UNIVERSIDADE ESTADUAL PAULISTA "JÚLIO DE MESQUITA FILHO"
FACULDADE DE HISTÓRIA, DIREITO E SERVIÇO SOCIAL

JULIANO ANTONIO CAMPOS

COAÇÃO ADMINISTRATIVA: limites e responsabilidades

FRANCA
2008

Livros Grátis

http://www.livrosgratis.com.br

Milhares de livros grátis para download.

JULIANO ANTONIO CAMPOS

COAÇÃO ADMINISTRATIVA: limites e responsabilidades

Dissertação apresentada ao programa de Pós-Graduação da Faculdade de História, Direito e Serviço Social da Universidade Estadual Paulista "Júlio de Mesquita Filho", campus de Franca, para obtenção do título de Mestre em Direito (Área de Concentração: Direito Obrigacional Público).

Orientador: Prof. Dr. José Carlos de Oliveira

FRANCA
2008

JULIANO ANTONIO CAMPOS

COAÇÃO ADMINISTRATIVA: limites e responsabilidades

Dissertação apresentada ao programa de Pós-Graduação da Faculdade de História, Direito e Serviço Social da Universidade Estadual Paulista "Júlio de Mesquita Filho", campus de Franca, para obtenção do título de Mestre em Direito (Área de Concentração: Direito Obrigacional Público).

BANCA EXAMINADORA:

Presidente: _____
Prof. Dr. José Carlos de Oliveira
Universidade Estadual Paulista "Júlio de Mesquita Filho"

1º Examinador(a): _____
Prof. Dr. Augusto Martinez Perez
Unaerp

2º Examinador(a): _____
Prof.ª Dr.ª Elisabete Maniglia
Universidade Estadual Paulista "Júlio de Mesquita Filho"

Franca, 06 de março de 2008.

Dedico à Antônia, mulher forte como uma guerreira; anjo dócil que tenho a felicidade de possuir como mãe, alguém de muito valor que com sua vida põe mais vida em minha vida;

ao amigo e companheiro Laurindo, um ser humano fabuloso que sempre está ao meu lado em dias escuros ou de sol;

à amiga e colega de profissão Bel. Dora Isilda Lopes Badoco, que com a bondade de seu olhar ilumina mais a minha estrada.

AGRADECIMENTOS

Muitos foram os que me ajudaram na feitura do trabalho. Sobretudo com estímulo e incentivo. Tanto dentro da Faculdade de História, Direito e Serviço Social da Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, campus de Franca, como aqui fora;

Em especial a minha admiração para os nobres professores:

Dr. José Carlos de Oliveira, meu dedicado Orientador;

Dr. Christiano José Andrade, mais do que mestre, um amigo;

Aprendi com eles que a única forma de conhecer é descobrir e que fazer descobrir é única forma de ensinar.

“Uma sociedade não se constrói sobre a virtude dos homens, ou sobre as conquistas financeiras, mas sim, sobre a solidez das instituições”.

Montesquieu

RESUMO

A presente pesquisa aborda o tema da coação administrativa, sob o enfoque da segurança pública. Qualquer ato de compulsão praticado por agente público devidamente autorizado a tal, para condicionar direito ou a liberdade das pessoas, dá-se o nome de coação administrativa. O Estado de Direito é fundado em uma premissa basilar: dar condições para um convívio harmônico entre o exercício do poder político e a liberdade individual do cidadão. Assim, o exercício do poder estatal não pode eliminar o espaço da liberdade individual. Aqui impera o princípio do sacrifício mínimo dos direitos e liberdades fundamentais, já que o poder estatal existe e fundamenta-se justamente para preservá-los na vivência em sociedade. É através do poder de polícia que o Estado legitima-se ao uso da coação, impondo limitações ao indivíduo e à propriedade para assegurar os fins gerais da sociedade, como a segurança, a ordem pública, a saúde, a paz. Os direitos e liberdades individuais são conquistas que a humanidade vem realizando e é dever do Estado garantir o seu exercício. Os limites ao exercício do poder de polícia e ao uso de coação administrativa são os direitos e garantias fundamentais expressos na Constituição Federal. Através dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade aufere-se a justa medida para a atuação do poder de polícia e, em segundo momento, para orientar a autoridade na escolha de medida que importará o menor sacrifício possível aos direitos do cidadão. A dignidade humana é acolhida no sistema normativo brasileiro como princípio jurídico autônomo, dotada de força de eficácia superior, pois é um dos fundamentos da República, como se observa na leitura do artigo 1º da Carta Magna. Como tal, o princípio da dignidade da pessoa vincula o próprio poder de polícia, posto que qualquer ato ou medida que cause ao cidadão uma lesão desnecessária e excessiva em sua dignidade, caracterizar-se-á como ato ilícito e abusivo, ensejando pronta reparação. O princípio da responsabilidade estatal é garantia primordial do indivíduo perante o Poder Público e, ao lado dos demais princípios, como o da legalidade, da igualdade de tratamento, entre outros, embasam o sistema jurídico democrático e contribuem para a realização da Justiça material do cidadão, resguardando-o ante as investidas abusivas do Poder Público.

Palavras chave: administração pública; poder de polícia; coação administrativa; limites; direitos fundamentais.

ABSTRACT

This research approaches the administrative coercion, under the focus of public security. Any act of compulsion practiced by any public agent properly authorized to do so, to condition people's right or liberty is called administrative coercion. The State of Right is founded on a basic premise: giving conditions to a harmonious situation between the political power performance and the citizen's individual liberty. So the state power performance can not eliminate the individual liberty's place. Here the principle of fundamental rights and liberty minimum sacrifice prevails since state power exists fundamentally to preserve their living together in society. It is through police power that the State has legal capacity to perform the use of coercion imposing restrictions to the individual and to the property to assure society's general purposes, such as security, public order, health and peace. Humanity has been achieving individual rights and liberties, thus it is State's duty to assure its performance. The limits to the performance of the police power and to the use of administrative coercion are the fundamental rights and securities expressed at the Federal Constitution. Through reasonableness and proportionality principles it is obtained the fair measure to the police power performance and, at a second step, to orient the authority when choosing the right procedure that will imply the smallest possible sacrifice to citizen's rights. Human dignity is received in Brazilian statute's system as an independent juridical principle, endowed with superior efficacy act, since it is one of Republic's grounds, as it is observed in the Magna Charta's first section. Thus, the person's dignity principle binds the police power itself, seen that any act or procedure that causes to the citizen and unnecessary and excessive lesion on his dignity, will be characterized as an unlawful and abusive act, occasioning immediate reparation. The state responsibility principle is the individual's primordial security towards Public Power and, beside other principles, as legality, equal protection of law, among others, are the ground for the democratic legal system and contribute to accomplishment of the citizen's material justice, protecting him from the abusive Public Power thrusts.

Key words: public administration, police power, administrative coercion, limits, fundamental rights.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO 11

CAPÍTULO 1 FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA – PODER E FUNÇÃO DE POLÍCIA 17

1.1 Poder do Estado 17

1.2 Poder de Polícia e Segurança Pública 20

1.3 Função de Polícia 29

1.4 Atributos dos Atos de Polícia 31

1.5 Princípios Constitucionais Relevantes à Coação Administrativa 39

1.5.1 *Princ pios da Razoabilidade e da Proporcionalidade* 40

1.5.2 *Princ pio da legalidade* 46

1.5.3 *Princ pio da moralidade* 48

CAPÍTULO 2 COAÇÃO ADMINISTRATIVA 53

2.1 As Competências da Administração para o uso da Coação Administrativa 54

2.1.1 *Impor Condicionamentos* 54

2.1.2 *O Ato de Fiscalizar* 58

2.1.3 *O Ato de Reprimir* 59

2.1.4 *O Ato de Executar* 61

2.2 Coação Direta 63

CAPÍTULO 3 LIMITES À COAÇÃO ADMINISTRATIVA 67

3.1 A Dignidade da Pessoa Humana e os Direitos Fundamentais 71

3.2 Situações de Confronto – Limiar entre Coação Legítima e Ilegítima 76

3.2.1 *Identifica ão Criminal* 77

3.2.2 *Superlota ão Carcer ria* 79

3.2.3 *A ões de Combate ao Terrorismo* 81

CAPÍTULO 4 RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO PELA COAÇÃO ADMINISTRATIVA ILEGAL 85

4.1 Discricionariedade e Controle Judicial 86

4.1.1 *Discricionariedade não Arbitrariedade, a Discricionariedade e seus Limites* 88

4.2 Mecanismos de Controle Popular dos Atos da Administração 93

4.2.1 *Abuso de Autoridade e Desvio de Poder* 93

4.2.2 *Meios Instrumentais de Garantia do Cidadão Contra os Abusos do Poder Público* 97

4.2.2.1 *Habeas Corpus* 97

4.2.2.2 *Mandado de Segurança* 98

4.2.2.3 *Ação Popular* 99

4.2.2.4 *Arguição por Descumprimento de Preceito Fundamental* 100

4.3 Responsabilidade Civil do Estado nos Atos de Coação Administrativa 104

CONCLUSÕES 110

REFERÊNCIAS 119

INTRODUÇÃO

Este estudo é o resultado de longos anos de profissão na área do Direito, primeiramente como bacharel e depois como acadêmico do curso de Pós-Graduação.

Na condição de militante na advocacia, foi possível estabelecermos contato íntimo com a parte operacional do poder de polícia do Estado e as atividades privadas nocivas à sociedade. A vivência no meio enriqueceu nosso cabedal de informações e permitiu que aprofundássemos a visão institucional.

Gradativamente fomos mergulhando na concepção verídica dos acontecimentos, na prática das normas vigentes, na solidificação da estrutura, no mecanismo das operações e na arquitetura que dá invólucro ao esquema. Logo se percebe que esta dissertação não está sendo escrita por um teórico que extraiu conclusões no mundo dos tratados simplesmente.

Muito se comenta sobre a atuação da polícia administrativa no Brasil. Ao compulsar o histórico esbarramos em uma grande lacuna: a ausência de exames aprofundados, o que obriga os investigadores a buscarem consultas em doutrinas estrangeiras.

Procuramos reunir documentos escritos, pinçando dados em arquivos e até manuais de legislação. Nosso objetivo primordial levou-nos a usar técnicas da pesquisa de campo para coligar o maior número de subsídios. Coletamos entrevistas orais e anotações iconográficas na tentativa de resgatar os aspectos da realidade, registrados de acordo com os fatos.

A investigação verbal nos ofereceu a oportunidade de compilarmos o que não foi redigido, fazendo-nos compreender esse quadro através de enfoques diferentes, apesar de sabermos que as fontes orais nem sempre expressam o real.

A opção de ouvir pessoas de classe e níveis culturais diversificados, revelou-nos a textura interna do complexo administrativo policial no contexto fenomênico da atualidade. Na varredura encontramos caminhantes, transeuntes, pedestres, conhecidos e itinerantes de múltiplos lugares.

Mesclando homens e mulheres de origens, culturas e etnias distintas, residentes em bairros progressistas ou periféricos, montamos um universo. Cingindo as impressões comuns apreendidas das inúmeras conversas erguemos um painel de mosaicos que nos trouxe à luz imagens do entorno que descreveram.

A propósito, achamos de bom alvitre levar em conta a afirmação de Unamuno: "Cada parecer individual é um ponto de vista sobre a opinião coletiva, e este ponto de vista muda conforme o lugar que ali se ocupa, e que este lugar mesmo muda segundo as relações que mantém com outros meios".[1]

Temos consciência de que a historiografia nos leva a interpretações diferentes de um mesmo acontecimento e de uma só realidade. A amplitude dos conhecimentos nos empurra para a versatilidade e facilita nossa tarefa. Desde a elaboração de um esboço embrionário, planificando o roteiro, tivemos a idéia de fazer um trabalho sério, sem o intento de atingir a perfeição.

No capítulo inicial apresentamos uma abordagem detalhada sobre o poder de polícia e segurança pública, já que o exercício do primeiro garante a manutenção da segunda, que constitui um dos interesses públicos mais proeminentes na sociedade.

Destaque especial será dado aos princípios constitucionais relevantes à coação administrativa: a razoabilidade, a proporcionalidade, a legalidade e a moralidade como freio à atividade coativa do Estado e para equilibrá-la aos direitos e liberdades dos cidadãos, já que a coação deve sacrificar o mínimo possível os direitos fundamentais expressos na Constituição Federal.

O capítulo seguinte será reservado para análise mais densa do instituto da coação administrativa. O uso da força pelos agentes administrativos para condicionar direito ou liberdade das pessoas ora se faz através da execução forçada, também chamada execução coercitiva, ora se processa através de uma compulsão sumária, ou coação direta, onde a atuação da força policial é imediata, a fim de restabelecer uma situação contrária à ordem pública.

No próximo capítulo serão abordados os limites à coação administrativa. Limita-se a ação de polícia pelo sistema constitucional vigente. Pelo Brasil ter feito a opção política de Estado Democrático de Direito, os direitos e garantias fundamentais são o centro gravitacional de todo o sistema normativo. Além

[1] UNAMUNO, Miguel de. **A opinião pública.** São Paulo: Vértice, 2003. p. 117.

do mais, a dignidade da pessoa humana é princípio estrutural do Estado, donde se conclui que o poder estatal e, em especial, o poder de polícia, deve nele buscar fundamento e validade.

Iremos mais adiante ao divulgar que os direitos individuais são conquistas que a humanidade vem realizando e é dever do Estado garantir o exercício dessas liberdades. Com a ressalva de que esses direitos não podem constituir uma causa de subversão da ordem e do equilíbrio jurídico.

O capítulo final abarcará a responsabilidade do Estado pela atividade policial no plano das medidas coativas e também de controle judicial. A doutrina brasileira aponta três requisitos necessários para que a Administração faça uso das providências executórias. São eles: autorização expressa na lei: urgência da medida; inexistência de outra via de direito capaz de assegurar a satisfação de interesse público que a Administração está obrigada a defender.

Calou fundo em nosso juízo o parecer de Cavalcante em livro notável: "É importante que a polícia e o Supremo Tribunal Federal e demais órgãos dessa envergadura se preocupem com a imagem pública. Para que a sociedade não veja seus militantes a favor do poder e contra os mais pobres".[2]

Cada vez mais se fortifica uma corrente humanista que bate de frente com abuso e falcatruas cometidos nos bastidores das instituições policiais. Os luminares que integram essa cruzada combatem ações arbitrárias e atitudes que arranhem os direitos dos cidadãos.

O direito é posto em primeiro plano, sendo que o direito à vida é o principal. Em seguida se levantam o direito à liberdade, o direito à dignidade humana, o direito à sobrevivência, o direito à defesa e o direito à paz de espírito.

Com efeito, não se pode redigir um estudo como este, valendo-se simplesmente de dados técnicos e deixando de lado a visão caleidoscópica do aspecto social. Queremos apurar como a proposta de atuação é trabalhada nas instituições policiais num momento em que expoentes arcaicos insistem em manter uma postura conservadora.

---

[2] CAVALCANTE, Themóstecles Bastos. **Tratado de direito administrativo.** São Paulo: Moderna, 1995. p. 115.

É necessário erigir um perfil fiel e verdadeiro sobre as condições que iguais diques tentam bloquear e avanço das reformas. Se formos enfileirar as desigualdades que ocorrem neste país imenso e heterogêneo ficaremos abismados.

São muitas as cidades existentes no território que ultrapassam os limites acanhados de vilarejos e arraiais. Especialmente no noroeste do Mato Grosso e no sertão do Ceará temos exemplos típicos. São lugares que já receberam luz elétrica, mas não possuem delegacia, juizado e polícia permanente.

Lá os mais humildes seguem as leis dos poderosos, fazendeiros, usineiros e comerciantes. Os abonados decidem tudo, inclusive quem fica ou deve se mudar. Os teimosos, que se recusam a obedecer, são ameaçados.

É contra esses desmandos que um punhado de bravos inovadores, como foi relatado na página anterior, procura implantar a justiça social. É a tentativa do Poder Público de intervir em áreas onde a vida humana parece valer menos que uma tora de ma detent ú

Podemos argumentar que com segurança e educação principalmente gastam-se quilômetros de papel e uma eternidade em falação. Se fôssemos um país mais educado, menos rigor haveria no uso da coação administrativa.

Porque diminuiria bastante o número de cidadãos assaltantes, violentados e mortos. Cairia a porcentagem de jovens propensos a se tornarem malfeitores. A força dos narcotraficantes seria mínima. Pequena soma de motorista se mataria nas estradas. E quase não se ouviria falar em comércio amador de drogas nas escolas ou nos bares.

O problema, o dilema, a tragédia é saber por onde começar. Vem do fundo dos tempos a

O crescimento evolutivo de amanhã é um reflexo das ações tomadas pelo organismo hoje. O melhor *marketing* para uma entidade ou instituição é a pujança motriz com que o progresso se alavanca.

Isso envolve entrosamento corporativo e a junção dos ideais uníssonos é um impulso considerável. Sem sombra de dúvida uma hierarquia voltada para a excentricidade e o hedonismo acaba por barrar a homogeneidade entre as categorias, gerando atraso.

Atrevemos a considerar que dos ícones que ocupam o patamar de cima e os grupos anônimos da serra laboral surge o liame de esforços para que ações ordinárias sejam cumpridas e todos atinjam resultados plenos.

Completando na etapa preliminar nossas considerações a respeito do empolgante e intrincado tema, cremos que pode ser ponte de passagem para debates pesquisadores politizados. Excelente fonte de discussão para investigações e conversas de *blogs* ou *di rios da internet*.

Que esta dissertação seja um trabalho instigante, capaz de induzir o surgimento de muitos outros exploratórios sobre o assunto. Aptos a registrarem as particularidades que distinguem os serviços operacionais que nos âmbitos policiais são praticados e suas respectivas rotinas daqueles que são exercitados no resto do mundo.

O que planejamos com esses apontamentos será deixar um testemunho de que, apesar dos contrastes, acreditamos na vitória das instituições administrativas, desde que as gentes que nelas atuam, sejam socialmente responsáveis e desenvolvam cada vez mais serviços e projetos que beneficiam a coletividade, expurgando-se o mau uso da máquina e a corrupção, que são as grandes chagas da Administração Pública.

O caminho que vamos percorrer para arquitetar e cumprir esta tarefa não será fácil. Se depois de concluí-la, começaríamos tudo de novo? Certamente.

Com a única condição de que nossa família e as pessoas que na área de Pós-Graduação da Faculdade de História, Direito e Serviço Social da Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho” nos incentivaram a fazê-la… estivessem ao nosso lado.

CAPÍTULO 1 FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA – PODER E FUNÇÃO DE POLÍCIA

1.1 Poder do Estado

O Estado, como uma entidade de direito público, tem direitos e obrigações próprios que, muitas vezes, são contrários aos dos administrados, compete a ele a manutenção da ordem e dos serviços públicos e a distribuição da justiça. Por isso pode exigir, em presença da soberania, obediência dos administrados. O poder é a manifestação da organização do Estado e tem por finalidade a proteção do próprio Estado, defendendo os interesses coletivos contra os de natureza privada, que são também assegurados.

Bonavides[1] pondera ser o poder o elemento essencial constitutivo do Estado, pois representa "sumariamente aquela energia básica que anima a existência de uma comunidade humana num determinado território, conservando-a unida, coesa e solidária".

Já Hely Lopes Meirelles[2], adverte que *poder* é a capacidade de decidir e impor a decisão aos seus destinatários. Nesse sentido, Afonso Arinos, citado por Bonavides[3], também define este elemento como a faculdade de tomar decisões em nome da coletividade. Por fim, é certo, que este se manifesta em todos os grupos e comunidades, desde a família - menor grupo social - que se apóia no poder familiar, até o Estado, que se sustenta no poder político, emanado da vontade popular, que é a baliza da soberania estatal.

Do significado axiológico da palavra 'poder', entrelaçam-se a força e a competência, compreendida esta última como a legitimidade oriunda do consentimento. Legitimidade é um termo que exige contextualização de fundo,

---

[1] BONAVIDES. Paulo. **Ciência política.** 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 106.
[2] MEIRELLES, Hely Lopes. Poder de polícia e segurança nacional. **Revista dos Tribunais**, v. 61, n. 445, p. 287-298, nov. 1972.
[3] BONAVIDES, op. cit., p. 106.

acerca da justificação e dos valores do poder legal. Assim, a legitimidade é a legalidade acrescida de seu contexto axiológico[4].

Além da força, para um poder legítimo, é preciso ter sido precedido de consentimento dos governados. Bonavides explica que, se o poder resultar unicamente da força, e a sociedade, onde ele se exerce, o vislumbrar apenas sob o enfoque coercitivo, pelo uso freqüente da violência para impor a obediência, esse poder, não importando a aparência sólida ou estável, será sempre um poder de fato.

Se o poder se exterioriza buscando apoio menos na força do que na competência, ou seja, menos na coerção e mais no consentimento dos administrados, será este um poder de direito. Tal processo se verifica nos Estados modernos, com a passagem do poder pessoal do soberano, para um poder de instituições - despersonalização do poder -, ou do poder imposto pela força a um poder calçado no consentimento grupal. Resumidamente, trata-se da passagem de um poder de fato a um poder de direito.

Esse é o enfoque que se almeja para considerar a idéia de poder: poder de direito, fundado na competência, ou seja, na autoridade. Pois, de onde vem a autoridade do governante? Justamente da vontade popular, na medida em que "todo poder emana do povo e em seu nome será exercido" - sustentáculo da soberania nacional, afirmada no artigo 1º, parágrafo único da Constituição Federal.

Por esta razão que se afirma, corroborado pela visão de Paulo Bonavides[5], que a força não pode ser confundida com poder, e nem com autoridade, na medida em que poder tem seu fundamento primordial na vontade popular, e por sua vez, disciplina e organiza o emprego da força, e a autoridade, esta se legitima na aceitação.

Quanto maior a legitimidade, maior será seu reconhecimento, e, conseqüentemente, sua autoridade. Assim, quanto menos for a contestação e maior for a base de consentimento e adesão do grupo, mais estável será a manifestação do poder estatal, com um ordenamento normativo capaz de unir a força ao poder e o poder à autoridade.

Como apregoa o parágrafo único do primeiro artigo do texto constitucional acima mencionado, o poder estatal é uno e indivisível, porque tem um

---

[4] Ibidem, p. 112.
[5] BONAVIDES, op. cit., p. 107.

só titular: o povo[6]. Ocorre que, para o exercício do poder, é necessário fazer distinções, de acordo com a necessidade da atuação estatal.

Conseqüentemente, existem os chamados *poderes instrumentais do Estado*, isto é, aqueles utilizados para a boa condução e consecução das atividades administrativas, como os chamados: poder vinculado, poder discricionário[7], poder hierárquico, poder disciplinar - ou regulamentar -, e o poder de polícia.

