

LINCOLLIN FERREIRA GUEDES

AS LIMITAÇÕES DO PODER DE POLÍCIA EM FACE DO PRINCÍPIO DA
LEGALIDADE

Trabalho monográfico apresentado ao curso de Direito do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal de Campina Grande, como exigência parcial da obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador: Prof. Ms. Eduardo Jorge Pereira de Oliveira.

SOUSA

2013

LINCOLLIN FERREIRA GUEDES

AS LIMITAÇÕES DO PODER DE POLÍCIA EM FACE DO PRINCÍPIO DA
LEGALIDADE

Trabalho monográfico apresentado ao curso de Direito do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal de Campina Grande, como exigência parcial da obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador: Prof. MS. Eduardo Jorge Pereira de Oliveira.

Banca Examinadora:

Data de aprovação: _____

Prof. MS. Eduardo Jorge Pereira de Oliveira
Orientador

Prof.(a) Membro da Banca Examinadora

Prof.(a) Membro da Banca Examinadora

SOUSA

2013

Dedico,

Ao meu pai, minha mãe, mulher da minha vida, e aos meus dois irmãos. À minha bailarina, Juliana Mary, que tornou minha jornada acadêmica mais primorosa. Dedico, por fim, não uma lágrima de saudade, mas sim um sorriso no coração pela lembrança da princesa Nadjanara Linhares. “Em ti eu vejo Deus em face feminina, estrela pequenina: luz dos olhos meus”.

AGRADECIMENTOS

Levantarei os meus olhos para os montes, de onde vem o meu socorro. O meu socorro vem do Senhor que fez o céu e a terra. O Senhor guardará a tua entrada e a tua saída, desde agora e para sempre (Salmos, 121).

Agradeço por este trabalho e tudo o que ele representa a minha família. Momentos turbulentos temos passado, mas Deus sabe o quanto eu os amo cada vez mais.

Meu pai, Alcides José Guedes Carneiro, exemplo de homem forte e trabalhador, de quem eu retiro a retidão e honestidade que devo levar comigo a todo tempo. Denise Ferreira Guedes, com sua alma de menina, segurança e afeto de mãe, deixou plantado em mim as mais profundas raízes da felicidade. Todo carinho que um dia eu venha externar, certamente, virá de ti, querida mãe. Não esquecerei em nenhum momento a sua peleja para poder saciar nossas vontades mesmo vendo hoje que, muitas vezes, não era prudente realizá-las.

Não poderia passar despercebida a importância dos meus dois irmãos nesse trabalho e em toda a minha vida. Andreza, obrigado pelo apoio e pela perseverança. Dedico também essa conquista ao meu irmão, Anderson Ferreira Guedes. Tua serenidade e honradez conduziram com afinco o meu caminho pela trama da faculdade e da vida. Família, as conquistas deste ano e as outras mais que, com a graça do pai celestial, hão de vir, foram e sempre serão suas.

Reservo também minha gratidão e meus sentimentos para aquela que, não raras as vezes, foi o meu sustentáculo, a minha força, a minha companheira. Não pensarei duas vezes em dizer que fui encantado pelos passos da bailarina. Juliana Mary, suave é a tua felicidade, grandioso é o teu espírito. Sempre que eu me conduzi pelas tuas palavras, encontrei segurança, ternura e paz. A Universidade sempre estará associada a tua imagem, pois você “coloriu o que antes era preto e branco”. E o teu sorriso sempre ornamentará o meu coração. Se for pra falar de algo bom, eu sempre vou lembrar de você. Porque é você.

Seria injusto não destinar parcela desse singelo reconhecimento para o saudoso professor “Padre Paulo”. Professor, sua contribuição para o meu progresso pessoal e profissional supera qualquer estimativa que eu possa imaginar. Sempre recordarei, com a mais pura nostalgia, das vezes em que o vi passar pelos

corredores da Universidade, sem esquecer um nome, uma raiz, cativando em todos a fascinação de ter em um mestre, um bom exemplo a ser seguido.

Ofereço essa conquista aos meus amigos de sala e do coração. Em especial a Padu, Davi, Leomax, Rafael, Leonardo e Pedro. Passamos por muitas coisas nesses anos. Com vocês ao meu lado, a vida longe de casa se tornou palpável e divertida. Admiro a cada um de vocês. Cada qual com a sua peculiaridade, e todos gigantes de coração e de alma. Vocês são verdadeiros vencedores! Se esse mundo for realmente pequeno, a interseção de nossos caminhos pelas veredas da vida, será sempre uma satisfação e um motivo para me fazer mais feliz e realizado.

Ademais, não se pode duvidar da tamanha gratidão que tenho pela residência universitária, em especial à família que me recebeu de portas abertas na rua Princesa Isabel. Deus sabe o quanto eu sentirei falta dessa casa bem provida de sorrisos e cumplicidade. Minhas memórias nunca falharão! Sempre lembrarei com saudade do modo de ser de cada um. Sou residente universitário, com orgulho. Minha lamúria é não ter me juntado desde o início a vocês. Do fundo do meu coração, muito obrigado! Parafrazeando o ilustre Wendel Alves: “a felicidade é o que importa”.

Amigos e lembranças, levarei muitas no coração. Meus sonoros agradecimentos àqueles que compartilharam comigo muitos dos bons momentos que vivi durante a minha formação acadêmica. Em especial, dedico essa vitória a Alanzão, Pablo, Jonas Bráulio e ao amigo João Filho, que me recebeu quando eu não tinha noção de por onde começar. Proporcionou-me um abrigo, um amparo, um amigo.

Reservo também minha gratidão para o professor Eduardo Jorge, ora meu orientador. Obrigado pela paciência e pela oportunidade, mestre. Sem sua ajuda, esse momento não seria possível.

Aos funcionários e colaboradores do CCJS, em especial aos amigos da Biblioteca, dos quais sentirei muita falta, dedico a partilha dessa conquista e do meu sucesso.

AS LIMITAÇÕES DO PODER DE POLÍCIA EM FACE DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

LINCOLLIN FERREIRA GUEDES

lincollin_guedes@hotmail.com

Universidade Federal de Campina Grande

RESUMO:

Esta monografia deteve-se à pesquisa do tema, notadamente, pela sua importância atual em um ordenamento jurídico no qual o Estado intervém cada vez mais nas relações particulares. Investigou-se a importância do Direito frente ao poder de polícia do Estado, através de suas normas jurídicas e princípios. Destarte, o propósito desse trabalho foi investigar a figura do poder de polícia e mapear as formas de controlar essa prerrogativa estatal quando o agente público exorbitar o interesse público ao qual está adstrito. A pesquisa para se atingir tal objetivo iniciou-se através de um balanço histórico do instituto, galgando pelo conceito e estudo dos princípios jurídicos administrativos e finalizando com o estudo do princípio da legalidade como controlador do poder de polícia do Estado e garantidor dos direitos e garantias fundamentais. Para ilustrar o tema, buscou-se compreender os poderes e deveres administrativos e a importância dos mesmos segundo a literatura atual. No trabalho, exalou-se a concepção do princípio da legalidade no embate à arbitrariedade do ato administrativo discricionário, situando tal princípio como pedra angular de equilíbrio, diante da tenuidade que separa o legítimo atuar do administrador público de um lado, fazendo uso do poder de polícia do Estado, e a extrapolação do seu poder, fazendo-o incorrer na mais profunda ilegalidade, cometendo abusos, muitas vezes, sob o manto do poder discricionário que o legislador lhe confere.

Palavras-chave: Administrativo. Poder de polícia. Princípios. Legalidade.

AS LIMITAÇÕES DO PODER DE POLÍCIA EM FACE DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

LINCOLLIN FERREIRA GUEDES

lincollin_guedes@hotmail.com

Universidade Federal de Campina Grande

ABSTRACT:

This monograph stopped to research the topic, notably by its current importance in a legal system in which the state intervenes increasingly in private relationships. Investigated the importance of the law against the police power of the State, through its legal rules and principles. Thus, the purpose of this study was to investigate the figure of the police power and map the ways to control this state prerogative when the public official going beyond the public interest to which it is attached. The research to achieve this goal began through a historical examination of the institute, chalking up the concept and study of administrative law principles and ending with the study of the principle of legality as the police power of the State Controller and guarantor of the rights and guarantees fundamental. To illustrate the issue, we sought to understand the powers and administrative duties and their importance according to current literature. At work, exhaled the conception of the principle of legality in the struggle for arbitrary discretionary administrative act, putting this principle as a cornerstone of balance, given the tenuousness that separates the legitimate act of the public administrator of a hand, making use of the power of State police, and the extrapolation of his power, making him incur the deepest illegality committing abuses, often under the cloak of discretion that the legislature confers.

Keywords: Administrative. Power Police. Principles. Legality.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO:	9
1 – BREVE ANÁLISE CONCEITUAL DO PODER DE POLÍCIA ADMINISTRATIVA: PERSPECTIVA HISTÓRICO-EVOLUTIVA E DIDÁTICA:	12
1.1. Perspectiva histórico-evolutiva e didática:	12
1.2. Conceitos gerais de poderes administrativos:.....	15
1.3. Poder de polícia: conceito e outros aspectos:.....	19
2 - OS PRINCÍPIOS NORTEADORES DA ATIVIDADE ADMINISTRATIVA NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO:	27
3 - A LIMITAÇÃO DO PODER DE POLÍCIA EM FACE DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE COMO INSTRUMENTO DE PREVENÇÃO À ARBITRARIEDADE: ..	43
3.1. O princípio da legalidade:	43
3.2. As limitações do poder de polícia em face ao princípio da legalidade como instrumento de prevenção à arbitrariedade:.....	44
CONCLUSÃO:.....	54
REFERÊNCIAS.....	56

INTRODUÇÃO:

A partir do momento em que o homem passa a viver e se relacionar em sociedade, mostra-se vital e de salutar importância a criação de normas e regulamentações, de forma a conduzir e condicionar a atuação humana em um percurso que se coadune com o interesse público, em especial ao bem-estar da comunidade. Nesse diapasão, demonstra-se, claramente, a razão de ser do próprio Estado, das cartas constitucionais, das leis de hierarquia inferior, conferindo aos cidadãos direitos para serem fruídos.

Em contrapartida, ao passo que o ordenamento jurídico confere direitos e garantias ao cidadão, essa fruição não se configura fora de ajuste ou ilimitada. Para tanto, o Estado detém prerrogativas e órgãos dispostos a frear ou extirpar qualquer atuação do particular-cidadão na contramão do que se entenda por interesse público. Dentre esses órgãos e prerrogativas situa-se o que, convencionalmente, foi denominado poder de polícia, configurando-se como importante instrumento de pacificação social e efetivação dos fins públicos almejados pela Administração Pública.

Nesse sentido, aquele que se propõe a exercer a chamada função administrativa, está constrangido a cumprir plenamente, interesses que não raras vezes, isoladamente, não os são seus, mas sim da coletividade.

Desta feita, o uso dos atributos e prerrogativas da Administração é legítimo, quando pautado na consecução do interesse público, ressalte-se, do povo, de onde emana todo o poder, como assegura a Carta Constitucional de 1988.

Porém, a experiência e a cotidianidade revelam que muitas são as vezes em que o particular extrapola os limites do direito que lhe foi conferido, pondo em risco a sobrevivência do direito do próximo ou da própria coletividade. Acontece que, muitas vezes o Estado, a quem a lei conferiu o status de protetor do ordenamento jurídico e responsável pela ordem social, sob o manto da legalidade, opera de forma abusiva na esfera do particular, trazendo-lhe onerosidade e prejuízos maiores do que o necessário a coibir a prática potencialmente ofensiva ao interesse público.

Comportando-se como um poder, eminentemente, discricionário, a norma legal que o concede não pormenoriza a maneira e as condições da prática do ato oriundo do poder de polícia. Esses aspectos são então colocados ao critério do Administrador Público, obrigando-o a agir com tempero, prudência e bom senso. Logo, se, porventura, a autoridade romper a barreira do que for permitido por lei, sob a ótica do princípio da legalidade, estará incidindo no chamado abuso de poder, a ser reparado pelo aparato jurisdicional.

