conceitos de experiência**” e “**conceitos técnicos**”. Para a autora, somente nos primeiros (conceitos de valor) é que se pode falar em discricionariedade administrativa, porquanto apenas eles encerram uma valoração subjetiva do agente público quanto ao seu conteúdo e extensão, podendo conduzir, dessa forma, a mais de uma solução juridicamente legítima. Diferentemente, nos conceitos de experiência e nos conceitos técnicos, o problema seria apenas de interpretação, pois, neles, a experiência comum ou o conhecimento técnico, respectivamente, permitem que se chegue a uma única solução possível.

ATENÇÃO!

A possibilidade de os conceitos jurídicos indeterminados conduzirem à discricionariedade administrativa não é tema uníssono na doutrina estrangeira e na brasileira. É que há quem defenda que o problema da definição do sentido (conteúdo e alcance) da norma será sempre um trabalho da hermenêutica jurídica, de interpretação, portanto. Ocorre, contudo, que prepondera entre os administrativistas brasileiros de maior renome a possibilidade de os conceitos jurídicos indeterminados levarem à discricionariedade administrativa. É o caso de Maria Sylvia Zanella DI PIETRO, que, além da diferenciação de suas espécies [de valor, de experiência e técnicos, admitindo eventual discricionariedade apenas quanto à primeira], afirma que somente haverá discricionariedade se, após o trabalho de interpretação, remanescer mais de uma alternativa ao aplicador do Direito. Igualmente, Celso Antônio Bandeira de MELLO, para quem a discricionariedade decorrente do emprego de conceitos jurídicos indeterminados só efetivamente existirá após o preenchimento da fluidez de sentido dessas expressões no plano concreto, sempre que restar mais de uma opção ao administrador público, naquilo que se intitula “zona de incerteza” ou “halo de incerteza”, entre a “zona de certeza positiva” e a “zona de incerteza negativa”. Para o autor, a discricionariedade em virtude de conceitos jurídicos indeterminados nunca será apriorística e automática, dependendo de verificação *in concreto*.

8

Os elementos discricionários de um ato administrativo correspondem ao chamado “**mérito administrativo**”, zona que compete exclusivamente à Administração, a quem cabe apreciar sua conveniência e oportunidade, decidindo ou não, e de que modo, o ato será editado. Isso não significa, contudo, que o mérito administrativo está infenso ao controle judicial, como se a Administração fosse completamente livre para decidir no exercício de sua discricionariedade administrativa. Vejamos:

Primeiro porque, como dito, **nenhum ato administrativo é inteiramente discricionário**, sempre contando com elementos vinculados, cuja legalidade pode ser

facilmente conferida pelo Poder Judiciário [de acordo com a doutrina brasileira tradicional, a competência, a forma e a finalidade].

Segundo porque **a discricionariedade é da Administração, e não do administrador**, de modo que a conveniência e oportunidade existente quanto a um ou alguns de seus elementos é “administrativa”, à luz do Direito e do interesse público, e não segundo as preferências pessoais do agente.

Ademais, porque **a discricionariedade administrativa não se confunde com arbitrariedade, devendo ser exercida de acordo com o Direito, suas regras e princípios**, jamais desbordando dos contornos da legalidade em sentido amplo. Deveras, a discricionariedade administrativa não implica um cheque em branco ao administrador, que deverá sempre buscar a conveniência e oportunidade administrativa, conforme os interesses públicos colimados na regra de competência, respeitando os princípios administrativos e os postulados da razoabilidade e proporcionalidade.

Tudo isso conforme a chamada “**moldura de legalidade**” dentro da qual a discricionariedade administrativa deve ser exercida, sob pena de, dela transbordando, configurar arbitrariedade, podendo ser sindicada, com anulação do ato administrativo pelo Poder Judiciário.

É possível, portanto, o controle do mérito administrativo pelo Poder Judiciário, que, embora jamais possa substituir a Administração Pública na análise da conveniência e oportunidade administrativa, poderá/deverá verificar a legitimidade ou juridicidade (legalidade em sentido amplo) tanto dos elementos vinculados quanto dos elementos discricionários do ato, notadamente, neste último caso (atos discricionários), a partir da aplicação da teoria do abuso de poder, da teoria dos motivos determinantes e dos princípios e postulados administrativos [em especial, da razoabilidade, proporcionalidade e moralidade – RPM].

Para finalizar, lembrem-se que todos os poderes administrativos podem ser exercidos de forma vinculada ou discricionária, a depender do que dispor a lei. A presente classificação, portanto, aplica-se a todas as espécies de poderes da Administração.

Passemos, então, à análise das espécies de poderes administrativos, que são 04 (quatro), conforme entendimento majoritário na doutrina:

1.1.3. PODER HIERÁRQUICO

Conforme leciona José dos Santos Carvalho FILHO, a “**hierarquia** é o escalonamento no plano vertical dos órgãos e agentes da Administração que tem como objetivo a organização da função administrativa”.

Nessa perspectiva, o poder hierárquico consiste no **poder de estruturação e**

coordenação interna das pessoas jurídicas integrantes da Administração Pública, Direta e Indireta. Logo, o poder hierárquico é interno, existente dentro de cada entidade que compõe a Administração Pública, não se estendendo para fora da Administração nem entre uma entidade administrativa e outra.

ATENÇÃO!

- **Existe hierarquia tanto na Administração Direta quanto na Administração Indireta**, tratando-se de uma subdivisão vertical de competências dentro de uma mesma pessoa jurídica. Assim sendo, cada entidade política da Administração Direta (União, Estados, Municípios e Distrito Federal) é hierarquizada em seu plano interno, com órgãos e agentes públicos escalonados em diferentes níveis; igualmente, cada entidade da Administração Indireta (autarquias, fundações públicas, empresas públicas e sociedades de economia mista) se estrutura internamente hierarquicamente, entre seus órgãos e agentes públicos;
- **Não há hierarquia entre entidades da Administração, tratando-se de um fenômeno interno de cada pessoa jurídica.** Conforme já estudado, entre as pessoas políticas da Administração Direta e as respectivas entidades da Administração Indireta há a chamada vinculação, tutela ou controle, que depende de previsão legal e é exercida nos exatos limites dessa lei;
- **Inexiste manifestação do poder hierárquico para fora da Administração Pública**, limitando-se seu exercício dentro de cada pessoa jurídica da Administração.

O poder hierárquico **decorre do já estudado processo de desconcentração administrativa**, em que a especialização da função administrativa se dá dentro de cada pessoa jurídica, entre seus órgãos e agentes, de cima para baixo, construindo-se, do cume, uma verdadeira árvore competencial, na qual todos os seus ramos estão interligados justamente pela hierarquia.

Dessa forma, temos que o poder hierárquico é **automático**, resultando dessa especialização interna da função administrativa (desconcentração). Realizado o escalonamento interno da entidade, surge automaticamente essa relação de subordinação entre seus componentes e, assim, o poder hierárquico.

Fala-se também que o poder hierárquico é **irrestrito ou ilimitado**, na medida em que não se restringe aos contornos definidos na lei [nem dela decorre, sendo, como visto, automático, exurgindo imediatamente da decisão de desconcentração administrativa], incidindo sobre todos os aspectos da pessoa jurídica e dos atos praticados pelo órgão/agente subordinado.

ATENÇÃO!

Segundo a doutrina, o poder hierárquico é **IRRESTRITO/ILIMITADO, PERMANENTE e AUTOMÁTICO.**

De acordo com a doutrina, decorrem do poder hierárquico as seguintes **PRERROGATIVAS**, exercidas pelo superior sobre seus subordinados:

- **Poder de comando:** é a prerrogativa de dar ordens, cabendo ao superior determinar a seus subordinados o modo de funcionamento das atividades e serviços sob sua competência, tanto de forma concreta, como por meio de atos normativos internos (atos ordinatórios);

ATENÇÃO!

O poder de comando do superior hierárquico gera para os subordinados o chamado “**dever de obediência**”, não restando alternativa aos inferiores senão o atendimento de suas ordens, **SALVO QUANDO MANIFESTAMENTE ILEGAIS**, hipótese esta, contudo, em que surge para o subalterno mais um **dever (de “representação”)**, de acordo com o art. 116, IV e XII, da Lei Federal nº 8.112/1990.

- **Poder de fiscalização:** é verdadeiro dever do superior hierárquico, a quem compete acompanhar sistematicamente o exercício das funções de seus subordinados, zelando pelo bom funcionamento do serviço, anulando atos ilegais e revogando aqueles inoportunos ou inconvenientes, podendo (ou devendo) ainda convalidar aqueles que contenham defeitos sanáveis e não prejudiquem o interesse público nem direitos de terceiros;
- **Poder de aplicar sanções:** na realidade, o poder de sancionar o agente público subordinado que pratique infrações administrativas decorre diretamente do poder disciplinar [a seguir analisado], apenas decorrendo indiretamente do poder hierárquico.

ATENÇÃO!

De todo modo, ressalte-se que não decorre nem direta nem indiretamente do poder hierárquico o poder administrativo de sancionar particulares (não agentes públicos) que mantenham algum vínculo especial com a Administração, como aquele que celebre contrato administrativo e venha a descumprir os termos do ajuste. Aqui, cuida-se de revelação do **poder disciplinar**, a seguir examinado.

Também não decorre do poder hierárquico a competência administrativa de aplicar sanções aos cidadãos em geral em virtude do descumprimento de normas administrativas fixadas com o objetivo de resguardar ou concretizar o interesse público. Neste caso, consoante será explicitado à frente, trata-se de manifestação do **poder de polícia**.

Finalmente, recobre-se, por oportuno, todo o estudado em nossa aula de “atos administrativos” sobre **delegação e avocação de competência**, suas hipóteses e limites.

1.1.4. PODER DISCIPLINAR

Trata-se do **poder-dever de fiscalizar e aplicar sanções àqueles que, ligados por uma relação especial com o Estado, infringem normas administrativas, estatutárias ou contratuais que regulam esse vínculo próprio**, a exemplo do agente público que comete irregularidades no exercício de suas funções, do particular que descumpre os termos de um contrato administrativo com o Poder Público e do aluno de uma escola pública que não respeita as regras da instituição.