Apesar do poder estatal ser uno e indivisível, porque tem o mesmo titular; não significa que, para o exercício desse mesmo poder, não pode haver outros sujeitos. Titulares do exercício do poder estatal são aquelas pessoas cuja vontade se toma como vontade superior. Essa vontade, que expressa o poder do Estado, se manifesta através dos órgãos estatais, que determinam e orientam – com seus atos e decisões – o caráter e os fins do ordenamento político[8].

No caso de um Estado Democrático de Direito, como o Brasil, a titularidade do poder estatal pertence ao povo; porém, o seu exercício é tarefa dos órgãos através dos quais o poder se concretiza, órgãos estes pertencentes à Administração Pública, como o Parlamento, ministérios, chefe do Executivo dentre outros. Vale lembrar que o preenchimento de tais órgãos é subordinado – para uns, de forma direta, para outros, indiretamente – mediante o sufrágio popular, legitimando, dessa forma, todo o exercício do poder.

Não há contradição entre o postulado da unidade do poder com o princípio da separação de poderes consagrado notadamente através da teoria formulada por Montesquieu em sua obra *Do Esp rito das Leis*, de 1748. Não existe essa contradição porque a indivisibilidade do poder do Estado é devido ao seu titular, que é uno, e a divisão se opera apenas quanto ao exercício do poder, de

---

[6] De acordo com a constituição moderna de Estado, como no caso do Brasil, aliás, em qualquer Estado que se professa como "Democrático de Direito".

[7] Existe corrente doutrinária (como a defendida por Maria Sylvia Zanella di Pietro) que não reconhece a existência de "poder vinculado e poder discricionário", entendendo serem apenas características do poder da ação administrativa: quando a lei disponibiliza ao administrador mais de uma opção de apreciar o caso concreto, dando uma decisão ou solução apta a solucionar o caso, estaremos de um ato discricionário; porém, quando inexistir margem de opção na lei, estaremos diante de ato vinculado, ou seja, o administrador não terá liberdade de decisão. Contudo, a própria Maria Sylvia pondera que a discricionariedade *" indispens vel para permitir o poder de iniciativa da Administra ao, necess rio para atender s infinitas, complexas e sempre crescentes necessidades coletivas; A din mica do interesse p blico exige flexibilidade de atua ao com a qual pode revelar-se incompat vel o moroso procedimento de elabora ao das leis;* (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988**; 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 67-68).

[8] BONAVIDES, op. cit

modo a atender às formas básicas da atividade estatal. Está explicado porque muitas vezes se fala em *fun ões* do poder: função legislativa, função executiva e função judiciária.

Aliás, o propósito dessa visão tripartidária do poder também encontra o mesmo fundamento do princípio da unidade e da indivisibilidade do poder: despersonalizá-lo do poder pessoal do governante, no sentido de evitar a concentração de seu exercício em uma só pessoa.

1.2 Poder de Polícia e Segurança Pública

Sob o aspecto do poder, tem-se que, no tocante à relação entre Administração e particulares, o poder da primeira sobre os segundos acarreta a imposição de condutas, ônus, encargos, sanções e a restrição ao exercício de direitos e atividades, sempre com fundamento na lei.

Na função administrativa há intrínseca ligação com a finalidade, o exercício do poder é preordenado a um fim específico, fim esse que, em sentido precípuo, deve almejar o bem comum e amparar o interesse público.

O termo *bem-comum* ora utilizado, apesar de bastante amplo, é um termo ligado, em linhas gerais, à busca por condições mínimas de desenvolvimento da personalidade humana, conforme lição de Roberto Ferraz[9].

Uma definição de bem comum aceita com bastante generalidade entre autores e em diversos sistemas constitucionais é a que vem expressa na encíclica *Pacem in Terris* de João XXXIII, consistindo no conjunto de todas as condições de vida social, que consintam e favoreçam o desenvolvimento integral da personalidade humana. Esse conteúdo, muito aceito, remete à idéia de que, superadas as necessidades básicas [...] todas as condições de vida social que consintam [...], trata-se de buscar favorecer valores espirituais, e não materiais [...] favoreçam o desenvolvimento inte s(t)Tj 3.36134 0 Td (e)Tj9135 0 TTj 6.72268 0268 0 Td (o)Tj 6.72268 0 Td (

Nesse contexto, tem-se que o bem comum limita e, ao mesmo tempo, fundamenta o poder político. Fundamenta, porque o poder se constitui para atingir o bem comum. Limita, porque sendo seu objetivo o bem da pessoa humana, o Estado só deve intervir na esfera da liberdade individual, atendendo ao princípio da subsidiariedade, respeitando o equilíbrio entre a liberdade do indivíduo e a autoridade do Estado[10].

Ao representar anseios gerais de uma coletividade, o bem comum pode ser identificado com interesse público, já que têm características axiológicas semelhantes e visam, em última análise, à dignidade da pessoa humana. Porém, não é tarefa fácil conceituar interesse público. Sendo este conceito vago, de intensa carga valorativa, dependerá muito do ponto de vista pelo qual é vislumbrado.

Di Pietro[11], referindo-se ao pensamento de Gerhard Colm, indica quatro enfoques sob os quais se pode analisar o interesse público: o metassociológico, o sociológico, o judicial ou legal e o econômico.

A fim de padronizar a linha de raciocínio da pesquisa, opta-se pela abordagem do interesse público sob o ponto de vista legal ou judicial.

Nesse prisma, como sugere Mayer, é sobreposto ao interesse particular, fazendo-se remissão à supremacia do interesse público sobre o particular, que por muitos estudiosos é o fundamento do poder de polícia, já que é fonte de validade das medidas restritivas e sancionatórias das atividades dos administrados[12].

Por sua vez, Bandeira de Mello[13], pondera que a noção jurídica de interesse público integra sim os interesses individuais, porém em uma dimensão pública, ou seja, o interesse dito *p blico* deve constituir-se em veículo de realização dos interesses de todos os membros da coletividade, do presente e também de todos os membros do futuro. Encerra o jurista conceituando o interesse público

---

[10] DI PIETRO, op. cit., p. 214.
[11] Ibidem, p. 221.
[12] Para Otto Mayer, o fundamento do poder de polícia é o direito natural, posto que é dever natural do Estado atuar contra uma perturbação da 'ordem da coisa pública'. (MAYER, Otto. **Derecho administrativo alemán.** Buenos Aires: Editorial De Palma: 1950. p. 31; GRAU, Eros Roberto. Poder de polícia: função administrativa e princípio da legalidade: o chamado direito alternativo. In: **Revista Trimestral de Direito Público**, São Paulo: Malheiros, n. 1/93, p. 95, 1993.). Todavia, com a adoção de Estado de Direito e a consagração do princípio da legalidade como informador de toda atividade do estatal, o ponto de sustentação do poder de polícia migrou do direito natural para o direito positivo.
[13] BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo** 22. ed. Malheiros: São Paulo, 2007. p. 58.

como: “o interesse resultante do conjunto dos interesses que os indivíduos pessoalmente têm quando considerados em sua qualidade de membros da Sociedade e pelo simples fato de o serem”. [14]

Porquanto, interesse público e interesse do Estado não se equivalem, pois o Estado também é sujeito e partícipe do universo jurídico onde convivem os demais sujeitos de direito. Evidente que o Estado e demais pessoas de Direito Público têm interesses próprios, similares aos interesses de qualquer outro sujeito, contribuindo também para a formação do interesse público.

Todavia, enquanto que todas as demais pessoas podem defender seus interesses individuais, o Estado fora concebido justamente para realizar os interesses públicos. Para tal, o chamado poder de polícia torna-se um dos grandes instrumentos conferidos para viabilizar essa missão do Estado, que é a de atender os interesses públicos.

Este, também referido como poder de vigilância, pode ser entendido como a atribuição inerente ao Estado de conter os abusos, zelando pela manutenção da paz social e do bem estar do país. Cretella Júnior[15] pondera ser a segurança condição necessária para que o homem possa viver, trabalhar e produzir em sociedade.

De fato, a segurança é um direito fundamental, pois está consagrada desde a *Declara ão dos Direitos do Homem*, de 1789, Revolução Francesa, em seu artigo 2º, ao lado de outros direitos como liberdade, propriedade e o da resistência à opressão, chegando até nossos dias, com expressa previsão constitucional (artigo 5º, caput).

A respeito, Ferreira Filho[16] citando Montesquieu, que definia segurança como *“tranqui¡idade do esp rito”*, realça a importância da segurança para o indivíduo, daí, a sua condição fundamental.

São Tomás de Aquino, também citado por Ferreira Filho [17], considerava a segurança em seu aspecto coletivo ou comunitário, chegando a afirmar ser a

---

[14] BANDEIRA DE MELLO, op. cit., p. 58. Interessante conceito, já que revela a idéia de que o interesse público nada mais é do que uma faceta dos interesses individuais, e não apenas um interesse abstrato e desvinculado dos interesses pessoais de cada um.

[15] CRETELLA JÚNIOR, José. **Tratado de direito administrativo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. v. 1. p. 4.

[16] FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Aspectos do direito constitucional contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 147.

[17] Ibid., p. 148.

segurança condição do bem comum, porque é garantidora da paz, da tranqüilidade da ordem, n

Diante da repressão à desordem, que viola ou ameaça a segurança pública, reclama-se a pronta atuação do poder executivo. Porém, num Estado de Direito, a segurança se completa somente com a aplicação de sanção aos infratores, tarefa essa concernente ao Poder Judiciário.

Daí a existência das polícias administrativa e judiciária, que são distintas uma da outra. Ambas representam atividades de gestão de interesse público, sendo, por isso, inseridas dentre as funções administrativas. Na polícia administrativa a atividade estatal se inicia e se completa dentro do âmbito da função administrativa, na atividade de polícia judiciária, embora seja atividade estatal, esta apenas tem função preparatória à atuação da função jurisdicional do Estado, no âmbito do Poder Judiciário, na função penal, sendo esta regulada pelo Código de Processo Penal e executada pelos órgãos de segurança pública.

Nesse ínterim, através do denominado poder de polícia, 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"[19].

O conceito jurídico de polícia é bastante amplo, pois dita expressão é muito aberta, podendo ser empregada em vários sentidos. Da lição de Otto Mayer consta-se uma oportuna revelação. Definiu o administrativista a capacidade de polícia, como sendo: "A eficácia da conjuntura que visa defender, pelos meios da capacidade do chefe, a adequada ordem do fato público 'versus' a inquietação que os fatos subjetivos tenham habilidade de trazer"[20].

Ao conceito de polícia, o jurista alemão correlaciona as idéias de conjuntura, autoridade, ordem, adequada, fatores esses intrinsecamente necessários à noção de polícia.

Devido à relevância do termo, a noção de ordem pública mereceu muitos debates doutrinários, podendo ser entendida como uma situação de fato contrária à desordem, compreendendo um conjunto de princípios políticos, econômicos, morais e até religiosos, essenciais à existência e mantença de uma sociedade organizadamente constituída[21].

---

[19] CRETELLA JÚNIOR, op. cit., p. 4.
[20] MAYER, op. cit., p. 5.
[21] Neste sentido, José Cretella Júnior ("Polícia e poder de polícia", *in* Revista Forense, vol. 299, ano 83, São Paulo, 1987, p. 12), ensina que *"o conceito de pol cia administrativa indissoci vel da no ão*

É pela atividade de polícia que a Administração Pública garante a ordem pública, fiscalizando as limitações impostas pela lei a bens jurídicos individuais.

Considerando a própria elasticidade conceitual de polícia, rica é a doutrina em expor conceitos, sob diferentes aspectos. No entanto, ressalta-se a presença de três elementos que são indissociáveis ao conceito de polícia. Primeiro, o Estado, necessariamente a fonte da qual provém a polícia, sendo o exercício do seu poder indelegável, pois representa faceta da própria soberania estatal.

Segundo, a finalidade, que deve necessariamente, em última análise, ter em vista assegurar a paz, a tranqüilidade, a boa ordem pública. Mister, portanto, que o poder de polícia tenha a finalidade de garantir o interesse coletivo. Terceiro, o meio do seu exercício, que em concreto, traduz-se nas limitações legais às liberdades que representem perturbações à ordem pública.

Diante disso, merece destaque a definição de polícia de José Cretella Júnior, que a identifica como sendo um "conjunto de poderes coercitivos sobre as atividades dos cidadãos"[22].

Mais uma vez, recorrendo ao jurista Otto Mayer, o mesmo anota que: "O poder de polícia incide na atuação da autoridade para executar, desempenhar o dever, que se supõe comum, de não perturbar de jeito algum a benévola ordem da ocorrência pública"[23]. Assim, se a capacidade do chefe, como ensina o alemão, dá a eficácia da conjuntura que o Estado detém para defender a ordem pública, tem-se então que essa capacidade, a atuação da autoridade, torna-se um dever, considerando que o Estado deve garantir a ordem pública. Nessa revelação,

---

de ordem p blica e n ao de infra ao. pois quela cabe a manuten ao da ordem p blica, que n ao depende da repress ao das infra oes as quais porventura a pol cia administrativa n ao pode evitar".

[22] CRETELLA JÚNIOR, op. cit., p. 10, 1987. No mesmo artigo, Cretella Júnior ensina que a expressão 'poder de polícia' teve origem na jurisprudência norte-americana, a qual foi inicialmente utilizada em 1824 pelo então Ministro John Marshall, que na oportunidade presidia a Suprema Corte norte-americana, no julgamento do processo Brown *versus* Estado de Maryland, que tratava de limitações tributárias ao poder do Estado. Mas, naquela ocasião a referência foi feita de forma fragmentada, pois vários vocábulos foram interpostos entre as duas palavras ("*police*" e "*power*"). Aos poucos, a partir desse julgado, foi se aprimorando a noção até tomar a forma atual – *"police power".* A razão dessa busca de fundamento para julgar, aliado ao fato de que os Estados Unidos não dispunham de um instrumento legal que lhes conferissem poderes de intervenção na esfera dos direitos da sociedade civil, fez com que a Suprema Corte americana buscasse na noção de poder de polícia a faculdade (legitimidade) de o Estado intervir na esfera dos direitos civis, desde que houvesse a necessidade para garantir a saúde, a segurança, a moral, o bem estar do povo e, de forma geral, todas as grandes necessidades públicas.

[23] MAYER, op. cit., p. 3.

capacidade é dever.

Nesse ponto, faz-se necessário um breve ponderamento. Mayer – em sua definição – assevera que o poder de polícia surge para realizar o "dever geral, que incumbe ao súdito, de não perturbar a ordem da coisa pública"[24]. Por esse enfoque, o poder de polícia manifesta-se como correlato do dever, dos administrados, de não perturbar a ordem da coisa pública.

Atente-se que tal dever, dos administrados, é geral, no sentido que prescinde de definição em lei, porque suposto, como ressalta Grau[25]. Na definição delineada por Mayer, o poder de polícia tem sustentáculo na obrigação da Administração Pública de zelar pela ordem pública. Por essa razão, trata-se de um poder efetivo, pelo menos enquanto competência (de zelar pela ordem da coisa pública), comportando poderes em si que não se impõem estejam necessariamente previstos em lei.

Parece que seguidamente, no período pós-Estado de Direito, e democrático, com a consagração do princípio da legalidade como fundador e norteador da atividade pública, a concepção do poder de polícia sofreu um deslocamento em seu ponto de sustentação, do *jusnatural*, para o direito positivado[26].

Há quem discorde até mesmo de que poder de polícia seja 'poder'. Eros Grau, por exemplo, com fulcro na concepção de que o 'Poder' do Estado é único, explica que o que existe, de fato, é divisão de funções. Então, o jurista nega a existência de um 'poder' de polícia, porque essa atividade é antes um dever-poder da Administração, função dela, por isso, a atividade de polícia é sublegal[27].

O jurista Sundfeld chega mesmo a sugerir a eliminação do termo *poder de pol cia*, porque diz ser perigoso e inconveniente, propondo a substituição para *"Administra ao Ordenadora"*, congregando as atividades estatais de regulação do setor privado (neste enfoque ligadas à aquisição, exercício e sacrifício de direitos privados), com o emprego do poder de autoridade.

Sundfeld explica que enquanto a noção do poder de polícia surgiu para realçar e explicar o suposto poder estatal de interferir na liberdade e propriedade

[24] MAYER, op. cit., p. 11.
[25] GRAU, Eros Roberto. Poder de polícia: função administrativa e princípio da legalidade: o chamado 'direito alternativo'. In: **Revista Trimestral de Direito Público,** São Paulo, n. 1, p. 95, 1993.
[26] Ibidem, p. 95.
[27] Ibidem, p. 95.

individual, regulando-as em nome da *boa ordem da coisa p blica*, o conceito de Administração Ordenadora nasceu justamente para negar tal poder, deixando bem evidente a negativa[28].

O mesmo doutrinador, Sundfeld, resume a inconveniência do termo *poder*, ainda que seja correlacionado com *dever*, porque afirma contextualmente que a atividade policial, como qualquer outra atividade administrativa, é de mera aplicação de lei, e que, na concepção originária de Mayer, de dever-geral, entende Sundfeld, faz acreditar que a Administração dispõe de todos os instrumentos necessários, a seu critério, para garantir a *"boa ordem da coisa p blica"*, o que seria incorreto, face ao princípio da legalidade administrativa[29].

Ora, não menos perigoso esse pensamento, de que a atividade administrativa resume-se em mera aplicação da norma, pois pode remeter a uma visão positivista-legalista; o que, certamente não se verifica, principalmente em face dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade que, como será abordado, servem justamente para operacionalizar a norma e adequá-la ao caso concreto.

Ressalve-se, também, que o próprio Sundfeld considera que – para o Estado de Direito – não basta a simples submissão das autoridades públicas à lei, pois, senão a submissão à lei seria um fim em si, o que não é verdade[30]. Sendo assim, impropriedades à parte, por ora, adotar-se-á a expressão *poder de pol cia*, porque é assim que esta veicula a idéia de competência da Administração, não livre, mas como dever, 'poder-dever' da Administração Pública.

O poder de polícia, enquanto competência do Estado, existe para garantir a ordem pública, e seu exercício se dá mediante função administrativa[31], através das autoridades legalmente investidas.

A despeito das inúmeras conceituações doutrinárias, o Brasil possui uma conceituação legal sobre poder de polícia contida no Código Tributário Nacional, que, em seu artigo 78, em texto amplo e explicativo dispõe:

---

[28] SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito administrativo ordenador.** São Paulo: Malheiros, 2003. p. 18.
[29] Ibidem, p. 11.
[30] Ibidem, p. 68. O sistema legal serve justamente para garantir os direitos fundamentais e as liberdades individuais, nessa vertente, mesmo a lei não pode "tudo".
[31] GORDILLO, Augustín. **Tratado de derecho administrativo**. Buenos Aires: Ediciones Macchi, 1982. v. 5. p. 44. Augustín Gordillo conceitua função administrativa como "qualquer atividade realizada pelos órgãos administrativos, bem como as atividades realizadas pelos órgãos legislativos e jurisdicionais, excluídos aqueles atos materialmente típicos da função legislativa e jurisdicional".

> Considera-se poder de polícia a 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 seu parágrafo único, o legislador conceitua como sendo exercício regular de direito, "quando desempenhado pelo órgão competente nos limites da lei aplicável, com observância do processo legal e, tratando-se de atividade que a lei tenha como discricionária, sem abuso ou desvio de poder".

O artigo 144 da Constituição Federal, outrossim, trata de uma das funções primeiras do poder de polícia: assegurar a segurança pública, sendo este um dos deveres do Estado, direito e responsabilidade de todos, exercido para a preservação da ordem pública, incolumidade das pessoas e do patrimônio. Fica assim evidenciado que o poder de polícia é um poder-dever que o Estado de Direito dispensa à Administração Pública permissão de agir em concreto, com vista a assegurar a ordem pública, sempre dentro dos limites da lei[32].

Face aos crescentes e imperiosos avanços da sociedade e, por conseguinte, das áreas de interesse do homem e do controle estatal, comunga-se

---

[32] A propósito, recentemente, teve-se um interessante julgado que chegou até o Supremo Tribunal Federal (STF) sobre a afixação de publicidade em área urbana do município de São Paulo. Este município aprovou lei (Lei Municipal n.º 14.223/06), que trata da eliminação da poluição visual na cidade, instituindo o programa "Cidade Limpa". A norma determinava a retirada dos anúncios publicitários até 31 de dezembro passado (2006). Então, constituiu-se um litígio: de um lado, o direito da Municipalidade de impor restrições à atividade que considere nociva ou prejudicial ao interesse coletivo, exercendo regularmente o poder de polícia; e, do outro lado, a parcela interessada e que foi diretamente atingida com aquela proibição. Nota-se que a Municipalidade agiu legitimamente ao aprovar lei para limitar a atividade de publicidade. Apesar do sindicato que representa os empresários do setor ter conseguido liminar junto ao Tribunal de Justiça de São Paulo para suspender os efeitos da lei até o julgamento definitivo de mérito da ação, o STF, por meio de seu Ministro Gilmar Mendes, suspendeu os efeitos daquela liminar, até o julgamento definitivo da ação.
Em suas considerações, o ministro julgador considerou que a situação verificada (liminar obtida), *"põe em xeque ato normativo que, até o presente momento, goza de plena presunção de constitucionalidade e que possui manifesto e elevadíssimo grau de interesse"*.
Nesse caso, entende-se que o exercício do poder de polícia por parte daquela municipalidade foi legítimo e atendeu aos ditames necessários, quer pela legalidade, inclusive pelo meio empregado (a limitação deu-se por meio de lei), quer pela finalidade do ato, que, evidentemente, é o interesse público: proteção da população contra a poluição visual. Este anseio foi expresso naquela lei, que instituiu o programa "Cidade Limpa", *"para combater a poluição visual e assegurar o bem-estar estético, cultural e ambiental da população, a segurança das edificações, e a preservação da memória cultural"*[32]. Portanto, a municipalidade atendeu, em última análise, o artigo 144 da Constituição Federal, porque procurou preservar a ordem pública, a incolumidade das pessoas e também o patrimônio público e cultural da cidade, controlando a atividade publicitária em vias, parques, praças, muros e em outros logradouros públicos.
.

da idéia de que a noção de poder de polícia não pode ser estagnada, presa no tempo, pois, como meio de atuação do Estado, tal concepção deve ser constantemente revista, a fim de estar sempre apta às novas exigências da sociedade civil. A conceituação do poder de polícia não pode, de forma alguma, limitar ou restringir a sua abrangência, com vistas a assegurar, sempre, a ordem pública e o bem comum.

Dessa forma, o poder de polícia deve ser um instrumento sempre renovado, haja vista o alargamento dos objetivos do Estado, tal como estabelecido no preâmbulo da Constituição Federal, onde estão consignados, dentre outros fins do Estado, a garantia da segurança, do desenvolvimento e do bem-estar.