Por conseguinte, com os limites colocados à discricionariedade, o que se exige é obstruir qualquer agir da autoridade pública que assuma a arbitrariedade como forma de atuação. Faz-se necessário, então, ponderar em todo o terreno do poder de polícia os princípios administrativos, especialmente os princípios da proporcionalidade, da razoabilidade, da necessidade, em harmonia com o princípio da legalidade.

O presente trabalho tem como objetivo focar os conceitos e aplicações práticas do poder de polícia na legislação-pátria, destacando as principais características e aplicações do princípio da legalidade, como instrumento eficaz na prevenção do cometimento de excessos por parte da autoridade pública.

A finalidade do trabalho é permear o ambiente administrativo e compreender a máquina estatal sob a ótica do agente público e também do particular, que tem seu direito suprimido. Em um Estado cada vez mais intervencionista, percebe-se nos noticiários, não raras as vezes, o cometimento de múltiplos abusos cometidos contra o cidadão. Justo, então, evidenciar o respeito à lei e aos princípios jurídicos como maneira de salvaguardar os interesses dos cidadãos.

Na produção do presente Trabalho de Conclusão de Curso, a título de metodologia, far-se-á uso do método investigativo e descritivo, juntamente com a utilização de referência bibliográfica e exame de diversas fontes de conhecimento, tais como, livros, artigos científicos, revistas e jurisprudências, fornecendo sustentáculo teórico atual e prático sobre o tema. Entende-se um apanhado geral sobre os principais trabalhos realizados, capazes de fornecer dados atuais e relevantes relacionados ao tema. Nesta pesquisa serão consultados autores com reconhecida contribuição no que se refere à temática da pesquisa.

No primeiro capítulo, será realizado um apanhado geral sobre a evolução histórica do poder de polícia até os dias atuais, sobre os poderes administrativos, em sentido amplo, enfatizando as características e atributos do poder de polícia, além de outros aspectos importantes.

Posteriormente, no segundo capítulo falará acerca dos princípios jurídicos que norteiam a atividade administrativa.

No terceiro capítulo, por sua vez, será enfatizado o princípio da legalidade, da proporcionalidade e razoabilidade como instrumentos balizadores da atuação estatal.

1 – BREVE ANÁLISE CONCEITUAL DO PODER DE POLÍCIA ADMINISTRATIVA: PERSPECTIVA HISTÓRICO-EVOLUTIVA E DIDÁTICA:

1.1. Perspectiva histórico-evolutiva e didática:

É na Grécia que surge o vocábulo “polícia”, advindo da palavra *politeia*, do latim *politia*, inicialmente tendo como finalidade designar, indistintamente, todas as atividades das cidades-estados, as *polis*. *Politeia* assumia, durante a Antiguidade e na Idade Média, o significado de ordenamento político do Estado ao passo que, à época feudal, quem detinha o poder era o príncipe, ficando a seu cargo a responsabilidade de tomar as medidas necessárias para se manter a ordem e a harmonia social.

A expressão “poder de polícia” é criticada, visto que ela importa num retrocesso e também conglomerar circunstâncias diversas com regimes incompatíveis no qual o Direito Administrativo deve analisar e futuramente reparar. Essa expressão foi criada na Idade Média, em que algumas pessoas tinham competência para realizar certas atividades estatais.

MARINELA (2012, p. 224) analisando a expressão “Poder de Polícia” descreve que:

Inicialmente, deve-se reconhecer a infeliz escolha deste designativo “poder de polícia”. Primeiro, porque representa um retrocesso ao passado, ao Estado de Polícia que antecedeu o Estado de Direito. Segundo, porque engloba situações distintas com regimes inconciliáveis, isto é, são leis e atos administrativos, disposições superiores e providências subalternas, o que gera lamentáveis confusões, reconhecendo à Administração poderes incompatíveis com o Estado de Direito.

Foi na Idade Média que se tornou possível compreender e captar a utilização do poder de polícia como hoje o é, em especial nos municípios europeus, por intermédio de seus administradores, onde havia a vigilância de alguns ofícios, além da proteção aos consumidores e fiscalização e delimitações ao direito de construir.

Na fase que ficou conhecida como Estado de Polícia, o *jus polittiae* envolvia um conjunto de normas e axiomas que sobrevinham do príncipe e que se situavam à revelia dos tribunais.

Em meados do século XV, na Alemanha, o *jus polittiae* compreendia poderes amplos e indeterminados que detinha o príncipe, podendo, inclusive, ingerir-se na esfera particular do cidadão, ao ponto de influir na sua vida espiritual, utilizando como bandeira a necessidade e recompensa de se conquistar a segurança e o bem-estar geral. De acordo com a professora DI PIETRO (2012, p.121, grifo do autor):

Esse **direito de polícia** do príncipe foi sofrendo restrições em seu conteúdo, deixando de alcançar, paulatinamente, primeiro as atividades eclesiásticas, depois as militares e financeiras, chegando a um momento em que se reduzia a normas relativas à atividade interna da Administração.

Gradativamente, o conceito de poder de polícia foi se enveredando à ideia de Administração Pública. Nesse sentido, sob os olhares e efeitos da Revolução Francesa, e da égide de um Estado de Direito e Liberal, esse conceito adquire a roupagem de atividades provindas da administração, geralmente com a finalidade de salvaguardar a ordem e o convívio pacífico-social e sob a forma, também, de políticas públicas destinadas a resguardar a saúde pública.

Com o surgimento do Estado de Direito, aquela concepção clássica de um estado no qual o príncipe governava de forma absoluta, sem nenhuma sujeição à lei, tornou-se obsoleta e inviável para os padrões garantistas de um Estado de Direito. Aí que surge como sustentáculo do Estado de Direito o princípio da legalidade, que informaria e conduziria a atuação do administrador segundo os ditames legais. Nesse diapasão, DI PIETRO (2012, p. 121-122, grifos do autor) salienta que:

Num primeiro momento, o Estado de Direito desenvolveu-se baseado nos princípios do **liberalismo**, em que a preocupação era de assegurar ao indivíduo uma série de direitos subjetivos, dentre os quais a **liberdade**. Em consequência, tudo o que significasse uma interferência nessa liberdade deveria ter um caráter excepcional. A

regra era o livre exercício dos direitos individuais amplamente assegurados nas Declarações Universais de Direitos, depois transpostos para as constituições; a atuação estatal constituía exceções, só podendo limitar o exercício dos direitos individuais para assegurar a **ordem pública**. A polícia administrativa era essencialmente uma **polícia de segurança**.

Foi na França que apareceu a expressão “polícia administrativa”, como conceito diferenciado de polícia judiciária. Ao final do século XIX, há o surgimento de rumores doutrinários citando uma política ampla e direcionada a todos, no tocante à segurança pública, além de políticas, ditas especiais, agindo em diversos setores da esfera de interesse do particular, inaugurando uma segunda fase na qual o Estado Liberal sai de cena e surge a figura de um estado intervencionista, agregando a sua política geral não apenas interferências relacionadas à segurança pública, mas também estendendo seu modo de atuação à ordem e convívio econômico e social.

No Brasil, a Constituição Brasileira de 1824, outorgada por D. Pedro I, em seu artigo 169, previa a atribuição a uma lei, intitulada *posturas policiais*, da função de regular e disciplinar as atividades municipais das câmaras e a moldura de suas posturas policiais.

Para DI PIETRO (2012, p. 122), com o brilhantismo que lhe é peculiar, o crescimento do poder de polícia

[...] passou a possibilitar a imposição de obrigações de fazer, como o cultivo da terra, o aproveitamento do solo, a venda de produtos; a polícia tradicional limitava-se a impor obrigações de não fazer. Para alguns autores, essas medidas escapam ao poder de polícia e se apresentam como novo instrumento de que o Estado dispõe para intervir na propriedade, com vista em assegurar o bem comum, com base no princípio da função social da propriedade.

Assim, denota-se que o fomento do poder de polícia deu-se quando este passou a invadir zonas não mais referentes à segurança pública, vindo a inferir relações e negócios jurídicos entre particulares.

Percebe-se uma amplitude da concepção do que vem a ser ordem pública, saindo de um conceito restrito à ideia de segurança pública, permeando

agora, o caminho da ordem econômica e social, atingindo o exercício de profissões, mercados econômicos, relações empregatícias, salubridade pública, entre outros.

Dessa forma, o poder de polícia passava a tornar possível a imposição de uma obrigação de fazer, ao passo que a polícia tradicional e ostensiva, limitava-se a inculcar aos particulares obrigação negativas.

Para TACITO (1952, p. 4), Rui Barbosa no ano de 1915 utilizou em um parecer a expressão “poder de polícia” para designar certas atividades do Estado:

Praticamente, os interesses, em que consiste o bem público, bem geral, ou bem comum, public welfare (bem estar público), cometido à discricção do poder de polícia, abrangem duas grandes classes: os interesses econômicos, menos diretos, menos urgentes, menos imperiosos, mais complexos, e os interesses concernentes à segurança, aos bons costumes, à ordem, interesses mais simples, mais elementares, mais preciosos, mais instantes em qualquer grau de desenvolvimento social nas coletividades organizadas e policiadas.

Hodiernamente, está previsto no artigo 78 do Código Tributário Nacional, o qual determina que o poder de polícia é a atividade administrativa que limita ou restringe direito e/ou garantias individuais para o fim coletivo.

1.2. Conceitos gerais de poderes administrativos:

Configura-se incontestável que o Estado, sem determinadas prerrogativas e garantias, não lograria êxito no alcance dos fins públicos a que se destina, e sobre os quais reside a própria razão de ser e existir do mesmo. Para tanto, diante do regime jurídico administrativo sobre o qual se molda a máquina estatal, a administração faz uso de determinados poderes.

Nos dizeres do professor CARVALHO FILHO (2012, p. 49):

Pode-se, pois, conceituar os poderes administrativos como o conjunto de prerrogativas de direito público que a ordem jurídica confere aos agentes administrativos para o fim de permitir que o Estado alcance seus fins.

O regime-jurídico administrativo a que nos referimos e ao qual está pautada a atuação do Estado caracteriza-se pelo binômio *prerrogativas x sujeições*, ou, em sentido principiológico, *supremacia do interesse público x indisponibilidade do interesse público*. Nesse diapasão, as prerrogativas ganham a dimensão de privilégios conferidos à Administração, com o condão de ofertar-lhe instrumentos efetivos, a fim de assegurar o regular exercício de suas atividades.

Ainda no tocante às prerrogativas estabelecidas, nesse universo encontram-se os chamados poderes administrativos. Não se confundindo com uma mera faculdade, diante do princípio da legalidade e do regime-jurídico administrativo, esses poderes adquirem a roupagem de uma verdadeira sujeição, obrigação, um verdadeiro dever de agir do Estado frente ao caso concreto.

Dessa forma, quem é titular na condução desses poderes administrativos, na verdade, utiliza-se de poderes-deveres. MELLO (2011, p. 72-73), com a clareza de sempre, ressalta:

Tendo em vista este caráter de assujeitamento do poder a uma finalidade instituída no interesse de todos – e não da pessoa exercente do poder -, as prerrogativas da Administração não devem ser vistas ou denominadas como “poderes” ou como “poderes-deveres”. Antes se qualificam e melhor se designam como “deveres-poderes”, pois nisto se ressalta sua índole própria e se atrai atenção para o aspecto subordinado do poder em relação ao dever, sobressaindo, então, o aspecto finalístico que as informa, do que decorrerão suas inerentes limitações.

Uma vez que se trata de função pública, o interesse em tela pertence à coletividade, sendo que seu exercício representa um *munus publico*, um encargo com o qual se comprometeu o administrador. Nessa mesma esteira, tais poderes são irrenunciáveis, em função do princípio da indisponibilidade do interesse público, sujeitando o administrador, em contrapartida, ao dever de probidade, de prestar contas e ao dever de eficiência.

