

Poder de Polícia no Estado neoconstitucionalista: aplicabilidade e limites.

Luis Sérgio Carneiro¹

1. Constitucionalismo e neoconstitucionalismo.

A definição de Constitucionalismo passou por inúmeras variações com o desenvolvimento da humanidade.

Na antiguidade clássica, destacou-se em Atenas o primeiro precedente de limitação do Poder Público, numa posição vanguardista que inaugurou uma nova ordem política. Embora naquele período inexistisse o termo “constitucionalismo”, nem tampouco sua definição, essa limitação de poder – ainda que imperfeita - marcou o rompimento com um modelo até então dominante.

A estrutura política ateniense ganhou força de forma gradativa, irradiando efeitos para outras civilizações da antiguidade. Esse ideal de limitação de poder foi compartilhado também por Roma. Com a ruína da república romana, em 27 a.C, desmoronou também o ideal constitucionalista, que só reapareceu após a idade média.

Com o Estado moderno, a partir do séc. XIX, se consolida o Estado de Direito, que pode ser entendido como um Estado lastreado em normas jurídicas. Nele, o administrador encontra no próprio regramento jurídico limite severo à sua atuação. O constitucionalismo passa, então, a se desenvolver de forma intensa e jamais vista.

Os movimentos constitucionais assumiram formas diversas, isso porque não existiria “um” constitucionalismo, mas sim movimentos que possuem raízes em momentos e locais distintos. Inicialmente no Reino Unido – que projetou sua influência sobre diversas partes do mundo -, depois nos Estados Unidos da América, na França e em diversos outros países.

A sistematização de um texto constitucional é atribuída aos norte-americanos, tendo apresentado dois traços marcantes: a organização do Estado e limitação do poder estatal. Essa Constituição escrita foi um marco

significativo para o Direito Constitucional moderno sem precedentes, inaugurando um modelo no qual as normas constitucionais são dotadas de efetividade máxima, ocupando o topo do ordenamento jurídico.

Com peculiaridades para adequar o “instituto” à cultura e à realidade fática de cada país, até como forma de garantir uma substancialidade ao que propõe o termo, o modelo constitucional ganhou diversas roupagens e sofreu as mais diversas modificações ao redor do mundo, sempre se adaptando e se ajustando às políticas de cada Estado.

O constitucionalismo seria, na verdade, uma ideologia: isso porque cambia em face da evolução da própria sociedade, de acordo com o momento em que está inserido, motivo pelo qual seria mais adequado falar em movimentos constitucionais.

Como não haveria de ser, os movimentos constitucionais sempre estiveram interrelacionados com a realidade histórica, motivo pelo qual podem ser considerados como verdadeiras ideologias.

Na segunda metade do séc. XX o planeta se viu diante de um novo paradigma: o fenômeno do neoconstitucionalismo. Doutrina mais acertada entende que o fenômeno histórico do novo direito constitucional ou constitucionalismo contemporâneo foi marcado, no cenário europeu, pelo término da segunda guerra mundial.

No Brasil, essa nova fase do Direito Constitucional teve início com o processo de redemocratização e com a promulgação da Carta Constitucional de 1988, que inaugurou uma ordem jurídica sem precedentes ao romper com um regime autoritário e instituir um Estado Democrático de Direito.

A Constituição Federal de 1988 significou um grande avanço em nosso ordenamento. Isso porque foi justamente ela a “responsável” pelo rompimento com um modelo de Estado autoritário e ditatorial, além de marcar o abandono a um ciclo de textos que, embora existentes, careciam de efetivação.

Isso porque as Constituições até então sofriam de uma crise de efetividade, e seus textos não eram, de fato, materializados. O direito civil ocupou, até relativo pouco tempo, o papel de ator principal no ordenamento jurídico e as Constituições foram reduzidas, metaforicamente, a atores coadjuvantes.

O termo “neoconstitucionalismo” ou constitucionalismo contemporâneo vem sendo empregado pela doutrina pátria e estrangeira no sentido de designar uma construção relativamente nova do instituto muito conhecido do constitucionalismo.

Para Ana Paula de Bacellos (2005, p.88/89), embora o prefixo “neo” pareça transmitir a idéia de que se está diante de um fenômeno novo, como se o constitucionalismo atual fosse substancialmente diverso daquilo que o antecedeu, de fato, é possível visualizar elementos particulares que justificam a sensação geral perfilhada pela doutrina de que algo diverso se desenvolve.

