

UNIVERSIDADE PRESBITERIANA MACKENZIE

SOLVEIG FABIENNE SONNENBURG

CIDADANIA E O EXERCÍCIO DO PODER DE POLÍCIA

São Paulo

2009

SOLVEIG FABIENNE SONNENBURG

CIDADANIA E O EXERCÍCIO DO PODER DE POLÍCIA

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação da Universidade Presbiteriana Mackenzie, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito Político e Econômico.

Orientadora: Profa. Dra. Sonia Yuriko Kanashiro Tanaka

São Paulo

2009

SOLVEIG FABIENNE SONNENBURG

CIDADANIA E O EXERCÍCIO DO PODER DE POLÍCIA

Dissertação apresentada à Universidade Presbiteriana Mackenzie, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito Político e Econômico

Aprovada em

BANCA EXAMINADORA

Prof^a. Dr^a. Sonia Yuriko Kanashiro Tanaka
Universidade Presbiteriana Mackenzie

Prof^a. Dr^a. Maria Garcia
Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

Prof. Dr. Alysson Leandro Mascaro
Universidade Presbiteriana Mackenzie

Aos meus filhos, Fernando, Ricardo e Leonardo,
reflexos do amor de Deus na minha vida, pelos quais
tudo vale a pena.

AGRADECIMENTOS

À minha orientadora, Professora Dr^a. Sonia Yuriko Kanashiro Tanaka, por seu exemplo, direcionamento e incentivo, fundamentais para a consecução do presente trabalho;

Aos Professores, Dr^a. Maria Garcia e Dr. Alysson Leandro Mascaro, componentes da banca de qualificação e de defesa da dissertação, de cujas sábias sugestões foi possível extrair inúmeras possibilidades que ampliaram meu universo, na abordagem do estudo realizado;

Agradeço ao Professor Dr. Roberto Nussinkis Mac Cracken, por seus conselhos iniciais, que semearam a busca desse objetivo;

À Universidade Presbiteriana Mackenzie, onde, com orgulho, me graduei; a meus professores do passado e do presente, que influenciaram minha formação pessoal e profissional;

Ao meu avô, Abrão Beyruti, *in memoriam*, com muita saudade e esperança de reencontro;

Agradeço à minha mãe, Odete Beyruti, pelas oportunidades e pela vida;

À minha adorada tia e mãe, Josephina Beyruti Wassef, pelo apoio incondicional, e por tantas coisas que não cabem simplesmente em palavras. Que seja sempre essa fortaleza que se mantém firme no meio do oceano revolto, suportando o bater das ondas, com a força de sua devoção;

Também agradeço à querida tia e mãe, Jacqueline Beyruti Del Nero. Não é possível descrever o que sempre representou na minha vida. Não há exemplo melhor, por ser a mãe que qualquer filha gostaria de ter;

Com saudades da minha tia e mãe, Fabienne Beyruti Fakhoury. Espero que possamos nos rever em breve no maravilhoso país dos cedros;

À minha companheira de tantos trajetos e irmã, Adriana Soneghet Vlavianos, modelo insuperável de ser humano e presença essencial na minha vida;

À minha amiga e irmã, Monica de Almeida Chain, a quem amo e desejo toda a felicidade do mundo;

À minha amiga de infância e de sempre, Fátima Moreira, sem a qual eu creio que não teria conseguido concluir o trabalho;

Agradeço à Márcia Castro e toda a equipe da Escola Gato Xadrez e Colégio Alfredo Castro, pelos cuidados com meus filhos, o que me permitiu dedicar um tempo maior a esse estudo;

Ao meu amigo, Renato Santiago, por seu apoio e palavras de incentivo;

Não posso deixar de agradecer os momentos compartilhados e tudo o que representaram em minha vida, os meus amigos Márcia Lippe de Camillo, Lilian Soraya Soneghet Clini, Pitty Soneghet, Gianni Boscolo, Simon Nemr, Reinival Benedito Paiva, Cláudia Lima, Valdilea Mota, Rosa Helena Alves, pessoas muito especiais, de quem não me separarei jamais;

Agradeço o exemplo e a presença dos amigos Dr. Adib Geraldo Jabur e Sonia Gaba na minha vida;

Aos ensinamentos trazidos pelas adversidades;

A todas as pessoas especiais que se foram, mas estão guardadas para sempre na memória do coração;

Principalmente, e, acima de tudo, agradeço a Deus, meu amigo e amparo, que confere as virtudes, se faz presente em todas essas pessoas, e a quem atribuo a inspiração desse trabalho.

RESUMO

Este estudo aborda a evolução de algumas instituições, realidades da convivência social, entre elas, a cidadania e as liberdades fundamentais, erigidas à condição de lastro constitucional, como condição primordial para a existência humana e ordem social. Analisa o papel do Estado e sua atuação no âmbito administrativo, especificamente na contenção do exercício de tais liberdades, através do denominado poder de polícia.

Para tanto, inicia-se com uma perspectiva histórica da cidadania, sob variados aspectos doutrinários. A seguir, passa-se à avaliação da cidadania no contexto da Constituição Federal, adentrando nos direitos fundamentais, com ênfase à liberdade e propriedade, objetos específicos da limitação administrativa. Desenvolve-se o conceito de Estado e seus objetivos, discorrendo sobre a Administração Pública e suas respectivas funções, entre as quais se situa o poder de polícia.

Na sequência, o estudo trata da evolução do poder de polícia, suas principais características doutrinárias e atributos, através de análise crítica quanto à sua aplicação e influência na sociedade.

Por fim, conclui-se a pesquisa buscando identificar possibilidades de participação do cidadão nessa área até então, totalmente, restrita à ingerência do Estado, na qualidade de administrador.

Palavras-chave: Cidadania. Constituição Federal. Liberdade individual. Estado. Poder de Polícia.

ABSTRACT

This study addresses the evolution of some institutions, realities of social coexistence, including citizenship and fundamental freedoms, lifted up as an constitutional ballast, as a precondition for human existence and social order. It examines the role of the state and its performance under administrative control specifically in the exercise of those freedoms, through the so-called police power.

Thus, it begins with a historical perspective of citizenship, under various doctrinal issues. Following it approaches the assessment of citizenship in the Federal Constitution, specially in the fundamental rights, emphasizing freedom and property, the specific objects of administrative restrictions. It develops the concept of state and its goals, discuss the government and their functions, among which is the police power.

Next, the study deals with the evolution of the power of police, their main doctrinal characteristics and attributes, through critical analysis in its application and influence in society.

Finally, we conclude the research identifying opportunities for participation of citizens in this zone still restricted entirely to the interference of the state as trustee.

Keywords: Citizenship. Constitution. Individual freedom. State. Police Power.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	10
CAPÍTULO 1 - A CIDADANIA.....	12
1.1 Aspectos jurídicos da cidadania	12
1.2 Cidadania e Constituição	25
1.2.1 A liberdade individual	32
1.2.2 A propriedade privada.....	37
CAPÍTULO 2 - O ESTADO ADMINISTRADOR.....	42
2.1 O Estado como partícipe da convivência humana	42
2.1.1 Poderes e funções do Estado	52
2.2 A Administração Pública	55
2.2.1 Poderes da Administração	58
CAPÍTULO 3 – O PODER DE POLÍCIA	62
3.1 Considerações iniciais	62
3.2 Origem e evolução do poder de polícia	66
3.3 Expressão e conceito	70
3.4 Características	75
3.4.1 Discricionariedade e vinculação.....	79
3.4.2 Autoexecutoriedade.....	83
3.4.3 Coercibilidade.....	85
3.5 Meios de atuação	88
3.6 Sanção de polícia	90
3.7 Extensão e abrangência do poder de polícia	92
3.8 Limites	94
3.9 Competência	97
CAPÍTULO 4 – CIDADANIA E O EXERCÍCIO DO PODER DE POLÍCIA	99
4.1 Omissão do poder de polícia: uma visão realista	99
4.2 Poder do cidadão e poder de polícia	106
CONCLUSÃO.....	117
REFERÊNCIAS	119

INTRODUÇÃO

O pleno gozo e exercício da cidadania estão intimamente relacionados à atuação dos indivíduos, da sociedade, com a atividade estatal, tendo por objetivo um interesse comum de bem-estar e saúde social.

A ideia de cidadania já não se limita mais ao exercício de direitos políticos, mas expande-se à prerrogativa devida a cada cidadão de conscientizar-se, ser parte de uma sociedade, não apenas como espectador, mas podendo contribuir e intervir para seu correto funcionamento.

Assim, todo cidadão tem o direito de exigir da Administração Pública que esta cumpra fielmente a prerrogativa que lhe foi concedida por lei e por consenso social, de intervir, disciplinar, restringir e fiscalizar interesses ou atividades individuais que possam atingir de modo negativo a comunidade ou o interesse público. De um lado, deve haver equilíbrio na intervenção do Estado, de maneira a não se tornar um ente arbitrário e tirânico, para que seu poder de polícia seja respeitado pela comunidade, para que seus atos se harmonizem com os direitos do cidadão. Por outro lado, o cidadão deve ter consciência de que a polícia é um instrumento em benefício dele e da sociedade, podendo o exercício da cidadania e o poder administrativo caminharem lado a lado, pelo bem-estar social.

Considerando que o poder de polícia é, a princípio, inerente ao Estado e à existência de uma sociedade na qual devem prevalecer a ordem e a segurança, para que objetivos fundamentais a todos os cidadãos possam subsistir, o Estado deve mostrar-se competente, sem ser arbitrário. A atuação do poder de polícia, bem como o desenvolvimento da cidadania e da instituição estatal vêm se desenvolvendo desde a formação dos primeiros grupos humanos, tratando-se de partes interligadas da sociedade, desde sua origem, em constante mutação, muito embora se verifique, ainda, a inerte prevalência de certos conceitos.

Fundamenta-se a presente análise, para que se possa averiguar a eficiência do poder de polícia, sua substância, e se de fato há interesse do cidadão em participar de

um instituto que se insere tão profundamente em seus direitos básicos, como o exercício do trabalho, da moradia, e, principalmente, sua livre escolha, e quais as opções de participação, porventura existentes na realidade brasileira.

O quadro descortinado, enfim, justifica uma pesquisa profunda sobre o tema, a fim de que se verifique, ainda, se a legislação e a prática administrativa, hoje vigentes, atendem ao interesse da sociedade e dos indivíduos, se a fiscalização e o exercício do poder de polícia mostram-se compatíveis com o que se espera, e se o cidadão tem consciência de que sua participação é importante para uma atuação eficaz da administração.

Destarte, a pesquisa que se pretende realizar encontra terreno fértil dentro do contexto ora exposto e, sinteticamente trazido à tona, justifica sua relevância social, pois busca a equidade, e o verdadeiro exercício da cidadania, para a efetivação do exercício do poder de polícia justo, competente, ao cidadão ativo, abertas as devidas possibilidades para sua concretude ou realização.

CAPÍTULO 1 - A CIDADANIA

1.1 Aspectos jurídicos da cidadania

O sentimento de ser cidadão tem sua origem no momento em que o homem tomou consciência de pertencer a uma comunidade, dela participar, como parte integrante, tendo direitos e liberdade de praticar atos permitidos aos demais, sem a percepção de exclusão por quaisquer motivos; ser aceito, sem ser discriminado por seus iguais, ter voz ativa, ocupar o espaço concedido, não importa qual norma reja a situação. Assim foi desde o começo, pois o caráter gregário parece ser inerente à natureza humana.

O historiador francês, Fustel de Coulanges, na obra que o consagrou — *A cidade antiga* —, assinalou que as sociedades grega e romana, que antecederam o mundo ocidental, tiveram início com as famílias, cada componente unido ao outro por ancestral sentimento religioso. Posteriormente, um determinado número de famílias formou grupos, denominados, em grego, *fratria* e, em latim, *cúria*. Desses agrupamentos surgiram tribos, e, por fim, as cidades. Para pertencer a cada uma dessas associações humanas, era necessário preencher certas condições, como, por exemplo, não ser estrangeiro, e, principalmente, era necessário que uma tribo respeitasse o culto da outra¹.

O texto de Coulanges remete ao cidadão "primitivo", conforme a seguinte transcrição:

Se quisermos definir o cidadão dos tempos antigos pelo seu atributo mais essencial, devemos dizer ser cidadão todo o homem que segue a religião da cidade, que honra os mesmos deuses da cidade, aquele para quem o arconte ou o prítane oferece, em cada dia, o sacrifício, o que tem o direito de aproximar-se dos altares e, podendo penetrar no recinto sagrado onde se realizam as

¹ COULANGES, Fustel de. *A cidade antiga*. Trad.: Fernando de Aguiar. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 123-134.

assembléias, assiste às festas, segue as procissões e participa dos panegíricos, participa nas refeições sagradas e recebe sua parte das vítimas. Também este homem, no dia em que se inscreveu no registro de cidadãos, jurou praticar o culto dos deuses da cidade e por ele combater. Examinem-se as expressões da linguagem: ser admitido no número de cidadãos traduz-se em grego pelas palavras *meteînai tôn nitrôn*, que significam: entrar na partilha das coisas sagradas.²

Deduz-se, pois, que a consciência de algo hoje definido como cidadania, já nasceu com o ser humano, a partir de sua origem plural. Faz parte do instinto natural da pessoa que pretende, também por instinto natural, gozar dos direitos e, até mesmo, obrigações concernentes à família, estendendo-se ao grupo e, por fim, à cidade, numa expansão através da qual se busca um lugar dentro do contexto social. Certamente não é possível se comparar tribos antigas com as cidades de hoje, tampouco o conceito de cidadania relativo a cada civilização. Importa apenas elucidar que qualquer indivíduo normal quer ser cidadão, ainda que tenha deveres perante a sociedade. Esse conceito encontra origem bastante embrionária nas primeiras associações humanas, iniciando-se a partir da família, e ampliando-se por toda espécie de comunidade.

O “ser cidadão” abrange uma gama de possibilidades e certezas. Desde o período clássico, o referido conceito passou a tomar formas mais delineadas quanto à relação do indivíduo com os demais componentes da sociedade e também com o Estado embrionário. Do mesmo modo surge sua antítese — ou os excluídos — aqueles que, embora ocupando espaço físico dentro da comunidade, não são considerados cidadãos. Na verdade, é possível arrolar inúmeras situações, no decorrer da história, que privam determinados indivíduos deste *status*. O limite entre “ser cidadão” ou não o ser, e mesmo vivenciar em parte esta condição, no seio de determinada comunidade, depende de cada época e lugar.

Por exemplo, em *A Política*, Aristóteles busca definir o *cidadão puro*, sem *restrições* nem *modificações*, eliminando do conceito a figura dos estrangeiros, dos escravos, das crianças e dos velhos; também não classifica como cidadãos os rejeitados, infames ou banidos. Assim, aplicando finalmente a perspectiva política, afirma que “o que constitui propriamente o cidadão, sua qualidade verdadeiramente característica, é o direito de voto nas Assembléias e de participação no exercício do poder público em sua pátria”³.

² Id., p. 211.

³ ARISTÓTELES. *A política*. Trad.: Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 42.

O cidadão é investido do poder de “se pronunciar sobre os interesses maiores do Estado”⁴. Surge, historicamente, deste modo, muito embora restrito a um pequeno grupo, a definição do cidadão político, associado ao governo, à possibilidade de influenciar o meio social através de normas políticas. O cidadão de Aristóteles é sumariamente um homem político, é aquele que, na sua localidade, “é admitido na jurisdição e na deliberação”⁵. O cidadão de Aristóteles, representante da sociedade grega, tem intimidade com o governo, com a coisa pública, com a democracia, pois esta é forma de governo ideal para o verdadeiro cidadão. Apesar da variedade de exemplos que coloca em sua obra, para o filósofo, a cidadania autêntica não pode ser outra senão aquela que prioriza a participação pública, o interesse comum, sendo este o fim maior do cidadão, não devendo ocupar seus pensamentos com coisas diversas.

A ideia principal que se extrai do texto aristotélico é a de que o civismo é característica básica do cidadão puro. Seu pensamento não pode estar voltado para coisas que lhe desviem a atenção, como o trabalho de operário ou a mercancia. Conclui-se que, para Aristóteles, aquele que se envolve com outras necessidades particulares não pode ter a virtude de melhor decidir em benefício público. O cidadão é, acima de tudo, um indivíduo que se dedica exclusivamente à vida pública para poder tomar decisões.

Muito embora a democracia seja — conforme se disse — a base de governo ideal para o cidadão e o exercício da cidadania, trata-se, no modelo grego, nos moldes aristotélicos, de uma democracia relativa. Aqueles que têm poder de decisão fazem parte de um seletivo grupo cujas características incluem uma boa e autêntica origem, sendo latente, naquela sociedade, a exclusão de todos aqueles que não apresentem as condições adequadas para ser cidadão. Além do mais, é necessário total desapego ou ambição material, excluindo-se, absolutamente, conforme se disse, o trabalho braçal e mecânico, assim como o comércio, a troca de moedas e mercadorias.

Aristóteles não deixa de abrir exceções, ao mencionar os artesãos que fazem fortuna, e os Estados que concedem cidadania, pelo menos, para os filhos dos estrangeiros. O caminho, contudo, leva a uma direção: à do cidadão puro, de pais compatriotas, e que tem o civismo na alma, prescindindo de outras ocupações consideradas servis, e que possam afastar sua atenção dos negócios públicos, conferindo

⁴ Ibid., p. 43.

⁵ Ibid., p. 44.

espaço à sabedoria, com fins de melhor direcionar a cidade através da força política. O cidadão, então, é o homem nascido na cidade, adulto e livre, que influencia e participa da coisa pública: “Entre os gregos e os romanos, a cidadania criava o elo entre o homem livre e a cidade, reconhecendo-lhe direitos e impondo-lhe obrigações, orientando-lhe a conduta cívica e despertando-lhe a consciência das virtudes.”⁶

O modelo grego, dentro do contexto em que ora se analisa, limitado ao mundo ocidental, pode ser vislumbrado como uma primeira visão formal da cidadania, não só por suas características históricas, mas, principalmente, pela riqueza das obras que documentaram a sociedade do período clássico.

A Alta Idade Média resultou num modelo de cidadania vazia, praticamente inexistente, dissolvida pela relação preponderante entre senhores feudais e servos, através da qual os últimos viviam subjugados aos primeiros, em necessária e estrita dependência. O clero e a nobreza seriam o mais próximo dos “cidadãos” da época, ou seja, aqueles com preferências e influência naquele tipo especial de sociedade. Vale, contudo, lembrar que a ideia originária de cidadania compreende uma relação entre o indivíduo e a cidade, ou entre o indivíduo e a representação da comunidade em que vive — do indivíduo com aquele grupo que o absorve no todo. Na época medieval, o todo, ou o grupo que representaria este elo de extrema relevância para o sentimento de “ser parte importante”, ser cidadão, não existia como unidade, em razão da descentralização característica dos feudos e do abismo existente entre as classes sociais⁷.

É possível afirmar, portanto, que na Idade Média, tendo como autoridade máxima a Igreja Católica, “o acesso à cidadania dependia muito mais da misericórdia divina, melhor, da misericórdia dos intérpretes da suposta vontade de Deus, do que de uma construção comunitária com base em um *status* universal da própria condição do ser humano”⁸.

⁶ TORRES, Ricardo Lobo (Org.). *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2. ed. rev. at. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 247.

⁷ “O feudalismo, considerado ‘idade das trevas’, configura-se pela forma piramidal caracterizada por específicas relações de dependência pessoal (vassalagem), abrangendo em sua cúpula rei e suserano e, em sua base, essencialmente, o campesinato.” SANTANA, Marcos Silvio. Disponível em: <<http://www.advogado.adv.br/estudantesdireito/fadipa/marcoossilviodesantana/cidadania.htm>>. Acesso em: 18.março.2009.

⁸ CORRÊA, Darcísio. *A construção da cidadania: reflexões histórico-políticas* 4. ed. Ijuí: Unijuí, 2006, p. 44.

Mesmo assim, poder-se-ia até supor que dentro do alcance de cada feudo, sob a jurisdição de seu respectivo senhor, as pessoas buscassem a concretização do sentimento originário de cidadania, de ocupar seu lugar naquela parte do todo, apesar dos limites que caracterizavam a sociedade feudal. Historicamente, entretanto, esse foi um período inexpressivo no tocante à construção de um conceito de cidadania propriamente dita.

Com o surgimento do Estado Absoluto Moderno, e a concentração do poder nas mãos de uma pessoa que representava a unidade e o sentimento nacional, passa, a população, a “ter consciência de sua unidade como nação, de certa comunhão de interesses e sentimentos”⁹.

Assim, sob a pressão das alterações sociais que culminaram com o fim do feudalismo e a gradativa ascensão da burguesia, surge um novo cidadão, paralelamente à criação de um novo modelo de Estado, unificando o poder e o povo nas mãos de um representante, o rei. Aos poucos, a burguesia conquistou espaço na sociedade, e o poder mercantil passou a ser a base e o principal objeto para uma grande maioria daqueles que buscavam realizar sua condição social, sob as diretrizes do Estado Liberal.

Já não domina mais o cidadão político de Aristóteles que, embora numa sociedade de latente desigualdade, é desapegado dos interesses alheios à coisa pública. O cidadão do período moderno tem condições de dedicar-se ao civismo, como componente de unificação e ideologia de um povo, porém resguardando-se o interesse privado, uma vez que a real importância do cidadão passa a ser aquilatada de acordo com o acúmulo de capital. As questões políticas passam a, necessariamente, ser adaptadas ao interesse da classe econômica dominante no período: a burguesa. *É o privado e não o público que institui quem é e quem não é cidadão no período moderno*¹⁰. Assim, a classe dominante do momento concebeu novas características para a cidadania: “cidadão é o homem burguês”¹¹.

⁹ LIMA, Antonio Sebastião de. *Teoria do Estado e da Constituição: fundamentos do direito positivo*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1998, p. 26.

¹⁰ Fundamenta-se esse pensamento com o estudo das teorias socialistas que tecem críticas ao modelo burguês.

¹¹ OLIVEIRA, Marcos Alcyr Brito de Oliveira. *Cidadania Plena - A cidadania modelando o Estado*. São Paulo: Alfa-Omega, 2005, p. 22. O autor atribui a Kant a elaboração desse conceito, o que serve adequadamente ao texto, uma vez que o filósofo alemão é expoente do pensamento moderno liberal. Importante que se perceba o quanto uma determinada condição sofre variantes de acordo com cada época

A partir daí, não obstante a crescente disparidade social, que colocou em destaque os detentores da propriedade, sob argumentos ideológicos suscitados especialmente para justificar as mudanças do poder de uma mão a outra, certos conceitos passaram a representar a mistificação do mínimo necessário, para que os seres humanos vivessem com dignidade. Sob o discurso das diretrizes do direito natural (liberdade, fraternidade, igualdade, propriedade e justiça, entre outros direitos naturais que se alçaram à condição de “imperativos categóricos”¹²), a burguesia estendeu o ideário de cidadania a toda a população, ainda que oculto sob o manto da disparidade imposta pelo capitalismo ascendente.

Muito embora todo esse discurso tenha servido aos interesses da classe burguesa, não resta dúvida que incutiu novos elementos de base na consciência humana, derrocando definitivamente os conceitos existentes em épocas anteriores, no contexto da sociedade ocidental, baseados na escravidão e na relação feudal. Nos dizeres de Darcísio Corrêa:

É certo que a Revolução burguesa encarregou-se de atender às necessidades da nova estrutura “libertando” os agentes econômicos, constituindo-os em sujeitos de direito, livres e iguais, autonomia essa que possibilita o contrato de trabalho, a troca e a circulação de mercadorias, a concorrência entre proprietários. Mas não menos certo é o fato de a mesma revolução ter criado, a partir das promessas da modernidade, as condições formais para uma valorização igualitária do ser humano. Essa dimensão formal de universalização da cidadania moderna continua sendo a grande base teórica para a construção do espaço público de sobrevivência dos cidadãos, embora dela tenha se apropriado o emergente poder econômico da burguesia¹³.

Desnecessário relembrar que a ideologia burguesa criou um desenfreado sistema de desigualdades justificadas, muito mais complexa que as anteriores¹⁴, porém,

ou situação. É possível também constatar que não só o meio social, mas principalmente a forma de produção passa a exercer influência na condição formal de cidadão.

¹² A respeito dos “imperativos categóricos”, elementos do pensamento filosófico kantiano e toda a sua dimensão filosófica, bastante elucidativo o estudo em MASCARO, Alysson Leandro. *Introdução à Filosofia do Direito – Dos Modernos aos Contemporâneos* (2.ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 53-63. Nesse sentido: “Estes são os imperativos categóricos kantianos: as máximas que puderem ser universalizadas. Esse critério, numa prévia suposição de que haja um único interesse universal, é o que identificará o correto, o bom, o valoroso, o justo.”

¹³ CORRÊA, Darcísio., op. cit., p. 55-6.

¹⁴ Ibid.. p. 63: “O que se pretende esclarecer aqui é como uma classe social, surgida num contexto histórico conturbado e profundamente marcado por desigualdades juridicamente institucionalizadas pelo sistema de ordens ou estamentos, se apropriou de um discurso de grande alcance ético para se firmar como classe

foi possível alçar “cidadania” à esfera de conceito universal, ao lado das demais verdades irrefutáveis, produto do pensamento liberal.

Num primeiro e oportuno momento, a cidadania dos modernos poderia ser conceituada como “a condição que conferiu ao ser humano, enquanto indivíduo vinculado juridicamente a um Estado, a possibilidade formal de participar da vida política.”¹⁵

Desse modo, a “cidadania”, como paradigma universal, ou seja, como um direito de todos, ao lado da liberdade, igualdade, fraternidade, propriedade e justiça, resultou por, finalmente, permitir que o povo pudesse eleger seus representantes no governo, através do escrutínio, ampliando a participação de todos os integrantes da sociedade no contexto da política. A ideia principal está em que a sociedade — aí incluídas todas as classes sociais nela existentes — foi beneficiada com o novo modelo social, não havendo exclusões¹⁶; portanto, esse modelo seria muito mais justo com o povo do que o feudal, por exemplo, e essa ideologia, por ser incontestável, revestida de legitimidade advinda de consenso geral, constituída por verdades universais, realmente estaria eliminando diferenças, vindo a consolidar a máxima de que “todos são iguais perante o Estado”, podendo ser verdadeiros “cidadãos”.

Vale lembrar, outrossim, que a nova ordem institucionalizada, numa segunda etapa do período moderno, resultou na dicotomia sociedade civil / Estado, deixando evidenciada a distinção, ou separação, entre as questões públicas e privadas. Mas a doutrina divergente que a sucedeu¹⁷ tratou de denunciar uma outra realidade, ou seja, de que a cidadania ficou restrita ao Estado ou ao palco público, através de uma ideologia própria, que omitiu a real compreensão de seu significado.

Nesse sentido, Camilo Onoda Caldas promove estudo elucidativo, apresentando uma visão crítica do modelo de cidadania moderna. Em suas reflexões sobre a cidadania, a partir do pensamento de Umberto Cerroni, tece análise quanto às

politicamente dominante. Os ideais da modernidade, afirmados como direitos universais de todos os cidadãos, ao invés de se universalizarem numa nova formação social, mais justa e igualitária que a anterior, foram apropriadas pelo grupo detentor do novo poder econômico, agora politicamente legitimado e reproduzido..”

¹⁵ CALDAS, Camilo Onoda. *Perspectivas para o Direito e a Cidadania: O pensamento jurídico de Cerroni e o Marxismo*. São Paulo: Alfa-Omega, 2006, p. 83.

¹⁶ Ibid., p. 83 e seqs: Inicialmente, o sufrágio foi limitado a certo tipo de pessoas, através de critérios variados tais como condição social, raça, gênero, estendendo-se, gradualmente, a todas as camadas da população.

¹⁷ A menção refere-se às críticas socialistas ao sistema capitalista.

duas esferas, destacando que, de um lado, na sociedade civil, são albergados os interesses privados e as relações econômicas, enquanto que na esfera pública, tendo como ente centralizador o Estado, são enquadrados os interesses públicos e as relações políticas. A ideologia moderna separa os dois segmentos, como se na sociedade civil ocorressem simplesmente relações entre indivíduos que se reúnem para a produção e, conseqüentemente, para realizar um processo de natureza econômica e privada, mas não de natureza pública, ou seja, um processo alheio à política ¹⁸. Em razão disso, as relações privadas de produção, ou capitalistas, resguardam-se do cunho social que se restringe à esfera pública. Nas palavras de Camilo Onoda Caldas: “reduz-se a potencialidade de alteração na estrutura produtiva, surgida a partir do momento em que os direitos políticos são concedidos a todos os cidadãos”¹⁹.

O autor acompanha o pensamento de Karl Marx e de toda a teoria de crítica ao capitalismo. A classe dominante, detentora do poder econômico, se iguala à classe proletária nas questões de política, ocultando-se, com isso, a realidade do desequilíbrio social convergente das relações privadas. O discurso da burguesia, de que seriam eliminadas as desigualdades vigentes no feudalismo, justificando a revolução liberal, na prática, apenas propiciou que referida classe social fizesse uso da “cidadania”, delimitando o sentido da palavra de acordo com sua conveniência. “Cidadão” é aquilo que a burguesia quer que seja um “cidadão”, de maneira que não sejam alteradas as relações de poder já estabelecidas. A revolução, símbolo de mudança nas condições gerais de uma sociedade, manteve, nos moldes do escravismo e do feudalismo, disparidade entre os seres humanos, só que agora acobertada pela máscara da igualdade política. Vale transcrever o seguinte tópico da obra ora comentada:

A separação entre sociedade civil – esfera econômica – e Estado – esfera política – restringe a cidadania, ou seja, a participação popular, apenas à segunda esfera, limitando profundamente o suposto potencial revolucionário decorrente da democracia liberal, que estendeu a cidadania ativa para os trabalhadores²⁰.

Pode-se afirmar que, muito embora a cidadania — restrita a ser condição política — tenha passado a abranger todas as pessoas, a divisão de classes oriunda do desequilíbrio econômico resultante da retenção de riqueza ou bens de produção nas mãos de alguns poucos (burguesia), desigualou as pessoas, o que gerou as críticas de

¹⁸ Ibid., p. 94 e seqs.

¹⁹ Ibid., p. 98.

²⁰ Ibid., p. 99.

Marx e outros autores que vieram depois dele. E a questão atinge seu ponto crucial quando se conclui que o povo foi “iludido” pela ideia de cidadania (a única, política). O conflito entre as classes sociais revela, então, que a cidadania não é igual *para* todos.

Sahid Maluf, em poucas palavras, foi bastante feliz ao registrar que a sociedade liberal “converteu-se no reino de ficção, *com cidadãos teoricamente livres e materialmente escravizados*”²¹ (grifo nosso).

Quem igualmente influenciou estudos nessa linha de pensamento foi Eugeni Pachukanis que, em sua obra *A teoria geral do direito e o marxismo*, analisando o direito e o Estado através do método de Karl Marx, vislumbrou o conteúdo da ideologia jurídica burguesa e seu triunfante empenho em desmistificar a diferença oriunda da patente divisão de classes que passou a existir na sociedade, sob a ilusão da igualdade proporcionada pela cidadania (Estado) e pelo direito. Um trecho elucidativo do pensamento do jurista soviético foi extraído da obra de Marcio Bilharinho Naves:

Pois bem, se o Estado é a esfera de existência exclusiva da política – lugar de representação dos interesses gerais – e se a sociedade civil é o lugar onde habitam os interesse particulares, o acesso à esfera do Estado só pode ser franqueado pelos indivíduos despojados de sua condição de classe – posto que a condição de pertencer a uma classe social não pode ser reconhecida pelo Estado – e qualificados por uma determinação jurídica: o acesso ao Estado só é permitido ao indivíduo na condição de cidadão.

O que é o cidadão senão o indivíduo despojado de seus liames de classe, despojado de sua “particularidade”, o indivíduo “universal” que participa do Estado? [...] Ao só franquear o acesso ao Estado aos indivíduos na condição de cidadãos, a ideologia jurídica permite que se constitua o vínculo que possibilita a passagem da sociedade civil ao Estado, ou melhor, a ideologia jurídica vai permitir que se estabeleça o meio de expressão no Estado, sob a forma de interesse geral, dos diversos e contraditórios interesses particulares que se chocam na sociedade civil, e que por força dessa “ultrapassagem” negam a sua determinação particular. Tudo se passa, portanto, como se o Estado, anulando as classes, anulasse com isso a própria contradição, se erigindo em lugar da não-contradição, onde se realiza o “bem comum”²².