Como se percebe, **o poder disciplinar não produz efeitos apenas no âmbito interno da Administração**, espraiando-se para fora da estrutura administrativa, como ocorre nesses vínculos especiais firmados com particulares, não agentes públicos.

Conforme já pontuado, **as sanções aplicadas aos servidores públicos com fundamento no poder disciplinar são também decorrência mediata do poder hierárquico**, vez que a possibilidade de a Administração Pública de apurar infrações e impor penalidades aos seus servidores se estabelece em virtude da existência de níveis de subordinação dentro de uma mesma pessoa jurídica.

Por outro lado, **a aplicação de sanções aos particulares ligados à Administração por vínculo específico, embora seja exteriorização do poder disciplinar, NÃO se relaciona ao poder hierárquico.**

De qualquer forma, o exercício do poder disciplinar é um “sistema punitivo interno”, mas não porque se restringe ao âmbito interno da Administração, mas porque recairá sempre sobre indivíduos que possuam vínculo especial com o Poder Público. Não se confunde com o poder punitivo exercido pela Justiça Penal, com o objetivo de reprimir crimes e contravenções, tampouco se confunde com o poder de polícia do Estado, ao qual se sujeitam todas as pessoas que exerçam atividades que possam, de alguma forma, acarretar risco ou transtorno à sociedade.

O exercício do poder disciplinar enseja **algum grau de discricionariedade administrativa, porém JAMAIS sobre a decisão de apurar ou não os indícios de irregularidade ou de, diante de sua confirmação, impor sanção ao infrator**. Com efeito, o dever de apurar irregularidades e aplicar sanção é obrigatório, sob pena de se praticar o crime de condescendência criminosa (art. 320 do CP) e improbidade administrativa (art. 11, II, da Lei Federal nº 8429/92) pela conduta omissiva.

Por outro lado, uma vez instaurado o processo administrativo, **a discricionariedade existe em alguns aspectos da aplicação de sanção**: no enquadramento da conduta no tipo, quando a lei enunciar a infração por meio de conceitos jurídicos indeterminados; na escolha da sanção adequada, dentre as opções previstas na lei; na gradação da penalidade, desde que respeitados os limites legais e a compatibilidade com as circunstâncias do caso concreto e sua graduação.

A punição administrativa decorrente do exercício do poder disciplinar **não afasta a possibilidade de responsabilização do indivíduo infrator também nas esferas civil e penal**, caso a conduta praticada configure ilícito nessas instâncias, devendo observar-se a “**regra da incomunicabilidade das instâncias**”, conforme já decidiu o STJ:

“Não deve ser paralisado o curso de processo administrativo disciplinar apenas em função de ajuizamento de ação penal destinada a apurar criminalmente os mesmos fatos investigados administrativamente. As esferas administrativa e penal são independentes, não havendo falar em suspensão do processo administrativo durante o trâmite do processo penal”. (STJ. 1ª Seção. MS 18.090-DF - Rel. Min. Humberto Martins - j. 08.05.13 - Info 523).

Deveras, é possível que a conduta praticada não configure ilícito civil ou penal, mas caracterize infração administrativa, caso em que deve o infrator se submeter ao poder disciplinar da Administração Pública.

Essa incomunicabilidade das instâncias, no entanto, não é absoluta, de forma que a decisão criminal absolutória por **reconhecimento da inexistência do fato ou negativa da autoria** implicará absolvição na esfera administrativa automaticamente, nos termos do 126 da Lei Federal nº 8.112/90, do art. 935 do CC/02 e do art. 66 do CPP.

Por fim, quanto ao controle judicial, a jurisprudência dominante é no sentido de que **cabe ao Poder Judiciário aferir a legalidade do Processo Administrativo Disciplinar (regularidade procedimental) e da legalidade da penalidade imposta**, afastada, contudo, a possibilidade de o Poder Judiciário adentrar no mérito administrativo, a exemplo de modificar a graduação da penalidade razoavelmente aplicada. Vejamos:

“Sobre a razoabilidade e proporcionalidade da pena aplicada esta Corte vem se posicionando no sentido de que, no âmbito do controle jurisdicional do processo administrativo disciplinar, é vedado ao Poder Judiciário adentrar no mérito do julgamento administrativo, cabendo-lhe, apenas, apreciar a regularidade do procedimento à luz dos princípios do contraditório e da ampla defesa”. (STJ. MS 17.479-DF – Rel. Min. Herman Benjamin – j. 28.11.2012)

1.1.5. PODER NORMATIVO OU REGULAMENTAR

Cuida-se do **poder de editar normas (administrativas) gerais e abstratas complementares à lei, para sua fiel execução, com efeitos erga omnes**. Sem destinatários específicos e determinados, os atos normativos incidem sobre todos os fatos e situações previstos abstratamente na norma.

O **poder normativo não se confunde com o poder de legislar**, os atos normativos ou regulamentares não são editados pelo Poder Legislativo, mas pela Administração Pública [não são lei em sentido formal], e no exercício da função administrativa, não podendo, assim, inovar a ordem jurídica, limitando-se a regulamentar, de forma subalterna, a lei, subordinando-se às suas prescrições. Trata-se, com efeito, de “atos normativos derivados”, devendo respeitar os limites e contornos da lei (ato normativo originário), possuindo, assim, natureza *secundum legem*. Essa impossibilidade de inovação da ordem jurídica é decorrência imediata do princípio fundamental da separação de poderes (art. 2º, da CF/88) e da garantia constitucional da legalidade (art. 5º, II, da CF/88).

A doutrina especializada diferencia:

(i) **poder normativo**, como aquele conferido à Administração em geral para a edição de normas administrativas gerais e abstratas, a exemplo dos avisos, instruções normativas, regimentos, deliberações e resoluções [o art. 87 da CF/88 prevê expressamente esse poder normativo, ao dispor que compete ao Ministro de Estado “expedir instruções para a execução das leis, decretos e regulamentos”];

(ii) **poder regulamentar**, para a expedição, pelo Chefe do Poder Executivo, de normas gerais e abstratas (regulamentos), assumindo a forma de decreto. Temos, então, que somente o Chefe do Poder Executivo edita regulamento, o qual assume a forma de decreto.

ATENÇÃO!

É comum, entretanto, tratar poder normativo e poder regulamentar como sinônimos, devendo o candidato ter bastante cuidado em questões de múltipla escolha para perceber se está sendo cobrada a diferença doutrinária ou se o examinador está a empregar as expressões como intercambiáveis.

ATENÇÃO!

De forma técnica, regulamento é o ato e decreto é a forma. Todavia, frequentemente, a doutrina e a jurisprudência referem-se a ambos como sinônimos de ato normativo editado pelo Chefe do Executivo, e até mesmo a Constituição se vale dessa sinonímia um tanto quanto equivocada em seu art. 84, IV. José dos Santos CARVALHO FILHO ensina que há **atos regulamentares de primeiro grau**, que seriam os decretos e regulamentos, responsáveis pela explicação das leis (poder regulamentar) e **os atos regulamentares de segundo grau**, que regulamentam os de primeiro grau, como as instruções normativas e orientações normativas ministeriais (poder normativo).

O poder regulamentar do Chefe do Executivo Federal encontra fundamento no art. 84, IV, da CF/88, segundo o qual lhe cabe “sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para fiel execução”. Por simetria, essa competência estende-se aos Chefes do Poder Executivo Estadual, Distrital e Municipal.

No que diz respeito aos regulamentos/decretos, editados pelo Chefe do Poder Executivo, a doutrina apresenta-nos a seguinte **CLASSIFICAÇÃO**:

i) Regulamentos executivos ou de execução

Trata-se da concepção tradicional de regulamento, expedido pelo Chefe do Poder Executivo para dar fiel execução à lei, previsto na parte final do art. 84, IV, da CF/88.

De acordo com a doutrina, a regulamentação da lei somente é possível quando essa lei envolva a atuação da Administração Pública, como forma de concretizar o exercício da função administrativa. Não se fala, portanto, em regulamentação administrativa das leis penais e processuais.

Essa necessidade de regulamentação tanto pode ser expressa, quando a lei textualmente afirme a necessidade da edição de um regulamento executivo, quanto implícita, quando sua exequibilidade depender, na prática, da intermediação de ato administrativo normativo.

O art. 49, V, da CF/88, confere ao CONGRESSO NACIONAL [e não à Câmara ou ao Senado] a competência para sustar, por DECRETO, **atos administrativos normativos que extrapolem ou exorbitem o poder regulamentar**, retirando sua eficácia.

ATENÇÃO!

Os regulamentos executivos ou de execução são **INDELEGÁVEIS** pelo Chefe do Poder Executivo, não estando previstos no par. único do art. 84 da CF/88.

ii) Regulamentos autônomos

Também chamados de “**independentes**”, os regulamentos autônomos são atos administrativos normativos editados pelo Chefe do Poder Executivo (regulamento) **sem propósito de conferir fiel execução à lei, tratando de matérias por ela não versadas**.

São, pois, **atos normativos primários**, na medida em que possuem o **condão de inovar a ordem jurídica, derivando diretamente da Constituição**.

À luz do princípio da legalidade e do disposto no art. 25 do ADCT [que revogou todos os dispositivos legais que atribuíam ou delegavam ao Executivo competência assinalada pelo texto da Constituição ao Congresso Nacional], boa parte da doutrina pátria sempre sustentou a

impossibilidade de edição de decretos autônomos no Brasil, admitindo apenas os executivos ou de execução.

Sucedo, contudo, que a EC nº 32/2001 alterou a redação do inciso VI do art. 84 da CF/88, conferindo competências normativas diretamente ao Chefe do Executivo Federal. Embora permaneça alguma controvérsia na doutrina brasileira sobre a efetiva existência de regulamentos autônomos em nosso Direito, **prevalece que as hipóteses das alíneas do referido dispositivo constitucional caracterizam, sim, competência para edição de regulamento autônomo pelo Chefe do Executivo Federal.**

ATENÇÃO!

