

CARLA MARIA GLORIA DE FREITAS

PODER DE POLÍCIA: DISCRICIONARIEDADE E
LIMITES

Recebi

[Handwritten signature]
28-11-09

FACULDADE DE EDUCAÇÃO SÃO LUÍS
*NÚCLEO DE APOIO DE SÃO VICENTE
JABOTICABAL – SP
2009

CARLA MARIA GLORIA DE FREITAS

**PODER DE POLÍCIA: DISCRICIONARIEDADE E
LIMITES**

**FACULDADE DE EDUCAÇÃO SÃO LUÍS
NÚCLEO DE APOIO DE SÃO VICENTE
JABOTICABAL – SP
2009**

Dedico este trabalho à minha família

*Agradeço a DEUS e a todos
que me ajudaram*

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	6
1 PODER DE POLÍCIA – ASPECTOS GERAIS	7
1.1 Conceitos e Objetivos	7
1.2 Fundamentação	9
1.3 Competência	9
2 POLÍCIA ADMINISTRATIVA E POLÍCIA JUDICIÁRIA	12
2.1 Setores da polícia administrativa	14
2.2 Polícia administrativa e os abusos da Administração	14
3 DISCRICIONARIEDADE E LIMITES	16
CONSIDERAÇÕES FINAIS	19
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	20

INTRODUÇÃO

Este trabalho procura apresentar os vários aspectos referentes a um dos poderes da Administração Pública, qual seja, o Poder de Polícia, mostrando as prerrogativas a ela inerentes, mas também seus limites, no sentido de preservar o direito dos administrados.

Objetivamos com este trabalho identificar a atividade administrativa, praticada com respeito e sem abuso de poder, onde a posição de supremacia e predominância do interesse público se coaduna com o particular, desde que praticado com respeito ao princípio da proporcionalidade.

Para realização deste trabalho, utilizaremos pesquisa bibliográfica, jurisprudencial e de legislação, bem como a utilização da internet.

O trabalho será estruturado da seguinte forma: No primeiro capítulo faz-se uma revisão de literatura sobre o poder de polícia e seus aspectos gerais. No segundo capítulo apresentamos os conceitos e atribuições sobre polícia administrativa e judiciária. Já o terceiro capítulo fala sobre a discricionariedade e os limites do poder de polícia. Termina o trabalho com as considerações finais sobre o tema e apresento a bibliografia.

1 PODER DE POLÍCIA – ASPECTOS GERAIS

O fundamento do poder de polícia é o princípio da supremacia do interesse coletivo sobre o privado. Através dele, limitam-se os direitos individuais das pessoas em benefício do interesse coletivo. O exercício e o uso da liberdade e da propriedade devem estar entrosados com a utilidade coletiva.

O poder de polícia é exercido pela Administração Pública sobre direitos, bens e atividades que afetem ou possam afetar a coletividade. Assim, o objeto do poder de polícia é todo direito, bem ou atividade individual que possa afetar a coletividade. Como podem afetar a coletividade, tais direitos, bens ou atividades exigem regulamentação, contenção e controle pelo Poder Público.

1.1 Conceitos e Objetivos

De acordo com Di Pietro (2000), o poder de polícia é a atividade do Estado consistente em limitar o exercício dos direitos individuais em benefício do interesse público.

O Código Tributário Nacional, no art. 78, traz o conceito legal do poder de polícia:

"Considera-se poder de polícia atividade administrativa pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à

segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranqüilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos".

Meirelles (2002 pág. 127) define poder de polícia como a faculdade de que dispõe a Administração Pública para condicionar e restringir o uso e o gozo de bens, atividades e direitos individuais, em benefício da coletividade ou do próprio Estado.

Na mesma linha Carvalho Filho (2008, p. 70), entende o poder de polícia como: a prerrogativa de direito público que, calcada na lei, autoriza a Administração Pública a restringir o uso e o gozo da liberdade e da propriedade em favor do interesse da coletividade.

Mello apud Rivero (2006) conceitua poder de polícia como: o conjunto de intervenção da Administração que tende a impor à livre ação dos particulares a disciplina exigida pela vida em sociedade.

Ainda na Doutrina de Mello (2006), podemos citar os setores sociais de manifestação do poder de polícia, sendo eles: segurança pública, ordem pública, tranqüilidade pública, históricos e paisagísticos, higiene e saúde pública, riquezas *natuaris* e moralidade pública.