A ótica socialista, no contexto da cidadania, não só contribuiu para alertar quanto à oportunista manobra de equivocada utilização do conceito, engendrada pelos interesses ideológicos de uma classe que tomou para si o poder, como sustentou a

²¹ MALUF, Sahid. *Teoria Geral do Estado*. 26. ed. atual. pelo Prof. Miguel Alfredo Maluf Neto. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 130.

²² NAVES, Marcio Bilharinho. *Marxismo e direito: um estudo sobre Pachukanis*. São Paulo: Boitempo, 2008, p. 82 e seqs.

necessidade de condições de igualdade no âmbito privado. A cidadania não pode e não deve servir para nutrir uma contradição ideológica. A condição de ser cidadão vale para ambas, eliminando-se os liames de classe também dentro da sociedade civil.

Não obstante, em trabalho de especial relevância para se refletir sobre cidadania, e cuja análise deriva de meados dos anos 1940²³, a clássica obra *Cidadania, classe social e status*, de T.H. Marshall, faz referência ao economista Alfred Marshall, analisando o conceito de cidadania e de classe social. Para aquele autor, desigualdade de classe social não significa falta de cidadania. A desigualdade pode ser aceitável, desde que a igualdade da cidadania seja reconhecida. Ocorre que a classe operária direciona todo seu potencial ao trabalho pesado e excessivo, deixando de desenvolver o lado intelectual. Reduzindo-se o trabalho, o indivíduo poderia dedicar-se também à educação, passando a ter mais respeito por si e pelos demais, conscientizando-se de que são homens e não máquinas produtoras. No texto em questão, “cavalheiro”, equivale a cidadão. O caminho primordial para se tornar cavalheiro é através da educação, do desenvolvimento, do conhecimento. O ignorante não pode apreciar as coisas boas, o que é melhor para si e para a sociedade. Sem educação, não se forma um cidadão, pois não se forma a pessoa com os elementos essenciais de cultura. Em verdade, pode haver diferença econômica quantitativa, mas não qualitativa, podendo todos participar da herança social, reivindicando seu lugar como membros completos, ou cidadãos, ainda que haja desigualdade econômica de classes ²⁴.

No entanto, T. H. Marshall consignou três elementos básicos fundamentais para caracterizar a cidadania moderna, a saber: os direitos civis, os direitos políticos e os direitos sociais, conforme historicamente conquistados.

As ideias de Marshall, muito embora “umbilicalmente ligadas ao elogio do Bem-Estar Social, que teve papel preponderante nas décadas que se seguiram após a 2ª Guerra Mundial, marcada pela riqueza e pelas condições econômicas favoráveis à ação providencial do Estado”²⁵, tornaram-se supedâneo para a construção de um quadro social (ainda mais amplo) dentro do contingente da cidadania, exercendo profunda influência no

²³ A primeira edição de *Citizenship and Social Class* é de 1950, e aprofunda ideias expostas em conferência realizada em 1949, tendo por base experiências britânica e norte-americana. Cf. ALVES, J.A.Lindgren. Direitos humanos, cidadania e globalização. Faces da Democracia. *Lua Nova Revista de Cultura e Política*, São Paulo, 2000, n. 50, p. 186.

²⁴ MARSHALL, T.H. *Cidadania, classe social e status*. Rio de Janeiro: Zahar, 1967, p. 60-2.

²⁵ TORRES, Ricardo Lobo (Org.). Op. cit., p. 248.

estudo da temática no início do século, pois, segundo ele: “O cidadão pleno é considerado aquele titular dos direitos civis, políticos e sociais. Cidadãos incompletos seriam os que possuísem apenas alguns dos direitos. Os que não se beneficiassem de nenhum dos direitos seriam não cidadãos.”²⁶

Com efeito, o cidadão não pode prescindir de direitos básicos para sua vida. Não pode haver liberdade, igualdade perante a lei, uma vida digna, sem os direitos sociais. O direito à educação, à saúde, ao trabalho, ao salário justo, entre outros, são fundamentais para a formação do cidadão. Mas vale lembrar que também não é possível trabalho sem liberdade, do mesmo modo que igualdade perante a lei, sem acesso à saúde. Por fim, o exercício dos direitos políticos é a maneira pela qual o cidadão confirma sua condição de interventor na sociedade, através do direito de votar e ser votado, participando da vida pública, buscando, através da política, atingir o almejado ideal de plenitude. Em outras palavras:

O sentido moderno da palavra cidadania expressa, portanto, três focos: o democrático, o liberal e o social. O primeiro é o polis; o segundo, o civitas; e o terceiro, societatis. Este último foco tem a ver com a descoberta de que o civitas e o polis somente poderiam existir com o mínimo de Justiça Social. Podemos, então, imaginar uma seqüência: cidadania cívica, cidadania política e cidadania social²⁷.

A temática subsiste, justamente, por considerar-se que a cidadania deriva das três condições inerentes aos direitos básicos das pessoas, devendo ser estabelecida a todos, sem exceção.

De qualquer forma, verifica-se que a cidadania é também um fenômeno histórico, com desdobramentos distintos, de acordo com o país ou a cultura em que é observada²⁸. No ocidente, sua relação com o Estado é estreita, não se pode negar, não sendo possível, na atualidade, e, principalmente, a partir do liberalismo, dissociar um elemento do outro. Pode-se considerar que a nova cidadania, conforme se disse, após sua inércia feudal, renasceu com o Estado Moderno, e, a partir daí, justamente em razão

²⁶ CARVALHO, José Murilo de. *Cidadania no Brasil: o longo caminho*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2006, p. 11.

²⁷ RIBEIRO, Luiz Cezar Queiroz. Desafios da cidadania na metrópole brasileira. *Sociedade e Estado*. Brasília, set./dez. 2007, v. 22, n. 3. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-9922007000300003&lng=pt&nrm=iso&tlng=pt.

²⁸ CARVALHO, José Murilo. Loc. Cit.

de sua nova identidade, considerando-se, ainda, o desenvolvimento social, passou a exigir maior demarcação e comprometimento do Estado.

Considerando-se a riqueza, tanto doutrinária quanto conceitual do tema *cidadania*, não sendo possível abarcar no presente estudo sua totalidade — mas apenas os aspectos mais importantes e gerais para o desenvolvimento da pesquisa —, merece relevo a concepção de Hannah Arendt acerca de cidadania, tomando por orientação a interpretação extraída de Celso Lafer²⁹. Nesse sentido, duas colocações se podem obter das ideias em referência. A primeira delas diz respeito à relação entre cidadania, na qualidade de *status civitatis*, ou nacionalidade e direitos humanos. Segundo se confere do texto, os direitos humanos são albergados, tão somente, na presença da cidadania, sendo esta consignada como relação do indivíduo com a comunidade, pertencendo o mesmo ao grupo, em absoluta condição de igualdade com os demais. A cidadania, então, se torna meio ou único caminho para a proteção dos direitos humanos. Sem ela, o tratamento é diferenciado, destituído do princípio da legalidade, não contemplados, inclusive, pelos direitos humanos, que, a princípio, resguardam a integridade humana dos nacionais de determinado Estado. A cidadania, na medida em que torna as pessoas iguais, garante-lhes direitos. Leia-se, a propósito:

Não é verdade que “*todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos*”, como afirma o art. 1º da Declaração Universal dos Direitos do Homem da ONU, de 1948, na esteira da Declaração de Virgínia de 1776 (artigo 1º), ou da Declaração Francesa de 1789 (art. 1º). Nós não nascemos iguais: nós nos tornamos iguais como membros de uma coletividade em virtude de uma decisão que garante a todos direitos iguais³⁰ (grifos do autor).

Veja-se que, segundo o raciocínio arendtiano, na esfera pública, com as prerrogativas conferidas pela cidadania ou *status civitatis*, a pessoa é tratada como igual. A igualdade é característica da esfera pública. “*Perder acesso à esfera pública, significa perder acesso à igualdade*”³¹; portanto, perde-se acesso aos direitos que a pluralidade da cidadania garante. A importância atribuída à cidadania, no contexto da obra dessa autora, é bem próximo à visão aristotélica, que privilegia a vida pública, a participação na

²⁹ LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 1999, p. 146-54.

³⁰ *Ibid.*, p. 150.

³¹ *Ibid.*, p. 152.

comunidade. Não por acaso a destacada expressão de Hannah Arendt, que afirma ser a cidadania “o direito a ter direitos”.

O segundo ponto a ser observado, dentro do contexto do privado e do público no pensamento de Hannah Arendt, e que mescla, ainda, a visão de Aristóteles — segundo o qual o homem não deve se preocupar com outras coisas, a fim de poder dedicar-se devidamente às questões políticas — com a de Karl Marx — no sentido de que deve haver igualdade no plano econômico — é o de que “as diferenças sociais derivadas da desigualdade econômica devem ser mínimas a permitir que os homens não sejam diferentes e *possam ter condições de distinguir-se na esfera pública*” (em situação de igualdade, de fato)³².

Na esteira do pensamento de Hannah Arendt, comparativamente, não comungar da cidadania equivale a ser órfão (do Estado). Bem melhor seria, ainda que se submetendo a regras ou castigos, situar-se sob a legítima proteção e comunhão familiar, ou, em outras palavras, poder submeter-se ao princípio da legalidade que abarca os integrantes de uma nação.

Já o que se verifica, por exemplo, entre o pensamento aristotélico e a definição de Marshall, sob dois ângulos diversos, mas complementares, é justamente o espaço reservado para a vivência da cidadania. Trata-se do enquadramento no desenvolvimento individual que leve a uma participação integral na comunidade. De um lado — o aristotélico — temos um corpo político que participa nas assembleias, que propõe leis e emendas, que delibera, e, de outro, temos o cidadão investido de sua autoestima, advinda da educação, da consciência de que ele é alguém na sociedade, independente do tipo de trabalho que exerce ou da condição econômica que tenha. Das teorias marxistas, é possível extrair que não só através de participação política se adquire o *status* de cidadão, mas através de uma socialização econômica, de modo que o “processo produtivo possa atingir um genuíno aspecto social, ao voltar-se às necessidades fundamentais da coletividade e ao não se limitar, simplesmente, a ser um meio de valorização do capital e acumulação por uma minoria, como é na atualidade”³³.

³² Op. cit.

³³ CALDAS, Camilo Onoda. Op.cit., p. 123.

Observa-se, pois, que cidadania passa a ser, cada vez mais, um conceito ligado aos direitos universais, uma vez que abrange todos eles, englobando, inclusive, pensamentos filosóficos contraditórios entre si, mas também lhes conferindo alguma identificação, pois interfere naquilo que atinge mais profundamente o ser humano: sua capacidade de ser, de realizar-se; a consciência de que se é importante para si e para os demais, no decorrer de sua existência, de seu relacionamento com o mundo, com os outros e com o Estado, do qual é parte integrante. Cidadania, reiterando as palavras de Hannah Arendt, é “o direito a ter direitos”.

1.2 Cidadania e Constituição

Não obstante a definição do instituto *cidadania* comporte muitos focos doutrinários, sua característica básica diz respeito à relação do homem com o grupo ou com a comunidade a que pertence, através de constante e diversificado intercâmbio de direitos e deveres. Tome-se, por ideia abrangente, a definição de Ricardo Lobo Torres:

O conceito hodierno de cidadania, em suma, compreende os *direitos fundamentais, os políticos, os sociais e econômicos e os difusos*, em constante tensão com as idéias de liberdade, de justiça política, social e econômica, de igualdade de chances e resultados, e de solidariedade a que se vinculam³⁴ (grifos do autor).

Assim, diante do caráter público / privado que caracteriza esse abrangente conceito de direitos, não é possível dissociar *cidadania* de Constituição. Cidadania não pode situar-se à margem do que Nicola Matteucci considera “coincidente com o poder político repartido entre diversos órgãos constitucionais sendo reconhecidas aos cidadãos, além de uma série de direitos fundamentais, adequadas garantias contra os abusos cometidos pelos titulares dos órgãos do poder político”³⁵. É a base da comunidade, em todos os seus gêneros pluralizados.

No sentido de apontar uma síntese genérica e ampla de *Constituição*, leia-se este apanhado de Antonio Sebastião de Lima:

³⁴ Op. cit., p. 258.

³⁵ BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. 5. ed. Trad. Carmen C. Varriale *et al.* Brasília: Universidade de Brasília; São Paulo: Imprensa Oficial, p. 258.

Constituição significa ação ou efeito de constituir; conjunto dos elementos essenciais, natureza do todo que resulta desses elementos; coleção de leis que regem uma corporação, uma instituição; organização, formação; lei fundamental que determina a natureza e as funções do governo e o conjunto dos direitos e deveres do povo; conjunto de leis e regulamentos antigos de uma ordem de coisas políticas, civis ou religiosas; ordenação, estatuto, regra; ato estabelecido juridicamente.³⁶

Ainda, em harmonia com indicação desse autor, verifica-se referência à palavra *Constituição* (com “c” maiúscula), em Aristóteles. Pretendendo analisar qual a melhor sociedade política, o filósofo teceu suas críticas ao que denominou “Constituição de Hipódamo de Mileto”, “da Lacedônia”, “de Creta” e “de Cartago”³⁷. Daí, o atestado do antigo sentido, precipuamente político, de *Constituição*, relacionado à ordem pública, ou até relacionado a questões da cidade. De toda sorte, servem as Constituições antigas como forma de organizar, de certo modo, a relação existente entre povo e Estado. A propósito, transcreve-se ensinamento de Jorge Miranda, ao avaliar período anterior ao constitucionalismo, tal qual hoje identificamos esse conceito:

Em qualquer Estado, em qualquer época e lugar, encontra-se sempre um conjunto de regras fundamentais, respeitantes à sua estrutura, à sua organização e à sua actividade – escritas ou não escritas, em maior ou menor número, mais ou menos simples ou complexas. Encontra-se sempre uma Constituição como expressão jurídica do enlace entre poder e comunidade política ou entre sujeitos e destinatários do poder.³⁸

Suplantado o período feudal e o absolutismo — com suas particulares características assentadas de acordo com a religião e os costumes das épocas —, atinge-se o início do período moderno — com toda a perspectiva do movimento liberal, que exige maior compromisso da sociedade e do Estado para com os direitos dos cidadãos —, sendo possível tecer um paralelo entre o desenvolvimento da cidadania e a ideia de Constituição. Com certeza, a Idade Média foi um período vago para ambos os conceitos, diante da inexistência do Estado, ou de uma unidade política.

O constitucionalismo, tal qual hoje o identificamos, surge como resultado das “ideias revolucionárias”, ou melhor dizendo, das correntes ideológicas do movimento liberal, que pretende “disciplinar toda a atividade dos governantes e todas as suas relações com os governados; pretende submeter à lei todas as manifestações da

³⁶ LIMA, Antonio Sebastião de. Op. cit., p. 225.

³⁷ ARISTOTELES, op. cit., ver p. 253, 281 e seqs.

³⁸ MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 323.

soberania e aí consignar os direitos dos cidadãos”³⁹. Passa a haver uma formal proteção da liberdade, segurança e propriedade, estabelecendo-se a separação dos poderes, bases fundamentais para uma Constituição. Trata-se, justamente, da reação do povo (burguês) contra o absolutismo monárquico, ou qualquer possibilidade de óbice ao desenvolvimento estrutural da nova sociedade. O indivíduo passa a ostentar, na capacidade constitucional do Estado a que pertence, o *status* de cidadão.

De fato, na concepção liberal, “o fundamento da Constituição é a liberdade natural do homem, [...] é obra do consentimento dos homens, gerada pela vontade do povo, expressão coletiva da liberdade natural de cada um de seus integrantes”⁴⁰. E esse documento, que passa a ser escrito — salvo algumas exceções, como ocorre na Inglaterra —, é a mais ampla e legítima garantia dos direitos do cidadão, pois são expressos como lei maior de um povo.

José Joaquim Gomes Canotilho conserva essa acepção histórica conjugada por inúmeros autores, adjetivando o constitucionalismo moderno como movimento liberal⁴¹. Doutra feita, o constitucionalista português atribui outra ótica à palavra, demarcando que constitucionalismo é a “teoria (ou ideologia) que ergue o princípio do governo limitado indispensável à garantia dos direitos em dimensão estruturante da organização político-social de uma comunidade”⁴². Trata-se, pois, de *teoria normativa da política*, tal qual a teoria da democracia ou do liberalismo. Essa concepção já não limita constitucionalismo a um período, ou a uma ideologia, transportando o conceito para a contemporaneidade.

Atualmente, as Constituições, de um modo geral, abrangem tantas situações quanto mais complexas se tornaram as sociedades globais, gerenciadas por seus respectivos Estados. Do mesmo modo, solidificou-se seu principal atributo como regente

³⁹ Id., p. 325.

⁴⁰ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Estado de Direito e Constituição*. 2. ed. rev. ampl. São Paulo: Saraiva, 1999, p.78.

⁴¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 51. Jorge MIRANDA considera que constitucionalismo é uma expressão típica do liberalismo, “não podendo ser compreendido senão integrado com as grandes correntes filosóficas, ideológicas e sociais dos séculos XVIII e XIX.” Op. cit.(ver, a propósito, p. 325). Sahid MALUF afirma ser o “constitucionalismo”, ou “constitucionalismo moderno”, a “formalização da filosofia liberalista”. Op. cit., p. 197.

⁴² Id.

de toda a estrutura social, política e organizacional de um Estado e sua população — os cidadãos que através de seus representantes a legitimaram e a ela se submetem.

Para Luís Roberto Barroso, “a Constituição é o primeiro documento da vida jurídica do Estado, tanto sob o ponto de vista cronológico, como hierárquico. Ela cria ou reconstrói o Estado, dando início à ordem jurídica”⁴³. Essa afirmação é coincidentemente justificada por Paulo Bonavides, que esclarece não haver Estado sem Constituição, sob o *ponto de vista material*. Nesse aspecto, segundo o eminente autor, “tudo quanto for conteúdo básico, referente à composição e ao funcionamento da ordem política exprime o *aspecto material* da Constituição”⁴⁴. É a estrutura mínima necessária para a existência de uma sociedade politicamente organizada. Sob vários aspectos, não é possível conceber um Estado sem a sua Constituição, seja ela qual for, e em que época ou sociedade se manifeste.

Percebe-se que qualquer que seja a definição que se lhes aplique, as Constituições, de modo geral, não são apenas políticas, mas regem também os aspectos econômico e social de uma sociedade⁴⁵. A Constituição é o retrato da sociedade. É o “*modo de ser de alguma coisa* (a sociedade) e, por extensão, a de organização interna de seres e entidades”⁴⁶ (grifos do autor). Em verdade, é a espinha dorsal que delimita as leis, circunscreve a organização estatal, abrangendo todos os tópicos fundamentais da vida em sociedade, fragmentada em grupos, órgãos públicos ou pessoas. A Constituição busca harmonizar a inter-relação entre todos os sujeitos que a compõe, priorizando, por elementar, a pessoa humana em todos os seus adjetivos, e sua ordenada convivência entre seus iguais, dentro de uma sociedade em constante mutação, diversidade, e cada vez mais complexa. A Constituição garante e avaliza os direitos e deveres do homem, condicionando a possibilidade de convivência pacífica.

Assim, não é precipitado afirmar que a cidadania está presente em todo e qualquer texto constitucional, como elemento fundamental, conforme se disse, acima dos direitos elementares contemplados nas cláusulas respectivas. Vale lembrar que alguns constitucionalistas reservam capítulo especial para o Direito de cidadania no quadro dos

⁴³ BARROSO, Luís Roberto. *Temas de Direito Constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, v. I, p. 79.

⁴⁴ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 21. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 80.

⁴⁵ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves, op. cit., p. 86.

⁴⁶ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional positivo*. 27. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 37.

direitos políticos. É o caso de Jose Afonso da Silva, ao prelecionar que “*cidadania* qualifica os integrantes da vida do Estado, é atributo das pessoas integradas na sociedade estatal, atributo político decorrente do direito de participar no governo e direito de ser ouvido pela representação política”⁴⁷(grifo do autor). Contudo, mesmo esse conceituado autor admite que, situando-se entre os fundamentos do Estado Brasileiro, declinados no artigo 1º da Constituição Federal⁴⁸, o termo *cidadania* “tem sentido mais amplo do que o titular de direitos políticos. Qualifica os participantes da vida do Estado, o reconhecimento do indivíduo como pessoa integrada na sociedade estatal (art. 5º, LXXVII)”⁴⁹. Paulo Bonavides, na mesma linha, entende que cidadania “é a prova de identidade que mostra a relação ou vínculo do indivíduo com o Estado”⁵⁰. Já, para Alexandre de Moraes, “representa um *status* e apresenta-se simultaneamente como objeto e um direito fundamental das pessoas”⁵¹.

Declaradamente, na qualidade de fundamento do texto constitucional, insta reiterar que, com o advento da atual Constituição Federal, promulgada em 1988, o conceito de cidadania no Brasil passou por uma amplificação no seu sentido, sendo assimilado pela maioria dos artigos constitucionais.

Jorge Miranda, ao analisar especificamente o sistema constitucional brasileiro, afirma que, “diversamente de todas as anteriores Constituições, a de 1988 ocupa-se dos direitos fundamentais com prioridade em relação às demais matérias”⁵². Sendo como é, pois, não se pode negar seu caráter social, tampouco os efeitos desse documento na sociedade brasileira. A legislação ordinária implantada desde sua concepção, e para fins de aplicação das respectivas normas, serve de exemplo indelével para o mundo⁵³.

Os efeitos desse texto constitucional são percebidos na essência da comunidade, pois conferiu à sociedade meios de maior participação popular e resguardo de direitos. Através do texto concernente aos direitos e às garantias fundamentais, é

⁴⁷ Ibid., p. 345.

⁴⁸ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I – a soberania; II – a cidadania; III – a dignidade da pessoa humana; IV – Os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V – O pluralismo político. (...)

⁴⁹ SILVA, José Afonso da. Op. cit., p. 104.

⁵⁰ BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. São Paulo: Malheiros, 2006, p.82.

⁵¹ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 52.

⁵² Op. cit., p. 150.

⁵³ Servem como exemplo o Código do Consumidor, o Estatuto do Idoso, entre outros.

possível assimilar que a compreensão do que seja cidadania se expande cada vez mais. Cidadão deixou de ser apenas o indivíduo com capacidade política, no exercício do direito de voto e de ser eleito, na forma instituída pelo liberalismo. O exercício da cidadania não é ato meramente político, através do qual o integrante da sociedade comparece às urnas para eleger o candidato que irá representá-lo, ocupando cadeiras legislativas ou na administração governamental. A cidadania transpôs as fronteiras do idealismo e imiscuiu-se nos mais profundos anseios do homem. No dizer de Alberto Nogueira, “a cidadania, termo polissêmico, pode ser considerada como um momento de transformação do ser humano. De *combatente isolado*, passa a integrante de *um grupo social organizado*”⁵⁴.

Insta considerar que a cidadania não tem limites na sequência dos direitos que se ampliam diversificadamente, em conformidade com as inusitadas instâncias e capítulos sociais que se distendem infindáveis, tornando imperativa a máxima elaborada por Maria Garcia, no sentido de que, “ápice do direito à liberdade, a cidadania requer instrumentalização ampla e efetiva porquanto o seu exercício não se exaure no elenco de direitos e garantias expressos na Constituição”⁵⁵.

Sem dúvida, não se chegou a qualquer limite. O rol de direitos fundamentais, embora pretenda mostrar-se abrangente, não consegue conter o dinamismo da infinita transformação que regula a esfera da cidadania, assim como a liberdade, que não encontra fronteiras dentro da razão humana.

É bem verdade que, no esteio do movimento liberal, cujo momento inicial se deu com a Revolução Francesa, os denominados direitos naturais ou universais foram incorporados à Constituição daquele país, uma das primeiras elaboradas sob a forma de documento escrito, do mesmo modo como a Constituição Norte-Americana, ambos países precursores do constitucionalismo moderno. Dessa maneira, o *pacto social* manifestado através de documento formal e supremo seria a garantia dos direitos individuais, contra qualquer arbitrariedade do poder público, entre outros⁵⁶.

De toda sorte, a Constituição Brasileira assimilou referidos direitos, consubstanciados no direito à vida, igualdade, liberdade, propriedade e segurança, no

⁵⁴ NOGUEIRA, Alberto. *Jurisdição das liberdades públicas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 239.

⁵⁵ GARCIA, Maria. *Desobediência Civil - Direito Fundamental*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 7.

⁵⁶ Ver, a respeito de pacto social, ROUSSEAU, Jean-Jacques. Do contrato social. In: *Os pensadores: “Rousseau – Vida e Obra”*. Trad.: Lourdes Santos Machado, São Paulo: Nova Cultural, 1999.

que se denominou “direitos fundamentais”. Diz José Afonso da Silva ser difícil atribuir aos direitos fundamentais um conceito sintético e preciso. Segundo ele, podem ser designados de inúmeras formas: “direitos naturais, direito humanos, direitos do homem, direitos individuais, direitos públicos subjetivos, liberdades fundamentais, liberdades públicas e direitos fundamentais do homem”⁵⁷.

Sobreleva apontar, ainda, por sua diferenciação, a classificação de Enterría e Ramón Fernandez, que reconhecem a existência de três classes de direitos fundamentais: direito-autonomia, direito-participação e direito-prestação, que asseguram ao cidadão o papel central no sistema político, com o tríplice e simultâneo objetivo de:

*1º) respeitar sua esfera privativa de vida pessoal, incoercível pelo Poder Público; 2º) erigi-lo em senhor da coisa pública, sujeito e não objeto da mesma, mediante o reconhecimento de sua determinante participação na formação da vontade política do Estado e nas instâncias públicas e socialmente relevantes, de modo que não se bloqueie, em nenhum momento, a possibilidade mesma dessa atuação determinante; 3º) organizar um sistema de prestações positivas do Estado em seu favor que façam perfeitamente possíveis sua existência, seu livre desenvolvimento e a manutenção de seu papel central no sistema (grifos da autora)*⁵⁸.

Observa-se que essa classificação confere ao cidadão, elemento único, fundamental de todas as instituições, sua real posição em todo o contexto do Estado Constitucional, não se podendo mais, de maneira alguma, dissociar a pessoa humana, qualquer que seja ela, do direito a ser denominada cidadã.

Outrossim, a Constituição Brasileira contempla, no Título II, os direitos e as garantias fundamentais, subdividindo-os em cinco capítulos, quais sejam: I – Os direitos e deveres individuais e coletivos; II – Os direitos sociais; III – Da nacionalidade; IV – Os direitos políticos; V – Os partidos políticos. O *caput* do artigo 5º privilegia a garantia da inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, consubstanciando tais direitos através de setenta e oito artigos, arrolados no texto magno.

Para o presente estudo, cujo propósito é situar a cidadania na esfera do exercício do poder de polícia, merece destaque breve arrazoado quanto ao exercício da

⁵⁷ Op. cit. p. 175.

⁵⁸ GARCIA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de Derecho Administrativo*. 4. ed. Madrid: Civitas, v. 2, p. 58 (*apud* FIGUEIREDO, Lucia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. 9. ed. rev. ampl. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 305).

liberdade e propriedade dos indivíduos, bens naturais tutelados constitucionalmente, mas que exigem demarcação limítrofe pelo Estado e por sua atividade administrativa, enquanto sujeito promovedor da ordem institucionalizada.

1.2.1 A liberdade individual

A ideia de *liberdade* provoca uma reflexão ampla e genérica, o que ensejaria, se fosse esse o objetivo do trabalho, um estudo aprofundado da própria essência humana. Imagine-se, como parco exemplo, uma discussão quanto à liberdade de escolha, ou mesmo da não possibilidade de se escolher como e onde nascer. A liberdade está presente, ainda que muitas vezes condicionada à sua própria negação, em todos os momentos da vida humana, caminhando ao lado da existência, pois todos os atos da pessoa — intencionais ou não — são permeados pela questão da liberdade. Talvez *liberdade* seja algo mais amplo que a vida, pois esta é apenas uma, e sua inexistência seria a morte, mas *liberdade* se configura em tantos desencadeamentos, quantos infinitos os atos e pensamentos que podem ser praticados ou concebidos pelos seres humanos. Aliás, sob certos aspectos, a perda da liberdade pode parecer, a princípio, a perda da vida, tamanha angústia ou contrariedade causada à alma.

Muito subjetiva, de difícil delimitação, a liberdade é um objetivo que se faz acompanhar de várias situações. Liberdade é autonomia no pensar e no agir, sem bloqueios. Pode limitar-se à neutralidade, ou ocasionar alterações fáticas. Ser instintiva ou racionalizada.

Ademais, a liberdade se transmuta sob óticas variadas, de acordo com a época, a situação ou o ponto de observação. A liberdade pode não ser a mesma num determinado tempo ou lugar, tampouco se consubstanciada nesta ou naquela doutrina aplicada, ainda, a determinado momento histórico. Mais ainda, determinada situação, sinônimo da mais ampla liberdade numa determinada sociedade, pode parecer contrária aos princípios intrínsecos de outra.

Apenas para efeitos de elucidação, aponta-se célebre distinção que Benjamin Constant afere entre liberdade dos antigos e liberdade dos modernos, servindo

o texto, inclusive, para distinção equivalente quanto à participação do cidadão na *polis*, *conforme a sua liberdade*, ou em consonância com a própria cultura da época:

A liberdade dos antigos consistia em exercer coletiva, mas directamente, várias partes da soberania, em deliberar na praça pública sobre a guerra e a paz, em concluir com estrangeiros tratados de aliança, em votar as leis, em pronunciar sentenças, e examinar as contas, os actos e a gestão dos magistrados, em fazê-los comparecer perante o povo, em submetê-los a acusações, em condená-los ou em absolvê-los; mas ao mesmo tempo que se dava isso que os antigos chamavam liberdade, eles admitiam como compatível com tal liberdade colectiva a sujeição completa do indivíduo à autoridade do conjunto. Todas as acções privadas estavam sob uma vigilância severa. Nada era concedido à independência individual, nem no tocante à religião. A faculdade de escolher o seu culto, faculdade que nós olhamos como um direito dos mais preciosos, teria aparecido aos antigos um crime e um sacrilégio. Nas coisas que nos parecem mais úteis, interpõe-se a autoridade do corpo social e afecta a vontade dos indivíduos. Nas relações mais domésticas, intervém, ainda a autoridade. Assim, entre os antigos, o indivíduo, soberano quase habitualmente nos assuntos públicos, é escravo nos assuntos privados. Como cidadão, decide da paz e da guerra; como particular, aparece circunscrito, observado, reprimido em todos os seus movimentos; enquanto porção do corpo colectivo, ele interroga, destitui, condena, despoja, exila, fere de morte os seus magistrados ou seus superiores; enquanto submetido ao corpo colectivo, pode, por sua vez, ser privado do seu estado, despojado de suas dignidades, banido, condenado à morte pela vontade discricionária do conjunto de que faz parte. Entre os modernos, pelo contrário, o indivíduo, independente na sua vida privada, não é soberano, mesmo nos Estados mais livres, senão na aparência...⁵⁹

Canotilho, alertando que o conceito de liberdade — embora associado tradicionalmente aos direitos de defesa perante o Estado — permanece ainda obscuro na doutrina, destaca alguns pontos relevantes para atribuir sentidos ao tema. Segundo ele, pode haver a liberdade no sentido de “direito de liberdade”, como liberdade pessoal — física (de poder locomover-se), por exemplo. Com relação às demais *liberdades*, a saber, liberdade de expressão, liberdade de informação, de consciência, de culto, ou de associação, entre outras, são subjetivas, comportando direito a ações negativas. Para essas liberdades, são possíveis alternativas de comportamento, ou seja, é possível escolher entre exercer a liberdade ou não (associar-se, ou não se associar; praticar alguma religião ou não, e assim por diante)⁶⁰.