No entendimento da autora, consolidado a partir de diversas fontes, o constitucionalismo atual se opera, do ponto de vista metodológico-formal sobre três premissas fundamentais, intimamente ligadas aos sistemas jurídicos ocidentais. São elas: a normatividade da Constituição, isto é, o reconhecimento de que as disposições constitucionais são normas jurídicas dotadas de imperatividade; a superioridade da Constituição sobre o restante da ordem jurídica e, por fim, a centralidade da Carta nos sistemas jurídicos, por força do fato de que os demais ramos do Direito devem ser compreendidos e interpretados a partir do que dispõe a Constituição.

Em suma: a Constituição é norma jurídica central do sistema e vincula a todos dentro do Estado, sobretudo os Poderes Públicos.

A carta de 1988, recheada por uma enorme carga axiológica e repleta de emoções foi uma verdadeira cruzada para o constitucionalismo brasileiro: o texto exprimiu a força e a emoção de um poder constituinte – que embora ainda contaminado pelo regime autoritário ditatorial – buscou a inovação e a efetivação de uma série de políticas públicas, inerentes às necessidades do Estado novo que estava por surgir.

Nesse “novo sistema” o intérprete se torna, pois, co-participante do processo de criação do Direito, completando o trabalho do legislador, ao fazer valorações de sentido para as cláusulas abertas e ao realizar escolhas entre soluções possíveis. No entendimento de Luis Roberto Barroso (2006a, p. 35), essa é a nova interpretação constitucional.

A constitucionalização do Direito é, também, um fenômeno que merece estudo.

O efeito prático dela é que todo o ordenamento jurídico deve ser interpretado à luz do texto maior, que irradia seus efeitos em todos os campos da ciência jurídica. A constituição não é somente a norma maior e fundamental do ordenamento, mas inaugura também figura como um “modo de olhar” e interpretar os demais ramos do direito, motivo pelo qual alguns autores adotam o termo *filtragem constitucional*.

Essa mudança paradigmática gerou efeitos práticos de grande relevância no cenário constitucional e jurídico brasileiro. Diversos ramos do Direito assumiram faceta distinta do que já fizeram: o administrativo, penal, tributário e até o civil (então enquadrado como privado de herança do *jus civilis* romano) sofreram uma remodelação, por restar evidente que não se tratam de ramos apartados mas sim de um sistema único que tem como premissa maior a Constituição da República.

Não é preciso muito esforço para perceber mudanças paradigmáticas no que toca o constitucionalismo do século XX.

No Brasil, com o processo de redemocratização ocorrido em meados de 80, surgiu também uma espécie de “reconstitucionalização”: a Constituição “assumiu” o centro do ordenamento jurídico, irradiando seus efeitos para as diversas áreas deste e constituindo verdadeiramente uma forma nova de estudo do sistema, na qual aplicador do direito assume posição participativa, influenciando diretamente na criação e desenvolvimento do próprio Direito Constitucional.

1. Poder de Polícia

O vocábulo “polícia” sofreu diversas variações com o desenvolvimento da humanidade e, se na idade média o Estado limitava-se à manutenção da paz jurídica, o *jus politiae* forneceu ao Estado dos séculos dezesseis e dezessete o direito de promover, através da coerção estatal, o tão perquerido “bem-estar comum”.

O apogeu do Poder de Polícia se deu no fim do período absolutista, sendo como denominado de “Estado de Polícia”. A intromissão por parte do Estado na esfera dos particulares foi extremamente acentuada, assim como

marcada por arbitrariedades, combinadas ainda com medidas enérgicas de opressão para com os dissidentes.

Como se pode perceber, a figura do governante se confundia com a do Estado, o que acabava por instaurar um clima de instabilidade e insegurança jurídica, já que o próprio ordenamento servia de instrumento para a prática de ilegalidades por parte daqueles. A vontade do administrador era suprema, sendo legitimado para a prática de seus (não incomuns) interesses pessoais.

O liberalismo foi o momento histórico subsequente, tendo se estruturado como estrutura do poder ao longo do século XVIII.

O poder absoluto, incompatível com o crescimento e desenvolvimento da sociedade burguesa, cedeu então espaço às liberdades individuais e ao dinamismo do capitalismo. O anseio por liberdade e a necessidade de rompimento com as amarras absolutistas – diante da intervenção dezarrazoada da Administração e do próprio administrador na esfera particular - fez com que o antigo regime fosse substituído pelo dinamismo político, cultural e econômico, culminando nos movimentos renascentista e liberalista.

Nessa nova ordem mundial, caberia ao Estado um papel então negativo, omissivo, devendo operar estritamente sob a ótica legalista do Estado de Direito e somente com fito de efetivar as liberdades individuais, assim como de evitar perturbações à ordem, assumindo, portanto, um papel restrito e bastante diferente do que já ocupara.

Em oposição à uma postura intromissiva do Estado Absolutista, buscava-se agora um Estado não-interventor, liberal e que apenas assegurasse liberdades individuais. Nascia o sonho burguês. A partir desse fato histórico, o sentido amplo do termo polícia cede lugar à idéia de Administração Pública.