Diante do exposto, podemos concluir que o poder de polícia é a atividade da Administração Pública que impõe limites ao exercício de direitos e liberdades, em prol do interesse coletivo. É o mecanismo de frenagem de que dispõe a Administração Pública para conter os abusos do direito individual. Por ele o Estado detém a atividade dos particulares que se revelar contrária, nociva ou inconveniente ao bem-estar social. Esse poder se reparte entre todas as esferas administrativas da União, dos Estados e dos Municípios.

1.2 Fundamentação

O fundamento da atribuição do poder de polícia está centrado no vínculo geral, existente entre a Administração Pública e os administrados, que autoriza o condicionamento do uso, gozo e disposição da propriedade e do exercício da liberdade em benefício do interesse público.

Segundo Melo (2002, 710), o poder expressável através da atividade de polícia administrativa é o que resulta de sua qualidade de executora das leis administrativas. É a contra face de seu dever de dar execução a estas leis. Para cumpri-lo não pode passar de exercer autoridade – nos termos destas mesmas leis – indistintamente sobre todos os cidadãos que estejam sujeitos ao império destas leis. Daí a "supremacia geral" que lhe cabe.

Dessa forma pode-se entender o respeito às construções em determinado local da cidade, o dever de denunciar doença contagiosa, a proibição de manter certos animais na zona urbana, a proibição de vendedores ambulantes em determinadas ruas e praças, o respeito aos limites de pesca em dada região, são restrições decorrentes do poder de polícia que visa atender o interesse público, fundamento primordial desse poder.

O exercício da prerrogativa de polícia conferida à Administração não pode servir, no entanto, como forma de suprimir direitos constitucionalmente garantidos, mas apenas condicioná-los de acordo com o interesse social. Uma vez afastado deste parâmetro, o interesse da coletividade, a conduta do agente público não terá fundamento, pois será arbitrária não condizente com os ditames do Estado democrático de direito.

1.3 Competência

O poder de polícia deve obedecer às normas legais pertinentes à competência (o agente deve ser competente, ter competência legal para a prática do ato) e à forma (o revestimento exterior do ato, o modo pelo qual ele aparece, deve ser o previsto em lei).

O poder de polícia só deve ser exercido para atender ao interesse coletivo e se seu fundamento é o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular, o exercício desse poder perderá sua justificativa quando utilizado para beneficiar ou prejudicar pessoas determinadas. A autoridade que se afasta da finalidade pública incidirá em desvio de poder e acarretará a nulidade do ato com conseqüências nas esferas civil, penal e administrativa.

De acordo com Medauar (1995), listam-se abaixo os aspectos relevantes do seu regime jurídico no direito pátrio:

- a) poder de polícia é atuação administrativa sujeita ao direito público;
- b) regido pelos princípios constitucionais que orientam a administração genericamente: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade;
- c) Sobre tal atuação incidem outros preceitos, tais como:
 - c.1) "favor *libertatis*" ou "*pro libertae*", pois o regime de polícia não pode significar proibição geral e absoluta, que impediria o exercício efetivo do direito;
 - c.2) as medidas de limitação de direitos devem ser congruentes com os motivos e os fins que a justifiquem - proporcionalidade;
 - c.3) a limitação deve ser motivada;
 - c.4) observância do devido processo legal - parágrafo único do art. 78 do CTN;

d) extensão excepcional do poder de polícia como decorrência da decretação do estado de defesa e estado de sítio;

e) O poder de polícia tem seus limites ou barreiras na legislação de regência da atividade policiada e, em especial, na Constituição Federal;

f) O controle dos atos de polícia pode se dar pela própria administração pública, preventivamente, ou pelo poder judiciário, *a posteriori*, quando provocado, evitando-se o abuso de poder.

2 POLÍCIA ADMINISTRATIVA E POLÍCIA JUDICIÁRIA

Antes mesmo de diferenciar polícia administrativa e polícia judiciária, convém ressaltar que ambas representam atividades de gestão de interesse público, ou seja, enquadram-se no âmbito da função administrativa.

A polícia administrativa tem caráter eminentemente preventivo, pretendendo a Administração que o dano social sequer chegue a consumir-se, enquanto a judiciária tem natureza repressiva, destinando-se a responsabilização penal do indivíduo. Esta última seria a atividade desenvolvida por organismo (o da polícia de segurança) que cumularia funções próprias da polícia administrativa com a função de reprimir a atividade dos criminosos através da instrução policial criminal e captura dos infratores da lei penal, atividades que qualificaram a polícia judiciária. Seu traço característico seria o cunho repressivo, em oposição ao preventivo, tipificador da polícia administrativa.