Parte da doutrina afirma que os regulamentos editados com fundamento no inciso VI do art. 84 da CF/88 não são propriamente autônomos porque eles não inovariam a ordem jurídica, apenas promovendo uma reorganização da estrutura e funcionamento da Administração ou funcionando como atos administrativos de efeitos concretos. Numa via intermediária, há quem diga que apenas as hipóteses da alínea “a” corresponderiam ao regulamento autônomo, pois a da alínea “b” seria ato administrativo de efeitos concretos, e não ato administrativo normativo.

ATENÇÃO!

No REsp nº 584.798/PE, j. em 04/11/2004, o STJ manifestou-se no sentido de que as hipóteses do inciso VI do art. 84 da CF/88 são efetivamente de regulamento autônomo, consignando que são “os regulamentos autônomos vedados no ordenamento jurídico brasileiro, a não ser pela exceção do art. 84, VI da Constituição Federal”. É essa, portanto, a posição a ser adotada em provas objetivas.

O inciso VI do art. 84 da CF/88 traz dois casos de regulamentos autônomos, em duas alíneas:

- a) organização e funcionamento da Administração, desde que não implique aumento de despesa nem criação ou extinção de ÓRGÃOS públicos;
- b) extinção de funções ou CARGOS públicos, quando vagos.

ATENÇÃO!

Em provas de múltipla escolha, muito comum a banca confundir o candidato com as hipóteses acima. Chamo a atenção para o fato de que **ÓRGÃOS públicos somente podem ser criados ou extintos por lei**; são os CARGOS [e funções] públicos que, quando vagos, podem ser extintos [e jamais criados] por decreto autônomo.

Ressalte-se que o par. único do art. 84 PERMITE A **DELEGAÇÃO da competência para edição de regulamento autônomo**, para Ministro de Estado, o Procurador-Geral da República ou o Advogado-Geral da União, que observarão os limites da delegação. Em provas, é muito frequente a cobrança dessa possibilidade [confundindo-a com a edição de regulamentos executivos, que é indelegável] e do rol dos legitimados passivos dessa delegação.

Por fim, destaque-se que, para o STF, à luz do art. 102, I, “a”, da CF/88, o controle judicial abstrato de constitucionalidade de atos administrativos depende das ss. condições: (i) normatividade (generalidade e abstração), não se tratando de atos administrativos de efeitos concretos; e (ii) autonomia, exigindo-se que defluam diretamente da Constituição, não se tratando de ato subalterno à lei, editado para lhe conferir fiel execução (STF, RTJ 154/432). Assim sendo, os regulamentos autônomos, que se apresentem efetivamente normativos e autônomos, podem ser objeto de controle judicial abstrato de constitucionalidade.

iii) Regulamentos delegados

São também chamados de “**regulamentos autorizados**”, são aqueles editados a partir de uma autorização conferida pelo Poder Legislativo, na própria lei, para disciplinar aspectos nela não normatizados. Não se prestam a apenas regulamentar a lei, conferindo-lhe exequibilidade, mas a completar suas disposições, integrando-as normativamente.

Por completarem o sentido normativo da lei, os regulamentos delegados inovam a ordem jurídica.

Os regulamentos delegados não possuem previsão no ordenamento jurídico brasileiro, estando vedados, inclusive, pelo já mencionado art. 25 do ADCT.

Conforme leciona Marcelo ALEXANDRINO e Vicente PAULO, contudo, vem se admitindo a edição de regulamento delegado [evitando-se, contudo, o vocábulo “delegado”] para a fixação de normas técnicas, desde que a lei traga as condições e limites dessa competência autorizada, como ocorre com as regras de registro de operações no mercado de capitais, instituição de modelos de notas fiscais e outros documentos e elaboração de lista com medicamentos sujeitos à retenção de receita. Ainda de acordo com os autores, os regulamentos autorizados devem ter como destinatários órgãos administrativos de natureza eminentemente técnica, a exemplo das agências reguladoras, cujas leis de instituição já preveem a competência para a edição de regulamentos, definindo apenas seus contornos.

ATENÇÃO!

De qualquer forma, é vedada a chamada “**delegação legislativa em branco**”, não tomando a lei o cuidado de estabelecer as diretrizes, parâmetros, princípios e limites ao ato administrativo normativo delegado.

ATENÇÃO!

Como já visto, fala-se que esses órgãos administrativos autônomos possuem “**discricionariedade técnica**”, não cabendo ao Judiciário substituir-se no exercício dessa competência.

Marcelo ALEXANDRINO e Vicente PAULO sistematizam as seguintes **diferenças entre os regulamentos autorizados e os regulamentos de execução**:

REGULAMENTOS DELEGADOS/AUTORIZADOS	REGULAMENTOS EXECUTIVOS/DE EXECUÇÃO
Sem previsão no texto constitucional.	Previsto no art. 84, IV, da CF/88.
Completam a lei, dispondo sobre assuntos não disciplinados por ela, suprindo suas lacunas, inovando, portanto, o Direito.	Conferem exequibilidade à lei, regulamentando-a, não inovando a ordem jurídica.
Editados por órgãos ou entidades administrativas com perfil técnico, definidos pela lei.	Competência privativa (indelegável) do Chefe do Poder Executivo.
Dispõem sobre matérias de índole técnica relativas à área de atuação do órgão técnico.	Podem tratar de quaisquer matérias, desde que em regulamentação à lei que o subordina.

1.1.6. PODER DE POLÍCIA

Em sentido amplo, o poder de polícia designa todas as atividades restritivas dos direitos e interesses dos cidadãos realizadas pelo Estado, tanto administrativas quanto legislativas.

Em sentido restrito, corresponde apenas à atividade administrativa concreta de condicionamento ou restrição dos direitos e interesses dos cidadãos. Trata-se da noção de “Polícia Administrativa”.

Valendo-se da noção restrita de poder de polícia, podemos apresentar o seguinte **CONCEITO**: poder (administrativo) de polícia é a atividade da Administração Pública de, na forma da lei, condicionar ou restringir direitos e interesses dos cidadãos em prol da realização dos interesses públicos/coletivos.

Esse conceito restrito de poder de polícia (polícia administrativa) traduz a ideia de “poder ADMINISTRATIVO de polícia”, uma atividade típica da Administração Pública, ao lado do serviço público, fomento e intervenção na ordem econômica. Contudo, para fins de prova, deve-se também considerar a noção ampla de poder de polícia, que abrange toda e qualquer atividade estatal de restrição de direitos e interesses particulares, tanto do Poder Executivo quanto do Poder Legislativo.

ATENÇÃO!

Na doutrina, é comum a conceituação do poder de polícia como aquela atividade estatal de condicionamento da liberdade e da propriedade privadas com o objetivo de realizar determinado interesse público. Trata-se de enunciação incompleta, na medida em que o poder de polícia pode se dirigir à restrição de qualquer direito ou interesse particular, e não apenas da liberdade ou propriedade, desde que feito como objetivo de proteção/realização do interesse público, na forma da lei.

O art. 78 do CTN oferece-nos um **conceito legal** de poder de polícia:

Art. 78. Considera-se **poder de polícia** a 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.

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

19

Explique-se que a noção legal de poder polícia consta do CTN porque ele é uma das hipóteses de incidência da espécie tributária “taxa” (de polícia), ao lado da taxa de serviço público.

ATENÇÃO!

Embora interesse mais ao Direito Tributário, cumpre observar que o poder de polícia somente ensejará a cobrança de taxa quando efetivamente realizado, não se admitindo a cobrança da exação por sua ocorrência potencial/disponibilidade [tal como ocorre com a taxa de serviço público].

ATENÇÃO!

O poder de polícia alcança os particulares em geral, independentemente de uma relação especial com a Administração Pública. É por isso que, na esteira da classificação italiana de Renato ALESSI, trazida ao Brasil por Oswaldo Aranha Bandeira de MELLO, fala-se que o poder de polícia é exercido com fundamento na **sujeição geral**, em oposição à sujeição especial, que recai sobre aqueles que mantêm com a Administração algum vínculo especial, como os alunos de uma escola pública ou os celebrantes de contrato com o Estado.

A **COMPETÊNCIA** federativa para o exercício do poder de polícia possui correspondência com a distribuição de competências feita pela Constituição Federal (arts. 21-24), tendo por base o princípio da predominância do interesse: os assuntos de interesse nacional são da competência de polícia da União; os de interesse regional submetem-se às normas e ações de polícia estadual; e os de interesse local sujeitam-se à polícia administrativa municipal. Ao Distrito Federal, competem os assuntos de interesse local e regional. Nada impede, inclusive, que os entes federativos realizem a polícia administrativa em regime de gestão associada, por meio de convênios administrativos ou consórcios públicos, nos termos do art. 241 da CF/88.

ATENÇÃO!

De acordo com os Enunciados nºs 419 e 645 da Súmula do STF, **os Municípios podem regular o horário de funcionamento do comércio local** [o interesse é eminentemente local]. Nada obstante, consoante a Súmula Vinculante 49, **ofende a livre concorrência lei municipal que impede a instalação de estabelecimentos comerciais do mesmo ramo em determinada atividade** [aqui, o problema não é de competência, mas porque há ofensa aos princípios da ordem econômica da livre iniciativa e da livre concorrência, nos termos do art. 170 da CF/88]. Finalmente, segundo o Enunciado nº 19 da Súmula do STJ prescreve, **competem à União fixar o horário de funcionamento bancário** [a disciplina das instituições financeiras compete à União, nos termos do art. 21 da CF/88].

20

Nessa ordem de ideias, de acordo com Marcelo ALEXANDRINO e Vicente PAULO, temos, exemplificativamente, que:

- (i) a regulação de mercados de títulos e valores mobiliários competem à União, através da CVM;
- (ii) a prevenção de incêndios é da alçada dos Estados-membros; e
- (iii) o planejamento e o controle do uso e da ocupação do solo urbano é dos Municípios.

A atividade de polícia administrativa não se confunde com a prestação de serviços públicos em sentido restrito: a primeira realiza, na forma da lei, com fundamento e em prol da realização do interesse público, restrições aos direitos e interesses particulares, ao passo que a segunda é a disponibilização de comodidades ou utilidades materiais fruíveis pelos particulares; a primeira limita a esfera individual do administrado, enquanto que a segunda amplia a esfera individual do usuário do serviço; a polícia administrativa integra o conjunto das atividades jurídicas do Estado, fundadas no poder de império/extroverso estatal, decorrente da noção de soberania, e os serviços públicos, atividades materiais, compõem as atividades sociais do Estado.