Se o Estado dos séculos XV a XVIII foi marcado pela centralização econômica, o liberalismo se consolidou a partir do século XVIII, tendo como principal fundamento a idéia de que todos, incluindo os governantes, deveriam se subordinar aos ditames legais, já que eram exatamente essas normas que estabeleciam limites à atuação dos ditos governantes. As liberdades individuais e econômicas, tão almejadas nesse modelo, seriam alcançadas a partir dessa limitação.

Surge então, no ordenamento jurídico francês, a expressão “polícia administrativa”, como forma de diferenciar a forma de atuação da própria administração pública, da polícia judiciária, institutos bem diferentes. No entendimento de Odete Meduar (1995, p.91), a expressão “polícia administrativa” teria surgido na França, na divisão feita pelo Código do três de Brumário do ano 1795, momento em que lhe foi dada o objeto de policiar elementos como segurança, salubridade pública e tranquilidade.

A necessidade de intervenção do Estado se mostrou, diante da realidade fática, necessária e inevitável, ao largo que, justamente o ordenamento jurídico que buscou, com maior ênfase, limitar o poder da Administração – o francês - agora cometia um aparente retrocesso, na medida em que impunha limitação aos direitos individuais - extremamente defendidos pelo ideal *laissez faire* - tendo como justificativa o brocardo do “bem-comum”.

A terminologia Poder de Polícia, como conhecemos, tem suas raízes no Direito norte-americano. Como bem anota o professor Caio Tácito (1995, p.4):

A expressão *police power* ingressa pela primeira vez, na terminologia legal, no julgamento pela Suprema Corte Americana do caso Brown x Maryland e reaparece em outros julgados, a partir de 1827, como limite ao direito de propriedade para subordiná-lo a interesses respeitáveis da comunidade.

A partir desse fato histórico fica evidente a necessidade de políticas públicas no sentido de assegurar um “bem-estar” coletivo, assim como a manifesta incapacidade de auto-regulação do sistema, como defendiam os liberais mais radicais (clássicos). O devido processo legal serviu, nesse diapasão, como instrumento para evitar a prática de ilegalidades, diante das então institucionalizadas limitações do Estado na esfera particular, uma espécie de “freio” à atuação estatal.

Se em um primeiro instante o poder de polícia serviu como instrumento legitimador à prática de arbitrariedades e ilegalidades, serve atualmente, diante do Estado Democrático Social de Direito, como meio para efetivação de uma série de direitos sociais, sendo também conhecido como Estado do bem-estar social (Welfare State).

A mudança paradigmática do instituto em tela é evidente: o poder de polícia passou a ser entendido como um instrumento para a efetivação dos

direitos sociais e, nesse sentido, como um importante aliado na materialização de uma série de normas dispostas em nosso ordenamento.

No Brasil, o instituto do Poder de Polícia revela aplicabilidade desde a Constituição do Império, que buscou regulamentar uma intervenção estatal na esfera particular com fito de tutelar questões ligadas ao bem-comum.

Parcela da doutrina entende, ainda, pela impropriedade terminológica do termo “Poder de Polícia”. Isso porque o vocábulo se revelaria infeliz e traria carga negativa, com sentido de repressão, além de remontar ao repudiado período do Estado de Polícia.

Mais infeliz do que a manutenção do termo seria, efetivamente, sua alteração. O Direito, como ciência evolutiva e dinâmica, não pode condicionar (como de fato não condiciona) o avanço dos institutos jurídicos à um acompanhamento terminológico. Alterações desse jaez dificultam pesquisas em obras jurídicas e nos tribunais, criando uma instabilidade jurídica e não são, portanto, oportunas.

O poder de polícia, em meados do século XXI e à luz do Estado democrático de Direito, não mais é considerado como um poder ilimitado e autoritário, mas sim como instrumento da Administração Pública na busca do bem-estar coletivo, sempre subordinado aos princípios da legalidade e do devido processo legal (assim como os demais princípios Constitucionais e administrativos), assim como pelas formas de controle, como veremos adiante.

Se em um primeiro momento o Estado interviu na esfera particular, limitando direitos apenas quando se fizesse extremamente necessário, seu papel no cenário jurídico mundial agora é outro: o Estado contemporâneo impõe a prática de condutas tidas como necessárias e benéficas para o desenvolvimento dos administrados.

A postura omissiva do Estado ovacionada há décadas se mostra incapaz de resolver e solucionar os diversos problemas sociais e econômicos. O instituto, neste diapasão, se compatibiliza com o papel contemporâneo desempenhado pelo Estado e com as necessidades e anseios de sua população.

