

OS LIMITES DOS PODERES DISCRICIONÁRIO E DE POLÍCIA NA TEORIA E NA PRÁTICA

Iuri Fernando Bertoluci, Luis Felipe Fogagnolo Arato, Marcos Vinicius Rodrigues Barbosa, Marcus Vinicius Mesquita, Jamile Gonçalves Calissi, e-mail: jamilecalissi@yahoo.com.br

1 INTRODUÇÃO

Dentro do estudo da Administração Pública existem diversos conceitos e classificações que regulamentam sua aplicação, funcionamento e limitações. Um que demonstra merecer destaque é o ramo dos Poderes da Administração Pública, os quais podem ser definidos como prerrogativas conferidas ao poder público para sua atuação, visando o bem-estar público e o interesse social. Os Poderes são constituídos de instrumentalidade, ou seja, a busca por um objetivo, finalidade, no caso o interesse público. Além disso, são irrenunciáveis, não podendo ser ignorados/optativos, caracterizando o que se chama de poder-dever.

Pensando nisso, a doutrina trouxe um rol exemplificativo dos chamados poderes da Administração Pública, dentre os quais se destacam o Poder de Discricionariedade e o Poder de Polícia, que serão objetos do presente estudo.

Quanto ao primeiro, pode ser definido como uma espécie de margem de liberdade que o agente público possui, dados os limites da lei para analisar determinada situação em que se encontra e a partir disso tomar as devidas providências para solucionar o conflito. Um exemplo deste dispositivo é o poder de discricionariedade do delegado de polícia no inquérito policial, onde o próprio tem a oportunidade em casos de abertura e diligências a atuar de certa maneira autônoma, a fim de trazer maior efetividade em casos concretos à investigação. A doutrina de modo geral e de Mazza, (2023 p.142) fundamenta que a decisão deve ser tomada levando em conta os critérios de conveniência, ou seja, a decisão deve ser justificada pelo interesse público em detrimento do privado, e o de oportunidade, que leva em consideração o momento em que a situação passa a ser de interesse público. Pode-se citar ainda um exemplo dessa conveniência em um ato que elimina um candidato

de um concurso público, pois o direito do candidato que foi retirado é ocasionalmente menor do que os interesses da coletividade.

Já em relação ao segundo poder, o de Polícia, este funciona como uma espécie de limitação aos interesses individuais e a liberdade, sempre com o objetivo de priorizar o interesse público/coletivo. Em outras palavras, é um poder que tem como natureza a ideia de fiscalização, restrição, sempre pensando no bem-estar coletivo e na maior segurança para a população de modo geral, respeitando claro, alguns princípios, como o da Necessidade, Proporcionalidade e Eficácia. O rol exemplificativo deste é bastante extenso, e costumeiramente gera discussões e controvérsias, como ocorre em casos de fiscalização no trânsito, inspeções de questões higiênicas e sanitárias em restaurantes, bares ou açougues, ou ainda fiscalização da atuação de casas noturnas que fazem muito barulho e prejudicam o sossego da vizinhança. Também pode-se mencionar a questão das igrejas e templos religiosos, que em seus cultos e reuniões não hesitam em colocar sons altos e grande circulação de pessoas, muitas vezes em horários alternativos. Essas violações receberão diversos tipos de sanções caso estejam em desacordo com o que a fiscalização julga como correto, podendo ir desde interdição das atividades e fechamento do local, até mesmo a destruição de objetos. Tal fundamentação legal está presente na Constituição Federal de 1988, no artigo 23, inciso I: “É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: I - zelar pela guarda da Constituição, das leis e das instituições democráticas e conservar o patrimônio público”.

É importante também salientar que o poder de polícia não se confunde com a atuação e competência da segurança pública, a qual é elencada no artigo 144 da Constituição Federal. O poder de polícia não é somente exercido pelos órgãos de segurança pública, mas sim por qualquer órgão fiscalizador do Brasil. Este possível engano foi assunto em uma decisão do próprio STF em 2015, o qual decidiu que outros órgãos que não policiais poderiam exercer a fiscalização de trânsito e conseqüentemente o poder de polícia.

Além disso, a definição do que seria o Poder de Polícia se encontra no Código Tributário Nacional, no seu artigo 78: “considera-se poder de polícia atividade da

administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranquilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos”.