Em profundo e abrangente trabalho, no qual o tema é explorado sob a luz de vários focos doutrinários, Maria Garcia declama que “a liberdade constitui-se num bem da

⁵⁹ CONSTANT, Benjamin. De la liberté des anciens comparée à celle des modernes (1815). In: *Cours de Politique Constitutionnelle IV*. Paris, 1820, p. 238 e segs. (apud Jorge MIRANDA, op. cit., p. 26.).

⁶⁰ Op. cit., p. 396.

existência humana à qual aspiram, declaradamente ou não, conscientemente ou não, todos os indivíduos⁶¹.

Nessa mesma obra, a autora faz referência a texto de Isaiah Berlin, cujo conteúdo expressa fatores externos da liberdade, em ângulo, de certo modo, mais adequado à realidade do que à liberdade idealizada, mas que contracenam com o ato, que não depende apenas das pessoas para se concretizar, mas de circunstâncias além das vontades. Na concepção de Maria Garcia, leia-se o pensamento do autor:

Berlin emprega a expressão “liberdade individual” cujo sentido implica não somente a “ausência de frustração (que pode ocorrer quando se destroem os desejos), mas também a ausência de obstáculos a possíveis escolhas de atividades. (...) Essa liberdade, em última instância depende não de eu desejar passar ou até que ponto desejo ir, mas de quantas portas estarão abertas, se estarão suficientemente abertas, da relativa importância dessas portas em minha vida, mesmo que seja impossível literalmente mensurar isso por algum padrão quantitativo. A extensão da minha liberdade social ou política, ressalta, consiste na ausência de obstáculos não simplesmente a muitas escolhas reais, mas também a muitas escolhas potenciais – a meu modo de agir de uma forma ou de outra conforme a minha opção.(...) A liberdade a que me refiro, enfatiza, é a oportunidade de ação mais do que a ação em si mesma⁶².

Importa, na sequência, o desfecho desse pensamento, no sentido de que

(...) a ausência dessa liberdade individual se deve ao fechamento de tais portas, ou à incapacidade de abri-las, como resultado — pretendido ou não — de práticas humanas alteráveis, da operação de instituições humanas; embora apenas se tais atos forem deliberadamente pretendidos (ou, talvez, acompanhados de conscientização do que podem bloquear os caminhos), é que poderão ser chamados de opressão.

Conclui-se, assim, que a liberdade da pessoa não depende apenas de sua vontade, mas de fatores externos, que possam permitir ou impedir sua concretização. Os fatores impeditivos podem ser inúmeros, como a vontade de terceiros ou uma determinada condição familiar desfavorável à realização de uma vontade pessoal. Na atualidade, com maior ênfase, é possível afirmar, por exemplo, que o dinheiro tornou-se sinônimo de liberdade, até porque se abrem portas impensáveis com ele.

⁶¹ Op. cit., p. 15.

⁶² BERLIN, Isaiah. *Limites da Utopia*. São Paulo: Cia das Letras, 1991, pág. 29 e segs. *Apud* Maria GARCIA, op. cit., p. 20.

Coincidentemente, foi sobretudo a partir do século XVIII que o conceito de liberdade instigou toda uma geração de pensadores a defenderem ideias justificadoras de revoluções, e cujos efeitos são notáveis na sociedade ocidental. O inusitado desequilíbrio do feudalismo e a parcial opressão do absolutismo geraram, como se disse, a revolta da classe burguesa, que buscava consolidar-se e manter a ordem de seus interesses sob a bandeira das leis naturais ou verdades universais que não encontram oposição. A liberdade é a principal delas. Ninguém se opõe à liberdade, ou à igualdade, ou à justiça. Todavia, a liberdade, entre todas as armas do pensamento liberal, foi a grande avalista dos anseios burgueses. Não a liberdade irracional, por certo, mas aquela liberdade direcionada, subjugada a uma determinada ordem formada por consentimento geral.

Nesse sentido, John Locke, um dos expoentes do pensamento liberal, faz distinção entre a liberdade delimitada pelas leis da natureza e aquela delineada por um corpo político nascido de consentimento mútuo. A liberdade ideal não é a da natureza, mas aquela erigida democraticamente, com a aprovação de todos, sob uma regra permanente e comum.⁶³ Segundo ele, a liberdade, sem as demarcações políticas, gera incerteza, arbitrariedade, ou situações nas quais, certamente, conflitos surgiriam. Manoel Gonçalves Ferreira Filho sintetiza o pensamento de Locke:

A liberdade absoluta, entretanto, é incompatível com a vida social. Esta reclama a limitação da liberdade de cada um para que todos possam ser, na medida do possível, livres. De fato, a liberdade absoluta para alguns poderia significar, e provavelmente significaria, a não-liberdade, a negação da liberdade de outros. A vida social, conseqüentemente, exige uma coordenação da liberdade dos indivíduos em interação recíproca, para que todos permaneçam livres, no máximo compatível com a vida social⁶⁴.

Não é que John Locke negue o direito natural, muito pelo contrário. É justamente para a preservação dos direitos naturais que se erigiu, através de um contrato social, a figura do Estado. Em outras palavras, evita-se o confronto dos direitos. Esses mesmos direitos ficam resguardados através de uma regra consentida por todos. Por essa razão, o próprio Estado não pode contrapor-se ao direito natural.

⁶³ LOCKE, John. *Dois tratados sobre o governo*. Trad. Julio Fisher. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 405 e seqs.

⁶⁴ Op. cit., p.2.

Para Jean-Jacques Rousseau, a liberdade é inerente à natureza do homem, sendo-lhe condição virtuosa e personalíssima. É o bem moral por excelência, devendo ser sempre o objetivo primordial do indivíduo. Rousseau despreza aquele que renuncia à sua liberdade. A liberdade é um dom a ser resguardado. Mas não se trata aqui daquela liberdade irracional, que só encontra limites nas forças do indivíduo. Essa liberdade instintiva, certamente será tolhida. A liberdade de que fala Rousseau é aquela delimitada por uma convenção, pela vontade geral. Somente o pacto social pode possibilitar a sobrevivência humana. É a força da união com objetivo comum. Cada parte é pedaço indivisível do todo⁶⁵.

Os limites impostos à liberdade, a partir desse período, servem, na verdade, para resguardar a segurança, a ordem, a salubridade e o próprio direito natural. Todavia, o uso da propriedade, o comércio, a negociação, a livre disposição da mão de obra, todos os elementos fundamentais para os interesses privados da burguesia não poderiam ter sua liberdade tolhida, e isso se tornou consenso garantido constitucionalmente.

Os direitos relativos à liberdade são considerados direitos de primeira geração, tendo como titular o indivíduo. Possuem a condição de subjetividade, sendo oponíveis ao Estado⁶⁶. São direitos próprios da sociedade civil, herdeira dos direitos garantidos pelas revoluções liberais. Com a contestação do socialismo marxista, as máximas liberais, que pareciam absolutas, passaram a sofrer questionamentos quanto ao real sentido de liberdade e a quem ela efetivamente pertence, numa comunidade de classes. Nesse contexto, vale tecer um comparativo entre a ótica dos marxistas, adaptada ao texto anteriormente transcrito, de Benjamin Constant⁶⁷, quando faz referência à independência dos indivíduos na vida privada. Decerto, o desequilíbrio consubstanciado na “liberdade de contratar” da sociedade burguesa nada confere de independência às classes menos favorecidas, como o proletariado, por exemplo; desmistificando o ideário de que o liberalismo igualou os homens com suas revoluções e ideologia.

Apesar de tudo, a liberdade, inserida um contexto social de expectativa do indivíduo, quanto às suas escolhas e preferências, ou mesmo, destacando Rousseau, como condição natural da essência humana, é direito fundamental por excelência, mas

⁶⁵ Op. cit.

⁶⁶ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, p. 563.

⁶⁷ Ver página 35 desse estudo.

seu conteúdo sofre transformações sociais. A atuação do Estado se amplia cada vez mais, impondo limites a seu exercício, para resguardá-la⁶⁸. Assim, tendo como foco o bem da comunidade, a ordem comum e o equilíbrio social, desligando-se do idealismo liberal com suas fáticas desigualdades, o Estado passa a intervir através do poder de polícia, limitando inclusive os direitos fundamentais, ou, na ótica liberal, os direitos naturais. A liberdade passa a ser condicionada não só ao *bem comum*, mas ao *interesse público*, ramificação das tendências do Estado social, no final do século passado. O que seria liberdade absoluta do indivíduo, torna-se relativa, a partir do momento em que atinge o meio social. Mantém-se absoluta apenas quando adstrita ao pensar. É relativa quando a manifestação do pensamento, ou do querer, se transforma em ato, causando alterações no meio social, ou interferindo na liberdade alheia.

1.2.2 A propriedade privada

Caminhando ao lado da liberdade, aflora o direito de possuir; reter para si, dispor; fazer uso. É da natureza do ser humano sentir que algo possa lhe pertencer. Trata-se da maior expressão de liberdade e poder, desfrutar um substantivo sem limites, ou *ser proprietário*. E isso parece estar relacionado à própria origem do homem.

Três instituições há que, “desde os tempos mais antigos, se encontram fundadas e estabelecidas solidamente pelas sociedades gregas e itálicas: a religião doméstica, a família e o *direito de propriedade*; três coisas mostrando originariamente manifesta relação entre si e que parecem ter mesmo andado inseparáveis”⁶⁹ (grifo nosso).

Os antigos enterravam seus mortos no solo onde se situava seu lar. Aquele solo passa a ser propriedade daquela família, com um vínculo que permanece por gerações. O deus da família quer ter "morada fixa". O lar toma posse do solo, e esta parte da terra fica sendo uma propriedade. Naqueles tempos, a ideia de propriedade privada estava vinculada à religião⁷⁰. Coulanges descreve bem a relação entre família, religião e propriedade, quando narra que os antigos enterravam seus mortos no solo próximo ao lar, no campo próximo a casa. Diante do caráter sagrado atribuído aos antepassados

⁶⁸ MALUF, Sahid. Op. cit., p. 297-8.

⁶⁹ Coulanges, Fustel de. Op. cit., p. 58.

⁷⁰ Op. cit.

naquelas culturas, os mortos estendiam a sua ação tutelar, e, com esta, o seu direito de propriedade até os limites do domínio (daquela família a eles interligada)⁷¹.

O direito de propriedade, na Grécia e na Itália, nasceu, então, através da intimidade dos indivíduos com seus mortos, oriundo do que lhes era mais caro, algo de cunho espiritual, para além da matéria, transcendental. Esse mesmo sentimento que conferiu direitos sobre algo, permitiu a sucessão, afinal de contas, o solo de propriedade daquela família, onde eram enterrados os mortos, ia sendo transferido de geração para geração.

Seria esta uma espécie de direito? Uma norma estabelecida pelo costume que passou a adquirir um caráter jurídico? Sim, porque os mortos tomam posse do solo, e ali vivem, sendo que apenas a família pode ingressar em seus domínios. “Ninguém pode desapossá-los da terra que ocupam (...) proibem-no as mais severas leis”⁷².

Não se pode deixar de recordar a influência da religião para o estabelecimento do direito de propriedade, também em outras sociedades do passado. Na Bíblia, o Senhor fala a Abraão, dizendo: “*Eu sou o eterno, que te fez sair de Ur, dos Caldeus, a fim de te dar esta terra*”. E a Moisés: “*Eu vos farei entrar na terra que jurei dar a Abrão e dar-vo-lo-ei em herança*”⁷³. Assim, Deus, proprietário primeiro, por direito de criação, delega ao homem a sua propriedade, sobre parte do solo, e formaliza a hereditariedade⁷⁴.

Coulanges conclui, pois, que, se o homem não poderia, ou, só dificilmente poderia, despojar-se da sua terra, com muito mais razão não poderiam despojá-lo dela, contra a sua vontade. Ignorou-se, entre os antigos, a expropriação por utilidade pública. O confisco só se praticava como consequência da sentença de exílio, isto é, quando privado do título de cidadão, já não podia exercer qualquer direito na cidade. A expropriação por dívidas também não se encontra no antigo direito das cidades⁷⁵.

⁷¹ Idid., p. 62-3.

⁷² Op. cit.

⁷³ Op. cit.

⁷⁴ Certamente, deixando de lado questões econômicas e políticas, recorde-se que a promessa bíblica, a princípio, teria originado uma das maiores crises no Oriente Médio, na localidade onde a disputa pela “terra prometida” gera conflitos intermináveis entre judeus e palestinos.

⁷⁵ Ibid., p. 68.

Percebe-se, com bastante clareza, que as civilizações que há muito nos antecederam, já tinham o direito de propriedade como superior a qualquer outro direito. A Tábua VI, da Lei das Doze Tábuas, reserva-lhe um capítulo, inclusive prevendo a venda da coisa mediante paga. O direito de propriedade, pode-se assim dizer, veio caminhando, enraizado na alma humana, razão pela qual, certamente, entre outras questões, ocupou o espaço de direito natural e sagrado, na concepção moderna do termo.

Com efeito, a Declaração da Virgínia, em seu artigo I, consagrou o direito de adquirir e possuir propriedade de bens. A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, produzida pela Revolução Francesa, em 1789, em seu artigo 17, proclamou que, “sendo a propriedade um direito inviolável e sagrado, ninguém poderá ser dela privado, a não ser por necessidade pública, legalmente verificada, o exigir de modo evidente, e sob a condição de justa e prévia indenização”.

A Revolução Francesa foi uma revolução burguesa que formalizou a posição do direito de propriedade ao lado dos direitos e garantias fundamentais, tais como a igualdade, a liberdade.

Tais princípios serviram de fundamento para a codificação fundamentada no liberalismo econômico-jurídico do século XIX, iniciada a partir do Código de Napoleão, de 1804. O regime legal da propriedade caracterizava-se individualista e absoluto.

Sobre a origem do direito de propriedade, destaque-se o estudo de John Locke. Para ele, as coisas da natureza foram dadas a todos em comum. Adquire, porém, o direito à propriedade, o trabalho exercido sobre determinada coisa. Com relação a terra, a extensão que um homem pode arar, plantar, melhorar e cultivar, e os produtos que dela é capaz de usar, constituem sua propriedade. Segundo ele, havia muita terra para quem quisesse trabalhá-la. Desse modo, é o trabalho que confere a maior parte do valor à terra, sem o qual ela mal valeria alguma coisa⁷⁶.

Já Rousseau considera algumas condições essenciais para a posse (e conseqüentemente, a propriedade) da terra. Inicialmente, que ela não tenha morador. Depois, que ela, nos limites necessários à subsistência, seja cultivada e trabalhada,

⁷⁶ LOCKE, John. Op. cit., p. 405 e segs.

garantindo-se, com essas condições, a propriedade. Veja-se que Rousseau, diversamente de Locke, considerando “os limites para sua subsistência”, visualiza restrições ao exercício do direito de propriedade, numa clara antevisão da função social da terra, para não dizer um lampejo de socialismo. Diz ele:

Com efeito, concedendo-se à necessidade e ao trabalho o direito de primeiro ocupante, não se estará levando-o o mais longe possível? Poder-se-á não estabelecer limites para esse direito? [...]“Como poderá um homem ou um povo assenhorear-se de um território imenso e privar dele todo o gênero humano, a não ser por usurpação punível, por isso que tira do resto dos homens o abrigo e os alimentos que a natureza lhes deu em comum?”⁷⁷

No passado, direito de propriedade era tido como “absoluto, exclusivo e perpétuo”⁷⁸. *Absoluto*, porque assegurava ao proprietário a liberdade de dispor da coisa do modo que melhor lhe aprouver; *exclusivo*, porque imputado ao proprietário, e só a ele, em princípio, caberia; *perpétuo*, porque não desaparece com a vida do proprietário, porquanto passa a seus sucessores, significando que tem duração ilimitada, e não se perde pelo não uso, simplesmente. Após a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, num histórico desenvolvimento, o caráter absoluto da propriedade foi sendo superado, resultando no *caráter de função social da propriedade*⁷⁹. Afirma Lúcia Valle Figueiredo que o exercício da propriedade não mais se delineou à luz dos interesses individuais, mas destes, mesclados com os interesses sociais, para atendimento ao interesse público⁸⁰.

A propriedade individual é protegida e garantida constitucionalmente⁸¹. Todavia, condiciona-se ao limite estabelecido pelo atendimento de sua função social⁸², ou às delimitações para sua utilização, caso haja previsão legal para tanto. A utilização da propriedade não deve provocar prejuízos à sociedade. Caso não atendidas as demarcações legais para uso da propriedade, incorre seu dono em risco de ser sancionado, inclusive com a perda do bem.

⁷⁷ Op. cit., p. 80.

⁷⁸ Silva, José Afonso. Op. cit., p. 279.

⁷⁹ Ibid., p. 272.

⁸⁰ FIGUEIREDO, Lucia Valle. Op. cit., p. 308.

⁸¹ Art. 5º, inciso XXII, da Constituição Federal Brasileira.

⁸² Id., inciso XIII.

Lembre-se que a todos é, natural e constitucionalmente, garantido possuir bens, sejam móveis ou imóveis. A propriedade de um automóvel, por exemplo, é direito de todo o indivíduo; contudo, é necessário ter habilitação para conduzi-lo. Para adquirir a habilitação, o cidadão, com idade permitida, deve preencher certos requisitos, submetendo-se a exames de capacidade, para que, com todas as providências possíveis, legalmente exigíveis, seja minimizada ao máximo qualquer possibilidade de prejuízo, a ele e ao próximo, quando estiver na direção, sob pena de multa e mesmo apreensão do carro.

O mesmo ocorre com a grande propriedade imóvel, que é submetida à avaliação administrativa, para averiguação de cumprimento da função social. Se não atendidas as imposições legais, incorre o proprietário no risco de ter seu bem desapropriado⁸³.

Assim, o bom e o adequado uso da propriedade, no patamar do exercício de direitos fundamentais, subsumem-se a limitações legais, e são objeto de tutela da polícia administrativa, condicionante do gozo do direito de propriedade.

⁸³ A Lei 8.629, de 25 de fevereiro de 1993, “dispõe sobre a regulamentação dos dispositivos constitucionais relativos à reforma agrária, previstos na Constituição Federal.”

CAPÍTULO 2 - O ESTADO ADMINISTRADOR

2.1 O Estado como partícipe da convivência humana

A figura do Estado emerge como elemento complementar ao trajeto da cidadania, pois é presença política ativa no dia a dia dos cidadãos, restringindo direitos, aplicando sanções, exercendo poder, regendo toda uma orquestra, como legislador, apaziguador ou administrador. Ademais, reitera-se a afinidade existente na relação entre cidadania e Estado, cada qual se desenvolvendo de um modo, mas sempre paralelamente, de acordo com as transformações históricas que consolidaram as sociedades.

Disse Aristóteles, sobre o Estado:

Ora, o Estado é o sujeito constante da política e do governo; a constituição política não é senão a ordem dos habitantes que o compõe. [...] Como qualquer totalidade, o Estado consiste numa multidão de partes: É a universalidade dos cidadãos⁸⁴.

Através de Aristóteles, se vislumbra a ideia de um Estado criado pela natural necessidade do homem de viver em grupo, não isolado. A razão de ser deste Estado é tornar felizes os cidadãos, ou propiciar que cada um encontre a melhor maneira de ser feliz em sociedade. Há uma grande insistência do autor em afirmar que o Estado é um

⁸⁴ ARISTÓTELES, op. cit. p. 53.

ente feito para o bem. A finalidade do Estado é promover a harmonia no convívio dos cidadãos, através da virtude e da honestidade⁸⁵.

Evidentemente, a realidade atual diverge muito da acepção aristotélica. O Estado é um fenômeno complexo, muitas vezes contraditório, por vezes aparentemente estático, mas, na verdade, em constante mutação, dependendo do foco pelo qual se observa, condicionando-se, ainda, às tendências sociológicas.

Na Antiguidade, o Estado vinculava-se à ideia de “personificação do vínculo comunitário, de aderência imediata à ordem política e de cidadania”⁸⁶. Era a verdadeira teoria aristotélica. O Estado existindo para unir os componentes da sociedade, ainda que com suas limitações⁸⁷.

Muitos autores, em épocas mais recentes, elaboraram suas próprias concepções de Estado, certamente através da observação do momento histórico vivido e da maneira como a sociedade foi se desenvolvendo.

Por exemplo, contrariando o ponto de vista de Aristóteles, para Hobbes, o Estado é, através de permissão e autoridade de todos os indivíduos, um ente poderoso, que garante a paz e a defesa interna e externa, investido de um poder sem limites, que pode, inclusive, dominar e confrontar aqueles que o constituíram, para manter a paz em seu próprio país. Cada indivíduo acaba, nesta unidade, criando uma força que sobrepuja ele próprio. Desse modo, vejamos o seguinte fragmento:

Uma pessoa de cujos atos uma grande multidão, mediante pactos recíprocos uns com os outros, foi instituída por cada um como autor, de modo a ela poder usar a força e os recursos de todos, da maneira que considerar conveniente, para assegurar a paz e a defesa comum⁸⁸.

⁸⁵ É interessante observar que o filósofo do século IV A. C. já previa a importância do Estado, bem como o fato de ser uma instituição situada acima dos vícios e da corrupção, voltada ao oferecimento da felicidade social. O Estado não foi criado para a guerra ou para a dominação, sendo a política uma arma do bem, trazendo, pois, a ideia de que, na realidade, o homem desvirtuou os objetivos ou a razão do Estado.

⁸⁶ BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. p. 66.

⁸⁷ O Estado de hoje em nada se assemelha ao Estado daquela sociedade. A presença do Estado era ideologicamente harmônica, com as características daquela sociedade antiga.

⁸⁸ HOBBS, Thomas. *Leviatã ou Matéria, forma e poder de um Estado Eclesiástico e Civil*. In: *Thomas Hobbes de Malmesbury – Vida e Obra*. Trad. João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Nova Cultural, 2004, p. 144.

O Estado hobbesiano é a multidão unida numa só pessoa, através de consentimento mútuo e geral. Todos concordam em formar uma criatura (o Estado), para representá-los, protegê-los — através de força e poder — uns dos outros, todos contra os estrangeiros, e, principalmente, para que a paz seja mantida.

John Locke, como já se falou em capítulo anterior, concebeu a necessidade do Estado, formado a partir do consentimento da sociedade, justamente para garantir os direitos naturais⁸⁹.

Assim, para os liberais, o Estado, desde que sob acordo mútuo, preservando a liberdade, a igualdade e a propriedade, jamais se contrapondo aos ideais das revoluções burguesas, seria a forma ideal de organização social e de garantia de direitos.

Na contramão daqueles conceitos, para Friedrich Engels, o Estado, em Atenas, surgiu em razão do antagonismo de classes que se desenvolveram no seio da sociedade gentílica.

Engels discorre sobre a decadência daquele *tipo* de sociedade, que teve origem nas *gens*, formulando o surgimento de um novo modelo, que acabou por constituir o Estado. Infiltrou-se no anseio da sociedade o objetivo basilar da acumulação de riquezas, através de direitos hereditários e do comércio de mercadorias, que viabilizaram a concentração do dinheiro nas mãos de alguns. Estabeleceu-se a propriedade privada. Surgiram as classes dos devedores e credores, bem como aquelas criadas de acordo com a propriedade territorial e sua respectiva produção.

Assim, em meio a tantas mudanças sociais, “o Estado se desenvolvia sem ser notado”⁹⁰. O Estado foi consequência de situações criadas e desenvolvidas naquela sociedade, sendo preciso um poder que contivesse a massa menos favorecida.

O autor pretende tecer a ideia de que a sociedade não percebeu o *mal* que estava por vir. O surgimento do Estado, neste contexto, trouxe diferenciação entre componentes de antigas *gens*, dividindo a sociedade em classes, com maior vantagem para algumas, em detrimento das outras, sob o manto da *legalidade*, do *pensamento*

⁸⁹ Op. cit., p. 458 e seqs.

⁹⁰ ENGELS, Friedrich. *A origem da família, da propriedade privada e do Estado*. Tradução: Ruth M. Klaus. São Paulo: Centauro, 2002, p. 118.

comum. Passou a existir uma forma descomunal de dominação nunca antes vislumbrada, e, agora, com justificação pelo surgimento da figura do Estado, personificando a *vontade geral*:

A riqueza passa a ser valorizada e respeitada como bem supremo e as antigas instituições de gens são pervertidas para justificar-se a aquisição de riquezas pelo roubo e pela violência, faltava apenas uma coisa: uma instituição que não só assegurasse as novas riquezas individuais contra as tradições consumistas da constituição gentílica, que não só consagrasse a propriedade privada, antes tão pouco estimada, e fizesse dessa consagração santificadora o objetivo mais elevado da comunidade humana, mas também imprimisse o selo geral do reconhecimento da sociedade às novas formas de aquisição da propriedade, que se desenvolviam umas sobre as outras – a acumulação, portanto, cada vez mais acelerada, das riquezas –; uma instituição que, em uma palavra, não só perpetuasse a nascente divisão da sociedade em classes, mas também o direito de a classe possuidora explorar a não-possuidora e o domínio da primeira sobre a segunda. E essa instituição nasceu. Inventou-se o Estado⁹¹.

A ideia de Engels é a de que o Estado foi criado em razão de uma situação que se tornou extremamente vantajosa para alguns, justamente para que o restante do grupo, menos favorecido, aceitasse como normal a diferenciação existente, em razão da desigualdade de classes. A crítica é dirigida, precipuamente, aos paradigmas do pensamento liberal.

Para que se possa avaliar a complexidade de se conceituar o Estado, outras tantas visões ideológicas sobre o tema podem ser encontradas em literatura específica, por autores que immortalizaram teorias, as quais não podem ser aceitas ou refutadas por completo. Qualquer conceito já elaborado com relação ao Estado, certamente, será recepcionado, no todo ou em parte, com reserva crítica.

David Easton se surpreende ao observar que, decorridos quase dois mil e quinhentos anos de discussão sobre o assunto, o tema Estado não tenha se uniformizado, causando tanta controvérsia, e criando inúmeras definições⁹².

Essa característica de variedade, típica quando se pretende conceituar o Estado, é bem representada por Norberto Bobbio:

⁹¹ *Ibid.*, p. 113.

⁹² EASTON, David. *The Political System*. (apud DALLARI, Dalmo de Abreu. *O futuro do Estado*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 41).

O fato de que todas as variações do modelo por nós consideradas (e que não esgotam o número das que poderiam ser indicadas) sejam o reflexo de diferentes posições ideológicas e tenham como consequência, relevantes implicações políticas, revelou-se com muita clareza e não necessita de ulteriores comentários. Deve ser ainda esclarecido que, entre a estrutura de um modelo e sua função ideológica, não subsiste aquele paralelismo perfeito que seríamos tentados a imaginar: o mesmo modelo pode servir para apoiar teses políticas opostas, e a mesma tese política pode ser apresentada com modelos diversos⁹³.

Também Hans Kelsen observou que a definição do Estado é muito difícil, em razão da multiplicidade de objetos que o termo designa⁹⁴. De fato, Estado pode ter um sentido amplo, designar a sociedade, ou um tipo de sociedade. É utilizado comumente para designar um órgão da sociedade — o governo —, podendo designar ainda a nação, ou o território que uma determinada população habita. É uma palavra que comporta diversas acepções, o que torna ainda mais complexo especificar a concretude do conceito.

Apenas *en passant*, ressalte-se que Kelsen define o Estado através de um ângulo puramente jurídico. Ademais, o Estado assume a forma de um sujeito de direito. Passa a ser uma pessoa, com identidade jurídica, submetida à ordem do direito positivo. É também um fenômeno jurídico, uma pessoa coletiva submetida e constituída por uma ordem jurídica. Ainda assim, ressalta Dalmo de Abreu Dallari que nem mesmo essa conceituação jurídica atribuída ao Estado aproximou-se da realidade, pois cada nova tendência do pensamento jurídico produziu, pelo menos, um novo conceito⁹⁵.

Duguit ressalta o caráter coativo do Estado⁹⁶. Von Ihering afirma que o Estado é a organização das forças coativas sociais⁹⁷.

Sahid Maluf faz alusão a Bluntschli, relatando haver ele ressaltado a importância de distinguir-se o Estado-ideia (ou Estado-instituição) daquele Estado como “entidade histórica, real, empírica”⁹⁸. Decerto, pode-se conceber a imagem do Estado como um sujeito existencial idealizado, ocupante de uma determinada região ou espaço

⁹³ BOBBIO, Norberto; BOVERO, Michelangelo. *Sociedade e Estado na Filosofia Política Moderna*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. São Paulo: Brasiliense, 1999, p. 85.

⁹⁴ KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 261.

⁹⁵ Op. cit., p. 43.

⁹⁶ FIGUEIREDO, Marcelo. *Teoria geral do Estado*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 42. Sahid MALUF, op. cit., p. 21.

⁹⁷ Op. cit.

⁹⁸ Op. cit., p. 20.

imaterial, e aquele constituído por ocorrências históricas que consolidaram seus reflexos, decorrentes da própria experiência, e sua influência na história das sociedades. Outrossim, Sahid Maluf, destacando o caráter humanista do Estado, ou seja, de que o Estado é produto do homem e seu instrumento, criado para realização da comunidade, simplifica seu conceito declarando que o “Estado é o executor da soberania nacional”⁹⁹.

Themístocles Brandão Cavalcante consigna que “o Estado é a expressão política e jurídica de uma comunidade humana, definida, delimitada social e politicamente, dentro de um determinado espaço geográfico”¹⁰⁰. Nesse mesmo contexto, afirma, ainda, que é “a nação politicamente organizada”; revestida de personalidade jurídica, é, através de seus órgãos representativos, “a expressão da vontade e de interesses de uma comunidade humana”.

Hely Lopes Meirelles preceitua que o Estado pode ser abordado sob o ponto de vista sociológico, político, constitucional, civilista, ou como ente personalizado:

Deste modo, o Estado é instituído com poder de mando originário, tratando-se de uma comunidade de homens, fixada sobre um território, com potestade superior de ação, de mando e coerção. É pessoa jurídica de Direito Público Interno, podendo atuar no campo Público ou Privado sem perder sua única personalidade de Direito Público (juridicamente organizado e obediente às suas próprias leis)¹⁰¹.

Assim sendo, o Estado pode ser idealmente conceituado de uma determinada maneira, sob certo ângulo, ou mesmo com inúmeras facetas. Pode-se pensar o Estado Governo (Sujeito, Absolutista ou Democrático), o Estado Território, o Estado Nação; o Estado jurídico de Kelsen; uma entidade invisível, mas muito presente, que se infiltra nos poros da sociedade, seja para o bem, na concepção de Aristóteles, seja para o mal, na concepção de Hobbes.

Discorrendo sobre a origem do Estado e a busca de sua definição, Norberto Bobbio ressalta que Max Weber concebeu com “*extraordinária lucidez*” o Estado Moderno, mediante dois elementos constitutivos, atualmente considerados de opinião

⁹⁹ Ibid., p. 22.

¹⁰⁰ CAVALCANTE, Themístocles Brandão. *Curso de Direito Administrativo*. 8. ed. ref. atual. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1967. p. 115.

¹⁰¹ MEIRELLES, Hely Lopes Meirelles. *Direito Administrativo Brasileiro*. 26. ed. atual. São Paulo: Malheiros: 2001, p. 54-5.

geral, quais sejam: “a presença de um aparato administrativo com a função de prover a prestação de serviços públicos e o monopólio legítimo da força¹⁰²”.

Dessa definição, temos o poder concentrado do Estado sobre um determinado território, sobre o monopólio de serviços essenciais para sua própria existência, interna e externamente. O Estado também impõe sua vontade soberana através da lei, criando todo um aparato de coerção para que esta lei não seja descumprida. Além do mais, subentendendo-se que, a partir do Estado Moderno, a característica fundamental da organização social está na força do capital, o Estado precisa da receita fiscal para ampliar seu poder. Assim, o Estado administra em prol da sociedade, colocando-se em função desta, podendo cobrar seu preço, para que a máquina funcione perfeitamente.

O que se verifica atualmente, não se afasta teoricamente da concepção weberiana aplicada ao Estado Moderno. O Estado cria leis. O Estado tem poder de coerção. O Estado providencia meios para que as leis sejam executadas. Todavia, aquele conceito é apenas uma base muito tênue da amplitude da máquina estatal e da extensão de sua realidade, quando se confronta com as mudanças ocorridas desde os séculos XVIII e XIX, em que efetivamente se delineou e se firmou como entidade aparentemente acima de tudo, mas concebida essencialmente para todos, com maior ou menor interferência na vida do indivíduo.