[...] 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, exceto as militares (art. 144, § 4º, da CF). A polícia administrativa predispõe-se a impedir ou paralisar atividades anti-sociais; a polícia judiciária preordena-se a descobrir e conduzir ao Judiciário os infratores da ordem jurídica penal (art. 144, § 4º, da CF). Por último, a polícia administrativa rege-se por normas administrativas; a judiciária, por normas processuais penais. (GASPARINI, 2008, p. 132).

Desta Forma o que efetivamente diferencia a 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.

Segundo Cretella Jr. (1999), 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 artifícios 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 disposição genéricas próprias da atividade de polícia administrativa. (Meirelles

Pode-se, desta forma definir a polícia administrativa como a atividade da Administração Pública, expressa em atos normativos ou concretos, de condicionar, com fundamento em sua supremacia geral e na forma da lei, a liberdade e a propriedade dos indivíduos, mediante ação ora fiscalizadora, ora preventiva, ora repressiva, impondo coercitivamente aos particulares um dever de abstenção ("*non facere*") a fim de conformar-lhes os comportamentos aos interesses sociais consagrados no sistema normativo.

Novamente de acordo com Cretella Jr. (1999), entende-se como polícia geral a atividade de limitação ao exercício da liberdade e da propriedade dos indivíduos quando preordena a assegurar a tranquilidade, a segurança e a salubridade públicas e polícia especial seria aquela concernente aos outros diversos ramos de atuação da polícia administrativa

Finalmente, cumpre agregar que a atividade de polícia envolve também os atos de fiscalizadores, através dos quais a Administração Pública previamente acautela eventuais danos que poderiam advir da ação dos particulares. Assim, a fiscalização de pesos e medidas por meio da qual o Poder Público se assegura de que uns e outros competentemente aferidos correspondem efetivamente aos padrões e, com isto, previne eventual lesão aos administrados, que decorreria de marcações inexatas.

Do mesmo modo, a fiscalização das condições de higiene dos estabelecimentos e casas de pastos, a vistoria dos veículos automotores para garantia das condições de segurança que devem oferecer, prevenindo riscos para terceiros, a fiscalização da caça para assegurar que sua realização esteja conformada aos preceitos legais, são, entre outras, manifestações fiscalizadoras próprias da polícia administrativa.

2.1 Setores da polícia administrativa

A polícia administrativa tem suas áreas de incidência, nos seguintes setores: polícia de caça, destinada à proteção da fauna terrestre; polícia pesca, volvida a proteção da fauna aquática; polícia de divertimentos públicos, visando à defesa dos valores sociais suscetíveis de serem feridos por espetáculos teatrais, cinematográficos; polícia florestal, destinada à proteção da flora; polícia de pesos e medidas, para a fiscalização dos padrões de medidas, em defesa da economia popular; polícia tráfego e trânsito, para a garantia e ordem nas vias e rodovias, afetável por motivo da circulação nelas; polícia dos logradouros públicos, destinada à proteção da tranqüilidade pública; polícia sanitária, volta à defesa da saúde da saúde pública e incidente em vários campos, tais a polícia dos medicamentos, das condições de higiene nas casas de pasto, dos índices acústicos toleráveis; polícia da atmosfera e das águas, para impedir suas respectivas poluições; polícia edilícia, relativa às edificações, etc.

2.2 Polícia administrativa e os abusos da Administração

A utilização de meios coativos por parte da Administração, conforme o indicado, é uma necessidade imposta em nome da defesa dos interesses públicos. Tem, portanto, na área de polícia, como em qualquer outro setor de atuação da Administração, um limite contratual ao seu exercício. Este limite é a finalidade legal em vista da qual foi instituída a medida de polícia.

É preciso que a Administração se comporte com extrema cautela, nunca se servindo de meios mais energéticos 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.

Este eventual excesso pode se apresentar de dois modos:

- A intensidade da medida é maior que a necessária para a compulsão do obrigado;
- A extensão da medida é maior que a necessária para a obtenção dos resultados licitamente perseguíveis.

3 DISCRICIONARIEDADE E LIMITES

Dentro da circunscrição de atuação da Administração Pública, na atividade de polícia administrativa, é possível perceber dois limites: o primeiro no pleno desempenho da atribuição, no amplo interesse de impor limitações ao exercício da liberdade e ao uso e gozo da propriedade; o segundo reside na observância dos direitos assegurados aos administrados pelo ordenamento positivo. Os limites do poder de polícia devem ser circunscritos pela necessidade de conciliação entre o limite, a restrição e o desfrute da liberdade individual e da propriedade particular com os direitos fundamentais, verdadeira garantia a favor dos administrados. Os limites do poder de polícia se resumem no respeito à legalidade.