A definição do poder de polícia, por sua vez, está disposta no artigo 77 do CTN. O exercício desse “poder” por parte do administrador não é (e nem poderia o ser, diante do Estado Democrático de Direito e de uma série de

princípios que ordenam e justificam nosso ordenamento) arbitrário, abusivo ou ilegal. O parágrafo único do artigo 78 enfatiza isso. Ainda que o administrador goze de certa discricionariedade para a prática do ato administrativo, três elementos terão natureza vinculada, quais sejam forma, finalidade e competência.

O interesse público seria o somatório dos interesses particulares quando considerados integrantes de uma sociedade e é ele o elemento fundamentador do instituto do poder de polícia. Isso porque, como visto, cabe a ele o importante papel de regular uma série de fatores que tornem o convívio dos administrados salutar.

Sobre o interesse público, então, podemos fazer duas afirmações de relevância. A primeira delas, que o princípio constitucional da supremacia do interesse público sobre o privado não é absoluto. Isso porque em um Estado democrático não se pode permitir o exercício de um direito “poder” ou mesmo um direito ocorra de forma dezarrazoada, devendo, portanto, ser relativizado, compatibilizado com o restante do ordenamento. A segunda, que os direitos fundamentais devem igualmente ser relativizados e podem, ainda, sofrer mitigação em função de outro bem jurídico de relevância.

A proporcionalidade e a razoabilidade, juntamente com a ponderação principiológica são, à luz do caso concreto, capazes de balizar a atuação do aplicador do direito. Isso porque no momento atual, uma análise casuística revela extrema importância, e a técnica da ponderação revela-se fundamental para a solução de conflitos.

1. Aplicabilidade e controle do Poder de Polícia no cenário (neo) constitucionalista brasileiro.

A Constituição cidadã foi a responsável pelo “renascimento” do direito constitucional no Brasil, além de propiciar grande estabilidade institucional em nosso país. Em pouco mais de vinte anos, seu texto passou de situação de desimportância ou abandono para ocupar verdadeiramente o topo da pirâmide normativa, assumindo local de destaque e irradiando, por via de consequência, seus efeitos para os demais ramos do direito.

A normatividade, a superioridade e a centralidade das normas Constitucionais são características marcantes no cenário jurídico atual. A Carta de 1988 buscou também materializar uma série de princípios, assim como os direitos fundamentais dos administrados.

O poder de polícia, por sua vez, marca presença no mundo há milhares de anos, sendo mais antigo que as noções de democracia e de constitucionalismo.

Em virtude dessa idade avançada, foi bastante desenvolvido, e atualmente não é entendido como um mero instrumento legitimador de Estados autocráticos – como já o fora em um passado pouco distante – mas sim como um aliado na efetivação de interesses e de direitos da coletividade.

Tal instituto, entretanto, se revela por vezes autoritário e incompatível com esse modelo de constitucionalismo, o que dificulta sua aplicabilidade e sua própria legalidade e legitimidade em nosso ordenamento, diante do paradigma constitucionalista atual. É exatamente com o escopo de dirimir tais dúvidas e questionamentos a que se destina o presente texto.

O poder de polícia, como visto, figura como um importante instrumento para a efetivação de uma série de princípios e direitos fundamentais.

Nesse sentido, uma conduta não vedada pelo ordenamento jurídico, poderá, em determinado momento e circunstância, se revelar inoportuna, ensejando uma atuação do poder de polícia, sendo possível, inclusive, a imposição de um comportamento tido como desejável por parte da Administração.

Exemplo forçoso disso é o atendimento à função social da propriedade, onde o ideal de propriedade romano – a partir de uma releitura (neo) constitucional – deverá se compatibilizar com a norma maior e com os valores e anseios da sociedade, servindo o poder de polícia como um aliado para sua materialização. O individualismo tão exaltado no liberalismo cede espaço ao bem-estar coletivo, ao interesse comum e a Constituição tem um papel fundamental nisso.

A atuação do Estado, com fito na tutela dos interesses coletivos, não poderá ser arbitrária ou dezarrazoada. Isso porque a Administração deverá observar os princípios contidos no artigo 37 da Constituição da República e no restante da carta política. Deverá, pois, ser lastreada nos princípios explícitos

da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, além da observância aos demais princípios e valores implícitos na Constituição e demais diplomas normativos. A proporcionalidade e a razoabilidade são importantes aliados na atuação e controle da atividade administrativa, servindo como verdadeiro norte para aplicação e controle do instituto.

No exercício do Poder de Polícia, a Administração deverá agir de forma cautelosa, no sentido de aplicar apenas os meios estritamente necessários para o resultado pretendido pela lei, sob pena de macular o ato por ilegalidade. Isso porque sua atuação deverá ser razoável e proporcional, de forma a ocasionar o mínimo possível de danos para o administrado.

