

OS PODERES DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Por Ryasmim dos Santos¹

Para que a Administração possa realizar suas atividades, o ordenamento lhe confere poderes que são exercidos por meio de funções, destinadas à consecução de determinados fins, notadamente o atendimento ao interesse público, que é um dos primados do Direito Administrativo, diferentemente dos poderes do Estado, o executivo, o legislativo e o judiciário.

Os poderes da Administração têm natureza instrumental, isto é, surgem como instrumentos conferidos pelo ordenamento jurídico à Administração para preservar interesses da coletividade. O uso desses poderes é um dever-poder, pois é por meio deles que se irá alcançar a preservação dos interesses da coletividade.

Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo ao tratar dos Poderes da Administração Pública citam Hely Lopes Meirelles que explica a expressão poder-dever, para o administrador público, como sendo “[...] uma obrigação de atuar, desde que se apresente o ensejo de exercitá-lo em benefício da coletividade” (PAULO & ALEXANDRINO, 2008), enquanto é considerada uma faculdade para o particular.

Diógenes Gasparini ensina que o certo seria a expressão Dever-poder e não Poder-Dever, pois “[...] são deveres-poderes, na medida em que o agente público deve agir e para o resultado esperado pelo ordenamento jurídico deve ter o competente poder”. (GASPARINI, 2005)

Em decorrência da indisponibilidade do interesse público, a lei impõe ao administrador público alguns limites, na forma de deveres específicos e peculiares, visando assegurar que sua atuação se dê efetivamente em benefício do interesse público, sob o controle direto ou indireto do povo.

Esses limites são:

- Preservação do interesse público: O administrador só poderá usá-los para preservar os interesses públicos. Se ultrapassar os limites haverá abuso de poder e desvio de finalidade, que são espécies de ilegalidade.
- Princípio da legalidade: O administrador só poderá usar os poderes estabelecidos em lei. Se usar outros será ilegal, pois há uma subsunção do administrador à lei.

¹ Acadêmica de Direito do 9º período da Universidade Federal do Maranhão

- Forma federativa do Estado: O administrador no uso desses poderes não poderá invadir o campo de atuação de outra pessoa que integre a Administração, assim tem que respeitar a federação. Se invadir, será ilegal.

Quando a Administração ultrapassar aqueles limites, estará sujeita a um controle, que pode ser feito pela Administração e pelo Judiciário (súmula 473 do STF).

A administração pode anular seus próprios atos quando houver abuso de poder e desvio de finalidade, em decorrência da autotutela. Já o Poder Judiciário pode anular os atos administrativos através de um controle de legalidade.

A responsabilização dos agentes que ultrapassarem suas atribuições legais pode ocorrer de duas formas, que são:

1. Responsabilização segundo a Lei 4898/64 (abuso de autoridade):

Situações caracterizadoras de abuso de poder: Qualquer atentado à liberdade de locomoção; à inviolabilidade do domicílio, ao sigilo da correspondência, à liberdade de consciência e de crença; ao livre exercício do culto religioso, à liberdade de associação; aos direitos e garantias legais, assegurados ao exercício do voto; aos direitos de reunião; à incolumidade física do indivíduo; aos direitos e garantias legais assegurados ao exercício profissional (art. 3º da Lei 4898/64).

O administrador não pode invocar a auto-executoriedade para violar o domicílio, pois é um direito sob cláusula de reserva judicial, isto é, o administrador só pode entrar durante o dia com um mandado judicial. Assim, também, ocorre com as comunicações telefônicas, uma vez que só podem ser violadas por cláusula judicial.

O abuso de autoridade sujeitará o seu autor à sanção administrativa, civil e penal. A sanção administrativa será aplicada de acordo com a gravidade do abuso e consistirá em advertência; repreensão; suspensão do cargo, função ou posto por prazo de 5 a 180 dias, com perda de vencimentos e vantagens; destituição de função, demissão; demissão a bem do serviço público (art. 6º, §1º da Lei 4898/64).

2. Responsabilização segundo a Lei 8429/92:

Hipóteses exemplificativas de improbidade administrativa: Atos de improbidade administrativa que importem em enriquecimento ilícito (art. 9º da Lei 8429/92); Atos de improbidade administrativa que importem em prejuízo ao erário (art. 10 da Lei 8429/92) e Atos de improbidade administrativa que atentem contra os princípios da Administração (art.11 da Lei 8429/92).

Improbidade administrativa é uma espécie do gênero abuso de poder. Conforme o artigo 37, §4º da Constituição Federal, “os atos de improbidade administrativa

importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e ressarcimento ao erário (cofres públicos), na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível (art. 302 do CP)”.