Os poderes são exercidos pelos administradores públicos com fiel observância da lei, passando, também pela sabatina de um filtro de legitimidade, onde se aferirá o cumprimento também dos princípios jurídicos, além da reverência aos direitos e garantias fundamentais.

Todo poder corresponde, assim, a um dever. Não se trata de mero capricho ou faculdade da administração. Não só pode como deve, necessariamente, atuar em consonância com o interesse público, correndo o risco de se assim não o fazer, incorrer na chamada omissão ilícita.

Os poderes administrativos incorporam em si o caráter instrumental, uma vez que não são poderes em si mesmos. Configuram-se tão somente como instrumentos pelos quais o estado atua na busca incessante pelo interesse público. Daí, se o manuseio dessas prerrogativas extrapolar os ditames de sua instrumentalidade, ou seja, percorrer um caminho à revelia do interesse público, poder-se-á dizer que existiu no caso abuso de poder.

Diferem, portanto, dos poderes políticos, Legislativo, Executivo e Judiciário, os quais são denominados pela doutrina de poderes estruturais, já que guardam relação com a própria estrutura do Estado, estrutura essa cedida pela própria Constituição.

Nessa esteira, poderes administrativos são instrumentos preponderantes na satisfação do interesse público. São, como visto, irrenunciáveis, fiéis aos ditames e limites legais, por exemplo, quanto à regra de competência. A doutrina especializada fala em seis espécies: poder vinculado, poder discricionário, poder regulamentar, poder hierárquico, poder disciplinar e poder de polícia, objeto de estudo e pesquisa nesse trabalho.

Como sabido, o regime jurídico-administrativo encontra assento em dois fundamentos implícitos, o princípio da supremacia do interesse público e o princípio da indisponibilidade do interesse público. Do primeiro postulado, princípio da supremacia do interesse público, extraem-se todas as prerrogativas com as quais o Estado torna plausível a consecução do interesse público. Por outro lado, cada poder conferido tem um dever embutido, não menos relevante, e de observação obrigatória pelo administrador.

Eis o magistério de ALEXANDRINO E PAULO (2012, p. 213, grifo do autor)

De outra parte, como decorrência da indisponibilidade do interesse público, a Constituição e as leis impõem ao administrador público alguns deveres específicos e peculiares, preordenados a assegurar que sua atuação efetivamente se dê em benefício do interesse público e sob controle direto e indireto do titular da coisa pública, o povo. São esses os chamados **deveres administrativos**.

Tal entendimento se consubstancia, assim, com a soberania popular, uma vez que todo o poder emana do povo.

No mesmo sentido é o ensinamento de MARINELA (2012, p. 232)

A atividade administrativa é um *múnus publico* para quem a exercita, ou seja, é um encargo de custódia e de melhoria dos bens, serviços e interesses da coletividade. Sendo assim, diversos são os deveres dos agentes públicos, tornando-se quase impossível enumerá-los na totalidade, razão pela qual são citados aqui tão somente aqueles que têm profunda relevância para o Direito Administrativo.

Os principais deveres do administrador da coisa pública são três: dever de eficiência, dever de probidade e o dever de prestar contas.

O primeiro significa uma sujeição qualitativa da atividade administrativa, obrigando a busca permanente pela eficiência no exercício das funções públicas. Para isso, são levados em conta, a técnica, perfeição, celeridade, economia, coordenação, no desempenho do *múnus publico*. Erigido à categoria de princípio constitucional, o princípio da eficiência assume um papel protagonista no cenário político nacional com a sua introdução pela EC nº 19/1998, que acrescentou o citado princípio no art. 37, caput, da CF (2012, grifo nosso):

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 [...]

Arrolado com fulcro nos princípios da honestidade e, sobretudo, da moralidade, o dever de probidade aparece como um dos mais seletos e importantes, exigindo do administrador uma atuação proba e moralmente irrepreensível, seja em face dos administrados, seja em face da própria Administração.

A seu turno, o dever de prestar contas é uma consequência natural da administração como incumbência da gestão de bens e interesses alheios, sendo entendido sob um aspecto amplo, não necessariamente financeiro. Aliás, o titular do poder é o povo, nada mais justo do que aquele que o exerce em nome do povo, prestar contas de seu exercício, culminando com uma administração mais transparente e honesta.

1.3. Poder de polícia: conceito e outros aspectos:

Foi visto que o Estado precisa ter instrumentos próprios que lhe assegurem a consecução dos fins públicos aos quais está obrigado. Esses instrumentos foram inseridos pelo legislador no direito positivo e ganharam a moldura de verdadeiros poderes ou prerrogativas típicas de direito público.

O poder de polícia emerge, justamente, da supremacia do interesse público sobre o privado. Resulta, portanto, do inevitável confronto entre os interesses individuais e coletivos, concluindo-se, não raras as vezes, em restrições aos direitos dos indivíduos. No momento em que o Poder Público invade o campo de atuação do particular, interferindo em interesse privado, restringindo interesses individuais – relativos, na maioria das vezes, à liberdade e à propriedade - atua no exercício do chamado poder de polícia.

A atividade da polícia administrativa manifesta-se em virtude de sua atribuição de impor aos cidadãos-particulares a fiel execução das leis. Nessa atribuição, a Administração exerce sua autoridade sobre todos os particulares, indistintamente, obrigados ao império do Estado, configurando-se uma supremacia geral.

Compete, portanto, a manutenção da ordem, proteção e fiscalização da sociedade, servindo, inclusive, de executante das decisões judiciais.

O administrador faz uso do poder de polícia no momento oportuno. Para tanto, o legislador pôs à disposição do gerenciador público meios de efetivação flexíveis, os quais serão optados segundo um critério de conveniência e

oportunidade. O poder de polícia consubstancia-se por intermédio de ações preventivas ou repressivas, segundo a iminência ou consumação do dano ao interesse público. Atua impulsionado por um comportamento evasivo que fira o interesse da coletividade.

Para a consecução da finalidade pública, o poder de polícia incide sobre bens, atividades e direitos, exteriorizando-se através de atos normativos concretos e específicos, ou determinados. Trata-se, por assim dizer, de um poder eminentemente discricionário, não podendo olvidar, todavia, que o mesmo carrega no seu âmago fragmentos de vinculação à lei.

Na busca pela extirpação de um comportamento anti-social, a atividade da polícia administrativa fiscaliza comércios, estabelecimentos, alertando, autuando e apreendendo, por exemplo, produtos impróprios para o consumo.

Segundo CARVALHO FILHO (2012, p. 74), a expressão poder de polícia adquire dois sentidos, um amplo e um estrito. Dessa forma, alude o referido autor que, em sentido amplo, mais abrangente, poder de polícia significa toda e qualquer restrição do Estado no tocante aos direitos individuais. Em contrapartida, em sentido estrito, o poder de polícia se consubstanciaria em atividade administrativa – verdadeira prerrogativa concedida aos agentes da Administração – equivalente no poder de restringir e limitar a liberdade e a propriedade, diga-se, privadas.

Há ainda na doutrina, a diferenciação existente entre a polícia administrativa e judiciária. GASPARINI (2005, p. 127) indica algumas distinções entre as atividades:

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.

Em suma, a polícia administrativa age sobre bens, ao passo que a polícia judiciária, penal, atua sobre pessoas.

Aquele primeiro sentido, ao qual fazemos uso na confecção deste trabalho, trata de atividade tipicamente administrativa, encoberta pela lei, fazendo jus a denominação de polícia administrativa.

Assim, o poder de polícia é a atividade típica da Administração Pública, que se exprime para o mundo jurídico através de atos normativos ou concretos, com fundamento na supremacia geral, de maneira a, com fulcro na lei, limitar o exercício da liberdade e da propriedade dos indivíduos, fazendo uso de ações fiscalizadoras, repressivas e preventivas, cominando ao particular um comportamento com o interesse coletivo e social.

Na esfera doutrinária de direito administrativo, têm-se, claramente, a visibilidade de seus fundamentos no poder de império do Estado, como manifestação direta de sua soberania, precisa e adequada a reprimir a liberdade privada aos interesses do bem comum.

O CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL (CTN, art. 78), de maneira não muito translúcida, conceitua poder de polícia, definindo que:

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.

Destarte, o motivo para o exercício desse mecanismo é justamente a supremacia do interesse público em comparativo ao privado, supremacia esta que coloca o Estado em posição hegemônica frente ao cidadão, e autoriza a sua atuação de forma comum sobre todos os particulares que se encontrem sob a gerência do Estado-império.

MARINELA (2012, p. 223): “O Poder de Polícia é um instrumento conferido ao administrador que lhe permite condicionar, restringir, frenar o exercício de atividade, o uso e gozo de bens e direitos pelos particulares, em nome do interesse da coletividade”.

Trata-se, por assim dizer, do poder em que o agente público detém a instrumentalização para condicionar, restringir, frenar o exercício de bens e/ou direitos particulares.

ALEXANDRINO E PAULO (2012, p. 237) descrevem que: “o poder de polícia é inerente à atividade administrativa. A administração pública exerce poder de polícia sobre todas as condutas ou situações particulares que possam, direta ou indiretamente, afetar os interesses da coletividade”.

O poder de polícia é intrínseco a atividade administrativa no qual a administração pública desempenha-o sobre os comportamentos ou as circunstâncias particulares que venha ou passam agredir o interesse público.

Com a sabedoria que lhe fez eterno, o saudoso HELY LOPES (2010, p. 134) conceitua o poder de polícia como:

[...] o mecanismo de frenagem de que dispõe a Administração Pública para conter os abusos do direito individual. Por esse mecanismo, que faz parte de toda a Administração, o Estado detém a atividade dos particulares que se revelar contrária, nociva ou inconveniente ao bem-estar social, ao desenvolvimento e à segurança nacional.

É de bom alvitre ressaltar, tendo em vista o caráter de supremacia sobre o interesse privado e advir do poder de império do Estado, que o desempenho do poder de polícia é incumbência exclusiva do Estado.

Com efeito, não é passível de delegação à iniciativa privada o exercício do poder de polícia, porém, a doutrina é uníssona ao citar como possibilidade a delegação de atos de mera execução, ou atos preparatórios. Estes seriam atos secundários e acessórios ao desempenho do poder de polícia, como dito, exclusivo da máquina estatal. Nesse sentido, reveste-se de ilegalidade o exercício do dever-poder de polícia a pessoas jurídicas de direito privado não integrantes da Administração Pública, sob direta remuneração de particulares.

Segundo preconiza a maior parte da doutrina, o exercício do dever-poder de polícia pode ser estudado partindo de seus quatro aspectos, a saber: a

legislação, o consentimento, a fiscalização e a sanção. Posto isso, a restrição ao exercício do poder de polícia por particulares encontra razão na inviabilidade de colocar à disposição interesses tipicamente públicos, ainda mais envoltos da liberdade e propriedade, dotando uma parcela de particulares de *superpoderes*, gerando uma afronta à isonomia constitucional.

Dessa forma, importantíssimo trazer à baila que o Supremo Tribunal Federal posicionou entendimento no sentido de que o exercício do dever-poder de polícia administrativa não é passível de delegação a entidades privadas:

EMENTA: DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 58 E SEUS PARÁGRAFOS DA LEI FEDERAL Nº 9.649, DE 27.05.1998, QUE TRATAM DOS SERVIÇOS DE FISCALIZAÇÃO DE PROFISSÕES REGULAMENTADAS. 1. Estando prejudicada a Ação, quanto ao § 3º do art. 58 da Lei nº 9.649, de 27.05.1998, como já decidiu o Plenário, quando apreciou o pedido de medida cautelar, a Ação Direta é julgada procedente, quanto ao mais, declarando-se a inconstitucionalidade do "caput" e dos § 1º, 2º, 4º, 5º, 6º, 7º e 8º do mesmo art. 58. **2. Isso porque a interpretação conjugada dos artigos 5º, XIII, 22, XVI, 21, XXIV, 70, parágrafo único, 149 e 175 da Constituição Federal, leva à conclusão, no sentido da indelegabilidade, a uma entidade privada, de atividade típica de Estado, que abrange até poder de polícia**, de tributar e de punir, no que concerne ao exercício de atividades profissionais regulamentadas, como ocorre com os dispositivos impugnados. 3. Decisão unânime. (ADI 1717, Relator(a): Min. SYDNEY SANCHES, Tribunal Pleno, julgado em 07/11/2002, DJ 28-03-2003 PP-00061 EMENT VOL-02104-01 PP-00149)

A doutrina, em sua maioria, entende como atributos do poder de polícia a discricionariedade, a autoexecutoriedade e a coercibilidade.