A atividade de polícia administrativa é diferente também da atividade de polícia judiciária:

POLÍCIA ADMINISTRATIVA	POLÍCIA JUDICIÁRIA
Refere-se a infrações administrativas.	Refere-se a ilícitos penais.
Incide sobre atividades privadas, bens ou direitos.	Incide sobre pessoas (infratores da lei penal).
Esgota-se na função administrativa.	Prepara a atuação da jurisdição penal.
Executada por diversos órgãos administrativos fiscalizadores (v.g. órgãos de vigilância sanitária, Corpo de Bombeiros e Polícia Militar, agentes de trânsito, etc.).	Executada por corporações específicas (Polícia Civil, Polícia Federal e Polícia Militar).

ATENÇÃO!

De acordo com o STF, é constitucional a atribuição da função de polícia de trânsito às **guardas municipais**, não sendo exaustiva a enunciação do § 8º do art. 144 da CF/88 (para a proteção dos bens, serviços e instalações municipais) (STF, RE nº 658.570/MG – Repercussão Geral, j. em 06/08/2015).

De mais a mais, **não é de se misturar o poder de polícia com o poder disciplinar**, pois, enquanto o primeiro é exercido com base na sujeição geral que atinge todos os cidadãos, restringindo seus direitos ou interesses em favor da proteção e concretização dos interesses públicos, o poder disciplinar somente atinge aqueles sob sujeição especial administrativa, que possuem alguma relação especial com a Administração, a exemplo dos agentes públicos e dos contratados em geral pelo Estado.

O poder de polícia pode ser **tanto preventivo quanto repressivo**: na modalidade preventiva, estabelecem-se normas que limitam ou condicionam os direitos e interesses dos particulares que possam comprometer os interesses públicos, como as normas municipais de ordenação do solo urbano, instrumentalizando-se a anuência da Administração por meio de “alvarás”; na modalidade repressiva, diante da violação de normas administrativas, a Administração aplica aos infratores sanções administrativas, a exemplo da imposição de multa ao transgressor das normas de trânsito.

No âmbito da polícia administrativa repressiva, a Administração Pública pode impor aos particulares diversas **sanções (de polícia)**, todas incidentes sobre atividades, bens ou direitos [e não sobre pessoas diretamente – polícia judiciária], sendo indispensável o respeito aos princípios e garantias fundamentais, em especial do devido processo legal e do contraditório e da ampla defesa, além da publicidade e da motivação. A doutrina elenca diversas sanções de polícia cabíveis: multas; interdição de estabelecimentos comerciais;

suspensão de direitos; embargo ou demolição de construções irregulares; apreensão de mercadorias irregularmente introduzidas no território nacional; etc..

O poder de polícia pode se concretizar por meio da exigência de **atos negativos ou de atos positivos**. Embora os atos de polícia negativos sejam a regra, sendo mais comum a Administração impor aos particulares obrigações de não fazer ou de tolerar, é possível que o exercício da polícia administrativa enseje obrigações de fazer aos administrados, a exemplo da exigência municipal de utilização compulsória de imóvel urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, nos termos do art. 184, § 4º, da CF/88, c/c o art. 5º da Lei Federal nº 10.257/2001.

Registre-se, ainda, que o exercício do poder de polícia pode ser **tanto uma atividade vinculada quanto uma atividade discricionária**. Por exemplo, no campo da polícia administrativa preventiva, temos os atos administrativos de polícia (de consentimento) de licença e de autorização:

- a **licença de polícia** é ato administrativo vinculado e definitivo por meio do qual a Administração, diante da comprovação do atendimento dos requisitos legais e regulamentares, reconhece ao particular determinado direito subjetivo, como é o caso da licença para construir, da licença para dirigir e da licença para o exercício de profissões;
- a **autorização de polícia** é ato administrativo discricionário através do qual a Administração possibilita ao administrado o exercício de determinada atividade privada de interesse predominantemente particular, a exemplo da autorização para o porte de arma de fogo e para trânsito por determinadas localidades da cidade.

ATENÇÃO!

Diferentemente da licença, na autorização, não há direito subjetivo [mas mero interesse] do particular ao exercício da atividade, ainda que atenda aos requisitos legais e regulamentares. Com efeito, a concessão da autorização depende de um juízo discricionário da Administração, à luz dos interesses públicos subjacentes à atividade pretendida pelo particular.

ATENÇÃO!

Os atos de polícia de consentimento de licença e de autorização instrumentalizam-se pelo **alvará**. Assim sendo, os alvarás (forma) podem ser de licença ou de autorização (conteúdo).

Tema fundamental em provas de concurso é o das **fases do poder de polícia**, os chamados **“CICLOS DE POLÍCIA”**.

A doutrina e a jurisprudência dos Tribunais Superiores entendem serem 04 (quatro) as fases do poder de polícia: (a) Ordem de polícia; (b) Consentimento de polícia; (c) Fiscalização de polícia; (d) Sanção de polícia.

- a) Ordem de polícia:** corresponde às normas gerais da Administração Pública que fixam limites e condicionamentos ao exercício de atividades privadas e ao uso de bens, devendo sempre, em nome do princípio da legalidade, contar com previsão básica em lei formal, cabendo às normas administrativas apenas o detalhamento das prescrições legais. É o caso das regras de trânsito em determinada localidade da cidade;
- b) Consentimento de polícia:** corresponde à anuência prévia da Administração exigida por lei para o exercício de determinadas atividades ou utilização de bens. Esse consentimento se materializa na forma das já estudadas licença ou autorização;
- c) Fiscalização de polícia:** é a atividade de controle das atividades submetidas ao poder de polícia, verificando se atendem aos requisitos legais ou regulamentares (ordens de polícia) e aos termos fixados na licença ou da autorização;
- d) Sanção de polícia:** é a aplicação, dentre aquelas previstas na legislação, de penalidade administrativa em razão da violação das normas impostas pela Administração, em ordens de polícia ou nos instrumentos de consentimento de polícia.

ATENÇÃO!

A doutrina observa que **apenas as fases da ordem de polícia e de fiscalização de polícia estarão obrigatoriamente presentes em todo e qualquer ciclo de polícia**, pois nem sempre a anuência do Poder Público é indispensável para o exercício de atividades ou uso de bens bem como porque a sanção de polícia somente será aplicada se houver infração administrativa.

Quanto à **(IN)DELEGABILIDADE DO PODER DE POLÍCIA**, tradicionalmente, a doutrina e a jurisprudência sempre defenderam a indelegabilidade do poder de polícia, porquanto se trata de atividade típica do Estado [ao lado da jurisdição, da regulação, da legislação, expressão de sua soberania (poder de império)]. Esse é o entendimento do STF (ADI nº 1.717/DF, j. em 07/11/2002), para o qual **o exercício do poder de polícia NÃO pode ser delegado a entidades privadas (não estatais)**.

TODAVIA, a jurisprudência do STJ (REsp nº 817.534/MG, j. em 04/08/2009) firmou o entendimento de que **as fases de consentimento de polícia e de fiscalização de polícia podem ser delegadas para as entidades da Administração Indireta com personalidade jurídica de direito privado**. Para o Tribunal da Cidadania, são completamente indelegáveis apenas as fases de ordem de polícia e de sanção de polícia, porquanto ensejam o exercício de poder extroverso, de coerção. Esse também é o entendimento do STF, o qual, entretanto, não fez a diferenciação clara dos ciclos de polícia realizada pelo STJ, apenas concebendo a delegação da fiscalização de polícia a pessoas jurídicas de direito privado da Administração Indireta (STF, ADI nº 2.310-MC).

Nessa perspectiva, no campo da polícia de trânsito, por exemplo, são indelegáveis às entidades de direito privado da Administração Indireta a fixação de normas genéricas e abstratas para a obtenção da CNH (legislação) e a imposição de multa pela violação das regras

de trânsito (sanção), sendo delegáveis as de emissão da CNH (consentimento) e a instalação de equipamentos eletrônicos para a fiscalização da velocidade estabelecida em lei (fiscalização).

ATENÇÃO!

O STF reconheceu repercussão geral da questão da delegabilidade dos atos de polícia de fiscalização e de sanção às pessoas jurídicas de direito privado integrantes da Administração Indireta, ainda pendente de julgamento (RE nº 840.230/MG).

Precisamos, ainda, abordar os atributos do poder de polícia comumente elencados pela doutrina e jurisprudência, quais sejam a (i) discricionariedade, a (ii) autoexecutoriedade e a (iii) coercibilidade.

i) Discricionariedade

De acordo com a doutrina tradicional, capitaneada por Hely Lopes MEIRELLES, o poder de polícia é atividade discricionária, pois a Administração disporia de um espaço de liberdade para decidir, num juízo de conveniência e oportunidade, sobre os atos de polícia.

Entretanto, como visto, há atividades de polícia vinculadas, a exemplo do consentimento de polícia de licença, que confere ao administrado, diante do atendimento de requisitos previstos em lei e atos regulamentares, direito subjetivo ao exercício de determinada atividade ou uso de bem.

Assim sendo, a doutrina mais moderna rejeita o presente atributo, embora ainda mereça menção por sua importância histórica e por corresponder à maioria dos atos de polícia.

ii) Autoexecutoriedade

A autoexecutoriedade corresponde à possibilidade de a Administração executar/implementar suas medidas de polícia independentemente da interferência do Poder Judiciário.

Por se tratar de uma intrusão na esfera de liberdade dos particulares, somente existe mediante previsão legal ou em caso de urgência de interesse público, a exemplo da retirada de pessoas e demolição de imóvel que ameaça ruína.

ATENÇÃO!

As multas de polícia não possuem autoexecutoriedade, dependendo de ação judicial de execução para serem cobradas.

