

IGHOR ALVES DA SILVA PEIXOTO

**POSSIBILIDADE DE DELEGAÇÃO DO PODER DE POLÍCIA EM
ESFERA ESTATAL**

CURSO DE DIREITO – UniEVANGÉLICA
2021

IGHOR ALVES DA SILVA PEIXOTO

**POSSIBILIDADE DE DELEGAÇÃO DO PODER DE POLÍCIA EM
ESFERA ESTATAL**

Monográfica apresentada ao Núcleo de Trabalho de Curso da Universidade Evangélica de Goiás como exigência parcial para a obtenção do grau bacharel em direito, sob a orientação do Professor/Mestre: Alessandro Gonçalves da Paixão.

IGHOR ALVES DA SILVA PEIXOTO

**POSSIBILIDADE DE DELEGAÇÃO DO PODER DE POLÍCIA EM
ESFERA ESTATAL**

Anápolis, ____ de _____ de 2021.

BANCA EXAMINADORA

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus por todas as conquistas e vitórias, por estar sempre ao meu lado me ajudando e orientando nos momentos difíceis, agradeço também à minha família pelo apoio incondicional em todos os momentos vividos desde o início da minha trajetória acadêmica, especialmente aos meus pais, que estão sempre dispostos a me ajudar e fazem o possível e o impossível para custear o meu ensino e também o meu irmão que está sempre presente me auxiliando.

Aos professores, pelas orientações, correções e todos os ensinamentos que contribuíram para a minha formação acadêmica, a minha noiva, que sempre esteve ao meu lado, pela sua amizade incondicional, paciência e pelo apoio demonstrado ao longo de todo o período de tempo em que me dediquei a este trabalho.

As pessoas com quem tive o prazer de conviver ao longo desses anos de curso, que me incentivaram e me auxiliaram, certamente tiveram impacto na minha formação acadêmica e por fim, mas não menos importante a todos os funcionários da universidade por todo o apoio, educação e carinho por nós estudantes.

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho aos meus pais, por nunca terem medido esforços para me proporcionar um ensino de qualidade durante todo o meu período escolar, a minha noiva por todo o apoio e paciência demonstrado ao longo de toda esta trajetória acadêmica. Ao meu orientador, que acompanhou ao longo de toda esta trajetória com paciência e dedicação, sempre disponível a compartilhar todo o seu vasto conhecimento, me orientando e auxiliando a concluir este trabalho. Ao meu irmão e amigos, pelo companheirismo, pela cumplicidade e pelo apoio em todos os momentos delicados da minha vida.

RESUMO

O Estado como garantidor da Ordem Pública e na busca do bem-estar social, atua de forma discricionária e coercitiva quando violados quaisquer preceitos que prejudiquem ou contrariem o Interesse Coletivo. Através do chamado Poder de Polícia é que se dá margem ao Estado para que este atue com prerrogativas próprias e auto executáveis, na busca consecução do efetivo poder de punir, que dele é característico. Importante ressaltar que os meios utilizados por tal margem de atuação devem estar sempre limitados na lei e nos próprios direitos fundamentais do cidadão, devendo utilizar proporcionalidade e razoabilidade no caso concreto e observar ainda os casos excepcionais onde o Poder que lhe é atribuído possa ser excedido, tendo como finalidade a preservação do Interesse Público e a busca do bem-estar social. Quanto à função estatal, analisa-se a possibilidade de delegação para outros que não sejam o próprio Estado, com fulcro de que haja o fiel cumprimento de todas as atividades com cunho social, primando pela prioridade da ordem e interesses públicos. Tal delegação seria uma forma de auxílio para a persecução de atividades estatais e colaboraria para a preservação de uma sociedade ordenada e contínua em seus atos.

Palavras-chaves: Direito Constitucional. Direito administrativo. Delegação. Poder de polícia. Proporcionalidade.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	01
CAPÍTULO 1 – PODER DE POLÍCIA	04
1.1. Conceito doutrinário e legal	05
1.2. Características do poder de polícia	08
1.3. Poder de polícia vinculado ou discricionário	09
1.4. Limites e controle	10
CAPÍTULO 2 – PODER DE POLÍCIA E A ATUAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO	12
2.1. Abuso de poder	12
2.1.1. <i>Excesso de poder</i>	14
2.1.2. <i>Desvio de poder ou desvio de finalidade</i>	14
2.1.3. <i>Omissão de poder</i>	15
2.2. Atos normativos concretos	16
2.3. Atos de fiscalização.....	17
2.4. Polícia administrativa e judiciária	20
CAPÍTULO 3 – COMPETÊNCIA DA UNIÃO, ESTADOS E MUNICÍPIOS NA EXECUÇÃO DO PODER DE POLÍCIA	24
3.1. Alicação do poder de polícia em tempos de pandemia	24
3.2. Fundamentação e limitações do poder de polícia	30
3.3. Determinações e consentimentos estatais	32
COCLUSÃO	34
REFERÊNCIAS	36

INTRODUÇÃO

O Poder de Polícia é aquele inerente ao Estado, para que haja respeito do bem-estar social da coletividade e o cumprimento dos interesses públicos em primazia aos possíveis interesses Individuais.

Na busca desta efetivação de interesses sociais, a administração pública e o Estado em sentido amplo utilizam de mecanismos, ora restritivos e ora limitativos à atuação do particular, para que ocorra o fiel cumprimento da busca pela Ordem Social.

Tais mecanismos são cabíveis ao próprio Estado, por este possuir poder de Imperatividade e Soberania em relação aos demais, devendo ser analisada a possibilidade de se transferir tal titularidade ou execução para terceiros estranhos à administração.

A definição de limites a uma possível delegação à particulares é de suma importância, principalmente para que se investigue e analise a questão dos limites individuais em prol da coletividade, que está inserida diretamente no âmbito do poder de polícia.

O método utilizado foi o dedutivo, que parte do conhecimento geral, consubstanciado principalmente na análise da legislação, para o particular, que consiste em analisar as ações de polícia administrativa da sociedade.

O estudo foi resultado de uma pesquisa bibliográfica, onde as atividades se consubstanciaram na utilização de legislação e doutrinas, dentre estas as obras de renomados autores da área jurídica no ramo administrativo, analisando os pontos em comum e suas divergências em relação ao tema.

No primeiro capítulo, há uma conceituação do Poder de Polícia, analisando sua existência como necessária para a limitação das garantias individuais em situação da prevalência do Interesse Público e na busca da obtenção da Ordem Social. Busca-se a correta análise sobre a efetivação do bem-estar público, em razão das prerrogativas estatais ou poderes administrativos, analisando o fato de estar o Estado, amparado pelo princípio norteador da Administração Pública: o da Supremacia do Interesse Público.

No capítulo seguinte, é abordado um estudo sobre as espécies e atributos ou características do Poder de Polícia, inerentes ao Estado. Suas espécies, de forma majoritária, são ramificadas entre Polícia Administrativa e Polícia Judiciária, observando-se ainda sobre o papel da Polícia Militar, que ainda hoje detém motivo de divergência quanto sua função como Administrativa, Judiciária ou meramente Ostensiva.

Quanto às características, a discricionariedade, a auto-executoriedade e a coercibilidade são verificadas estudadas com uma forte ligação ao próprio poder de polícia neste capítulo.

No terceiro Capítulo, iniciamos a análise sobre a possibilidade de delegação do poder de polícia, nosso foco de estudo, em relação especial ao particular, que, devido sua peculiaridade, será observado com mais destaque. Após, insere-se o estudo sobre o ciclo de polícia e suas subdivisões, buscando definir se há possibilidade de delegação em todas as etapas do ciclo ou em apenas algumas delas.

Por fim o capítulo diferencia o consentimento do poder de polícia em relação às atividades comunicadas e introduz a apresentação das limitações que incidem sobre o Poder de Polícia, os casos excepcionais de incidência, assim como as situações de abuso de poder e suas espécies e características.

Contudo, este trabalho busca analisar as características e a função do Poder de polícia, ligando tal importância social de atuação à possibilidade de existirem hipóteses onde se possa transferir o poder de polícia por meio da delegação, à particulares, em vista da importância jurídica de tal prerrogativa no âmbito social.

CAPÍTULO I – PODER DE POLÍCIA

Ao iniciarmos a explanação do presente artigo, é importante que se faça introduzir o histórico do termo polícia, abordando assim o termo no decorrer da história, como também o poder de polícia e sua importância nos dias atuais.

A palavra Polícia é de origem grega (politéia), empregada para mencionaras atividades referentes a polis, ou seja, a cidade-estado durante o Período Feudal, na Idade Média. O Príncipe era possuidor de uma faculdade conhecida como jus politiae e que instituía tudo que era necessário à boa ordem da sociedade civil sobre a autoridade do estado, enquanto que, contrapondo-se a isso, a ordem moral e religiosa era de competência específica da Igreja (SILVA, 2006).