Sob uma visão mais contemporânea e de certa maneira crítica, entrevê-se a versão de Marcelo Figueiredo, cujo teor é o seguinte:

Para nós, o Estado é pessoa política e jurídica, fenômeno que pode ser estudado sociologicamente ou juridicamente. O Estado é o poder institucionalizado que deve sempre garantir a liberdade do homem, de acordo com seus desejos legítimos, mediante regras preestabelecidas pelo homem. É igualmente centro de decisões e de comportamentos ou impulsos, visando à realização das finalidades humanas. Deve sobretudo ser controlado pelo homem e não o contrário. Em sua dinâmica deve procurar o equilíbrio entre o desenvolvimento e a paz, a tecnologia e o humanismo, sem prevalência da burocracia¹⁰³.

Com efeito, que o Estado existe a partir de uma necessidade do homem, não resta dúvida. Sem o elemento humano não haveria sequer a possibilidade da noção

¹⁰² BOBBIO, Norberto. *Estado, governo, sociedade : para uma teoria geral da política*. Tradução Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2001, p. 68 e seqs.

¹⁰³ Op. cit., p. 43.

do Estado. Nem sempre, contudo, pode o Estado significar a expressão dos interesses de toda uma comunidade, dada a complexidade dos elementos e grupos que a compõem. Todavia, ainda assim, chama a atenção o fato de que, mesmo entre aqueles que, por razões diversas, possuem objeções ao regimento estatal, é inequívoco o *reconhecimento da legitimidade do Estado de existir* como ente personalíssimo, entranhado no seio da sociedade humana e em suas ramificações.

O Estado, pois, como pessoa jurídica que é, capaz de contrair direitos e adquirir obrigações, desenvolveu-se e participa de todos os setores da sociedade. O Estado está presente na maioria das coisas públicas e sociais.

Há quem afirme ser o Estado um mal necessário¹⁰⁴. No entanto, seria exigível uma transformação poderosa, quase utópica, na sociedade, na própria alma do indivíduo, para conceber uma forma de existência organizada, sem a presença do Estado. Mesmo porque, apesar de fundadas críticas¹⁰⁵, dentro do contexto da nossa realidade, a convivência humana, sem a presença do Estado, atingiria o caos. A disputa entre interesses conflitantes, certamente, levaria a sociedade a regredir em todos os considerados estágios de desenvolvimento já conhecidos, principalmente se considerada a predominância do individualismo que passou a caracterizar a realidade das sociedades contemporâneas, desde a implantação do sistema liberal.

Mostrando-se, pois, como realidade inexorável, o Estado se estruturou, e aparentemente busca aperfeiçoar-se, para atender as exigências de uma sociedade cada vez mais complexa. “Fala-se de um Estado modesto para substituir o Estado arrogante, onipresente, onipotente, ao mesmo tempo do Estado como instrumento da edificação e da humanização do social, do Estado que permite à sociedade se ver na sua totalidade”¹⁰⁶.

¹⁰⁴ BOBBIO, Norberto. *Ibid.*, p. 128.

¹⁰⁵ MEDAUAR, Odete. *O direito administrativo em evolução*. Tese para concurso de Professor Titular de Direito Administrativo da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo: 1990, p. 73. Odete Medauar consegue, com maestria, sintetizar os problemas que atingem o Estado contemporâneo, focando a realidade em que se depara o cidadão e o próprio Estado: “Imagens contraditórias aparecem quando se pretende discorrer sobre Estado: ora se lembra a máquina centralizada, impondo a todos os mesmos comportamentos; ora a visão do funcionário preguiçoso e ineficiente; ora a vontade totalitária do Estado, ora a anarquia dos serviços; ora o Estado mudo, que não garante segurança alguma, ora o Estado com proteção que incomoda; fala-se do 'Estado-colosso', mas com pés de argila, isto é, de um Estado em grau de expandir a esfera de ação, os aparatos, a intervenção penetrante na vida da sociedade e incapaz, ao mesmo tempo, de tomar e fazer aceitar como 'racionais', as decisões últimas sobre a vida individual e coletiva”.

¹⁰⁶ *Ibid.*, p. 74.

De maneira ampla, é possível afirmar o que segue:

As condições sociais atribuem ao Estado uma posição de tutela e gerência de interesses gerais e individuais. A manutenção e sobrevivência do indivíduo, a sua proteção contra riscos e incertezas sociais, a própria defesa da soberania nacional motivam a revisão de alicerces: a propriedade, a família, o trabalho, a autonomia da vontade ou a liberdade de contrato obedecem a novos pressupostos de inspiração coletiva¹⁰⁷.

Assim, é fato inexorável que “o Estado do século XXI tem suas atividades permeadas pela valorização dos direitos e das garantias do indivíduo, isolado ou em grupos”¹⁰⁸. As exigências do mundo contemporâneo, na era da globalização, transformaram o Estado em tutor dos direitos fundamentais, políticos e sociais, resguardando sua aplicação e eficiência.

Ainda, dentre as várias incumbências que se lhe atribui, o Estado deve ser capaz de gerir a si próprio, organizar-se para organizar a sociedade, a fim de que todos os componentes possam ocupar o espaço que lhes é delimitado, em razoável harmonia, sem que um invada ou prejudique o espaço do outro. Não é tarefa fácil, razão pela qual passaram a existir diversos entes estatais, políticos e administrativos, sindicatos, associações, configurando o Estado como uma espécie de centralizador político¹⁰⁹.

É certo, contudo, que o Estado possui a responsabilidade de propiciar ordem, equilíbrio e possibilidade de convivência entre os elementos que compõem a sociedade humana, não obstante os interesses cada vez mais díspares, conforme a sociedade se amplia em ramificações, cada vez mais extensas.

A finalidade primordial do Estado, todavia, não pode ser outra senão fomentar e subsidiar o desenvolvimento e a realização plena do ser humano, sobrelevando sua dignidade e seu direito a um desenvolvimento saudável. O Estado aristotélico, pela base em que foi concebido, já delimitava um objetivo incontestável: o bem comum. Esse objetivo é comungado por vários teóricos, a exemplo de Dalmo de Abreu Dallari, ao afirmar que “é a ordem jurídica soberana que tem por fim o *bem comum*

¹⁰⁷ TÁCITO, Caio. *Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 1975, p. 2.

¹⁰⁸ MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 11. ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 23.

¹⁰⁹ *Ibid.*, p. 24.

de um povo situado em determinado território”¹¹⁰, e Darcy Azambuja, para quem “o Estado é uma organização político-jurídica de uma sociedade para realizar o *bem comum* com governo próprio e território determinado”¹¹¹.

Embora a expressão “bem comum” possa parecer genérica, é o propósito que não exclui ninguém, voltado para a concretização de algo, contra o qual não há objeções, e que, atingindo a todos, causa efeitos em cada um, individualmente, de maneira positiva. O *bem comum* pode ser concebido como “o conjunto de todas as condições de vida social que consintam e favoreçam o desenvolvimento integral da personalidade humana”¹¹².

Algumas características do bem comum são indicadas por Marie-Pauline Deswarte, dentre as quais, a de que se fundamenta na natureza humana, sendo, por isso, universal; que deve ser adaptável, segundo o progresso da época. Sendo *bem* de conteúdo moral, voltado para o futuro, trazendo às pessoas a consciência dos valores de ordem e de justiça, é superior ao bem individual, e, ainda, é fundamento e limitação do poder político¹¹³.

Maria Garcia apõe que, para a realização do bem comum, é necessário que o Estado se arme de instrumentos capazes de auxiliá-lo na compreensão das necessidades da sociedade, através do processo de implementação de políticas públicas, aptas a apontar quais os objetivos a atingir, destacando a importância da comunicação entre ambos. No mesmo contexto, a autora faz referência ao interesse público, afirmando ser o “bem social” transcendente aos interesses individuais¹¹⁴.

Feitas essas explanações, reitere-se que o Estado existe, pois, para benefício da comunidade humana. Em determinado momento da história, passou a ser necessidade, dada sua capacidade de integração e comunhão, não verificadas em nenhuma outra forma de organização. Pertencer a um Estado, dele participar, submeter-

¹¹⁰ DALLARI, Dalmo de Abreu. (apud TANAKA, Sônia Yuriko Kanashiro. *Concepção dos Contratos Administrativos*. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 82).

¹¹¹ Op. cit.

¹¹² Ibid., p. 86. Sonia Tanaka extrai esse conceito universal formulado pelo Papa João XXIII em *Pacem in Terris* (Encíclica, II, 58).

¹¹³ DESWARTE, Marie-Pauline. Intérêt général, bien commun. In: *Revue de Droit Public*, 1988, p. 1301 e segs., n. 5. (apud DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 214.)

¹¹⁴ GARCIA, Maria. (apud TANAKA. Ibid., p. 86).

se às suas regras e sanções, criadas sob a égide da democracia, representa o máximo de segurança e plenitude que o ser humano, enquanto ser social, pode atingir. Mais uma vez, tornando à máxima de Arendt, vale lembrar que pertencer a um Estado representa comungar da cidadania, ou ter o direito a direitos que somente ele, o Estado, garante. Embora desvirtuado com o passar dos anos, por imposição da conveniência de grupos mais fortes, que exercem pressão sob o governo e seus representantes políticos — os que detêm o comando e direcionamento de toda a máquina estatal —, o Estado atinge o novo século com um desafio: recuperar sua credibilidade, satisfazendo verdadeiramente o interesse público, rebatendo todas as críticas a ele formuladas, e consolidando sua legitimidade e imparcialidade, para a plena, boa, íntegra e pacífica realização do bem comum, nesta e nas próximas gerações humanas.

2.1.1 Poderes e funções do Estado

Consoante ensina Celso Antônio Bandeira de Mello¹¹⁵, — a princípio, lembrando sempre sua característica de “ente público”, cuja finalidade é fazer cumprir o interesse público —, prevalece, na doutrina, a afirmação de que são basicamente três as funções do Estado: a legislativa, a administrativa (ou executiva) e a jurisdicional, distribuídas entre os três poderes, a saber, Legislativo, Executivo e Judiciário¹¹⁶. Evidentemente, conforme mais adiante esclarece o referido autor, esse critério, na prática, não é tão exato. É fato que o poder legislativo, além de legislar, ou criar leis — que é sua atribuição *a priori* —, também termina por praticar atos administrativos, quando, por exemplo, realiza licitações ou promove seus servidores. Por seu turno, o Executivo expede regulamentos ou medidas provisórias¹¹⁷, agindo, desse modo, como legislador. O judiciário, além de sua função originária, também exerce atos de natureza legislativa, haja vista a criação de seus regimentos internos.

¹¹⁵ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 21. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 29.

¹¹⁶ Vale lembrar que essa divisão teve sua origem ideológica em Montesquieu, para que os poderes não se centrassem numa única pessoa, evitando abusos. Um poder poderia, assim, contrabalançar o outro.

¹¹⁷ Neste sentido, Odete Medauar afirma que, na atualidade, o Poder Executivo passou a ter atividade legislativa intensa, com a adoção das medidas provisórias. *Direito Administrativo Moderno*, p. 27.

Muito embora cada poder detenha sua função *precípua*¹¹⁸, na prática, desempenham e praticam atos que, a rigor, seriam de outro poder. Não há, portanto, uma separação de poderes com divisão absoluta de funções, mas a “*distribuição das três funções estatais precípua* — normativa, administrativa e judicial — “entre órgãos independentes, mas harmônicos e coordenados no seu funcionamento, mesmo porque o poder estatal é uno e indivisível”¹¹⁹.

Desse modo, cada poder, a princípio, exerce, independentemente, sua função respectiva (legislativa, executiva, ou judiciária), que é a forma de atuação ou maneira pela qual age o Estado, no limiar das inúmeras diretrizes existentes dentro de uma comunidade.

Não obstante o consenso doutrinário de que as funções não se limitam à atuação de seu poder respectivo ou originário, verifica-se um “*critério de especialização predominante*”¹²⁰. Trata-se, pois, de uma questão de regra, e exceções. Pode-se dizer que cada poder tem sua função típica, que lhe é característica. O exercício dessa função típica por outro poder seria uma atribuição excepcional, específica, devidamente expressa através de norma constitucional de exceção. Não havendo atribuições excepcionais, vigora a regra geral de competência (de cada órgão ou poder)¹²¹.

Nesse mesmo sentido, José dos Santos Carvalho Filho preleciona que os poderes estatais, embora tenham suas funções normais (funções típicas), desempenham funções que, materialmente, deveriam pertencer a poder diverso (funções atípicas), *sempre que a Constituição o autorize*¹²². O exercício de determinada função atípica por um poder específico é, portanto, condicionado a uma *previsão constitucional*, justamente para que haja equilíbrio e harmonia entre eles, dentro dos objetivos colimados pela ordem constitucional¹²³. Lucia Valle Figueiredo, demarcando o consenso doutrinário quanto à relevância da submissão das funções administrativas ao princípio da legalidade, lembra

¹¹⁸ A atividade para a qual, a princípio, foram criados: atividade inerente a cada um, atividade mãe, a regra, além das exceções.

¹¹⁹ MEIRELLES, Ely Lopes. Op. cit., p. 56.

¹²⁰ TÁCITO, Caio. Op. cit., p. 51.

¹²¹ Op. cit.

¹²² CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 16. ed. rev. ampl. atual. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006, p. 2.

¹²³ Esta característica de autorização constitucional vem expressa de maneira acentuada sob o Título IV – Da organização dos poderes, através do qual a Constituição Federal comporta a organização da competência de cada poder.

que “ao legislar, o Estado estaria agindo sob a Constituição, mas, evidentemente, cabendo-lhe opções do que seja útil, adequado ao interesse público de determinado momento histórico”¹²⁴.

Sobreleva ressaltar que tais funções referem-se ao Estado como um todo, podendo ser exercidas pelos três poderes, numa concepção delimitada por Marcello Caetano como *Estado-global* (ou o Estado genericamente dito), a quem importa a “imputação de direitos e de obrigações à comunidade nele organizada com os seus órgãos legislativos, executivos e judiciários”¹²⁵.

Finalmente, vale elucidar, por oportuno, que a função administrativa, que engloba atividade específica, nos termos até aqui explanados, não pode ser confundida com Administração Pública, ou *Estado-administração*, tratando-se de duas realidades diversas, ainda que complementares. Função administrativa é a atividade operativa do Estado, que tutela de modo imediato o interesse público¹²⁶. É a ação, a prática administrativa, que causa algum efeito para a proteção dos interesses da coletividade. Pode ser bem sintetizada através do conceito de Lucia Valle Figueiredo:

A função administrativa consiste no dever de o Estado, ou de quem haja em seu nome, dar cumprimento fiel, no caso concreto, aos comandos normativos, de maneira geral ou individual, para a realização dos fins públicos, sob o regime prevalescente de direito público, por meio de atos e comportamentos controláveis internamente, bem como externamente pelo Legislativo (com o auxílio dos Tribunais de Contas), atos estes, revisíveis pelo Judiciário¹²⁷.

Por seu turno, conforme será adiante mais bem deslindado, no Estado-administração, o sentido que se pretende identificar é aquele formal, a pessoa administrativa propriamente dita, dividida em órgãos que lhe são essenciais para a consecução das funções.

¹²⁴ Op. cit., p. 33.

¹²⁵ CAETANO, Marcello. *Princípios fundamentais do Direito Administrativo*. 2. reimpr. port. Coimbra: Almedina, 2003. Ver introdução, p. 24 e segs.

¹²⁶ ZANOBINI, Guido (*apud* FIGUEIREDO, Lucia Valle, op. cit., p. 30.).

¹²⁷ Op. cit., p. 34.

2.2 A Administração Pública

Conforme indicado anteriormente, Marcello Caetano faz referência ao *Estado-global*, discriminando esse conceito do *Estado-administração*¹²⁸. Esta diferenciação mostra-se bastante proveitosa, pois é possível, através das diferenças apostas pelo autor, identificar com exatidão o tema objeto do presente tópico, qual seja, o ente estatal *Administração Pública*, com as iniciais em letra maiúscula, à parte das funções que exerce¹²⁹.

O sistema orgânico Administração Pública (ou *Estado-administração*) pode ser, a princípio, assim constituído: “seu substrato é um conjunto de serviços estruturado em obediência a leis promanadas dos órgãos legislativos e que é representado pelo Governo ou poder executivo”, enquanto que “o *Estado-Global* tem por substrato uma comunidade de pessoas individualizada pela fixação em certo território e organizada politicamente”¹³⁰.

Outra característica do *Estado-administração*, devidamente destacada pelo autor, é que este comparece como parte perante os tribunais do Poder Judiciário, *órgão do Estado-global*¹³¹. Neste particular, há imparcialidade dos Tribunais, situando-se a Administração como pessoa ou ente independente do complexo estatal, neste particular, possuindo interesses próprios a serem tutelados, quando necessário, em idêntico patamar com outras pessoas, físicas ou jurídicas.

Quis essa doutrina salientar que todas as concepções referem-se ao Estado, mas sob visão jurídica e atuação diversas, porém complementares.

Sob uma ótica mais abrangente, para José Cretella Junior:

Administração não é só governo, Poder Executivo, como também a complexa máquina administrativa, o pessoal que a movimenta, a atividade desenvolvida por esse indispensável aparelhamento que possibilita ao Estado o preenchimento de seus fins. Administração é a atividade que a máquina do Estado desenvolve,

¹²⁸ Loc. Cit.

¹²⁹ Meirelles, Hely Lopes. Op. Cit. Em nota à p. 55, o autor faz a diferenciação entre Administração Pública/entidades e órgãos públicos (sujeitos, entidades), e administração pública no sentido de função administrativa (ato, atitude, ocorrência). Esta mesma orientação é acompanhada por Diógenes Gasparini.

¹³⁰ CAETANO, Marcello. Op. cit.

¹³¹ Ibid.

mediante desempenho de atos concretos e executórios, para a consecução direta, ininterrupta e imediata do interesse público¹³².

Odete Medauar afirma que, inserida no poder Executivo, a Administração Pública “pode ser considerada sob dois ângulos: o funcional, que significa um conjunto de atividades do Estado que auxiliam as instituições políticas de cúpula no exercício das funções de governo, que organizam a realização das finalidades públicas postas por tais instituições, e que produzem serviços, bens e utilidades para a população e sob o ângulo organizacional (...) o organizacional, pois, compreende o conjunto de órgãos e entes estatais que produzem serviços, bens e utilidades para a população, coadjuvando as instituições políticas de cúpula no exercício das funções de governo”¹³³. É o aparato, o aparelhamento articulado para a realização das atividades que interessam ao Estado como tutor do interesse geral. Muito embora a autora considere dois ângulos para identificar a Administração Pública, mostra-se evidenciado que são complementares, pois o sistema organizacional atua através do funcional, objetivando, como se disse, a consecução dos interesses do Estado.

Diogenes Gasparini identifica Administração Pública aderindo aos critérios *formal* (denominado orgânico e subjetivo), que indica o complexo de órgãos responsáveis por funções administrativas, e *material* (objetivo), que são as atividades concretas e imediatas desempenhadas pelo Estado sob a égide legal, para atender às necessidades coletivas¹³⁴.

No mesmo sentido, está a lição de Hely Lopes Meirelles, que complementa a anterior, indicando, ainda, uma acepção operacional (“desempenho perene e sistemático, legal e técnico dos serviços próprios do Estado ou por ele assumido em prol da coletividade”), e uma global (“todo o aparelhamento do Estado preordenado à realização dos serviços, visando à satisfação das necessidades coletivas”¹³⁵).

Outra maneira de caracterizar Administração Pública pode ser extraída das lições de Maria Sylvia Zanella di Pietro¹³⁶, acompanhada, no mesmo sentido, por José

¹³² CRETELLA Jr, José. *Tratado de direito administrativo: teoria do direito administrativo*. 2. ed. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2002, v. I, p. 34.

¹³³ *Direito Administrativo Moderno*, p. 42.

¹³⁴ GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 11. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 45.

¹³⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. Op. cit., p. 59.

¹³⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 54.

dos Santos Carvalho Filho¹³⁷. Desta feita, atribui-se à Administração Pública caráter subjetivo, que designa os entes que exercem a atividade administrativa, tais como órgãos, agentes públicos, pessoas jurídicas, de caráter objetivo, que seria a natureza da atividade, o ato, a função propriamente dita. Carvalho Filho ainda complementa:

Trata-se da própria gestão dos interesses públicos executada pelo Estado, seja através da prestação de serviços públicos, seja por sua organização interna, ou ainda pela intervenção no campo privado, algumas vezes até de forma restritiva (*poder de polícia*)¹³⁸.

A relação Estado / Administração Pública, coligada ao objetivo precípua de sua existência, mostra-se perfeitamente compendiada por Sonia Tanaka, que esclarece a associação ocorrente entre Estado e Administração Pública, inferindo que a esta cabe aplicar as decisões e objetivos do Estado para a consecução do bem comum, objetivo de ambos¹³⁹.

No contexto, pois, do Estado, e, especificamente, do poder Executivo, se origina a Administração Pública. Através da Administração Pública, com seus agentes, órgãos, entidades, ramificações, encontrou o Estado uma maneira prática e criteriosa de cuidar, organizar, intervir no todo social em benefício do grupo humano.

Assim, o ente Administração Pública é pessoa plena, subjugada à lei, dentro das atribuições concernentes ao poder Executivo, que tem como interesse primordial o interesse público, que pode ser subentendido como a busca do bem comum, ainda que necessite gerir interesses conflitantes da sociedade, e, para isso, imponha condições, inclusive coercitivas, que se mostrem adequadas a cada situação.

Objetivamente, assevere-se que a finalidade da Administração é a realização das decisões governamentais, visando à consecução do interesse público, sem olvidar que este sofre constantes transformações, a exigir proporcional atualização e revitalização daquela¹⁴⁰.

¹³⁷ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Op. cit., p. 9-10.

¹³⁸ Id.

¹³⁹ Op. cit., p. 82.

¹⁴⁰ TANAKA, Sonia Yuriko Kanashiro. Op. cit., p. 88.

2.2.1 Poderes da Administração

Para a consecução de seu fim, que é o bem estar generalizado, ou o denominado interesse público, através de gestão competente, a Administração Pública é “dotada de poderes administrativos, conferidos pelo ordenamento jurídico, caracterizando-se como instrumentos para a realização de suas atividades públicas”¹⁴¹.

Não se devem confundir os poderes do Estado, anteriormente estudados, a saber, Executivo, Legislativo e Judiciário, com os poderes administrativos. Estes se caracterizam por tratar-se de autorização¹⁴², ou “prerrogativas de direito público que a ordem jurídica confere aos agentes administrativos para o fim de permitir que o Estado alcance seus fins”¹⁴³.

Ensina Hely Lopes Meirelles:

Os *poderes administrativos* nascem com a Administração e se apresentam diversificados segundo as exigências do serviço público, o interesse da coletividade e os objetivos a que se dirigem. Dentro dessa diversidade são classificados, consoante a liberdade da Administração, para a prática de seus atos, em *poder vinculado* e *poder discricionário*; segundo visem ao ordenamento da Administração ou à punição dos que a ela se vinculam, em *poder hierárquico* e *poder disciplinar*; diante de sua finalidade normativa, em poder regulamentar; e, tendo em vista seus objetivos de contenção dos direitos individuais, em *poder de polícia*.(grifos do autor)¹⁴⁴.

A palavra *poder*, ora em pauta, tem sentido de prerrogativas, aptidões, faculdades ou instrumentos para atendimento dos interesses coletivos. São inerentes à Administração de todos os entes estatais, na proporção e limites de suas competências institucionais, e podem ser utilizados, isolada ou cumulativamente, para a consecução de um mesmo ato¹⁴⁵.

Maria Sylvia Zanella di Pietro indica que se trata, na verdade, de poder-dever, já que o sujeito favorecido é a coletividade, tutelada pela Administração. É dever, portanto, da Administração, através de tais poderes, assegurar a primazia do interesse público. A Administração não pode dispor de tais prerrogativas que lhe são inerentes,

¹⁴¹ TANAKA, Sonia Yuriko Kanashiro (Coord.). *Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros. 2008, p. 112.

¹⁴² Op. cit.

¹⁴³ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Ibid.*, p. 39.

¹⁴⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. Op. cit., p. 108.

¹⁴⁵ *Ibid.*, p. 109.

tampouco a elas renunciar. Importante lembrar que todo poder ou *poder-dever* só pode ser exercido nos limites legais¹⁴⁶.

Contrapondo sutilmente a classificação enunciada por Hely Lopes Meirelles, a autora não considera poder vinculado e poder discricionário como autônomos, a exemplo do normativo (ou regulamentar), do hierárquico, do disciplinar, e o de polícia, tratando-se de atributos ou condições aplicadas a outros poderes¹⁴⁷. Neste sentido, é de se destacar seu conceito:

O que ocorre é que as várias competências exercidas pela Administração com base nos poderes regulamentar, disciplinar, de polícia, serão vinculadas ou discricionárias, dependendo da liberdade, deixada ou não pelo legislador à Administração Pública¹⁴⁸.

Sob este aspecto, *poder vinculado* significa que a Administração submete-se à lei, em todos os aspectos. É o “poder” que obriga a Administração, caso presentes os requisitos legais. Há uma delimitação estabelecida e determinada dos atos da Administração. É o poder que a lei confere à Administração Pública para a prática de ato de sua competência, determinando os elementos e requisitos necessários à sua formalização¹⁴⁹.

Já o poder discricionário, ou *discricionariade*, significa a liberdade a ser exercida pela Administração, nos limites fixados em lei. Há um limite da lei, mas há uma flexibilidade conferida à Administração para agir, conforme entender melhor, em nome do interesse público. De acordo com o caso concreto, o agente pode avaliar qual o melhor caminho a tomar.

Para Celso Antonio Bandeira de Mello, vinculação e discricionariade são atos da Administração. A diferença entre eles é que, no *vinculado*, a “Administração não dispõe de liberdade alguma, posto que a lei já regulou antecipadamente em todos os aspectos o comportamento a ser adotado”, enquanto que o ato *discricionário* é praticado com “certa margem de liberdade de avaliação ou decisão segundo os critérios de

¹⁴⁶ Op. cit., p. 86.

¹⁴⁷ Op. cit.

¹⁴⁸ Op. cit.

¹⁴⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. Op. cit.

conveniência e oportunidade formulados por ela mesma, ainda que *adstrita à lei reguladora da expedição deles*¹⁵⁰.

Através da faculdade conferida pelo *poder regulamentar*, os chefes do Executivo (Federal, Estadual e Municipal) podem regulamentar a lei e suprir, com normas próprias, as omissões ou matérias incompletas da lei que estiverem em sua alçada. É verdade que surgem lacunas na lei, que reclamam, diante de circunstâncias fáticas, providências imediatas da Administração. Nessas situações, que não podem contrariar matérias disciplináveis por lei, mas complementá-las, pode o chefe do Executivo, através de decretos, expedir regulamentos¹⁵¹. Veja-se que, aqui, podem se mesclar condições de vinculação e discricionariedade. O poder é vinculado à lei, contudo a edição do decreto depende da vontade do chefe do Executivo, que possui liberdade de mensurar qual o regulamento adequado a determinada situação, e em que situação pode ser conferido.

Quanto ao *poder hierárquico*, é definido por Hely Lopes Meirelles como sendo “aquele de que dispõe o Executivo para distribuir e escalonar as funções dos seus órgãos, ordenar e rever a atuação dos seus agentes, estabelecendo a relação de subordinação entre os servidores do seu quadro de pessoal.”¹⁵²

A Administração necessita que todos os demais órgãos se harmonizem, para a concretização de seus objetivos. O Executivo, no comando da Administração Pública, distribui as tarefas a cada agente, a cada órgão, e de cada um se estendem ramificações, interligadas entre si, imperando uma hierarquia, na qual alguns, de acordo com o cargo que ocupam, comandam, controlam e coordenam os demais, para que possa haver organização. O poder hierárquico se refere à hierarquia, subordinação, cumprimento de ordens a serem executadas.

Quanto ao poder disciplinar, é justamente a faculdade de impor disciplina entre os agentes e órgãos. É a possibilidade de se aplicar punição àquele que deixa de cumprir seu trabalho a contento, através de pena disciplinar¹⁵³.

¹⁵⁰ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Op. cit., p. 410.

¹⁵¹ MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 130.

¹⁵² Ibid., p.123.

¹⁵³ A respeito dos poderes administrativos enumerados no texto é possível obter maior aprofundamento da matéria em Hely Lopes Meirelles, Maria Sylvia Zanella di Pietro e José dos Santos Carvalho Filho. Não se pretende adentrar em detalhes, pois o tema central do presente trabalho é o Poder de Polícia, a ser

Finalmente, a partir do capítulo seguinte, será explorado o *poder de polícia* que, nos dizeres de Themistocles Brandão Cavalcante, “é o poder administrativo por excelência”¹⁵⁴, bem como será avaliada quanta influência essa prerrogativa da Administração exerce no seio da sociedade, quanto afeta o direito *individual* e de propriedade, e de que maneira o cidadão interage com esse poder.

explorado a partir do capítulo seguinte. Os demais poderes são revisados rapidamente, para uma pequena introdução ao respectivo estudo.

¹⁵⁴ Op. cit., p. 116.

CAPÍTULO 3 – O PODER DE POLÍCIA

3.1 Considerações iniciais

A comunidade humana, seja em que parte do mundo ou tipo de sociedade se apresentar, é composta por pessoas com várias características, condição social diversificada, interesses comuns ou conflitantes. Além do mais, conforme explanado inicialmente, o ordenamento jurídico de cada país dispõe quais os direitos e deveres dos cidadãos, para que seja possível a convivência pacífica dentro do espaço que lhes é delimitado.

Apesar disso, no século XXI, especialistas sociais não são plenamente capazes de definir a complexidade que caracteriza as modalidades de convívio humano, tampouco as constantes mutações que ocorrem nas relações individuais.

Há quem afirme que a criança de hoje “já nasce sabendo”, com diferenças daquelas de outrora, quiçá advindas desde a própria concepção. O desenvolvimento parece acelerado. Há pressa em se atingir a idade madura, para que não se perca posição numa sociedade cada vez mais competitiva. E isso passou a ser algo natural.

As cidades não têm limite para crescer em todas as direções e de todas as formas, tanto é que se criou um mundo dentro do mundo, que se denomina “ambiente

virtual”. Há, inclusive, quem tenha praticamente feito troca de ambientes, e desenvolva toda sua vida e áreas de interesse através desse mundo virtual.

Os interesses se ampliam cada vez mais. As pessoas estão detendo um número maior de coisas e situações. A tecnologia se desenvolve em ritmo acelerado, vão surgindo novas questões jurídicas, novos domínios e formas de comunicação.

Mesmo assim, certas características do homem se mantiveram. Quando interesses são antagônicos, ainda há conflito. As pessoas não conseguiram superar alguns de seus instintos negativos. Nem sempre é possível viver em harmonia. Muitas vezes, um direito se sobrepõe a outro. O pior é que, resquício do liberalismo, a ideia de comunhão, de união, passou a se dispersar. As pessoas tornaram-se mais individualistas, priorizando seus interesses em detrimento dos demais e do meio ambiente social. Algumas características bastante notáveis, como o pouco caso com os outros, o comodismo, a alienação, podem ser consideradas peculiares das sociedades ocidentais, principalmente nas grandes cidades.

É corriqueiro observar pessoas jogando lixo nas ruas, como se o ambiente público não lhes pertencesse ou não tivessem que passar por ele a cada dia. Muito comum também é o direcionar interesses particulares, por meio das tais "contribuições", as chamadas “caixinhas”, “cafezinhos” ou “diligências”. Exemplos há, bastantes, em que a ética e a moral, a consciência comunitária inexistem. Incentiva-se a concorrência para diminuir o ser humano, criando-se uma guerra invisível, através da qual as pessoas são descartáveis, em detrimento daquelas com maior oportunidade, maior conhecimento dos famosos “contatos”. Não há a cultura do “bem comum”, mas do próprio bem apenas. Em contrapartida, conforme se analisou anteriormente, o bem comum é objetivo precípua do Estado. Para que o bem comum possa sobreviver, necessário que se imponha, aos administrados, limites específicos, no sentido de refrear seus interesses, quando estes atingem o próximo, ou “educá-los” para a boa convivência, lembrando que cada liberdade se limita àquela do próximo, sendo imperiosa a necessidade de resguardar, ainda, a herança moral a ser transmitida para as próximas gerações.