Ainda se tratando de teoria, tanto no Poder Discricionário quanto no Poder de Polícia, existem as chamadas limitações na aplicação do poder e nas decisões tomadas pelo Administrador Público, havendo punições caso haja algum exagero, omissão, arbitrariedade ou abuso. Em casos que haja desvio da função, omissão, retardamento, ou prática de conduta diversa no poder discricionário, estará constituído o crime de Prevaricação, previsto no artigo 319 do Código Penal brasileiro: “Art. 319 - Retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício, ou praticá-lo contra disposição expressa de lei, para satisfazer interesse ou sentimento pessoal: Pena - detenção, de três meses a um ano, e multa”. Ou seja, medida essa que busca coibir a prática de ações de fiscalização para satisfazer interesse próprio e não do cargo fiscalizatório em prol da sociedade. Já sobre o Poder de Polícia, pode ocorrer tanto o abuso de poder, quanto o abuso de autoridade, que se caracterizam quando o agente público se aproveita da função que ocupa e da sua condição e usa esse poder para exercer função diversa daquela que está prevista tanto na sua competência, quanto nos princípios morais e éticos, e na própria lei. Há fundamentação legal para este ato na Lei 13.869:

Art. 1º Esta Lei define os crimes de abuso de autoridade, cometidos por agente público, servidor ou não, que, no exercício de suas funções ou a pretexto de exercê-las, abuse do poder que lhe tenha sido atribuído.

§ 1º As condutas descritas nesta Lei constituem crime de abuso de autoridade quando praticadas pelo agente com a finalidade específica de prejudicar outrem ou beneficiar a si mesmo ou a terceiro, ou, ainda, por mero capricho ou satisfação pessoal.

§ 2º A divergência na interpretação de lei ou na avaliação de fatos e provas não configura abuso de autoridade.

Ou seja, quaisquer atos que tenham sido praticados com abuso de poder são considerados nulos e não possuem eficácia, de modo que assim sejam considerados pela Administração Pública ou pelo próprio Poder Judiciário.

Após uma breve exposição dos conceitos da Administração Pública, o presente estudo terá como foco uma visão mais crítica, que buscará fazer uma análise minuciosa referente às limitações dos Poderes, ou seja, até que ponto o administrador público possui margem para exercer o Poder de Polícia nas suas diversas esferas de fiscalizações, ou ainda, a linha tênue entre a ideia de discricionariedade e arbitrariedade na elaboração de uma suspensão, ou ainda de uma permissão, por exemplo.

2 MÉTODO

Para a elaboração do estudo em questão, foram utilizadas diversas técnicas de pesquisa, das quais se destacam: técnica de pesquisa descritiva, onde se busca trazer uma análise do objeto de estudo, trazendo assim uma descrição dos resultados que foram obtidos; técnica de pesquisa bibliográfica, tendo como referência livros e doutrinas do ramo de Direito Administrativo, como por exemplo Di Pietro, afim de enriquecer os conceitos e conhecimentos acerca do tema estudado. Já no que tange aos métodos de pesquisa, mostra-se presente o método dedutivo, no qual, após observações específicas sobre determinadas situações, no caso o respeito aos limites dos princípios, se obtém como resposta leis e normas gerais, que regulamentam seu funcionamento.

3 RESULTADOS E DISCUSSÃO

3.1 DOS LIMITES

LIMITES COM BASE NA LEI

Quanto aos limites previstos na Lei, pode-se observar na Constituição Federal de 1988, que a administração pública deverá observar alguns princípios para sua atuação: “Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte (...)”. Ou seja,

os Poderes só poderão atuar de maneira que respeitem os limites previstos em leis específicas ou gerais, os ideais de moralidade em suas decisões, publicidade e eficiência, ou seja, sem omitir informações ou não justificar seus atos. Assim, é correto dizer que esses princípios previstos na CF/88 são o que norteiam os valores que devem ser levados em conta nas decisões e ramos de atuação dos Poderes em questão.

LIMITES COM BASE NOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE

Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade estão interligados, e foram introduzidos pela doutrina para serem aplicados de maneira geral da administração pública. Estes levam em conta a análise do caso concreto, para que assim a decisão adequada seja tomada, evitando exageros ou insuficiências. Na prática, pode-se observar isso nas aplicações de sanções em Processos Administrativos Disciplinares (PAD): caso uma punição haja em desacordo do que a Lei permite, será exercido o princípio da razoabilidade e proporcionalidade para que a punição seja com o valor adequado, garantindo assim justiça e evitando o que se entende como arbitrariedade. Portanto, pode-se dizer que tal princípio atua como um regulador do Poder Discricionário.