Na Alemanha, em fins do século XV, o jus politiae volta a instituir toda a celeridade do estado, abrangendo largos poderes ao Príncipe na vida particular e até na vida religiosa e espiritual dos cidadãos, tudo isso sob o pretexto de alcançar a segurança e o bem-estar da sociedade como um todo. Porém, logo veio a se estabelecer a distinção entre a Polícia e a Justiça, sendo que, a Polícia significava as normas que eram baixadas pelo Príncipe, relacionadas à Administração, e que eram aplicadas aos indivíduos que não tinham possibilidades de apelo aos Tribunais da época, enquanto que, a Justiça abrangia as normas que estavam fora do Poder do Príncipe e que eram aplicadas pelos juizes (MEDAUAR, 1995).

Segundo Flávia Martins André da Silva:

A expressão poder de polícia ingressou pela primeira vez na terminologia legal [...] na suprema corte norte-americana, [...] em 1827; a expressão fazia referência ao poder dos Estados-membros de editar leis limitadoras de direitos, em benefício do

interesse coletivo. No direito brasileiro, a Constituição Federal de 1824, em seu artigo 169, atribuiu a uma lei a disciplina das funções municipais das câmaras e a formação de suas posturas policiais; a lei de 1º de outubro de 1828, continha título denominado “Posturas Policiais. A partir desse momento, firma-se no nosso ordenamento jurídico o uso da locução poder de polícia, para definir o poder da Administração delimitar o interesse particular” (SILVA, 2006, p. 01).

O condicionamento do direito individual aos interesses públicos foi apontado na Constituição de 1946, que em seu artigo. 147 condicionava o uso do direito de propriedade ao bem-estar social, sendo que tal princípio foi também reproduzido pela Lei Maior de 1988, no qual, estabeleceu que a ordem econômica deve ser fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, e que tem por escopo resguardar a todos os brasileiros uma vida digna, assim como segue os ditames da justiça social (MEDAUAR, 1995).

1.1 Conceito doutrinário e legal

De acordo com o conceito clássico ligado à concepção liberal do século XVIII, o poder de polícia envolvia a atividade do Estado que limitava o exercício dos direitos individuais em favor da segurança (ALEXANDRINO, 2015).

No conceito moderno, o poder de polícia adotado no direito brasileiro compreende a atividade do Estado em limitar o exercício dos direitos individuais em favor do interesse público. Interesse público este que diz respeito a vários setores da sociedade tais como: a saúde, a moral, a segurança, o meio ambiente, a defesa do consumidor, do patrimônio cultural e da propriedade. Por isso a necessidade em dividir a polícia administrativa em diversos ramos, assim como se segue: polícia sanitária, polícia de tráfego e trânsito, polícia de segurança, polícia da caça, pesca e ambiental, polícia edilícia, polícia de pesos e medidas, polícia de medicamentos, polícia de divertimentos públicos, polícia da atmosfera e águas e outras.

De acordo com Di Pietro (2006), atualmente o poder de polícia encontra amparo legal no direito brasileiro estabelecido no art. 78 do Código Tributário Nacional.

A Administração Pública é submetida ao regime jurídico-administrativo, já que, todo o direito administrativo cuida de temas em que se colocam em intenção

dois aspectos adversos: a autoridade da administração pública e a liberdade individual.

Nessa perspectiva, o poder de polícia vem colocar em confronto esses dois aspectos: de um lado o cidadão quer exercer plenamente seus direitos, enquanto que de outro a administração tem como missão condicionar o exercício daqueles direitos ao bem-estar coletivo, e o faz usando seu poder de polícia (DI PIETRO, 2010).

Entre os direitos individuais e os limites a eles opostos pelo poder de polícia do Estado não existe nenhuma incompatibilidade, pois segundo nos ensina (DI PIETRO, 2010, p. 125), “a ideia de limite surge do próprio conceito de direito subjetivo: tudo aquilo que é juridicamente garantido é também juridicamente limitado”.

Logo, o poder de polícia constitui um meio de assegurar os direitos fundamentais dos indivíduos em sociedade e que por ventura venham a ser ameaçado pelo exercício ilimitado e assim garantir a própria liberdade e os direitos inerentes ao homem.

O poder de polícia se divide em Executivo e Legislativo, tendo como pressuposto o princípio da legalidade, o qual vem impedir que a Administração estabeleça obrigações ou proibições, a não ser em virtude da lei, visto que o poder de polícia é a forma de limitar o exercício de direitos individuais previstos em lei.

Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, dois conceitos são expressados quanto ao poder de polícia:

1. Em sentido amplo, corresponde à “atividade estatal de condicionar a liberdade e a propriedade ajustando-as aos interesses coletivos”; abrange atos do Legislativo e do Executivo;
2. Em sentido restrito, abrange “as intervenções, quer gerais e abstratas, como os regulamentos, quer concretas e específicas (tais como as autorizações, as licenças, as injunções) do Poder Executivo, destinadas a alcançar o mesmo fim de prevenir e obstar ao desenvolvimento de atividades particulares contrastantes com os interesses sociais”; compreende apenas atos de Poder Executivo” (BANDEIRA, 2006, p. 129).

O Estado desempenha o poder de polícia que vem a incorrer em duas

áreas específicas da atuação estatal, que é na administrativa e judiciária, sendo que, a principal distinção entre ambas está no caráter preventivo da polícia administrativa e no repressivo da polícia judiciária. Enquanto a primeira tem a finalidade de prevenir as ações anti-sociais, a segunda tem o poder de punir as infrações penais.

Di Pietro a esse respeito nos relata que:

A diferença não é, no entanto, absoluta, pois a polícia administrativa tanto pode agir preventivamente (como, por exemplo, proibindo o porte de arma ou a direção de veículos automotores), como pode agir repressivamente (a exemplo do que ocorre quando apreende a arma usada indevidamente ou a licença do motorista infrator). No entanto, pode-se dizer que, nas duas hipóteses, ela está tentando impedir que o comportamento individual cause prejuízos maiores à coletividade; nesse sentido, é certo dizer que a polícia administrativa é preventiva. Mas, ainda assim, falta precisão ao critério, porque também se pode dizer que a polícia judiciária, embora seja repressiva em relação ao indivíduo infrator da lei penal, é também preventiva em relação ao interesse geral, porque, punindo-o, tenta evitar que o indivíduo volte a incidir na mesma infração. (DI PIETRO, 2010, p. 129).

Maria Sylvia Zanelli Di Pietro, (2006, p. 129), também conceitua a respeito do referido assunto e diz: “a linha de diferenciação está na ocorrência ou não de ilícito penal. Com efeito, quando atua na área do ilícito puramente administrativo (preventiva ou repressivamente), a polícia é administrativa. Quando o ilícito penal é praticado, é a polícia judiciária que age”.

Nesse sentido, a polícia administrativa se rege pelo Direito Administrativo, atuando sobre bens, direitos ou atividades, visando ao bem-estar social, envolvendo toda a administração; enquanto que a polícia judiciária se orienta segundo o direito processual penal, incidindo sobre pessoas, através de corporações específicas.

Há ainda distinções quanto a polícia judiciária ser privativa de corporações especializadas como a Polícia Civil e a Polícia Federal, enquanto que, a polícia administrativa divide-se em vários órgãos da Administração, “incluindo a própria polícia militar e ainda os vários órgãos de fiscalização aos quais a lei atribui esse mister, como os que atuam nas áreas da saúde, educação, trabalho, previdência e assistência social” (DI PIETRO, 2006, p. 130), nesta última se inclui,

como detalharemos adiante, a Polícia Rodoviária Federal.

1.2 Características do poder de polícia

Objetivando defender os interesses da coletividade, a Administração Pública dispõe de alguns atributos ou prerrogativas. São eles: Discricionariedade e Vinculação, Autoexecutoriedade e Coercibilidade.

Quanto à discricionariedade e à vinculação pode-se afirmar que na maioria das vezes o poder de polícia é discricionário, mas também pode ser vinculado. A discricionariedade ocorre quando a lei deixa margem de liberdade para certas situações, até porque o legislador não prevê todas as hipóteses possíveis para cada caso. Em várias situações a Administração terá que decidir qual o melhor procedimento para aquele caso, caracterizando a discricionariedade do poder de polícia. Porém, em certos casos a lei estabelece que a Administração siga soluções já determinadas, sem qualquer forma de discricionariedade, caracterizando o poder vinculado (BANDEIRA, 2003).

Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello:

Em rigor, no Estado Democrático de Direito, inexistente um poder, propriamente dito, que seja discricionário fruível da Administração Pública. Há, isto sim, atos em que a Administração Pública pode manifestar competência discricionária e atos a respeito dos quais a atuação administrativa é totalmente vinculada. Poder discricionário abrangendo toda uma classe ou ramo de atuação administrativa é coisa que não existe (BANDEIRA, 2003, p.723).

Autoexecutoriedade é a prerrogativa de praticar atos e colocá-los em imediata execução, sem depender de manifestação judicial. Não depende de autorização de outro poder, desde que a lei autorize o administrador a praticar o ato imediatamente. Alguns autores dividem a autoexecutoriedade em: exigibilidade e executoriedade. A exigibilidade significa que a Administração poder tomar decisões executórias, que não dependem da concordância do particular. A Administração utiliza meios indiretos para a coação; por exemplo, a multa por infração no trânsito. A executoriedade significa que, tomada a decisão executória, a Administração poderá proceder à execução forçada, podendo utilizar força pública, por exemplo a dissolução de uma reunião (CARVALHO FILHO, 2011).

A coercibilidade revela o grau de imperatividade dos atos de polícia. A

atividade refere-se a um poder que deve ser desempenhado de forma a obrigar todos a seguirem os seus comandos. A maioria das atividades realizadas pela Administração Pública em face dos administrados são negativas, na qual os particulares sofrem uma limitação em sua liberdade de atuação, ou seja, uma obrigação de não fazer, imposta pela Administração. Com relação à atividade positiva, a Administração desenvolverá uma atividade que vai trazer um acréscimo aos indivíduos, isoladamente ou em conjunto.

Na visão de José dos Santos Carvalho Filho sobre a característica da coercibilidade:

A Polícia Administrativa, como é natural, não pode curvar-se ao interesse dos administrados de prestar ou não obediência às imposições. Se a atividade corresponder a um poder, decorrente do *ius imperii* estatal, há de ser desempenhada de forma a obrigar todos a observarem os seus comandos. Diga-se, por oportuno, que é intrínseco a essa característica o poder que tem a Administração de usar a força, caso necessário para vencer eventual recalcitrância. É o que sucede, por exemplo, quando, em regime de greve, operários se apoderam *manu militari* da fábrica e se recusam a desocupa-la na forma da lei. (2011, p.83)

Contudo, deve-se tomar cuidado com essa coercibilidade, uma vez que quando utilizada em excesso é caracterizado como abuso de poder.

1.3 Poder de polícia vinculado ou discricionário

Neste viés, é relevante comentar o que significa a restrição de direitos de forma vinculada ou na forma discricionária. O poder de polícia vinculado ocorre quando o administrador cumpre com o texto legal, não podendo agir de outra maneira, ao contrário disto, o poder discricionário consiste em uma margem de escolha, observando a conveniência e oportunidade para qual se destina.

Assim, nas palavras de José dos Santos Carvalho Filho:

Quando tem a lei diante de si, a Administração pode levar em consideração a área de atividade em que vai impor a restrição em favor do interesse público e, depois de escolhê-la, o conteúdo e a dimensão das limitações [...]. Sem dúvida que nesse momento a administração age no exercício de seu poder discricionário [...] O inverso ocorre quando já está fixada a dimensão da limitação. Nessa hipótese, a Administração terá que de cingir-se a essa dimensão, não podendo, sem alteração da norma restritiva, ampliá-la em detrimento dos indivíduos. A atuação por via de consequência se caracterizará como vinculada [...] (2008, p. 80).

Neste entender, o ato de polícia, que em princípio é discricionário, será vinculado caso a norma legal estabeleça tanto o modo, como a forma de efetivação, pois o poder de polícia possui faculdade discricionária. (MEIRELLES, 2005)

Neste mesmo pensamento Odete Medauar, passa enfatizar;

Nem sempre a medida relativa ao poder de polícia decorre do exercício do poder discricionário. Às vezes, a Administração somente dá concreção a dispositivos de lei, por exemplo: do Código de Obras e Edificações, fiscaliza seu cumprimento e impõe as respectivas sanções, sem margem de escolha. (2000, p. 394-396).

O eminente jurista Bandeira de Mello afirma que “é, portanto, inexato afirmar que o poder de polícia é discricionário, o que há, sim, é que a polícia administrativa se expressa ora através de atos no exercício de competência discricionária, ora através de atos vinculados.” (2000, p. 672-675).

Contudo, entende-se que o poder de polícia embora possua natureza discricionária, seus atos podem ser tanto discricionários quanto vinculados.

1.4 Limites e controle

O poder de polícia está sujeito a limitações que condicionam a sua atividade. A Administração Pública está adstrita aos ditames normativos, ao ordenamento jurídico e aos direitos individuais que positivou, até mesmo quando age com discricionariedade. Assim, toda medida administrativa deve estar de acordo com a lei. Os princípios da legalidade, da razoabilidade, da proporcionalidade e o controle jurisdicional impõem limites ao poder de polícia. As medidas administrativas devem ser adotadas com base em motivos racionais,

evitando ações desnecessárias, inadequadas e ineficazes.

De acordo com Cretella Jr. (1977, p. 601): “a faculdade repressiva não é, entretanto, ilimitada, estando sujeita a limites jurídicos: direito do cidadão, prerrogativas individuais e liberdades públicas asseguradas na Constituição e nas leis”.

Di Pietro, ao abordar as limitações ao poder de polícia, afirma:

Como todo ato administrativo, a medida de polícia, ainda que seja discricionária, sempre esbarra em algumas limitações impostas pela lei, quanto à competência e à forma, aos fins e mesmo com relação aos motivos ou ao objeto; quanto aos dois últimos, ainda que a Administração disponha de certa dose de discricionariedade, esta deve ser exercida nos limites traçados pela lei. (2010, p.116)

Assim, verifica-se que o poder de polícia nunca deve ir além do necessário para satisfação do interesse público almejado. A atuação da polícia administrativa só será considerada legítima se for realizada segundo os termos legais, respeitando os direitos individuais e as liberdades públicas asseguradas na Constituição Federal e nas leis.

CAPÍTULO II – PODER DE POLÍCIA E A ATUAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO

Na esfera da administração pública, os agentes administrativos são dotados de uma parcela de poder necessária para desempenhar a sua função, poder esse fundamental para dar autoridade e impor decisões administrativas aos administrados. Destacando-se a importância desses poderes concedidos aos mesmos, é importante ressaltar que o agente público detém esses poderes apenas para cumprir a sua função, vedado o uso para satisfação própria, por mero capricho ou fora de seu cargo.

Nessa perspectiva, qualquer ato que desvie de suas finalidades administrativas ou extrapole os limites de suas atribuições é possível que se caracterize como um ato de abuso de poder.

2.1 Abuso de poder

Os atos provenientes do poder de polícia, os quais, sejam considerados legítimos devem assim como qualquer outro ato administrativo, estar apoiado em todos os requisitos legais. Podemos apontar tais requisitos, sendo eles, competência, forma, finalidade, motivo e objeto. Em síntese o que definirá se o ato de polícia será legal ou ilegal é a sua compatibilidade com estes requisitos exigidos por lei. (CARVALHO FILHO, 2015).

Assim, conseguimos compreender que a primeira fase de verificação de um ato de polícia é analisar se está de acordo com os requisitos legais, posteriormente podemos observar se existe alguma ilegalidade referente ao abuso de poder. Ademais, como já vimos anteriormente, o ato de polícia é um poder cedido para órgãos administrativos exercerem a sua função, sendo vedado qualquer tipo de finalidade adversa àquela prevista por lei.

A administração pública necessita da utilização de mecanismos de coação, em prol da proteção dos interesses coletivos, apesar disso essa coação não é

ilimitada, quando alcança sua finalidade legal, pela qual, o ato de polícia foi imposto o seu limite é atingido. Qualquer coação que exceda o necessário para atingir o efeito jurídico é antijurídica, respondendo a administração pelos danos sobressalentes (MELLO, 2015).

Neste viés, recai sobre a administração pública a responsabilidade objetiva, positivada na Constituição Federal da República em seu artigo 37, parágrafo 6º, na qual, recai sobre a administração a responsabilidade de reparar o dano causado pelos seus agentes.