1.3 Função de Polícia

O campo da atividade policial estatal é muito amplo, indo desde a segurança das pessoas, bens, saúde e tranqüilidade pública até a manutenção da qualidade do meio ambiente, combate ao poder econômico, e outros. Em outras palavras, a atividade policial visa garantir a ordem pública, assegurando o bem comum e os interesses coletivos.

Para que o Estado possa garantir a manutenção da ordem pública, vale-se do poder de polícia, apto a preservar o interesse público perante os interesses privados, exercendo o controle dos direitos e liberdades individuais, preservando a paz e segurança públicas. O Estado deve ter uma forma de gerir esse controle, para condicionar a atividade dos cidadãos, impondo-lhes o cumprimento dos seus deveres, o qual é garantido pelo poder de coação sob a forma característica da administração. À materialização desses recursos para exercer o controle dá-se o nome de polícia.

Não divergente, Cretella Júnior entende polícia como o aparelhamento estatal para o exercício desse poder[33]. O jurista desenvolve seu raciocínio ponderando ser o poder de polícia a possibilidade atuante da polícia, ou seja, "é a

[33] Neste sentido, cita-se: CRETELLA JÚNIOR, op. cit., p. 18, e MAYER, op. cit., p. 14.

polícia quando age”[34]. Com fulcro no poder de polícia, o poder ‘da’ polícia é utilizado pela ‘polícia’, para preservar o bem-estar público ameaçado. Conforme a finalidade almejada pela atividade policial, existem dois tipos de denominações para ‘polícia’: a administrativa e a judiciária, que não é objeto direto deste estudo, como já visto.

Apesar da distinção que se costuma encerrar acerca da polícia administrativa e polícia judiciária, cabe anotar que ambas representam atividades de gestão de interesse público, inserindo-se dentre as funções administrativas. Pois, conforme pondera Bandeira de Mello: “quando alguém está investido no dever de satisfazer dadas finalidades em prol do interesse de outrem”, existe função[35].

Outra distinção entre as duas funções policiais - administrativa e judiciária - advertida por Carvalho Filho[36] explica que a polícia administrativa é a que incide sobre bens, direitos ou atividades, ao passo que a polícia judiciária incide sobre as pessoas. A função de polícia judiciária é privativa dos órgãos 7ıu 0 Td (o)Tj 6.722g268

Como exemplo, cita-se o agente policial que, enquanto coordena e dirige o trânsito de veículos, exerce atividade típica de polícia administrativa. Entretanto, quando este mesmo agente lavra um auto de contravenção, exerce atividade de polícia judiciária. O próprio chefe do órgão fiscalizador de trânsito, CIRETRAN, é agente policial detentor do cargo de delegado de polícia, quem dirige a polícia judiciária.

A justificativa que se tem por razoável para a atuação repressiva em casos análogos ao exemplificado acima, é que a repressão representa um meio para conferir eficácia à própria prevenção, pois não se poderia evitar os danos sociais se o agente administrativo não pudesse, ele próprio, reprimir os atos de perturbadores à ordem e segurança públicas, ou seja, que não observem as ordens, as proibições, normas e os regulamentos administrativos, tal como ocorre quando da infração de trânsito.

Nestas hipóteses, o Poder Público pode agir diretamente contra o infrator, bem como punir os atos ilícitos praticados, o que não afasta posterior avaliação e apreciação pelo Poder Judiciário, caso instado a tal.

1.4 Atributos dos Atos de Polícia

Os atos que expressam o exercício do poder de polícia, além dos atributos inerentes aos demais atos administrativos, têm outros atributos específicos e peculiares ao seu exercício. Cumpre elencar quais seriam esses.

Em linhas gerais, os doutrinadores atribuem ao ato administrativo os atributos da presunção de legitimidade (ou legalidade), imperatividade (ou coercibilidade) e auto-executoriedade[38].

O primeiro deles, a presunção de legitimidade, refere-se à presunção relativa de que o ato administrativo nasceu em conformidade com as devidas normas legais, contudo, tal presunção *iuris tantum'* pode ceder à prova de que o ato

[38] Neste sentido: MEDAUAR, Odette. **Direito administrativo moderno** 10 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 142; DI PIETRO, op. cit., p. 163; MEIRELLES, op. cit., p. 140.

não se conformou às regras legais. Di Pietro[39], contudo, divide esse atributo em dois: presunção de legitimidade, que diz respeito à conformidade do ato com a lei, e presunção de veracidade, da qual decorre a presunção de serem verdadeiros os fatos alegados pela Administração - a chamada *f p blica*.

É da presunção de veracidade que decorre a inversão do ônus da prova, pois a presunção de legitimidade apenas diz respeito à conformação do ato com a lei, não havendo, nesse enfoque, que se produzir matéria fática.

Considerando que a presunção de legitimidade não é instrumento de bloqueio da atuação jurisdicional, o Judiciário poderá rever o ato administrativo - se instado pela parte interessada - e a interpretação dada pela Administração. Observe-se que o presente atributo não libera a Administração de provar a sua verdade, ao contrário, em muitos casos, *verbi gratia*, em mandado de segurança, a própria lei prevê a possibilidade do juiz requisitar do Poder Público documentos e informações necessárias para comprovar a legitimidade do ato atacado, para a instrução processual e formação da convicção do julgador[40].

Quanto à coercibilidade ou imperatividade, esta é de fundamental importância, já que não existe ato de polícia facultativo para o particular. O administrado deve obedecê-lo, sob pena da Administração, de forma direta, inclusive, recorrer à força policial para garantir a sua execução. Tal característica decorre da condição de serem os atos administrativos cogentes, ou seja, obrigam a todos que se encontrem em seu círculo de incidência, ainda que contrarie interesses privados, porquanto o seu único alvo é o atendimento do interesse coletivo.

A imperatividade não existe em todos os atos administrativos, mas apenas naqueles que impõem obrigações, como no caso dos atos de polícia, que contém sempre uma obrigação implícita de não-fazer[41]. Quando se tratar, portanto, de ato que confira direitos solicitados pelo administrado - como na licença, autorização, permissão, admissão - ou de ato apenas de conteúdo declarativo - como em certidões, atestados e pareceres -, obviamente inexiste imperatividade nesses casos.

---

[39] DI PIETRO, op. cit., p. 165.

[40] Vide artigo 1º, letra 'a', da Lei n.º 4.348/1964 (que estabelece normas processuais relativas ao mandado de segurança, previsto no inciso LXIX, do artigo 5º da Constituição Federal): *"a) de dez dias o prazo para a presta ão de informa ões de autoridade apontada como coatora"*.

[41] Outro atributo do poder de polícia, denominado pelos doutrinadores como "atitude negativa", que será abordado logo mais abaixo.

Sendo ato coercitivo, importando restrições ou limitações ou ainda obrigações, deve passar pelo crivo da proporcionalidade, não sendo legítimo o uso de força desproporcional e desnecessária à resistência empregada, sendo os excessos puníveis.

A auto-executoriedade, outro atributo do ato administrativo, consiste na prerrogativa conferida à Administração Pública de executar seus próprios atos, sem necessidade de socorrer-se ao Judiciário. Este é um atributo também presente no poder de polícia, visto que representa a faculdade conferida à Administração Pública, de decidir e executar diretamente as suas decisões por seus próprios meios, sem a necessidade de intervenção do Poder Judiciário. Negá-la, como pondera Júlio César Luciano[42], representaria negar o próprio poder de polícia da Administração Pública, que necessita ser executado por meio de ato sumário, direto e imediato[43]. A autorização por lei conferida à Administração de auto-executar seus atos não elide a possibilidade daquele que se sinta lesado buscar junto ao Poder Judiciário a correção de eventual ilegalidade ou concessão de indenização cabível, tal como estabelece o artigo 5º, inciso XXXV de nossa Carta Magna.

Todavia, ressalva-se que estão destituídas deste atributo as multas administrativas e todas as prestações pecuniárias devidas ao Poder Público, pois nesses casos, a autoridade dispõe apenas da via judicial para executar tais imposições[44].

---

[42] LUCIANO, Júlio César. O conceito de polícia; a polícia e o poder de polícia no direito brasileiro; a polícia de segurança no direito brasileiro. In: Estudos de Direito de Polícia. **Seminário de Direito Administrativo e 2001/2002**, sob a regência de Jorge Miranda. Associação Acadêmica da Faculdade de Direito de Lisboa: Lisboa, 2003. vol. 1. p. 38.

[43] Neste sentido, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça, por sua 1ª Turma, em REsp. n.º 265253-SP, em 20/11/2000, tendo como relator o Ministro José Delgado, que é legítimo à Prefeitura Municipal determinar a demolição de obra clandestina, pois realizada sem a prévia licença de construção conferida pela autoridade competente, mesmo que essa se encontre inteiramente situada dentro da propriedade particular, pois tal medida está em harmonia com os princípios da razoabilidade e proporcionalidade do poder de polícia.

[44] Neste sentido, temos um julgado do STJ (1ª Turma, em REsp. n.º 330.703-RS. J. 16/10/2001. Relator Min. Garcia Vieira), onde foi decidido que os valores devidos à Administração, após a apuração na forma prevista na legislação aplicável, inscritos no setor administrativo competente, que não tem natureza tributária mas são decorrentes do exercício do poder de império, exercido na modalidade de poder de polícia do Estado e, portanto, inerentes à atividade da autarquia, representam dívida ativa da fazenda pública. Somente à estes e aos critérios de natureza tributária é cabível a utilização da via de inscrição na dívida ativa, para a propositura do executivo fiscal, excluindo as hipóteses em que o Estado, por um de seus órgãos, vise buscar o ressarcimento do dano que teve de suportar, como é o caso de um acidente de trânsito que resulte em dano ao patrimônio público, demonstrando, assim, que nestas hipóteses, dever-se-á recorrer às vias ordinárias, ou seja, processo judicial comum de ressarcimento de danos, e não execução fiscal de dívida ativa.

A auto-executoriedade, a exemplo da imperatividade, não é comum em todos os atos administrativos, ao contrário, só é permitido em casos expressamente previstos em lei. Para Justen Filho[45], a execução pela própria Administração só deve ser admitida em situações excepcionais e observados os princípios da legalidade e da proporcionalidade.

Como se observa, não há auto-executoriedade sem lei que a preveja, e ainda assim, só deve ser utilizada quando não existir alternativa menos lesiva. Em matéria de polícia administrativa, por exemplo, a lei prevê medidas de cunho executório pela própria Administração, como a apreensão de mercadorias, documentos e veículos; o fechamento de casas noturnas; a cassação de licença para dirigir, entre outras.

Por outro lado, é possível a utilização desse atributo em situação de urgência para ser resguardado o interesse público ameaçado, como nos exemplos: em caso de prédio condenado, sob ameaça iminente de ruir, o Poder Público pode proceder à sua demolição; internação de pessoa contaminada por doença infecto-contagiosa; o impedimento ou a dissolução de reunião que ponha em risco a segurança de pessoas ou de coisas.

Há corrente doutrinária que desdobra o atributo da auto-executoriedade em dois: a exigibilidade, pela qual a Administração toma decisões executórias criando obrigação para o particular, sem precisar de provimento judicial; e a executoriedade propriamente dita, que permite a execução forçada por parte da Administração Pública.

Di Pietro, a seu turno, distingue as duas situações apenas pelo meio coercitivo utilizado: na exigibilidade, há o emprego de meios indiretos de coerção; enquanto que na executoriedade, existe o uso direto de coerção. Um exemplo citado pela autora, no primeiro caso, seria a imposição de multa e outras penalidades previstas, todas no âmbito administrativo. Já no segundo caso, há o emprego de força, para compelir materialmente o administrado a fazer alguma coisa[46].

Vale frisar que no primeiro caso, da exigibilidade, os meios indiretos de coerção devem ser previstos expressamente pela legislação; enquanto que no caso da executoriedade, podem ser empregados independentemente de previsão legal;

---

[45] JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 205.
[46] DI PIETRO, op. cit., p. 167.

entretanto, devem ser utilizados com cautela e ponderação, sob a pálea, portanto, dos critérios da razoabilidade e da proporcionalidade.

Rememore-se que mesmo nos atos administrativos os quais é permitida a sua auto-execução diretamente pela Administração Pública, não fica afastado o controle judicial, posterior e mediante provocação da parte interessada, a exemplo do comentário do atributo da imperatividade, porquanto que, como manda o inciso XXXV do aclamado artigo 5º da Constituição Federal, "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito".

No caso de medidas coercitivas consideradas ilícitas, a vítima poderá pedir reparação, incidindo a regra da responsabilidade objetiva do Estado, com fulcro no artigo 37, §6º da Lei Maior[47].

Outro elemento que é próprio do poder de polícia é o fato dele representar uma atividade negativa, que o distingue de outra atividade da Administração Pública, o serviço público, que seria uma atividade positiva.

A atividade positiva é a que vai trazer um benefício, uma utilidade aos cidadãos, como exemplo, tem-se o serviço de energia elétrica, de distribuição de água e de gás, de transporte, entre outros.

Assim, dentre as atividades administrativas, há a atividade que corresponde à prestação de serviço público, e outra, completamente distinta, que corresponde a do poder de polícia.

Di Pietro, ao desenvolver o assunto, explica a distinção entre atividade jurídica e atividade de cunho social. Para isso, recorre à lição de Caio Tácito, que menciona ser atividade jurídica aquela que compreende a atividade do poder de polícia, visando atender "a preservação do direito objetivo, a ordem pública, a paz e a segurança coletivas". Já na atividade social, no entanto, por meio dos serviços públicos, "a Administração cuida de assuntos de interesse coletivo, visando ao bem-estar e ao progresso social, mediante o fornecimento de serviços aos particulares"[48].

---

[47] *§ 6º As pessoas jur dicas de direito p blico e as de direito privado prestadoras de servi os p blicos responder ao pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o respons vel nos casos de dolo ou culpa;"* (artigo 37, §6º da Constituição Federal). Vide também capítulo '4'.

[48] TÁCITO, Caio apud DI PIETRO, op. cit., p. 81.

A atividade de polícia, pois, reclama uma atitude negativa, ou seja, nela, a Administração apenas impede a prática pelos administrados de determinados atos contrários ao interesse público, ou nocivos à ordem e à segurança públicas; impondo limitação às condutas individuais.

Corroborando para elucidar a diferença entre atividade de serviço público da policial, Bandeira de Mello, explica que, no poder de polícia, a Administração espera sempre uma atit68 0 Td (a)Tj 6.72268 0 Td ( )Tj 8.64346 0 Td (p)Tj 6.722

68 0 Td (a)Tj 6.72268 0 Td4.5618 8.88356P0 Td (m)Tj 3.361350 Td (l)Tj 2.64105 0 Td (il)Tj 2.88116 0 Td (o)Tj 6.7

A respeito, Cretella Júnior[51], salienta que a atividade da polícia administrativa é “multiforme, imprevisível, não podendo estar limitada em todos os setores em que deve desdobrar-se”. A polícia precisa intervir sem restrições, diante das infinitas situações provocadas pelo agir humano, sempre no momento oportuno; daí a impossibilidade de aprisionar os atos de polícia em fórmulas legais[52].

Neste sentido, Agirreazkuenaga ensina que a força material da atividade policial se impõe em uma multiplicidade de circunstâncias, aplicando sanções, tanto de cunho administrativas como penais, e também em execução de ordens judiciais. Essa coação, utilizada sem intervenção do judiciário, opõe-se diretamente sobre os particulares, seus bens ou suas atividades. Por essa razão, o espanhol entende a polícia como o instrumento principal da coação administrativa, pois à ela corresponde, em sua maioria, a execução da função coativa consubstancial do Estado[53].

É evidente que existem atos de polícia de caráter inteiramente vinculado, ou seja, para os quais a Administração terá que adotar solução previamente estabelecida pela lei, sem qualquer possibilidade de opção. Exemplo de ato de polícia vinculado, tem-se a licença[54]. Contudo, na maior parte das situações possíveis de atuação do poder de polícia, o ato é discricionário.

Por todos esses fatores, adota-se do entendimento que o poder de polícia tem como atributo, em grande extensão, a discricionariedade, que fica adstrita e subordinada ao limites intransponíveis da lei.

A discricionariedade representa a livre escolha pela Administração Pública da oportunidade e conveniência de exercer seu poder de polícia, aplicando e graduando sanções, empregando os meios necessários para atingir os fins pretendidos, que deverão ser em prol do interesse público, sempre dentro dos limites estabelecidos pela lei, pois fora desse limite, restará caracterizada a arbitrariedade.

---

[51] CRETELLA JÚNIOR, op. cit., p. 45.
[52] Neste sentido: CASTRO, Viveiros de; CARREIRO, Porto apud CRETELLA JÚNIOR, op. cit., p. 45.
[53] AGIRREAZKUENAGA, Inãki. **La coaccion administrativa directa**. Madri: Civitas, 1990. p. 30-31.
[54] Licença é um ato admini

A discricionariedade também encontra limites na competência, na forma (caso haja norma que a regulamente) e na finalidade (que sempre deve ser o interesse público), pois quanto a estes elementos, o poder de polícia é sempre vinculado. O ato de polícia, que a princípio é discricionário, passará a ser vinculado caso exista norma jurídica que regulamente a forma e o modo da sua realização.

Como se vê, poder de polícia e discricionariedade são institutos diversos, pois, como enuncia Pereira da Costa, poder de polícia:

> É a atividade do estado que visa conformar e restringir direitos e liberdades tendo em vista o interesse público. A discricionariedade será a abertura da norma legal à administração, que passará a ter maior liberdade de atuação, permitindo-lhe que, em certo número de situações, escolha o seu próprio trilho de atuação, na oportunidade que lhe convenha, pelos motivos que entender relevantes e, mesmo, autorizando-a a abster-se de agir"[55].

A discricionariedade não se confunde com a arbitrariedade, pois enquanto aquela representa a faculdade do Poder Público agir dentro dos limites da lei, esta se caracteriza pela ação fora ou além dos limites legais, o que denota verdadeiro desvio de poder. A discricionariedade é, portanto, intralegal.

Outro importante elemento intrínseco ao poder de polícia é a observância do devido processo legal, tal como expressamente consignado no artigo 78, parágrafo único do Código Tributário Nacional[56]. Como todo ato da Administração, para ser válido, será preciso haver legítima motivação e fundamentação, ainda que de maneira sumária.

E para que haja o atendimento desses requisitos, um procedimento deve ser observado, pois, ainda que sucinto, ele existe: para que o poder de polícia, geral e abstrato, materialize-se, o agente deve percorrer certos 'passos', chamados de fases do poder de polícia, ou ciclos de polícia[57].

---

[55] COSTA, José Antonio Vilhena Pereira. A privatização dos serviços de polícia administrativa. In: Estudos de Direito de Polícia. **Seminário de Direito Administrativo e 2001/2002**, sob a regência de Jorge Miranda. Associação Acadêmica da Faculdade de Direito de Lisboa: Lisboa, 2003. vol. 2. p. 325-357.

[56] Aliás, a garantia ao 'devido processo legal' é direito fundamental, previsto e consagrado no inciso LIV do artigo 5º de nossa Constituição Federal. Como tal, se impõe inclusive perante o Estado, e, conseqüentemente, ao exercício do poder de polícia.

[57] O assunto será analisado no capítulo '2'.

1.5 Princípios Constitucionais Relevantes à Coação Administrativa

Cretella Júnior[58] pondera que os princípios são os alicerces da ciência, proposições básicas, fundamentais e típicas que condicionam todas as estruturações subseqüentes.

Hierarquicamente, tem-se o princípio jurídico como norma superior à lei, que a informa e lhe determina o alcance e o sentido. Devido à sua característica de dar unidade e harmonia ao conjunto normativo, o princípio permite que o aplicador do Direito resolva um problema de lacuna na lei, apoiando-se, obviamente, nos princípios gerais, havendo na própria lei autorização expressa para isto[59].

A importância dos princípios, em qualquer ciência, evidencia-se no fato de ser irrealizável fazer ciência desconsiderando os mesmos, afinal, nenhum conhecimento é possível sem sustentáculo em princípios, sem pressupostos que se admitem como verdades, independentemente da experiência.

Nesta pesquisa, abordar-se-á tão-somente os princípios relevantes à coação administrativa, notadamente os que delimitam a atuação legítima do poder de polícia. São eles: os princípios da razoabilidade e o da proporcionalidade, instrumentais balizados no Estado moderno de Direito que se prestam à função de sopesar outros princípios e atos da Administração, além de exercerem importante função limitadora do próprio poder estatal; além dos princípios da legalidade e o da moralidade.

Devido a sua grande importância ao tema do presente trabalho, começar-se-á a análise dos princípios norteadores da atividade administrativa por eles.

---

[58] CRETELA JÚNIOR, op. cit., p. 5-52.

[59] De fato, o artigo 4º da Lei de introdução ao código civil, prevê que, quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito.

1.5.1 *Princ pios da Razoabilidade e da Proporcionalidade*

A razoabilidade e a proporcionalidade são princípios estruturadores de um ordenamento jurídico-administrativo democrático[60]. Por terem função múltipla, participam das instituições criadas e estruturadas pela Constituição Federal e têm a finalidade de formar e conformar a atuação administrativa legítima, com vistas a firmar o projeto de cidadania, cristalizando a idéia de Direito presente nos comandos constitucionais.

Pimenta Oliveira[61] garante que o exercício da função administrativa tem por finalidade o atendimento ao interesse público, respeitando a Constituição e as Leis. Pois bem, a tarefa pressupõe a atuação administrativa ante as mais diversas e imprevisíveis situações fáticas, as quais, na maioria das vezes, a legislação não prevê a solução a ser adotada. É função dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade delinear, operacionalizar e procedimentalizar a tarefa do Poder Público, exercendo a sua função administrativa, de maneira legítima.

A razoabilidade e a proporcionalidade têm as mais diversificadas funções principiológicas com sua integração ao regime jurídico-administrativo, assumindo um papel de fundamental importância dentro do direito público.

Parte da doutrina[62] costuma referir-se ao princípio da proporcionalidade, conceito em linhas gerais fungível com o da razoabilidade. Tal fungibilidade, contudo, parece levar a certa confusão entre a razoabilidade e a proporcionalidade, o que não é verdade; porém, considerando que ambos os princípios buscam finalidade comum, nota-se que no direito brasileiro a tendência é de não haver preocupação com distinções, mas sim com o entendimento e visão clara do campo de atuação da matéria[63].

---

[60] DELGADO, José Augusto apud: OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. **Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito administrativo brasileiro.** São Paulo: Malheiros, 2006. p. 33.

[61] OLIVEIRA, op. cit., p. 33.

[62] José Roberto Pimenta Oliveira pondera existir fungibilidade material e funcional na ordem jurídica, visto serem ambas as noções "*capazes de fundamentar o conte do do dever-ser' requerido pela persecu ão, sob o ponto de vista jur dico-sistem tico, da finalidade p blica inerente ao manejo de cada compet ncia administrativa in abstrato' e in concreto'*. (Ibid., p. 544).

[63] A análise da distinção será feita logo abaixo.