Embora não se confundam, a autoexecutoriedade é indissociável da coercibilidade. De acordo com Maria Sylvia Zanella DI PIETRO:

“a coercibilidade é indissociável da autoexecutoriedade. O ato de polícia só é autoexecutório porque dotado de força coercitiva. Aliás, a autoexecutoriedade, tal como a conceituamos, não se distingue da coercibilidade, definida por Hely Lopes Meirelles como 'a imposição coativa das medidas adotadas pela Administração’”.

Conforme estudamos quando dos atributos dos atos administrativos, **a autoexecutoriedade é diferente da exigibilidade**, que é a possibilidade de a Administração Pública se valer de meios indiretos de coerção para compelir o administrado ao cumprimento de suas ordens: na exigibilidade, a Administração faz uso de meios indiretos de coerção (ex.: multa); na autoexecutoriedade emprega-se meios diretos de coerção (ex.: lacração de estabelecimento comercial irregular).

iii) Coercibilidade

Cuida-se da possibilidade de a Administração impor, unilateralmente, medidas de polícia aos administrados, que devem cumpri-las independentemente de sua vontade e sem a intervenção do Judiciário, inclusive mediante o emprego de força e sob pena de aplicação de meios indiretos de coerção.

A coercibilidade não existe em todo ato de polícia, não se fazendo presente, por exemplo, nos atos preventivos de polícia, como os de consentimento de licença ou de autorização. Além da compatibilidade com a natureza da medida de polícia, a coercibilidade exige, assim como a autoexecutoriedade, fundamento legal ou situação de emergência de interesse público.

ATENÇÃO!

A coercibilidade não se confunde com a autoexecutoriedade: a primeira é a possibilidade de imposição de obrigações aos particulares independentemente de sua vontade, unilateralmente, portanto, devendo os administrados cumpri-las sobre pena de sancionamento administrativo (meio indireto de coerção); a segunda é a possibilidade de a Administração implementar materialmente suas medidas de polícia, executando-as ela mesma, através de meios diretos de coerção, independentemente da intervenção do Poder Judiciário.

Por fim, quanto à **PRESCRIÇÃO** da sanção de polícia, cumpre registrar que a Lei Federal nº 9.873/1999, aplicável apenas à esfera federal, estabelece em **CINCO ANOS o prazo prescricional das ações punitivas decorrentes do exercício do poder de polícia**, contados da data da prática do ato ou, no caso de infração permanente ou continuada, do dia em que tiver cessado.

Esses mesmos cinco anos valem para o ajuizamento de ação para cobrança de multas aplicadas no exercício do poder de polícia, quando não pagas espontaneamente pelo infrator (art. 1º-A).

Entretanto, caso o fato objeto da ação punitiva administrativa também constitua crime, serão aplicados os prazos da lei penal (art. 1º, § 2º).

ATENÇÃO!

PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE ADMINISTRATIVA:

A mencionada Lei prevê que a prescrição incide no procedimento administrativo paralisado por mais de **03 (três) anos**, pendente de julgamento ou de despacho (art. 1º, § 1º).

1.1.7. PODER DE AUTOTUTELA

Embora a maior parte da doutrina moderna enuncie apenas os 04 (quatro) poderes administrativos retro, tratando a autotutela como princípio administrativo, vale sua colocação como poder administrativo, por assim ser tratado por alguns doutrinadores e porque se trata de prerrogativa da Administração fundada no superprincípio da supremacia do interesse público.

Bem, trata-se do **poder-dever da Administração de controlar seus próprios atos, anulando-os quando ilegais, ou revogando-os se inconvenientes ou inoportunos**. Nesse diapasão, a Administração Pública, cujo mister essencial é a concretização dos interesses públicos, deve manter-se sempre atenta à validade de seus atos e à sua atualidade no atendimento das necessidades coletivas.

Diferentemente do Poder Judiciário, que somente controla a legalidade (ampla) dos atos administrativos, e tão somente mediante provocação, **a Administração Pública realiza o controle tanto da validade quanto do mérito dos atos administrativos, inclusive de ofício**.

ATENÇÃO!

Diante da inércia da jurisdição, o controle judicial dos atos administrativos somente ocorrerá por provocação e se restringirá à análise de sua legalidade, jamais se imiscuindo no legítimo espaço da discricionariedade administrativa (mérito administrativo). Cuidado, contudo, que o Poder Judiciário também exerce função administrativa de forma atípica, de modo que o Judiciário também exercerá autotutela sobre os atos administrativos que editar [funciona como Administração Pública], realizando controle tanto da legalidade quanto da discricionariedade. O que jamais o Judiciário fará é o controle judicial [no exercício da função jurisdicional] do mérito do ato administrativo.

De acordo com o STF, no **Enunciado nº 473 de sua Súmula**:

“A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.”

ATENÇÃO!

A redação desse verbete sumular é bastante cobrada em provas, ainda que não seja tecnicamente perfeita. Veja: sabemos que a anulação deve respeitar os direitos de terceiros de boa-fé e os efeitos passados benéficos aos destinatários do ato ampliativo que esteja de boa-fé; entretanto, o enunciado acima é peremptório no sentido de que dos atos ilegais “não se originam direitos”. Assim, para provas objetivas, verificar se a questão está cobrando essa redação sumular, deixando poréns para uma prova subjetiva.

Pedimos vênia para nos reportar a todo o estudado sobre anulação e revogação de atos administrativos, “ponto 5 do nosso Edital”.

2. LEGISLAÇÃO

CONSTITUIÇÃO FEDERAL:

Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:

IV - sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução;

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) extinção de funções ou cargos públicos, quando vagos.

LEI FEDERAL Nº 9.784/99:

Art. 11. A competência é irrenunciável e se exerce pelos órgãos administrativos a que foi atribuída como própria, salvo os casos de delegação e avocação legalmente admitidos.

Art. 12. Um órgão administrativo e seu titular poderão, se não houver impedimento legal, delegar parte da sua competência a outros órgãos ou titulares, ainda que estes não lhe sejam hierarquicamente subordinados, quando for conveniente, em razão de circunstâncias de índole técnica, social, econômica, jurídica ou territorial.

Parágrafo único. O disposto no caput deste artigo aplica-se à delegação de competência dos órgãos colegiados aos respectivos presidentes.

Art. 13. Não podem ser objeto de delegação:

I - a edição de atos de caráter normativo;

II - a decisão de recursos administrativos;

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

Art. 14. O ato de delegação e sua revogação deverão ser publicados no meio oficial.

§ 1º O ato de delegação 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.

§ 2º O ato de delegação é revogável a qualquer tempo pela autoridade delegante.

§ 3º As decisões adotadas por delegação devem mencionar explicitamente esta qualidade e considerar-se-ão editadas pelo delegado.

Art. 15. Será permitida, em caráter excepcional e por motivos relevantes devidamente justificados, a avocação temporária de competência atribuída a órgão hierarquicamente inferior.

Art. 16. Os órgãos e entidades administrativas divulgarão publicamente os locais das respectivas sedes e, quando conveniente, a unidade fundacional competente em matéria de interesse especial.

Art. 17. Inexistindo competência legal específica, o processo administrativo deverá ser iniciado perante a autoridade de menor grau hierárquico para decidir.

CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL:

Art. 78. Considera-se **poder de polícia** a 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.

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

LEI FEDERAL Nº 9.873/99:

Art. 1º Prescreve em cinco anos a ação punitiva da Administração Pública Federal, direta e indireta, no exercício do poder de polícia, objetivando apurar infração à legislação em vigor, contados da data da prática do ato ou, no caso de infração permanente ou continuada, do dia em que tiver cessado.

§ 1º Incide a prescrição no procedimento administrativo paralisado por mais de três anos, pendente de julgamento ou despacho, cujos autos serão arquivados de ofício ou mediante requerimento da parte interessada, sem prejuízo da apuração da responsabilidade funcional decorrente da paralisação, se for o caso.

§ 2º Quando o fato objeto da ação punitiva da Administração também constituir crime, a prescrição rege-se-á pelo prazo previsto na lei penal.

Art. 1º-A. Constituído definitivamente o crédito não tributário, após o término regular do processo administrativo, prescreve em 5 (cinco) anos a ação de execução da administração pública federal relativa a crédito decorrente da aplicação de multa por infração à legislação em vigor.

LEI FEDERAL Nº 8.112/90:

Art. 125. As sanções civis, penais e administrativas poderão cumular-se, sendo **independentes entre si**.

Art. 126. A responsabilidade administrativa do servidor será afastada no caso de **absolvição criminal que negue a existência do fato ou sua autoria.**

CÓDIGO CIVIL DE 2002:

Art. 935. A responsabilidade **civil é independente da criminal, não** se podendo **questionar** mais sobre a **existência do fato, ou sobre quem seja o seu autor**, quando estas questões se acharem decididas no **juízo criminal.**

CÓDIGO DE PROCESSO PENAL:

Art. 66. Não obstante a sentença **absolutória no juízo criminal**, a ação civil poderá ser proposta quando não tiver sido, categoricamente, reconhecida a **inexistência material do fato.**

Art. 67. Não **impedirão** igualmente a propositura da **ação civil:** I - o despacho de arquivamento do inquérito ou das peças de informação; II - a decisão que julgar extinta a punibilidade;

3. JURISPRUDÊNCIA

SÚMULAS DO STF

SÚMULA Nº 55

Militar da reserva está sujeito a pena disciplinar.

SÚMULA Nº 56

Militar reformado não está sujeito a pena disciplinar.

SÚMULA Nº 346

A administração pública pode declarar a nulidade dos seus próprios atos.

SÚMULA Nº 419

Os municípios têm competência para regular o horário do comércio local, desde que não infrinjam leis estaduais ou federais válidas.

SÚMULA Nº 473

A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.

SÚMULA Nº 645 (CONVERTIDA NA SÚMULA VINCULANTE Nº 38)

É competente o município para fixar o horário de funcionamento de estabelecimento comercial.

SÚMULA Nº 646

Ofende o princípio da livre concorrência lei municipal que impede a instalação de estabelecimentos comerciais do mesmo ramo em determinada área.

SÚMULA VINCULANTE Nº 38

É competente o Município para fixar o horário de funcionamento de estabelecimento comercial.

SÚMULA VINCULANTE Nº 49

Ofende o princípio da livre concorrência lei municipal que impede a instalação de estabelecimentos comerciais do mesmo ramo em determinada área.