Nessa perspectiva, é importante destacar que o ato de polícia é um ato administrativo, logo está sujeito a anulação pelo Poder Judiciário, quando cometido em excesso ou com desvio de poder. Portanto, se um agente ultrapassa o limite autorizado por lei, incorrerá em abuso de poder, podendo o administrado buscar os meios judiciais para correção do ato e se houver algum dano pleitear a reparação do mesmo. (MEIRELLES, 2016)

Di Pietro, ao abordar a respeito delimitou regras a serem obedecidas pelos atos de polícia, visando não eliminar os direitos individuais dos administrados:

1. A da necessidade, em consonância com a qual a medida de polícia só deve ser adotada para evitar ameaças reais ou prováveis de perturbações ao interesse público;
2. A da proporcionalidade, já referida, que significa a exigência de uma relação necessária entre a limitação ao direito individual e o prejuízo a ser evitado;
3. A da eficácia, no sentido de que a medida deve ser adequada para impedir o dano ao interesse público. (DI PIETRO, 2014, p. 130)

Os meios de coação aplicados pelo Estado devem ser utilizados em último caso, em situações, nas quais, não existem outros recursos eficazes para satisfazer o mesmo objetivo, sendo inválido qualquer ato excessivo ou desproporcional em associação ao interesse do administrado protegido pela lei.

Por fim, Carvalho Filho afirma “Cuida-se de abuso de poder, que precisa ser severamente reprimido pelas autoridades competentes. Tal abuso, todavia, tanto pode vir de pessoas privadas quanto de pessoas públicas incumbidas da função fiscalizadora.” (2015, p. 137)

2.1.1 Excesso de poder

O excesso de poder se caracteriza quando o agente atua sem competência. Seja por sua total ausência, seja por extrapolar os limites da competência que lhe foi legalmente atribuída, e age além do legal.

Nesse sentido ensina MEIRELES, (2000, p.312), "embora competente para praticar o ato, vai além do permitido e exorbita no uso de suas faculdades administrativas. Excede, portanto, sua competência legal e com isso, invalida o ato".

O ato praticado com excesso de poder, é ilegal em razão de vício no elemento competência. O ato com vício de incompetência pode ser corrigido através do sanatório ou convalidação na forma da ratificação. Sanado o vício, o ato administrativo torna-se válido no mundo jurídico desde a sua edição, podendo produzir todos os efeitos imediatos.

2.1.2 Desvio de poder ou desvio de finalidade

O desvio de poder ou desvio de finalidade, surge quando o ato é praticado por motivos outros, que não os interesses públicos. Ou com fins diversos dos permitidos na legislação, ou seja, contra legem, ainda que buscando seguir a letra da lei.

O vício nulificado do ato administrativo por desvio de poder ou desvio de finalidade, encontra previsão expressa na lei de ação popular, (Lei nº 4.717/65 artigos 2º, parágrafo único, alínea "e"), que assim assevera: "se verifica quando o agente pratica o ato visando fim diverso daquele previsto, explícita ou implicitamente, na regra de competência".

O exemplo clássico de desvio de poder é a desapropriação, que, apesar de feita em nome do interesse público, na verdade tenha sido imposta para prejudicar um inimigo ou mesmo para beneficiar a própria autoridade expropriante.

2.1.3 Omissão de poder

O abuso de poder, também pode ser caracterizado através da omissão administrativa. Quando a administração tem o dever de agir e assim não o faz.

O doutrinador Henrique Meirelles (MEIRELLES, 2010, p.80) leciona que, "se para o particular o poder de agir é uma faculdade, para o administrador público é uma obrigação de atuar, desde que se apresente o ensejo de exercitá-lo em benefício da comunidade".

Em função da indisponibilidade do interesse público, a atuação do administrador é de exercício obrigatório, intransferível e irrenunciável. O agente deve agir no momento oportuno, quando a lei determina que o faça, pois, a atuação atemporal fere o dever de atuação, e acaba configurando em situação de silêncio administrativo.

Explica (BANDEIRA, 2006, p.96), que o silêncio administrativo pode ser compreendido por: Na verdade, o silêncio não é ato jurídico. Por isso, evidentemente, não pode ser ato administrativo. Este é uma declaração jurídica. Quem se absteve de declarar, pois, silenciou, não declarou nada e por isto não praticou ato administrativo algum. Tal omissão é um fato jurídico e, *in casu*, um fato jurídico administrativo.

Nada importa que a lei haja atribuído determinado efeito ao silêncio: o de conceder ou negar. Este efeito resultará do fato da omissão, como imputação legal, e não de algum presumido ato, razão porque é de rejeitar a posição dos que consideram ter aí extinto um ato tácito.

Ao entendimento das palavras do catedrático, não existe ato tácito, quando da omissão, pois sequer houver a prática de algum ato, mas sim um "fato jurídico administrativo" omissivo. O que caracteriza a omissão é a inércia das entidades governamentais, frente ao dever-poder de agir. A omissão pode ser classificada como genérica ou específica.

É categórico em diferenciar a omissão genérica da omissão específica. "Aqui, há de se discernir entre omissão genérica e omissão específica da administração pública (SOUZA,2008)

Na primeira, omissão genérica, não surge abuso de poder, por que se trata de escolha do momento mais oportuno para o incremento das políticas de administração, as quais não possuem prazo determinado. Já na omissão específica, a administração pública tem o dever de agir face a uma situação determinada, podendo ou não a lei prever o prazo para tanto "neste último caso, deve-se considerar o que a doutrina chama de "prazo razoável"(SOUZA,2008).

Em virtude do poder-dever a omissão específica, é a que caracteriza o abuso de poder, e gera a responsabilização do estado e conseqüentemente a imputação do agente omissor.

2.2 Atos normativos e atos concretos

A administração pode atuar de duas maneiras no que se refere ao exercício do poder de polícia, são elas através da edição de atos normativos e também através da criação de atos concretos. Os atos normativos possuem como atributos a impessoalidade, conteúdo genérico e abstrato. Sendo assim, as restrições são executadas através de regulamentos, resoluções, portarias e outros de conteúdos idênticos. Os atos concretos são preordenados a indivíduos plenamente identificados, por exemplo, multas, licenças (CARVALHO FILHO, 2015).

De acordo com Maria Sylvia Zanella de Pierro (2013), atos normativos, em regra, formam as limitações administrativas, em função das atividades individuais e dos direitos, originando-se normas gerais e genéricas destinadas aos indivíduos que se encontrem em semelhantes situações. Em contrapartida atos administrativos compreende medidas preventivas, por exemplo, notificação, vistoria, fiscalização. Essas medidas possuem a finalidade de coagir o administrado infrator a obedecer a lei.

Celso Antônio Bandeira de Mello a esse respeito nos relata que:

A polícia administrativa manifesta-se tanto através de atos normativos e de alcance geral quanto de atos concretos e específicos.

Regulamentos ou portarias — como as que regulam o uso de fogos de artifício ou proíbem soltar balões em épocas de festas juninas —, bem como as normas administrativas que disciplinem horário e condições de vendas de bebidas alcoólicas em certos locais, são disposições genéricas próprias da atividade de polícia administrativa. De outro lado, injunções concretas, como as que exigem a dissolução de uma reunião subversiva, apreensão de edição de revista ou jornal que contenha noticiário ou reportagem sediciosa, imoral ou dissoluta, fechamento de estabelecimento comercial aberto sem a prévia obediência aos requisitos normativos, interdição de hotel utilizado para exploração do lenocínio, guinchamento de veículo que obstrua via pública, são atos específicos de polícia administrativa praticados em obediência a preceitos legais e regulamentares (2015, p.859).

Neste viés, é relevante ressaltar que para MELLO (2015), o poder de polícia abrange também os atos fiscalizadores, na qual, é responsável pela identificação prévia de eventuais danos que poderiam sobrevir de ação dos indivíduos. Deste modo a Administração Pública se certifica de que os padrões estabelecidos por lei, estão sendo obedecidos, prevenindo eventuais danos aos administrados.

2.3 Atos de fiscalização

É preciso pontuar de início que os atos de fiscalização do poder de polícia apresentam duas características distintas, sendo uma delas de natureza repressiva e outra preventiva.

De acordo com o jurista Carvalho Filho (2015), não terá eficácia o poder do Estado de aplicar restrições aos administrados, se não houver mecanismos de fiscalização da conduta destes. Logo, o Estado tem o dever de atuar de forma repressiva, quando o administrado já infringiu o seu limite ou de forma preventiva, identificando e repreendendo possíveis danos ao interesse coletivo.

O poder de polícia não significa necessariamente o uso da força ou uma sanção, mas sim a utilização potencial de tal força, visto que pode haver a atuação de tal poder sem necessariamente a aplicação de uma sanção.

Neste sentido, a atuação em relação à ordem de Polícia é verificada primariamente, com a instituição legal de limites e condicionamentos. É retratada quando o Estado na sua função de Poder de Polícia e amparado pela Supremacia, limita condutas preventivamente com o intuito de evitar o acontecimento de futuro dano ou prejuízo, através de atos legais.