Prova disso, o jurista e ministro do Supremo Tribunal Federal, Gilmar Mendes, escreveu:

> Um juízo definitivo sobre a proporcionalidade ou razoabilidade da medida há de resultar de rigorosa ponderação entre o significado da intervenção para o atingido e os objetivos perseguidos pelo legislador (proporcionalidade ou razoabilidade em sentido estrito)[64].

O princípio da proporcionalidade surgiu ligado à idéia de limitação do Poder no Século XVIII. O cânon da proporcionalidade compreende, nessa época, a área administrativa e a área penal. Nesse sentido, é detentor de raízes iluministas, sendo mencionado por Montesquieu e por Beccaria – ambos tratavam sobre a proporcionalidade das penas em relação aos delitos[65].

O referido princípio sempre teve seu campo de incidência mais tradicional no âmbito da atuação do Poder Executivo. Estudado precipuamente na área do Direito Administrativo, funcionava ele como medida de legitimidade do exercício do poder de polícia e da interferência dos entes públicos na vida privada.

O princípio da proporcionalidade foi teorizado no bojo da transformação do Estado de Polícia para o Estado de Direito, com a finalidade de controlar o poder coativo dos governantes, denominado poder de polícia, a fim de que o seu exercício ficasse limitado pela justa proporção entre os fins objetivados pela atuação do poder público e os meios utilizáveis para o seu atingimento.

Pode-se afirmar que tal princípio foi cunhado no Direito Administrativo, ao tempo do florescimento do jusnaturalismo, como idéia de limitação do poder de polícia, exatamente para coibir medidas excessivamente gravosas aos direitos do cidadão.

Nessa vertente, na lição de Gordillo[66] fica estabelecido:

> A decisão 'discricionária' do funcionário será ilegítima, apesar de não transgredir nenhuma norma concreta e expressa, se é 'irrazoável', o que pode ocorrer, principalmente, quando: a) não dê os fundamentos de fato ou de direito que a sustentam; ou b) não leve em conta os fatos constantes do expediente ou públicos e notórios; ou se funde em fatos ou provas

---

[64] MENDES, Gilmar Ferreira. A proporcionalidade na jurisprudência do supremo tribunal federal In: **Repertório IOB de Jurisprudência,** Rio de janeiro, n. 23/94. p. 475-469, 1994.

[65] PENALVA, Ernesto Pedraz apud STUMM, Raquel Denize. **Princípio da proporcionalidade no direito constitucional brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995, p. 78.

[66] GORDILLO, Augustín. **Princípios gerais de direito público**. Tradução de Marco Aurélio Greco. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977, p. 183-184.

> inexistentes; ou c) não guarde uma proporção adequada entre os meios que emprega e o fim que a lei deseja alcançar, ou seja, que se trate de uma medida desproporcionada, excessiva em relação ao que se quer alcançar.

O princípio da proporcionalidade dizia primitivamente respeito ao problema da limitação do Poder Executivo, sendo considerado como medida para as restrições administrativas da liberdade individual. É com esse sentido que a teoria do Estado o considera, já no século XVIII, como máxima suprapositiva, e é com esse sentido que ele foi introduzido a partir do século XIX no Direito Administrativo, como princípio geral do direito de polícia, sendo posteriormente erigido ao posto de princípio constitucional[67].

No Brasil, tal princípio detém *status'* de princípio constitucional porque – em se tratando de restrição de determinados direitos – a própria Corte Constitucional brasileira (Supremo Tribunal Federal), tem assentado entendimento de que se deve indagar não apenas sobre a admissibilidade legal da restrição eventualmente fixada - reserva legal -, mas também sobre a compatibilidade das restrições estabelecidas com o princípio da proporcionalidade.

Na lição de Mendes[68], diante dessa nova orientação, houve uma complementação ao princípio da reserva legal: agora, é pertinente denominá-lo por "princípio da reserva legal *proporcional*", pois pressupõe não só a legitimidade dos meios utilizados e dos fins perseguidos pelo legislador, mas também a adequação desses meios para a consecução dos objetivos pretendidos e a necessidade de sua utilização.

Nestes termos, haverá violação ao princípio da proporcionalidade, com ocorrência de arbítrio, sempre que os meios destinados a realizar um fim não sejam por si mesmos apropriados e/ou quando a desproporção entre meios e fim seja particularmente evidente (manifesta).

Segundo Barroso[69], o princípio da razoabilidade surgiu e evolui associado à garantia do devido processo legal, instituto ancestral do direito anglo-saxão. O desenvolvimento doutrinário da cláusula do *due process of law*, passou por duas fases distintas: na primeira, detinha caráter puramente processual, regulando

---

[67] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 1998, p. 265-266.
[68] MENDES, op. cit., p. 475-469.
[69] BARROSO, Luís Roberto. Razoabilidade e isonomia no direito brasileiro. In: **Temas de direito constitucional**. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 153-164.

direitos intrínsecos ao processo penal. Foi em segundo momento que ganhou contornos supralegais, de alcance substantivo, ensejando ao juiz o exame de determinados aspectos das leis e dos atos administrativos que antes lhe era defeso, segundo a doutrina clássica da separação de poderes.

Tais aspectos podiam ser resumidos à noção do *razo vel*, do *adequado*. por isso que a razoabilidade e o conceito do devido processo legal são fundamentais nos Estados Democráticos e passaram a repercutir nos seus ordenamentos jurídicos como medida de valor para a busca do equilíbrio entre o exercício do poder e a preservação dos direitos do cidadão.

Mais fácil de ser *sentido* do que ser conceituado, pode-se ter por *razo vel* o que seja conforme a razão, supondo equilíbrio, moderação e harmonia; o que não seja arbitrário nem caprichoso; o que corresponda ao senso comum, aos valores vigentes em dado momento ou lugar. Como sugere Barroso, existem juristas que recorrem até mesmo ao direito natural como fundamento para a aplicação da razoabilidade, "embora possa ela radicar perfeitamente nos princípios gerais da hermenêutica"[70].

Na opinião de Sundfeld[71], o princípio da razoabilidade é inspirado diretamente da noção de racionalidade, incorporando valores éticos ao universo jurídico, invalidando as opções legislativas que destoem desses padrões. Padecerá de vício de inconstitucionalidade, portanto, a restrição imposta por norma legal aos direitos dos cidadãos quando, ao se indagar a razão pela qual foi instituída, ou sobre a intensidade de determinada restrição, a resposta for – "porque o legislador assim quis".

Isso se explica porque é justamente a partir dos padrões de razoabilidade, que se identifica o interesse público e o proveito social implícitos em determinada norma, única justificativa legítima para os atos do Estado.

O Estado de Direito deve compatibilizar o exercício do poder político sem prejudicar o necessário espaço das liberdades individuais, sendo a grande finalidade estatal: manter o equilíbrio dessa dualidade. Por isso que, para o Estado de Direito, não basta a simples submissão dos agentes públicos à lei, sob pena de

[70] BARROSO, op. cit., p. 155.
[71] SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito administrativo ordenador**, São Paulo: Malheiros:, 2003. p. 69.

se considerar a lei um fim em si, o que é um despropósito, já que o sistema legal deve resguardar a liberdade.

A lei não pode tudo, como assevera o jurista Sundfeld, posto que a preocupação central do ordenamento jurídico em um Estado Democrático de Direito é a proteção dos direitos e garantias individuais. Desta forma, uma restrição a direitos somente será admitida quando vinculada a claro e bem identificado interesse público real. Daí o princípio correlato – da intervenção mínima na vida privada, porque a regra é a liberdade, e toda restrição será exceção[72].

E é justamente com os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade que se afere se a finalidade de determinada restrição ou condicionamento de direito ou liberdade individual está devidamente orientada por robusto interesse público.

O conjunto axiológico da razoabilidade e da proporcionalidade e sua crescente sistematização no direito brasileiro projetaram novas luzes à questão do tratamento da isonomia. Tratar "igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida em que eles se desigualam", a máxima aristotélica só terá realmente êxito se for conhecida a *medida*: saber quem são os *iguais* e os *desiguais*, e definir em que circunstâncias é lícito o tratamento desigual.

Com a idéia de razoabilidade se molda a medida, a régua para a isonomia ou para o tratamento desigual. Assim, para que haja legítimo tratamento desigual, é preciso que o fundamento seja razoável e que a finalidade seja legítima.

Sobre a diferenciação entre as noções de razoabilidade e proporcionalidade, Pimenta Oliveira acredita que o que as noções têm de próximas é "o fundamento normativo comum, na medida em que razoabilidade e proporcionalidade surgem junto com a idéia geral de Estado de Direito"[73]. Essa base normativa comum não elide as diferenças, que devem ser consideradas em razão de que existem situações onde não comportam a aplicação da proporcionalidade, entretanto, permanece possível a incidência da razoabilidade.

Para o autor, a aplicação da proporcionalidade enseja duas variáveis: a verificação dos meios e dos objetivos perseguidos, em relação à situação fática em

---

[72] A restrição à liberdade, pois, significa condicioná-la, ou seja, constrangê-la. Em sendo a liberdade, pois, um valor protegido pelo Direito, só pode ser condicionada quando imprescindível à concretização de um interesse público. (A propósito: SUNDFELD, op. cit., p. 68).
[73] OLIVEIRA, op. cit., p. 63.

concreto. Assim, a análise da proporcionalidade exige a comparação entre meio e fim perseguido.

Já para a aferição da razoabilidade, não é necessário essa correlação. A razoabilidade serve para a verificação da exigibilidade do dever imposto frente às circunstâncias pessoais do envolvido. A noção de razoabilidade tem ligação direta com a noção de Justiça individualmente considerada: mesmo havendo adequação meio-fim utilizado, ou seja, guardando proporcionalidade na medida, será que a mesma é *razo vel'* para aquela determinada pessoa? Será *justa* a medida para aquela pessoa?

Do exposto, enquanto que na proporcionalidade se afere abstratamente a Justiça na medida adotada, na relação entre o meio e o objeto perseguido, a razoabilidade traduz uma condição material para a aplicação individual da justiça.

No direito brasileiro, mesmo antes da Emenda Constitucional n.º 45, de 2004, os princípios da razoabilidade e proporcionalidade eram implícitos e de decorrência natural do Estado Democrático de Direito e do princípio do devido processo legal. Isto, porque como apregoa Barroso:

> A razoabilidade, contudo, abre ao Judiciário uma estratégia de ação construtiva para produzir o melhor resultado, ainda quando não seja o único possível ou mesmo aquele que, de maneira mais óbvia, resultaria da aplicação acrítica da lei"[74].

Igualmente, Mendes certifica que a visão hodierna do Supremo Tribunal Federal consolida o desenvolvimento do princípio da proporcionalidade – razoabilidade, como postulado constitucional autônomo, tendo sua *sedes materiae* na disposição constitucional que disciplina o devido processo legal (artigo 5º, inciso LIV da Constituição Federal)[75].

Através da Emenda Constitucional n.º 45/2004, o princípio da razoabilidade ganha, finalmente, abordagem constitucional expressa, haja vista a inclusão do inciso LXXVIII no artigo 5º: "LXXVIII - a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação".

---

[74] BARROSO, op. cit., p. 163.
[75] MENDES, op. cit., p. 469.

Na legislação infraconstitucional já existe menção aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade de forma expressa, a exemplo da Lei n.º 9784/99, que em seu artigo 2º, caput, os elenca dentre os princípios que regem o processo administrativo[76].

Ainda é oportuno destacar que o legislador do Estado de São Paulo, ao aprovar lei semelhante, para reger os processos administrativos no âmbito do Estado (Lei Estadual n.º 10.177/1998), em seu artigo 4º, que trata dos princípios da Administração Pública, faz menção tão-somente à razoabilidade[77], sugerindo que o legislador não teve a preocupação de distinguir a razoabilidade da proporcionalidade, porém não significando, tal lacuna, que não se deve atender também aos preceitos da proporcionalidade.

1.5.2 *Princ pio da Legalidade*

O princípio da legalidade é de fundamental importância, por constituir-se em uma das principais garantias de respeito aos direitos individuais.

A doutrina do direito natural procurou assegurar os direitos particulares da classe burguesa por meio da invenção de mecanismos de restrição do poder. Tratava-se, especialmente, de consagrar meios aptos de assegurar a não-intervenção do Estado nos campos em que sua eliminação era fundamental à prática destes direitos. Desde cedo, o juiz da *Common Law* pautou-se na checagem entre a circunstância de fato e a regra do antecedente, tendo por parâmetro a noção da conduta razoável de acordo com as ocasiões, na preparação de suas determinações.

Nota-se que o princípio da razoabilidade surgiu no campo do Direito Administrativo como princípio geral do direito de polícia[78], e ampliou-se com o

---

[76] Art. 2º: A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, *razoabilidade*, *proporcionalidade*, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência. (*caput*, do artigo 2º da Lei Federal n.º 9.784/99). [G.N.].

[77] Artigo 4.º - A Administração Pública atuará em obediência aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, *razoabilidade*, finalidade, interesse público e motivação dos atos administrativos. (Lei Estadual n.º 10.177/1998) [G.N.].

[78] BARROSO, op. cit., p. 164.

progresso do princípio da legalidade. Solicitou, para isso, a invenção de mecanismos aptos a dominar o Poder Executivo na prática de seus papéis, de maneira a impedir o arbítrio e o abuso de poder[79].

A inclusão deste princípio no campo constitucional, por sua vez, aconteceu graças às revoluções burguesas do século XVIII, guiadas pela doutrina iluminista especialmente no que se referia à crença na intangibilidade do homem e na precisão incondicional de respeito à sua compostura.

Como caracterizador de um Estado em Estado de Direito, o princípio da legalidade informa, valida e dirige todas as atividades da Administração Pública.

O princípio da legalidade vinculou-se à teoria da separação de poderes como alicerce do conjunto de idéias liberais-burguesas que rejeitaram o poder absolutista, e legitimado como um meio eficaz de garantir ao cidadão o respeito, também pelo Estado, aos seus direitos.

Com propriedade, Medauar nos informa:

> No conjunto dos poderes do Estado, [o princípio da legalidade], traduzia a supremacia do poder legislativo em relação ao poder executivo; no âmbito das atuações, exprimia a supremacia da lei sobre atos e medidas administrativas. Mediante a submissão da Administração à lei, o poder torna-se objetivado; obedecer à Administração era o mesmo que obedecer à lei, não à vontade instável da autoridade. Daí o sentido de garantia, certeza jurídica, e limitação do poder contido nessa concepção do princípio da legalidade administrativa[80].

É preciso ponderar que, em virtude do atual estágio evolutivo pelo qual se vive, tem-se um Estado muito mais amplo e complexo que do período da origem dessa concepção; assim, a concepção do termo *legalidade* – obviamente – não pode ser a mesma; pois, se o próprio Direito é um constante devir, logicamente seus institutos e conceitos também precisam evoluir.

Para o tema do poder de polícia, a legalidade – entendida como o conjunto de princípios e normas constitucionais e infraconstitucionais – tem valor fundamental. Principalmente em tema atinente à criação e regulamentação de restrições e limitações de direitos, no direito brasileiro, o princípio da legalidade, genericamente considerado, significa reserva de lei no que toca à criação de

---

[79] BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 1996.
[80] MEDAUAR, op. cit., p. 123.

deveres e obrigações e uma mera preeminência da lei nos demais domínios das relações públicas e privadas.

Em temas relativos aos direitos penal e tributário, o princípio traduz-se em reserva absoluta de lei formal, isto é, o princípio da legalidade se converte em princípio da tipicidade. Em outras incidências, admite-se reserva meramente relativa de lei, sendo válidas as leis formais e materiais.

Entretanto, como bem interpreta Barroso, a reserva relativa de lei, todavia:

> Não significa, em nenhuma circunstância, que o legislador possa abdicar da decisão política que lhe compete, nem tampouco que possa abster-se de estabelecer os parâmetros dentro dos quais irá agir o administrador. Embora não esgote integralmente os juízos atinentes ao motivo ou ao objeto do ato a ser praticado, o legislador há de balizá-los adequadamente. Remarque-se bem: no direito brasileiro, somente por lei se regula a liberdade e a propriedade; somente por lei se impõem obrigações de fazer ou não fazer [81].

Essa conclusão encontra fundamento no afamado cap

moralidade administrativa como zona de policiamento. Segundo Hariou "pressentiu a relevância do fim na legitimidade do ato administrativo"[83].

No âmbito da Administração Pública, as decisões devem atentar à distinção entre o bem e o mal, o lícito e o ilícito, o justo e o injusto, o conveniente e o inconveniente e também entre o honesto e o desonesto.

No Estado Democrático de Direito, onde vigora o princípio da liberdade com o ideal de justiça para todos, o sistema jurídico absorve as normas morais, transformando-as em direito. O poder vinculante do direito tem que se fazer coerente com os valores éticos socialmente adotados.

Portanto, não satisfaz a atuação administrativa compatível apenas com a ordem legal. O Estado Democrático de Direito exige muito mais, exige que a administração da coisa pública atenda a uma série de valores e princípios abraçados pelo texto constitucional.

Antunes Rocha retruca que a moralidade administrativa não pode ser analisada como uma simples questão de índole do ser humano, mas sim como problema relacionado à qualidade dos sistemas jurídicos, políticos e administrativos vigentes em determinada sociedade[84].

A moralidade administrativa não se confunde com a moralidade comum na medida em que a primeira é composta por regras de boa administração, ou seja, pelo conjunto de regras finais e disciplinares suscitadas não só pela distinção entre o bem e o mal, mas também pela idéia geral de administração e pela idéia de função administrativa[85].

Para Ferraz e Dallari[86], a moralidade administrativa se relaciona a fins, valores ou preceitos morais jurisdicizados em uma época e espaço determinados, e não a concepções pessoais, religiosas ou políticas, traçadas no exercício da liberdade, desvinculadas do âmbito administrativo.

Já Di Pietro[87] acrescenta que a moralidade administrativa é composta, também, pela idéia geral de administração e função administrativa, o que lhe atribui

---

[83] TÁCITO, op. cit., p. 71.
[84] ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. **Princípios constitucionais da administração pública**. Belo Horizonte: Del Rey, 1994. p. 185.
[85] BRANDÃO, Antonio José. Moralidade administrativa. In: **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, Fundação Getúlio Vargas, n. 25. p. 459. jul./set. 1955.
[86] FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adílson Abreu. **Processo administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 69.
[87] DI PIETRO, op. cit., p. 102.

uma carga finalística voltada ao atendimento das necessidades e utilidades dos homens.

Esses entendimentos denotam, então, que a autoridade pública, além de o

Sem dúvida, este julgamento encontrou guarida e validade no princípio da moralidade, uma vez que visa moralizar o Legislativo, impedindo que parlamentares troquem de partido de acordo com interesses, no mínimo, desleais.

Apesar de dentre as hipóteses de perda de mandato, presente no artigo 55 da CF, não haver previsão expressa da perda decorrente de troca de partido do parlamentar, a referida decisão, contudo, atende à moralidade e também ampara a soberania popular, já que o eleitor vota na legenda, em primeiro lugar. O candidato não é *dono* do mandato obtido nas eleições proporcionais, e assim, se decidir trocar de partido, deve deixar o cargo para outro filiado, pois se deve respeitar a quantidade de cadeiras obtidas legitimamente pelo dado partido ou coligação, por toda a legislatura - quatro anos -, visto que essa foi a vontade do povo.

Pode-se pensar, ainda, sobre a possibilidade de um ato administrativo ser desfeito, anulado, sob fundamento no princípio da moralidade administrativa, ainda que o ato estivesse, a priori, em conformidade com a lei.

A respeito, o jurista Afonso da Silva admite tal ocorrência, visto que a moralidade administrativa não é de conteúdo puramente formal. Todavia, uma vez inserida no corpo constitucional, ao lado dos demais princípios informadores da Administração Pública, ganhou conteúdo jurídico e força normativa[90].

Como se vê, a moralidade está em igualdade de tratamento com qualquer outro princípio, inclusive com o da legalidade, e, portanto, não há razão para dúvidas: o princípio da moralidade administrativa vincula e obriga toda a Administração Pública porque tem força normativa.

Logo a jurisprudência já se firmou no sentido de que “o princípio da moralidade administrativa – enquanto valor constitucional revestido de caráter ético-jurídico – condiciona a legitimidade e a validade dos atos estatais”[91]. Na forma como está estruturado na Constituição Federal, o princípio da moralidade administrativa assume posição fundamental para o ingresso dos atos administrativos no

---

[90] SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo.** São Paulo: Malheiros, 1999. p. 648.

[91] STF – ADI n.º 2661-MA. *In* ALMEIDA, Felipe Travassos Sardinha de. Princípios delimitadores da polícia administrativa numa perspectiva luso-brasileira. In: Estudos de Direito de Polícia. Seminário de Direito Administrativo e 2001/2002, sob a regência de Jorge Miranda. Associação Acadêmica da Faculdade de Direito de Lisboa: Lisboa, 2003. vol. 1. p. 311.

ordenamento jurídico, isso porque, este princípio norteia a ética da atividade administrativa, fornecendo o sistema jurídico, o conteúdo e a forma de concretização dos elementos da prática administrativa moral (podendo ser efetivada com respeito à razoabilidade, à justiça e à probidade administrativas).

Obviamente, também a atividade de polícia do Estado igualmente se sujeita a este princípio, até mesmo com maior ênfase, na medida em que interfere na vida e na liberdade do cidadão, sendo que essa interferência deve ser conduzida de forma a atender todos os valores ligados à moral administrativa, sob pena de incorrer em arbitrariedade.

CAPÍTULO 2 COAÇÃO[1] ADMINISTRATIVA

O Estado de Direito é fundado em uma premissa basilar: dar condições para um convívio harmônico entre o exercício do poder político e a liberdade individual do cidadão, ou seja, o exercício daquele não pode eliminar o espaço da liberdade individual. Assim, a interferência do Estado deverá ser a mínima possível, sempre, para buscar e preservar o interesse público, sem importar em uma exagerada perturbação à vida privada.

Apesar dos direitos das pessoas serem reconhecidos e garantidos pelo Estado, por força da Constituição e das leis, ou mesmo atribuídos por ato administrativo específico; os direitos, contudo, não são ilimitados. Estão, entretanto, sujeitos às restrições ou condicionamentos através de atos estatais.

Não raro, esses atos estatais precisam ser impostos mediante o uso da força. A toda compulsão[2], praticada pelos agentes públicos devidamente autorizados a tal, para condicionar direito ou liberdade das pessoas, dá-se o nome de coação administrativa.

Entrementes, dentro da noção de coação administrativa, Mayer[3], distingue duas formas de uso da força: de um lado, a execução coercitiva, também chamada de execução forçada[4], e, de outro lado, a coação direta[5].