Como instrumento efetivador da cláusula abstrata do bem-comum a atuação do Estado não poderá se dar de forma absoluta e ilimitada, de sorte que os direitos do administrados não poderão ser objeto de restrição ou anulação, mas somente o exercício de tais direitos será passível de condicionamento, com o objetivo de compatibilizar interesses individuais e coletivos, sempre com observância à finalidade de sua atuação.

Ocorre, ainda, que a norma maior não trouxe definição do que efetivamente seria o instituto do poder de polícia, disciplinando, apenas, que a União, os estados, o Distrito Federal e os municípios poderão instituir taxas em razão do exercício desse poder de polícia.

Nesse sentido, devemos transcrever o artigo 60, parágrafo 4º, da CF/88, veda expressamente a possibilidade de edição de lei complementar que anule ou restrinja direitos e garantias individuais:

Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:
IV – os direitos e as garantias individuais

Observe ainda a intenção do constituinte originário na criação do dispositivo acima transcrito: se lei complementar – que exige procedimento legislativo diferenciado para aprovação da referida norma – se depara com a limitação material de não deliberar no sentido de abolir direitos e garantias individuais, lei inferior não será, tampouco, instrumento hábil à fazê-lo.

Vimos que a definição desse poder-dever está disposta no artigo 78 do Código Tributário Nacional. O parágrafo único do mesmo artigo vaticina que

seu exercício não poderá ser pautado em abuso ou desvio de poder, assim como que sua atuação arbitrária enseja ilegalidade.

A observância aos elementos vinculados, quais sejam forma, finalidade e competência¹ se faz extremamente necessária. Isso porque a inobservância de qualquer desses itens macula a legalidade da atuação administrativa, devendo tal ato ser corrigido pela via administrativa ou pela via judicial, já que cabe a ambos – assim como ao legislador – a atividade de aplicar e cumprir as normas dispostas no texto Constitucional.

A forma deverá ser, necessariamente, a prescrita em lei. A finalidade será o bem-estar coletivo e o exercício dos direitos e garantias fundamentais. A competência refere-se a legitimidade para a prática de determinado ato administrativo.

Dessa forma, o exercício do poder de polícia deve ter como objetivo precípuo a tutela do bem-estar e interesse coletivo. A atuação do administrador que não estiver pautada nessa finalidade estará maculada por desvio de poder, sendo passível, inclusive, de responsabilização (nos moldes do art. 37, § 6º, CF/88).

As formas de controle do instituto objeto do presente trabalho deverão se compatibilizar com a nova leitura constitucional. A incorporação de valores, dentre aqueles os relacionados com direitos fundamentais, também são de relevância inquestionável para o controle do referido instituto. A constituição, nesse sentido, serve como uma verdadeira limitação à atividade interventiva do Estado na esfera particular.

O poder de polícia administrativo se submete ao controle exercido pela própria Administração, no exercício da autotutela, e ao exercido pelo Poder Judiciário, através do controle judicial. Sobre essas formas de controle serão travadas algumas considerações.

A primeira delas é sobre o princípio da autotutela. Elucidativa é a lição de Fernanda Marinela sobre o assunto:

O princípio da autotutela estabelece que a Administração pode controlar os seus próprios atos, seja para **anulá-los**, quando ilegais ou **revogá-los**, quando inconvenientes ou inoportunos,

¹ Nesse sentido, eis a lição de Dirley da Cunha Jr. (2007, p.63): “A discricionariedade, assim, jamais dirá respeito à finalidade, à forma quando precisa em lei e, por óbvio, à competência para a prática do ato, porquanto esses requisitos da atuação válida sempre serão fixados pela lei. Vale dizer, são elementos sempre vinculados, ainda que de atos discricionários se trate: a competência, a finalidade e a forma quando prescrita em lei.”

independentemente de revisão pelo Poder Judiciário. (grifos no original)

Esse entendimento encontra respaldo nas Súmulas de número 346 e 473, ambas do Supremo Tribunal Federal, respectivamente transcritas:

Súmula 346 – A Administração pode anular os seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornem ilegais, porque deles não se originam direitos.

Súmula 473 – A Administração pode anular os seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornem ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.

A Lei de nº. 9.784/99, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Federal direta e indireta, dispõe que:

Art. 53 – A Administração deve anular seus próprios atos, quando eivados de vício de legalidade, e pode revogá-los por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos.”

Art. 54 – O direito da Administração de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários decai em cinco anos, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé.