Vale ressaltar que a prática abusiva abrange tanto a edição de atos como omissões. Tendo em vista que o controle de constitucionalidade serve para atos e omissões, o controle de legalidade dos atos administrativos também. Ex: Se o administrador não aplicar a punibilidade ao agente público e nem justificar o porquê não o fez, pode ser punido por condescendência criminosa.

Segundo a doutrina majoritária, os poderes da Administração Pública podem ser classificados como: Poder Vinculado; Poder Discricionário; Poder Hierárquico; Poder Disciplinar; Poder Regulamentar e Poder de Polícia.

- **PODER VINCULADO E PODER DISCRICIONÁRIO**

Poder vinculado é aquele em que o administrador se encontra inteiramente preso ao enunciado da lei que estabelece previamente um único comportamento possível a ser adotado em situações concretas, não existindo um espaço para juízo de conveniência e oportunidade.

Há ausência de juízo de valores, pois a lei estabelece um único comportamento. Ex: Aposentadoria por atingimento do limite máximo de idade. Quando o servidor completar 70 anos, o administrador tem que aposentá-lo, pois a lei prevê esse comportamento único.

Poder discricionário, por sua vez, é aquele em que o administrador se encontra preso (não inteiramente) ao enunciado da lei que não estabelece previamente um único comportamento possível a ser adotado em situações concretas, existindo um espaço para juízo de conveniência e oportunidade.

Há, portanto, um juízo de valores. Ex: Pedido de porte de arma junto à Administração. O administrador poderá conceder ou não dependendo da situação em concreto.

Assim, o administrador público, diante de determinada circunstância, é obrigado a tomar uma decisão, pois sua conduta é conduzida previamente pela norma jurídica. Deixando o administrador de atender a qualquer ato expresso na lei, o ato será nulo. Outro não é o posicionamento do Supremo Tribunal Federal – STF.

O STF já decidiu que a legalidade do ato administrativo compreende não só a sua competência para a prática do ato e de suas formalidades extrínsecas. De acordo

com aquela Corte Suprema, alcança também seus requisitos substanciais, seus motivos e seus pressupostos de direito e de fato, desde que tais elementos estejam definidos em lei como vinculadores do ato administrativo (Revista de Direito Administrativo – RDA 42/227).

Parte da doutrina, comandada por MEIRELLES, apresenta como elementos sempre vinculados de um ato administrativo: a competência, a finalidade e a forma. Outra parte da doutrina, dirigida por DI PIETRO, apresenta como elementos sempre vinculados: a competência e a finalidade em sentido estrito.

- **PODER REGULAMENTAR**

Também chamado de Poder Normativo, é o poder conferido à Administração para expedição de decretos e regulamentos.

É o poder dos Chefes de Executivo de explicar, de detalhar a lei para sua correta execução, ou de expedir decretos autônomos sobre matéria de sua competência ainda não disciplinada por lei. É um poder inerente e privativo do Chefe do Executivo. É, em razão disto, indelegável a qualquer subordinado.

O Chefe do Executivo regulamenta por meio de decretos. Ele não pode, entretanto, invadir os espaços da lei.

MEIRELLES conceitua que regulamento é ato administrativo geral e normativo, expedido privativamente pelo Chefe do Executivo, por meio de decreto, visando a explicar modo e forma de execução da lei (regulamento de execução) ou prover situações não disciplinadas em lei (regulamento autônomo ou independente).

GASPARINI entende que os fundamentos do poder regulamentar dividem-se em políticos e jurídicos; os fundamentos políticos residem na conveniência e oportunidade que se reconhece ao Executivo para dotar a lei de certos pormenores; já os fundamentos jurídicos são os que estão abrigados na lei ou na Constituição. No Brasil, o fundamento constitucional é o inciso IV, do art. 84.

O poder regulamentar enfrenta duas ordens de limitações: uma que não pode exceder os limites da função executiva, modificando leis formais e ainda dispendo contra ou ultra ou extra legem e outra é a vedação de restringir preceitos da lei.

JURISPRUDÊNCIA:

ADI 2387 / DF - DISTRITO FEDERAL – É firme a jurisprudência deste Supremo Tribunal no sentido de que a questão relativa ao decreto que, a pretexto de regulamentar

determinada lei, extrapola o seu âmbito de incidência, é tema que se situa no plano da legalidade, e não no da constitucionalidade.

ADI 1435 MC / DF – DISTRITO FEDERAL – Decretos existem para assegurar a fiel execução das leis (artigo 84-IV da CF/88). A Emenda Constitucional n. 8, de 1995 - que alterou o inciso XI e alínea a do inciso XII do artigo 21 da CF - é expressa ao dizer que compete à União explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de telecomunicações, nos termos da lei. Não havendo lei anterior que possa ser regulamentada, qualquer disposição sobre o assunto tende a ser adotada em lei formal. O decreto seria nulo, não por ilegalidade, mas por inconstitucionalidade, já que supriu a lei onde a Constituição a exige.