Lembre-se que a transformação da sociedade vem ocorrendo desde os primórdios de sua existência. Tanto é assim que a doutrina clássica já vislumbrava tal

transformação, que sempre desencadeou o aumento e a diversidade da intervenção do Estado nos mais variados setores ¹⁵⁵.

Através do poder de polícia, o Estado, efetivamente, exerce sua vocação, atuando na sociedade, especificamente dimensionando aquelas liberdades asseguradas constitucionalmente. O poder de polícia tem prerrogativas de efetivamente preservar o meio social, pois interfere nos reais interesses das pessoas, ou os condiciona, evitando-se, assim, a ocorrência de eventuais danos à sociedade.

Ocorre que, muitas vezes, a vontade ou o interesse de alguns, ainda que legítimo e devido, pode interferir de maneira negativa no interesse da grande maioria. Do mesmo modo, a liberdade desmedida pode afetar o meio, a segurança, o convívio junto aos demais.

Podemos observar o ambiente que nos rodeia. O espaço que ocupamos, onde nos fixamos, e como nos desenvolvemos. A existência humana, no mundo contemporâneo, é caracterizada pela incidência de inúmeros direitos: trabalhar para obter o sustento ou a realização; o direito de ir e vir, de divertir-se, de utilizar, da forma mais conveniente, o espaço público; escolher os caminhos adequados para cada setor da vida.

O exercício de tais liberdades e direitos, que, na verdade, concentram outros tantos resguardados constitucionalmente, não pode ser deixado totalmente à deriva, ao livre arbítrio de cada indivíduo, pois, certamente, surgiriam conflitos, que tornariam impossível a convivência humana. Não nos esqueçamos de que o espaço público e a comunidade, embora muitos não queiram se aperceber, pertence a todos, e é para o usufruto de cada pessoa; contudo, sob a tutela e a guarda, a princípio, do Estado. É necessário que se possa aquilatar, até que ponto, atos privados podem interferir ou alterar o meio comum, a vida de terceiros, ou de que modo é exercido o direito de possuir e utilizar as coisas.

Conforme já se salientou, a liberdade é total, e admitida enquanto limitar-se à vontade de cada indivíduo. O anseio ou a *intenção* não sofre qualquer restrição. O problema surge a partir do momento em que se pretende colocar em prática a liberdade,

¹⁵⁵ CAVALCANTI, Themístocles Brandão. Op. cit, p. 115.

ou efetivamente exercê-la, passando a ser *ato praticado* no ambiente em que se verifica o convívio social, podendo, como se disse, causar danos ao meio ou à *ordem pública*.

A Administração avalia tais atos ou tais vontades, de modo que não causem, ou causem o mínimo possível de prejuízo para a coletividade. “É através do poder de polícia que o Estado desenvolve uma série de providências que recaem sobre os administrados, garantindo-lhes o bem-estar, mediante o policiamento de toda conduta exorbitante e danosa de cada um dos componentes do grupo”¹⁵⁶.

Importa destacar que o “poder de polícia” não se relaciona com ilegalidades ou crimes. Ele age sobre atividades consideradas lícitas, asseguradas às pessoas pelo próprio ordenamento constitucional. Todavia, mesmo estas devem ser limitadas, quando seu exercício resultar contrário ao interesse público¹⁵⁷.

Agustín Gordillo, sempre crítico ao tratar do tema, qualifica o *poder de polícia* como “*sepultura das liberdades*”¹⁵⁸(grifo do autor), enquanto Marcello Caetano esclarece que “a polícia não é inimiga da liberdade: é uma garantia das liberdades individuais”¹⁵⁹. Para que as liberdades individuais possam ser exercidas a contento, sem que sejam obstaculizadas, a polícia encontra maneiras de viabilizar o exercício das liberdades, através de normas adequadas¹⁶⁰.

O “poder de polícia” é, ou pretende ser, portanto, o ponto de equilíbrio para a manutenção do bem comum e resguardo da saudável convivência humana, consideradas as liberdades (lícitas) e legítimas de cada um, no seio da comunidade.

¹⁵⁶ CRETELLA JUNIOR, José. *Do poder de polícia*. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 5.

¹⁵⁷ TANAKA, Sônia Yuriko Kanashiro (Coord.) *Direito Administrativo*. Op. cit., p.123.

¹⁵⁸ GORDILLO, Agustín. (*apud* MOREIRA, João Batista Gomes. *Direito Administrativo*. Da rigidez Autoritária à Flexibilidade Democrática. Belo Horizonte: Fórum, 2005, p. 362).

¹⁵⁹ CAETANO, Marcello, p. 267.

¹⁶⁰ O termo *Polícia* refere-se à Administração. A Polícia Judiciária não é objeto deste estudo.

3.2 Origem e evolução do poder de polícia

Não é fácil precisar como e quando o poder de polícia, no modo atualmente conhecido, teve origem. Caio Tácito afirma, entretanto, que “a renovação de seu conteúdo acompanha as mutações históricas do Estado”¹⁶¹.

No período clássico, o homem grego se confundia com a própria cidade. Era parte de um todo que caracterizava a vida dos cidadãos. O sentimento dos indivíduos era expresso pela totalidade estatal. Segundo Clovis Beznos, não existia a denominada liberdade individual. Afirma ele que “não é possível se falar da existência de um conceito jurídico de ‘poder de polícia’ na antiguidade clássica, pois na Grécia o indivíduo não era considerado como valor autônomo”¹⁶². Relata esse autor que “a vida privada não ficava imune às ingerências absolutas do Estado”¹⁶³, trazendo exemplos bastante interessantes, inconcebíveis na sociedade atual, tais como o de que “Esparta punia o celibato, ou o tardio matrimônio”, ou que em “Bizâncio era passível de multa quem uma navalha possuísse”, entre outros¹⁶⁴. Contudo, se considerado o condicionamento da liberdade humana aos interesses do Estado grego, consoante relata o respectivo texto, a maneira de viver da sociedade Ática não seria regulada por um modo de polícia típico daquela época? Sob essa ótica, poder-se-ia afirmar que, ainda assim, aquela liberdade inerente ao ser humano, e que com ele nasce (recorde-se Rousseau)¹⁶⁵, sofria restrições do Estado, e, por alguma razão, dentro daquelas culturas, isso seria relevante ao interesse comum. É possível conjecturar que as liberdades sofreram transformações através dos séculos e, em todos os momentos, por alguma razão, são sempre limitadas, por algo ou alguém.

Com amplificada identidade, José Cretella Júnior associa a existência do poder de polícia à do próprio Estado, consignando:

O *poder de polícia*, em geral, sempre existiu no Estado, qualquer que tenha sido sua natureza jurídica e funções, no que diz respeito aos fins da sociedade a ele referida, quer tenha tido um caráter amplo de política interna (concepção originária da polícia como governo), quer tenha sido concebido como instituição

¹⁶¹ Op. cit.

¹⁶² BEZNOS, Clóvis. *Poder de polícia*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979, p. 2.

¹⁶³ Ibid., p. 03.

¹⁶⁴ Op. cit.

¹⁶⁵ “O homem nasce livre, e por toda a parte encontra-se a ferros”.

essencialmente administrativa, quer como administração jurídica ou administração social do Estado (grifo do autor)¹⁶⁶.

De toda sorte, o gradual surgimento do Direito Privado em Roma, reflexo da aquisição de bens e propriedades decorrentes da expansão do Império Romano, trouxe à baila a necessidade de impor restrições ao uso da propriedade, em razão do interesse coletivo. As relações entre proprietários cingiram-se em situações legais¹⁶⁷. Clovis Beznos sintetiza essa transformação:

Assim, se vê que o crescimento e expansão do Império Romano, a divisão de direito público e privado são fatores determinantes para o surgimento de direitos individuais que trazem como consequência o ajustamento de seu exercício aos interesses da coletividade¹⁶⁸.

Abarca ele, pois, que, em decorrência das relações interpessoais — e das pessoas com a propriedade —, resultantes da expansão romana, desenvolve-se uma concepção política de polícia.

A partir daí, em expressiva análise sobre poder de polícia, através do qual é feito um estudo das obras de vários autores clássicos, Odete Medauar descobre que, na Idade Média, já se detecta o exercício do poder de polícia, em tênue similaridade à maneira como hoje se verifica, no âmbito das *comunas europeias*¹⁶⁹. Este entendimento, segundo referida autoria, é extraído das obras de Otto Mayer, Fiorini e Etienne Picard. Fiorini ressalta que, “nas comunas, a atuação prática da polícia se caracterizava e se ajustava à manutenção da ordem e tranqüilidade públicas”¹⁷⁰.

Na sequência, a autora afirma que, nos primórdios do século XVIII, “polícia consiste na faculdade estatal de regular tudo o que se encontra no âmbito do Estado, sem exceção”, excluídas a justiça e as finanças.

¹⁶⁶ CRETELLA JUNIOR, José. *Do poder de polícia*. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 4.

¹⁶⁷ BEZNOS, Clóvis, *Ibid.*, p. 6-9.

¹⁶⁸ *Ibid.*, p. 10.

¹⁶⁹ MEDAUAR, Odete. *Revista de Direito Administrativo*, jan/mar.1995, v. 199, p. 89-96. Odete Medauar complementa, em sua obra, *Direito Administrativo Moderno*, já citada, que, nas comunas, que seriam equivalentes a municípios, havia licença para construir, fiscalização das profissões para proteção aos consumidores, e polícia sanitária (ver p. 331).

¹⁷⁰ *Op. cit.*

Ainda com relação às prevenções da ordem pública, Marcello Caetano relata que “o Soberano agia na qualidade de Pai de família que procura a felicidade dos vassallos e corrige disciplinarmente os seus desmandos”¹⁷¹.

No fim do período absolutista, vigora um período denominado “Estado de Polícia”, em que o Estado, através do soberano, se imiscuía, de maneira opressiva, na vida das pessoas. Sua autoridade era inquestionável, sem limites. Podia decidir o destino dos homens, pois era considerado um representante divino, eleito por Deus, para governar na terra; portanto, suas decisões eram sempre corretas¹⁷².

Com o advento da Revolução Francesa e com a ascensão da burguesia ao poder, a ação estatal sofreu alterações. Surge o liberalismo, caracterizado pela valorização do indivíduo. Acabou-se a ideia de que o soberano pudesse conter poderes ilimitados na vida de seus súditos. Resplandece o homem como senhor absoluto de seu destino e de seus interesses, sendo-lhe assegurados direitos subjetivos, entre os quais a liberdade. É a época áurea da liberdade individual, conforme se pode delinear do texto de Alysson Leandro Mascaro, que afirma ser “em função do indivíduo e de seus interesses e direitos fundamentais — entre os quais, asseveram os modernos, o de propriedade — que deve ser posto o Estado (...)”¹⁷³.

O Estado, então, passou a intervir apenas quando houvesse risco à ordem pública, no que compreendia o resguardo da segurança, salubridade, tranquilidade, ou outras questões consideradas públicas.

Nesse sentido, anota Caio Tácito que, a partir da revolução liberal, o Estado apenas limitou-se a evitar perturbações, garantindo o exercício das liberdades públicas. Seu papel era o de evitar a desordem, prevenindo e rechaçando choques individuais¹⁷⁴. Ou seja, ao Estado bastava que não houvesse conflitos, que não houvesse prejuízo às pessoas ou à ordem pública (certamente, deixando que os indivíduos desfrutassem ao

¹⁷¹ CAETANO, Marcello. *Manual de Direito Administrativo*. 10. ed. Coimbra: Almedina, v. II, p. 1147.

¹⁷² BEZNOS, Clovis. Op. cit., p. 14-5.

¹⁷³ MASCARO, Alysson Leandro. Op. cit., p. 36.

¹⁷⁴ TÁCITO, Caio. Op. cit., p. 135.

máximo suas liberdades naturais, principalmente o direito de propriedade, com o objetivo de crescimento, de aquisição e acumulação de riquezas) ¹⁷⁵.

A partir do momento em que se acentuou, na sociedade, a desigualdade entre os indivíduos, principalmente em razão do poder econômico, ampliou-se o intervencionismo estatal de maneira bem mais dinâmica, no sentido de, em função do interesse público, restringir e condicionar o exercício de direitos e liberdades por grupos ou classes. Com efeito, vale transcrever a conceituação evolutiva de Caio Tácito:

O poder de polícia, que é o principal instrumento do Estado no processo de disciplina e continência dos interesses individuais, reproduz, na evolução de seu conceito, essa linha ascensional de intervenção dos poderes públicos. De simples meio de manutenção da ordem pública ele se expande ao domínio econômico e social, subordinando ao controle e à ação coercitiva do Estado uma larga porção da iniciativa privada¹⁷⁶.

Para Maria Sylvia Zanella di Pietro, num primeiro momento, a regra era o livre exercício dos direitos individuais, amplamente assegurados nas Declarações Universais de Direitos, depois transpostos para as Constituições, sendo a atuação estatal exceção para assegurar a *ordem pública*. Num segundo momento, o Estado passou a intervir mais, não se limitando apenas à segurança, estendendo-se à ordem econômica e social¹⁷⁷; servindo-lhe como denominação típica a de Estado Social.

Assim, tendo por justificada prioridade o bem comum ou interesse público, o poder de polícia passou a enquadrar o representativo conglomerado de exercícios dos direitos individuais, exemplificativamente, profissões, relações de emprego, mercado de produtos, espetáculos públicos, meio ambiente, patrimônio histórico, economia popular, entre outros, além de impor *obrigações de fazer*, interferindo na utilização da propriedade¹⁷⁸.

¹⁷⁵ Este período da história é caracterizado pelos interesses da burguesia ascendente. O Estado passou a atuar dentro desses interesses, não podendo impedir seu desenvolvimento.

¹⁷⁶ Op. cit.

¹⁷⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Op. cit., p. 109.

¹⁷⁸ MOREIRA, João Batista Gomes. Op. cit., p. 361.

3.3 Expressão e conceito

Diz Cretella Junior que a expressão *poder de polícia* nasceu de jurisprudência norte-americana, estendendo-se a mesma terminologia pelo mundo afora.¹⁷⁹ Para Lúcia Valle Figueiredo, “poder de polícia” já seria expressão enganosa, pois apenas através de função legislativa é possível limitar o estado de liberdade e a conformação do direito de propriedade¹⁸⁰. A autora exclui tal expressão do seu texto, aderindo à nomenclatura “limitações administrativas” ou “limitações à liberdade e à propriedade”. Na mesma envergadura, a oposição à utilização de referida expressão é bastante latente em Celso Antonio Bandeira de Mello, muito embora — ao contrário de Lucia Valle Figueiredo — esse autor mantenha em seu estudo a expressão “poder de polícia”, diante de sua frequente e notória utilização. Para ele, trata-se de expressão “equivoca” e “manifestadamente infeliz”, pois se trata de denominação que engloba, num único nome, “coisas distintas e inconciliáveis entre si: leis e atos administrativos”¹⁸¹. Sob esse entendimento, não é possível atribuir “poder” à Administração, pois ela se submete à lei. Seus atos são vinculados, como adiante se verá. Ademais, há conflito “de classe” entre “poder” e “polícia”. O que pretende o autor dizer, salvo melhor juízo, é que não se pode ter poder e exercer o ato administrativo ao mesmo tempo, diante da distinção dos dois elementos. Finalmente, assevera o autor que a expressão remete ao “Estado de Polícia”, quando os poderes do príncipe eram ilimitados, podendo causar certo equívoco neste sentido.

Tanto Lucia Valle Figueiredo quanto Celso Antonio Bandeira de Mello fazem alusão ao jurista argentino Augustín A. Gordillo, para quem o “poder de polícia” é uma ideia defasada, que não se distingue da esfera estatal, tratando-se, não de um órgão ou poder do Estado, mas de uma função, limitada aos termos da lei,¹⁸² entre outros aspectos, que confrontam a noção, tal qual incide sobre o mundo jurídico¹⁸³.

¹⁷⁹ CRETILLA JUNIOR, José. *Do poder de polícia*, p. 5.

¹⁸⁰ FIGUEREDO, Lucia Valle. Op. Cit., notas p. 304.

¹⁸¹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. Op. Cit. p. 779.

¹⁸² FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Op. Cit., p. 311.

¹⁸³ A respeito das críticas de Gordillo e outros autores quanto à denominação “poder de polícia”, imprescindível a leitura do capítulo IV – “Crise da noção de polícia administrativa”, de Clóvis Beznos, op. cit., p. 46-60, no qual esse autor logra apontar o pensamento do mestre argentino, em análise clara e objetiva, refutando alguns pontos e manifestando sua concordância com outros.

Nessa interpretação, Gordillo cita Benjamín Villegas Basavilbaso:

El aditamento de “Poder” es inexacto: el poder estatal es uno solo. La llamada división de “poderes” consiste en una división de “funciones” (legislativa, administrativa, jurisdiccional) y de órganos (legislativo, administrativo y jurisdiccional). La policía o el “poder de policía” no son órganos del Estado, sino una parte de alguna de las funciones mencionadas¹⁸⁴.

Concorda-se que o poder de polícia é uma função do Estado, uma atividade com características e abrangências próprias, não desvinculadas do ente estatal, convenientes aos objetivos para os quais foi instituído, ou melhor dizendo, direcionado na consecução do “bem comum”. Nessa empreitada, a função que constitui o poder de polícia se transfigura no viés de excepcional competência. Outrossim, não faz sentido buscar outro nominativo para essa qualidade de atuação estatal, quando a expressão mostra-se solidificada por seus próprios meios.

Apesar da apontada discrepância terminológica, nossa doutrina abarca a utilização dessa expressão, conforme, exemplificativamente, pode-se extrair de Hely Lopes Merelles, Marcio Pestana, Maria Sylvia Zanella di Pietro, Odete Medauar, Diógenes Gasparini, entre tantos outros autores, além de indicação nominal na legislação pátria, a saber: artigo 145, inciso II, da Constituição Federal¹⁸⁵, e artigo 78, do Código Tributário Nacional¹⁸⁶.

Conceitualmente, pois, conforme anteriormente mencionado, “poder de polícia” é uma função administrativa; envolve ação da administração, exercício ou limitação às liberdades individuais e formas adequadas de utilização da propriedade. Entretanto, merece relevância a ressalva formulada por Celso Antônio Bandeira de Mello, no sentido de que o “poder de polícia” não limita ou restringe direitos, pois estes são juridicamente protegidos (pela ordem constitucional). O “poder de polícia” configura a área

¹⁸⁴ VILLEGAS BASAVILBASO, Benjamín, *Derecho Administrativo*. Buenos Aires: 1949/50, v. V, p.99 e segs. (apud GORDILLO, Augustín. *Tratado de Derecho Administrativo. La defensa del usuario y del administrado*. 5. ed. Belo Horizonte: Del Rey e Fundación de Derecho Administrativo, 2003, , v. 2, p. 2.

¹⁸⁵ Art. 145: A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios podem instituir os seguintes impostos: I ... II – taxas, em razão do exercício do poder de polícia [...]

¹⁸⁶ “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 tranqüilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos.”

de manifestação dos direitos. Não os impede, mas delimita. Os direitos se mantêm resguardados. A atuação de polícia incide sobre a liberdade ou a propriedade, nas suas expressões¹⁸⁷. Importa elucidar que somente a lei pode adentrar na esfera protegida dos direitos, jamais o Estado, no exercício de uma função específica.

Pode-se dispor que, na atribuição que lhe concerne, o *poder de polícia* é exercido pelo Estado como legislador, pois apenas através da lei se pode moldar ou restringir um direito, enquanto que a *função de polícia*, com a aplicação da lei, ou adequação desta às situações reais, é exercida pelo Estado como administrador¹⁸⁸.

O “poder de polícia”, mais que impedir a concretização do exercício do direito de liberdade, busca resguardar sua manifestação dentro de um campo considerado pela própria lei. Com efeito, Marcello Caetano é bastante feliz quando ressalta que “a Polícia não é inimiga da liberdade: é uma garantia das liberdades individuais”¹⁸⁹. Idêntico sentido se extrai de Themistocles Brandão Cavalcanti, que aponta constituir o poder de polícia “uma limitação à liberdade individual, mas tem por fim assegurar esta própria liberdade e os direitos essenciais ao homem”¹⁹⁰.

É relevante a ideia de que os direitos fundamentais individuais são resguardados, pois esta é a base primária do Estado Democrático de Direito. Nem se conjecture que o poder de polícia interfira na essência do direito de liberdade, mas fundamentalmente se presta a “alterar e adequar a manifestação do direito ao convívio social.”¹⁹¹. A esse respeito, Odete Medauar invoca a regra do *favor libertatis* ou *pro libertate*, esclarecendo que “o regime de polícia não pode significar proibição geral e absoluta, que impediria o exercício efetivo do direito”¹⁹². Em outras palavras, a liberdade é a regra. O modo de delinear sua manifestação fica a cargo da polícia, sob ingerência legal.

¹⁸⁷ Id. Op. cit., p. 778-9.

¹⁸⁸ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 396.

¹⁸⁹ Op. cit., p. 267.

¹⁹⁰ Op. cit., p. 177.

¹⁹¹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Op. cit., p.395.

¹⁹² MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*, p. 336.

Oportunamente, elucida Hely Lopes Meirelles que “o ato de polícia é um simples ato administrativo, porém com algumas peculiaridades”¹⁹³. Lembrando que o ato administrativo é a “forma primária de exercício da função administrativa”¹⁹⁴.

No mais, compreendida a essência dessa distinta função do Estado Administrador, traçam-se a seguir alguns conceitos predominantes que, em geral, infirmadas suas peculiaridades e seus pontos em comum, delineiam-se elaborações úteis ao presente estudo, não sem lembrar que a doutrina é extensa, conferindo sempre inúmeras outras possibilidades, aqui não indicadas.

Marcello Caetano assim define poder de polícia:

O modo de actuar da autoridade administrativa que consiste em intervir no exercício das actividades individuais susceptíveis de fazer perigar interesses gerais, tendo por objecto evitar que se produzam, ampliem ou generalizem os danos sociais que a lei procura prevenir¹⁹⁵.

Jean Rivero conceitua “poder de policia” como sendo “o conjunto de intervenção da Administração que tende a impor à livre ação dos particulares a disciplina exigida pela vida em sociedade”¹⁹⁶.

Na doutrina nacional, encontra-se grande variedade de conceitos.

Rui Cirne Lima ressalta que

à polícia incumbe criar as condições gerais indispensáveis para que os indivíduos, em ordem e harmonia, logrem conduzir, através do convívio cotidiano, o desenvolvimento de suas relações sociais, independentemente de “coação em cada caso concreto” ou “toda restrição ou restrição coercitivamente posta pelo Estado à atividade ou propriedade privada, para o efeito de tornar possível, dentro da ordem, o concorrente exercício de todas as atividades e a conservação perfeita de todas as atividades privadas”¹⁹⁷. (grifos do autor).

José Cretella Junior, após analisar a doutrina universal quanto ao tema, define, juridicamente, polícia como “o conjunto de poderes coercitivos exercidos pelo

¹⁹³ Op. cit., p. 122.

¹⁹⁴ TÁCITO, Caio. Op. cit., p. 55.

¹⁹⁵ *Princípios fundamentais do Direito Administrativo*, p. 269.

¹⁹⁶ RIVERO, Jean. *Droit Administratif* (apud Celso Antonio Bandeira de MELLO. Op. cit., p. 781.)

¹⁹⁷ LIMA, Rui. *Princípios de Direito Administrativo*. 4. ed. 1964, p. 106-7 (apud CRETELLA JÚNIOR, José. *Do poder de polícia*, p. 39.)

Estado sobre as atividades dos administrados, através de medidas impostas a essas atividades, a fim de assegurar a ordem pública”¹⁹⁸.

Para Hely Lopes Meirelles, poder de polícia “é a faculdade de que dispõe a Administração Pública para condicionar e restringir o uso e gozo de bens, atividades e direitos individuais, em benefício da coletividade ou do próprio Estado”¹⁹⁹.

Celso Antônio Bandeira de Mello atribui a "poder de polícia" sentido amplo e sentido estrito. O primeiro, quando se pressupõe atos do Legislativo e do Executivo. É a totalidade das medidas do Estado que delineiam a esfera juridicamente tutelada da liberdade e da propriedade dos cidadãos ²⁰⁰. Trata-se da aplicação primordial do princípio da legalidade, condicionante da atuação policial, que se expressa através da elaboração das leis e normas que ampliam ou restringem o exercício daqueles direitos. Dentro dessa esfera, o sentido estrito relaciona os atos propriamente ditos, promovidos pelo Executivo, que se dispersam em intervenções gerais, como os regulamentos, ou concretas e específicas, a exemplo das autorizações, licenças ou injunções²⁰¹.

Merece destaque, ainda, sua definição central, de excelente abrangência. Sob avaliação bastante elucidativa, abarcando características próprias do instituto, o autor demarca que polícia administrativa é

a atividade da Administração Pública, expressa em atos normativos e concretos, de condicionar, com fundamento em sua supremacia geral e na força da lei, a liberdade e a propriedade dos indivíduos, mediante ação ora fiscalizadora, ora preventiva, ora repressiva, impondo coercitivamente aos particulares um dever de abstenção (“non facere”) a fim de conformar-lhes os comportamentos aos interesses sociais consagrados no sistema normativo²⁰² (grifos do autor).

Trata-se, portanto, o poder de polícia, de função exercida pelo Estado Administrador, sob as limitações legais, de delinear ou interferir na manifestação dos direitos fundamentais de liberdade e propriedade, através de medidas próprias e específicas, para fins de convivência pacífica e ordenada dos componentes de uma comunidade, e em deferência à promoção do bem comum. Não há dúvida de que, diante

¹⁹⁸ Op. cit., p. 41. A propósito, nesta obra, o autor arrola inúmeros conceitos empregados na doutrina alienígena e brasileira, em diferentes épocas, e de rico conteúdo, que ora serve como indicação para uma leitura mais aprofundada.

¹⁹⁹ Op. cit., p. 123.

²⁰⁰ Op. cit., p. 780.

²⁰¹ Ibid., p. 195.

²⁰² Op. cit.

do valor de sua mediação, trazendo a lume a liberdade de cada um, e sua influência no meio de todos, por imposição legal, o poder de polícia sustenta a causa da cidadania com relevado propósito e cabimento.

3. 4 Características

Caracterizar o poder de polícia é tarefa tão ou mais complexa que sua conceituação. São as características próprias e inimitáveis que delineiam o conceito, diante de sua intrínseca objetividade. Leia-se, adiante, o texto de Rui Cirne Lima:

Ora, não é a polícia, a nosso ver, senão, igualmente, um afeiçoamento da realidade, embora de grau superior, à economia própria da coletividade social e do Estado. Ela se equipara à construção de estradas, à abertura de portos, às obras de guerra, à fundação de cidades. Da mesma sorte, entretanto, por que um salto se interpõe da só constatação das realidades pelo Estado à ação do Estado sobre as realidades, assim, também, desta última à polícia vai um salto. Rasgando estradas e portos, erguendo praças de guerra, fundando cidades, o Estado atua sobre realidades inanimadas. Fazendo polícia o Estado atua sobre realidades humanas. Limita atividades e propriedades privadas; disciplina, em aparência, meramente fatos e bens, na ordem material. Mas, em verdade, não desconhece, por detrás dos fatos e bens que diretamente visa, a existência da vontade humana, que, a uns e outros, os governa e dirige. Daquela equiparação, portanto, não se deverá concluir que a polícia é essencialmente a ação material do Estado. Pelo contrário, embora se proponha atingir fatos e bens na ordem material, é principalmente sobre a vontade humana que a polícia atua, — sobre as vontades que regem, no espaço e no tempo, os fatos do homem e as cousas postas a seu serviço. Não é a polícia, destarte, apenas uma exteriorização da força; antes, se se quiser diferenciá-la das funções congêneres do Estado, deverá assinalar-se que a polícia se distingue delas, exatamente porque nem sempre precisa empregar a força para a realização de seus fins. Ela o faz, algumas vezes, certo (...); mas isso não constitui regra²⁰³.

Trata-se de texto escrito há quarenta e cinco anos, mas que esboça com precisão importantes características do poder de polícia, tal como se manifestou durante esse período, até precisamente os nossos dias. Apesar de incidir sobre coisas, atua sobre vontades. E tão sobejamente incursionou o resultado dos comportamentos, que não se sabe ao certo se a obediência que suscita advém do receio ou do respeito, face o objetivo que tutela.

²⁰³ Op. cit., p. 111.

São presentes as características clássicas da discricionariedade ou vinculação, a auto-executoriedade e a coercibilidade, como formas de atuação, que serão adiante melhor descritas. Outras características há, ainda, que se acomodam aos conceitos elencados anteriormente, e que ratificam elementos do texto compendiado, merecendo destaque no presente estudo.

Celso Antonio Bandeira de Mello ressalta que o poder de polícia é revestido de “supremacia geral”, ou seja, as leis administrativas sob sua atuação incidem sobre todos os cidadãos subjugados ao império destas. Desse caráter geral, todavia — e essa é justamente uma peculiaridade do “poder de polícia”, que, segundo o autor, é aceita nas doutrinas alemã, italiana, espanhola, e praticamente ignorada na doutrina brasileira — extrai-se a “supremacia especial” que “só estará em causa quando existam vínculos *específicos* firmados entre o poder público e determinados sujeitos”. Muito embora, no Brasil, seja consolidada a figura da “supremacia geral”, ou seja, os poderes para agir devem ser extraídos diretamente das leis estendendo-se genericamente, a exemplo dos países europeus, também se verificam situações que exigem a necessidade de se reconhecer a figura da “supremacia especial”²⁰⁴.

Nestes casos, atenta-se para certas particularidades da relação que exige alguma outra fonte normativa que não apenas aquela originada do legislativo. Está se discorrendo sobre a relação entre o Estado e as pessoas que possuem vínculo com faculdades, escolas, ou bibliotecas públicas, por exemplo. Tais relações são específicas, demandando uma certa *disciplina interna*²⁰⁵. Dessa forma, delimitar regras para melhor convivência, como, por exemplo, a obrigação de silêncio nas bibliotecas, ou a proibição ou uso de certo vestuário nas escolas públicas, ou outras necessidades minuciosas, volúveis e particulares, seria exigir o impossível do Legislativo. Sendo cada caso um, com suas variantes, o Poder Legislativo ficaria saturado, não exercitando seu mister nos moldes necessários. Assim, diante dessa característica de “supremacia especial”, pode, então, dentro de suas atribuições, o poder de polícia emitir regras para cada caso, mas desde que fundamentadas em lei, e subjugadas a certos condicionantes²⁰⁶.

²⁰⁴ Op. cit., p. 781-3.

²⁰⁵ Ibid., p. 784.

²⁰⁶ Ibid., p. 785 e segs.

Entendendo diversamente, Diógenes Gasparini considera que uma situação que não esteja fundada num vínculo geral, mas numa “relação jurídica especial”, não vale como ato de polícia, mas como ato administrativo. Para esse autor, o ato de polícia necessita de quatro elementos, sem os quais resta descaracterizado: deve ser editado pela Administração ou quem lhe faça as vezes; fundamenta-se num vínculo geral; há interesse público e social; incide sobre a propriedade ou a liberdade²⁰⁷.

José Cretella Júnior também destaca que o poder de polícia não admite proteção de natureza particular; seu fim é o de assegurar paz, ordem e tranquilidade para cada um e para todos os membros de uma comunidade, e sua atuação se subsume a limitar atividades que perturbem o bem comum²⁰⁸.

Odete Medauar enumera algumas características próprias ao poder de polícia, entre as quais afirma que é “atividade eminentemente administrativa, ou seja, são atos, fatos, procedimentos realizados pela Administração, subordinados à ordem jurídica, sobretudo pelos princípios da constitucionalidade, legalidade, impessoalidade e moralidade”. Lembra ela, ainda, que, no Brasil, mesmo que sujeita à lei, a atuação da polícia abarca a apreciação dos casos concretos, fiscalizando e impondo sanções em caso de desatendimento. Ademais, “acarreta limitação direta aos direitos reconhecidos aos particulares”²⁰⁹.