Os dispositivos acima transcritos revelam os limites, materiais e temporais (esse último no caso específico da anulação), aos quais a Administração Pública deverá se cingir. Isso porque a possibilidade de revisão de seus próprios atos deve ser, logicamente, realizada nos limites da lei, sob pena de ilegalidade e de abuso de poder.

Tribunais superiores se manifestam no sentido de repelir a prática de excessos cometidos pela Administração. Como exemplo disso citamos o mandado de segurança de número 15160/DF (2010/0060661-0), julgado pelo Superior Tribunal de Justiça no dia 25/05/2010, que delimitou os limites aos quais se subordina o princípio da autotutela². Eis um trecho desse importante julgado: “A Administração Pública tem prazo de cinco anos para exercer seu poder de autotutela, nos termos do art. 54 da Lei n. 9.784/1999, corolário ao princípio da segurança jurídica.” Nesse sentido, ainda que determinado ato se revele mais vantajoso para a pessoa jurídica pública, os limites para de prática deverão ser observados, sob pena, como dito alhures, de mácula por ilegalidade.

² Íntegra do texto disponível no website <www.stj.jus.br>. Acesso em 29/09/2010.

O princípio da Supremacia do direito público encontra nas liberdades individuais e nos direitos fundamentais limitação ferrenha à sua aplicação, cabendo, em verdade, uma análise na casuística. Devemos ressaltar, ainda, que a Administração Pública - no desempenho dessa atividade administrativa - deverá pautar-se na imparcialidade e impessoalidade, não devendo utilizar tal instituto como manobra política.

O controle do poder de polícia também poderá ser desempenhado pelo órgão judicial, sem que necessariamente tenha sido esgotada a seara administrativa. Isso porque o ordenamento jurídico brasileiro, a teor do artigo 5º, inciso XXXV, adotou a jurisdição una, a saber:

a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

Trata-se verdadeiramente de um direito fundamental. Nesse sentido, a decisão administrativa poderá ser revista pelo poder Judiciário, porque o fenômeno da preclusão administrativa não torna a decisão imutável pelo órgão jurisdicional.

Ultrapassadas as considerações atinentes ao controle administrativo do instituto do poder de polícia, passemos a uma análise sobre o controle a ser exercido pelo poder Judiciário, que exerce um controle posterior aos atos em questão.

Entendimento dominante na doutrina e jurisprudência é aquele segundo o qual atos administrativos são passivos de controle de legalidade por parte judiciário. Isso porque não cabe ao poder judiciário adentrar no mérito administrativo, mas tão somente observar os aspectos formais, extrínsecos do ato, sob pena de caracterizar invasão indevida do Judiciário na seara administrativa.

Jurisprudência recente do STJ também se manifestou nesse sentido (RMS 27566/CE)³:

ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. JUIZ SUBSTITUTO DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO CEARÁ. CONTROLE JUDICIAL DO ATO ADMINISTRATIVO. LIMITAÇÃO. OPORTUNIDADE E CONVENIÊNCIA. EXIGÊNCIA DO ENUNCIADO DA QUESTÃO NÃO VALORADA NO ESPELHO DE CORREÇÃO DA PROVA DE SENTENÇA PENAL. AUSÊNCIA DE RAZOABILIDADE. OFENSA AOS PRINCÍPIOS DA CONFIANÇA E DA MORALIDADE. INCLUSÃO DE NOVO ITEM NO ESPELHO DE CORREÇÃO. REDISTRIBUIÇÃO DOS PONTOS.

1. É cediço que o controle judicial do ato administrativo deve se limitar ao exame de sua compatibilidade com as disposições legais e

³ Acesso através do website <www.stj.jus.br> em 29/09/2010.

constitucionais que lhe são aplicáveis, sob pena de restar configurada invasão indevida do Poder Judiciário na Administração Pública, em flagrante ofensa ao princípio da separação dos Poderes.

2. Desborda do juízo de oportunidade e conveniência do ato administrativo, exercido privativamente pelo administrador público; a fixação de critérios de correção de prova de concurso público que se mostrem desarrazoados e desproporcionais, o que permite ao Poder Judiciário realizar o controle do ato, para adequá-lo aos princípios que norteiam a atividade administrativa, previstos no art. 37 da Carta Constitucional.
3. Mostra-se desarrazoado e abusivo a Administração exigir do candidato, em prova de concurso público, a apreciação de determinado tema para, posteriormente, sequer levá-lo em consideração para a atribuição da nota no momento da correção da prova. Tal proceder inquina o ato administrativo de irregularidade, pois atenta contra a confiança do candidato na administração, atuando sobre as expectativas legítimas das partes e a boa-fé objetiva, em flagrante ofensa ao princípio constitucional da moralidade administrativa.
4. Recurso ordinário provido.