Será através de uma norma jurídica, inicial, portanto, que será criada uma restrição ou o condicionante ao exercício do direito do indivíduo, podendo englobar não somente a lei, como também por atos normativos infra legais que irão mencionar a maneira de execução com a finalidade de uniformidade de observância do ato. Logo, poderá ser observada por até mesmo decretos regulamentares, embora estejam inseridos no conceito de norma jurídica secundária.

Sobre a segunda etapa, vimos que para algumas atividades particulares, pela sua importância, perigo ou até mesmo os possíveis reflexos sociais e sua relevância privada, o legislador entende melhor condicionar atividades a um prévio consentimento do estado, uma espécie de concordância do mesmo.

Na fase do consentimento de Polícia, há habilitação para a utilização de propriedade particular ou para a execução de atividade considerada privada, fazendo também este consentimento prévio, como supramencionado, em casos onde houver a necessidade de garantia do Interesse público de forma coletiva.

Conclui-se então que não são todos os atos que deverão passar por tal procedimento, a prática de atos que não estiverem aqui inseridos, embora não passem pelo consentimento, serão sujeitos à fiscalização e sanção pelo descumprimento de ordens policiais.

Sendo o ato de consentimento tido como formal, será materializado na forma de um alvará na maioria das vezes, embora existem outros instrumentos que formalizam esses consentimentos, tais como as carteiras, as declarações, os certificados.

Os atos de consentimento por parte do estado que são mais utilizados é a licença, quando vinculada a atuação do administrador no caso, e a autorização, quando existir possibilidade de discricionariedade por parte do Estado.

O alvará de licença é aquele que a Administração está vinculada à sua expedição, o consentimento independe de apreciação administrativa e se baseia estritamente na norma ou regulamento específico, que estabelecem condições de direito.

A administração Pública se obriga à sua outorga quando presentes os requisitos legais e de acordo com as exigências regulamentares. Exemplos de licença são aquelas necessárias para uma construção ser feita ou a habilitação para dirigir veículo automotor.

De acordo com José dos Santos Carvalho Filho, “As licenças são atos vinculados e, como regra, definitivos, o passo que as autorizações espelham atos discricionários e precários” (CARVALHO FILHO, 2014, p. 85).

A Autorização é então, por outro lado, ato discricionário, remetendo à análise da conveniência e oportunidade estatal para sua expedição, podendo ser negada ainda que contenha todos os requisitos legais e estando regularmente inserida no âmbito administrativo.

Além disso, a autorização é precária, o que se quer dizer que pode haver o rompimento do vínculo particular/estado sem a necessidade de indenização por parte do Estado e a qualquer tempo.

De acordo com Marcelo Alexandrino;

A autorização editada com fundamento no poder de polícia é um ato administrativo por meio do qual a administração pública possibilita ao particular a realização de atividade privada de predominante interesse deste, ou a utilização de um bem público (2011, p. 239).

Um exemplo é a autorização para que alguém mantenha arma de fogo em casa, que depende de certificado de registro de arma de fogo, norma regulada nos termos do artigo 5º da Lei número 10.826 de 2003.

O terceiro ato do ciclo é o da Fiscalização de Polícia, que consubstancia não somente a fiscalização da execução das ordens de polícia, como também atua observando a possível existência de abusos nos atos dos administrados. Percebe-se então, que seu caráter pode ser tanto preventivo quanto repressivo.

É em suma, a atuação do Estado para a verificação do cumprimento pelo particular das normas estabelecidas no ordenamento jurídico, não só para analisar o cumprimento de ordens normativas em geral, como também para fiscalizar a atuação

do particular que teve um direito através de uma licença ou autorização para sua efetivação.

Por fim e fechando este ciclo, temos a Sanção de Polícia, verificada quando há a atuação da Administração diretamente através de sanções, intervindo punitivamente sobre a propriedade e bens privados e particulares, unilateralmente, na busca pela repressão da infração e a preservação do retorno do Interesse público. Logo, atua repressivamente.

Marcelo Alexandrino assim ensina:

A sanção de polícia é a atuação administrativa coercitiva por meio do qual a administração, constatando que está sendo violada uma ordem de polícia, ou que uma atividade privada previamente consentida está sendo executada em desacordo com as condições e os requisitos estabelecidos no ato de consentimento, aplica ao particular infrator uma medida repressiva (sanção), dentre as previstas na lei de regência (2011, p.243-244).

Ponto importante é que não há que se falar em tipificação ou penalização por analogia. De acordo com o posicionamento do Ministro Teori Albino Zavascki do Superior Tribunal de Justiça, quando do julgamento do RMS 21.922/GO, Relator Ministro, publicado no Diário de Justiça no dia 21/6/2007, a aplicação de penalidades está sujeita ao Princípio da Legalidade Estrita de forma que a Administração não está autorizada a aplicar sanções não previstas em lei.

Concluimos aqui, que a sanção será aplicada somente se durante a fiscalização for encontrada infração administrativa, ou seja, quando houver irregularidades.

2.4 Polícia administrativa e judiciária

Tanto a polícia administrativa quanto a polícia judiciária se enquadram no âmbito da função administrativa, ou seja, condizem com atividades de interesse público. Muitos doutrinadores afirmam que a principal diferença entre essas duas polícias é que a polícia administrativa tem caráter preventivo e que a polícia judiciária tem caráter repressivo. Porém, esta afirmação não é absoluta. Ambas podem agir repressiva ou preventivamente.

Mello (2003, p.722) esclarece sobre o assunto:” o que efetivamente aparta polícia administrativa de polícia judiciária é que a primeira se predispõe unicamente a impedir ou paralisar atividades anti-sociais enquanto a segunda se preordena à responsabilização dos violadores da ordem jurídica.”

Outra diferença apresentada pelos doutrinadores é quanto ao tipo de ilícito. Se o ilícito for apenas administrativo, seja preventivo ou repressivo, trata-se de polícia administrativa, mas se o ilícito for penal, compete à polícia judiciária atuar no caso.

Diógenes Gasparini traça outras diferenças:

O exercício da polícia administrativa está disseminado pelos órgãos e agentes da Administração Pública, ao passo que o da polícia judiciária é privativo de certo e determinado órgão (Secretaria de Segurança). O objeto da polícia administrativa é a propriedade e a liberdade, enquanto o da polícia judiciária é a pessoa, na medida em que lhe cabe apurar as infrações penais (2003, p.50).

Visando defender os interesses da coletividade, a Administração Pública dispõe de alguns atributos ou prerrogativas. São eles: Discricionariedade e Vinculação, Auto executoriedade e Coercibilidade.

Quanto à discricionariedade e à vinculação pode-se afirmar que na maioria das vezes o poder de polícia é discricionário, mas também pode ser vinculado. A discricionariedade ocorre quando a lei deixa margem de liberdade para certas situações, até porque o legislador não prevê todas as hipóteses possíveis para cada caso. Em várias situações a Administração terá que decidir qual o melhor procedimento para aquele caso, caracterizando a discricionariedade do poder de polícia. Porém, em certos casos a lei estabelece que a Administração siga soluções já determinadas, sem qualquer forma de discricionariedade, caracterizando o poder vinculado.

Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello:

Em rigor, no Estado Democrático de Direito, inexistente um poder, propriamente dito, que seja discricionário fruível da Administração Pública. Há, isto sim, atos em que a Administração Pública pode manifestar competência discricionária e atos a respeito dos quais a

atuação administrativa é totalmente vinculada. Poder discricionário abrangendo toda uma classe ou ramo de atuação administrativa é coisa que não existe. (2003, p.723)

Autoexecutoriedade é a prerrogativa de praticar atos e colocá-los em imediata execução, sem depender de manifestação judicial. Não depende de autorização de outro poder, desde que a lei autorize o administrador a praticar o ato imediatamente. Alguns autores dividem a autoexecutoriedade em: exigibilidade e executoriedade. A exigibilidade significa que a Administração poder tomar decisões executórias, que não dependem da concordância do particular. A Administração utiliza meios indiretos para a coação; por exemplo, a multa por infração no trânsito. A executoriedade significa que, tomada a decisão executória, a Administração poderá proceder à execução forçada, podendo utilizar força pública, por exemplo a dissolução de uma reunião.

A coercibilidade revela o grau de imperatividade dos atos de polícia. A atividade refere-se a um poder que deve ser desempenhado de forma a obrigar todos a seguirem os seus comandos. A maioria das atividades realizadas pela Administração Pública em face dos administrados são negativas, na qual os particulares sofrem uma limitação em sua liberdade de atuação, ou seja, uma obrigação de não fazer, imposta pela Administração. Com relação à atividade positiva, a Administração desenvolverá uma atividade que vai trazer um acréscimo aos indivíduos, isoladamente ou em conjunto.