Deve-se atentar para o fato de que a discricionariedade não comporta caráter absoluto, tendo em vista que em algumas situações a sua forma de agir é vinculada, ou seja, previamente prevista na lei a forma de atuação no caso concreto.

Também, é de bom alvitre ressaltar que, o exercício do poder de polícia é frequentemente autoexecutório, isto é, a Administração Pública tem a oportunidade de promover a execução de algumas medidas de polícia, independentemente de submetê-las, previamente, ao crivo do judiciário. MARINELA (2012, p. 229)

menciona que: “as medidas de polícia são frequentemente autoexecutórias, vale dizer, pode a Administração Pública promover a sua execução por si mesma, independentemente de remetê-las ao Poder Judiciário”.

Não se trata, *a priori*, de uma atuação desregrada, ou afastadora do poder jurisdicional do Estado. Acontece que tal atributo se mostra demasiadamente importante quando a Administração se encontra frente a adversidades que, dada a urgência e emergencialidade do caso, não se pode acudir a uma resposta judicial que chegue a tempo de evitar catástrofe maior ao interesse coletivo. Nada impede, inclusive, que o particular ou terceiro que demonstre interesse, promova a devida provocação judicial para aferir a produção de algum dano ou excesso por parte do Estado.

Para a doutrina, o atributo da autoexecutoriedade divide-se ainda, em exigibilidade e executoriedade. No primeiro caso, restará a aplicação dos chamados meios indiretos de coerção, como exemplo, a aplicação de multa. Por sua vez, a executoriedade caracteriza-se como uma forma de execução forçada, qualificada como meio direto de coerção.

É o que ressalva MARINELA (2012, p. 229, grifos nossos)

Para a doutrina, esse atributo pode ser subdividido em exigibilidade e executoriedade. Aquela significa a possibilidade que tem a Administração de tomar decisões executórias, dispensando a análise preliminar do Poder Judiciário, sendo impostas ao particular ainda que contrárias à sua vontade. São denominados meios indiretos de coerção, v.g., a aplicação de multa.

A coercibilidade, nessa mesma esteira, assume o caráter de tornar o ato compulsório, independentemente da aceitação ou consentimento do particular. Segundo alguns autores, trata-se de um conceito que se confunde, muitas vezes, com a autoexecutoriedade do ato administrativo.

Acerca do atributo da Coercibilidade, HELY LOPES (2010, p. 141) assevera:

Não há ato de polícia facultativo para o particular, pois todos eles admitem a coerção estatal para torná-los efetivos, e essa coerção também independe de autorização judicial. É a própria Administração

que determina e faz executar as medidas de força que se tornarem necessárias para a execução do ato ou aplicação da penalidade administrativa resultante do exercício do poder de polícia.

A outorga judicial prévia ao exercício do poder de polícia atentaria, muitas vezes, contra a segurança pública, pois, existiria situações cuja emergencialidade exige atuação rápida e eficaz do Estado, não podendo aguardar pelo crivo do judiciário para se adotar a medida correta.

OLIVEIRA (2009, p. 61) aduz sobre a autoexecutoriedade:

Em razão desse atributo, a Administração não necessita do auxílio de outro poder para fazer valer a sua vontade, podendo levar às últimas consequências os seus atos. Especificamente em relação aos atos de polícia administrativa, havendo urgência, deve a Administração adotar as medidas necessárias para a preservação do interesse público, ainda que restritivas ao exercício de direitos fundamentais.

No que diz respeito ao âmbito discricionário do poder de polícia, depreende-se que o administrador público tem uma série de opções de agir, a serem optados no momento adequado, na intensidade adequada. A partir do momento em que a lei não previu todas as situações possíveis, o que ensejaria uma tarefa impossível, a mesma deixou à critério do agente público tecer as escolhas segundo um padrão de mérito administrativo diviso em conveniência e oportunidade.

Chamando a atenção para a impropriedade do poder ser exclusivamente discricionário, MELLO (2011, p. 852) diz

No caso específico da polícia administrativa é fácil demonstrá-lo. Basta considerar que, enquanto as autorizações, atos típicos da polícia administrativa, são expedidas no uso de competência exercitável discricionariamente, as licenças, igualmente expressões típicas dela, são atos vinculados, consoante pacífico entendimento da doutrina.

No mesmo sentido, CARVALHO (2012, p. 32) expressa no tocante à discricionariedade que, de fato, a doutrina tradicional formula que a discricionariedade é a regra do poder de polícia, embora não seja possível

pronunciar que sempre o será, visto que ele pode também se manifestar por atos ditos vinculados.

2 - OS PRINCÍPIOS NORTEADORES DA ATIVIDADE ADMINISTRATIVA NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO:

Ao conjunto de regras que disciplinam a Administração Pública denomina-se regime jurídico administrativo. Trata-se, na verdade, de uma porção de leis e princípios subordinados ao Direito Público, que são aplicáveis aos órgãos, agentes e demais entidades que compõem a Administração Pública.

Para se compreender as limitações que vêm a incidir sobre o poder de polícia faz-se necessário tecer uma série de aspectos acerca dos princípios jurídicos.

Não é tarefa das mais árduas perceber que a lei confere à Administração Pública um *status* recheado de vantagens e prerrogativas que não são concedidos ao cidadão-particular. A desigualdade de tratamento tem razão. Compete ao administrador público gerenciar a máquina estatal e fazer uso de políticas públicas que venham a se coadunar com o interesse público, dito isso, não é possível que determinadas atividades, reflexo do poder de império do estado, fique nas mãos de um particular.

ALEXANDRINO E PAULO (2012, p. 10) mencionam que:

O denominado 'regime jurídico-administrativo' é um regime de direito público, aplicável aos órgãos e entidades que compõem a administração pública e à atuação dos agentes administrativos em geral. Baseia-se na ideia de existência de poderes especiais passíveis de serem exercidos pela administração pública, contrabalançados pela imposição de restrições especiais à atuação dessa mesma administração, não existentes – nem os poderes nem as restrições – nas relações típicas do direito privado. Essas prerrogativas e limitações traduzem-se, respectivamente, nos princípios da supremacia do interesse público e da indisponibilidade do interesse público.

Nesse diapasão, regime jurídico administrativo configuraria um misto de vantagens e obrigações.

Já MARINELA (2012, p. 23):

O regime jurídico administrativo tem grande valor metodológico porque explica cada um dos institutos do Direito Administrativo e

permite a compreensão da respectiva disciplina. Consiste em valioso material para conduzir a vida na Administração Pública e orientar os aplicadores do Direito.

O regime jurídico administrativo visa orientar na compreensão da atividade administrativa e na aplicação das leis e princípios no atuar da Administração Pública.

Diferenciando regime jurídico da Administração Pública de regime jurídico administrativo, DI PIETRO (2012, p. 61) considera:

A expressão regime jurídico da Administração Pública é utilizada para designar, em sentido amplo, os regimes de direito público e de direito privado a que pode submeter-se a Administração Pública. Já a expressão regime jurídico administrativa é reservada tão-somente para abranger o conjunto de traços, de conotações, que tipificam o Direito Administrativo, colocando a Administração Pública numa posição privilegiada, vertical, na relação jurídica-administrativa

Regime jurídico administrativo seria, assim, um regimento que coloca a Administração Pública numa posição privilegiada frente aos particulares, pela simples razão de que quis o legislador dar ao interesse público prioridade em detrimento do interesse individual, particular.

MELLO (2012, p. 53): “só se pode, portanto, falar em Direito Administrativo, no pressuposto de que existam princípios que lhe são peculiares e que guardem entre si uma relação lógica de coerência e unidade compondo um sistema ou regime: o regime jurídico-administrativo”.

O Direito Administrativo é composto por normas e princípios jurídicos na qual constitui um sistema ou um regime que é denominado de regime jurídico administrativo.

Nesse condão, no qual a supremacia de um interesse sobre outro ganha uma conotação decisiva, é basilar a importância que os princípios jurídicos adquirem na função de frear qualquer conduta do agente público no sentido de inverter essa ordem natural e obrigatória.

Princípios são proposições abstratas, fundamentais que dão o substrato valorativo de uma determinada disciplina, tendo um papel de destaque na atuação do operador do direito, seja na aplicação da norma, seja na interpretação dela.

Para OLIVEIRA (2009, p. 45):

O estudo dos princípios é de grande importância para o Direito Administrativo. A ausência de codificação e a possibilidade de elaboração de atos legislativos sobre matérias administrativas, nas diversas esferas estatais, fazem com que os princípios tenham posição de destaque na solução de conflitos envolvendo a Administração Pública, servindo, ainda, como orientação para o próprio legislador.

Os princípios adquirem uma importância maior quando se trata do Direito Administrativo, tendo em vista que esse ramo do Direito, que estuda a atividade administrativa do Estado não goza de uma sistematização como outros ramos jurídicos. Nesse sentido é o entendimento de MEDAUAR (2004, p. 142):

No direito administrativo, os princípios revestem-se de grande importância. Por ser um direito de elaboração recente e não codificado os princípios auxiliam a compressão e consolidação de seus institutos. Acrescente-se que no âmbito administrativo, muitas normas são editadas em vista de circunstâncias de momento, resultando multiplicidade de textos, sem reunião sistemática. Daí a importância dos princípios, sobretudo para possibilitar a solução de casos não previstos, para permitir melhor compreensão dos textos esparsos e para conferir certa segurança aos cidadãos quanto à extensão dos seus direitos e deveres.

Assim, não bastasse a já importância dada aos princípios no Direito brasileiro, no ramo administrativista essas proposições teóricas adquirem uma conotação mais imprescindível.

Em conformidade com essa opinião, é o parecer de DI PIETRO (2012, p. 64):

Sendo o Direito Administrativo, em suas origens, de elaboração pretoriana e não codificado, os princípios sempre representaram papel relevante nesse ramo do direito, permitindo à Administração e

ao Judiciário estabelecer o necessário equilíbrio entre os direitos dos administrados e as prerrogativas da Administração.

É de bom alvitre compreender os princípios que orientam a Administração Pública visto que eles trazem em seu bojo a lógica e raciocínio do sistema. Um ato que atente contra os princípios jurídicos carrega em seu ventre a mácula da ilegitimidade, passível de difundir tamanha injustiça quanto um ato ilegal, atentatório às normas jurídicas.

Alguns princípios de Direito Administrativo encontram guarida no texto expresso da Constituição Federal de 1988. São os chamados princípios expressos. Não significa, entretanto, que aqueles princípios que não estejam presentes no “corpo” constitucional desfrutem de menos prestígio e consideração do que os escritos na norma maior.

Pelo contrário, é de observação obrigatória pelo operador do Direito, influenciando, obviamente, na atuação do Estado, que, como visto, tem o seu poder de polícia baseado no princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, ao passo que tem o dever de eficiência liderado pelo princípio da indisponibilidade do interesse público.

Nessa esteira o magistério de ALEXANDRINO E PAULO (2012, p. 185):

Os princípios fundamentais orientadores de toda a atividade da Administração Pública encontram-se, explícita ou implicitamente, no texto da Constituição de 1988. Muitas leis citam ou enumeram princípios administrativos; todos, evidentemente, encontram-se expressos ou são decorrência lógica das disposições constitucionais referentes à atuação da Administração Pública em geral.