A autora delinea, ainda, duas distinções que permitem maior identificação do instituto. A primeira é que a Administração intervém, ou se interpõe numa determinada atividade do particular, mas exime-se de qualquer responsabilidade, ao contrário do serviço público, que é responsabilidade do Estado²¹⁰. Como exemplo, tem-se a construção de um imóvel, ou a abertura de um negócio. Em ambas as situações, o particular está exercendo seu direito constitucional de habitar, bem como trabalhar, exercer sua profissão. Todavia, para que não prejudiquem o próprio interessado, terceiros, o meio ambiente, — entre outros bens de tutela pública —, a construção da casa ou a abertura do estabelecimento comercial devem obedecer a determinadas regras já previstas anteriormente pela Administração, dentro dos limites permitidos por lei. Assim, no caso da construção, sobrepõem-se várias exigências, tais como, material a ser

²⁰⁷ Op. cit., p. 129.

²⁰⁸ CRETELLA JÚNIOR, José. *Do poder de polícia*, p. 40.

²⁰⁹ *Direito Administrativo Moderno*, p. 334.

²¹⁰ Id.

utilizado na obra, tamanho, localização, entre outros a serem atendidos para que seja concedido o “habite-se” ao proprietário. Na hipótese em que este não atenda às exigências, eventuais prejuízos decorrentes de sua prática não serão responsabilidade da Administração, mas dele próprio, exclusivamente. O poder de polícia se faz presente, mas o Estado não se responsabiliza caso resulte, da atitude do particular, qualquer prejuízo à ordem social, a um vizinho, entre outros.

O segundo aspecto é a distinção entre o direito no sentido abstrato, que é pleno e ilimitado, mas que se regula no sentido concreto ²¹¹. Essa é a linha limítrofe na qual passa a incidir o poder de polícia, quando o direito se personifica. Assim, o mesmo direito passa a ter dois focos: aquele ilimitado pela norma, que se traduz no próprio direito resguardado constitucionalmente – ou abstrato –, e aquele que se concretiza, produzindo efeitos no meio. O direito existe de maneira abstrata, mas, na concretude, sofre a influência do poder de polícia.

Em sua essência, o poder de polícia tem por atributo evitar um dano. Sua perspectiva não é a atuação do particular, mas uma abstenção, razão pela qual se costuma caracterizá-lo como um poder negativo. Com efeito, é uma função administrativa que busca evitar prejuízos provenientes do exercício de liberdades das pessoas. É uma atividade estatal que pretende a abstenção, seja por fazer ou mesmo não fazer, para evitar o mal. Concebe prestação positiva, mas é aparente, importando ao Poder Público, em essência, que não ocorra nenhum dano social, por conta do exercício dos direitos. Deste modo, tanto as prestações positivas quanto as negativas têm por objetivo evitar a ocorrência de prejuízo à sociedade ²¹².

Veja-se que a atividade humana, seu pensamento e criatividade, não têm limites. Seu desenvolvimento e diversidade não se esvaem, mostrando-se impossível prever ou abranger todos os atos, suas variadas manifestações e interesses. O que caracteriza precipuamente o poder de polícia é, justamente, a flexibilidade imiscuída nessa função administrativa, que permite um campo amplo de proteção à ordem social, em razão de fatos imbatíveis, palpáveis e reais, que demandam comedimento, mas sob o comando legal. No dizer de Hely Lopes Meirelles, “a cada restrição do direito individual — expressa ou implícita em norma legal — corresponde equivalente *poder de polícia*

²¹¹ Id.

²¹² MELLO, Celso Antônio Bandeira de Mello, op. cit., p. 788.

administrativa à Administração Pública, para torná-la efetiva e fazê-la obedecida”²¹³ (grifo do autor).

3.4.1 Discricionariedade e vinculação

Já foi dito que a Administração Pública, assim como em todos os seus atos, ao aplicar o poder de polícia, submete-se ao princípio da legalidade²¹⁴. Segundo Renato Alessi, “o princípio da necessária legalidade da atividade administrativa impõe à Administração o ônus dela fazer somente aquilo que a lei consente”²¹⁵. Dentro daquilo que a lei consente, entretanto, pode haver uma margem de liberdade possível à Administração, de acordo com a circunstância ou a necessidade.

É bom recordar que o exercício de direitos gera muitas situações ainda não definidas especificamente em lei, dada a mutabilidade dos interesses e a quantidade desses, em progresso constante. Por outro lado, ocorrem fatos que, embora não enquadrados especificamente em lei, exigem providências rápidas e iminentes da Administração, não podendo esta aguardar todo um procedimento legislativo que as convalidem. Daí que a própria lei permite um campo de liberdade na atuação da Administração — dentro de seus limites — o que se denomina, conforme já verificado em capítulo anterior, discricionariedade.

A respeito, Marcello Caetano reafirma que “o *carácter normalmente discricionário dos poderes de polícia* é garantido por dois traços: fazerem parte de uma competência conferida por lei e visarem a realização de *fins* legalmente fixados”²¹⁶ (grifo do autor).

A discricionariedade, além de se tratar de característica da Administração, é um dos atributos do poder de polícia, verificada dentro desse campo de atuação. Esclarece Maria Sylvia Zanella di Pietro que “a lei prevê determinada competência, mas não estabelece a conduta a ser adotada, tratando-se de matérias em que é impossível

²¹³ Op. cit., p. 125.

²¹⁴ Esse princípio está explícito no artigo 37, da Constituição Federal Brasileira.

²¹⁵ ALESSI, Renato *apud* BERTONCINI, Mateus Eduardo Siqueira Nunes. *Princípios de direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 91.

²¹⁶ Op. cit., p. 272.

traçar todas as condutas em matéria de lesão, ou ameaça de lesão à vida, à segurança pública, à saúde, ao meio ambiente”²¹⁷. Diante de certas situações delimitadas em lei, há margem de liberdade para a atuação da Administração.

Ressalta Diogo de Figueiredo Moreira Neto que, quando o ato é discricionário, cabe à Administração a “escolha da *oportunidade* e a avaliação da *conveniência do seu consentimento*” (grifo do autor). No caso, a autorização de polícia, conferida discricionariamente, também poderá ser revogada, se a Administração verifique conveniente. Ressalta também o autor que, para haver uma autorização, a atividade pretendida pelo particular é, em princípio, *vedada*, sendo a autorização uma exceção (a cargo da discricionariedade da Administração), concedida de acordo com cada circunstância, gerando direitos perante terceiros²¹⁸.

Exemplo clássico é o da autorização para uso de arma de fogo. Decerto que não é permitido às pessoas andarem armadas. É situação, a princípio, vedada. Contudo, em alguns casos, verificadas as condições para tanto, pode a Administração permitir, em circunstâncias específicas, bem como revogar sua permissão. Outro exemplo, seria a concessão de autorização para realizar passeata em determinado dia e local previamente acordados. Ainda dentro do campo da discricionariedade, sabe-se que a caça a animais silvestres é proibida no Brasil; todavia, em determinada situação, poderia a Administração autorizar esse procedimento em certa região.

Importa mencionar, por oportuno, Celso Antonio Bandeira de Mello, para quem “o *próprio poder de polícia administrativa não pode ser caracterizado como discricionário* (grifo nosso)”²¹⁹. Sob sua observação, no Estado de Direito, não é crível existir um poder discricionário, propriamente dito, usufruído pela Administração. Discricionários são os atos que a Administração pode exercer. Não é o poder de polícia que é discricionário. Essa oposição do autor pretende, com acerto, afirmar que o poder de polícia subjugar-se à legalidade, sendo a efetiva discricionariedade aptidão do poder Legislativo. Os atos de polícia subjugados às leis compreendem certa discricionariedade.

²¹⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988*, p. 75.

²¹⁸ Op. cit., p. 399-400.

²¹⁹ Op. cit., p. 794.

Em regra, a lei é o limite para a discricionariedade administrativa. Contudo, dentro do marco legal de limitações, podem ser identificados outros limites à discricionariedade, apontados por Consuelo Sarria, que seriam a competência e a forma; o fim; a apreciação dos fatos, e sua qualificação jurídica. Ainda, segundo ela, os princípios gerais do direito, como a racionalidade ou razoabilidade, a justiça, a igualdade, o direito de defesa, bem como os conceitos jurídicos indeterminados²²⁰, constituem limites à discricionariedade, sendo “suscetíveis de fiscalização jurisdicional em sua aplicação”²²¹.

Diante do fato concreto é que se vislumbrará, efetivamente, a adequação dos atos que, dentro da esfera da legalidade, são ampliados ou limitados através da discricionariedade administrativa.

Essa assertiva pode ser constatada vislumbrando-se decisão proferida em 28/04/2009, pela 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal, tendo por relator o Ministro Eros Graus nos autos do Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 595.595-8, interposto pelo Município de Crisciúna, que se opunha à disponibilização de vagas em ensino fundamental e educação infantil para crianças carentes em seu território, por não haver tal projeto sido incluído na previsão orçamentária daquele exercício.

Através do venerando acórdão proferido pelos Srs. Ministros que participaram daquele julgamento, o Supremo Tribunal Federal fixou o seguinte entendimento:

Embora resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário determinar, ainda que em bases excepcionais, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam essas implementadas pelos órgãos estatais inadimplentes, cuja omissão - por importar em descumprimento dos encargos políticos-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatório - mostra-se apta a comprometer a eficácia e a integridade de direitos sociais impregnados de estatura constitucional". Precedentes. Agravo regimental a que se nega provimento.

²²⁰ Maria Silvia Zanella Di Pietro esclarece que *conceito jurídico indeterminado* seria expressão que não têm um sentido preciso, mas é encontrada nas normas jurídicas de vários ramos do Direito, por exemplo: boa-fé, bem comum, conduta irrepreensível, interesse público, ordem pública, moralidade, razoabilidade, entre outros. *Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988*, p. 97. São conceitos de compreensão generalizada que se adaptam a uma variedade de situações. Do mesmo modo que têm a possibilidade de ampliar o efeito discricionário, sofrem maior controle judicial, pois, na maioria das vezes, dependem de interpretação.

²²¹ SARRIA, Consuelo *apud* DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Ibid.*, p. 133-4.

Na mesma r. decisão supra referenciada, o ministro Eros Grau citou precedente proferido nos autos do Recurso Especial nº 436.996, através de v. acórdão publicado em 03/02/2006, tendo por relator o ministro Celso de Mello, cujo parcial teor, por oportuno, igualmente se transcreve:

[a] educação infantil, por qualificar-se como direito fundamental de toda criança, não se expõe, em seu processo de concretização, a avaliações meramente discricionárias da administração Pública, nem se subordina a razões de puro pragmatismo governamental.

Assim, “[o]s Municípios – que atuarão prioritariamente, no ensino fundamental e na educação infantil (CF, art.211, § 2º) - não poderão demitir-se do mandato constitucional, juridicamente vinculante, que lhes foi outorgado pelo artigo 208, IV, da Lei Fundamental da República, e que representa fator de limitação da discricionariedade político administrativa dos entes municipais, cujas opções, tratando-se do atendimento de crianças em creche (CF, art. 208, IV), não podem ser exercidas de modo a comprometer, com apoio em juízo de simples conveniência e mera oportunidade, a eficácia desse direito básico de índole social. Ressaltou ainda: Embora resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário determinar, ainda que em bases excepcionais, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam essas implementadas pelos órgãos estatais inadimplentes, cuja omissão - por importar em descumprimento dos encargos políticos-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatário - mostra-se apta a comprometer a eficácia e a integridade de direitos sociais impregnados de estatura constitucional”.

No caso referenciado, verifica-se a ocorrência de princípio de interesse público — a educação infantil — lapidado no texto constitucional, incidindo princípio de interesse público a exigir o controle jurisdicional.

Há outras circunstâncias, todavia, que encontram previsão legal estabelecida, não admitindo margem para exercício da discricionariedade. Nesses casos, o ato de polícia será vinculado. São situações especificadas em lei, com exigências e modos de proceder já delimitados, obrigando tanto a autoridade quanto o administrado. Exemplo de ato vinculado é quando a Administração concede uma *licença* ao particular. Pode ser licença para construir, licença para dirigir, licença para pilotar um avião, entre outros direitos que são cabíveis a todas as pessoas, mas mediante a satisfação das condições que a lei considera. Veja-se que o ato discricionário mostra-se, geralmente, como exceção que é permitida, após a avaliação da Administração. Já, quando há vinculação, há um direito pré-estabelecido, mas condicionado a determinadas exigências previamente impostas por lei.

Diogo de Figueiredo Moreira Neto enumera as características dos dois atos, declinando que, ao ato vinculado, uma vez atendidas as exigências legais, fica obrigada a Administração a conceder a licença. Também adverte ele que, “por ser ato *vinculado*, a *licença* não admite *revogação* e se torna *definitiva*, gerando um direito subjetivo, que se integra ao patrimônio do administrado que a recebeu”²²².

Comporta ressalva posição de Odete Medauar quanto a essa questão. A licença, como ato vinculado que é, de fato não pode ser negada, quando são atendidos todos os requisitos legais pelo interessado. Contudo, embora se suponha definitiva, pode estar sujeita a prazo de validade; pode ser anulada, caso surja ilegalidade superveniente; pode ser cassada, caso haja descumprimento de alguma condição, e pode ser revogada, sim, se oportunamente suceder razão de interesse público, cabendo, outrossim, indenização ao particular²²³.

Hely Lopes Meirelles compactua o mesmo entendimento de Odete Medauar, ressaltando a “possibilidade de *revogação* da licença por interesse público superveniente e justificado, mediante indenização, ou cassação por descumprimento de normas legais, ou *anulação* por ilegalidade na sua expedição”²²⁴(grifo do autor). Contudo, tais procedimentos exigem processo administrativo, oportunizando ao administrado a ampla defesa, havendo, ainda, possibilidade de que caso não satisfeita, tende a solucionar-se no judiciário.

3.4.2 Auto executoriedade

Considerando-se os aspectos particulares do exercício da polícia administrativa, no sentido de resguardar o interesse público e a comunidade de possíveis danos decorrentes do exercício das liberdades, delibera a doutrina vigente que, ao poder de polícia, é atribuída também a faculdade da auto-executoriedade, quando, então, prescinde a Administração da autorização do judiciário ou de qualquer outro poder para a prática de certos atos e decisões. Esse atributo é relevante, pois, a princípio, pode-se conjeturar possível afronta a direitos constitucionais, como, por exemplo, os incisos XXXV ou LV do

²²² Op. cit., p. 399-400.

²²³ *Direito Administrativo Moderno*, p. 337.

²²⁴ Op. cit., p. 131.

artigo 5º da Carta Magna, o que de fato não ocorre. É garantida a possibilidade de tutela judicial e perquirição de eventual indenização, caso as medidas auto-executáveis se mostrem arbitrárias ou eivadas de vício. Contudo, vale lembrar que tais medidas auto-executáveis devem, reitere-se, ser expressamente autorizadas por lei.

Tendo em vista o caráter traumático de algumas medidas, como, por exemplo, a apreensão de mercadorias ou bens, embargo de obra, e até mesmo súbita demolição, caso constatado perigo ou irregularidade, entre tantos outros, é imperioso que, além de previsão legal para tanto, sejam investidas de caráter de urgência, a fim de prevenir danos iminentes, em situações de interesse coletivo que não poderiam aguardar a demora de um pronunciamento judicial, ou mesmo o tramite de processo administrativo.

Esse consenso quanto à aptidão auto-executória pode ser extraído, pois, dos dois atributos que se pressupõe ao ato administrativo, consoante declina Luis Martins Fonseca Pires: “o da presunção de legitimidade e veracidade e o da imperatividade”²²⁵. Nesse pensamento, justifica o autor que somente assim é que a auto-executoriedade poderá ser imposta unilateralmente ao administrado, ainda que ele não concorde, a ponto de “constrangê-lo a atender o preceito”²²⁶.

Maria Sylvia Zanella di Pietro atenta para o desdobramento da auto-executoriedade em dois modos: um é a *exigibilidade*, que, segundo ela, “resulta da possibilidade (ou potencial) que tem a Administração de tomar decisões executórias”, ou “que a dispensam de dirigir-se preliminarmente ao juiz para impor obrigação ao administrado”. Através desse modo, impõe-se “meios indiretos de coação” como, por exemplo, a aplicação de multa. O outro desdobramento seria a própria *executoriedade*, que é a faculdade que tem a Administração, após decisão executória, de realizar diretamente a execução, inclusive com uso de força pública. Neste caso, os meios de coerção são diretos, como a apreensão de mercadorias ou interdição de uma fábrica²²⁷. De qualquer modo, a característica principal é justamente a possibilidade de agir com certa autonomia, após constatação ou verificação da possibilidade ou efetiva ocorrência de um dano social. A Administração toma a decisão, que pode ser oponível judicialmente. Pode, ainda, aplicar multa, e, caso persista a ocorrência, o administrado será compelido à

²²⁵ PIRES, Luis Manuel Fonseca. *Limitações Administrativas à Liberdade e à Propriedade*. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 93.

²²⁶ *Ibid.*, p. 94.

²²⁷ *Direito Administrativo*, p. 113.

força, através das medidas respectivas. Maria Sylvia Zanella di Pietro ressalta ainda que a exigibilidade está presente em todas as medidas de polícia, mas a executoriedade não²²⁸.

A propósito, nem sempre a situação chega a ponto de se exigir a tomada de medida traumática e conclusiva, pois a advertência, ou aplicação de multa (medidas indiretas), podem servir para a abstenção da prática nociva, pelo administrado (que certamente pretende evitar uma intervenção que possa ocasionar-lhe maiores prejuízos, ainda que “legítimos”), em vista da proteção do bem social.

Um aparte com relação às multas merece comentário: sua execução, ou cobrança, bem como de todas as demais prestações pecuniárias, somente poderá ser feita por via judicial²²⁹, o que elide a auto-executoriedade, especificamente nesse particular. Sua aplicação prescinde de permissão judicial, mas a execução só poderá ser satisfeita através do judiciário.

É bom ainda lembrar novamente, por oportuno, que não obstante a aparente autoridade de tal atributo, que parece transmitir excessivo desnivelamento entre Administração e administrados, tais medidas coativas e auto executórias, praticadas pela polícia administrativa, devem “respeitar as garantias individuais dos cidadãos constitucionalmente estabelecidas”²³⁰, havendo sempre a possibilidade de socorro junto ao Judiciário, seja para suspender as eventuais e indevidas providências administrativas, seja para a aferição de indenização, por ilegal atuação da Administração que tenha causado dano ao administrado²³¹.

3.4.3 Coercibilidade

A obediência ao poder de polícia não é facultativa, obrigando todos os administrados, isoladamente, ou em grupos. Esse poder detido pela Administração

²²⁸ Ibid. p. 114.

²²⁹ MEIRELES, Hely Lopes, op. cit., p. 129. No mesmo sentido é a indicação de José dos Santos Carvalho Filho, op. cit., p. 75.

²³⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira, op. cit., p. 800.

²³¹ Op. cit.

Pública, além de comportar a indispensável exigência de ser revestido de legalidade, se destaca pela possibilidade de uso da coerção.

Coerção, coação, uso de força ou poder, repressão, correção, impedimento — são situações de difícil aceitação numa sociedade ocidental, livre, democrática. No entanto, é atributo do Estado, no exercício do poder de polícia — obrigatoriamente suportado, aceito e ratificado pela comunidade e tutelado por lei — a imposição de medidas coercitivas, caso verificado que o exercício das liberdades causem prejuízo à sociedade. Trata-se de “mecanismo de frenagem de que dispõe a Administração para conter os abusos do direito individual”²³².

Evidentemente, devido aos resultados que suscitam, as medidas coercitivas devem ser regulamentamente delineadas para que não seja obrigado, o Estado, a responder por atos ilegais ou indevidos que desconstituem toda a prerrogativa que a lei conferiu à atuação policial. Assim, necessário que a norma legal expressamente admita esse ato de coerção, bem como se verifique situação de estreita necessidade, no sentido de evitar ou minimizar a ocorrência do dano.

A coerção se manifesta de várias maneiras e é auto-executável, ou seja, não é necessária solicitação judicial. Basta que a Administração identifique situação de dano, perigo de cometimento de fato ilícito, urgência, causadora de prejuízos sociais. É medida enérgica, direta, com objetivo de pronta resolução do problema ou resguardo do bem jurídico a ser tutelado.

Finalmente, muito embora as medidas de polícia não sejam sempre revestidas de coação, esse atributo é subentendido na atuação policial, como complemento à ação da lei e para instigar maior obediência e abstenção dos administrados, na prática de atos que podem eventualmente causar prejuízos sociais.

Vale lembrar que muitas ações humanas são refreadas pelo receio do castigo. Esse ritual tem início desde a infância, quando os pais educam através de trocas, condições, retenção de brinquedos, entre outros, que nos permitem, comparativamente, associar, mais uma vez, o Estado, no exercício do poder de polícia, a um pai educador,

²³² OSÓRIO, Fabio Medina. *Direito Administrativo Sancionador*. 5. ed. rev. at. amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 105.

em benefício da entidade familiar, precipuamente no que concerne ao atributo da coercibilidade.

Augustín Gordillo se opõe à inserção da coercibilidade como atributo privativo do poder de polícia. Segundo ele, a coação não é exclusividade da polícia, pois é algo comum a toda a atividade estatal.²³³ Vale lembrar que Gordillo entende não ser a polícia, inclusive, revestida de regime próprio. Conter nela toda a aura da coercitividade seria delegar importância demasiada a um instituto que referido autor reputa indefinido, ou mesmo superado. Para ele, a limitação de liberdades e a consecução do bem comum são objetivos de todo o ente estatal, não podendo restar subsumidas a uma das funções administrativas, no caso, o poder de polícia.

A realidade expressa, contudo, que poder de polícia não se dissocia do Estado, por isso sempre caracterizado como uma de suas funções. As características de incidência dessa função é que são peculiares, principalmente por sua potencial capacidade de se transmutar conforme a necessidade dos fatos emergentes. É aqui que o Estado se personaliza para acompanhar a liberdade, sendo esta, sem limites ou demarcações. A coação, pois, se transforma num atributo estatal flexibilizado através da polícia, para atender à finalidade de salvaguardar o interesse coletivo. Não se entende ser a coação exclusividade do poder de polícia, pois que também se manifesta em outros órgãos. No entanto, pode a coação ser empregada para prevenir ou limitar as atividades individuais capazes de prejudicar o interesse público, através do poder de polícia.

De toda sorte, assevere-se que a coação exige extrema cautela da Administração, “devendo haver proporcionalidade entre a medida adotada e a finalidade legal a ser atingida”²³⁴, ou seja, a medida deve ser adequada à situação. Nem mais, nem menos.

²³³ Op. cit., p. V-15.

²³⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Op. cit., p. 801.

3.5 Meios de atuação

A princípio, “o poder de polícia se exerce por proibições e por ordens, mas, e, sobretudo, por meio de normas limitadoras e sancionadoras da conduta daqueles que utilizam bens ou exercem atividades que possam afetar a coletividade”²³⁵.

Marcello Caetano destaca a atuação da polícia por meio de vigilância, regulamentos, e atos de polícia²³⁶.

Os regulamentos, ou decretos, portarias, resoluções, são atos normativos editados pela Administração, de conteúdo genérico, abstrato e impessoal²³⁷. São comandos gerais da Administração, que regulamentam situações diversas, contempladas no exercício das liberdades. É quando o Executivo atua como *legislador*, conforme se disse em capítulo anterior²³⁸.

Diogo de Figueiredo Moreira Neto elabora um quadro elucidativo da atuação da polícia administrativa²³⁹, o qual denomina ciclo de polícia. Esse ciclo de polícia se desenvolve em quatro etapas, iniciando-se a atuação da polícia com a *ordem de polícia*. Essa ordem de polícia é norteadada pelo preceito legal. Dentro da ordem de polícia existem duas hipóteses. A primeira, de *Negativa Absoluta*, é quando a lei determina que não se pratique determinado ato, pois pode prejudicar a comunidade, ou o interesse público, não havendo qualquer exceção, tampouco discricionariedade da Administração na veiculação do caso. A outra possibilidade é a *Ordem Negativa Relativa*, ou seja, há uma limitação, a princípio, que pode ser alterada mediante certas condições previamente avaliadas pela Administração (reserva de consentimento), ou seja, é relativa à discricionariedade da Administração.

²³⁵ LEAL, Aurelino. *Polícia e Poder de polícia*. Rio de Janeiro, 1918, p. 87 *apud* Rui Cirne Lima, op. cit., p. 111.

²³⁶ *Manual de Direito Administrativo*, p. 1164.

²³⁷ CARVALHO FILHO, José dos Santos, op. cit., p. 71.

²³⁸ Ver Capítulo 2, subtítulo 2.2.

²³⁹ Op. cit., p. 398.

Desse segmento da reserva de consentimento deflui o consentimento de polícia. Diz respeito a hipóteses em que o legislador exija *controle prévio*, por parte da Administração, *da compatibilização do uso do bem ou do exercício da atividade com o interesse público*. Se atendidas as condições jurídicas ou fáticas para o exercício do direito ou da propriedade, será expedido o *alvará*, que é a formalização da anuência ou consentimento da Administração²⁴⁰. Segundo Hely Lopes Meirelles, “o alvará pode ser definitivo ou precário: será definitivo quando expedido em razão de um direito subjetivo do requerente, consubstanciando uma licença. Será precário, quando concedido por liberalidade, expressando uma *autorização*”²⁴¹.

O terceiro modo de atuação é a fiscalização, que tem caráter preventivo ou repressivo. No primeiro caso, pretende evitar um ato com potencial a causar o dano. No segundo, prepara a repressão das infrações pela constatação formal dos atos infringentes²⁴².

Marcello Caetano faz referência à vigilância como uma das ações de caráter preventivo da Administração²⁴³. A vigilância é a observação da conduta das pessoas, tanto no espaço público que ocupam e no qual se movem, como no uso que fazem das coisas em geral, sua manifestação e procedimentos, a prática de suas atividades e o exercício do direito individual. A polícia está em toda a parte, avaliando condutas e sopesando se são prejudiciais ou não ao interesse público, ou ainda se o particular faz bom uso das autorizações e licenças que lhe foram concedidas. Com o advento da informatização, a vigilância é triplicada por meio de um acesso a dados, inclusive bancários e pessoais. Nesse momento, o Estado pode ser comparado ao “grande irmão”, mencionado na obra *1984*, de George Orwell. Há câmeras instaladas nas vias públicas; os dados pessoais são interligados. Entrementes, no caso da polícia administrativa, o objetivo é assegurar direitos e evitar danos à comunidade.

Imagine-se que a Administração concedeu alvará de licença para construção de uma casa com dois andares, num bairro onde o zoneamento permite apenas esse patamar. A construção tem início, e o proprietário resolve aproveitar para construir um

²⁴⁰ Ibid., p. 399.

²⁴¹ Op. cit., p. 131.

²⁴² MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo, op. cit., p. 400.

²⁴³ Op. cit., p. 1165.

terceiro andar. Neste caso, ocorrem duas hipóteses: ou o fiscal aparece no local, por ser sua área de atuação, ou o vizinho denuncia a irregularidade.

Uma vez constatado que o proprietário infringiu seu direito, a Administração poderá lavrar o auto de infração, que é a formalização da irregularidade, para oportuna aplicação de sanção, que pode ser a aplicação de multa, embargo da obra, ou até mesmo demolição, se for o caso. O mesmo ocorre com a autorização em outras áreas nas quais é possível vislumbrar a atuação da polícia administrativa.

A quarta hipótese de atuação da Administração, uma vez verificada a ocorrência da infração, será a aplicação de sanção de polícia, discriminada a seguir, merecendo capítulo à parte.

3.6 Sanção de polícia

A Lei nº 11.705/2008, que alterou o *caput* do artigo 165, do Código de Trânsito, dispõe que o condutor que dirigir veículo automotor embriagado será penalizado com multa e perda da carteira de motorista por 12 (doze) meses. Esse é um dos muitos exemplos da sanção que a polícia administrativa aplica sobre os administrados que promovem atos com potencial de causar dano à coletividade. Consumir bebida alcoólica, a princípio, não prejudica a coletividade (diretamente). Dirigir também não. A associação das duas liberdades pode causar danos incomensuráveis, inclusive à vida, pois é sabido que o consumo de álcool altera os reflexos e comportamentos, tratando-se de uma das maiores causas de acidente e morte no país.

Outro exemplo recente é o da lei de combate ao fumo, que pune os restaurantes e afins, com pena de multa e cassação da licença de funcionamento. Se não houver a possibilidade de incidência de sanção, certas situações permanecerão inalteradas, ainda que causem mal ao meio social.

Veja-se que a medida sancionária deve ser revestida de força coercitiva o bastante para compelir, efetivamente, a não reincidência, diante da punição. Não se deve esquecer, contudo, como foi dito anteriormente, que a sanção deve estar delimitada por lei e ser proporcional à infração cometida.

Lembra Odete Medauar que as medidas de polícia implicam obrigações de fazer ou não fazer, e a possibilidade de impor sanções decorre justamente de seu descumprimento²⁴⁴. E Diogo de Figueiredo Moreira Neto afirma que “a *sanção de polícia* vem a ser a *submissão coercitiva do infrator a medidas inibidoras (compulsivas) ou dissuasoras (suasivas) impostas pela Administração*²⁴⁵ (grifos do autor). A multa é uma das mais comuns, passível de ser aplicada universalmente, ou seja, para inúmeras situações. As demais sanções são definidas de acordo com a atividade, cabendo a penalidade respectiva, a fim de evitar que o dano se mantenha. É possível que a obra seja interditada, gêneros alimentícios inutilizados, licenças sejam cassadas, veículos apreendidos, entre outras tantas, sempre desagradáveis ao infrator, pois brecam a atividade que provocou o dano.

Hely Lopes Meirelles reafirma que as condutas às quais incide a sanção de polícia “não são crimes”, mas inconvenientes à sociedade²⁴⁶, razão pela qual é possível impor-se multa, interdição, demolição, destruição, inutilização e embargo²⁴⁷, entre outras penalidades adequadas ao comportamento nocivo.

Para Marcello Caetano, os elementos necessários à atividade policial que constituem a garantia dos direitos da Administração são: a *execução directa*, a *execução sub-rogatória* e as *sanções penais*²⁴⁸(grifos do autor). Afirma, então, que quando as ordens de polícia não são acatadas voluntariamente, os agentes podem proceder à execução, quer pelo uso da força, quer pela detenção, bem como, levantamento de autos de transgressão para aplicação das penas respectivas. Consigna ele, acompanhado de Odete Medauar, que deve ser assegurado ao sujeito os princípios do contraditório e da ampla defesa, através do competente procedimento administrativo²⁴⁹.

²⁴⁴ *Direito Administrativo Moderno*, p. 339.

²⁴⁵ Op. cit., p. 401.

²⁴⁶ Op. cit., p. 132.

²⁴⁷ GASPARINI, Diógenes, op. cit., p. 137.

²⁴⁸ *Manual de Direito Administrativo*, p. 1171 e segs.

²⁴⁹ Medauar, Odete, *Ibid.*, p. 339.

3.7 Extensão e abrangência do poder de polícia

Com razão e conhecimento de causa, denuncia Cretella Junior a dificuldade em descobrir um critério seguro que permita estruturar classificação sistemática e suficiente para abranger todas as espécies cabíveis da polícia administrativa²⁵⁰. São inúmeras as áreas de atuação, e cada uma, de abrangência global, se distende em várias outras, numa infinidade de situações.

O artigo 78 do Código Tributário Nacional define poder de polícia:

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 tranqüilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos.

No Estado social, a regulamentação e controle estatais incidem sobre profissões, emprego, mercado, economia popular, pesos e medidas, comunicações, propaganda, estética urbana, diversões públicas, meio ambiente, cemitérios, patrimônio histórico e artístico e vários outros setores²⁵¹. Conforme passam a existir novas modalidades de direitos e liberdades praticadas pelos indivíduos, a Administração, em constante vigilância, busca adequar as limitações dentro do que entende ser o modo mais competente de gerir a ordem social. A evolução tecnológica, as novas necessidades e exigências sociais, a globalização, todos institutos extremamente dinâmicos e com poder de transformação são colocados em confronto com a discricionariedade administrativa e seu papel de policiar as liberdades.