Apesar de serem formas de coação administrativa, existe uma tênue e nítida distinção, como assegura Agirreazkuenaga[6]: enquanto que na execução forçada o agente público apenas cumpre o disposto em prévia ordem administrativa, na coação administrativa direta há uma atuação de força policial imediata, não se exigindo prévia interposição de um ato a cujo destinatário desobedece. Na coação

---

[1] Na abertura deste tópico precisamos entender claramente o sentido do vocábulo *coa ão*. Alguns investigadores o consideram nocivo e contrário à lei por sugerir o ato de pressionar. Há quem opte pelo termo *coer ão*. Porém, tanto a literatura estrangeira estudada quanto a nacional, adota-se o termo 'coação'. Além disso, nos dicionários os termos são considerados sinônimos.

[2] Usou-se o termo 'compulsão', no sentido próprio encontrado em dicionários de língua portuguesa: *"Ato ou efeito de compelir"*.

[3] MAYER, Otto. **Derecho administrativo alemán**. Buenos Aires: De Palma. 1951, p. 141.

[4] Ver: AGIRREAZKUENAGA, Inãki. **La coaccion administrativa directa**. Madri: Civitas, 1990. p. 45. Por sua vez, Otto Mayer (op. cit. = por várias vezes) se refere à 'execução por coação'.

[5] Maior abordagem, vide itens '2.1.4' e '2.2' deste capítulo.

[6] AGIRREAZKUENAGA, op. cit., p. 44-45.

direta, o intuito é restabelecer uma situação contrária à ordem pública, 'sem intermediários', como exemplifica Mayer[7].

2.1 As Competências da Administração para o uso da Coação Administrativa

Para que o Estado possa exercer seu papel de promover, buscar e proteger o interesse público, a Administração desfruta de poderes de autoridade necessários à mantença da supremacia do interesse público sobre o interesse privado.

Os poderes de que dispõe a autoridade pública, no desempenho da função administrativa, são exclusivamente direcionados e voltados à finalidade pública, por isso que Grau, afirmou que "a Administração Pública pode fazer tudo quanto deva fazer; mas apenas isso, nada mais. Não pode, por certo, fazer mais do que deva fazer"[8].

Na relação jurídico-administrativa decorrente dos condicionamentos administrativos, o Poder Público desfruta de poderes de império inexistentes nas relações privadas. Pode-se identificar ao menos quatro diferentes atribuições (competências) utilizadas pela Administração no exercício dos poderes aqui referidos: primeiramente, de impor condicionamentos; depois, fiscalizar, reprimir a inobservância dos condicionamentos, notadamente impondo sanções às infrações, e, por último, a competência de executar as próprias ordens de polícia.

2.1.1 *Impor Condicionamentos*

Por força do princípio da legalidade, a criação de condicionamentos administrativos só pode ter por fonte a lei. Se "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude da lei", é certo que a constrição

[7] MAYER, op. cit., p. 141.
[8] GRAU, Eros Roberto. Poder de polícia: função administrativa e princípio da legalidade: o chamado direito alternativo. In: **Revista Trimestral de Direito Público**, n. 1/93. São Paulo: Malheiros, 1993. p. 93.

nasce com a mera edição da lei. Por outro lado, não raro a constrição só se opera com o ato administrativo. nenp

Têm-se, assim, duas situações: a primeira, quando a própria lei condiciona a liberdade do particular, independente de ato at

Mayer[11], ao contrário do que prega Sundfeld[12], ensina que a ordem de polícia tem dois significados. Primeiramente, serve de intermediário entre o fundamento *"natural"* do poder de polícia e as exigências do regime de direito. Hodiernamente, nessa linha de raciocínio, pode-se afirmar que a ordem de polícia serve de intermediário entre o interesse público (fundamento) e as exigências do regime jurídico, suplantadas na lei.

Como se vê, a ordem de polícia impõe uma ordem de obedecer, sendo este o seu segundo efeito. Para o caso de desobediência, surge a possibilidade jurídica da coação e de aplicação de sanções.

É justamente por esta conseqüência – dever de obedecer – imposta ao cidadão, que a ordem de polícia deve ter fundamento legal, porque cria uma restrição à liberdade individual por parte do Poder Público, que só terá validade se tal ordem observar a máxima constitucional expressa no inciso II do artigo 5º da Constituição Federal "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude da lei".

O próprio jurista Mayer afirmava ser a máxima suprema: *"ninguna orden de polic a puede emitirse v lidamente sin fundamento legal"*[13]. Para uma ordem policial ser válida, deve estar contida na própria lei, ou ser declarada por autoridade em virtude de autorização prévia da lei.

A ordem policial pode ser apresentada em duas hipóteses: mediante regra geral, como regra de direito e como particularização em caso individual, sob a forma de ato administrativo. Em um e outro caso, a ordem deve emitir-se sob o manto da lei.

Mayer denomina como ordenança de polícia a ordem de polícia sob a forma de regra de direito[14]. Didaticamente, considera-se oportuno tal nomenclatura, apesar de não denotar maiores efeitos; o importante, crê-se, é compreender o sentido e o alcance do termo, sendo este o chamado primeiro ciclo de polícia (a ordem policial geral e abstrata).

Assim, para fazer a necessária subsunção da norma geral ao caso concreto e individual, a Administração – por meio de ato administrativo – irá praticar

---

[11] MAYER, op. cit., p. 38.
[12] SUNDFELD, op. cit., p. 74.
[13] MAYER, op. cit., p. 38.
[14] Ibidem, p. 40.

a medida de polícia, por uma disposição de polícia (ato administrativo em matéria de polícia[15]).

Considera-se presente a atuação discricionária, porque haverá uma decisão ou uma disposição a ser tomada, que dependerá de apreciação da autoridade pública, porque a lei, muitas vezes, não trará pré-definida a solução ou medida a ser adotada.

É por este motivo que Mayer já afirmava que a ordem individual tem caráter discricionário, porém tem os mesmos limites jurídicos que a 'ordenança de polícia'[16].

Esta última só se aperfeiçoa quando a vontade, a decisão da autoridade é comunicada à coletividade ou à parte interessada, quem sofrerá as conseqüências do ato. Exemplo: mediante notificação, o Poder Público adverte o comerciante de fazer as adaptações necessárias em seu estabelecimento, sujeitando-o às sanções decorrentes da desobediência.

Segundo Mayer, portanto, nasce a obrigação do particular em obedecer à ordem de polícia, com a sua devida notificação. Ao mesmo tempo, a notificação autoriza o início dos procedimentos executórios aptos a compelir o particular a cumprir e a obedecer o estabelecido na ordem.

Considerando o princípio da legalidade, já por diversas vezes aludido, propugna-se a opinião de Carlos Ari Sundfeld, pois, se o condicionamento é determinado pela lei, em primeiro lugar, a obrigação do particular em obedecer já nasce imediatamente com a edição da norma condicionadora[17].

Em certos casos, mesmo autorizado por lei, pode ocorrer que a mesma regra afronte direito ou garantia constitucional do cidadão. Nessa hipótese, o cumprimento da ordem pode ser recusado pelo particular[18].

---

[15] Neste sentido: MAYER, op. cit. p. 40.

[16] Ibidem, p. 46. A chamada 'ordenança de polícia' seria o que hoje se chama de regulamento de polícia, contendo normas gerais de polícia elaboradas por órgão de polícia hierarquicamente superior; devem estar conformes com a regra de direito disposta na lei.

[17] Rememore-se, a propósito, de que ninguém pode escusar-se de cumprir a lei, alegando que não a conhece (artigo 3º da Lei de Introdução ao Código Civil – Dec-Lei n.º 4657 de 1942). Além disso, a lei é fonte primária de obrigação.

[18] Como o caso de recusa em proceder a exame de verificação do teor alcoólico de motorista. Apesar de haver previsão legal (artigo 277 do Código de Trânsito Brasileiro – Lei n.º 9.503/97), autorizando que o Poder Público 'submeta' o condutor a testes de alcoolemia, essa regra é inconstitucional, já que o inciso LXIII do artigo 5º da Constituição Federal assegura o direito ao silêncio, que compreende o direito de não se auto-incriminar. Assim, por força desse direito, ninguém está obrigado a produzir prova contra si mesmo, e a recusa do suspeito em acatar a ordem da autoridade para submeter-se ao

2.1.2 *O Ato de Fiscalizar*

O próximo passo (ou fase) é a fiscalização de polícia, na qual se fará a verificação do cumprimento das ordens de polícia, como também para se observar eventuais abusos na utilização de bens e nas atividades que foram consentidas pela Administração. Esta fiscalização pode ser preventiva ou repressiva, podendo ser iniciada de ofício ou mediante provocação.

Trata-se, de um poder próprio da Administração decorrente de seu ônus legal de verificar permanentemente o respeito e a observância da lei e também de seus próprios atos. Há poder-dever de fiscalização para a Administração quando previsto expressamente pela lei, ou quando decorrer logicamente da competência administrativa para impor condicionamentos ou reprimir sua infração.

Mister ressaltar que esse poder é obviamente limitado à estrita finalidade pública e à proteção constitucional da intimidade e a vida privada das pessoas, cujo o inciso X do artigo 5º as torna invioláveis. Harmonicamente, os incisos XI e XII do mesmo artigo da Constituição Federal também protegem a casa, a correspondência e as comunicações privadas. Nesses casos, a fiscalização administrativa só poderá ser concretizada mediante prévia autorização judicial.

O poder de fiscalizar importa na obrigação do administrado em suportar a verificação administrativa e também em colaborar com ela. Suportar a fiscalização, pois, é uma espécie de sujeição administrativa do direito; criar embaraços ou opor óbices a ela, equivale a um comportamento ilícito passível de sanção.

A fim de colaborar com a fiscalização, em muitas atividades, a lei prevê a obrigação do administrado em informar os órgãos competentes sobre a utilização de certos produtos nocivos à saúde (exemplo: agrotóxicos), a fim de facilitar futuras verificações, ou na obrigação de registro de uma atividade profissional, perante o órgão fiscalizador previsto na lei.

Na seara da segurança pública, há casos que se exige a notificação compulsória com intuito de verificação e repressão à condutas impróprias e ilícitas. A

---

exame (assoprar o 'bafômetro'), não tipifica crime de desobediência, nem sujeita o condutor à qualquer sanção, muito menos diante do princípio de presunção de inocência (inciso LVII do artigo 5º da Constituição Federal).

Lei n.º 10.778, de 24 de novembro de 2003, por exemplo, estabelece a notificação compulsória, no território nacional, de casos de violência contra a mulher que for atendida em serviços de saúde públicos ou privados[19].

Esta lei tem relevância para dar visibilidade a este problema social, e contribui dando subsídios para que o Estado possa dimensionar o problema e suas conseqüências, a fim de corroborar o desenvolvimento de políticas públicas e ações governamentais em todos os níveis[20].

2.1.3 *O Ato de Reprimir*

A repressão pela inobservância aos mandamentos limitadores da liberdade individual é a atribuição mais 'aparente' no campo do poder de polícia. Isso porque consiste em medida repressiva, coativa, propiciada por instrumentos de variada finalidade e intensidade. Dentre eles, citam-se três mais relevantes: o primeiro, a ordem para correção da irregularidade; o segundo, a medida cautelar administrativa; e, por fim, a sanção.

A ordem aqui é entendida como o ato da administração que determina a correção de uma irregularidade cometida pelo particular. Pressupõe, portanto, a pré-existência do condicionamento, cuja inobservância é reprimida. No entanto, a função desta classe de ordem visa o estabelecimento do início de procedimento necessário à sujeição do particular às sanções administrativas e/ou penais, ambas previstas em lei, bem como do início da fase da execução forçada da ordem de polícia[21].

---

[19] Apesar da obrigatoriedade da notificação, a mesma terá caráter sigiloso, segundo o artigo 3º da citada lei. Tal sigilo guarda conformidade com a proteção constitucional da intimidade e a vida privada das pessoas, como referido anteriormente.

[20] Com esse mesmo intuito, cita-se a Lei n.º 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente), que em seu artigo 245 considera infração administrativa: *"Deixar o m dico, professor ou respons vel por estabelecimento de aten ao sa de e de ensino fundamental, pr -escola ou creche, de comunicar autoridade competente os casos de que tenha conhecimento, envolvendo suspeita ou confirma ao de maus-tratos contra crian a ou adolescente. Pena - multa de tr s a vinte sal rios de refer ncia, aplicando-se o dobro em caso de reincid ncia."*

[21] Conceito de ordem em sentido estrito, de caráter repressivo, segundo o entendimento de Carlos Ari Sundfeld.

Por outro lado, existem medidas de polícia que, pela urgência e extrema necessidade para fazer cessar perigo ou grave risco à vida, à saúde ou à segurança da sociedade, são tomadas em caráter provisório por meio das chamadas medidas cautelares administrativas.

As medidas cautelares administrativas são aplicadas diretamente pela autoridade administrativa e não têm cunho sancionatório, sendo voltadas à função acauteladora, suspendendo o exercício de certos direitos até a completa apuração dos fatos, tidos por nocivos e/ou contrários ao interesse público.

Por exemplo, um comerciante suspeito de usar seu estabelecimento comercial como fachada para atividades ilícitas, fica a Administração autorizada a desde logo impedir a continuidade das atividades ali desenvolvidas, sumariamente, até que se verifique a procedência ou improcedência daquela suspeita. Contudo, por meio desta medida cautelar não se pode impor sanção ao particular.

No exemplo citado, uma sanção de fechamento do estabelecimento só poderá ser promovida através do devido procedimento, com todas as garantias constitucionais do processo, como o contraditório e a ampla defesa. Seria, pois, a medida cautelar administrativa um instrumento sumário para evitar a perpetuação de uma atividade ou ação considerada como contrária ou nociva aos interesses da coletividade, que coloquem em risco a segurança, a vida ou a saúde das pessoas.

A principal distinção entre as medidas cautelares e as sancionatórias[22] reside na finalidade: a primeira tem por escopo a eliminação do perigo, presente ou iminente, daí a dispensa de prévio direito de defesa; já a medida sancionatória visa punir o infrator.

A sanção de polícia é a submissão coercitiva do infrator (por desobedecer à ordem policial) a medidas inibidoras impostas pela Administração, sempre que falhar a fiscalização preventiva e for verificada a ocorrência de descumprimento às ordens de polícia.

A sanção aqui tratada é a administrativa, aplicada e verificada pela Administração, após o devido procedimento administrativo, decorrente da

[22] A propósito: o artigo 56 do Código de Defesa do Consumidor (Lei n.º 8.078/90), após definir as sanções administrativas aplicáveis em caso de infração às normas de defesa do consumidor, dispõe em seu parágrafo único que estas podem ser aplicadas *"por medida cautelar antecedente ou incidente de procedimento administrativo"*, fica clara, portanto, a distinção, entre sanção e medida cautelar, pois até mesmo o legislador a frisou.

desobediência aos condicionamentos impostos pela lei e/ou por atos da autoridade pública.

A imposição da sanção é sempre um ato jurídico, ou seja, um ato declaratório por meio do qual a Administração determina a conduta devida, por exemplo, de pagar multa, cessar certa atividade, etc. Uma vez não cumprida, voluntariamente pelo particular, a medida punitiva a ele imposta, a Administração dará início à execução compulsória, por meios de atos coativos.

2.1.4 *O Ato de Executar*

Supondo-se a existência de uma ordem provinda de uma autoridade administrativa, cuja legalidade se presume, desobedecida pelo destinatário da mesma. Assim, será através da execução forçada que o poder público exigirá o cumprimento da ordem ou ato desobedecido, se necessário, até mesmo através do uso da força.

No entender de Agirreazkuenaga, a ordem ou ato da autoridade administrativa é, tecnicamente, um 'título executivo', que autoriza o uso da coação de forma similar a uma sentença no processo civil, que demanda sua execução[23].

Neste sentido, a coação administrativa será um corolário lógico contra o inadimplemento de uma ordem, e seu uso estará legitimado sempre que houver uma justa reação à dada desobediência.

Mister ressaltar que a execução aqui tratada é aquela promovida diretamente pela Administração, sem prévio recurso do Judiciário.

A executoriedade de certos atos administrativos não se confunde com a exigibilidade de todos eles. Isto porque a exigibilidade é um atributo do ato administrativo, de impor-se à obediência, independentemente do consentimento do destinatário, ou seja, o dever de obediência deriva da norma condicionadora. Entrementes, a executoriedade do ato é a condição de admitir o uso, pela Administração, da coação para fazê-lo cumprir.

---

[23] AGIRREAZKUENAGA, op. cit., p. 41.

Sundfeld[24] pondera que os atos administrativos vinculados à imposição de condicionamentos de direitos, habitualmente admitem a execução forçada no âmbito administrativo, seja por meio de um constrangimento físico sobre o indivíduo (por exemplo, para cessar um tumulto em via pública com uso da força, a apreensão de mercadoria com validade vencida, ou a interdição policial de indústria poluidora); seja por intermédio de uma atuação administrativa em substituição ao dever positivo não cumprido pelo particular (como por exemplo, a limpeza de terreno, a demolição de prédio condenado, etc).

Outra hipótese passível de execução forçada é aquela promovida para sujeitar direitos dos particulares, como a requisição de prédio para servir ao pleito eleitoral, a intervenção em empresa, entre outras do gênero. Nota-se aqui que não se cuida de execução de ordem em sentido estrito, de cunho repressivo, mas de execução direta do próprio ato impositor do condicionamento.

Pela amplitude de situações em que este poder deve atuar, o procedimento aqui descrito pode ser iniciado, executado e cumprido, de acordo com a exigência do interesse público, até verbalmente, de forma imediata. Como exemplo, pode ser citado o procedimento utilizado corriqueiramente pela polícia ao abordar um suspeito; proferida a ordem, verbal, para o indivíduo permanecer imóvel e com as mãos levantadas, caso o cidadão faça qualquer movimento (descumprindo a ordem, portanto), ficará sujeito às conseqüências e penalidades decorrentes da desobediência.

Nesse exemplo, vislumbram-se todas as fases do poder de polícia: 1 - a ordem geral: prerrogativa do agente policial, em razão do interesse público garantido por lei, de zelar pela segurança; 2 – ordem individualizada: ao deparar-se com indivíduo, acreditando estar em ‘atitude suspeita’ (caráter subjetivo, de livre apreciação), profere o comando para o cidadão ficar imóvel; 3 – fiscalização de polícia, ao proceder à revista, para certificar-se da suspeita, ocorre a desobediência da ordem, levando à última fase: 4 – sanção de polícia: a aplicação de punição pela ordem desobedecida.

A coação administrativa legitima-se, então, para por fim à desobediência, exigindo o cumprimento da obrigação de obedecer emanada da ordem policial, com a finalidade de restabelecer a ‘boa ordem da coisa pública’,

[24] SUNDFELD. op. cit., p. 83.

como ensinava Mayer[25]. Se o bem jurídico almejado na coação policial é restabelecer a 'ordem pública', o Poder Público está autorizado a impor medidas coativas, de forma – em princípio – ilimitada, em razão da urgência e necessidade, mas em conformidade com o Direito, atendida a proporcionalidade com o dano ou perigo ocasionados.

Um procedimento deve ser sempre observado, em qualquer fase do exercício do poder de polícia, incluídas as suas medidas, coativas ou não. Afirma-se isso em razão do mandamento oriundo do Estado Democrático de Direito, que exige o devido processo legal em todo procedimento que importe em privação da liberdade individual ou de bens do cidadão. Principalmente em matéria de polícia, tal preceito, que consolidou os princípios da razoabilidade e proporcionalidade no Direito brasileiro, deve ser tido de observância obrigatória pelo Poder Público.

2.2 Coação Direta

No exercício do poder de polícia, Mayer[26] distingue duas formas de uso de força: de um lado, a execução coerciva, já analisada anteriormente, e, do outro lado, a chamada coação direta.

Se a execução por coação tem como único fim servir a uma ordem (esta no sentido de norma condicionadora), para impor seu cumprimento fazendo uso de diferentes meios para vencer a desobediência; a coação direta tem uma finalidade própria de servir de recurso ao poder público para, sem intermediários, fazer frente contra uma ação contrária perturbadora da ordem pública.

Até para a utilização da coação direta, isto é, aquela empregada por meio da força, é preciso haver a autorização, explícita ou implícita, da norma legal, já que a executoriedade não é atributo de todo e qualquer ato administrativo.

Na hipótese de expressa autorização legal, não há problemas em se aferir a legitimidade da coação.

---

[25] MAYER, op. cit., p. 52.
[26] Ibidem, p. 141.

Entretanto, como se verificar a autorização implícita para a execução administrativa, sem afronta ao sistema de proteção constitucional dos direitos e liberdades do cidadão?

A resposta a essa indagação se obtém com base do princípio da razoabilidade, ou seja, como observa Gordillo[27], é primordial considerar a possibilidade do uso da coação direta como razoavelmente implícita na norma.

Em duas situações é possível considerar por razoável a utilização de força coativa: a primeira, por óbvio, quando a situação demandar urgência na providência, sob pena de tornar inócua a medida se não executada de imediato.

Casos em que se constatam risco iminente à incolumidade pública ou à saúde pública, como necessidade de pacificação de distúrbios de rua, necessidade de abate de animal contaminado ou imediata demolição de prédio em ruínas, são exemplos clássicos dessa primeira hipótese.

Nos exemplos citados, percebe-se que tais medidas derivam implicitamente da regra legal que autoriza e impõe à Administração o dever de zelar pela ordem pública, pela saúde e policiamento das construções, sendo razoável a adoção de tais medidas tem por escopo o desempenho dessas missões.

Na segunda situação, entende-se que autorizada implicitamente a Administração quando a natureza da medida, mesmo não sendo considerada urgente, exija uma execução administrativa, sob pena de impedir a realização de um interesse público proeminente. Exemplo dessa hipótese, as já referidas medidas que importem em sujeição ao direito do particular, como requisição de prédio para realização de pleito eleitoral e intervenção em empresa.

Agirreazkuenaga deduz que a coação administrativa direta pode ser exercida nos casos de detenção policial, entrada em domicílio privado, uso de força pelos militares e utilização de armas de fogo[28].

No que tange à utilização de armas de fogo, Otto Mayer, a seu turno, ressalta a necessidade de se procurar um fundamento jurídico tal que justifique a necessidade de conceder tal faculdade aos agentes policiais, já que a utilização de arma de fogo implica, por si, um dano que sobrevive à desaparição do problema que o originou.

---

[27] GORDILLO, Agustín. **Teoría General del derecho administrativo.**: Buenos Aires: Ediciones Macchi, 1982. p. 344.
[28] AGIRREAZKUENAGA, op. cit., p. 41.

Cabe como fundamento, em casos excepcionais, a legítima defesa regulada pelo Código Penal, destinada a repelir uma agressão atual e ilícita contra o agente ou terceiros. Nesse aspecto, Mayer ressalta a necessidade de buscar um fundamento específico dentro do campo do direito administrativo: o princípio da legalidade.

Ele conclui que, nos casos em que a lei expressamente o preveja, é legítimo ao agente recorrer ao uso de arma de fogo. Atualmente não se pode exigir - mesmo porque seria impossível - previsão legal de todas as hipóteses em que o uso de arma de fogo é autorizado.