O simples fato da ausência do princípio em termos expressos não garante a esse mesmo princípio menor efetividade. Com a clareza e sabedoria de sua obra, o mestre paulista MEIRELLES (2010, p. 88) assim discorreu:

Os princípios básicos da administração pública estão consubstanciados em doze regras de observância permanente e obrigatória para o bom administrador e na interpretação do Direito Administrativo (v. Cap. I/10): legalidade, moralidade, impessoalidade ou finalidade, publicidade, eficiência, razoabilidade,

proporcionalidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, motivação e supremacia do interesse público. Os cinco primeiros estão expressamente previstos no art. 37, caput, da CF de 1988; e os demais, embora não mencionados, decorrem do nosso regime político, tanto que, ao lado daqueles, foram textualmente enumerados pelo art. 2º da Lei federal 9.784, de 29.1.99. Essa mesma norma diz que a Administração Pública deve obedecer aos princípios acima referidos. Pelo que nela se contém, tal norma, muito embora de natureza federal, tem verdadeiro conteúdo de normas gerais da atividade administrativa não só da União, mas também dos Estados e Municípios. Convém observar que a Constituição de 1988 não se referiu expressamente ao princípio da finalidade, mas o admitiu sob a denominação de princípio da impessoalidade (art. 37).

Os princípios da Administração Pública são de observância permanente e obrigatória. Como foi enfocado, o regime jurídico administrativo encontra seu sustentáculo valorativo, primordialmente, no binômio principiológico supremacia x indisponibilidade do interesse público.

No caput do artigo 37 da Constituição Federal, encontra-se expressamente numerados os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e o princípio da eficiência, acrescentado a esse rol do artigo 37 com a EC nº 19 de 1988. Há, também, no seio do art. 5º da Constituição, alguns princípios expressos que devem ser levados em conta, inclusive, pela Administração Pública, como exemplo, contraditório, ampla defesa, devido processo legal, entre outros.

Existe ainda outras legislações que trazem uma nova gama de princípios que merecem acolhida pela Administração Pública, embora não estejam expressos no texto constitucional. A lei federal 9784, de 29 de janeiro de 1999 enumera em seu art. 2º os princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

A súmula de número 473 consagra, além disso, o chamado princípio da autotutela está previsto na súmula de número 473 do Supremo Tribunal Federal, *in verbis*:

A Administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revoga-los, por motivo de conveniência ou oportunidade,

respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos a apreciação judicial.

Merece constatar que os princípios não estão para o nosso ordenamento jurídico como meras recomendações, mas, ao contrário, levam consigo uma carga de coercibilidade de forma a obrigar, submeter sua aplicação à Administração Pública, sob pena de considerar tal ato ilegítimo, a ser eliminado pela própria Administração Pública ou pelo Poder Judiciário.

Nesse trabalho, será levado à cabo, desenvolver a aplicação de alguns dos princípios norteadores da atividade administrativa no Estado Democrático de Direito, em especial o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, o princípio da indisponibilidade do interesse público, princípio da legalidade, princípio da impessoalidade, princípio da moralidade, princípio da publicidade, princípio da eficiência, princípio da motivação, princípio da segurança jurídica, autotutela, princípio da razoabilidade e princípio da proporcionalidade.

Para tanto, faz-se necessário adotar alguns conceitos, em especial o de agente público.

Em linhas gerais, a atividade administrativa é neutra, na qual o agente público está subordinado à lei em sentido amplo. A Administração Pública, representada pelo agente público administrativo, profere decisão administrativa, ao passo que as decisões judiciais são levadas à cabo pelo Poder Judiciário.

Os agentes públicos são pessoas naturais que atuam em nome do Estado com respeito à lei e aos princípios gerais do Direito para atingir um fim público.

OLIVEIRA (2012, p. 18):

O conceito de agente público não se confunde com a noção de servidores públicos. A complexidade da atividade estatal fez com que pessoas, mesmo sem vínculo profissional com o Poder Público, recebessem a incumbência de atuar em nome do Estado. O conceito de agente público é amplo, alcançando, assim, todas as pessoas que recebem atribuição para atuar em nome do Estado, independentemente da natureza do vínculo. São, portanto, espécie do gênero agente público: os servidores públicos, os agentes públicos e as pessoas que, por sua posição na sociedade ou condição cívica, representam e, em determinadas situações, a vontade do Estado.

O agente público é toda pessoa física que atua na representação do Estado, ou seja, é a pessoa natural que expressa a vontade do Estado.

O princípio da supremacia do interesse público sobre o privado dá as bases para se tutelar uma relação desigual, verticalizada, na qual a qualidade da coletividade alcança um patamar de superioridade junto ao individual. É com base nesse princípio que surge, por exemplo, a presunção de legalidade e legitimidade dos atos oriundos da Administração, visto que eles jamais poderão calcar um caminho que não seja direcionado, encaminhado a um fim público, coletivo.

ALEXANDRINO E PAULO (2012, p. 10) determinam que:

O princípio da supremacia do interesse público fundamenta a existência das prerrogativas ou dos poderes especiais da administração pública, dos quais decorre a denominada verticalidade nas relações administração-particular. Toda atuação administrativa em que exista imperatividade, em que sejam impostas, unilateralmente, obrigações para o administrado, ou em que seja restringido ou condicionado o exercício de atividades ou de direitos dos particulares é respaldada pelo princípio da supremacia do interesse público.

É salutar para a realização dessa finalidade pública que o ordenamento jurídico confira ao Estado, na pessoa do agente público, algumas prerrogativas, atributos e privilégios, pois não seria possível salvaguardar o interesse da coletividade sem tal princípio. O poder de polícia não encontraria substrato jurídico para sua utilização visto que o desejo e interesse do particular estaria em pé de igualdade com o interesse da comunidade. Ou seja, a supremacia do interesse público sobre o privado orienta-se como verdadeira válvula propulsora da realização das atividades administrativas rumo a consecução de seu fim, qual seja, a finalidade pública.

O princípio da supremacia do interesse público sobre o privado disciplina, assim, a verticalidade da relação jurídica na qual o interesse coletivo deve sempre levar vantagem quando em choque com o interesse individual. Trata-se de um embate no qual, de antemão, sabe-se quem deverá sair-se vencedor. Obviamente, o interesse público.

A atuação do Estado, exercício da atividade administrativa, é, por isso, dotada de imperatividade na qual é imposta, por exemplo, sanção unilateral em face do particular tendo em vista o fim público. Eis a tônica do poder de polícia.

O particular tem um direito ou garantia restrita, mitigada - jamais afastada -, para que a coletividade seja beneficiada. Essa restrição individual é embasada, por assim dizer, no princípio da supremacia do interesse público sobre o privado.

ALEXANDRINO E PAULO (2012, p. 10 e 11):

O fundamento para a existência desse princípio é o seguinte: o Estado, atualmente, tem obrigação de atingir uma série de finalidades, que a Constituição e as leis lhe indicam. Para atingir esses objetivos, muitas vezes é necessário que o Estado disponha de poderes não cogitados para os particulares em geral, não existentes no direito privado, o qual é caracterizado pela horizontalidade nas relações jurídicas, pela igualdade jurídica entre as partes. As prerrogativas que o ordenamento jurídico confere ao Estado, então, que são típicas do direito público, justificam-se tão somente na estrita medida em que são necessárias para que o Estado logre atingir os fins que lhe são impostos por esse mesmo ordenamento jurídico. Frise-se que não é a administração pública que determina a finalidade de sua própria atuação, mas sim a Constituição e as leis. A administração atua estritamente subordinada à lei, como simples gestora da coisa pública, e possui poderes especiais unicamente como meios, como instrumentos para atingir os objetivos que juridicamente é obrigada a perseguir.

O Estado tem um dever com toda a sociedade que é o de garantir o bem-comum da coletividade. Para atingir o fim coletivo, que está disciplinado nas leis, o Estado utiliza-se de poderes especiais, impostos unilateralmente pela Administração Pública e que são intrínsecos ao Direito Público, dada a verticalidade da relação jurídica entre o Estado e o indivíduo.

Desta forma, esse *status* supremo que é conferido à atuação estatal dirigida ao fim público legitima muitas das atuações da máquina estatal. Daí, como foi dito, que se admite a presunção de veracidade dos atos oriundos da Administração Pública, a intromissão do Estado na propriedade particular para dar a essa propriedade uma função social, como prevista na Constituição Federal e em leis infraconstitucionais, além de outras limitações impostas ao direito de propriedade como as servidões administrativas, o tombamento, a requisição. Pode-

se dizer que ante à situação, pode o Estado inserir-se na propriedade individual através das formas supressivas ou restritivas ao direito de propriedade, ambas tuteladas pela preponderância do interesse público diante do privado.

As chamadas cláusulas exorbitantes presentes nos contratos administrativos ilustram bem essa hegemonia concedida ao interesse da coletividade. Tratam-se de imposições unilaterais por parte do Estado, inimagináveis numa relação jurídica entre particulares, na qual impera a horizontalidade da relação e de interesses. Excedem o direito comum ao conferir uma vantagem à Administração Pública, sendo totalmente válida e, muitas vezes, necessárias em um contrato administrativo. Dessa forma, coaduna-se com o interesse público proeminente a exigência de garantias, o direito de anular ou alterar, unilateralmente, determinado contrato frente a certas situações, e outras circunstância explicitadas na lei nº 8.666 de 1993.

Em contrapartida, tamanho protagonismo que se dá ao Estado, concedendo ao agente poderes, corresponde um mesmo tanto de obrigações, de deveres, que encontram fundamento no princípio da indisponibilidade do interesse público. A atuação estatal, pautada na mesma lei que lhe confere prerrogativas, enxerga na indisponibilidade do interesse público certas limitações e obrigações que vem a equilibrar a maneira de agir da máquina estatal, para não conferir poderes e prerrogativas ilimitadas, sem deveres e obrigações dispostas a frear o abuso de poder.

Segundo CARVALHO (2012, p. 11), acerca da supremacia do interesse público:

O limite deste princípio é a indisponibilidade do interesse público que estabelece que o administrador não pode deixar de atuar quando o interesse público assim o exigir. O administrador não é titular do interesse público, portanto não tem poder de disposição sobre ele.

O referido princípio estabelece certas obrigações ao administrador, que deve atuar conforme a lei, não podendo ele deixar de atuar quando visualizar o interesse público. Dele que provem o dever de prestar contas, dever de probidade e de eficiência, já estudados nesse trabalho.

A Administração sofre, assim, determinadas limitações não incidentes sobre os cidadãos. A coisa pública não pertence ao gestor público, muito menos o interesse coletivo.

O princípio da indisponibilidade do interesse público está diretamente relacionado com o princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado, em uma relação segundo a qual um princípio complementa e equilibra a afirmação do outro, com vistas a tornar palpável o mesmo fim, o bem-estar da coletividade.

ALEXANDRINO E PAULO (2012, p. 11):

Em decorrência do princípio da indisponibilidade do interesse público, a administração somente pode atuar quando houver lei que autorize ou determine sua atuação, e nos limites estipulados por essa lei. Não existe, a rigor, a ideia de 'vontade autônoma' da administração, mas sim de 'vontade' da lei, que é o instrumento que legitimamente traduz a 'vontade geral', vontade do povo, manifestada pelos seus representantes no Poder Legislativo. Além disso, toda a atuação da administração deve ter possibilidade de ser controlada pelo povo, seja diretamente, seja por meio de órgãos com essa função de controle.

A atuação da Administração Pública está restrita, nesse sentido, aos limites da lei, autorizando ou determinando o momento e forma de atuar segundo seus ditames estipulados, de observação obrigatória pelo agente público.

Partindo da premissa que a Administração Pública zelará pelo interesse da coletividade, indistintamente, sem fazer acepção ou diferenciação de pessoas, merece consideração o tratamento constitucional dado ao princípio da impessoalidade.

O princípio da impessoalidade compreende uma proposição valorativa da qual pode-se tirar duas concepções, uma relacionada ao particular, destino do ato administrativo e outra referente à própria Administração.