SÚMULAS DO STJ

SÚMULA Nº 19

A fixação do horário bancário, para atendimento ao público, é da competência da União.

SÚMULA Nº 127

É ilegal condicionar a renovação da licença de veículo ao pagamento de multa, da qual o infrator não foi notificado.

SÚMULA Nº 312

No processo administrativo para imposição de multa de trânsito, são necessárias as notificações da autuação e da aplicação da pena decorrente da infração.

SÚMULA Nº 467

Prescreve em cinco anos, contados do término do processo administrativo, a pretensão da Administração Pública de promover a execução da multa por infração ambiental.

SÚMULA Nº 510

A liberação de veículo retido apenas por transporte irregular de passageiros não está condicionada ao pagamento de multas e despesas.

SÚMULA Nº 561

Os conselhos regionais de farmácia possuem atribuição para fiscalizar e autuar as farmácias e drogarias quanto ao cumprimento da exigência de manter profissional legalmente habilitado (farmacêutico) durante todo o período de funcionamento dos respectivos estabelecimentos.

OUTROS JULGADOS

**AS GUARDAS MUNICIPAIS PODEM REALIZAR A FISCALIZAÇÃO DE TRÂNSITO
(STF, Plenário. RE 658570/MG, julgado em 06/08/2015, Info 793)**

- **DECISUM (Decisão):** É constitucional a atribuição às guardas municipais do exercício de poder de polícia de trânsito, inclusive para imposição de sanções administrativas legalmente previstas.
- **RATIO DECIDENDI (Fundamentação jurídica):** A Corte destacou que o poder de polícia não se confundiria com a segurança pública. O exercício daquele não seria prerrogativa exclusiva das entidades policiais, a quem a Constituição outorgara, com exclusividade, no art. 144, apenas as funções de promoção da segurança pública. Ademais, a fiscalização do trânsito com aplicação das sanções administrativas legalmente previstas, embora pudesse se dar ostensivamente, constituiria mero exercício de poder de polícia. Não haveria, portanto, óbice ao seu exercício por entidades não policiais. O CTB, observando os parâmetros constitucionais, estabeleceu a competência comum dos entes da Federação para o exercício da fiscalização de trânsito. Dentro de sua esfera de atuação, delimitada pelo CTB, os Municípios poderiam determinar que o poder de polícia que lhes compete fosse exercido pela guarda municipal. O art. 144, § 8º, da CF, não impediria que a guarda municipal exercesse funções adicionais à de proteção de bens, serviços e instalações do Município. Até mesmo instituições policiais poderiam cumular funções típicas de segurança pública com o exercício do poder de polícia.

ATRIBUIÇÃO PARA CLASSIFICAR COMO MEDICAMENTO PRODUTO IMPORTADO**(STJ, Plenário. 1ª Turma. REsp 1.555.004/SC, julgado em 16/02/2016, Info 577)**

- **DECISUM (Decisão):** Se a ANVISA classificou determinado produto importado como “cosmético”, a autoridade aduaneira não poderá alterar essa classificação para defini-lo como “medicamento”.
- **RATIO DECIDENDI (Fundamentação jurídica):** Nos termos do art. 8º da Lei Federal nº 9.782/1999, incumbe à ANVISA regulamentar, controlar e fiscalizar os produtos e serviços que envolvam a saúde pública. Logo, é da ANVISA a atribuição de definir o que é medicamento e o que é cosmético.

EMPRESAS DE SEGURANÇA PRIVADA E SÓCIOS ESTRANGEIROS**(STJ, 1ª Seção, MS 19.088-DF, Rel. Min. Herman Benjamin, j. em 14/12/2016, Info 596)**

- **DECISUM (Decisão):** Empresas brasileiras, constituída no Brasil e sujeita às leis brasileiras, poderão praticar atividades de segurança privada no país ainda que tenham sócios estrangeiros.
- **RATIO DECIDENDI (Fundamentação jurídica):** Empresas que sejam constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País são consideradas “empresas brasileiras” (art. 1.126 do Código Civil), sendo irrelevante que tenham na sua composição societária, direta ou indiretamente, participação ou controle pelo capital estrangeiro. A restrição veiculada pelo art. 11 da Lei nº 7.102/83, de acordo com a CF/88, não impede a participação de capital estrangeiro nas sociedades nacionais que prestam serviço de segurança privada.

AUTOEXECUTORIEDADE DOS ATOS ADMINISTRATIVOS E INTERESSE DE AGIR**(STJ, REsp 1651622/SP, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, j. 28/03/2017)**

- **DECISUM (Decisão):** A administração pública possui interesse de agir para tutelar em juízo atos em que ela poderia atuar com base em seu poder de polícia. (**tema polêmico na doutrina e na jurisprudência*)
- **RATIO DECIDENDI (Fundamentação jurídica):** segue trecho da ementa do julgado: “2. Verifica-se configurado o interesse de agir (art. 267, I, CPC), visto que a autoexecutoriedade afeita à pessoa política não retira desta a pretensão em valer-se de decisão judicial que lhe assegure a providência fática que almeja, pois nem sempre as medidas tomadas pela Administração no exercício do poder de polícia são suficientes”.

PODER DE POLÍCIA E DELEGAÇÃO A PARTICULARES**(REsp 817.534/MG, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, J. 10/11/2009)**

- **DECISUM (Decisão):** Não é possível a aplicação de sanções pecuniárias por sociedade de economia mista, facultado o exercício do poder de polícia fiscalizatório.

· **RATIO DECIDENDI (Fundamentação jurídica):** Segue trecho da ementa do julgado citado: “(...) em sentido amplo, poder de polícia pode ser conceituado como o dever estatal de limitar-se o exercício da propriedade e da liberdade em favor do interesse público. A controvérsia em debate é a possibilidade de exercício do poder de polícia por particulares (no caso, aplicação de multas de trânsito por sociedade de economia mista). 3. As atividades que envolvem a consecução do poder de polícia podem ser sumariamente divididas em quatro grupo, a saber: (i) legislação, (ii) consentimento, (iii) fiscalização e (iv) sanção. 4. No âmbito da limitação do exercício da propriedade e da liberdade no trânsito, esses grupos ficam bem definidos: o CTB estabelece normas genéricas e abstratas para a obtenção da Carteira Nacional de Habilitação (legislação); a emissão da carteira corporifica a vontade o Poder Público (consentimento); a Administração instala equipamentos eletrônicos para verificar se há respeito à velocidade estabelecida em lei (fiscalização); e também a Administração sanciona aquele que não guarda observância ao CTB (sanção). 5. Somente os atos relativos ao consentimento e à fiscalização são delegáveis, pois aqueles referentes à legislação e à sanção derivam do poder de coerção do Poder Público. 6. No que tange aos atos de sanção, o bom desenvolvimento por particulares estaria, inclusive, comprometido pela busca do lucro - aplicação de multas para aumentar a arrecadação”.

Trata-se de jurisprudência consolidada do STJ, conforme os seguintes precedentes: AgInt no AREsp 541532/MG, Rel. Ministra Diva Malerbi (Desembargadora Convocada TRF 3ª Região), Segunda Turma, Julgado Em 16/08/2016, Dje 23/08/2016; Agrg No Aresp 539558/MG, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, Julgado Em 25/11/2014, Dje 03/12/2014; Resp 817534/MG, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, Julgado Em 10/11/2009, Dje 10/12/2009; Resp 1201319/RJ (Decisão Monocrática), Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Julgado Em 01/02/2016, Dje 04/02/2016; Agrg No Aresp 689441/MG (Decisão Monocrática), Rel. Ministro Herman Benjamin, Julgado Em 30/11/2015, Dje 05/02/2016.

4. QUESTÕES DE CONCURSOS

OBSERVAÇÕES: Ler os comentários somente após a tentativa de resolução das questões sem consulta.

1. (2017 – FCC – TJ-SC – Juiz Substituto) Sobre o exercício do poder disciplinar da Administração Pública, é correto afirmar que tal poder:

- a) É exercido somente em face de servidores regidos pelas normas estatutárias, não se aplicando aos empregados públicos, regidos pela Consolidação das Leis do Trabalho.
- b) Admite a aplicação de sanções de maneira imediata, desde que tenha havido prova inconteste da conduta ou que ela tenha sido presenciada pela autoridade superior do servidor apenado.
- c) É aplicável aos particulares, sempre que estes descumpram normas regulamentares legalmente embasadas, tais como as normas ambientais, sanitárias ou de trânsito.
- d) É extensível a sujeitos que tenham um vínculo de natureza especial com a Administração, sejam ou não servidores públicos.
- e) Não contempla, em seu exercício, a possibilidade de afastamentos cautelares de servidores antes que haja o prévio exercício de ampla defesa e contraditório.

2. (2016 – CESPE – TJ-AM – Juiz de Direito) Os poderes administrativos são prerrogativas outorgadas aos agentes públicos para a consecução dos interesses da coletividade. A respeito desses poderes, assinale a opção correta.

- a) O pagamento de multa aplicada em decorrência do poder de polícia não pode configurar condição para que a administração pratique outro ato em favor do interessado.
- b) O poder restritivo da administração, consubstanciado no poder de polícia, não se limita pelos direitos individuais.

- c) O poder vinculado refere-se à faculdade de agir atribuída ao administrador.
- d) Entre os poderes administrativos incluem-se o poder disciplinar, o poder regulamentar e o poder jurídico.
- e) Poder regulamentar é a prerrogativa concedida à administração pública de editar atos gerais para complementar as leis e permitir a sua efetiva aplicação.

3. (2015 – FCC – TJ-PI – Juiz de Direito) Na ementa do acórdão do Recurso Extraordinário nº 658.570, do Supremo Tribunal Federal, consta o seguinte trecho:

Desprovemento do recurso extraordinário e fixação, em repercussão geral, da seguinte tese: é constitucional a atribuição às guardas municipais do exercício de poder de polícia de trânsito, inclusive para imposição de sanções administrativas legalmente previstas.