No atendimento ao interesse público proeminente, no caso, com fulcro no dever do Estado em zelar pela segurança e ordem pública, é lícita a utilização desse recurso, sempre para o caso do agente defender a si próprio ou a terceiros diante de agressões graves e reais; para vencer a resistência oposta ao cumprimento de uma ordem dada no cumprimento das suas obrigações legais; ou para impedir a fuga de um detido, como exemplo.

Deve-se frisar a necessidade de utilização de arma de fogo como de *ultima ratio*, devido às sérias conseqüências que este recurso pode causar. O fundamento dessa forma de coação será, pois, a urgência que determinada situação traz, pelo perigo que gera de produção de certos danos sociais, de tal forma que nem é exigível uma ordem no sentido de suspender a atividade perturbadora.

Sempre será necessário averiguar o caso concreto, para avaliação da coação direta, principalmente se o agente atendeu aos pressupostos de razoabilidade e proporcionalidade exigidos em qualquer caso. De qualquer maneira, o problema que se constata não é a utilização de arma de fogo, mas como ela é utilizada pelos agentes encarregados.

Embora Agirreazkuenaga[29] faça referência a um ato 'não procedimentalizado' na coação administrativa, ressalta-se, entretanto, que o jurista não quis dizer que a medida coativa "dispensa" um procedimento. No caso, a terminologia utilizada liga-se à idéia de que a força coativa da Administração dirige-se diretamente sobre os particulares, sem intermediários.

Em todas as situações, é necessária extrema cautela por parte da Administração, nunca se servindo dos meios mais enérgicos que os necessários à

[29] AGIRREAZKUENAGA, op. cit., p. 41.

obtenção do resultado pretendido pela lei, sob pena de vício jurídico que importará na responsabilidade da Administração.

Como visto, a coação administrativa não é um problema em si, mas sim, a forma como ela é utilizada pelos agentes públicos. O problema é muito mais de educação e conscientização do que do próprio instituto, essencial à atividade administrativa.

No próximo capítulo, analisar-se-á os limites à coação administrativa direta, com enfrentamento de situações

CAPÍTULO 3 LIMITES À COAÇÃO ADMINISTRATIVA

Em todo o direito público, quando se estuda o regime jurídico-administrativo, dois aspectos nucleares logo são revelados pelos vocábulos 'prerrogativas' e 'sujeições', sendo o primeiro termo conferido para a Administração Pública exercer suas atividades, e o segundo, os limites oponíveis à Administração pelos direitos dos cidadãos.

Praticamente em toda situação regulada pelo direito público, ou administrativo, coloca-se em embate, muitas vezes sob tensão, de um lado a autoridade do Poder Público, e do outro, a liberdade individual. Naturalmente, esta deve ser resguardada, sendo mesmo a razão de ser do poder conferido à Administração Pública.

Para que o Estado possa garantir o exercício das liberdades de todos, é preciso que ele tenha uma posição proeminente capaz de sobrepor-se aos interesses privados para resguardar o interesse maior: o interesse público.

O interesse público é sobreposto ao interesse particular, fazendo-se remissão à supremacia do interesse público sobre o particular, que para muitos estudiosos é o fundamento do poder de polícia, já que é fonte de validade das medidas restritivas e sancionatórias das atividades dos administrados[1].

O próprio artigo 78 do Código Tributário Nacional, que dá a definição legal do poder de polícia, declara que a atividade de limitar, restringir e disciplinar direito, interesse ou liberdade, pela Administração Pública, tem razão no interesse público.

A supremacia do interesse público é a base principiológica de todo o direito público, inclusive do direito administrativo. No Estado Democrático de Direito,

[1] Para Otto Mayer, o fundamento do poder de polícia é o direito natural, posto que é dever natural do Estado atuar contra uma perturbação da 'ordem da coisa pública'. (MAYER, Otto. **Derecho administrativo alemán.**: Buenos Aires: Editorial De Palma, 1950. p. 31; e GRAU, Eros Roberto. Poder de polícia: função administrativa e princípio da legalidade: o chamado 'direito alternativo. In: **Revista Trimestral de Direito Público,**. São Paulo: Malheiros, n. 1/93, p. 95, 1993). Todavia, com a adoção de Estado de Direito e a consagração do princípio da legalidade como informador de toda atividade do estatal, o ponto de sustentação do poder de polícia migrou do direito natural para o direito positivo.

ensina Tourinho[2], a vontade geral da coletividade é obtida através da satisfação do interesse público, por isso que este princípio é de observância obrigatória no âmbito da Administração Pública.

A vontade geral deve prevalecer sempre. No caso de colisão de interesses, prevalece a vontade geral legítima sobre a vontade "egoisticamente articulada"[3]. A fonte primeira da vontade estatal é a lei, por isso, o papel primordial da legalidade com relação aos atos do poder de polícia.

Somente a lei pode autorizar a restrição de direitos e das garantias individuais, delimitando a atuação do Poder Público através do poder de polícia. Sendo assim, a limitação aos direitos impostos pela Administração deve manter congruência com os motivos e fins que a justificam, guardando-se assim proporcionalidade ou razoabilidade entre a limitação imposta e o fim pretendido.

Se é certo que o poder de polícia "é o mecanismo de frenagem de que dispõe a Administração Pública para deter os abusos do direito individual"[4], não é menos certo que o uso deste poder não possa ofender à liberdade individual além do necessário e adequado, a fim de atender ao princípio da proporcionalidade.

No Brasil, embora a Constituição não faça referência expressa ao referido princípio, a mesma refere-se ao termo 'proporcional' em certas premissas (por exemplo, artigo 5º, inciso V e artigo 71, inciso VIII), em clara demonstração que o princípio da proporcionalidade nela se encontra implícito.

Tanto assim que o Supremo Tribunal Federal (STF) já o reconheceu[5].

---

[2] TOURINHO, Rita. A principiologia jurídica e o controle jurisdicional da discricionariedade administrativa (artigo) In: GARCIA, Emerson. (coord) **Discricionariedade administrativa**: coletânea de artigos. Rio de Janeiro: Lúmen-Juris, 2005. p. 136.

[3] Ibidem, p. 136.

[4] MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro** 20. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais 1995. p. 110. Aqui, esclarece-se que o Autor refere-se à polícia administrativa.

[5] DECISÃO: 1. Trata-se de agravo de instrumento contra decisão que indeferiu processamento de recurso extraordinário interposto contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo e assim ementado: "Mandado De Segurança - Funcionário Público - Pena De Demissão - Aplicação - Poder Judiciário - Controle - Lesão - Conduta/Sanção - Correspondência Adequada E Lógica - Inexistência - Excesso Configurado - Poder Disciplinar Princípio Da Proporcionalidade - Princípio Da Legalidade - Ferimento - Ato Anulado. Em sede do controle do Poder Judiciário a lei não poderá excluir da apreciação deste Poder lesão ou ameaça a direito. Realizado o exame do caso concreto em que foi imposta ao funcionário público a pena de demissão com incompatibilidade para o exercício de outro cargo ou função pública pelo período de cinco anos; e verificando-se a inexistência de correspondência adequada e lógica entre a conduta e a sanção, configura-se o excesso no apenamento. Em face do sistema constitucional vigente, indica-se inserir no exercício do poder disciplinar a aplicação do princípio da proporcionalidade, que encerra o dever de equilíbrio. Ferido o princípio da proporcionalidade, restam também feridos os princípios da legalidade e moralidade,

Note-se que este princípio aparece pela primeira vez no final do século XIX, estudado por Otto Mayer, que entendia estar no direito natural o fundamento do poder de polícia, conquanto o jus natural exige do Estado uma reação proporcional à perturbação. Deste modo, o jurista alemão já vislumbrava a proporcionalidade como medida do poder da polícia[6].

Na atualidade, nessa fase em que a democracia estabelecida surge como valor soberano, o ponto que faz diferença ao operador do direito é saber manejar os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, saber entendê-los e utilizá-los na sua extensão jurídica como aparelho de atuação profissional, principalmente em face do Poder Público.

Como já salientado no capítulo "1", os princípios da razoabilidade e proporcionalidade estão presentes no ordenamento jurídico brasileiro, exatamente por ter o Brasil feito a opção política do Estado Democrático de Direito, onde o amparo dos direitos fundamentais se arrasta para o centro de gravidade da ordem jurídica e, em contrapartida, as noções de 'razoável' e de 'adequado' aliadas ao conceito do 'devido processo legal' são fundamentais como medidas de valor para a busca do equilíbrio entre o exercício do poder e a preservação dos direitos do cidadão.

No direito germânico, o princípio da proporcionalidade, devido a colaboração jurisprudencial e doutrinária, saltou uma conotação mais objetiva, que se sintetiza nos três elementos parciais (sub-princípios), que se seguem: a) adequação (pertinência ou aptidão) entre meio e fim: isto é, existência de analogia apropriada entre um ou diversos fins definidos e as formas com que são definidos a cabo; b) necessidade, exigibilidade ou vedação ou proibição do exagero ou opção do meio mais suave; e c) proporcionalidade em sentido estrito: consideram-se os interesses em jogo. Cuida-se aqui de uma averiguação da relação custo-benefício da medida, ou seja, do julgamento entre os prejuízos gerados e os efeitos a serem conseguidos.

Nas palavras de Canotilho[7], trata-se "de uma questão de 'medida' ou 'desmedida' para se atingir um objetivo: calcular as desvantagens dos meios em

---

ensejando, pelo critério da anulação, seja o ato invalidado. Ordem concedida". (fl. 46). Publique-se. Int.. Brasília, 06 de março de 2006. Ministro CEZAR PELUSO Relator. Publ. DOU 30/03/2006.

[6] MAYER, op. cit., p. 31.

[7] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e a teoria da constituição**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 1998. p. 387.

relação aos benefícios do fim".

É deste modo, sob essa tripla estatura que o aplicador do Direito deve usar o princípio da proporcionalidade, destacando-se, desde agora, que qualquer ação do poder público, até mesmo os normativos, para que sejam apropriados, precisam ser adequados, indispensáveis e proporcionais em significado estrito, desempenhando o Judiciário, em última instância e em cada acontecimento real, o serviço de vigiar a observância dos relacionados *sub-princípios da proporcionalidade*.

Corroborando com a idéia acima, em matéria de polícia administrativa, os atos públicos potencialmente lesivos de direitos fundamentais devem ir até onde seja imprescindível para assegurar o interesse público em causa, sacrificando no mínimo os direitos dos cidadãos. Sendo assim, as medidas de polícia devem ser sempre justificadas pela estrita necessidade e não devem nunca utilizar-se de medidas gravosas quando uma mais branda for suficiente para cumprir a tarefa.

Para ajudar a compreensão do que vem a ser os três componentes que formam a proporcionalidade, compete mencionar três circunstâncias hipotéticas em que eles não foram atendidos pelo legislador.

Infere-se que toda vez que os meios dedicados a realizar um fim não são por si próprios adequados, não há a adequação. Para conferir a adequação há de se questionar: o meio optado foi apropriado e relacionado para alcançar o efeito desejado? O meio empregado foi o mais indicado, sem exagero, e o mais suave, apto a atender a situação exigida? A medida está apta a obter um ressarcimento ou amenização dos prejuízos causados? Ou ainda: os efeitos obtidos com a medida compensarão o prejuízo gerado?

O princípio da proporcionalidade, juntamente com o da razoabilidade, como já apontado, tem o papel primário de resguardar direitos fundamentais.

É verídico que os direitos fundamentais, dada a carga axiológica neles introduzidas, vivem em uma tensão constante, restringindo-se mutuamente, isto é, ora um dominará em lesão do outro, ora acontecerá o oposto.

Realmente, as regras constitucionais, de um modo geral, especialmente as definidoras de direitos fundamentais, na maioria das vezes, parecem colidentes, opostas até.

Essa tensão que existe entre as regras é resultado da própria carga valorativa inserida na Constituição, que desde o seu nascedouro, coliga os

empenhos das várias classes que compõem o Poder Constituinte originário em uma sociedade pluralista. Esses empenhos, como não poderiam deixar de ser, em várias ocasiões, não se adaptam entre si, pois representam o anseio político de classes sociais opostas.

Por certo é necessário, para a mantença do sistema normativo, que haja regra que vise adaptar, integrar e colmatar as normas, equilibrando os direitos e deveres, para se atingir os valores de igualdade e justiça. Uma dessas regras é observar as leis sob a ótica do princípio da proporcionalidade e da razoabilidade.

Igualmente, no embate entre o poder estatal e os direitos e liberdades do cidadão, também pode ocorrer uma colisão entre regras e princípios. Ao limitar ou condicionar um direito, ou restringir uma liberdade, pelo uso da coação administrativa, é preciso subsumir o sacrifício ao fim pretendido, à luz da razoabilidade e da proporcionalidade, e considerar qual o direito fundamental que possa ser preterido a outro mais relevante, naquele caso concreto.

Vê-se que, pelos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, aufere-se a justa medida para a atuação do poder de polícia e, em segundo momento, para orientar a autoridade no sentido de escolher a medida que importará o menor sacrifício possível aos direitos do cidadão, ou, no caso da medida a ser adotada ir de encontro a vários direitos, deve se optar pelo sacrifício do direito menos relevante no caso concreto.

3.1 A Dignidade da Pessoa Humana e os Direitos Fundamentais

Nas relações de Direito Administrativo, como já foi exposto, é inevitável haver a colisão entre o poder estatal e os direitos e liberdades individuais. Porém, considerando que no Estado Democrático de Direito, a Constituição deve ser respeitada inclusive pelo próprio Estado, pode-se afirmar que os direitos fundamentais devem ser precipuamente promovidos e preservados, inclusive pelo Direito Administrativo.

Impera o princípio da prevalência dos direitos fundamentais na atividade de polícia. A relevância dos direitos fundamentais manifesta-se, no Brasil, primeiramente, através da opção do constituinte pelo Estado Democrático de Direito,

onde os direitos e garantias fundamentais foram trazidos para o início da Constituição Federal de 1988, em clara e inequívoca intenção em constituí-los como valores supremos, norteadores das atividades dos cidadãos e também do próprio Estado.

Por isso que sacrifícios razoáveis, por boas e fundadas razões, mostram-se até admissíveis, contanto que não resultem em arbítrio supostamente "legalizado" pela ordem vigente. Dessa maneira, sempre que afetados os direitos fundamentais, por atos omissivos ou comissivos, será preciso submeter o ato lesante ao teste da razoabilidade e da proporcionalidade, sob pena do mesmo ser havido como ato ilegal e abusivo, portanto.

É indubitável que restrições existem (e não poderiam deixar de existir) – ao exercício dos direitos à propriedade e à liberdade, por exemplo – que se mostram plausíveis sem que o sacrifício seja de molde a exigir reparação indenizatória. É mister ressaltar que uma limitação ao exercício dos direitos individuais apenas se justifica como derivação do imperativo maior de respeitar os direitos fundamentais na totalidade.

A esse respeito, Freitas ensina que quando se está diante de um sacrifício razoável e, portanto, aceitável, ainda que um direito individual seja atingido, o núcleo, o espírito dos direitos fundamentais não é afetado; por isso que, em princípio, não há ensejo à indenização, uma vez que o ato estatal, no exercício do poder de polícia, se cumpre a impedir ou a obstar que um dano à coletividade ocorra ou prossiga[8].

Não é suficiente – para caracterizar uma limitação de cunho não-onerosa, isto é, limitação regular e legítima –, o respeito isolado à legalidade, se a desproporcionalidade restar manifestamente configurada. Com efeito, um ato de polícia administrativa poderá ser lastreado numa lei violadora dos deveres de proporcionalidade, algo que caracteriza condenável exercício abusivo de poder, com todos os consectários[9].

Por conseguinte, a Constituição Federal é imperativa ao proteger os cidadãos contra abusos do poderio estatal, seja ao assumir a dignidade de pessoa

---

[8] FREITAS, Juarez. Poder de polícia administrativa e o primado dos direitos fundamentais. In: WAGNER JÚNIOR, Luiz Guilherme da Costa. (coord). **Direito público**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 401-418.

[9] Por exemplo, multa desproporcional baseada em lei inconstitucional.

humana como fundamento da República[10], seja ao elencar, sem caráter taxativo, os direitos fundadores e fundamentais, bem como ao sublinhar o dever de lhes conferir aplicação ime24 0 Td (i)Tj 2.88172269 0 Td (p)Tj 6.7

do poder. Fica forçoso compreender que deve haver limites.

O doutrinador alemão Mayer afiança que o poder de polícia se traduz na ação da autoridade, em fazer cumprir o dever, que se supõe geral, de não perturbar de modo algum a boa ordem da coisa pública[15].

Ele acrescenta que a natureza desse *dever geral* é que traz os limites jurídicos do poder de polícia, no que se refere às condições e ao conteúdo de sua ação[16]. Dever geral, para o doutrinador, seria, por exemplo, de não perturbar a outrem, de não causar dano ao patrimônio, são estas proposições que a autoridade deve fazer cumprir, a fim de manter a ordem pública.

E, assim o faz por meio de condições e atos de polícia, delimitando, coibindo e reprimindo quando necessário. São elas, justamente as condições pelas quais a ação da autoridade é informada e ordenada, que nos leva aos limites do poder de polícia, e, por conseguinte, dos atos de coação administrativa.

Em se tratando de Estado Democrático de Direito, o repúdio ao livre arbítrio deve ser cogente e servir de ponto de partida para que se chegue às limitações do poder de polícia. Primeiramente, porque a Administração Pública deve agir em estrita observância à legalidade, de sorte que seus atos, sempre devem buscar fundamento na lei, esta em sentido amplo.

Afinal, o Poder Público não pode desviar-se da valoração e do reconhecimento que o Estado moderno confere aos direitos fundamentais, os quais somente podem ser limitados com base legal e em prol do bem comum.

O poder de [illegible]

Além disso, o constituinte brasileiro estabeleceu que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” (CF, caput do artigo 5º), de sorte que, em nosso sistema, todo ato administrativo (aí incluídas as manifestações de polícia) haverá de ser infralegal.

De outro lado, o exercício do poder de polícia também não pode ficar aquém do que visa o interesse público em tela. Caso isso ocorra, a Administração Pública está renunciando ilegitimamente a poderes públicos que lhe são confiados, os quais devem ser utilizados em prol da coletividade. Oportuna a lição de Grau, na qual afirma que a Administração “pode fazer tudo quanto deva fazer; mas apenas isso, nada mais”[18]. Por esta razão, fala-se em poder-dever de polícia, a exemplo dos demais ‘poderes-deveres’ da Administração.

Por outro lado, quando a Administração Pública atua além do legalmente permitido, esta incorre em arbítrio e abuso de poder, ferindo os direitos individuais que asseguram a legitimidade do regime democrático de Direito pelo qual vincula-se o Estado Brasileiro.

Então, da necessidade de serem preservados os direitos fundamentais ao mesmo tempo em que se deve resguardar o exercício dos poderes do Estado, o ponto de sustentação para o equilíbrio entre eles é a própria legalidade.

Medauar[19] sustenta que, havendo lei disciplinadora de um dado direito fundamental, não se admite que, em face do poder de polícia, o Estado possa impor prescrição mais rigorosa da que é estabelecida pela lei, cuja interpretação deve ser sempre feita no sentido mais favorável ao exercício do direito que se pretende restringir. No caso de inexistência de lei disciplinadora de direito fundamental, a jurista entende que se deve observar a finalidade da medida de polícia a ser adotada, que deve visar o interesse público, além da observância, em linhas gerais, dos critérios de necessidade, eficácia e proporcionalidade da medida de polícia.

Não obstante, por tudo quanto foi analisado, partilha-se do entendimento de que a ordem de polícia e, posteriormente, a medida de polícia decorrente, sempre terão que se submeter ao crivo da razoabilidade e da proporcionalidade, para serem tidas como escorreitas e amparadas pelo Direito. Isso

---

pública; e também o parágrafo 6º, que impõe a responsabilidade objetiva do Estado por atos danosos praticados por seus agentes, que, nessa qualidade, causarem a terceiros.

[18] GRAU, op. cit., p. 89-103.

[19] MEDAUAR, op. cit., p. 338-339.

porque, mesmo a lei disciplinadora de direito fundamental deve obedecer àqueles e aos demais princípios expressos na Constituição Federal.

Luciano justifica a legalidade como limite ao poder de polícia, sendo esta “compreendida como o direcionamento da medida de polícia em face do responsável pela perturbação, e não contra quem esteja exercendo legitimamente o seu direito”[20]. É verdade que, muitas vezes, a atuação apenas contra os perturbadores não é suficiente para retomar a normalidade e evitar que danos sociais se produzam, ampliem ou se generalizem.

Nesses casos, admite-se que se imponham eventuais sacrifícios às atividades lícitas dos cidadãos, pois, é legítima a obrigação geral dos particulares para com a polícia, o que em várias situações é exigido pela lei, como é o caso da necessidade de comunicação médica em casos de doença infecto-contagiosa ou epidemia, das quais se tenha notícia em razão da profissão.

3.2 Situações de Confronto – Limiar entre Coação Legítima e Ilegítima

Para delimitar o enfoque na presente pesquisa, como já realizado desde o capítulo ‘1’, aborda (d)Tj 6.72268 0 Td (r)Tj 4.03d ( )T3.36134 0 Td (u)Tj 6.4826 0 Td (l

ç ic t direTd (s)Tj 6.70248 0 Td (q)Tj 3.67246 0

Diz o texto do referido artigo: “A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio [...]”. Pelo que se depreende, o constituinte foi taxativo ao afirmar o *dever* do Estado de zelar pela segurança pública, com a finalidade precípua de preservar a ordem pública, a incolumidade das pessoas e do patrimônio.

É sob(e)

ou indiciado deverá ser submetido à identificação criminal, independentemente da possibilidade de sua identificação civil.

Aí reside o problema. É notório que a identificação criminal constrange a pessoa a uma situação no mínimo vexatória, e além do mais, em fase inicial de apuração pela polícia; assim, justo e razoável supor a necessidade de robusta justificação a fim de legitimar ato que significa verdadeiro constrangimento à liberdade e à dignidade individual.

Mesmo a norma legal, ao impor condicionamentos e sujeições, deve guardar respeito à dignidade da pessoa humana, aos direitos fundamentais, não impondo restrições ou medidas coativas além das estritamente necessárias e sem excessos; pois, como já dito, a lei não pode *tudo*.

O inciso I do artigo 3º desta lei, que impõe a identificação criminal para os acusados já identificados civilmente, apenas pelo critério do tipo penal investigado[21], é notoriamente inconstitucional, por violação do princípio da proporcionalidade, na medida em que: primeiramente, porque implica em custo exagerado para os direitos fundamentais frente ao fim a que se destina; depois, na situação descrita no inciso I do citado artigo 3º, a identificação criminal não se justifica, posto que absolutamente desnecessária, nem muito mesmo é idônea, ou seja, o meio é inadequado para a finalidade a que a identificação criminal se destina[22].