No primeiro caso, depreende-se que não pode o administrador público, no gerir da coisa pública, proceder com um tratamento diferenciado a determinados cidadãos. Trata-se de uma manobra ilícita, seja quando atua negativamente, prejudicando o cidadão com base em uma determinação subjetiva, baseada em

intrigas, oposições ou descontentamentos com certas pessoas do povo, nem beneficiar ou elevar particulares pelo prestígio ou condição em que se encontram.

Para tanto, a Constituição Federal traz em seu âmago um tratamento isonômico no qual exige, por exemplo, a submissão a um certame licitatório para se poder contratar com a Administração Pública. No mesmo sentido, determina a obrigatoriedade de sujeição ao concurso público de provas ou de provas e títulos para o particular ingressar em um cargo público.

Em outra esteira, o princípio da impessoalidade indica que o agente público ao realizar ou praticar determinado ato administrativo, na verdade, não o faz em seu próprio nome. Fazendo uso da chamada Teoria do Órgão, retira-se que aquele o faz sob representação do órgão ou entidade que componha. Ou seja, trata-se de uma vontade exprimida pela pessoa jurídica a qual o agente pertence, sendo ela emitente de determinado ato administrativo.

O agente público, dessa forma, no exercício de suas funções deve ser imparcial com vista no respeito ao princípio da impessoalidade.

CARVALHO FILHO (2012, p. 13, 20 e 21):

O princípio objetiva a igualdade de tratamento que a Administração deve dispensar aos administrados que se encontrem em idêntica situação jurídica. Nesse ponto, representa uma faceta do princípio da *isonomia*. Por outro lado, para que haja verdadeira impessoalidade, deve a Administração voltar-se exclusivamente para o interesse público, e não para o privado, vedando-se, em consequência, sejam favorecidos alguns indivíduos em detrimento de outros e prejudicados alguns para favorecimento de outros. Aqui reflete a aplicação do conhecido *princípio da finalidade*, sempre estampado na obra dos tratadistas da matéria, segundo o qual o alvo a ser alcançado pela Administração é somente o interesse público, e não se alcança o interesse público se for perseguido o interesse particular, porquanto haverá nesse caso sempre uma atuação discricionária.

Significa não discriminação. Reflete uma atuação que não discrimina as pessoas, seja para benefício ou para prejuízo. Ao Estado é irrelevante conhecer quem será atingido pelo ato, pois sua atuação é impessoal. Não haverá mudança de comportamento em razão da pessoa a ser beneficiada ou prejudicada pelo ato administrativo.

O princípio da impessoalidade também adota a denominação de isonomia ou o da finalidade, importando, necessariamente, em uma atuação despida de

sentimentos pessoais e pautada em um tratamento o mais objetivo possível, assumindo um tratamento imparcial e, por óbvio, ponderado pela moralidade administrativa.

O princípio da moralidade, honestidade, boa-fé de conduta, atuação não corrupta, de utilização obrigatória pelo administrador, invoca uma atuação ética e moral do agente público, no estrito cumprimento da lei.

CARVALHO FILHO (2012, p. 21) embasado em Koury descreve que:

O princípio da moralidade impõe que o administrador público não dispense os preceitos éticos que devem estar presentes em sua conduta. Deve não só averiguar os critérios de conveniência, oportunidade e justiça em suas ações, mas também distinguir o que é honesto do que é desonesto.

É prudente ressaltar que o princípio da moralidade incorpora o próprio conceito de legalidade, sustentando então, que um ato administrativo que vá de encontro aos ditames morais, inevitavelmente o ato estará maculado pela ilegalidade, fazendo jus ao controle de legalidade pela própria Administração e também pelo Poder Judiciário.

Configura um princípio respeitado pela doutrina e pelos tribunais, cuja presença no rol do art. 37 da Constituição implica, necessariamente, maior coerência e racionalidade ao ordenamento. O atendimento do interesse coletivo em detrimento do contentamento pessoal do agente público torna o ato legítimo e ao mesmo tempo legal.

O cidadão é parte legítima para exigir, através de ação popular, regulamentada pela lei nº 4.717 de 1965, a reverência ao princípio da moralidade.

Nessa mesma orientação, tão importante quanto, é a compreensão do princípio da publicidade. Constitui uma ferramenta muito útil para possibilitar aos administrados tomar conhecimento e pleitear por suas garantias e direitos. Constitui, em verdade, requisito de eficácia do ato administrativo. O ato não publicado, quando indispensável sua publicação, pode até ser válido, mas jamais produzirá seus efeitos.

DI PIETRO (2012, p. 72): “o princípio da publicidade, que vem agora inserido no artigo 37 da Constituição, exige a ampla divulgação dos atos praticados pela Administração Pública, ressalvadas as hipóteses de sigilo previstas na lei”.

Em regra, os atos administrativos são públicos, porém, há que se considerar que, excepcionalmente, dada a particularidade de determinadas situações, a lei impõe o sigilo a determinados atos geralmente relacionados à natureza, a intimidade e a segurança do indivíduo

Segundo CARVALHO (2012, p. 13) o princípio da publicidade “significa a proibição de edição de atos secretos, ideia de que a administração deve atuar de forma transparente”.

Assim, todos os atos administrativos devem ser públicos, salvo quando a própria lei determinar ser desnecessário ou determinar que o seja sigiloso.

Trazendo à baila, neste momento, o estudo do princípio da eficiência. Retira-se que foi importante avanço introduzido no ordenamento jurídico pela EC nº 19 de 1998, culminando como oposição a um sistema burocrático, falido e lerdo.

O citado princípio obriga o agente público a realizar sua função com presteza e o maior rendimento funcional possível. Significa alcançar os melhores resultados, com o menor gasto de tempo, material e dinheiro com os instrumentos disponíveis. A avaliação funcional periódica e a avaliação especial do servidor são importantes derivadas desse princípio, de forma a contribuir com a produtividade da gestão pública.

DI PIETRO (2012, p. 84), falando acerca do princípio da eficiência:

O princípio da eficiência apresenta, na realidade, dois aspectos: pode ser considerado em relação ao modo de atuação do agente público, do qual se espera o melhor desempenho possível de suas atribuições, para lograr os melhores resultados; e em relação ao modo de organizar, estruturar, disciplinar a Administração Pública, também com o mesmo objetivo de alcançar os melhores resultados na prestação do serviço público.

De forma sucinta CARVALHO (2012, p. 14) define o princípio como: “produzir bem, com qualidade e menor gastos”.

Dando seguimento, procede à análise do princípio da autotutela. CARVALHO (2012, p. 21) descreve que a autotutela é o: “poder que a administração tem de rever seus próprios atos: anulá-los ou revogá-los.

A administração pública poderá reavaliar seus próprios atos administrativos através da revogação ou da anulação. No primeiro caso, por meio da análise de conveniência e oportunidade advir a conclusão de o ato não mais alcançar o fim público a que se dirige. E, posteriormente, no caso da anulação, quando no ato residir a ilegalidade.

Quanto à proporcionalidade, adota-se a medida necessária, na quantidade suficiente para se garantir a finalidade pública. Nesse diapasão, é terminantemente proibido ao administrador, onerar o particular com restrições em grau superior ao suficiente para se atender ao interesse público. Enquanto que o princípio da razoabilidade invoca uma restrição à discricionariedade do ato administrativo, exigindo que os poderes sejam exercidos sem excessos, equilibrando-se, dessa forma, meios e fins.

Para MEDAUAR (2004, p. 152):

Alguns autores pátrios separam a proporcionalidade e a razoabilidade. A esta atribuem o sentido de coerência lógica nas decisões e medidas administrativas, o sentido de adequação entre meios e fins. À proporcionalidade associam um sentido de amplitude ou intensidade nas medidas adotadas, sobretudo nas restritivas e sancionadoras.

Certo que, torna-se tarefa difícil visualizar a aplicação de um desses princípios sem a complementação do outro.

No mesmo raciocínio, MARINELA (2012, p. 52):

O princípio da razoabilidade não visa substituir a vontade da lei pela do julgador, visto que cada norma tem uma razão de ser. Entretanto, ele representa um limite para a discricionariedade do administrador, exigindo uma relação de pertinência entre oportunidade e conveniência, de um lado, e finalidade legal de outro. Agir discricionariamente não significa agir desarrazoadamente, de maneira ilógica, incongruente. A lei não protege, não encampa condutas insensatas, portanto, terá o administrador que obedecer a

critérios aceitáveis do ponto de vista racional, em sintonia com o senso normal.

O princípio da razoabilidade presta assim, um serviço importantíssimo no embate à arbitrariedade, ponderando no caso concreto os critérios e as consequências aceitáveis para se atingir a finalidade legal.

Acerca do princípio da proporcionalidade, MARINELA (2012, p. 54) exalta que:

O princípio da proporcionalidade exige equilíbrio entre os meios de que se utiliza a Administração e os fins que ela tem que alcançar, segundo padrões comuns da sociedade em que se vive, analisando sempre cada caso concreto. A atuação proporcional da autoridade pública exige também uma relação equilibrada entre o sacrifício imposto ao interesse de alguns e a vantagem geral obtida, de modo a não tornar a prestação excessivamente onerosa para uma parte. Por fim, o foco está nas medidas tomadas pelo Poder Público, não podendo o agente público tomar providências mais intensas e mais extensas do que as requeridas para os casos concretos, sob pena de invalidação, por violar a finalidade legal e, conseqüentemente, a própria lei.

Um dos fundamentos do Estado de Direito é o princípio da segurança jurídica. Está relacionado com a solidez das relações jurídicas, impedindo o retroagir da norma em situações já consolidadas, como no caso do direito adquirido.

Esse princípio encontra guarida na lei nº 9.784 de 1.999 que sustenta o critério de interpretação da norma administrativa da forma mais condizente com a consecução da finalidade pública a que se dirige a máquina estatal.

Por último, e não menos importante, o princípio da motivação. Segundo essa orientação abstrata, as decisões que advierem da Administração Pública deverão, necessariamente, levar em seu conteúdo a exposição escrita dos fatos e fundamentos jurídicos que ensejaram tal determinação. Para o administrado, representa uma garantia sem precedentes, dada a possibilidade de exercer o seu contraditório e a ampla defesa constitucionais.

Além disso, a Administração somente não está subordinada à necessidade de motivação nos atos e situações que a lei assim determinar.

Ademais, na maioria das vezes, a motivação se mostra imprescindível quando os atos administrativos acometerem direitos e interesses particulares.

3 - A LIMITAÇÃO DO PODER DE POLÍCIA EM FACE DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE COMO INSTRUMENTO DE PREVENÇÃO À ARBITRARIEDADE:

3.1. O princípio da legalidade:

O conjunto harmônico de princípios jurídicos que regem a Administração Pública regem os órgãos e agentes públicos, se dirigindo aos fins últimos do Estado. Os princípios são estruturas básicas que condicionam todas as estruturas subsequentes da lei positiva. Tomando, então, princípio como essa linha geral, diretriz nuclear, cuja transgressão viola a essência de todo sistema, e que se irradia por toda norma de um ordenamento jurídico, passamos a cuidar do Princípio da Legalidade sob a ótica do Direito Administrativo.

O Princípio da legalidade encontra-se expresso no nosso ordenamento jurídico em incidências, roupagens e determinações diversas. Em seu artigo 5º, II, a Constituição da República determina que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. Trata-se do princípio consagrado da legalidade de caráter individual, é a legalidade genérica, em que é permitido fazer tudo que a lei não proíbe.

A Constituição Federal de 1988, no *caput* do artigo 37, estabelece cinco normas princípios comuns a administração pública direta e indireta, sendo esses a legalidade, a impessoalidade, a moralidade, a publicidade e a eficiência.

O Princípio da Legalidade sob a ótica do Direito Administrativo, que é específica e de fato interessa ao presente trabalho, determina que o administrador público esteja atrelado às determinações e permissões legais para agir no exercício de sua função. Dessa forma, a atividade pública encontra-se pré-moldada pela previsão normativa, sendo, esta última, limite legal para aquela, em que todo e qualquer ato deve ser *secundum legem*, só se permite fazer o que a lei autoriza.