A atividade administrativa em matéria de polícia, como em qualquer outro setor, deve ser focada e delimitada pelo princípio da legalidade, isto é, atuação da Administração regulada por lei.

" é bem de ver-se que a Administração tem faculdade de intervir apenas no âmbito demarcado pela norma jurídica. Qualquer medida, qualquer decisão administrativa tem de estar de acordo com a lei"(CRETELLA JÚNIOR, 1999, p. 16).

O Poder de Polícia será discricionário quando a lei deixa ao administrador certa margem de liberdade de apreciação quanto a determinados elementos. Nesses casos, a Administração Pública terá 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.

Na escolha pela Administração Pública da oportunidade e conveniência de exercer o poder de polícia, e na graduação das sanções aplicáveis aos infratores é que reside a discricionariedade do poder de polícia.

Entretanto, será vinculado quando a lei estabelece que, diante de determinados requisitos, a Administração Pública terá de adotar solução previamente estabelecida, sem qualquer possibilidade de opção.

"atuar aquém dessa linha demarcatória é renunciar ilegítimamente a poderes públicos; agir além dela representa arbítrio e abuso de poder [...]" (CARVALHO FILHO, 2008, p. 79).

O poder de polícia não deve ser onipotente, incontrolável, mas delimitado, não podendo atentar contra liberdade e a propriedade. Destarte, a regulamentação policial não deve ser excessiva ou desnecessária a ponto de configurar um abuso de poder, prática condenável e dissonante com o Estado Democrático de Direito. Não basta que a lei autorize a ação coercitiva, é preciso que seja necessário e nos limites da razoabilidade e proporcionalidade.

[...] Não basta que a lei possibilite a ação coercitiva da autoridade para justificação do ato de polícia. É necessário, ainda, que se objetivem condições materiais que solicitem ou recomendem a sua inovação. A coexistência da liberdade individual e do poder de polícia repousa na conciliação entre a necessidade de respeitar essa liberdade e a de assegurar a ordem social. (Cretella Júnior: 1999, p. 16).

Do acima exposto, depreende-se que se os limites demarcados para o exercício do poder de polícia forem ultrapassados, configurar-se-á o desvio, abuso ou excesso de poder.

A título ilustrativo, na hipótese de se construir uma avenida em dado município para desafogar o trânsito local, faz-se necessário algumas desapropriações. O agente público, o prefeito, no exercício da discricionariedade em construir a avenida, decreta a desapropriação de cinco imóveis, sendo que um deles, embora esteja próximo, não configura óbice ao traçado da futura avenida, mas mesmo assim o faz porque pertence a um adversário político. Em tal exemplo, o ato desviou-se da finalidade pública, agindo com abuso e excesso de poder, deixando o interesse público para servir a seu próprio interesse. Logo tal ato deve sofrer o controle do Poder Judiciário, anulando-o.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O exercício do poder de polícia deve ser prerrogativa que busque a finalidade do interesse público em detrimento do interesse particular. No entanto, essa busca deve ser balizada em respeito aos princípios que informam a atividade da Administração, elidindo qualquer prática excessiva e arbitrária. Os agentes administrativos devem pautar sua atuação à luz da legalidade, dentro do verdadeiro espírito de bem comum, ainda que pratiquem atos discricionários.

No intuito de se atingir o interesse público, a discricionariedade não pode ser confundida com a arbitrariedade, pois a primeira configura liberdade de agir delimitada pela lei, enquanto a segunda é ação que está fora ou além da legalidade. O Brasil por ser um Estado Democrático de direito, valores como segurança, igualdade, justiça e bem estar, são dirigidos precipuamente a magistrados, legisladores e administradores públicos, sendo que tais valores limitam a discricionariedade administrativa, haja vista, que se forem além desses limites, ocorrerá ilícito passível de correção pelo Judiciário.

Por outro lado, a observância do princípio da proporcionalidade é fator limitante a regulação policial, pois promove sinergia entre a atuação da Administração na busca do interesse público e o respeito aos direitos dos administrados.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2000.

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.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 15. ed. ref. ampl.atual até a Emenda Constitucional 19 São Paulo: Malheiros, 2002.

CRETELLA JUNIOR, Jose. **Do poder de policia**. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

MEDUAR, Odete . **Revista de direito Administrativo**. 1995, p.89

CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL, ed. RT, 1997.

PATAKI, Arion Álvaro. **Poder de polícia**. Disponível em: <http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/>. Acesso em: 27/08/2009