- **PODER HIERÁRQUICO**

Poder hierárquico é o poder conferido à Administração para se auto-organizar, isto é, para distribuir as funções dos seus órgãos (estabelecer campos de atuação) e fiscalizar a atuação dos seus agentes.

O poder hierárquico tem como objetivo ordenar, coordenar, controlar e corrigir as atividades administrativas, no âmbito interno da Administração Pública. Ordena as atividades da administração ao repartir e escalonar as funções entre os agentes do Poder, de modo que cada qual exerça eficientemente o seu cargo, coordena na busca de harmonia entre todos os serviços do mesmo órgão, controla ao fazer cumprir as leis e as ordens e acompanhar o desempenho de cada servidor, corrige os erros administrativos dos seus inferiores, além de agir como meio de responsabilização dos agentes ao impor-lhes o dever de obediência.

Segundo DI PIETRO, a hierarquia possui as seguintes características:

- a) possibilidade de editar atos normativos, com o objetivo de ordenar a atuação dos órgãos subordinados, com efeitos exclusivamente internos;
- b) possibilidade de dar ordens aos subordinados, os quais têm dever de obediência;
- c) poder de controle das atividades dos órgãos inferiores, podendo anular atos ilegais e revogar atos inconvenientes ou inoportunos (Enunciado n. 473 da Súmula do STF);
- d) poder de aplicar sanções, em caso de infrações disciplinares;
- e) poder de avocar atribuições, desde que não sejam de competência exclusiva do órgão subordinado; e
- f) poder de delegar atribuições que não lhe sejam privativas.

- **PODER DISCIPLINAR**

O Poder Disciplinar corresponde ao dever de punição administrativa ante o cometimento de faltas funcionais de seus servidores ou violação de deveres funcionais por agentes públicos.

Segundo Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo o poder disciplinar autoriza a administração pública:

- a) A punir inteiramente as infrações funcionais de seus servidores; e
- b) A punir infrações administrativas cometidas por particulares a ela ligados por algum vínculo jurídico específico (por exemplo, a punição pela administração de um particular que com ela tenha celebrado um contrato administrativo e descumpra as obrigações contratuais que assumiu).

Quando a Administração aplica uma sanção disciplinar a um agente público, essa atuação decorre imediatamente do poder disciplinar e mediamente do poder hierárquico. Vale dizer, o poder disciplinar, nesses casos, deriva do hierárquico. Entretanto, quando a Administração Pública aplica uma sanção administrativa a alguém que descumpriu um contrato administrativo, há exercício do poder disciplinar, mas não há relação hierárquica. Nesses casos, o poder disciplinar não está relacionado ao poder hierárquico.

- **PODER DE POLÍCIA**

É a faculdade conferida à administração pública de impor limites ao exercício de direitos e de atividades individuais em função do interesse público primário.

É o poder conferido à Administração, para restringir, frenar, condicionar, limitar o exercício de direitos e atividades econômicas dos particulares para preservar os interesses da coletividade.

MEIRELLES conceitua: "Poder de polícia é a faculdade de que dispõe a Administração Pública para condicionar e restringir o uso e gozo de bens, atividades e direitos individuais, em benefício da coletividade ou do próprio Estado".

A razão da inclusão do conceito legal de poder de polícia no Código Tributário diz respeito ao fato de que o exercício desse poder é um dos fatos geradores da taxa. Realçamos que não é qualquer tipo de serviço prestado pelo Estado que lhe garante a cobrança de tal exação, senão vejamos.

STF – ADI-2424 – Taxa de Segurança Pública. O Tribunal julgou procedente o pedido formulado em ação direta ajuizada pelo Partido Comunista do Brasil - PC do B, para declarar a inconstitucionalidade de dispositivos da Lei 13.084/2000, do Estado do Ceará, que criavam taxas de exercício do poder de polícia e de utilização de serviços prestados pelos órgãos de segurança pública e defesa da cidadania. Entendeu-se, no caso, que a segurança pública somente pode ser sustentada por impostos, dado que consubstancia dever do Estado e direito de todos, sendo exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio (CF, art. 144, caput, inciso V e § 5º). Precedentes citados: ADI 1942 MC/PA (DJU de 22.10.99) e Rp 992/AL (RTJ 96/959). ADI 2424/CE, rel. Min. Gilmar Mendes, 1º.4.2004.

Encontra fundamento na supremacia do interesse público sobre o particular. Assim, o condicionamento de direitos só será possível com base na supremacia do interesse público.