---

[21] Art. 3º O civilmente identificado por documento original não será submetido à identificação criminal, exceto quando:
I – estiver indiciado ou acusado pela prática de homicídio doloso, crimes contra o patrimônio praticados mediante violência ou grave ameaça, crime de receptação qualificada, crimes contra a liberdade sexual ou crime de falsificação de documento público;
II – houver fundada suspeita de falsificação ou adulteração do documento de identidade;
III – o estado de conservação ou a distância temporal da expedição de documento apresentado impossibilite a completa identificação dos caracteres essenciais;
IV – constar de registros policiais o uso de outros nomes ou diferentes qualificações;
V – houver registro de extravio do documento de identidade;
VI – o indiciado ou acusado não comprovar, em quarenta e oito horas, sua identificação civil. (N.A: os demais incisos se justificam e guardam obediência à necessidade e adequação, somente o inciso I destoa dos demais).

[22] Nessa mesma linha, cita-se o entendimento de Rogério Marcolini: "O legislador infraconstitucional vulnera claramente o princípio da isonomia, estabelecendo regra aleatória claramente discriminatória, na medida em que impõe o procedimento reconhecidamente vexatório apenas aos indiciados ou acusados da prática de determinados ilícitos, sem qualquer fundamento ou justificativa razoável. Afinal, não se diga que a iniciativa se destina aos criminosos de maior periculosidade, ou crime de maior gravidade, na medida em que escapam da incidência da norma outros ilícitos a que comina idêntica escala penal – especialmente aqueles que têm como agentes indivíduos normalmente bem aceitos no convívio social, tais como crimes contra administração pública, os crimes de colarinho branco, a sonegação fiscal, etc." (MARCOLINI. Identificação criminal compulsória:

Vê-se clara a inconstitucionalidade, pois, além da desnecessidade do ato, não houve critério razoável para impor distinção entre delitos que sujeitam ou não à identificação criminal.

3.2.2 *Superlotação Carcerária*

Outra situação que enseja discussão ligada ao tema, é o falido sistema carcerário do Brasil, onde presos são amotinados em celas superlotadas em péssimas condições de higiene.

Em recente publicação do jornal *Folha de São Paulo*, noticiou-se a situação de uma cadeia no município de Contagem, Minas Gerais[23].

Cerca de cinqüenta homens dividindo uma cela de 30 m², vivendo em meio a ratos, baratas e outros insetos. Tal situação é totalmente desumana e absurdamente afrontosa à dignidade humana, e, por sua vez, ao Estado de Direito.

Será que sob o pretexto de cumprimento do dever de punir os infratores, o Estado pode aniquilar seres humanos, que cumprem pena (ou pior, na maioria dos casos, nem condenados são), em meio a situações impróprias até mesmo para a criação de animais para abate?

---

inconstitucionalidade do inc. I do art. 3º da Lei n.º 10.054, de 07.12.00. **Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais.** São Paulo, n.º 99/2001. p.13.

[23] Presos de Minas Gerais convivem com ratos e sarna. Baratas, ratos, lacraias e 50 homens dividindo, 24 horas por dia, cubículos de 30 m^2. Alguns têm doenças como sarna, rubéola e ferimentos que não sabem explicar. Essas foram as condições que a reportagem da Folha constatou em duas carceragens de Minas Gerais, administradas pelo governo Aécio Neves (PSDB-MG). A Folha falou com presos, familiares e policiais civis do Estado e entrou na carceragem de Contagem (região metropolitana de Belo Horizonte) e na cadeia pública em Ouro Preto (89 km da capital mineira). Apenas alguns minutos foram suficientes para sentir o odor de suor, urina e fezes e verificar a situação de homens que nunca tomam banho de sol. Para caberem todos, é preciso ficar de pé o tempo todo. Quem se senta dorme em meio a ratos e lacraias. Histórias desumanas contadas pelos presos, como a de um homem espancado que teve o cadáver comido por ratos, são confirmadas por policiais. Não há médicos e o abandono chega ao extremo de o porteiro ser um dos próprios detentos, em regime semi-aberto. As construções apertadas --que deveriam comportar, no máximo, seis pessoas- possuem fiações expostas e vazamentos. Nos locais que visitou, a Folha também não encontrou extintores em condições de uso. Incêndios causaram a morte de 33 presos em acidentes em Ponte Nova (180 km de BH), em agosto passado, e em Rio Piracicaba (127 km da capital), na noite de 1º de janeiro. Maurício Campos Júnior, que há um ano é titular da Secretaria da Defesa Social de Minas, disse que os casos constatados pela reportagem são resquícios de uma situação que deve ser apagada com o "processo acelerado" de melhorias nas cadeias mineiras. Procurado pela reportagem, o governador Aécio não comentou o caso. (publicado em 10/02/2008).

Certamente a resposta é negativa. É inadmissível que o Estado permita uma situação dessas, frente ao princípio-fundamento da República, ou seja, a dignidade da pessoa humana. Afinal, os encarcerados podem ser criminosos, infratores, transgressores da lei, porém, são pessoas também destinatárias dos direitos e garantias fundamentais expressos na Constituição.

Constranger alguém a submeter-se em local tão indigno como o cárcere em tela implica em causar-lhe intenso sofrimento físico e mental. Tal situação fática pode ser considerada crime de tortura, pois, diante do resultado do constrangimento: intenso sofrimento, tal como prescreve o artigo 1º e incisos da Lei n.º 9.455, de 07 de abril de 1997, que define o crime de tortura.

Inclusive, a lei de tortura pune "quem submete pessoa presa ou sujeita a medida de segurança a sofrimento físico ou mental, por intermédio da prática de ato não previsto em lei ou não resultante de medida legal" (§ 1º do artigo 1º). Igualmente, porém com menos rigor, é punido quem se omite do dever legal a ela atribuído, de evitar ou de apurar a conduta acima tipificada (§ 2º).

À vista das condutas elencadas e do rigor de tratamento aos infratores desta lei, nota-se que o legislador teve o intuito de também punir severamente (com razão) os agentes públicos, já que a condição de servidor público é causa de aumento de pena (inciso I do § 4º) e a condenação implica em perda do cargo, emprego ou função pública e interdição para seu exercício pelo dobro do prazo da condenação (conforme § 5º do mesmo artigo 1º desta lei).

O Supremo Tribunal Federal já firmou entendimento a respeito: *"a tortura como pr tica inaceit vel de ofensa dignidade da pessoa"*, pois ela constitui a negação arbitrária dos direitos humanos, pois:

> Reflete – enquanto prática ilegítima, imoral e abusiva – um inaceitável ensaio de atuação estatal tendente a asfixiar e, até mesmo, a suprimir a dignidade, a autonomia e a liberdade com que o indivíduo foi dotado, de maneira indisponível, pelo ordenamento positivo[24].

O Estado tem o dever de punir os transgressores da lei, porém deve respeitar os direitos e garantias fundamentais e sacrificá-los o mínimo possível, dando condições para um cárcere digno e adequado aos ditames constitucionais

[24] Jurisprudência do STF – HC 70.339 / São Paulo. Relator Min. Sydney Sanches. Julgado em 23/06/1994. Tribunal Pleno.

vigentes, caso contrário, os agentes estatais tornam-se tão (talvez mais) criminosos que aqueles cumprindo pena restritiva de liberdade.

Por isso que a omissão do Estado não é pela falta de edição de norma apta a punir quem afronta os direitos fundamentais, ao contrário, até existem diplomas legais para tal empreita. A omissão persiste devido à falta de preparo e muitas vezes de retidão dos agentes públicos, às falhas recorrentes do sistema burocrático, ao mau uso da máquina, à corrupção e outra série de males que corrompem a Administração Pública brasileira.

3.2.3 *A ões de Combate ao Terrorismo*

Outra situação limite a ser vislumbrada são as ações de combate ao terrorismo, que i

Os efeitos desse atentado foram e ainda são sentidos, seja no âmbito do cenário político mundial, seja no âmbito econômico ou social, e até mesmo no âmbito privado. Uma das conseqüências do trágico ato terrorista do onze de setembro, foi o surgimento da idéia de que a privacidade e a liberdade podem ser contrárias à segurança, o que pode gerar deduções nocivas à sociedade.

Não obstante, em 02 de outubro de 2001, o presidente norte-americano George W. Bush editou o Ato Antiterrorismo *"PATRIOT" (Provide Appropriate Tools Required to Intercept and Obstruct Terrorism)*[26].

Esta lei confere maiores poderes aos órgãos de segurança pública e de inteligência americanos, tanto dentro do país como internacionalmente. Além disso, o ato eliminou alguns mecanismos de controle que davam ao poder judiciário a possibilidade de evitar e punir abusos daqueles órgãos.

Entre as medidas adotadas, merecem destaque algumas que condicionam diretamente a liberdade do cidadão, entre elas: extensão dos conceitos de 'grampo', seja ele telefônico ou através de escutas, à comunicação eletrônica; a ampliação dos poderes das agências governamentais de segurança no tocante à vigilância das pessoas; diminuição dos mecanismos de restrição e controle do uso desses mesmos poderes; e reclassificação de vários crimes digitais como ataques terroristas.

Por exemplo, no caso considerado mais controvertido, a diminuição do poder de controle dos atos governamentais de segurança, o Ato *Patriot* confere às agências governamentais norte-americanas poderes praticamente ilimitados quanto à vigilância eletrônica, ao abolir alguns mecanismos de controle de abusos, como a necessidade de se provar, em uma Corte de Justiça, que uma dada ação de vigilância é relevante a uma investigação.

O Ato permite também que se investigue os hábitos *on line* de um indivíduo sem a necessidade de um mandado de busca, o que significa que uma pessoa pode ter suas atividades *on line* investigadas e seus arquivos de computador ou caixa de correspondência virtual (e-mails) invadidos sem ser informada disso.

O Ato *Patriot* dá aos agentes de segurança norte-americanos poderes que confrontam diretamente com a proteção à intimidade e à vida privada,

[26] Norma disponível em: <http://judiciary.house.gov/media/pdfs/hr2975terrorismbill.pdf>. Acesso em: 1 fev. 2008.

garantidos em nosso ordenamento constitucional no inciso X do artigo 5º, e também colidem com a garantia do sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas e de dados, amparadas pelo inciso XII do mesmo artigo[27]. Trata-se de atos de verdadeira suspensão de direitos e garantias fundamentais.

De acordo com a Constituição Federal, somente existe a possibilidade de algumas medidas coativas de suspensão de direitos e garantias nos casos de decretação de "estado de defesa" e "estado de sítio", previstos, respectivamente, nos artigos 136 e 137 da Carta[28].

Do exposto, além da proteção à intimidade e à vida privada, e dos sigilos de correspondência e das comunicações citados, no Brasil, uma medida de vigilância deste tipo seria totalmente inconstitucional, mesmo nas situações em que haja previsão de quebra, pois nosso ordenamento exige que a quebra do sigilo seja precedida de expressa autorização judicial, e, ainda assim, jamais se excluiria a possibilidade do controle judicial dos atos estatais, posto que "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito" (inciso XXXV do artigo 5º da Constituição Federal).

Com base nessas premissas, é falsa a impressão de que liberdade e segurança sejam garantias conflituosas, antagônicas entre si. Na verdade, só se pensa em liberdade em um ambiente seguro, de ordem. Não obstante, de que vale a

---

[27] Tanto este mesmo inciso constitucional como a lei que o regulamentou, Lei n.º 9296 de 24 de julho de 1996, só permitem a quebra do sigilo por ordem fundamentada do juiz.

[28] Art. 136. O Presidente da República pode, ouvidos o Conselho da República e o Conselho de Defesa Nacional, decretar estado de defesa para preservar ou prontamente restabelecer, em locais restritos e determinados, a ordem pública ou a paz social ameaçadas por grave e iminente instabilidade institucional ou atingidas por calamidades de grandes proporções na natureza.
§ 1º - O decreto que instituir o estado de defesa determinará o tempo de sua duração, especificará as áreas a serem abrangidas e indicará, nos termos e limites da lei, as medidas coercitivas a vigorarem, dentre as seguintes:
I - restrições aos direitos de:
a) reunião, ainda que exercida no seio das associações;
b) sigilo de correspondência;
c) sigilo de comunicação telegráfica e telefônica;
II - ocupação e uso temporário de bens e serviços públicos, na hipótese de calamidade pública, respondendo a União pelos danos e custos decorrentes.(...)
Art. 137. O Presidente da República pode, ouvidos o Conselho da República e o Conselho de Defesa Nacional, solicitar ao Congresso Nacional autorização para decretar o estado de sítio nos casos de:
I - comoção grave de repercussão nacional ou ocorrência de fatos que comprovem a ineficácia de medida tomada durante o estado de defesa;
II - declaração de estado de guerra ou resposta a agressão armada estrangeira.(...)

segurança sem a garantia da liberdade, seja ela de locomoção, de expressão, de auto-determinar-se?

Com absoluta propriedade, ambas – liberdade e segurança – constituem valores supremos do cidadão, assegurados pelo caput do artigo 5º da Constituição Federal.

Afinal, como disse o Senador Maciel:

> A vida, a integridade, os direitos e os bens coletivos do conjunto dos cidadãos, se não tutelados adequadamente, tornam a democracia e a liberdade anseios não materializados de todo o sistema político. Sem liberdade não há democracia nem igualdade. Sem democracia não há igualdade nem liberdade. Mas sem ordem e sem segurança não pode haver democracia, igualdade nem liberdade[29].

Todos os casos mencionados como situações que ultrapassaram o limite do lícito, do justo e do legítimo, só se tornaram arbitrárias e abusivas porque as medidas coativas ali descritas aviltaram o princípio da dignidade humana, bem como demais direitos fundamentais do cidadão.

É certo que a utilização da coação administrativa por parte da Administração é uma necessidade para o atingimento dos interesses públicos. Esse é, portanto, o considerado limite conatural ao exercício do poder de polícia, já que a finalidade da medida deve ser aquela fixada na lei que instituiu a medida de polícia[30].

É de fundamental importância a fixação desses limites, pois qualquer excesso por parte da Administração, aferido quando houver desproporcionalidade entre a medida adotada e a finalidade legal a ser atingida, implicará em responsabilidade estatal, que será o tema do próximo capítulo.

---

[29] MACIEL, Marco. **Como equilibrar liberdade e segurança.** Disponível em: <http://www.senado.gov.br/web/senador/marcomaciel/artigos/como_equ_liberd_seg.htm>. Acesso em: 15 out. 2007.

CAPÍTULO 4 RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO PELA COAÇÃO ADMINISTRATIVA ILEGAL

Dentre as várias espécies de responsabilização, tratar-se-á dos aspectos principais da responsabilidade civil do Estado por atos decorrentes da coação ilegítima.

A responsabilidade estatal é a marca fundamental do Estado Democrático de Direito, já que deriva diretamente do princípio da submissão do Estado à ordem constitucional e legal, como qualquer outro partícipe da sociedade.

Garantia primordial do indivíduo perante o Poder Público, o princípio da responsabilidade estatal norteia a própria noção e dinâmica do Direito Público, no sentido de preservar o indivíduo perante o Estado, *"que cria e nele vive para se aperfeiçoar e se realizar, não o contrário"*, como orienta Antunes Rocha[1].

O Direito Público não deve servir ao Poder, ao contrário, deve constituir-se de instrumento de realização da Justiça a serviço do indivíduo, pois essa é a razão e principal fundamento do próprio poder estatal.

A responsabilidade é um princípio jurídico embasador do sistema jurídico democrático. Ao lado dos demais princípios, como o da legalidade, o da igualdade de tratamento perante a lei, o princípio da responsabilidade estatal contribui para a realização da Justiça material do cidadão, já que tem o papel primário de resguardar os direitos e garantias fundamentais ante as investidas do Poder Público que, não raro, exorbitam do lícito e do justo, passando ao arbitrário e abusivo.

Mormente no caso da coação administrativa, onde certamente existe interferência na liberdade do indivíduo – constitucionalmente protegida – a Administração deve agir com a máxima cautela, nunca se utilizando dos meios estritamente necessários à obtenção do resultado previsto em lei e com fim no interesse público protegido.

---

[1] ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. Observações sobre a responsabilidade patrimonial do Estado. **Revista Forense**, v. 311, a. 86, p. 3, jul./set. 1990.

Toda coação que exceder ao limite do proporcional e razoável, será ilegítima e, portanto, ilegal. Portanto, como todo ato ilícito, enseja pronta reparação[2].

Rememore-se que mesmo nos atos administrativos os quais é permitida a sua auto-execução diretamente pela Administração Pública, não fica afastado o controle judicial, posterior e mediante provocação da parte interessada, a exemplo do comentário do atributo da imperatividade, porquanto que, como manda o inciso XXXV da Constituição Federal, "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito".

No caso de medidas coercitivas consideradas ilícitas, a vítima poderá pedir reparação, incidindo a regra da responsabilidade objetiva do Estado, com fulcro no artigo 37, §6º da Lei Maior[3].

Antes da abordagem mais precisa acerca do instituto da responsabilidade civil ou patrimonial do Estado, necessário antes algumas linhas sobre o controle judicial dos atos administrativos e sobre a discricionariedade administrativa.

4.1 Discricionariedade e Controle Judicial

Toda evolução do conceito de Estado de Direito ocasionou também revisões nos conceitos do princípio da legalidade e da discricionariedade administrativa, como esclarece Di Pietro[4].

Isso porque o princípio da legalidade ampliou-se na medida em que não prestigia apenas a lei, formalmente considerada, mas alberga todo o Direito, carregado do contexto axiológico norteador de nossa Constituição Federal. Mais

---

[2] A propósito, Orlando Soares conceitua ato ilícito como todo ato que *"corresponde à ideia de tudo quanto a lei não permite que se faça, ou que é praticado contra o Direito, a Justiça, os bons costumes, a moral social ou a ordem pública. Substancialmente, o ilícito traz consigo mesmo um mal, uma ofensa, um dano a vítima, qualquer que seja a natureza da infração cometida pelo autor do fato."* (SOARES, Orlando. **Responsabilidade civil no direito brasileiro.** São Paulo: Forense, 2001. p. 70.)

[3] *"§ 6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa."* (artigo 37, §6º da Constituição Federal).

[4] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade administrativa na constituição de 1988**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 232.

precisamente em seu preâmbulo, que determina a diretriz fundamental a ser observada tanto na elaboração das leis, como também na sua aplicação e exegese.

A discricionariedade não é mais liberdade de atuação limitada pela lei, mas é liberdade de atuação limitada pelo Direito[5]. Nesse sentido, devido à amplitude conferida ao princípio da legalidade, alguns autores[6] entendem ser mais apropriado denominá-lo por *princípio da juridicidade*, reservando a expressão *princípio da legalidade* apenas para a lei considerada em sentido estrito.

A discricionariedade deve ser aferida sob o império da ordem jurídica, na qual não há que se falar em 'liberdade' ou mesmo 'faculdade', pois, devido aos comandos norteadores do Estado Democrático de Direito, o exercício do poder estatal vincula e cria responsabilidades, já que tal só se fundamenta, se, e somente se, visar uma finalidade: o interesse público.

Toda a atividade administrativa deve ser voltada para o atendimento do interesse público. Dessa maneira, mesmo quando estiver no exercício de competência discricionária, o administrador público tem o *dever* de atingir a finalidade implícita ou explícita na norma.

Por isso que o *poder discricionário*, conferido para fazer escolhas dentre opções previamente antevistas na norma, é tão-somente um veículo instrumental para propiciar o cumprimento do *dever* do agente de buscar a melhor solução para satisfazer a finalidade legal[7].

O termo 'poder discricionário', contudo, não é pacífico na doutrina, porém, considera-se apropriada a visão como *poder*, mas não como poder significando mera faculdade, e sim relacionado ao binômio poder-dever, na medida

---

[5] DI PIETRO, op. cit., p. 233.

[6] Nesse sentido: TOURINHO, Rita. A principiologia jurídica e o controle jurisdicional da discricionariedade administrativa" (artigo) In: GARCIA, Emerson. (coord) Discricionariedade administrativa. **Coletânia de artigos**. Rio de Janeiro: Lúmen-Juris, 2005. p. 114.; ROCHA, op. cit., p. 69; e MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva. **Probidade administrativa**. São Paulo:Saraiva, 2001, p. 72-74.

[7] Existe corrente doutrinária (como a defendida por Maria Sylvia Zanella Di Pietro) que não reconhece a existência de "poder vinculado e poder discricionário", entendendo serem apenas características do poder da ação administrativa: quando a lei disponibiliza ao administrador mais de uma opção de apreciar o caso concreto, dando uma decisão ou solução apta a solucionar o caso, estaremos de um ato discricionário; porém, quando inexistir margem de opção na lei, estaremos diante de ato vinculado, ou seja, o administrador não terá liberdade de decisão. Contudo, a própria Maria Sylvia pondera que a discricionariedade *" indispensável para permitir o poder de iniciativa da Administração, necessário para atender às infinitas, complexas e sempre crescentes necessidades coletivas; A dinâmica do interesse público exige flexibilidade de atuação com a qual pode revelar-se incompatível o moroso procedimento de elaboração das leis*; (DI PIETRO, op. cit., p. 67-68).

em que tal poder deve ser considerado como atribuição legal de decidir com possibilidade de escolha. Desta maneira, a atuação do Estado está totalmente vinculada ao princípio da legalidade, isto é, à força do enunciado das leis editadas pelo próprio Estado, por força do artigo 37 de nossa Lei Maior.

4.1.1 *Discricionariedade não é Arbitrariedade, a Discricionariedade e seus Limites*

Partindo-se das considerações anteriormente expostas, fica evidente que discricionariedade não se confunde com arbitrariedade, pois esta denota atuação fora dos parâmetros legalmente impostos.

Como foi afirmado, no início deste capítulo, que seria perigoso antever discricionariedade como *arb trio*. Observa-se que na atual concepção, as noções de arbítrio e discricionariedade não são compatíveis, de maneira que são termos diametralmente opostos.

Bastante esclarecedora é, por sinal, a distinção feita por Cretella Júnior:

> Denomina-se discrição a faculdade outorgada ao agente público de decidir ou deixar de decidir dentro do âmbito demarcado pela norma jurídica, entendendo-se por arbítrio a faculdade de operar sem qualquer limite, em todos os sentidos, com inobservância de qualquer norma de direito[8].

Apesar de fazer referência à *faculdade*, Cretella Júnior pondera constituir arbítrio o ato sem lastro na lei.

A propósito, Queiró[9] ensina que o poder discricionário não é a mesma coisa que poder arbitrário; está sujeito a um certo número de limitações: tem, antes de tudo, que se sujeitar aos limites impostos pelas leis de competência e pelas leis de forma.

---

[8] CRETELLA JÚNIOR, José. **O desvio de poder na administração pública**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 52.