Na visão de José dos Santos Carvalho Filho sobre a característica da coercibilidade:

A Polícia Administrativa, como é natural, não pode curvar-se ao interesse dos administrados de prestar ou não obediência às imposições. Se a atividade corresponder a um poder, decorrente do *ius imperii* estatal, há de ser desempenhada de forma a obrigar todos a observarem os seus comandos (2011, p.90).

Diga-se, por oportuno, que é intrínseco a essa característica o poder que tem a Administração de usar a força, caso necessário para vencer eventual recalcitrância. É o que sucede, por exemplo, quando, em regime de greve, operários se apoderam *manu militari* da fábrica e se recusam a desocupá-la na forma da lei” (CARVALHO FILHO, 2011, p.83).

Limitações do Poder de Polícia

O poder de polícia está sujeito a limitações que condicionam a sua atividade. A Administração Pública está adstrita aos ditames normativos, ao ordenamento jurídico e aos direitos individuais que positivou, até mesmo quando age com discricionariedade. Assim, toda medida administrativa deve estar de acordo com a lei. Os princípios da legalidade, da razoabilidade, da proporcionalidade e o controle jurisdicional impõe limites ao poder de polícia. As medidas administrativas devem ser adotadas com base em motivos racionais, evitando ações desnecessárias, inadequadas e ineficazes.

De acordo com Cretella Jr. (1977, p. 601) “a faculdade repressiva não é, entretanto, ilimitada, estando sujeita a limites jurídicos: direito do cidadão, prerrogativas individuais e liberdades públicas asseguradas na Constituição e nas leis”.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro, ao abordar as limitações ao poder de polícia, afirma:

Como todo ato administrativo, a medida de polícia, ainda que seja discricionária, sempre esbarra em algumas limitações impostas pela lei, quanto à competência e à forma, aos fins e mesmo com relação aos motivos ou ao objeto; quanto aos dois últimos, ainda que a Administração disponha de certa dose de discricionariedade, esta deve ser exercida nos limites traçados pela lei (2001, p.116).

Assim, verifica-se que o poder de polícia nunca deve ir além do necessário para satisfação do interesse público almejado. A atuação da polícia administrativa só será considerada legítima se for realizada segundo os termos legais, respeitando os direitos individuais e as liberdades públicas asseguradas na Constituição Federal e nas leis.

CAPÍTULO III – COMPETÊNCIA DA UNIÃO, ESTADOS E MUNICÍPIOS NA EXECUÇÃO DO PODER DE POLÍCIA

O terceiro e último capítulo deste trabalho de conclusão de curso, aborda a polícia administrativa estabelecida a partir da autonomia político-administrativa no âmbito federal, estadual e municipal, estabelecida constitucionalmente para demonstrar que seu exercício pode ocorrer diretamente de lei de diferentes órbitas governamentais, mas que sempre depende de uma previsão legal. Aborda a forma como se estabelece o poder de polícia na legislação sendo abordado no âmbito das 4 esferas, observando que em determinados momentos, a legislação termina por se complexificar a ponto de inúmeros diplomas legais regularem parcialmente determinadas condutas. Finaliza demonstrando que tal exercício, por vezes, pode ser exercido diretamente da lei federal, mas que em outros casos, depende de lei da própria entidade político-administrativa.

3.1 Aplicação do poder de polícia em tempos de pandemia

Os tópicos anteriores levam à constatação de que poder de polícia e direitos fundamentais se relacionam intrinsecamente e atuam de forma que um limita o outro. Ou seja, a atuação ordenadora do Estado pode restringir liberdades individuais, mas por elas também é limitado, na medida em que o poder público, durante sua atividade regulatória, não poderá se afastar dos valores albergados na Constituição e provocar a aniquilação das garantias alcançadas.

Verifica-se então o problema: quando a intervenção estatal limitadora de direitos fundamentais será legítima? Quando existir equilíbrio entre autoridade e liberdade. Quando houver efetiva e real supremacia do interesse coletivo. Quando a coerção mantiver fina sintonia entre as razões e os objetivos que a fundamentam. Em síntese, quando a atuação do poder público for proporcional. Explica-se.

Antes de adentrar na investigação da proporcionalidade na seara da administração pública, tema de interesse do artigo, necessárias algumas considerações gerais sobre esse importante postulado jurídico.

Existem princípios que são mais fáceis de compreender do que de conceituar. A proporcionalidade é um deles. Ela esteve presente em diversos ramos do Direito, seja na aplicação da pena criminal, seja na noção de abuso do civilista ou, ainda, como meio de conter a discricionariedade do Poder Estatal no âmbito administrativo (TAVARES, 2015). Personificava, o referido dogma, a exigência de racionalidade, a obrigação de que a conduta do poder público sempre fosse provida de uma parcela mínima de sustentabilidade racional.

O conceito de proporcionalidade foi empregado pela primeira vez em 1802, por Von Berg, na Alemanha, e somente depois de um século, foi efetivamente utilizado no campo do Direito de Polícia, por obra do Superior Tribunal Administrativo da Prússia. Cumpre ressaltar ainda acerca da jurisprudência constitucional da Alemanha onde, muito cedo, sedimentou-se o entendimento de que a proporcionalidade consubstanciava relevante meio de controle estatal, visando a observância e concretização dos direitos fundamentais do cidadão (ANTUNES, 2006).

Para Paulo Bonavides (2006, p. 393), o aludido princípio possui dois principais sentidos: amplo e restrito. Em sentido mais amplo, é a regra fundamental a quem devem obedecer tanto aos que exercem, quanto os que padecem do poder. Numa dimensão menos larga, se caracteriza pelo fato de presumir a existência da relação adequada entre um ou vários fins determinados e os meios que são levados a cabo. Logo, nesta última acepção, haverá violação do princípio toda vez que os meios destinados a realizar um fim não são por si mesmos apropriados, e/ou quando a desproporção entre meios e fim é particularmente evidente ou manifesta.

Será proporcional a opção que melhor atender a tarefa de otimização das regras em disputa, considerando-se que cada qual apresenta pesos variáveis de importância conforme o caso concreto que esteja em exame (HESSE, 1983).

Dessa forma, o princípio da proporcionalidade, conhecido por limite dos limites, atua como ferramenta indispensável para impingira legitimidade e a

adequação das normas com os ditames da justiça e da razão. Todavia, o exercício do referido método interpretativo não pode ser realizado de forma crua, pouco elaborada e com base em critérios subjetivos. O referido postulado possui dimensões que condicionam a sua aplicação e eliminam o perigo da subjetividade. Essas dimensões são concretizadas por meio da observação dos subprincípios da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

No artigo “O proporcional e o razoável”, Luis Virgílio Afonso da Silva aborda assim o assunto:

A real importância dessa ordem fica patente quando se tem em mente que a aplicação da regra da proporcionalidade nem sempre implica a análise de todas as suas três sub-regras. Pode-se dizer que tais sub-regras se relacionam de forma subsidiária entre si. Essa é uma importante característica, para a qual não se tem dado a devida atenção. A impressão que muitas vezes se tem, quando se mencionam as três sub-regras da proporcionalidade, é que o juiz deve sempre proceder à análise de todas elas, quando do controle do ato considerado abusivo. Não é correto, contudo, esse pensamento. É justamente na relação de subsidiariedade acima mencionada que reside a razão de ser da divisão em sub-regras. Em termos claros e concretos, com subsidiariedade quer-se dizer que a análise da necessidade só é exigível se, e somente se, o caso já não tiver sido resolvido com a análise da adequação; e a análise da proporcionalidade em sentido estrito só é imprescindível, se o problema já não tiver sido solucionado com as análises da adequação e da necessidade. Assim, a aplicação da regra da proporcionalidade pode esgotar-se, em alguns casos, com o simples exame da adequação do ato estatal para a promoção dos objetivos pretendidos. Em outros casos, pode ser indispensável a análise acerca de sua necessidade. Por fim, nos casos mais complexos, e somente nesses casos, deve-se proceder à análise da proporcionalidade em sentido estrito (2002, p.34).

Por adequação entende-se que devem ser utilizadas medidas apropriadas para alcançar a finalidade prevista no mandamento. Deve-se perguntar se o meio escolhido foi pertinente para atingir o resultado almejado. Se não, desrespeitou-se o princípio da proporcionalidade e a escolha será ilegítima. Exige-se, assim, que a opção adotada seja apta a alcançar os objetivos pretendidos. O aplicador da norma examinará se o meio é “simplesmente inadequado”, “objetivamente inadequado”, “manifestamente inadequado ou desnecessário”, “fundamentalmente inadequado”, ou se “com sua utilização o resultado pretendido pode ser estimulado” (MENDES; BRANCO, 2015).