Nesse esteio, ainda que o órgão jurisdicional esteja vedado de adentrar no mérito administrativo, os princípios constitucionais, como o da proporcionalidade e da razoabilidade, poderão e deverão ser utilizados como meio controle. Isso porque a atuação do Administrador deverá estar pautada, sempre, nos princípios implícitos e explícitos da administração. É a estrada de mão-dupla dos princípios a que nos referimos anteriormente.

Na doutrina, Celso Antônio Bandeira de Melo (2003, p. 836) anota que não há nada de surpreendente no que toca o controle jurisdicional dos atos administrativos, e, ainda haja discricionariedade no ato, poderá e deverá ser feita investigação dos motivos, da finalidade e da causa do ato, como forma de garantir o atendimento da lei e a afirmação do direito (dos elementos vinculados). O posicionamento do autor revela-se oportuno e coerente, visto que o próprio mérito administrativo deverá se compatibilizar com os preceitos na norma maior. Ora, isso porque o vocábulo discricionariedade não pode ser utilizado como sinônimo de arbitrariedade, devendo, portanto, existir formas de controle para que isso seja evitado e coibido. O juízo de oportunidade e conveniência, tão desendido pelos administrativistas, deverá se coadunar com o interesse público primário.

Na análise já feita sobre interesse público e sua supremacia sobre o direito privado, chegamos uma conclusão básica, mas que ainda desperta celeuma doutrinária: os interesses públicos são verdadeiramente relativos, porque, se o inverso fosse verdadeiro, decisões proferidas por tribunais superiores seriam no sentido de assegurar poder irrestrito à Administração, no sentido de sempre lhe assegurar a vitória. Esse, felizmente, não é o

posicionamento que prevalece. Assim sendo, a Administração Pública se sujeita às disposições da magna carta.

Sobre o controle judicial dos atos administrativos, anota Carvalho Filho (2010, p.173) que o ordenamento jurídico constitucional indica as hipóteses em que o questionamento de tais atos revela-se possível no judiciário. São elas: mandado de segurança (art. 5º, LXIX), ação popular (art. 5º, LXIII) e ação civil pública (art. 129, III), sem prejuízo do já citado princípio da inafestabilidade da jurisdição (art. 5º, XXXV), todos elencados na Constituição da República. Toda vênua merece o entendimento do referido autor, vez que tais remédios visam exatamente o controle da atuação desenfreada do órgão administrativo.

A reclamação ao STF, a partir do regime de súmulas vinculantes instituído pela Emenda Constitucional de nº. 45/2004, também se revela instrumento oportuno para impugnação judicial de atos administrativos, ainda que nesse caso específico seja o esgotamento das vias administrativas requisito específico de admissibilidade.

Existem outras ações, especiais ou ordinárias, que revelam aplicabilidade ao administrado. Podemos citar, por exemplo, ações possessórias, cautelares, de nunciação de obra nova, dentre outras.

Em relação à invalidação do ato farpeado, entendemos que retroagirão os atos já praticados, operando, portando, efeitos *ex tunc*, devendo alcançar o ato inválido desde o momento de sua edição, ressalvados os casos que tenham sido praticados de boa-fé.

No que toca aos limites do instituto, toda vênua merece o entendimento do Supremo Tribunal (HC nº. 60.762-4), que entendeu que os limites do Poder de Polícia são demarcados pelo interesse social, em conciliação com os direitos fundamentais dos indivíduos, assegurados pela Constituição.⁴

Neste diapasão, tiramos conclusão importante: a mais alta corte nosso país (STF) entendeu que os limites ao instituto são exatamente os interesses fundamentais dos indivíduos assegurados pela Carta Maior. A Constituição impôs limites severos à atuação estatal. Isso porque não seria razoável que o

⁴ HC nº. 60.762/PR. Acesso através do website <www.stf.gov.br> em 4/10/2010.

exercício desse poder-dever ocorresse de forma arbitrária ou autoritária, o que não se coadunaria com o ideal de democrático tão ovacionado em nosso país.

Em virtude de tudo quanto exposto, entendemos que o instituto do poder de polícia revela aplicabilidade manifesta no ordenamento jurídico pátrio, como um instrumento hábil a efetivar uma série de preceitos trazidos em nossa norma maior. Jurisprudência dos tribunais superiores – conforme demonstrado - entendem nesse sentido. Seus limites, entretanto, deverão ser reforçados e traçados a cada dia, visto que não se exaurem dentre os trazidos pelo presente trabalho.

O instituto do Poder de Polícia tem a importante função de efetivar uma série de polícias e preceitos da República Federativa do Brasil, servindo com um instrumento de suma importância. O desempenho de tais atividades, entretanto, deverá se pautar nos princípios e normas do nosso ordenamento, para que seu exercício não ocorra de forma abusiva e lesiva. É aí que as formas de controle devem atuar.