Antigamente, o poder de polícia limitava-se à segurança, saúde e moralidade públicas, impondo proibições dentro destas esferas, sempre no sentido de abstenção, ou negativa. Atualmente, também abrange a ordem econômica e social nas suas mais variadas ramificações, impondo também prestações positivas, como no caso do cumprimento da função social da propriedade. Não basta mais que o proprietário

²⁵⁰ *Do poder de polícia*, p. 59 e segs.

²⁵¹ MOREIRA, João Batista Gomes, *op. cit.*, p. 365.

mantenha essa condição sem realizar diretamente qualquer ato que possa corromper a ordem. O simples fato de ser detentor de um imóvel nos moldes delimitados legalmente — não importa se recebido por herança, ou adquirido — não confere mais ao proprietário o direito de dele dispor como quiser. É preciso que esse imóvel cumpra sua função social, nos termos do artigo 5º, inciso XXIII da Constituição Federal.

No caso da propriedade rural — e aí está um exemplo de prestação positiva imposta pelo Estado —, o proprietário vê-se obrigado a fazer o devido uso da terra, explorando-a de maneira adequada e racional, nos moldes legais²⁵²; deve atender devidamente às normas trabalhistas, se tiver funcionários e à legislação ambiental, entre outras exigências legais, sob pena de ser sancionado com a desapropriação de seu imóvel.

Atua a polícia administrativa através dos regulamentos que edita, bem como da fiscalização para verificar se o imóvel atende à legislação pertinente. Tudo através de procedimento administrativo, com direito à ampla defesa.

Outros campos de atuação da polícia administrativa são identificados através dos artigos da Constituição Federal, configuradas as limitações, por exemplo, ao exercício das profissões (art. 5º inciso XIII), ao direito de reunião (art. 5º inciso XVI), à liberdade de comércio (art. 170 e 173). Além disso, inúmeros diplomas legais disciplinam a matéria, a saber, o Código Civil, em seu artigo 188, o Código das Águas, o Código Florestal, a Lei do Meio Ambiente, o Código de Caça e Pesca, o Estatuto da Cidade, a Lei do Trânsito, entre outros²⁵³.

Nas doutrinas clássicas, Themístocles Brandão Cavalcanti²⁵⁴ e José Cretella Junior²⁵⁵ desenvolvem, cada um a seu modo, abrangente estudo sobre manifestações de liberdade erigidas no texto constitucional, conceituando e descrevendo a atuação de alguns ramos da polícia administrativa, entre os quais a polícia de manifestação do pensamento, de reunião e associação, consciência e culto, propriedade, de construções e vizinhança, do trânsito, do comércio, costumes e profissões.

²⁵² As disposições concernentes à matéria são expressas na Lei 8.629/93.

²⁵³ AZEVEDO, Renato Beiriz Brandão disponível em:

<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/3877/Poder-de-policia>

²⁵⁴ Op. cit., p. 120-82.

²⁵⁵ *Do poder de polícia*, p. 56 e segs.

Ainda, a propósito da polícia administrativa, Cretella Junior, acompanhando a cátedra de Georges Vedel, faz duas distinções: polícia administrativa geral e polícia administrativa especial, sendo que:

A primeira compreende tudo que está abrangido nos três termos *segurança, tranqüilidade e salubridade* e a segunda tem dois sentidos, compreendendo o primeiro as atividades de polícia cujos fins não são diferentes daqueles que persegue a polícia geral, mas que são submetidos a regime particular (derrogatório e exorbitante do direito comum), abrangendo o segundo, que é mais característico, as polícias *que visam a objetivos que não figuram no conteúdo normal da polícia geral*, como, por exemplo, *a polícia de estética*, a quem não cabe zelar nem pela *segurança*, nem pela *tranqüilidade*, nem pela *salubridade*²⁵⁶ (grifos do autor).

É bom sinalizar que as várias expressões utilizadas para identificar as áreas de atuação, como polícia de costumes, polícia de reunião, e as demais, não significa dizer que existam várias polícias. A atuação do Estado é uma só, a polícia é apenas uma, que atua em inúmeros segmentos, daí a nomenclatura adjetivada.

Finalmente, com relação à polícia administrativa, dentre todas as áreas existentes e iminentes, a atuação se subsume às infrações, às situações lícitas, mas potencialmente perigosas, que podem causar danos à sociedade, à atuação emergencial, em casos de necessidade, às cautelas e prevenções²⁵⁷, entre inúmeros atos distribuídos nos diversos setores.

3.8 Limites

Como não poderia deixar de ser, no Estado Democrático de Direito, aos limites também se impõem limites, sob pena de instalar-se uma ditadura de polícia que não encontra espaço dentro da concepção das Constituições ocidentais, a brasileira aí incluída, tampouco no espaço que a cidadania e os direitos humanos conquistaram.

Apesar da absoluta ampliação da interferência do Estado nos mais variados setores, não só nas questões de segurança, mas na ordem econômica e social como um todo, as medidas de polícia encontram demarcados seu desenvolvimento e execução —

²⁵⁶ Op. cit., p. 54-5.

²⁵⁷ MOREIRA, João Batista Gomes, op. cit., p. 362.

ressalte-se — em benefício da comunidade, do Estado, e, principalmente, de sua preservação. Qualquer ato de polícia que supere esses interesses, excede os limites que a lei instituiu.

Marcello Caetano identifica que a polícia não pode intervir em questões privadas, nem interesses particulares, devendo respeitar a vida íntima e o domicílio do cidadão²⁵⁸. Esta regra busca, inclusive, distinguir as medidas de polícia da função jurisdicional. Outro ponto por ele destacado, é o de que a polícia deve atuar sobre o perturbador da ordem, e não sobre aquele que exerce legitimamente seu direito. Assim, o direito individual deve prevalecer. Aquele que o exerce indevidamente deve ser obstado da prática de seus atos. Dirigir automóvel é um direito acessório à livre locomoção. Não se pode apreender o veículo de qualquer motorista. *Dirigir um automóvel embriagado* enseja medidas de polícia, tais como multas e apreensão do veículo. Os exemplos são infundáveis, residindo no exercício de cada liberdade humana como contradição.

A terceira ilação destacada por Marcello Caetano é a de que as restrições e coações impostas ao infrator não podem exceder ao estritamente necessário²⁵⁹. Trata-se aqui do emprego do princípio da proporcionalidade, pois o emprego da força maior do que a necessária, ou de castigo além do devido, constitui abuso de autoridade digno de processo e responsabilidade do agente. Imagine-se, no caso do automóvel, se o agente resolvesse destruir o carro para punir o infrator. É preciso coligar a extensão e a intensidade da medida, para que se possa atingir o fim colimado²⁶⁰.

Com propriedade, Odete Medauar destaca que o primeiro limite ao exercício do poder de polícia situa-se nos próprios direitos fundamentais arrolados na Constituição Federal. O reconhecimento do direito fundamental configura limite ao poder de polícia²⁶¹. No âmbito da configuração dos direitos fundamentais é que se identificam os limites da ação policial. Se existe lei disciplinadora do direito fundamental, ela é o limite, devendo a lei ser interpretada no sentido mais favorável ao exercício do direito. Já quando o fato não disciplinado em lei exige medida da polícia administrativa, a fim de assegurar a ordem

²⁵⁸ *Manual de Direito Administrativo*, p. 1156.

²⁵⁹ *Ibid.* p. 1158.

²⁶⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Op. cit.*, p. 801.

²⁶¹ *Direito Administrativo Moderno*, p. 338.

social e resguardar o interesse público, deve-se atentar para a necessidade e proporcionalidade, devendo os meios ser delimitados por lei²⁶².

Veja-se que contornar ou manter-se na esfera desses limites não é tarefa fácil. Corre-se o risco, certamente, de aviltar a legalidade no uso do poder discricionário ao avaliar até onde vai o direito, seu limite e sua suspensão. Mais uma vez tornemos a Gordillo, para quem a noção de polícia é perigosa, pois sustentá-la é preferir o poder e a autoridade aos direitos e à liberdade²⁶³. Talvez sob outro ângulo, e com respeito às críticas por ele colimadas, parece que poder de polícia é um mal necessário. Da mesma forma que todas as manifestações vindas de cima, sem as quais não é possível resguardar o mínimo de igualdade — dadas às características humanas instintivas — faz-se necessário um contraponto, o equilíbrio necessário para tudo, para que as correntes do tempo se desenvolvam saudavelmente, e as relações das pessoas não se esfacem. A sociedade precisa se manter inviolável, para o bem de todos. Importa, todavia, policiar a polícia para que a discricionariedade que pode ascender aquém do limite, não exija medidas externas. Não se pode suprimir o poder de polícia, pois, repita-se, é o modo que a comunidade e o Estado encontraram para harmônica convivência. Veja-se que a sociedade não se opõe ao poder de polícia, muito pelo contrário. Submete-se naturalmente. Todavia, conforme se manifesta Diógenes Gasparini, em pensamento reiterado por José dos Santos Carvalho Filho²⁶⁴:

É na conciliação da necessidade de limitar ou restringir o desfrute individual e da propriedade particular com os direitos fundamentais reconhecidos a favor dos administrados, que se encontram os limites dessa atribuição. Assim, mesmo que a pretexto do exercício do poder de polícia, não se podem aniquilar os mencionados direitos. Qualquer abuso é passível de controle judicial (*RDA*, 117:273)²⁶⁵.

Por derradeiro, diante da abrangência que o texto indica, na esteira dessas conclusões, vale a pena citar Hely Lopes Meirelles que dispõe, em poucas palavras, a justificativa dos atributos de polícia, de cuja relevância se sobrepõe aos próprios limites, fazendo recordar o grande *Leviatã* de Hobbes, e a outorga de poderes de representação da comunidade ao Estado, ora na figura do administrador:

²⁶² Id., p. 339.

²⁶³ Op. cit., p. V-21.

²⁶⁴ Op. cit., p. 73.

²⁶⁵ Op. cit., p. 133.

Através de restrições impostas às atividades do indivíduo que afetem a coletividade, cada cidadão *cede parcelas mínimas de seus direitos à comunidade* e o Estado lhe retribui em *segurança*, ordem, higiene, sossego, moralidade e outros benefícios públicos, propiciadores do conforto individual e do bem estar geral. Para efetivar essas restrições em favor da coletividade o Estado utiliza-se desse poder *discricionário*, que é o *poder de polícia administrativa*. Tratando-se de um poder discricionário, a norma legal que o confere não minudeia o modo e as condições da prática do *ato de polícia*. Esses aspectos são confiados ao prudente critério do administrador público. Mas se a autoridade ultrapassar o permitido em lei, incidirá em abuso de poder, corrigível por via judicial. O ato de polícia, como ato administrativo que é, fica sempre sujeito à invalidação pelo Poder Judiciário, quando praticado com excesso ou desvio de poder²⁶⁶ (grifos nossos e do autor).

Destarte, torna-se bastante considerável o limite que se contrapõe à discricionariedade do ente administrador. Todavia, ainda que limitada é necessária, por concordância tácita da sociedade, que se rende aos atos administrativos legais que tornam a ordem possível, considerando-se pluralidade de interesses ocorrentes entre os cidadãos, e o exercício de seus direitos.

3.9 Competência

É de bom alvitre lembrar, primariamente, que a competência para legislar quanto às condições, características e atributos do poder de polícia cabe, exclusivamente, ao Legislativo. Detém, contudo, a função de polícia administrativa, o Executivo, na esfera Federal, Estatal ou Municipal.

A competência para o exercício do poder de polícia é, a princípio, do órgão Executivo da entidade a quem a Constituição Federal outorga a competência para legislar.²⁶⁷ Deste modo, os assuntos de competência legislativa da União, que abrangem interesse nacional, ficam sujeitos ao policiamento da União; as matérias de interesse regional se sujeitam à polícia estadual e os assuntos de interesse local são da alçada da Administração Municipal²⁶⁸. Sucede, porém, que algumas atividades interessam simultaneamente às três entidades estatais, razão pela qual é possível a atuação policial concorrente, em caráter de exceção²⁶⁹.

²⁶⁶ Op. cit. p. 127.

²⁶⁷ GASPARINI, Diógenes. Op. cit., p.130.

²⁶⁸ MEIRELLES, Hely Lopes, op. cit., p. 122.

²⁶⁹ Id.

De outro plano, Celso Ribeiro Bastos demonstra a possibilidade de haver uma determinada matéria sido regulada pela União — no que constitui a regra —, mas “pode ter repercussões muito além das condições intrínsecas ao seu desempenho, para atingir circunstâncias exteriores a ela, embora relacionadas, que interessem a outras pessoas de direito público”²⁷⁰ — por exemplo, o Município. Outras condutas podem mostrar-se diferenciadas, podendo, segundo elucida referenciado autor, a competência do Município ser exercida cumulativamente com o Estado ou a União; pode também a intervenção da União suplantar totalmente qualquer hipótese de medida Municipal ou Estatal, bem como “é admitida a atividade policial-administrativa pelo Município em matérias alheias à sua regulação legislativa, quando ele se vê diretamente interessado na matéria e o órgão competente encontra-se desaparelhado para exercê-la eficazmente”²⁷¹. Há justificativa jurisprudencial, inclusive, no sentido de que certos interesses locais não podem ficar no aguardo de medidas expedidas por um órgão mais distanciado, tendo em vista a tutela de interesse público a preservar.

A regra, de toda sorte, encontra-se expressa a partir do artigo 22 da Constituição Federal, lembrando que:

a competência legislativa da União sobre os assuntos relacionados no artigo 22 não exclui competência municipal ou estadual, e, portanto, não exclui o poder de polícia destes quanto aos aspectos externos à essência mesma da matéria deferida à União²⁷².

À guisa de demonstração, tome-se que a União legisla sobre o trânsito ou transporte, conforme se define do inciso XI do dispositivo constitucional supra referenciado. Todavia, o poder de polícia Municipal pode limitar atitudes dos motoristas que prejudiquem a ordem pública, inclusive autuando ou mesmo determinando dias e horários para tráfego de automóveis, como é o caso do rodízio municipal, aplicação de multas, entre outros.

²⁷⁰ BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 156.

²⁷¹ *Ibid.*, p. 157.

²⁷² MELLO, Celso Antônio Bandeira, *op. cit.*, p. 804.

CAPÍTULO 4 – CIDADANIA E O EXERCÍCIO DO PODER DE POLÍCIA

4.1 Omissão do poder de polícia: uma visão realista

Num primeiro aspecto, pode-se afirmar que vocação adotada pela Administração sob o comando do Executivo, desde que se formou o triângulo de poderes, na era das revoluções liberais, foi de extremo conservadorismo, tendo, como justificativa, suas funções de gestão dos interesses da sociedade, razão pela qual, nesse particular, tornou-se onipotente, “inacessível a interferências externas em sua atividade, até mesmo dos próprios administrados”²⁷³.

Não bastasse esse distanciamento, que tolhe do homem a valorização de sua perspectiva participativa, quando se fala em limitar liberdades individuais e o direito à livre utilização da propriedade, a primeira reação é a de relutância e auto preservação, emergindo, por conta disso, sentimentos contraditórios naqueles sobre os quais recaem as medidas administrativas. Desse modo, quando restringido o exercício de seus direitos, muitos indivíduos, grupos, ou mesmo classes, demonstram inconformismo com os atos da Administração Pública na aplicação do poder de polícia. O indivíduo não se empenha por pensar ou almejar o bem comum — não por instinto natural —, mas como modo de defesa diante de algo do qual não participa, de cuja essência muitas vezes desconhece.

Vale lembrar que construído e sedimentado por décadas, esse tipo de individualismo da selva, ou de sobrevivência, peca por não pretender ampliar seu campo de visão às necessidades da totalidade, ou da grande maioria. Esse lamentável comportamento, delineado por uma filosofia própria, negativa, imiscuída exemplarmente

²⁷³ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do Direito Administrativo*. 2. ed atual. ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

no histórico brasileiro, criou condições para a proliferação dos mais variados vícios e aberrações sociais, envolvendo, inclusive, a própria Administração e sua relação com os interesses dos administrados.

Falamos do modelo brasileiro, pois seria necessário buscar as características específicas de cada país para adaptá-las ao que se pretende desenvolver, o que não é o objetivo deste trabalho; mas lembramos que as circunstâncias acima mencionadas atingem a todos. Com certeza, a maioria dos países comunga de uma administração excessivamente burocrática, com focos de corrupção. Ainda prolifera o famoso “jeitinho”, ou a jurássica, mas sempre atuante “lei de Gerson”²⁷⁴.” De sua parte, a administração traça seus objetivos, muitas vezes adequados a interesses políticos, sendo conivente com a falta de informação que deixa de prestar ao cidadão. Esse relevante detalhe é aceito com naturalidade pela maioria da população brasileira, a quem falta o incentivo à educação, e ao qual se atribui o estigma, questionável, de “povo pacífico”. Não se pretende incentivar uma guerra interna ou a anarquia, decerto, mas a construção de uma identidade nacional acomodada é que mantém uma comunidade aparentemente “alegre” e intimamente frustrada, sem vontade, absolutamente inconsciente de que a nação lhe pertence.

Ainda é incerto se a postura do Estado e sua máquina administrativa, para não falar dos governantes, leva a sociedade a manter determinado comportamento ou se se trata — conforme usualmente se afirma — de questão cultural decorrente de uma colonização de cunho exploratório, através da qual sempre se buscou extrair o máximo dessas terras, sem a devida contraprestação, o que, diante da aparente impossibilidade de realizar mudanças, justifica uma aparente inércia da população; ou um misto das duas possibilidades. A primeira hipótese, com certeza. A segunda, é discutível.

Com a mesma exegese, Rousseau apôs, em sua obra principal:

Numa cidade bem dirigida, todos correm às assembléias. Sob um mau governo, ninguém quer dar um passo nesse sentido, porque ninguém se interessa pelo que

²⁷⁴ Referência ao meio campista Gérson de Oliveira Nunes, que atuou na Copa do Mundo em 1970. Contratado para um comercial de cigarros, sua frase célebre ao anunciar o produto: “Gosto de levar vantagem em tudo” tornou-se sinônimo de mau comportamento, ou de pessoa que se preocupa em obter vantagem em detrimento dos demais, daí a ideia de corrupção, malandragem, entre outras similares.

nela se faz, porque sabe de antemão que a vontade geral não prevalecerá e porque, enfim, os cuidados particulares tudo absorvem²⁷⁵.

A verdade é que o poder da pessoa se diluiu. A consciência da sua capacidade de impor opinião ou emitir influência diante do monstro sócio-estatal perdeu-se em algum lugar do tempo, subjugada, ainda, à satisfação de suas iminentes necessidades, decorrentes da sociedade de consumo acirrado, tendo como expoente máximo para a realização da felicidade do homem, sua capacidade financeira.

Também, em idêntico patamar, tem-se o conglomerado de cabeças concentradas em uma personalidade una, sem individualidade, massificada pela rapidez com que os meios de comunicação se manifestam através de tecnologia cada vez mais avançada. É interessante notar o quanto esses meios de comunicação se mostram competentes para sinalizar a conscientização do cidadão, conforme lhes apraz. Basta apenas uma novela que explore determinado tema social para que a população hasteie a bandeira e assimile a causa para si, pelo período em que a história televisiva se estender. Não é uma conscientização legítima, mas circunstancial. O oposto também ocorre.

Maus exemplos televisivos são facilmente assimilados por cabeças que não foram devidamente preenchidas com a realidade e com valores. Mais uma vez se depara com o delicado problema da educação, embrião que não se desenvolve a contento, e desemboca na massificação alienada.

Moacir Pereira adverte que os meios de comunicação, hoje, representam um “verdadeiro oligopólio a ditar normas de comportamento social, ético, político e religioso para a maioria da nação, originando uma massa compacta passiva, que tudo consome, sujeitando-se aos competentes programas televisivos alienantes.”²⁷⁶

Assevere-se que, impossibilitado por norma constitucional que garante a liberdade de expressão e pensamento, não seria possível ilidir a hipnose desordenada que acomete a população, paralisando seu raciocínio lógico. O orçamento estatal, contudo, poderia ser empregado para criar uma programação instrutiva, ao mesmo tempo

²⁷⁵ ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O contrato social*. Trad. Antônio de Pádua Danesi. São Paulo, Martins Fontes, 1989, p. 124 *apud* SOARES, Fabiana de Menezes. *Direito Administrativo de participação (Cidadania, Direito, Estado e Município)*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997, p. 53.

²⁷⁶ PEREIRA, Moacir *apud* BASTOS, Celso Ribeiro; TAVARES, André Ramos. *As tendências do direito público no limiar de um novo milênio*. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 420.

interessante, que prendesse a atenção do público tal como ocorre com as novelas, que informasse e conscientizasse a população e consolidasse o desesperançado civismo.

Infelizmente, um dos maiores problemas sociais é justamente a formação da pessoa — prioridade relegada a último plano. Esse deveria ser o primeiro e principal dever de fiscalização da polícia administrativa — o controle salutar da educação, tanto pública quanto particular, consideradas todas as esferas de receptividade de informações.

Recentemente, detectou-se a distribuição, pela Secretaria do Estado da Educação, de livros que deveriam servir como material de apoio a crianças da 3ª série do ensino fundamental, na faixa dos nove anos de idade, trazendo conteúdo impróprio, palavrões, referências a drogas e à sexualidade. Qual o critério para a seleção desse tipo de obra, e quais as consequências para os menores? Consta que vários livros já haviam sido distribuídos quando, então, os professores constataram tais anomalias. Esse seria um campo de atuação preventiva da polícia administrativa, caso houvesse a fiscalização anteriormente à distribuição. Como sanção, o governador afirmou que iria “punir os responsáveis” (que macularam um segmento importantíssimo de sua administração, concedendo mais um argumento para a oposição, por ocasião de novas eleições), e é justamente o que pais, docentes e a sociedade aguardam que seja feito. Resta saber se tal promessa será realmente cumprida.

Em interessante estudo sobre o Estado social, Paulo Bonavides, discorrendo sobre a obra *Verfassungsprobleme der Sozialstaats*, de Ernst Forsthoff, avalia questões bastante realistas de alguns aspectos da comunidade ocidental contemporânea, com sua política de massas e a relação com o Estado. Dentro daquele contexto, ressalta ele que o homem contemporâneo é homem-massa. Quanto ao Estado social, por ser naturalmente um Estado intervencionista, acaba impondo a presença política na vida dos indivíduos, numa relação de extrema dependência destes ao Estado, “esperança messiânica de sua salvação, como náufragos em desespero”²⁷⁷.

Ainda, no mesmo estudo, e sob a interpretação de Bonavides, é possível extrair-se, sob a visão de Forsthoff, a histórica perda do “espaço existencial autônomo” do

²⁷⁷ BONAVIDES, Paulo. *Do Estado liberal ao Estado social*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 200.

homem — em perspectiva assustadoramente familiar — e quais as consequências advindas ao caráter e existência do próprio homem. Leia-se o texto:

O Homem, que antes dominava um largo espaço existencial autônomo, com a sua casa, a sua granja, a sua horta, o seu estábulo, a sua economia doméstica, organizada e independente, aquele Homem, com o qual o século XIX ainda amanhecera, é, em nossos dias, um resignatário de toda essa esfera material subjetiva, que o capacitava, na ordem política, a adotar uma filosofia individualista e liberal, e, na ordem econômica, a crer em suas próprias energias pessoais e assumir perante o Estado uma atitude de firmeza, independência e altivez. [...] O Homem de nossos dias não tem reservas para enfrentar, resoluto, a hora das crises, e, como dispõe apenas de um *espaço existencial mínimo*, que, nos casos extremos, já freqüentes em grandes centros populacionais, o faz inquilino de um quarto sublocado, prestacionista de bens que o conforto tecnológico sedutoramente lhe oferece, aumentando-lhe o fardo dos compromissos materiais assumidos, esse homem angustiado e neurótico do século XX move-se com insegurança num círculo de interesses que estreitam e acentuam cada vez mais sua dependência em face do Estado.

O homem vive num círculo vicioso que as circunstâncias lhe impuseram. De sua necessidade em buscar no Estado a salvação para se desvencilhar das correntes do cotidiano, posiciona-se inferior a ele, omissa a si próprio, já complexado, retraindo-se e afastando-se de um espaço que lhe pertence por direito de nascimento e condição.

Nesse contexto, é possível, então, observar que a cidade, muitas vezes, espelha o descompromisso da própria população com a coisa pública. A população se resigna a tudo. Há quem se importe, decerto, mas não é um comportamento unânime, que garanta força às necessárias reivindicações que poderiam, sim, contribuir para o bem comum.

Assim, permeada por infundável crítica filosófica e social tem-se a realidade omissa das pessoas e sua existência amplamente influenciada pelas tentativas do Estado em atingir o bem comum, até para justificar, eticamente, sua prerrogativa de limitar o exercício das liberdades.

De sua parte, a Administração Pública mobiliza-se para aplicar sanções de cunho pecuniário, medidas de prevenção, tudo ensejando a realização do bem comum, além de impor outras que, na prática, dificultam o exercício de certas liberdades legítimas, tais como a demora na liberação de licenças, falta de atendimento a solicitações de

fiscalização, denúncias não atendidas, corrupção de fiscais, entre outras, que transmitem ao cidadão uma imagem de incompetência e distanciamento.

Nesse sentido, assevere-se que é bastante comum, sobretudo nas grandes cidades, a ocorrência de situações em que a atuação da polícia administrativa espelha ineficácia e omissão, bastante distante das necessidades legítimas da população, e esta, por sua vez, não sabe como defender-se ou impor-se.

A burocracia dos órgãos públicos é outra doença que talha a eficiência da Administração. O atendimento nos balcões por funcionários sem a devida formação, mesmo técnicos ou fiscais despreparados para as condutas necessárias à competente polícia administrativa, as vãs solicitações por telefone, a papelada que não anda quando se pretende abrir um negócio — como se fosse fácil ficar sem trabalhar, aguardando a morosidade dos trâmites burocráticos.

Nesse contexto, leia-se apontamento de Luiz Carlos Bresser Pereira:

A crise da administração pública democrática começou ainda no regime militar, não apenas por que não foi capaz de extirpar o patrimonialismo, que sempre a vitimou, mas, também, porque esse regime, em lugar de consolidar uma burocracia ou serviço civil profissional no país, por meio da redefinição das carreiras e de um processo sistemático da abertura de concursos públicos, para a alta administração, preferiu o caminho mais curto do recrutamento de administradores, por intermédio das empresas estatais²⁷⁸.

Com razão, a pirâmide administrativa necessita de elemento humano competente, interessado e desprendido de interesses particulares para que a máquina organizacional funcione em benefício da comunidade. Mas não é só isso.

Ocorre que a existência de um poder de polícia tão entranhado na sociedade não se mostra verdadeiramente assimilado pela população. Muito embora seja latente a potencial atuação da polícia administrativa em cada segmento (ainda que com suas falhas), o cidadão não tem consciência do que seja, ou, talvez, por força do caráter de autoridade e coerção que essa atuação administrativa espelha, veja a atuação da polícia administrativa como campo inacessível, intocado, tanto é que não se polícia o poder de polícia.

²⁷⁸ PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. *Reforma do Estado para a cidadania: A reforma gerencial brasileira na perspectiva internacional*. São Paulo: 34; Brasília: ENAP, 1998.

É verdade que a Constituição Federal de 1988, por suas características democráticas, foi um passo fundamental para o início da conversação do cidadão com o Estado, com a Administração, e, por que não dizer, com ele mesmo. Mas há um longo caminho a percorrer, iniciando-se a partir de adequada informação e verdadeira conscientização da população.

Com efeito, o cidadão não sabe por quais motivos há proibições, ou não se importa com o montante de lixo que se acumula no terreno baldio ao lado da Escola Pública, situada em seu bairro. Aparentemente, o cidadão simplesmente não se importa com nada, e o noticiário é ouvido, assimilado momentaneamente, e depois esquecido. As enchentes, buracos que se abrem no solo, petroleiros que vazam — tudo se lhe assemelha como coisa de um outro mundo, até que o fato ocorra com ele.

Há situações, também, em que o cidadão se sente impotente quando se envolvem no processo contra interesses de grupos de pressão, bancos, empresas e outras entidades poderosas. Muitas doenças sociais, que poderiam, certamente, ser submetidas ao crivo da atuação policial, ou mesmo de uma legislação enérgica, são relegadas ao limbo, tais como lidar com a situação do alcoolismo no seio das famílias; afinal, os danos sociais que o consumo de álcool causa vão muito além da condução de veículo automotor.

A programação televisiva imprópria, em horários inadequados; a venda de produtos pirata em espaço de concessão municipal, em barracas de feira livre; a legitimada usura bancária; máfias em diversos setores; produtos vencidos à venda em supermercados; produtos registrados a mais no caixa; as pichações; os flanelinhas; a decadência dos hospitais, das escolas; a mendicância das crianças nos faróis são evidências físicas de uma fiscalização debilitada, dentro da esfera social, não só do poder de polícia, mas da própria comunidade. Há inúmeras questões que esfacelam e denigrem a sociedade, de maior e mais legítima importância, relegadas a segundo plano. O interesse público e o bem comum, por exemplo, têm início na proteção da entidade familiar como berço de criação, proteção e resguardo da criança. O Estado e a comunidade se empenham em preservar a moral e a dignidade da infância através do poder de polícia?

No campo da reforma agrária, pergunta-se se o poder de polícia fiscaliza a ação dos donatários e os loteamentos — se de fato o interesse público está sendo realizado a contento —, se o procedimento administrativo de desapropriação contempla a ampla defesa, entre outras questões ainda sem resposta que fazem parte da realidade, mas não são pensadas, em absoluto.

Com relação aos remédios, há de fato atuação da polícia administrativa? Ou sempre será possível abrir brecha para os interesses das multinacionais farmacêuticas?

E a internet? Um maravilhoso instrumento de comunicação que tornou o globo terrestre acessível a todos. Será que o ambiente virtual afasta as pessoas da realidade, reforçando sua omissão e individualização, ou pode ser utilizado para a consecução do bem comum, aproximando as pessoas do Estado? Como atua o poder de polícia nesse campo quase desconhecido, sequer devidamente regulado?

Avaliando-se as características do poder de polícia e quanto se estendeu seu campo de atuação, há inúmeros expoentes não abarcados, que necessitam de urgente delimitação legal e concessão de instrumentos para que as libertinagens (em contraste à liberdade) sejam limitadas.

Mais importante, ainda, é oferecer meios legítimos, seguros e hábeis ao cidadão para que possa se aproximar da Administração e de seus atos, assumindo também responsabilidade pela consecução do bem comum. Por mais incrível que possa parecer, na prática, é na função de polícia administrativa que o Estado mais se aproxima do cidadão, ainda que seja para delimitar suas liberdades; mas é justamente aí que a população sente a ação estatal agindo no seu dia a dia, e onde deveria haver maior participação das pessoas. São dois polos que, caminhando paralelos, poderiam se agregar.

4.2 Poder do cidadão e o poder de polícia

Assim como a própria cidadania, o Estado e os direitos, em geral, possuem uma formação histórica que, à luz de seu desenvolvimento, contribuiu para a evolução destas importantes instituições em benefício da comunidade — para não dizer, da

humanidade. A construção do cidadão como agente de participação exige que os adultos tenham como função precípua, seja no seio da família, seja nas escolas e universidades, instigar no coração da criança, do jovem, o amor à sua pátria, à sua comunidade, ao meio ambiente — o respeito ao outro. A formação cívica é o primeiro passo para a formação do verdadeiro cidadão. É necessário o amor à pátria, aos bons costumes, formando tenramente a disponibilidade em acatar as normas do bem estar social, com naturalidade.

Superada a fase de formação, dada a subordinação da função de polícia ao princípio da legalidade, a primeira e eminente porta de entrada para a cidadania é justamente o exercício dos direitos políticos, através do sufrágio, para não dizer da participação política ativa, ou seja, quando o cidadão resolve se candidatar a um cargo público, no âmbito do poder legislativo. Esse é o poder que o cidadão não educado desconhece, e os candidatos fazem questão de esquecer ²⁷⁹. Com certeza, os políticos mais votados, que assumirão seus cargos, principalmente no seio da legislatura, é que definirão os limites das liberdades, a atuação da polícia e a delimitação do que é ou não prejudicial à manutenção da ordem social.