Em relação ao segundo subprincípio, a necessidade, exige-se que a decisão escolhida seja a que produz menor prejuízo para o cidadão e para a coletividade, não podendo ser excessiva, nem tampouco insuficiente. Nem de mais, nem de menos. Em outros termos, o meio não será necessário se o objetivo almejado puder ser alcançado com a adoção de medida que se revele, a um só tempo, adequada e menos onerosa (MENDES; BRANCO, 2015). Um ato estatal que limita um direito fundamental é somente necessário caso a realização do objetivo perseguido não possa ser promovida, com a mesma intensidade, por meio de outro ato que limite, em menor medida, o direito fundamental atingido (SILVA, 2002).

Em arremate, no tocante à proporcionalidade em sentido estrito, analisa-se as vantagens e desvantagens que a medida trará. Lado positivo e negativo. Deve-se indagar se o benefício alcançado com a adoção da medida sacrificou direitos fundamentais mais importantes do que os que a medida buscou preservar. Não haverá proporcionalidade, na sua vertente estrita, se o que se perde com a conduta é de maior relevo do que aquilo que se ganha (BARROSO, 2014).

Assim sendo, forçoso concluir que, ainda que uma medida que limite um direito fundamental seja adequada e necessária para promover outro valor constitucional, isso não demonstra, por si só, que ela deve ser considerada como proporcional. Necessário é esse terceiro e derradeiro exame, que consiste em um só pensamento entre a intensidade da restrição ao direito fundamental atingido e a importância da realização do direito fundamental que com ele colide e que fundamenta a adoção da medida restritiva.

Feitas essas ponderações sobre o princípio da proporcionalidade, passa-se a abordar a inserção desse tema dentro do contexto ora investigado. Para serem legítimas, as medidas de limitação de direitos devem manter congruência com os motivos e fins que as justificam (MEDAUAR, 2018). Será necessário que o Estado tenha cuidado ao agir, nunca se servindo de meios mais enérgicos que os necessários à obtenção do resultado pretendido pela lei (BANDEIRA DE MELLO, 2013).

Como assevera José dos Santos Carvalho Filho:

O princípio da proporcionalidade deriva, de certo modo, do poder de coerção de que dispõe a Administração ao praticar atos de polícia. Realmente, não se pode conceber que a coerção seja utilizada

indevidamente pelos agentes administrativos, o que ocorreria, por exemplo, se usada onde não houvesse necessidade. Em virtude disso, tem a doutrina moderna mais autorizada erigido à categoria de princípio necessário à legitimidade do ato de polícia a existência de uma linha proporcional entre os meios e os fins da atividade administrativa (2017, p. 91).

Se o comportamento desrespeita o razoável, o resultado é que algumas pessoas são prejudicadas pelo abuso de poder, demonstrando, assim, ofensa ao interesse público, alvo pretendido pelo Estado. Exige-se adequação dos meios aos fins. Isto, ademais, não é novidade. É velho e se conserva novo, atual, porque é indispensável à busca do equilíbrio entre o direito individual e o interesse público (2018).

O direito administrativo foi concebido a partir de duas vigas-mestras: autoridade e liberdade. A primeira é necessária de decorrência lógica do primado da supremacia do interesse coletivo. Sem ela não há como vingar a ordem pública. Já a segunda, representa o muro de contenção a impedir a ilegítima interferência do Estado na esfera individual. Sem ela não se estabelece o Estado de Direito.

A restrição administrativa que reprime direitos públicos subjetivos não pode ultrapassar o necessário para a concretização do desejo social que busca defender, haja vista que o objetivo não é reprimir os direitos dos cidadãos, ao revés, garantir a sua fruição, adequando-o ao bem da sociedade.

A coerção das liberdades públicas somente poderá ocorrer para tutelar interesses considerados maiores no caso concreto e exatamente no grau necessário ao atingimento da finalidade pública, sempre atento à forma menos invasiva para o cidadão.

Ademais, pela excepcionalidade, o exercício da atividade oficial restritiva somente terá espaço nos casos de perigo real de dano social. Por outras palavras, deve estar presente entre a coibição e prejuízo impedido, refutando-se, assim, atos desproporcionais ou em desacordo com o bem protegido.

No que concerne à saúde, tem-se que se trata de preceito social fundamental previsto especialmente nos artigos 6º e 196 da Constituição Federal de 1988, que decorre logicamente dos dois principais direitos do ser humano, a vida e a

existência digna. Essa constitucionalização consubstancia expressão do quilate jurídico que contempla a ordem social numa época que a subjetivação se atrela à normatização, que apontam para a concretização de um real Estado Democrático de Direito.

Incluído no rol de direitos denominados de segunda dimensão, essa prerrogativa constitucional caracteriza-se por outorgar ao indivíduo acesso a prestações estatais, revelando-se como transição entre as liberdades formais abstratas para liberdades materiais concretos (SARLET, 2012). Dispõe então, o direito humano supracitado, de uma dúplici vertente, sendo a primeira negativa ou omissiva, em que o Estado deve abster-se de práticas que prejudiquem a saúde do cidadão, e a segunda, positiva ou comissiva, que impõe ao Governo a adoção de ações que visem garantir o antevisto direito social.

Como se observa, incumbe ao ente estatal a implementação de políticas públicas que proporcione à pessoa o mínimo de bem-estar. Por outras palavras, a efetividade e concretização do direito à saúde depende da vontade política dos dirigentes e da atuação proativa da Administração Pública.

Consoante lição de Canotilho:

As normas de direitos fundamentais à prestação são, em rigor, normas programáticas, isto é: regras juridicamente vinculativas que podem obrigar a uma 'política' ativa, sem, contudo, fundamentarem pretensões de prestação subjetivas (CANOTILHO, 2003, p.475).

Destarte, extrai-se do comando legal que o respeito à higidez física é um direito do indivíduo e um dever do Estado, pois, sem saúde, a dignidade e a vida, são ofertadas pela metade, o que se perfaz inconcebível e intolerável perante a atual posição que esse considerável postulado ocupa na moderna escala valorativa normativa. Sendo proteção à saúde um interesse público e obrigação do Estado, logo, poderá ser objeto de exercício do poder de polícia.

Ademais, a vigilância epidemiológica, definida pela Lei nº 8.080/90 como “um conjunto de ações que proporciona o conhecimento, a detecção ou prevenção de qualquer mudança nos fatores determinantes e condicionantes de saúde individual ou coletiva, com a finalidade de recomendar e adotar as medidas de prevenção e controle

das doenças ou agravos” decorre da obrigação constitucional de proteção à saúde (BRASIL, 1990, §2º do art. 6º).

Com efeito, condutas estatais restritivas de direitos fundamentais com base na prevenção e contenção de epidemias podem ser adotadas. Foi o que ocorreu no Brasil em 2006, diante proliferação do mosquito transmissor da dengue, em que a União lançou e pôs em prática o Programa Nacional de Controle da Dengue, que dava amparo legal à execução das ações de campo—imóveis fechados, abandonados ou com acesso não permitido pelo morador. No caso específico da pandemia do novo Corona vírus (COVID-19), o Governo Federal, escorado no interesse social, tem editado atos normativos que estabelecem medidas necessárias para enfrentamento da doença.

Essa conduta vem afetando vários direitos individuais. Sem adentrar no mérito das anunciadas restrições, diante da ausência de dados técnicos sobre a enfermidade e em face do exíguo tempo transcorrido desde o seu aparecimento, verifica-se que esta atuação de poder público é juridicamente possível, por estar fundamentada na lei e no bem estar social, mas apenas será considerada legítima se observar os limites acima dispendidos, notadamente o princípio da proporcionalidade, medida supra positiva das condutas do poder executivo, que proíbe o excesso e preconiza a, conformação entre os meios e os fins.

3.2 Fundamentação e limitações do poder de polícia

Segundo Bandeira de Mello (2013) poder de polícia possui sua razão assentada sobre o interesse social, mas em seu contorno jurídico. E seu fundamento é o princípio da predominância do interesse público sobre o particular, é este princípio que autoriza que a Administração tenha superioridade sobre os administrados. No entanto, esta mesma predominância do interesse público apenas persiste enquanto, ou quando, houver interesse da coletividade. É possível compreender que o próprio fundamento do poder de polícia traz no seu bojo sua principal limitação.

Meirelles (2013) leciona que o poder de polícia tem seus limites demarcados pela conciliação do interesse social com os direitos individuais assegurados na Constituição da República (BRASIL, 2017). Afirma que o poder de

polícia procura o equilíbrio entre o gozo dos direitos individuais e os interesses da coletividade:

Os Estados Democráticos, como o nosso, inspiram-se nos princípios de liberdade e nos ideais de solidariedade humana. Daí o equilíbrio a ser procurado entre a fruição dos direitos de cada um e os interesses da coletividade, em favor do bem comum (MEIRELLES, 2013, p. 143-144).