LIMITES COM BASE NO PRINCÍPIO DA PRIMAZIA DO INTERESSE PÚBLICO

Tal princípio está fundamentado pelo dispositivo legal presente na Lei 9.784, em seu artigo 2º, parágrafo único: “**Art. 2º** A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência”. Na prática, ele se entende como uma espécie de sacrifício de interesses individuais e privados, para que seja alcançado um bem maior, sejam atingidas positivamente pela decisão o maior número de pessoas possível, já que atingir todas elas, seria impossível. Por exemplo, supondo que a administração pública opte por construir um prédio, será necessário que o edifício seja utilizado para algo que esteja à disposição da população de maneira geral, podendo ser uma instituição de pesquisas/estudos, um hospital, um centro de assistência à população etc. Outro exemplo disso seria uma limitação de um

estabelecimento privado realizado pelo Poder de Polícia para preservar o interesse coletivo, como proibição de som alto depois das 22h, multas para motoristas que dirigem de maneira imprudente, colocando os outros em risco.

3.2 DAS CONSEQUÊNCIAS CASO OS LIMITES NÃO SEJAM RESPEITADOS

ABUSO DE AUTORIDADE

No ano de 2019, a Lei 13.869 foi implementada para tratar sobre o assunto abuso de autoridade: “Art. 1º Esta Lei define os crimes de abuso de autoridade, cometidos por agente público, servidor ou não, que, no exercício de suas funções ou a pretexto de exercê-las, abuse do poder que lhe tenha sido atribuído”. Ou seja, caso o administrador público se aproveite da sua condição para abusar de um poder que fora conferido a ele, seja contra pessoa física ou jurídica, cometerá tal infração, recebendo diversos tipos de punição, como indenização pelo dano causado, demissão ou ainda inabilitação para o exercício do cargo. É inegável que tal lei fortalece as condutas de atuação dos Poderes Administrativos, já que as penas de detenção podem chegar até 4 anos.

PREVARICAÇÃO

Outro tipo de irregularidade que pode ser cometido pelos funcionários públicos contra a administração é o crime de prevaricação, que está presente no artigo 319 do Código Penal, por meio de um Decreto Lei de 1940: “Art. 319 - Retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício, ou praticá-lo contra disposição expressa de lei, para satisfazer interesse ou sentimento pessoal: (Vide ADPF 881)”. Nestes casos, as penas são cumpridas na esfera criminal, com penas que consistem em multa e detenção de até 1 ano. Como exemplo de prevaricação, pode-se citar um funcionário público que deixa de cumprir sua função de emitir documentos, simplesmente por estar com preguiça, ou ainda por não gostar do cidadão de quer ter seu documento em sua posse, ou ainda emitir algum documento em desacordo com que a lei permite. Ou seja, o crime pode ser caracterizado tanto por uma ação, quanto por uma omissão, e por ter penas no âmbito criminal, possui um peso considerável nos limites dos Poderes dos administradores públicos.

CONTROLE DO PODER JUDICIÁRIO

Nas situações em que fique identificado que houve algum abuso de poder, ou ainda prevaricação, obviamente as ações descabidas tomadas pelo funcionário/administrador não terão efetividade, cabendo ao Poder Judiciário exercer sua função e dar um julgamento adequado para cada caso, além de decretar a nulidade dos atos exercidos anteriormente. Serão tomados como base para o julgamento o texto de lei, além de novamente os princípios da razoabilidade e proporcionalidade. Por exemplo, na revisão de um Processo Administrativo Disciplinar, ou ainda em atos que estejam em desacordo com a Lei.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conclui-se, portanto, que os poderes administrativos de polícia e discricionário são ferramentas eficazes no quesito fiscalizatório do estado e são indispensáveis para haver justiça perante às oportunidades dadas pelo estado. Contudo, estes poderes devem ser limitados para que não haja injustiças e conseqüentemente violação na isonomia de tratamentos perante a certos meios, como o livre mercado. Não seria justo um tratamento desigual entre um comerciante e outro, o qual poderia sofrer mais sanções e atrapalhar até mesmo o natural mercado daquela região.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. Acesso em: 02 de Agosto de 2023.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**, 2022. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/books/9786559643042>. Acesso em: 02 de Agosto de 2023.

MAZZA, Alexandre. **Manual de Direito Administrativo – 13ª edição**, 2023. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/books/9786553627284>. Acesso em: 02 de Agosto de 2023.

FERNANDES, Og. **Legalidade, discricionariedade, proporcionalidade: o controle judicial dos atos administrativos na visão do STJ.** Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/13032022-Legalidade--discricionariedade--proporcionalidade-o-controle-judicial-dos-atos-administrativos-na-visao-do-STJ.aspx>. Acesso em: 02 de agosto de 2023.

STF - Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário/MG nº 658.570.** Plenário. Relator Min. Marco Aurélio. Julgamento: 06/08/2015. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stf/863995052>. Acesso em: 02 de agosto de 2023.