O Poder Constituinte Originário buscou, através das diretrizes principiológicas, tanto expressas como implícitas, estabelecer o Estado Democrático de Direito, principalmente no tocante à administração pública. O princípio da legalidade consagra a submissão da administração à lei, que configura elemento

formador do regime jurídico-administrativo, estabelecendo uma restrição *pró-societate*. Nesse contexto, preciosas são as palavras do professor MEIRELLES (2010, p. 89), aduzindo que:

A eficácia de toda atividade administrativa está condicionada ao atendimento da Lei e do Direito. É o que diz o inc. I do parágrafo único do art. 2º da Lei 9.784/99. Com isso, fica evidente que, além da atuação conforme à lei, a legalidade significa, igualmente, a observância dos princípios administrativos.

Diante da supremacia do interesse público e da finalidade da atividade do Estado no alcance do bem comum, a lei, inclusive a própria Constituição Federal, encontra-se amplamente revestida de escudos contra a ilegalidade administrativa. É o que a aduz a professora DI PIETRO (2011, p. 65), percebendo que:

(...) a Constituição ainda prevê outros remédios específicos contra a ilegalidade administrativa, como a ação popular, o habeas corpus, o habeas data, o mandado de segurança e o mandado de injunção; tudo isto sem falar no controle pelo Legislativo, diretamente ou com auxílio do Tribunal de Contas, e no controle da própria Administração.

O alcance do princípio em estudo não comporta exceções, pois que é instrumento de democracia. Quando protege a efetividade dos demais princípios administrativos, inclusive, é instrumento de garantia do bem comum. É a sua observância que legitima a atividade do administrador público e mesmo a discricionariedade administrativa está adstrita aos limites legais de sua previsão, sendo também instrumento de segurança.

3.2. As limitações do poder de polícia em face ao princípio da legalidade como instrumento de prevenção à arbitrariedade:

No direito público, em termos absolutos, a autoridade real demarcava a conduta coletiva, de forma a sobrepor-se à vontade individual, interferindo, não raramente, na esfera de interesse do cidadão.

Em sentido oposto, o ordenamento jurídico vigente enumera condutas e atuações a serem observadas, de forma rigorosa, pelo administrador público – inclusive no que se refere à interferência na seara privada - sob pena de incorrer em abuso de poder, e assim, claro, na ilegalidade.

A atuação do agente público no exercício do Poder de Polícia é discricionária. Essa discricionariedade deve obedecer ao princípio da razoabilidade e da proporcionalidade, além de, por óbvio, obedecer à legalidade.

Como é sabido, o princípio da legalidade adota facetas distintas quando se tem como meta a Administração Pública ou o particular. O princípio em tela prestigia a autonomia da vontade quando se dirige ao cidadão, concedendo-lhe, nessa ótica, a liberdade de fazer ou agir, ante a ausência de norma reguladora dizendo o contrário. De outra forma, quando o mesmo princípio se dirige ao administrador público, não confere a mesma liberdade de atuação. Pelo contrário, o agente público está rigorosamente adstrito às especificidades previstas na lei. Isto é, instituiu-se um critério de subordinação à lei, fazendo com que a Administração só atue diante do que a lei autorize ou determine.

A priori, tal estreitamento da conduta do agente público conduziria a um entendimento de segurança absoluta, em virtude de que o comportamento do administrador estaria pautado em uma lei anterior que definiria além da maneira de sua atuação, os contornos, momento e limites da mesma, de maneira a evitar a surpresa de uma atuação desarrazoada do gerente público.

Acontece que, apesar do preciosismo e cuidado do legislador, é absolutamente impossível enumerar ou determinar a melhor ou única opção de atuação em todas as circunstâncias na condução da coisa pública. Portanto, na presença de uma conjuntura que não disponha de prévia determinação de agir imposta pela lei, mais do que aceitável, é necessário que a autoridade pública faça uso do poder discricionário, optando, no caso concreto, pela melhor forma de atuação que alcance o interesse público.

Obviamente, os conceitos de discricionariedade e arbitrariedade não se confundem, nem devem se confundir. No poder discricionário o administrador está, ainda, subordinado à lei, mesmo que o agente detenha parcela de liberdade de atuar

segundo um juízo de conveniência e oportunidade – mérito administrativo – sempre tendo como finalidade essencial do ato, a preservação do interesse público. Ressalte-se que a arbitrariedade é a atuação do administrador fora dos limites da lei, tornando o ato administrativo arbitrário ilegal, ilegítimo e inválido, sendo necessária sua expulsão do ordenamento jurídico.

Como poder majoritariamente discricionário que é, o poder de polícia encontra ambiente propício para, frequentemente, proporcionar aos particulares um gravame muitas vezes dispensável e sem critérios. Nesse sentido, é forçoso trazer ao mesmo tempo uma proteção maior para o cidadão, justa pela sua hipossuficiência, como alguns paradigmas ou esboços que sirvam ao agente ao menos como limites de atuação.

Para MEDAUAR (2004, p. 123):

Sem entrar no exame aprofundado da noção de poder, basta lembrar que seu conceito é fugidio e, ao mesmo tempo, de grande importância no âmbito do direito público. Em acepção ampla, pode significar capacidade geral de agir. Nas relações humanas, consiste, em essência, no predomínio da vontade de uma pessoa sobre as demais. Nos vínculos funcionais entre autoridades ou agentes públicos, expressa a ascendência de uns sobre os outros, que se traduz, por exemplo, em: expedir ordens e instruções, fiscalizar as atividades, modificar decisões, desfazer decisões. No aspecto relacional, Administração – particulares, o poder da primeira sobre o segundo acarreta a imposição de condutas, de ônus, de encargos, de sanções e a restrição ao exercício de direitos e atividades, sempre com fundamento legal.

Para que a maneira de agir do agente público, inicialmente aguerrida ao interesse público e sob o manto deste, não venha a extrapolar o necessário ao alcance do fim público a que se dirige é preciso estabelecer algumas fronteiras de orientação, como os princípios jurídicos administrativos.

Nisso concorda Melo (2012, p. 976), ao dizer que: “no Estado de Direito a Administração só pode agir em obediência à lei, esforçada nela e tendo em mira o fiel cumprimento das finalidades assinadas na ordenação normativa”.

Há, assim, liberdade do administrador em várias opções de atuação, mas deve-se adotar a melhor opção, motivando-a com prudência e inteligência.

Razoabilidade, normalidade, equilíbrio, finalidade e principalmente legalidade, são aspectos pelos quais deve abalizar-se o administrador para o desempenho escorreito do seu mister.

Os princípios administrativos, em especial o princípio da legalidade, da razoabilidade e da proporcionalidade cumprem esse papel com louvor. Nesse diapasão, a doutrina e a jurisprudência conferem ao princípio da legalidade, um desdobramento necessário, afirmando que a atuação administrativa discricionária tem que, necessariamente, estar balizado pelo requisito essencial da finalidade como condicionante da competência da autoridade pública.

Segundo esse entendimento, uma vez que se desvia da finalidade própria do ato, prevista na lei, o ato administrativo deixa um rastro de ilegalidade já que um de seus requisitos essenciais de legalidade encontra-se viciado.

Assim, é o entendimento de MELO (2012, p, 976):

Com efeito, enquanto na atividade privada pode-se fazer tudo que não é proibido, na atividade administrativa só se pode fazer o que é permitido. Em outras palavras, não basta a simples relação de não contradição, posto que, demais disso, exige-se ainda uma relação subsunção. Vale dizer, para a legitimidade de um ato administrativo é insuficiente o fato de não ser ofensivo à lei. Cumpre que seja praticado com embasamento em alguma norma permissiva que lhe sirva de supedâneo.

Nessa mesma ótica, a Administração Pública quando faz uso de meios coativos que incidem diretamente na liberdade e propriedade do particular, deve dirigir-se através de um caminho de extrema cautela e prudência, vedando-se a aplicação de meios mais onerosos que o suficiente para a consecução do resultado almejado pela lei, sob pena de viciar o ato, conduzindo a sua invalidação e a uma posterior responsabilização da Administração.

OLIVEIRA (2009, p. 61 e 62):

As atividades de polícia podem manifestar-se de diferentes formas. Em algumas situações, haverá uma determinação do Poder Público, dirigida ao particular, impondo a prática ou abstenção do ato, criando-se normalmente uma obrigação de não fazer. Os atos dessa natureza são genéricos, alcançando as pessoas que se encontram

em uma mesma situação jurídica ou fática prevista no ato. Deve ser lembrado que essa forma de manifestação depende de previsão legal, legitimando a atuação da administração, quando da imposição de restrições ao exercício de direitos fundamentais.

O que se exige, portanto, é proporcionalidade entre o ato administrativo e a finalidade legal visada, assim como proporcionalidade entre o grau e extensão da medida utilizada, além de que, a medida deve ser, claro, eficiente e coincidente com os limites estipulados na lei. Lei em sentido formal, traduzindo norma jurídica procedente do Poder Legislativo, como órgão de representação do povo.

O impasse travado entre, de um lado o Estado, limitador das vontades individuais, com seu aparato típico poder de império, do outro, o particular, transgressor do bem-estar coletivo, pode vir a dar azo à violação da legalidade administrativa e das atividades típicas de estado, consubstanciada na postura da máquina estatal, por meio dos órgãos que a integram, acometendo aos cidadãos sanções e disciplinas decorrentes do dever-poder de polícia.

O mestre CARVALHO FILHO (2012, p. 89) dispôs que:

Deverão os atos de polícia ser praticados por agentes no exercício regular de sua competência. É também indispensável que o ato seja produzido com a forma imposta pela lei. Outro requisito de validade são a finalidade, o motivo e o objeto. Enfim, como ato administrativo que é, o ato de polícia será legal ou ilegal, conforme compatível ou não com os requisitos exigidos para a sua validade.

Também passa pelo crivo das limitações a estipulação de penalidades com fulcro no poder de polícia. Isso se deve ao fato de que, a cominação de sanções ao particular somente será manobra possível quando houver a correta submissão ao devido processo legal, de maneira a proporcionar ao cidadão a utilização do contraditório e da ampla defesa em seu favor.

MEIRELLES (2010, p. 144): “as condições de validade do ato de polícia são as mesmas do ato administrativo comum, ou seja, a competência, a finalidade, e a forma, acrescidas da proporcionalidade da sanção e da legalidade dos meios empregados pela Administração”.

Interessante constatar a existência de atividades, sobre às quais o poder de polícia não tem livre atuação diante de alguma previsão na Constituição impedindo a imposição de limites sobre alguns interesses. Como exemplo, a Constituição Federal, com fundamentos garantistas, esnoba a interferência estatal na atividade jornalística, impedindo a prática da censura.

No que se refere à importância do princípio da proporcionalidade nessa frenagem ao cometimento de injustiças, novamente CARVALHO FILHO (2012, p. 90), com a eloquência intrínseca:

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 agente administrativos, o que ocorreria, por exemplo, se usada onde não houvesse necessidade.

Resta patente a necessidade de balizar a ação advinda do poder de polícia, através da aplicação, no caso concreto, dos princípios administrativos. SEGUNDO MELLO (2012, p. 859):

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 da polícia, como em qualquer outro setor de atuação da Administração, um limite conatural ao seu exercício. Este limite é o atingimento da finalidade legal em vista da qual foi instituída a medida de polícia.

O poder desmedido conferido à Administração corroboraria com a legitimação de um poder autoritário, absoluto, daí, então, a necessidade de, ainda que com fulcro na supremacia do interesse público sobre o privado, o poder de polícia, decorrente do poder de império do Estado, também o fosse limitado.

A arbitrariedade e a injustiça seriam as bandeiras de um Estado que, a pretexto de realizar o bem-estar da comunidade, gravasse determinados cidadãos com ônus que extrapolassem o realmente necessário para coibir a agressão ao interesse público e assim, realizar a finalidade essencial do ato.