Na visão de Justen Filho (2011) os limites do poder de polícia estão na lei e no princípio da proporcionalidade. Desta forma as restrições e imposições autorizadas pela lei deverão ser determinadas para cada caso concreto levando em consideração o princípio da proporcionalidade. No caso de uma sanção, por exemplo, “o sancionamento ao infrator deve ser compatível com a gravidade e a reprovabilidade da infração. São inconstitucionais os preceitos normativos que imponham sanções excessivamente graves” (JUSTEN FILHO, 2011, p. 589).

Demonstrando com um exemplo mais concreto, a questão da limitação administrativa da liberdade, a mesma tem como regra não gerar indenização, pois conforme já discutido, não se trata de uma extinção do direito, mas tão somente uma adequação pela Administração Pública, através da adequação deste direito, ao interesse público. Sendo assim, a regra é que no exercício da polícia administrativa a limitação da liberdade não gera direito a indenização. No entanto, há certos padrões, pois se as limitações acabarem produzindo efeitos exagerados ocorre a chamada desnaturação da limitação.

A desnaturação ocorre quando a medida adotada pela administração impuser tal limitação que vede absolutamente sua fruição ou retire seu conteúdo econômico. Neste caso, acabou-se por distorcer o ato administrativo fundamentado no poder de polícia, aspecto que pode significar a invalidade desde ato praticado ou a necessidade de indenização ao particular atingido. Um importante ponto que coloca o autor é que “o vínculo entre a limitação e a satisfação de interesses coletivos não afasta o eventual direito à indenização em prol do particular” (JUSTEN FILHO, 2011, p. 596), já que aparentemente estará ocorrendo a sua desnaturação por estar a Administração se negligenciando do princípio da proporcionalidade.

Bandeira de Mello (2013) também leciona sobre o princípio e acaba por afirmar que, a finalidade legal para a qual foi instituída a medida de polícia a ser tomada pela Administração, é o limite.

É preciso que a Administração se comporte com extrema cautela, nunca se servindo de meios mais enérgicos que os necessários à obtenção do resultado pretendido pela lei, sob pena de vício jurídico que acarretará responsabilidade da Administração. Importa que haja proporcionalidade entre a medida adotada e a finalidade legal a ser atingida (2013, p. 859).

Sobre o uso da coação pelo poder público, esclarece o autor que, qualquer coação que venha a exceder o estritamente necessário à obtenção do efeito jurídico licitamente desejado pela administração pública é injurídica. Logo, se a medida coativa for de intensidade maior que a necessária para a compulsão do obrigado ou se a extensão desta medida ultrapassar o necessário para a obtenção dos resultados licitamente pretendidos, estará além das fronteiras do permitido e não terá validade jurídica. Neste sentido, a coação pelo poder público só pode ser exercitada se não houver outro meio capaz de produzir o resultado necessário, bem como, que a execução destes meios ou medidas deve ser compatível e proporcional ao resultado pretendido através do poder de polícia.

3.3 Determinações e Consentimentos Estatais

Os nomeados atos de polícia possuem, no que toca ao objeto que visam, dupla qualificação, a saber: ou materializam determinações de ordem pública ou substancializam consentimentos dispensados aos indivíduos. “O Poder Público estabelece determinações quando a vontade administrativa se apresenta impositiva, de modo a gerar deveres e obrigações aos indivíduos, não podendo estes se eximir de cumpri-los”. Neste jaez, segundo Meirelles os consentimentos personificam a resposta positiva da Administração Pública aos pedidos formulados por indivíduos interessados em exercer determinada atividade, que careça do mencionado consentimento para ser considerada legítima. Em tal quadrante, a polícia administrativa resulta de verificação que fazem os órgãos competentes sobre a existência ou inexistência de normas restritivas e condicionadas, relativas à atividade pretendida pelo administrado (CARVALHO FILHO, 2011).

Aludidos atos de consentimento são as licenças e as autorizações. A primeira espécie são atos vinculados e, como regra, definitivos, ao passo que a segunda espécie reflete atos discricionários e precários. Instrumentos formais de tais atos são os alvarás, porém documentos distintos podem formalizá-los, a exemplo de carteiras, declarações, certificados e outros congêneres que tenham idêntica finalidade.

Concretamente, cuida explicitar que o importante é o consentimento exprimido pela Administração. Sem embargos, insta pontuar que a Administração, de maneira equivocada, tenta, ocasionalmente, cobrar taxas de renovação de licença por suposto exercício de poder de polícia em atividade de fiscalização. Ademais, cuida anotar que tal conduta é revestida de ilegalidade, porquanto somente em que a Administração atua efetivamente do poder de polícia é que encontra respaldo a cobrança de taxa (CARVALHO FILHO, 2011).

Nesta esteira, ainda, órgãos e entidades que prestam serviços públicos por delegação sujeitam-se ao poder de ordenamento municipal quanto à localização de seus estabelecimentos. É carecido, portanto, que se sujeitem ao poder de polícia municipal e que obtenham a necessária licença para instalação. Isso ocorre com os cartórios notariais ou de registro, que, conquanto estejam sujeitos à fiscalização do Poder Judiciário, só podem instalar-se legitimamente mediante a expedição de alvará de licença.

CONCLUSÃO

O estudo sobre o Poder de Polícia faz com que se note a relevância sobre sua atuação e seus métodos, podendo se analisar a busca incessante por parte do Estado, por uma sociedade em ordem, primando pelo interesse público em prol do interesse privado.

O Estado possui prerrogativas de atuação, e por tê-las, assume papel importante e conseqüentemente típicos daquele que busca por um equilíbrio social e está em situação de Supremacia em relação aos demais. E, por ser típica sua função, somente podem ser exercidas tais atividades pelas pessoas jurídicas de direitos público componentes da Administração Pública.

Justamente por serem fortes tais prerrogativas e por se encontrarem em pé de desigualdade de atuação em relação aos demais, é que encontramos de maneira pacífica o entendimento da doutrina e jurisprudência que os atos que manifestem expressões típicas do Poder Público ou de autoridade pública, não podem ser delegados por neste caso ofender e colocar em risco a ordem social assim como a sociedade como um todo.

Porém, parte da doutrina admite delegação em situações especiais, desta forma, certos atos materiais que precedem a atos jurídicos de polícia podem ser praticados por particulares, por delegação ou simples contrato de prestação de serviços. O que ocorreria nestas situações seria a transferência das atividades materiais de execução para o particular, não estando presentes prerrogativas devidas à Administração Pública.

A doutrina majoritária entende ainda que não há possibilidade da delegação do poder de polícia, propriamente dito, inclusive para as pessoas jurídicas de direito privado da administração indireta.

Nesses casos, é possível transferir a esses entes somente o poder de fiscalizar e de emanar atos de consentimentos, não podendo legislar acerca da matéria ou aplicar sanções a particulares.

REFERÊNCIAS

DE MELLO, Celso Antônio Bandeira. “Serviço público e poder de polícia: concessão e delegação. “In: **Revista Trimestral de Direito Público**, v. 20. São Paulo: Malheiros, 1997.

DE MELLO, Celso Antônio Bandeira **Curso de direito administrativo**. 29 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

DE MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

BRASIL. **Constituição Federal da República Federativa do Brasil**. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília – DF, 5 out. 1988.

BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2011.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 20. ed. rev., ampl. e atualizada até 15.07.2008 Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Curso de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 1977.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 23. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 24 ed, rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2001.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 15. ed Sao Paulo: Atlas, 2003.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 24. Ed. São Paulo, Atlas, 2010.

DI PIETRO, M. S. Z. **Direito Administrativo**. 24ª ed., São Paulo: Editora Atlas, 2011.

MEIRELES, Hely Lopes (1996,) **Direito Administrativo Brasileiro**. 25ª Edição. São Paulo: Malheiros, 1996.

HESSE, Konrad. **Escritos de derecho constitucional –Selección**. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1983.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 7. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

MEDAUAR, Odete. “Poder de Polícia”. In: **Revista de Direito Administrativo**, nº199. Rio de Janeiro: Renovar, jan/mar. 1995.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2003.

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

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 42. Ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

MAZZA, Alexandre. **Manual de Direito Administrativo**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo**. 16° ed. Rio de Janeiro: Forense. 2014.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2003.

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

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 21. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. **Direito administrativo**. 31. ed. rev. atual.e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2018.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. Atualizadores: Nagib Slaibi Filho e Priscila Pereira Vasques Gomes. 30. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

SILVA, Luís Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 91, n. 798, p. 23-50, abr. 2002.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.