Para assim decidir, o Tribunal estabeleceu algumas premissas. Dentre elas, NÃO figura por ser incompatível com a conclusão acima citada:

- a) Instituições policiais podem cumular funções típicas de segurança pública com exercício de poder de polícia.
- b) Poder de polícia não se confunde com segurança pública. O exercício do primeiro não é prerrogativa exclusiva das entidades policiais.
- c) A fiscalização do trânsito, com aplicação das sanções administrativas legalmente previstas, embora possa se dar ostensivamente, constitui mero exercício de poder de polícia.
- d) O exercício do poder de polícia por instituições policiais é constitucionalmente possível. No entanto, nesse caso o poder de polícia deixa de se caracterizar como ação administrativa, passando a configurar exercício de polícia judiciária.

e) Considerando a competência comum dos entes da federação em matéria de trânsito, podem os Municípios determinar que o poder de polícia que lhes compete seja realizado pela guarda municipal.

4. (2015 – CESPE – TJ-PB – Juiz de Direito) No que se refere aos princípios informativos e aos poderes da administração pública, assinale a opção correta.

- a) A administração pública deve dar publicidade aos atos administrativos individuais e gerais mediante publicação em diário oficial, sob pena de afronta ao princípio da publicidade.
- b) Por força do princípio da motivação, que rege a atuação administrativa, a lei veda a prática de ato administrativo em que essa motivação não esteja mencionada no próprio ato e indicada em parecer.
- c) Como a delegação de competência se assenta no poder hierárquico da administração pública, cujo pressuposto é a relação de subordinação entre órgãos e agentes públicos, é inadmissível a delegação de competência fora da linha vertical de subordinação e comando.
- d) No exercício do poder disciplinar, a administração pública pode impor sanção administrativa a servidor, sendo vedado ao Poder Judiciário, segundo jurisprudência, perquirir a motivação nesse caso.
- e) Normas jurídicas que garantam ao usuário do serviço público o poder de reclamar da deficiência na prestação do serviço expressam um dos princípios aplicáveis à administração pública, como forma de assegurar a participação do usuário na administração pública direta e indireta.

5. (2019 – CESPE – TJ-BA – Juiz de Direito) O poder de polícia administrativo:

a) limita ou disciplina direito, interesse ou

liberdade individual, regulando e fiscalizando atos civis ou penais.

b) inclui, no âmbito das agências reguladoras, a possibilidade de tipificar condutas passíveis de sanção, de acordo com o STJ.

c) pode ser delegado a sociedade de economia mista que explore serviço público, a qual poderá praticar atos de fiscalização e aplicar multas.

d) possui autoexecutoriedade, princípio segundo o qual o ato emanado será obrigatório, independentemente da vontade do administrado.

e) deve obedecer ao princípio da proporcionalidade no exercício do mérito administrativo e, por isso, é impassível de revisão judicial nesse aspecto.

5. (2018 – CESPE – TJ-BA – Juiz de Direito) O poder de polícia administrativo:

a) limita ou disciplina direito, interesse ou liberdade individual, regulando e fiscalizando atos civis ou penais.

b) inclui, no âmbito das agências reguladoras, a possibilidade de tipificar condutas passíveis de sanção, de acordo com o STJ.

c) pode ser delegado a sociedade de economia mista que explore serviço público, a qual poderá praticar atos de fiscalização e aplicar multas.

d) possui autoexecutoriedade, princípio segundo o qual o ato emanado será obrigatório, independentemente da vontade do administrado.

e) deve obedecer ao princípio da proporcionalidade no exercício do mérito administrativo e, por isso, é impassível de revisão judicial nesse aspecto.

6. (2019 – CESPE – TJ-RO – Juiz de Direito) Durante a vigência e a execução de contrato de delegação da prestação de serviço público, na modalidade de concessão comum, as concessionárias:

- a) sub-rogam-se no poder de polícia do poder concedente, podendo celebrar termos de ajuste de conduta administrativa com o Tribunal de Contas responsável pelo controle interno da atividade delegada.
- b) sub-rogam-se nas prerrogativas do poder concedente em relação ao serviço público objeto do contrato, respondendo subsidiariamente pelos prejuízos que causar aos usuários do serviço delegado.
- c) sujeitam-se ao poder de polícia exercido pelo poder concedente em relação aos atos não relacionados à execução do contrato de concessão.
- d) sub-rogam-se no poder hierárquico do poder concedente, podendo delegar o exercício de suas atividades a terceiro.
- e) sujeitam-se ao poder de polícia exercido pelo poder concedente sobre todos os atos por ela praticados, na qualidade de delegatária.

7. (2019 – VUNESP – TJ-RJ – Juiz de Direito) De acordo com a Lei do Processo Administrativo do Estado do Rio de Janeiro (Lei no 5.427/2009), uma decisão proferida em processo administrativo poderá ter efeito normativo e vinculante para os órgãos e entidades da Administração Pública estadual se assim determinar o Governador do Estado em despacho motivado, publicado no Diário Oficial, após oitiva da Procuradoria Geral do Estado. Referida disposição legal é:

- a) exemplo de exercício de competência vinculada da autoridade administrativa.
- b) decorrência do poder hierárquico do Chefe do Poder Executivo.

- c) concretização do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado.
- d) manifestação do poder regulamentar do legislador constitucional.
- e) expressão do poder disciplinar do Chefe do Poder Executivo.

4.1 COMENTÁRIOS

1. D

A – INCORRETA.

O poder disciplinar é a faculdade da Administração de punir as infrações praticadas pelos agentes públicos (vínculos de trabalho em geral, incluindo-se os estatutários, celetistas temporários, estagiários, etc.) e pelos particulares que tenham consigo algum vínculo especial, como os alunos de uma escola pública ou aqueles que contratam com a Administração.

B – INCORRETA.

A aplicação de sanção disciplinar deverá respeitar os princípios do contraditório e da ampla defesa.

C – INCORRETA.

A alternativa trata de hipóteses de aplicação do poder de polícia, que atinge indistintamente os particulares que cometerem alguma infração à lei ou regulamento, não se limitando aos indivíduos que possuam vínculos com a Administração, como ocorre com o poder disciplinar.

D – CORRETA.

Conforme já ressaltado na alternativa “A”, o poder disciplinar atinge não só os servidores públicos, mas também aqueles ligados à Administração Pública por vínculo especial. Fala-se, então, que o poder disciplinar pode se projetar para fora da Administração Pública.

E – INCORRETA.

A Lei Federal nº 8.112/90, em seu art. 147, prevê a possibilidade de afastamento preventivo do servidor acusado de ter cometido irregularidades para que este não interfira no andamento do processo.

2. E

A – INCORRETA.

De acordo com José dos Santos CARVALHO FILHO, embora a multa não tenha autoexecutoriedade, é

possível, sim, que seu pagamento seja condição para que a Administração pratique ato em favor do interessado, desde que haja previsão legal. Não se esqueçam, ainda, da possibilidade de a Administração descontar o valor da multa aplicada no âmbito de um contrato administrativo de pagamentos que deva fazer ao contratado faltoso.

B – INCORRETA.

O exercício do poder de polícia deve ocorrer dentro do Direito, com respeito, em especial, às garantias e direitos fundamentais.

C – INCORRETA.

O conceito dado é de discricionariedade. Na vinculação, conforme estudamos, não há margem de liberdade ao administrador para agir segundo a conveniência ou oportunidade administrativas. Não há, enfim, faculdade de agir, mas dever de agir;

D – INCORRETA.

Não existe “poder jurídico” como poder administrativo. Como vimos, a doutrina moderna enuncia apenas 04 (quatro), quais sejam o poder normativo/regulamentar, o poder hierárquico, o poder disciplinar e o poder de polícia. Há quem considere, ainda, o poder de autotutela.

E – CORRETA.

Embora a assertiva apresente propriamente o conceito de poder normativo [conferido à Administração Pública em geral, de editar normas gerais e abstratas, para fiel execução da lei], e não de poder regulamentar [específico do Chefe do Poder Executivo], vale mais uma vez a ressalva de que eles são comumente tratados como sinônimos.

3. D

Eis a ementa do RE nº 658.570 (Info STF nº 793):

EMENTA: DIREITO ADMINISTRATIVO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PODER DE POLÍCIA. IMPOSIÇÃO DE MULTA DE TRÂNSITO. GUARDA

MUNICIPAL. CONSTITUCIONALIDADE. 1. **Poder de polícia não se confunde com segurança pública. O exercício do primeiro não é prerrogativa exclusiva das entidades policiais, a quem a Constituição outorgou, com exclusividade, no art. 144, apenas as funções de promoção da segurança pública (b).** 2. **A fiscalização do trânsito, com aplicação das sanções administrativas legalmente previstas, embora possa se dar ostensivamente, constitui mero exercício de poder de polícia, não havendo, portanto, óbice ao seu exercício por entidades não policiais (c).** 3. O Código de Trânsito Brasileiro, observando os parâmetros constitucionais, estabeleceu a **competência comum dos entes da federação para o exercício da fiscalização de trânsito.** 4. Dentro de sua esfera de atuação, delimitada pelo CTB, os **Municípios podem determinar que o poder de polícia que lhe compete seja exercido pela guarda municipal (e).** 5. O art. 144, §8º, da CF, não impede que a guarda municipal exerça funções adicionais à de proteção dos bens, serviços e instalações do Município. Até mesmo **instituições policiais podem cumular funções típicas de segurança pública com exercício de poder de polícia.** Entendimento que não foi alterado pelo advento da EC nº 82/2014 (a). 6. Desprovimento do recurso extraordinário e fixação, em repercussão geral, da seguinte tese: é constitucional a atribuição às guardas municipais do exercício de poder de polícia de trânsito, inclusive para imposição de sanções administrativas legalmente previstas.

4. E

A – INCORRETA.

Publicidade não se confunde com publicação: a primeira é princípio administrativo, confundindo-se com a transparência administrativa, consectário do princípio republicano; a segunda é espécie de publicidade, que pode ocorrer por diversas formas;

B – INCORRETA.

O par. 1º do art. 50 da Lei Federal nº 9784/1999 admite expressamente a chamada motivação aliunde ou *per relationem*: § 1º A motivação deve ser explícita, clara e congruente, podendo consistir em declaração de concordância com fundamentos de anteriores pareceres, informações, decisões ou propostas, que, neste caso, serão parte integrante do ato;

C – INCORRETA.