A cada dia surgirão novos desafios e percalços. O importante é saber que polícia e Estado sempre estiveram interligados, de uma forma maior (Estado de Polícia) ou menor (neoconstitucionalismo) e que essa ligação precisa continuar, até como forma também de fortalecer o ideal democrático e constitucional. O poder de polícia é uma fera que precisa ser chicoteada diariamente. O direito constitucional e o aplicador do direito detêm a posse do chicote.

REFERÊNCIAS

ÁVILA, Humberto. Repensando o “princípio da supremacia do interesse público sobre o particular”. In: SARMENTO, Daniel (Org.). **Interesses públicos versus interesses privados**: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p.171-215.

BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. **Revista de Direito Administrativo**, , Rio de Janeiro, n.240 p.83-103, abr./jun. 2005.

BALEEIRO, Aliomar. **Direito tributário brasileiro**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

BANDEIRA DE MELO, Celso Antônio. Apontamentos sobre o poder de polícia. **Revista de Direito Público (RDP)**, São Paulo, n. 9, p. 55-68, jul./set.1969.

BANDEIRA DE MELO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BANDEIRA DE MELO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 26. ed. São Paulo: Método, 2009.

BARBOSA, Baltazar Gama. Poder de polícia e direito. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 54, p.14-19, out./dez. 1958.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção de um novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. **Revista da Escola Nacional de Magistratura**, n.2, p.26-72, 2006a.

BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006b.

BINENBOJM, Gustavo. Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o direito administrativo. In: SARMENTO, Daniel (Org.). **Interesses públicos versus interesses privados**: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**: uma defesa das regras do jogo. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1997.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. 292 p.

CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. **Fundamentos da Constituição**. Coimbra: Coimbra, 1991.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 19. ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2008.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 23. ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2010.

CRETELLA JÚNIOR, J. Polícia e poder de polícia. **Revista de Direito Administrativo (RDA)**, Rio de Janeiro, v.162, p. 10-34, out/dez 1985.

CRETELLA JR., J. **Manual de direito administrativo**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2000.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de direito administrativo**. 6. ed. Salvador: Jus Podivm, 2007.

FERRAJOLI, Luigi. Passado y futuro del Estado de Derecho. In: CARBONELL, Miguel (Ed.). **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Trota, 2009, p.13-29.

GASPARINI, Diógenes. **Direito administrativo**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

LEITE, George Salomão. **Constitucionalismo e jurisdição constitucional**. Disponível em: <http://www.jfjb.gov.br/esmafe/Pdf_hemeroteca/constitucionalismo_e_jurisd%20E7%20E3_constitucional.pdf>. Acesso em: 8 nov. 2010.

MARINELA, Fernanda. **Direito administrativo**. Salvador: Jus Podivm, vol. I, 2005.

MARQUES, Cláudia Elita Nogueira. Direito constitucional neoconstitucionalismo e ação estatal. In: CONGRESSO NACIONAL DE

PROCURADORES DE ESTADO, 33., out. 2007, Porto Seguro, BA. **Livro de teses...**, v. 1, p. 99-112.

MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 12. ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2008.

MEDAUAR, Odete. Poder de polícia. **Revista de Direito Administrativo (RDA)**, Rio de Janeiro, v.199, p. 89-109, jan./mar. 1995.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 34. ed. São Paulo: Método, 2008.

MEIRELLES, Hely Lopes. Poder de polícia e segurança nacional. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 445, p. 287-298., nov. 1972.

PEDRON , Flávio Quinaud. O dogma da supremacia do interesse público e seu abrandamento pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal através da técnica da ponderação de princípios. **Revista IOB de Direito Administrativo**, São Paulo, n.45, p.127-147, set. 2009.

PIETRO, Maria Sylvia Zenella di. **Direito administrativo**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. **Direito administrativo**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

PIETRO, Maria Sylvia Zenella di. **Direito administrativo**. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

REGO, Vicente Pereira do. **Repetições escritas sobre os elementos de direito administrativo**.1857.

SARMENTO, Daniel. Interesses públicos vs. interesses privados na perspectiva da teoria e da filosofia constitucional. In: _____. **Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulo jurídico**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

TÁCITO, Caio. Poder de polícia e polícia do poder. **Revista de Direito Administrativo (RDA)**, Rio de Janeiro, n. 162, p. 1-9, out./dez.1985.

TAVARES, André Ramos de. **Direito constitucional econômico**. 2. ed. São Paulo: Método, 2006.

TOURINHO, Arx. Arts. 77 a 95, CTN. In: NASCIMENTO, Carlos Valder do (Coord.). **Comentários ao Código Tributário Nacional**. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1999. p. 135-191.