Nesse sentido, o princípio da legalidade vem a ser importante marco regulador da atividade policial administrativa, na medida em que estancaria condutas que *a priori* estão maculadas com a soberba da arbitrariedade.

Sobre a cautela na incidência do poder de polícia administrativa, MELLO (2012, p. 859 e 569):

Mormente no caso da utilização de meios coativos, que, bem por isso, interferem energeticamente com a liberdade individual, 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.

A via da coação só é aberta para o Poder Público quando não há outro meio eficaz para obter o cumprimento da pretensão jurídica e só se legitima na medida em que é não só compatível como proporcional ao resultado pretendido e tutelado pela ordem normativa. Toda coação que exceda ao estritamente necessário à obtenção do efeito jurídico lícitamente desejado pelo Poder Público é injurídica.

Ora, é clarividente o propósito a toda a coletividade do interesse a que a administração pública atue de modo a respeitar os princípios, em especial, o da legalidade. Vale dizer, não se pode olvidar que no Estado moderno, diante do massificação do fenômeno do crescimento das atividades cometidas ao Estado – a chamada *publicização* dos serviços – percebe-se também a propagação da subjetividade jurídica, assumindo a toda a coletividade dos cidadãos a titularidade do interesse a uma administração pública conduzida por uma demarcação constitucional.

De outro aspecto, o princípio da legalidade é intrínseco ao Estado de Direito, já que esse próprio denota o seu histórico ideal político de restrições ao poder, e é um sustentáculo ao exercício da atividade administrativa.

O prejuízo causado por uma ação estatal desarrazoada e ilegal é tamanha que não é exagero sugerir que, embora se possa eventualmente direcionar um único onerado pela ação atentatória à lei ou à moralidade da Administração, vide

regra, pertence a todos os sujeitos, o apego à necessária legitimidade e juridicidade na atuação dos agentes públicos.

Ademais, é do espírito do Estado Democrático de Direito, como é o caso da República Federativa do Brasil, a submissão à Constituição e à lei, entendida esta, em sentido formal, advinda dos órgão de representatividade do povo.

De forma ampla e bem explicativa, MEDAUAR (2004, p. 399 e 400):

O exercício do poder de polícia encontra limites. O primeiro situa-se nos próprios direitos fundamentais declarados e assegurados pela Constituição Federal. O Poder de polícia pode acarretar disciplina e restrições ao exercício de um direito fundamental, em benefício do interesse público. Ao mesmo tempo, o reconhecimento de direitos fundamentais não podem ser suprimidos. Nem sempre apresenta-se fácil situar o ponto onde começa a violação dos direitos fundamentais, algumas hipóteses emergem:

a) Existe lei disciplinadora do direito fundamental. Neste caso, o poder de polícia é limitado pelos preceitos da lei, não se admitindo prescrição rigorosa que a da lei; as restrições da lei devem ser interpretadas de modo restrito, isto é, no sentido mais favorável ao exercício do direito. Por vezes a lei confere à autoridade administrativa a faculdade de agravar disposições da lei, em casos especiais, mas sempre de modo temporário.

b) Inexiste lei disciplinadora do direito fundamental. Nesse caso, observadas as regras de competência, a medida de polícia, sempre fundamentada no interesse público, deve ser: b1) necessária, isto é, exigida ante as circunstâncias, para evitar conflitos, desordens, perigo à integridade de pessoas e bens; b2) eficaz, isto é, adequada para evitar perturbações; b3) proporcional à gravidade da possível perturbação; por exemplo: em locais de grande fluxo de pessoas são impostas restrições mais amplas que em locais sem nenhum fluxo de pessoas; em geral medidas temporárias podem ser mais rigorosas que medidas gerais e permanentes.

É benéfico trazer a memória que o propósito de limitação do poder de polícia, galgando pelas etapas de polêmica sobre o procedimento de centralização do poder na pessoa do príncipe, da questão da separação das funções típicas por quem detém o poder supremo e da fixação dos direitos fundamentais do homem e do cidadão, vem a tornar nascente o Estado liberal, limitado por natureza.

O princípio da legalidade traspõe, juridicamente, através da norma geral e abstrata, o propósito político de sujeitar a prática do poder a um panorama normativo que exonere qualquer espécie de favoritismo, intolerância e perseguição.

Além disso, o princípio da legalidade tem como base a ideia de soberania popular, confirmação da cidadania, já que os administradores da máquina pública são meros representantes do povo, como proclama nossa Carta Maior.

Nesse sentido, a lei quem conduziria a incidência do poder de polícia, obviamente, com fundamento no princípio da legalidade, compete àquela delimitar os interesses públicos e as formas de a Administração atingi-los, certamente, em correspondência com a Constituição. Destarte, a atividade administrativa é completamente subordinada e reverente à lei, inclusive quando a Administração exala o seu poder de polícia, somente podendo o administrador no caso concreto agir *secundum legem*.

Como ato administrativo, o exercício do poder de polícia poderá ser sufocado por alguns controles, quando incidir, por exemplo, mais do que o necessário na esfera do particular. Nesse sentido é a explanação de MARINELA (2012, p. 231):

Os atos de polícia administrativa são atos administrativos e, como tal, submetem-se aos controles vigentes, tanto no âmbito administrativo quanto no âmbito judicial. Também é possível o controle quanto à legalidade – levando à invalidação se o ato estiver viciado - e o controle quanto ao mérito, sendo este submetido à análise de conveniência e oportunidade, tendo como consequência a revogação, se o interesse público assim o exigir.

Nada impede, pelo visto, que a Administração faça o controle dos seus próprios atos, seja por uma nova interpretação acerca do mérito administrativo, seja pelo descumprimento da lei. Complementando, MARINELA (2012, p. 231):

Os instrumentos para esse controle podem ser recursos administrativos ou as diversas ações judiciais, como os remédios constitucionais, o mandado de segurança, a ação popular, além de outras, como a ação civil pública, a depender do seu objeto e dos danos ocasionados, visando obstar os gravames que podem causar aos administrados individualmente, à própria Administração Pública e à coletividade como um todo.

Prudente ressaltar que a ação punitiva da Administração Pública, tendo como ponto de apoio o poder de polícia, quando tiver como objeto transgressão das normas jurídicas vigentes, prescreverá em 5 (cinco) anos, computado da data da

realização do ato. Entretanto, em se tratando de infrações permanentes ou de infração continuada, na qual sua consumação se prolonga no tempo, contar-se-á da cessação do ato infringente. Ademais, se o fato constituir crime, o prazo prescricional será o previsto na lei penal.

Mesmo considerando o poder de polícia eminentemente discricionário, a lei determina limitações quanto à competência, finalidade, forma e objeto desses atos. Certamente, tamanha nocividade à coexistência harmoniosa é um representante do Estado ignorando as regras legais e atentando ao bem comum.

Pretende-se proibir qualquer aspecto de arbitrariedade por ocasião do agente sob o manto do poder de polícia, fazendo-se uso de prerrogativas e limites impostos pela lei. Logicamente, não quis o legislador apropriar-se de direitos individuais, muito menos cassá-los. Deve-se, para uma atuação estatal nivelada, fazer uso da ponderação entre princípios e normas legais incidentes sobre o poder de polícia do Estado.

CONCLUSÃO:

A construção desse trabalho tornou possível levar a efeito uma análise a respeito da compreensão e importância dos instrumentos controladores da atividade discricionária do Estado, notadamente, os princípios administrativos.

Por meio da pesquisa, foi constatado o quanto não é incomum, muitas vezes, o administrador público enveredar-se pelos caminhos da ilegalidade ou ilegitimidade, extrapolando o que vem a ser considerado interesse público, e adentrando em um espaço sensível e tutelado pelo nosso ordenamento jurídico, que são os interesses individuais.

Não se pode, todavia, negar a importância do referido poder de polícia. O Estado, como garantidor e responsável pela concretização do interesse público, deve intrometer-se na esfera de interesse particular com a finalidade de se harmonizar e tornar sublime um interesse maior, e de todos, o interesse da coletividade.

Deve-se exortar qualquer compreensão que encare o poder de polícia como instrumento arbitrário demolidor das garantias individuais. Na verdade, de acordo com MAZZA (2012, p. 271), significa:

Atividade restritiva: ao contrário do serviço público e do fomento que são ampliativos, as atuações administrativas incluídas no poder de polícia representam limitações à atuação particular, restringindo a esfera de interesses dos indivíduos.

Para MOREIRA NETO (2009, p.129), o poder de polícia visa “à harmonização do exercício das liberdades e dos direitos individuais com os interesses gerais.”

Apesar da brevidade da análise, foi possível aferir que o administrador público não poderá eximir-se de observar os princípios implícitos e explícitos na Carta Constitucional e em outras legislações, devendo, na verdade, ponderá-los diante do caso concreto que exija uma atuação positiva ou negativa do estado, com fulcro no seu poder de império.

É latente a necessidade de respeito aos princípios administrativos pelo gestor público. São regras éticas que informarão, senão o traçado completo a ser perseguido pelo administrador público, pelo menos dará condições mínimas de o gestor não trilhar o caminho sinuoso da arbitrariedade.

No contexto atual, é necessário a cooperação dos diversos órgãos de proteção da sociedade, para fazer frente a qualquer conduta do agente público que ultrapasse o real significado de interesse público, pois, como visto, embora seja uma deturpação de direito individual, é inegável que a proteção e tutela do interesse dirá respeito à toda a coletividade.

Somente assim poderá se visualizar uma Administração pública pautada nos mais mezinhos princípios constitucionais e consonante com a sua fiel finalidade, alcançar o fim público.

É digno de vicejo o texto constitucional ter reservado importância expressa para alguns dos mais importantes princípios orientadores da gestão pública administrativa. Não significa, claro, o desprezo ou a inexistência de outros princípios também extremamente importantes para a Administração Pública. Deve-se dar aplicação a todos as proposições jurídicas principiológicas que, muito embora não estejam inseridos no texto constitucional, a sua aplicação significará, com toda certeza, a correta diretriz da Administração Pública.

Ademais, o princípio da indisponibilidade do interesse corrobora que o poder pertence, senão, ao povo, cabendo ao agente exercer o seu mister da melhor forma possível para os cidadãos, de maneira a manter a ordem social, limitando certas invasões ao direito coletivo, sem jamais galgar pelo caminho da ilegalidade ou ilegitimidade, repulsivas em um verdadeiro Estado Democrático de Direito.

O poder de polícia não pode ter abrandado o seu valor, já que quando exercido nos limites legais e legítimos, é consentâneo da realização do interesse público. O que não se pode imaginar, é a atuação do gestor público fundamentada unicamente na discricionariedade do seu poder e à revelia da lei e dos mais importantes princípios orientadores da Administração Pública, sob pena de fomentar o abuso do poder e deixar desprovidos os mais importantes direitos e garantias individuais.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito administrativo descomplicado**. 20. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2012.

BRASIL. Código tributário. **Código tributário nacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 58 E SEUS PARÁGRAFOS DA LEI FEDERAL Nº 9.649, DE 27.05.1998, QUE TRATAM DOS SERVIÇOS DE FISCALIZAÇÃO DE PROFISSÕES REGULAMENTADAS.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Súmula no 473. In: _____.

CARVALHO, Matheus. **Direito Administrativo**. 2. ed. Recife: Complexo Editorial Renato Saraiva, 2012.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 25. ed. rev., ampl. e atual. até a Lei n. 12.587, de 3-1-2012. São Paulo: Atlas, 2012.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

MARINELA, Fernanda. **Direito administrativo** / Fernanda Marinela. Niterói: Impetus, 2012.

MAZZA, Alexandre. **Manual de Direito administrativo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo moderno**. 8. ed. ver. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo brasileiro**. 36. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2010.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 29. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2011.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

OLIVEIRA, Cláudio Brandão de. **Manual de direito administrativo**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

TACITO, Caio. **O poder de polícia e seus limites**. Rio de Janeiro: 1952.