O poder de polícia pode se apresentar através de atos gerais ou específicos (concretos). Ex: Portaria proibindo venda de bebidas alcoólicas a menores (gerais); Decreto que estabelece cor padronizada aos táxis (gerais); Embargo de uma obra por estar sendo construída de forma irregular (específico); Embargo por não haver recuo mínimo de calçada (específico); Interdição de restaurante por falta de higiene (específico).

A polícia administrativa tem um caráter preventivo. Seu objetivo será não permitir as ações anti-sociais. Entretanto, a diferença não é absoluta. A polícia administrativa protege os interesses maiores da sociedade ao impedir, por exemplo, comportamentos individuais que possam causar prejuízos maiores à coletividade.

DI PIETRO se utiliza da seguinte opinião de Álvaro Lazzarini para distinguir a polícia administrativa da polícia judiciária afirmando que "a linha de diferenciação está na ocorrência ou não de ilícito penal. Com efeito, quando atua na área do ilícito puramente administrativo (preventivamente ou repressivamente), a polícia é administrativa. Quando o ilícito penal é praticado, é a polícia judiciária que age".

A polícia administrativa é regida pelo Direito Administrativo, agindo sobre bens, direitos ou atividades. É dividida entre diferentes órgãos da Administração Pública. São incluídos aqui a polícia militar e os vários órgãos de fiscalização como os das áreas da saúde, educação, trabalho, previdência e assistência social.

A polícia judiciária, por sua vez, é de caráter repressivo. Sua razão de ser é a punição dos infratores da lei penal. É regida pelo Direito Processual Penal e incide sobre pessoas. É exercida pelas corporações especializadas, chamadas de polícia civil e polícia militar.

As características do poder de polícia que costumam ser apontadas são a discricionariedade, a auto-executoriedade e a coercibilidade.

A discricionariedade é uma liberdade existente ao administrador para agir quando a lei deixa certa margem de liberdade para a escolha da oportunidade ou da conveniência de agir, ou, como diz DI PIETRO, "o motivo ou o objeto", do ato a ser realizado. Quando a Administração Pública tiver que decidir "qual o melhor momento de agir, qual o meio de ação mais adequado, qual a sanção cabível diante das previstas na norma legal. Em tais circunstâncias, o poder de polícia será discricionário".

Pode-se dizer, no entanto, que o poder de polícia pode ser discricionário ou vinculado.

Outra característica é a auto-executoriedade. Ela é a possibilidade da Administração utilizar seus próprios meios para executar as suas decisões sem precisar recorrer ao Poder Judiciário.

Como opina DI PIETRO: "Pelo atributo da auto-executoriedade, a Administração compele materialmente o administrado, usando meios diretos de coação. Por exemplo, ela dissolve uma reunião, apreende mercadorias, interdita uma fábrica".

Finalmente, o poder de polícia tem como característica a coercibilidade indissociavelmente ligada à auto-executoriedade. O ato de polícia só é auto-executório porque dotado de força coercitiva.

Como toda atuação administrativa, o poder de polícia está sujeito a um regime jurídico, o qual foi resumido por ODETE MEDAUAR em sete pontos básicos, a saber:

- a) Poder de polícia é atuação administrativa sujeita ao direito público, precipuamente;
- b) É regido pelos princípios constitucionais que norteiam a Administração: legalidade (incluindo a observância de normas relativas à competência para seu exercício e o âmbito territorial de tal atuação), impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência;
- c) Atende a regra do "favor libertatis", pois o regime de polícia não pode significar proibição geral do exercício de um direito, a par do fato de que qualquer dúvida sobre a extensão das medidas ou sobre a possibilidade de medidas limitativas deve ser interpretada em favor da liberdade.

- d) Deve haver congruência entre as medidas de limitação e os fins que as justificam. (Princípio da Proporcionalidade);
- e) Nem sempre a medida de polícia é exercício de poder discricionário, pois há casos em que a Administração apenas dá concreção ao texto da lei ao atuar. (p. ex: o Código de Edificações impõe a fiscalização sobre seu cumprimento e a aplicação de sanções);
- f) A limitação decorrente do Poder de Polícia deve ser motivada;
- g) Deve ser observado o devido processo legal

O Supremo Tribunal Federal apreciando a questão (ADIN 1.717-DF) firmou entendimento de que as atividades típicas do Estado envolvendo também o poder de polícia e a punição não pode ser objeto de delegação a entidades privadas.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. 2013.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, **Direito Administrativo**, São Paulo: Atlas, 2004.

GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 10^a ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**, Ed. Revista dos Tribunais, 7^a edição, 2003.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**, São Paulo: Malheiros, 1999.

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