O art. 12 da Lei Federal nº 9784/1999 prevê expressamente que a delegação pode ocorrer dentro ou fora da linha hierárquica. É a avocação que somente pode ser efetuada pelo superior hierárquico em relação à competência de seu subordinado.

D – INCORRETA.

Como visto, o Poder Judiciário poderá, sim, controlar os aspectos de legalidade (*lato sensu*) da sanção disciplinar, notadamente o respeito às garantias fundamentais, às regras procedimentais e às espécies e limites da penalidade aplicada. Ademais, consoante já estudamos, a consagrada “teoria dos motivos determinantes” permite que o Judiciário analise a veracidade do motivo alegado pela Administração para a prática do ato, ainda quando ele era discricionário;

E – CORRETA.

Trata-se do princípio da publicidade e da eficiência administrativas, além do direito fundamental de acesso a informações, assegurado no art. 5º, XXXIII, da CF/88, e de participação do cidadão na Administração Pública, conforme previsão do art. 37, § 3º, da CF/88. Ressalte-se a recente Lei Federal nº 13.460/2017, que “Dispõe sobre a participação, proteção e defesa do usuário de serviços públicos da administração pública”.

5. B

A – INCORRETO.

O poder de polícia administrativo não se refere a infrações penais, estas que são objeto da chamada “polícia judiciária”, composta por corporações especializadas e que recaem sobre os infratores da lei penal, preparando a atuação da jurisdição penal. A “polícia administrativa, diferentemente, recai sobre atividades, bens e serviços privados, limitando-os ou condicionando-os às normas administrativas, com o objetivo de proteção e realização do interesse público.

B – CORRETO.

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. ANTT. TRANSPORTE INTERESTADUAL DE PASSAGEIROS. AUTOS DE INFRAÇÃO. TIPIFICAÇÃO DA CONDUTA E IMPOSIÇÃO DE MULTA. APLICAÇÃO DE PENALIDADE ADMINISTRATIVA COM BASE NA RESOLUÇÃO ANTT N. 233/2003. POSSIBILIDADE. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC/73. INEXISTÊNCIA. ACÓRDÃO EM DISSONÂNCIA COM ENTENDIMENTO DO STJ. DEVIDO ENFRENTAMENTO DAS QUESTÕES RECURSAIS.

I - Inexiste a alegada violação do art. 535 do CPC/73, no caso, pois a prestação jurisdicional foi dada na medida da pretensão deduzida, como se depreende da análise do acórdão recorrido.

II - O STJ possui entendimento de que "as sanções administrativas aplicadas pelas agências reguladoras, no exercício do seu poder de polícia, não ofendem o princípio da legalidade, visto que a lei ordinária delega a esses órgãos a competência para editar normas e regulamentos no âmbito de sua atuação, inclusive tipificar as condutas passíveis de punição, principalmente acerca de atividades eminentemente técnicas". (REsp 1.522.520/RN. Rel. Ministro Gurgel de Faria. Julgado em 01/02/2018. DJe em 22/02/2018).

III - Nesse sentido: AgRg no REsp 1541592/RS,

Relatora Ministra Regina Helena Costa, Primeira Turma, DJe 21/09/2015; AgRg no REsp 1371426/SC, Relator Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 24/11/2015.

IV - Agravo interno improvido. (STJ, T2 – Segunda Turma, AgInt no REsp 1641688 /PB AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL 2016/0314232-1, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, j. em 17/04/2018).

NADA OBSTANTE, vale ponderar que a possibilidade de inovação da ordem jurídica é controversa na doutrina e jurisprudência brasileiras, já tendo o Supremo, inclusive, se manifestado pela impossibilidade de deslegalização, restringindo a atuação das agências reguladoras à função administrativa, e jamais legislativa (v.g., ADI nº 1.668, em que se entendeu ser inconstitucional outorgar à agência reguladora a competência para disciplinar procedimento licitatório no âmbito do setor regulado).

C – INCORRETO.

Conforme entendimento do STJ, somente as fases do consentimento e da fiscalização podem ser delegados a pessoas jurídicas de direito privado; jamais as da ordem e da sanção (REsp nº 817.534/MG, j. em 04/08/2009).

D – INCORRETO.

A assertiva está duplamente equivocada: a uma, porque, conforme a posição majoritária na doutrina administrativista, a autoexecutoriedade não está presente em todo e qualquer ato de polícia administrativa, mas apenas quando houver expressa previsão legal nesse sentido ou se existir urgência de interesse público que legitime a execução direta, pela Administração, do comando do ato; a duas, em virtude de ter sido dado o conceito da imperatividade, outro atributo do ato administrativo.

E – INCORRETO.

Deveras, o mérito administrativo é, em si, insindicável, sob pena de violação do princípio

fundamental da separação dos poderes (art. 2º, CF/88). Entretanto, o exercício legítimo do mérito administrativo depende do respeito à legalidade em sentido amplo (legitimidade), ao Direito como um todo. No ponto, ganham destaque os princípios administrativos, em especial o da razoabilidade, proporcionalidade e moralidade, os quais, dotados de força normativa, definem, juntamente com as regras, a moldura dentro da qual a Administração deve exercer o mérito administrativo, cabendo ao Judiciário, sempre que provocado, controlar a legitimidade da conveniência e oportunidade administrativas.

6. C

A - INCORRETA.

Prevalece que as concessionárias, enquanto pessoas jurídicas de direito privado não integrantes da Administração Pública, não podem desempenhar poder de polícia (STF, ADI nº 1.717/DF, j. em 07/11/2002). Excepcionalmente, o STJ admite a delegação das fases de fiscalização e consentimento às pessoas jurídicas de direito privado, mas apenas àquelas integrantes da Administração Pública, o que não é o caso das concessionárias de serviço público (STJ, REsp nº 817.534/MG, j. em 04/08/2009). Ademais, o controle pelo Tribunal de Contas é considerado externo, e não interno, este quando realizado pela própria Administração, através de seus diversos órgãos e entidades.

B – INCORRETA.

As concessionárias de serviço respondem diretamente pelos danos causados no exercício da atividade delegada, conforme art. 25 da Lei Federal nº 8.987/1995 – Lei de Concessões.

C – CORRETA.

O poder de polícia corresponde àquilo que se chama de “sujeição geral”, qual seja a submissão da generalidade das pessoas (físicas e jurídicas) ao poder de império do Estado, limitando-se sua liberdade e propriedade em favor do interesse

público. Naquilo que se refere ao objeto do contrato, a concessionária se submete ao poder disciplinar, concernente à chamada “sujeição especial”, baseada numa relação especial com o Estado e nos termos do instrumento contratual celebrado; no que diz respeito a todo o resto [não objeto do contrato], a concessionária, assim como todas as demais pessoas, se sujeita ao poder de polícia estatal.

D – INCORRETA.

O poder hierárquico é aquele entre os órgãos e agentes de uma mesma pessoa jurídica, manifestando-se interna corporis. A relação especial (contratual) do poder concedente com a concessionária diz respeito ao poder disciplinar. Além disso, consoante o art. 27 da Lei de Concessões, a transferência do objeto do contrato a terceiros é, via de regra – salvo anuência do poder concedente – vedada, implicando caducidade (extinção por falta) da concessão.

E – INCORRETA.

Mais uma vez, confunde-se o poder de polícia (sujeição geral) com o poder disciplinar (sujeição especial), este que depende de um vínculo especial com a Administração e é exercido com base no instrumento contratual, no caso, no contrato de concessão de serviço público.

7. B

Embora a VUNESP tenha dado como correta a letra “B”, entendo que a questão era passível de anulação, por não conter resposta propriamente correta. Vejamos:

A – INCORRETA.

Por se tratar de uma possibilidade (“poderá ter efeito normativo e vinculante... se assim determinar o Governador”), a competência é discricionária.

B – INCORRETA.

A competência descrita refere-se tanto aos

órgãos quanto às entidades da Administração estadual e, como sabido, é impróprio se falar em poder hierárquico entre a Administração Direta e Indireta. Embora, sim, compita ao Chefe do Executivo a “direção superior da administração” (art. 84, II, CF/88, e art. 145, II, da CERJ), não há tecnicamente poder hierárquico do Chefe do Executivo em relação às entidades da Administração Indireta, porquanto estas possuem autonomia administrativa. Como sabido, o poder hierárquico manifesta-se *interna corporis*, dentro da estrutura de uma mesma entidade. O controle realizado pelo Chefe do Executivo quanto às entidades da Administração Indireta é finalístico e político, este último que não se confunde com poder hierárquico, espécie de poder administrativo. Inclusive, das decisões do órgão de direção das pessoas da Administração Indireta, cabe “recurso hierárquico impróprio” para o Chefe do Executivo, e apenas no que diz respeito às finalidades da entidade e sua adequação à política pública setorial, exatamente porque inexistente subordinação (vide Parecer 51 da AGU).

C – INCORRETA.

Não há qualquer relação entre a competência descrita e o princípio da supremacia do interesse público, até mesmo porque o ato normativo em tela não produz efeitos fora da Administração Pública, não atingindo os particulares.

D – INCORRETA.

Poder regulamentar é o poder normativo exercido pelo Chefe do Executivo, de fiel execução da lei, conforme previsão do art. 84, IV, da CF/88, e 145, IV, da CERJ. Nesse ambiente, é possível enquadrar a conferência, pelo Chefe do Executivo, de efeito normativo vinculante às decisões em processo administrativo, com objetivo de dar a correta execução às leis. Contudo, a dúvida da exatidão da assertiva reside em sua parte final, ao mencionar “do legislador constitucional”: não se sabe se se quis indicar se

tratar de uma competência prevista na Constituição, o que é correto, ou se a fiel execução promovida pelo poder regulamentar é da Constituição, e não das leis, o que estaria incorreto.

E – INCORRETA.

O poder disciplinar é o poder-dever de fiscalizar e aplicar sanções àqueles que, ligados por uma relação especial com o Estado, infringem normas administrativas, estatutárias ou contratuais que regulam esse vínculo próprio. Não há qualquer relação com a competência descrita na questão, pois.