Considerado, então, que a atuação da polícia administrativa é subjugada à lei, não obstante suas particularidades, jamais se deve esquecer que o legislador é pessoa eleita ao cargo legislativo, como vereador, deputados federal e estadual e senador, pela força do voto. Esses políticos devem, além de comprovada idoneidade, honestidade e vontade de laborar, possuir a necessária sensibilidade e conhecimento quanto aos problemas reais da população. Seu discernimento pode contribuir para que a polícia administrativa atue de modo mais eficaz, em benefício da comunidade. O comando, entretanto, deve o cidadão saber, pode ser direcionado por suas mãos.

Diogo de Figueiredo Moreira Neto lembra, com exatidão, que a Constituição Brasileira incentiva a colaboração social em vários focos de interesse da sociedade, arrolando o artigo 197 e 198, inciso III, na área da saúde; artigo 204, inciso I, no campo da assistência social; artigos 205 e 206, inciso IV), relativos à educação; 216, parágrafo 1º, no campo da cultura; 225, meio ambiente, entre tantos outros, instituindo e ratificando a legitimidade da colaboração da sociedade no sentido de fiscalizar e contribuir para o bem

²⁷⁹ Não educado, no caso, tem sentido de falta de acesso à escola, ao conhecimento e, conseqüentemente, à noção de seus direitos.

comum²⁸⁰. É certo, ressalta o autor, que algumas norma constitucionais não são auto executáveis, devendo ser disciplinadas pela legislação infraconstitucional, indicando ele, em específico, as organizações sociais como forma de descentralização administrativa²⁸¹.

A ideia, na verdade, está, justamente, em buscar novas tendências que contemplem mais competência para atendimento às necessidades da população e a eliminação desse encargo tão amplamente concentrado nas mãos do Estado. Nesse sentido:

A descentralização social consiste em retirar do Estado a execução direta ou indireta de atividades de relevância coletiva que possam ser cometidas a *unidades sociais* já existentes, personalizadas ou não, como a família, o bairro, as agremiações desportivas, as associações profissionais, as igrejas, os clubes de serviço, as *organizações comunitárias*, etc., mediante simples incremento de autoridade e institucionalização jurídica adequada, de modo que possam promover, elas próprias, sua execução²⁸².

Ainda, na mesma esteira de pensamento, Moreira Neto apresenta algumas linhas de orientação que considera fundamentais para melhor enfrentamento dos novos problemas decorrentes das transformações com que a sociedade vem se deparando desde o século passado, ainda como incentivo a uma participação social. Para tanto, relaciona ele a despolitização ou “eliminação do conteúdo político desnecessário de *decisões* relativas a interesses públicos que podem ser tomadas com vantagem por entes técnicos e comunitários” (grifo do autor)²⁸³. Essa despolitização, segundo ele, associa-se à *pluralidade de interesses*, a *subsidiariedade* e a *delegação social*²⁸⁴. Assim, estes entes técnicos e comunitários poderão gerir e proteger com prioridade as várias áreas de interesses difusos e coletivos, sem a necessidade de instauração de debate político (almejando-se, assim, maior eficiência e menos burocratização para a realização dos

²⁸⁰ *Mutações do Direito Administrativo*, p. 186.

²⁸¹ Op. cit.

²⁸² MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1989 *apud* MODESTO, Paulo Eduardo Garrido. Reforma Administrativa e marco legal das organizações sociais no Brasil: as dúvidas dos juristas sobre o modelo das organizações sociais. *Revista do Serviço Público*, maio-ago. 1997, ano 48, n. 2. Disponível em:

<[http://www.bresserpereira.org.br/Documents/MARE/Terceiros-Papers/97-Modesto,Paulo48\(2\).pdf](http://www.bresserpereira.org.br/Documents/MARE/Terceiros-Papers/97-Modesto,Paulo48(2).pdf)>

²⁸³ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Sociedade, Estado e Administração Pública*. Rio de Janeiro: Topbooks, 1996, caps. 4 a 8 *apud* MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações de Direito Administrativo*, p. 187.

²⁸⁴ Op. cit.

interesses coletivos). Apenas caso seja necessário, subsidiariamente, os corpos políticos atuarão, mas a prioridade para gerir os devidos interesses fica a cargo dos corpos sociais. Resulta disso, então, a *delegação social* que seria

uma forma de devolver à sociedade organizada todas as atividades que, não obstante serem de definido interesse público, possam dispensar tratamento político burocrático nem demandem ordinariamente o emprego do aparelho coercitivo estatal²⁸⁵.

Importa destacar que o incentivo à participação do cidadão, ainda que em grupos sociais específicos, parece ser uma tendência sem retrocesso.

O Estado encontra-se esgotado por inúmeros acasos que a doutrina discorre, e a realidade espelha, razão pela qual se mostra urgente a busca de alternativas para uma administração mais eficiente, e isso parece ser o ideal quando se aventa as inúmeras possibilidades de participação popular, natural caminho para uma sociedade democrática e politicamente participativa.

Entretanto, Odete Medauar dispõe que, a clássica ideia de participação relaciona-se “à identificação do interesse público de modo compartilhado com a população; ao decréscimo da discricionariedade; à atenuação da unilateralidade na formação do atos administrativos (...)”²⁸⁶. Veja-se que a autora foca alguns atributos que permeiam a atuação da polícia administrativa, considerando a participação num âmbito mais genérico, pois contempla a realidade associativa e os interesses coletivos e difusos. Certamente, para ela, multas, interdição de atividades, indeferimento de licenças teriam tratamento individualizado, pois dizem respeito aos administrados individualmente considerados, caso a caso, não se podendo generalizar²⁸⁷.

De toda sorte, entre os poucos mecanismos para a participação direta do cidadão na esfera do poder de polícia, verifica-se o exemplo clássico da denúncia ou tele-denúncia ao órgão competente, em razão de casos específicos como perturbação por ruído, lixo em locais públicos, pesca indevida, venda de mercadorias com prazo vencido,

²⁸⁵ Id.

²⁸⁶ MEDAUAR, Odete. *O direito administrativo em evolução*, p. 230.

²⁸⁷ Ibid., p. 213.

entre tantos outros similares, o que ensejará, seja acionada a fiscalização e uma vez constatada a prática do delito, as medidas sancionárias respectivas.

As associações de moradores de bairro têm apresentado resultados eficazes como exemplos de participação do cidadão na gestão administrativa, principalmente em razão da comum identificação com os problemas locais, muitas vezes alertando o poder público da ocorrência de excessos no exercício das liberdades individuais; mas, ainda assim, esses grupos, como tantos outros, não comungam capacidade plena para interferir, efetivamente, no campo sempre restrito do poder de polícia, pois acabam dependendo de ingerência administrativa.

Uma hipótese de tentativa de efetivação da participação popular nessa área seria a figura do *ombudsman*, que, segundo Gordillo, buscaria implementar a discussão, inovação e criatividade da Administração Pública, através de controvérsias e discussão pública, representando assim os interesses dos habitantes, numa postura de “defensor do povo”, ou “ouvidor geral”, cuidando dos interesses dos administrados, entre outras funções que executaria em benefício da população²⁸⁸.

Poderia, quiçá, esse intermediador avaliar e instigar os campos em que a atuação de polícia aparenta maior fragilidade. Seria um “órgão independente, autônomo, com atribuições para apurar condutas da Administração Pública incompatíveis com os princípios constitucionais da legalidade e da moralidade”²⁸⁹. Talvez esta fosse uma hipótese a ser considerada para policiar os atos da polícia administrativa, inclusive dentro da esfera intocada do poder de coerção, sem a necessidade de enfrentamento judicial, reduzindo-se, inclusive, custos operativos, nesse aspecto.

As demais hipóteses conhecidas de participação popular, tais como iniciativa popular, referendo e plebiscito, previstos nos incisos I a III do artigo 14 da Constituição Federal Brasileira podem ser aproveitadas, de acordo com cada segmento da atuação do poder de polícia, no que abrange elaboração de leis que poderiam, a princípio, incidir ou influenciar a atuação da polícia administrativa, não se caracterizando, contudo, modelos de participação especificamente nesse setor da administração.

²⁸⁸ FIGUEIREDO, Marcelo. Op. cit., p. 153.

²⁸⁹ SOARES, Fabiana de Menezes. Op. cit., p. 54.

Trata-se o plebiscito de um modo de consulta ao cidadão sobre determinado assunto *antes* de sua formulação legislativa²⁹⁰. É uma maneira indireta de influir no poder de polícia dada a submissão deste ao princípio da legalidade. Alterna-se a matéria a ser eventualmente formulada, se guarda relação com esse âmbito da Administração Pública.

Já o referendo ocorre quando a população é instada a manifestar-se sobre um projeto de lei já aprovado pelo legislativo, como maneira de confirmação ou rejeição daquele²⁹¹.

Um exemplo bastante adequado foi o caso do referendo de 2005 sobre venda de armas de fogo e munição, no qual a população mostrou-se contrária à lei que proibia referida comercialização. O direito de adquirir armas de fogo restou legitimado por vontade popular. Esvaziou-se um campo de proibição em que poderia a polícia administrativa atuar, sendo certo que se manteve sua ingerência discricionária na concessão de autorização para porte e uso das armas de fogo.

Ocorre lamentavelmente, que, tanto o referendo como o plebiscito, instrumentos poderosíssimos desconhecidos em sua essência pela grande maioria da população, no Brasil, são pouco acionados, restando, sua aplicação, condicionada à mercê e vontade dos governantes e políticos.

Através da iniciativa popular, os cidadãos brasileiros podem apresentar projetos de lei submetidos à aprovação do legislativo, exigindo-se, porém número mínimo de eleitores. Um exemplo de sucesso foi o projeto de iniciativa popular que originou a Lei nº 9.840/2000 que, objetivando combater a corrupção eleitoral, prevê punição ao candidato que doar, oferecer, prometer, ou entregar ao eleitor, com o fim de obter o voto, bem ou vantagem pessoal de qualquer natureza, inclusive emprego ou função pública, desde o registro da candidatura até o dia da eleição, aplicando-se ao infrator pena de multa e cassação do mandato.

A iniciativa popular, contudo, necessita de adesões para sua concretude, o que dificulta sua reiterada aplicação.

²⁹⁰ SILVA, José Afonso. Op. cit., p. 142.

²⁹¹ Op. cit.

Merece destaque também, como instrumento de participação ou acesso do cidadão em áreas de maior abrangência do poder de polícia, o Código de Defesa do Consumidor, e o PROCON's, órgãos vinculados à Secretaria da Justiça e Defesa da Cidadania que, consoante o Decreto Federal nº 2.181/97, passaram a integrar o Sistema Nacional de Defesa do Consumidor, assumindo, junto com os CEDECOS, a responsabilidade de fiscalização das relações de consumo no âmbito administrativo²⁹². Há julgados nesse sentido:

Os desembargadores da 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJMG) negaram provimento a um recurso da Net Belo Horizonte Ltda, que tentava anular uma multa de R\$ 207,8 mil aplicada pelo Procon Estadual à empresa.[...] Em 1ª Instância, os pedidos da Net foram considerados improcedentes. A empresa recorreu ao TJMG. No entanto, os desembargadores negaram provimento ao recurso. Para o relator do caso, desembargador Brandão Teixeira, não há como acolher o pedido da Net de anulação da multa, “*em face do poder de polícia do Procon, autorizado pelo Código de Defesa do Consumidor*”²⁹³(grifo nosso).

Leia-se também recente julgado do Superior Tribunal de Justiça:

ADMINISTRATIVO. SEGURADORA PRIVADA. RELAÇÃO DE CONSUMO. PROCON. EXERCÍCIO DO PODER DE POLÍCIA. IMPOSIÇÃO DE MULTA. LEGITIMIDADE. 1. As Seguradoras Privadas, inobstante submetidas à normatização da Superintendência de Seguros Privados - SUSEP (Decreto nº 73/66), subsumem-se à fiscalização do PROCON. 2. O PROCON possui legitimidade para a aplicação de sanção às seguradoras privadas, em sede de reclamação movida por consumidor versando proposta de subscrição de título de capitalização, uma vez as mesmas encontram-se na posição de fornecedoras (artigo 3º, da Lei nº 8.078/90). Precedentes do STJ: RMS 24708/BA, Primeira Turma, DJ de 30/06/2008; RMS 25065/BA, Primeira Turma, DJ de 05/05/2008; RMS 26397/BA, Segunda Turma, DJ de 11/04/2008; e RMS 25115/BA, Segunda Turma, DJ de 28/03/2008. 3. Recurso Ordinário desprovido. (RMS 24.711/BA, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 18/12/2008, DJ e 19/02/2009).

Dadas as suas condições de acesso à população e pronto atendimento, é elogiável e destacada a importância do PROCON como catalisador das necessidades do

²⁹² GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 9. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007, p. 135.

²⁹³ Disponível em: <<http://direitoemdebate.net/index.php/noticias-selecionadas/1304-procon-tem-poder-de-policia-e-multa-a-net-virtua>>. Acesso em: 15/06/2009.

cidadão e portal de acesso deste na defesa de direitos, também contemplados pela polícia administrativa, relativos, principalmente à qualidade e característica de produtos e serviços disponibilizados à população.

Quanto à ação popular, apenas para efeito de esclarecimento, tendo em vista abarcar o poder de polícia a imposição de limites ao exercício de direitos individuais, esta medida não seria caso de participação na seara que ora se discorre.

Recorde-se que a ação popular tem fins preventivos e repressivos *da atividade administrativa* ilegal e lesiva ao patrimônio público²⁹⁴, não se referindo a exercício de direitos individuais.

Feitas essas considerações, afirme-se que a cidadania será exercida plenamente quando não houver mais nenhum setor do Estado que ouse excluir a participação pública de sua composição.

Não obstante, sobreleva apontar, por fim, na contramão das teorias elencadas, a disposição de Odete Medauar, quando traz a lume supostos problemas que a participação popular poderia causar na esfera da Administração.

Há quem vislumbre confronto da participação popular com a representação política, enfraquecendo esta última e tolhendo a ascendência do Legislativo sobre o Executivo e a Administração, causando dúvidas quanto à validade da representação legislativa. Outro aspecto se refere à probabilidade de ocorrência de conflitos, quando se dispõe participação popular em confronto com a burocracia, ou, sob outro prisma, suscita-se a dúvida de como adaptar as formas contemporâneas participativas ao modelo tradicional de burocracia, tão enraizado na máquina estatal²⁹⁵.

Parejo Afonso refere-se, ainda, “à apropriação pseudocorporativa das decisões administrativas por forças sociais, organizadas ou não, que logram assenhorear-se ou predominar na participação”²⁹⁶. De fato, enfraquecida a máquina

²⁹⁴ MEIRELLES, Ely Lopes. *Mandado de Segurança*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 134.

²⁹⁵ MEDAUAR, Odete, op. cit., p. 232-3.

²⁹⁶ ALFONSO, Parejo. *Estado social y administracion publica*. Madri: 1983, p. 98 *apud* MEDAUAR, Odete. op.cit.

estatal, poderia ver-se travados duelos de força entre inúmeros grupos de participação, sem a conduta mediadora da autoridade administrativa. Odete Medauar menciona ainda a possibilidade de emperramento da máquina, bem como a diluição da responsabilidade do administrador²⁹⁷.

Finalmente, ainda dentro dos aspectos negativos, tem-se a discussão quanto à possibilidade de conferir, além do caráter consultivo, possibilidade de deliberação na participação popular, o que pode descaracterizar a função administrativa, e, portanto, do próprio poder estatal²⁹⁸.

Ao que se defere dessa doutrina que critica a participação administrativa, há, sobretudo, preocupação com a eficiência, em razão da pluralidade de disposições que se fariam sentir. Gordillo rebate esse argumento, sustentando que a participação é “uma forma de medir tal eficiência”²⁹⁹.

Certamente, não é possível que se considere tais hipóteses, muito pelo contrário, pois as decisões de substância pública interessam mais do que tudo à sociedade, que sofre seus reflexos. Qualquer ideia em contrário mostra-se ultrapassada.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro considera, com razão, “a ideia de partilhar com o particular a proteção do interesse público, pelo entendimento de que essa proteção não constitui prerrogativa do Estado”³⁰⁰. Com efeito, segundo a autora, uma sociedade em crescente pluralismo enseja a multiplicação dos interesses a serem protegidos, não sendo possível ao Estado assumir sozinho estas novas atividades de interesse geral. Abrem-se, deste modo, novas hipóteses de participação do cidadão, não só no direcionamento legislativo, mas na própria gestão da coisa pública.

Não há dúvidas de que a participação do cidadão garante maior legitimidade às decisões administrativas, e, no caso do poder de polícia, caso delimitada efetivamente essa participação, o questionado atributo da discricionariedade será mais bem sedimentado e aceito. Com efeito, ainda que dentro das limitações legais, a aparente postura unilateral do poder público deixa de transmitir certo autoritarismo

²⁹⁷ Ibid., p. 234.

²⁹⁸ Op. cit.

²⁹⁹ BASTOS, Celso Ribeiro; TAVARES, André Ramos. Op. cit., p. 431.

³⁰⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade Administrativa na constituição de 1988*, p. 54.

quando o tema é legitimado por todos os componentes da sociedade. A participação é maneira de garantir a transparência dos atos da Administração, precipuamente quanto aos temas que atingem diretamente as pessoas, de um modo geral ou cada qual com seu interesse individual.

Resta, ainda, trazer à exposição um tópico que merece ressalva, considerado, a nosso ver, um estágio mais desenvolvido na evolução do movimento participativo, associado à predominância do pluralismo, e não a um “utilitarismo da maioria”³⁰¹.

O que se pretende dizer é que, por regra, considera-se sempre a vontade da maioria. A ideia predominante é a de que “a impugnação dos atos do Poder Público por um único cidadão é ilegítima, e não corresponde ao conceito de democracia”³⁰².

Essa é, infelizmente, uma das grandes amarras à participação legítima e verdadeira da pessoa do administrado na esfera pública. Não há valoração do sujeito, mas da quantidade de opiniões, ou, melhor dizendo, das manifestações e receptividade homogêneas — ou das massas uniformes —, como se falou anteriormente, conduzidas por meios de comunicação de massa. Essa situação não favorece a implementação da democracia criativa que busca alternativas para a construção de uma sociedade melhor, pluralista, com opções adequadas a seus componentes, num preclaro incentivo ao gozo da liberdade responsável.

Adequada e elucidativa nessa ótica é a interpretação de Diogo de Figueiredo Moreira Neto, referenciado por Celso Ribeiro Bastos e André Ramos Tavares:

O que se deve buscar, na instituição de um novo meio de participação, é, antes de mais nada, a preservação da opção crítica. Não a participação massiva, disciplinada e homogênea, tantas vezes fanatizada, a que se propuseram as ideologias, mas a participação individualizada, de homem a homem, ou de grupo a grupo, livre, diversificada, negociada e tolerante, própria da verdadeira democracia, centrada na pessoa humana e realizadora de seus autênticos valores³⁰³.

³⁰¹ BASTOS, Celso Ribeiro; TAVARES, André Ramos. Op. cit., p. 419.

³⁰² Op. cit.

³⁰³ Ibid., p. 421.

Veja-se que o êxito da participação se concretizará quando independer de condições, ou delimitações, valorizando-se “a unidade na diversidade”³⁰⁴.

De qualquer forma, vislumbra-se cada vez mais uma otimista tendência em incentivar e empregar participação da sociedade na Administração Pública, abrangendo todos os setores administrativos, principalmente aqueles que interfiram diretamente nos interesses básicos da população. Contudo, os efeitos somente poderão ser vislumbrados na medida em que a responsabilidade de criação dos canais competentes para tanto, como o poder de polícia e áreas de sua abrangência, fiquem a cargo do próprio Estado, que, em contrapartida, “atinge melhor os seus fins, na medida em que cria canais capazes de permitir o acesso das demandas sociais aos canais da Administração Pública”³⁰⁵.

Mais ainda, é preciso empreender uma análise crítica em relação aos mecanismos existentes, “para que se possa afinal aferir se o propósito constitucional de garantia de participação dispõe de indispensável arcabouço jurídico garantidor de seu exercício eficaz”³⁰⁶. Cabe ao Estado, além de promover o consenso do cidadão, empenhar-se na instrumentalização dos meios adequados para tanto, sendo certo que os resultados se reverterão em benefício dele próprio. A participação do cidadão não enfraquece o Estado, mas o fortalece e, repita-se, legitima suas condutas.

De toda sorte, a tendência é a abertura de espaço para maior influência do cidadão, exigindo-se, necessariamente, algumas condições próprias, de modo a operar resultados positivos nas áreas que dizem respeito ao exercício das liberdades. Falta apenas que o Estado incentive a valorização do indivíduo, reprima qualquer conduta em contrário, privilegiando a pessoa — seja quem for — com suas diversas características, desde sua educação e formação, garantindo-lhe todas as possibilidades de saudável desenvolvimento físico, moral, intelectual; o que impulsionará o natural e ativo exercício do direito de cidadania participativa.

³⁰⁴ QUEIROZ, Cristina M. *Os actos políticos apud* BASTOS, Celso Ribeiro; TAVARES, André Ramos.

³⁰⁵ SOARES, Fabiana de Menezes. *Op. cit.*, p. 134.

³⁰⁶ VALLE, Vanice Regina Lírio do. *Perspectivas para o Controle Social e a Transparência da Administração Pública*. Brasília: TCU, Instituto Serzedello Corrêa, 2002, p. 78.

CONCLUSÃO

Conforme se observa no decorrer deste estudo, são inúmeros os interesses coletivos abarcados pelo poder de polícia, especificamente quando realçada a gama de direitos fundamentais, elencados no texto constitucional pátrio.

A partir do momento em que, com a promulgação da Constituição de 88, se ampliou o exercício de participação popular nas questões públicas, é de se supor que possa haver comunhão de interesses entre os indivíduos e os atos da Administração neste sentido.

No Brasil — salvo várias exceções que vêm se solidificando, conforme o cidadão vai tomando consciência da ampliação de seu poder de transformação — ainda é comum observar-se certa passividade ante o indevido descaso com o interesse público. Contudo, a tendência é o fortalecimento dos institutos democráticos de participação, devendo ser derrocada a dicotomia público / privado, para o surgimento da dualidade unificada entre Estado e sociedade.

Por outro lado, não é suficiente que a população apenas outorgue poderes a terceiros, para que estes a representem em todos os setores da sociedade. Exercer a cidadania é gozar de direitos, participar, atuar diretamente, fiscalizar a cidade, cuidar para que esta complexa máquina administrativa trabalhe de maneira eficaz, em benefícios de todos os cidadãos que a integram, sem a exclusão de nenhum.

É fundamental que as pessoas sejam conscientizadas de que ser cidadão abrange mais do que portar cédula de identidade, exercer direitos políticos, pertencer a um país ou postar-se inertes sob a tutela constitucional. É obrigação do Estado fornecer os meios necessários para a efetiva participação. Lembrando que, quanto mais se avoluma a responsabilidade da cidadania, duplica aquela do Estado. Nas palavras de Elias Farah, “todo cidadão é credor do Estado de proteção e assistência, consubstanciadas no que se denominam direitos de cidadania. Chama-os a Constituição de direitos fundamentais”³⁰⁷.

Fabio Konder Comparato, com autoridade, e subsumindo o célebre anseio da grande maioria de sábios e pensadores que, no decorrer dos séculos, assentaram suas teorias, todas inclinadas à necessidade de atar os laços do homem com sua mais competente forma de organização, afirma:

O ser humano só realiza integralmente as suas potencialidades, isto é, somente se aproxima do modelo superior de pessoa, quando vive numa sociedade cuja organização política não se separa das exigências éticas e regula, de modo harmonioso, todas as dimensões da vida social³⁰⁸.

De fato, muitas vezes o comportamento da sociedade identifica o caráter de seu governo. O respeito do Estado forma o cidadão. Reitere-se que o Estado existe para o cidadão, e não o contrário. A regra administrativa até então aplicada apenas serve para repelir o administrado, cuja realidade vislumbra a dicotomia bem delimitada, situando-se ele, numa ponta, e a Administração, em outra.

É chegado o momento de união, para que o Estado resista a tantas transformações e o indivíduo não se perca de suas origens, mantendo-se, como sempre foi ou deveria ser, a razão de existência do próprio Estado.

³⁰⁷ FARAH, Elias. *Cidadania*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001, p. 62.

³⁰⁸ COMPARATO, Fabio Konder. *Ética, moral e religião no mundo moderno*. São Paulo: Companhia das letras, 2006, p. 583.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVES, J. A. Lindgren. Direitos humanos, cidadania e globalização. Faces da Democracia. *Lua Nova Revista de Cultura e Política*, São Paulo, 2000, n. 50.

ARISTÓTELES. *A política*. Trad. Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

AZEVEDO, Renato Beiriz Brandão. Disponível em:

<<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/3877/Poder-de-policia>>.

BARROSO, Luís Roberto. *Temas de Direito Constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, v. I.

BASTOS, Celso Ribeiro; TAVARES, André Ramos. *As tendências do direito público no limiar de um novo milênio*. São Paulo: Saraiva, 2000.

_____. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 1994.

BERTONCINI, Mateus Eduardo Siqueira Nunes. *Princípios de direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2002.

BEZNOS, Clóvis. *Poder de polícia*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. 5. ed. Trad. Carmen C. Varriale et al. Brasília: Universidade de Brasília; São Paulo: Imprensa Oficial.

_____. *Estado, governo, sociedade: para uma teoria geral da política*. Trad. Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2001.

_____; BOVERO, Michelangelo. *Sociedade e Estado na Filosofia Política Moderna*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. São Paulo: Brasiliense, 1996.

BONAVIDES, Paulo. *Do Estado liberal ao Estado Social*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. *Ciência Política*. São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. *Curso de Direito Constitucional*. 21. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2006

CAETANO, Marcello. *Princípios fundamentais do Direito Administrativo*. 2. reimpr. port. Coimbra: Almedina, 2003.

_____. *Manual de Direito Administrativo*. 10. ed. 7. reimpr. rev. atual. Coimbra: Almedina, 2001-4.

CALDAS, Camilo Onoda. *Perspectivas para o Direito e a Cidadania: O pensamento jurídico de Cerroni e o Marxismo*. São Paulo: Alfa-Ômega, 2006.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CARVALHO, José Murilo. *Cidadania no Brasil: o longo caminho*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2006.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 16. ed. rev. ampl. atual. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.

CAVALCANTE, Themistocles Brandão. *Curso de Direito Administrativo*. 8. ed. ref. atual. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1967.

COMPARATO, Fabio Konder. *Ética, moral e religião no mundo moderno*. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

CORRÊA, Darcísio. *A construção da cidadania: reflexões histórico-políticas*. 4. ed. Ijuí: Inijuí, 2006.

COULANGES, Fustel de. *A cidade antiga*. Trad. Fernando de Aguiar. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

CRETELLA JUNIOR, José. *Tratado de direito administrativo: teoria do direito administrativo*. 2. ed. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2002, v. I.

_____. *Do poder de polícia*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *O futuro do Estado*. São Paulo: Saraiva, 2001.

- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2006.
- _____. *Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2007.
- ENGELS, Friedrich. *A origem da família da propriedade privada e do Estado*. Trad. Ruth M. Klaus. São Paulo: Centauro, 2002.
- FARAH, Elias. *Cidadania*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Estado de Direito e Constituição*. 2. ed. rev. ampl. São Paulo: Saraiva, 1999.
- FIGUEIREDO, Lucia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. 9. ed. rev. ampl. São Paulo: Malheiros, 2008.
- FIGUEIREDO, Marcelo. *Teoria geral do Estado*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001.
- GARCIA, Maria. *Desobediência Civil - Direito Fundamental*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.
- GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 11. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2006.
- GORDILLO, Augustín. *Tratado de Derecho Administrativo*. La defensa del usuario y del administrado. 5. ed. Belo Horizonte: Del Rey e Fundación de Derecho Administrativo, 2003, v. II.
- GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código de Defesa do Consumidor*. Comentado pelos autores do anteprojeto. 9. ed. rev. atual. ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.
- HOBBS, Thomas. *Leviatã ou Matéria, forma e poder de um Estado Eclesiástico e Civil*. In: *Thomas Hobbes de Malmesbury – Vida e Obra*. Trad. João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Nova Cultura, 2004.

KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

LIMA, Antonio Sebastião de. *Teoria do Estado e da Constituição: fundamentos do direito positivo*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1998.

LIMA, Rui Cirne. *Princípios de Direito Administrativo Brasileiro*. 3. ed. Porto Alegre, RS: Sulina, 1954.

LOCKE, John. *Dois tratados sobre o governo*. Trad. Julio Fisher. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

MALUF, Sahid. *Teoria Geral do Estado*. 26. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2003.

MARITAIN, Jacques. *O homem e o Estado*. Trad. Alceu Amoroso Lima. Rio de Janeiro: Agir, 1956.

MARSHALL, T.H. *Cidadania, classe social e status*. Rio de Janeiro: Zahar, 1967.

MASCARO, Alysso Leandro. *Introdução à filosofia do direito: dos modernos aos contemporâneos*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

MEDAUAR, Odete. *O direito administrativo em evolução*. Tese para concurso de Professor Titular de Direito Administrativo da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo: 1990.

_____. *Direito Administrativo Moderno*. 11. ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. *Revista de Direito Administrativo*, jan/mar.1995, n. 199.

MEIRELLES, Hely Lopes Meirelles. *Direito Administrativo Brasileiro*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. *Mandado de Segurança*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 21. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2006.

MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

MODESTO, Paulo Eduardo Garrido. Reforma Administrativa e marco legal das organizações sociais no Brasil: as dúvidas dos juristas sobre o modelo das organizações sociais. *Revista do Serviço Público*, maio-agosto 1997, ano 48, n. 2.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

MOREIRA, João Batista Gomes. *Direito Administrativo*. Da Rigidez Autoritária à Flexibilidade Democrática. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do Direito Administrativo*. 2. ed. atual. ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

_____. *Curso de Direito Administrativo*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

NAVES, Marcio Bilharinho. *Marxismo e direito: um estudo sobre Pachukanis*. São Paulo: Boitempo, 2008.

NOGUEIRA, Alberto. *Jurisdição das liberdades públicas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

OLIVEIRA, Marcos Alcyr Brito de. *Cidadania Plena. A cidadania modelando o Estado*. São Paulo: Alfa-Ômega, 2005.

OSÓRIO, Fabio Medina. *Direito Administrativo Sancionador*. 5. ed. rev. at. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. *Reforma do Estado para a cidadania: A reforma gerencial brasileira na perspectiva internacional*. São Paulo: 34; Brasília: ENAP, 1998.

PIRES, Luis Manuel Fonseca. *Limitações Administrativas à Liberdade e à Propriedade*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

RIBEIRO, Luiz Cezar Queiroz. Desafios da cidadania na metrópole brasileira. In: *Sociedade e Estado*. Brasília, set. – dez. 2007, v. 22, n. 3. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-69922007000300003&lng=pt&nrm=iso&tlng=pt. Acesso em: 16.jun.2009.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. Do contrato social. In: *Rousseau: Vida e Obra*. Trad. Lourdes Santos Machado.

SANTANA, Marcos Silvio. Disponível em: <http://www.advogado.adv.br/estudantesdireito/fadipa/marcossilviodesantana/cidadania.htm>. Acesso em: 18.mar.2009.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional positivo*. 27. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2006.

SOARES, Fabiana de Menezes. *Direito Administrativo de participação*. Cidadania, Direito, Estado e Município. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

TÁCITO, Caio. *Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 1975.

TANAKA, Sônia Yuriko Kanashiro (Coord.). *Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. *Concepção dos Contratos Administrativos*. São Paulo: Malheiros, 2007.

TORRES, Ricardo Lobo (Org.). *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS. Extraído de <http://direitoemdebate.net/index.php/noticias-selecionadas/1304-procon-tem-poder-de-policia-e-multa-a-net-virtua>. Acesso em: 15.jun.2009.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. *Perspectivas para o Controle Social e a Transparência da Administração Pública*. Brasília: TCU; Instituto Serzedello Corrêa, 2002.