[9] QUEIRÓ, Afonso Rodrigues apud BASTOS, Aline Maria Dias. **Conceitos jurídicos indeterminados:** discricionariedade ou vinculação? 2002. 213 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo. p. 52.

O poder discricionário, na verdade, é um 'poder-dever' de agir nos limites legais, visando uma finalidade prevista na norma. 'Poder' enquanto competência, e 'dever', porque o seu exercício vincula a vontade da Administração à finalidade legal ou ao atendimento do interesse público.

Examine-se o que escreve Bandeira de Mello:

> Embora os poderes discricionários da Administração Pública, ao contrário dos vinculados, se achem libertos de estritas determinações legais, de maneira a poder escolher como deve proceder, tendo em vista considerações de conveniência e oportunidade, não se confundem com poderes arbitrários. Estes correspondem a atividades sem limites jurídicos, em que o agente atua segundo seu exclusivo critério, ao passo que aqueles dizem respeito à atividade circunscrita dentro de limites jurídicos: no Estado de Direito não se admitem poderes arbitrários[10].

Então, pode-se dizer que discricionariedade é liberdade de ação administrativa, porém, limitada às prévias permissões legais, que conferem ao administrador – dentro das opções prescritas – o poder de escolher a que melhor se coadune com o caso concreto, de acordo com os critérios de conveniência e oportunidade, que norteiam o chamado mérito administrativo[11].

De sorte que, se a opção eleita for compatível com o Direito, o ato será legal e válido; caso contrário, o ato será arbitrário, ou seja, ilegal e inválido[12].

---

[10] MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. **Princípios gerais de direito administrativo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979. v. 1. p. 473.

[11] Sinteticamente, Cretella Jr. ensina que o mérito administrativo se expressa pelo atendimento ao binômio oportunidade-conveniência. Na prática, pondera o jurista, que: *"in concreto, o mérito apresenta-se como a ponderação pessoal da autoridade administrativa sobre determinados fatos, que a leva a decidir num sentido ou noutro e, até mesmo, a nada decidir. Essa ponderação pessoal traduzida em um juízo de valor, 'isto é melhor', 'isto é útil', 'isto é oportuno', 'isto é conveniente'."* (CRETELLA JÚNIOR, op. cit., p. 244). Igualmente revela-se importante frisar que mérito e legalidade não se confundem. Apesar do exame do mérito de determinado ato (conveniência e oportunidade) verificar-se dentro do campo da legalidade, não se pode considerar absorvidos os critérios da conveniência e da oportunidade pela legalidade, sob pena de destruir a margem de escolha do administrador, permitindo uma indevida intervenção do Judiciário no aspecto político-discricionário do ato.

Esse alerta, quanto à diferença entre mérito e legalidade, justifica-se primeiramente pela própria razão de ser do poder discricionário (permitir o cumprimento do dever de solucionar o caso), e, em segundo lugar, nota-se essa distinção em razão do mérito administrativo ficar fora do policiamento do Poder Judiciário, pois diz respeito às questões de competência exclusiva do Poder Executivo; caso contrário, qualquer interferência do Judiciário nesta seara acabaria por ferir de morte o princípio da separação de poderes.

[12] "Controle jurisdicional e separação de poderes. Eventuais divergências na interpretação do ordenamento positivo não traduzem nem configuram situação de conflito institucional, especialmente porque, acima de qualquer dissídio, situa-se a autoridade da Constituição e das leis da República. Isso significa, na fórmula política do regime democrático, que nenhum dos Poderes da República está acima da Constituição e das leis. Nenhum órgão do Estado — situe-se ele no Poder Judiciário, ou no Poder Executivo, ou no Poder Legislativo — é imune à força da Constituição e ao império das leis.

É verdade que, para o atendimento do interesse público, existem ocasiões onde somente uma única alternativa – jurídica – há para o administrador solucionar o caso concreto, sem incorrer em arbitrariedade. Tem-se então que a discricionariedade deve ter uma finalidade, ou seja, a escolha que realiza deve ser finalística, visando atender ao interesse da coletividade[13].

Para se apurar a legitimidade ou não de determinada expressão da atividade discricionária, é preciso analisar o caso concreto. Este é diferente da norma fria e abstrata retratada na lei, principalmente quando se trata da atividade administrativa.

A discricionariedade do ato, como elucida Bandeira de Mello[14], só existe *in concreto*. ou seja, perante a realidade fática com suas múltiplas feições. É por isso que a discricionariedade será bastante reduzida pelo exame do motivo, ou seja, do conjunto de fatos e circunstâncias que envolvem a prática do ato.

O princípio da motivação exige que todos os atos da Administração devam ser motivados, para que se possa sindicar, sopesar ou aferir aquilo que foi decidido[15].

(...) A exigência de respeito aos princípios consagrados em nosso sistema constitucional não frustra nem impede o exercício pleno, por qualquer CPI, dos poderes investigatórios de que se acha investida. A observância dos direitos e garantias constitui fator de legitimação da atividade estatal. Esse dever de obediência ao regime da lei se impõe a todos — magistrados, administradores e legisladores. O poder não se exerce de forma ilimitada. No Estado Democrático de Direito, não há lugar para o poder absoluto. (...) O respeito efetivo pelos direitos individuais e pelas garantias fundamentais outorgadas pela ordem jurídica aos cidadãos em geral representa, no contexto de nossa experiência institucional, o sinal mais expressivo e o indício mais veemente de que se consolida, em nosso País, de maneira real, o quadro democrático delineado na Constituição da República. A separação de poderes — consideradas as circunstâncias históricas que justificaram a sua concepção no plano da teoria constitucional — não pode ser jamais invocada como princípio destinado a frustrar a resistência jurídica a qualquer ensaio de opressão estatal ou a inviabilizar a oposição a qualquer tentativa de comprometer, sem justa causa, o exercício, pela pessoa que sofre a investigação, do seu direito de requerer a tutela jurisdicional contra abusos que possam ser cometidos pelas instituições do Estado, não importando se vinculadas à estrutura do Poder Legislativo, do Poder Executivo ou do Poder Judiciário. A investigação parlamentar, judicial ou administrativa de qualquer fato determinado, por mais grave que ele possa ser, não prescinde do respeito incondicional e necessário, por parte do órgão público dela incumbido, das normas, que, instituídas pelo ordenamento jurídico, visam a equacionar, no contexto do sistema constitucional, a situação de contínua tensão dialética que deriva do antagonismo histórico entre o poder do Estado (que jamais deverá revestir-se de caráter ilimitado) e os direitos da pessoa (que não poderão impor-se de forma absoluta)."(HC 88.015, Rel. Min. Celso de Mello, Informativo 416).

[13] MEDAUAR, Odette. **Direito administrativo moderno**. 10 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 111.

[14] BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. **Curso de direito administrativo**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 104.

[15] FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adílson de Abreu apud TOURINHO, Rita. A principiologia jurídica e o controle jurisdicional da discricionariedade administrativa (artigo) In: GARCIA, Emerson. (coord) **Discricionariedade administrativa**. Coletânea de artigos. Rio de Janeiro: Lúmen-Juris, 2005. p. 140.

A motivação trata-se de verdadeira garantia do indivíduo no Estado Democrático de Direito, porque obriga o Poder Público a justificar seus atos com fundamentos de fato e de direito, para terem validade. Por isso o exame dos motivos é de suma importância para viabilizar o controle da legalidade do ato administrativo. Existe até mesmo uma teoria dos 'motivos determinantes', para orientar o intérprete na análise da legalidade do ato administrativo.

Essa teoria é explicada por Bandeira de Mello:

> De acordo com esta teoria, os motivos que determinaram a vontade do agente, isto é, os fatos que serviram de suporte à sua decisão, integram a validade do ato. Sendo assim, a invocação de 'motivos de fato' falsos, inexistentes ou incorretamente qualificados vicia o ato mesmo quando, conforme já se disse, a lei não haja estabelecido, antecipadamente, os motivos que ensejariam a prática do ato. Uma vez enunciados pelo agente os motivos em que se calçou, ainda quando a lei não haja expressamente imposto a obrigação de enunciá-los, o ato só será válido se estes realmente ocorreram e o justificaram[16].

Através da teoria dos motivos determinantes, a Administração vincula a vinda do ato para o mundo jurídico aos motivos nele expressos, criando efeitos jurídicos. Tais motivos é que determinam e justificam a realização do ato e por isso mesmo, deve haver perfeita correspondência entre eles e a realidade.

Comunga-se da idéia de que é imprescindível a exposição dos motivos na prática de todos os atos administrativos, sejam eles vinculados ou discricionários. Isso porque a motivação é requisito para viabilizar o controle do ato administrativo, seja pela própria Administração, seja através do Poder Judiciário.

Para reforçar esta tese, Tourinho cita a lição de Fernández[17], segundo a qual a motivação da decisão é ponto primordial para marcar a diferença entre a discricionariedade da arbitrariedade, já que, caso inexista motivação a sustentar a decisão administrativa, a mesma somente poderá ter sido apoiada na vontade pessoal do agente, atitude totalmente afrontosa ao Estado de Direito, que repudia qualquer tipo de poder pessoal.

Para que haja o correto enfoque no caso concreto, deve-se perquirir, em atenção à motivação do ato: 1- houve apreciação subjetiva como único fator determinante para a decisão expressada? 2- a finalidade alcançada ampara

[16] BANDEIRA DE MELLO, op. cit., p. 386.
[17] FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón apud TOURINHO, Rita. A principiologia jurídica e o controle jurisdicional da discricionariedade administrativa" (artigo) In: GARCIA, op. cit., p. 143

interesse coletivo? 3- a decisão (a escolha) foi: a) uma das opções previstas legalmente? b) a opção eleita foi a mais adequada para atingir o fim almejado? c) a opção foi a mais razoável, coerente e sensata, dentre as opções possíveis?

Na discricionariedade não se pode olvidar a existência de valoração pessoal do administrador público. E tal valoração deve mesmo existir, pois é com a interferência subjetiva que o administrador analisa o caso concreto e determina como proceder, atitude mesmo necessária para se adequar às exigências multifacetárias do mundo em constante transformação.

Logicamente, essa apreciação subjetiva deve pautar-se em determinados limites, quer sejam, os princípios da legalidade, da razoabilidade, da proporcionalidade, da moralidade, do interesse público, entre outros, devendo ser as barreiras a serem respeitadas.

A não observância dos princípios na atuação discricionária constituirá ofensa ao direito, capaz de ensejar o controle jurisdicional, vez que os princípios acima referidos são limitações jurídicas à atividade discricionária. Disso, depreende-se em face do *caput* do artigo 37 da Constituição Federal, que ao determinar a submissão da Administração Pública direta e indireta aos princípios constitucionais, o Constituinte não faz qualquer distinção entre o tipo de atividade desempenhada, se vinculada ou discricionária.

Contudo, quando se tratar de valoração do ato sob os auspícios da oportunidade e da conveniência, o campo é privativo da Administração Pública, portanto, insuscetível de reexame pelo Poder Judiciário.

Isso porque o controle jurisdicional dos atos da Administração Pública incide, tão-somente, quanto aos aspectos da ilegalidade e do abuso de poder das autoridades. Fica de fora daquele controle o terreno do mérito do ato administrativo, pois, como se trata de campo reservado à Administração, "único juiz da oportunidade e da conveniência das medidas a serem tomadas", é vedada qualquer ingerência de outros Poderes[18].

Palu[19] cita em seus ensinamentos que há uma corrente de autores italianos que se referem cada vez mais a uma discricionariedade técnica, chegando a afirmar que a tendência será substituir a discricionariedade por uma

[18] CRETELLA JÚNIOR, op. cit., p. 248.
[19] PALU, Oswaldo Luiz. **Controle dos atos de governo pela jurisdição**. São Paulo: Revista Tribunais, 2004. p. 235.

discricionariedade ‘técnica’ como atributo do ato administrativo. Essa ‘discricionariedade técnica’ seria a escolha da solução a ser adotada através da utilização de critérios especializados (técnicos ou científicos).

Sobre a chamada ‘discricionariedade técnica’, parece ser mais acertado o posicionamento de Odete Medauar, ponderando que nem sempre a técnica e a ciência nos dão certeza absoluta, e, mesmo no campo das ciências exatas, há muita controvérsia e diversidade de entendimentos.

Mesmo se a lei determinar a aplicação de critério fora do campo do Direito, certamente ainda haverá uma margem de escolha, na qual persistirá o poder discricionário. Contudo, se houver uma única solução possível, como conseqüência da aplicação de algum critério técnico ou científico universal, aí estaremos na seara não de ato discricionário, mas sim, de ato vinculado[20].

4.2 Mecanismos de Controle Popular dos Atos da Administração

4.2.1 *Abuso de Autoridade e Desvio de Poder*

Qualquer pessoa pode suscitar o controle da Administração para que seja sancionado o agente que extrapolar os limites jurídico-legais já informados, incidindo em abuso de autoridade.

No Brasil, há lei regulando a matéria. A Lei n.º 4.898, de 09 de dezembro de 1965, regulamenta o direito de representação e o processo de responsabilidade administrativa civil e penal, nos casos de abuso de autoridade.

No tocante a linha de pesquisa, importante frisar que todos os excessos por parte das medidas coativas, dentre elas, as exemplificadas nesta pesquisa, estão entre as hipóteses legais que sujeitam o agente coator às penas para o abuso de autoridade.

De fato, assim diz o artigo 3º da lei citada:

“Art. 3º. Constitui abuso de autoridade qualquer atentado:

[20] MEDAUAR, op. cit., p. 113.

a) à liberdade de locomoção;

b) à inviolabilidade do domicílio;

c) ao sigilo da correspondência;

d) à liberdade de consciência e de crença;

e) ao livre exercício do culto religioso;

f) à liberdade de associação;

g) aos direitos e garantias legais assegurados ao exercício do voto;

h) ao direito de reunião;

i) à incolumidade física do indivíduo;

j) aos direitos e garantias legais assegurados ao exercício profissional. (Incluído pela Lei nº 6.657,de 05/06/79)

Art. 4º Constitui também abuso de autoridade:

a) ordenar ou executar medida privativa da liberdade individual, sem as formalidades legais ou com abuso de poder;

b) submeter pessoa sob sua guarda ou custódia a vexame ou a constrangimento não autorizado em lei;

c) deixar de comunicar, imediatamente, ao juiz competente a prisão ou detenção de qualquer pessoa;

d) deixar o Juiz de ordenar o relaxamento de prisão ou detenção ilegal que lhe seja comunicada;

e) levar à prisão e nela deter quem quer que se proponha a prestar fiança, permitida em lei;

f) cobrar o carcereiro ou agente de autoridade policial da carceragem, custas, emolumentos ou qualquer outra despesa, desde que a cobrança não tenha apoio em lei, quer quanto à espécie quer quanto ao seu valor;

g) recusar o carcereiro ou agente de autoridade policial recibo de importância recebida a título de carceragem, custas, emolumentos ou de qualquer outra despesa;

h) o ato lesivo da honra ou do patrimônio de pessoa natural ou jurídica, quando praticado com abuso ou desvio de poder ou sem competência legal;

i) prolongar a execução de prisão temporária, de pena ou de medida de segurança, deixando de expedir em tempo oportuno ou de cumprir imediatamente ordem de liberdade. *(Inclu do pela* Lei nº 7.960, de 21/12/89*)".*

Nota-se que muitas das condutas tipificadas pela Lei n.º 4.898/65 infelizmente é praticamente ignorada pela população, apesar de serem muito comumente cometidas pelos agentes públicos encarregados da função policial.

Existe na própria lei a conceituação de autoridade: "considera-se autoridade, para os efeitos desta lei, quem exerce cargo, emprego ou função pública, de natureza civil ou militar, ainda que transitoriamente e sem remuneração". (artigo 5º da Lei n.º 4.898/65).

A lei sujeita o infrator às sanções civis (indenização pecuniária, § 2º do artigo 6º), administrativas (podendo chegar a pena de demissão a bem do serviço público (§ 1º), e às sanções penais previstas no § 3º do mesmo artigo 6º, consistindo em pena de multa, detenção e perda do cargo e inabilitação ao serviço público por até três anos (§ 3º).

Se o agente coator for autoridade policial, civil ou militar, de qualquer categoria, poderá ser imposta pena autônoma ou acessória de não poder o acusado exercer suas funções de natureza policial ou militar no município da culpa, pelo prazo de um a cinco anos (artigo 6º, § 5º).

Para denunciar o abuso de autoridade, o interessado procederá, mediante petição dirigida ou à autoridade superior *"que tiver competência legal para aplicar a autoridade civil ou militar culpada, a respectiva sanção"*, e/ou ao órgão do Ministério Público competente para iniciar a ação penal contra a autoridade acusada (artigo 2º).

Outra lei editada com o mesmo propósito de coibir e punir abusos, porém, felizmente mais observada e aplicada, é a Lei n.º 8.429, de 02 de junho de 1992, que trata da improbidade administrativa.

Ressalte-se que esta lei pune o agente ímprobo, ou seja, aquele que não age com honestidade e obtém enriquecimento ilícito por meio do ato de improbidade (artigo 9º); ou que causem lesão ao erário público (artigo 10º); ou que importem lesão aos princípios que regem a Administração Pública (tal qual previsto no artigo 11 da citada lei).

As penas variam dependendo do comportamento do agente, de acordo com as hipóteses previstas nos artigos anteriormente citados, podendo ser de perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio e/ou ressarcimento integral do dano, além de, em qualquer hipótese, a condenação importará em perda

da função pública, suspensão dos direitos políticos por prazo de até dez anos, e pagamento de multa (artigo 12).

Poderá haver também a imposição de contratar com o Poder Público ou de receber benefícios ou incentivos fiscais, ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual o agente seja sócio majoritário, conforme dita o mesmo artigo 12 da referida lei.

Qualquer pessoa poderá representar à autoridade administrativa competente para a instauração da investigação cabível, sem prejuízo de representação também ao Ministério Público, conforme previsão nos artigos 14 e 22 da Lei de Improbidade Administrativa.

A Lei n.º 8.429/92 também prevê punição para casos de desvio de poder, ou desvio de finalidade.

Segundo a conceituação clássica indicada por Bandeira de Mello, desvio de poder é o manejo de uma competência em descompasso com a finalidade em vista da qual foi instituída[21].

No desvio do poder, o agente desvirtua a finalidade legal do ato para um resultado diverso daquele almejado na norma. Essa conduta ocorre nos casos onde o agente não perseguiu o interesse público, que é a finalidade precípua da função pública que ele exerce.

Desta conceituação, o inciso I do artigo 11 da lei de improbidade assim prevê:

> Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e notadamente:
> I - praticar ato visando fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele previsto, na regra de competência;

Contudo, a grande dificuldade do desvio de poder é a prova, pois é evidente que a autoridade que pratica um ato com desvio de poder, procura simular, mascarar; ela pode até fazer uma justificação dizendo que está praticando o ato porque quer beneficiar determinado interesse público, por exemplo, de que está removendo funcionário para atender à necessidade do serviço; pois, logicamente a

[21] André de Laubadère *Apud* BANDEIRA DE MELLO, op. cit. p. 943.

autoridade não vai dizer que é por uma razão ilegal, como represália ou perseguição. Então, o desvio de poder é uma simulação, porque mascara a real intenção da autoridade.

4.2.2 *Meios Instrumentais de Garantia do Cidadão Contra os Abusos do Poder Público*

Dentre as medidas judiciais cabíveis para corrigir e coibir as condutas administrativas consideradas afrontosas à ordem jurídica, como as ações fundadas nas leis citadas anteriormente, e ações de cunho indenizatório, existem algumas voltadas especificamente para a garantia do cidadão contra abusos e ilicitudes do Poder Público.

Atendo-se a linha de pesquisa adotada, abordar-se-á as ações com vínculo direto na lesão ou abuso de direito, são elas: o *habeas corpus*, o mandado de segurança, a ação popular e a argüição por descumprimento de preceito fundamental (ADPF).

4.2.2.1 Habeas Corpus

O *habeas corpus* tem a função de proteger o cidadão contra ato que importe em lesão ou ameaça ao indivíduo, causando-lhe violência ou coação na sua liberdade de locomoção. Evidentemente, a coação deverá ser ilegal ou perpetrada com abuso de poder.

A ação de *habeas corpus* poderá ser intentada diretamente pelo interessado, dispensando-se inclusive a representação processual por advogado[22].

---

[22] Tal dispensa, com fulcro na presumida urgência e necessidade da medida, é prevista na Lei n.º 8.906, de 04 de julho de 1994, que instituiu o "Estatuto da Advocacia", em face do artigo 1º desta lei: *"São atividades privativas de advocacia [...] a postulação a qualquer órgão do Poder Judiciário e aos juizados especiais [...] (...) § 1º - não se inclui na atividade privativa de advocacia a impetração de 'habeas corpus' em qualquer instância ou tribunal"*. Mesmo antes do advento do Estatuto da Advocacia, contudo, o artigo 654 do Código de Processo Penal já permitia a dispensa de advogado para impetração de *habeas corpus*.

O Código de Processo Penal regula o procedimento, entre seus artigos 647 e 667. Oportunamente, o artigo 648 do referido diploma processual determina as hipóteses em que a coação será considerada ilegal, a saber: I – quando não houver justa causa; II – quando alguém estiver preso por mais tempo do que determina a lei; III – quando quem ordenar a coação não tiver competência para fazê-lo; IV – quando houver cessado o motivo que autorizou a coação; V – quando não for alguém admitido a prestar fiança, nos casos em que a lei a autoriza; VI – quando o processo for manifestamente nulo; e, VII – quando estiver extinta a punibilidade.

Em todas as hipóteses descritas na lei, existe congruência com os requisitos legitimadores da coação administrativa, porque a norma revela obediência aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, porque, como já visto, são as medidas legitimadoras de qualquer ato coativo.

4.2.2.2 *Mandado de Seguran a*

O mandado de segurança, ação constitucional prevista no mesmo artigo 5º da Constituição Federal, em seu inciso LXIX (que institui o mandado de segurança individual) e LXX (que institui o coletivo), é o remédio jurídico adequado para proteger direito líquido e certo não amparado pelo *habeas corpus* ou *habeas data*, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder seja autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições públicas.

A liquidez e certeza do direito exigidas para a concessão desta ação devem ser auferíveis de plano, ou seja, não podem ficar na dependência de instrução probatória. O direito deve restar comprovado por documentação, ou juntada na petição inicial, ou por meio de requisição à autoridade competente, no caso da prova do direito se encontrar em repartição ou estabelecimento público, ou no caso de recusa comprovada no fornecimento à parte interessada.

O mandado de segurança é regulado pela Lei n.º 1.533, de 31 de dezembro de 1951. Tendo em vista a natureza emergencial da segurança, pois visa uma suposta ameaça ou violação de direito protegido, poderá liminarmente suspender o ato impugnado, *inaudita altera pars*, se comprovada a relevância do

fundamento do pedido e haja o risco de perecimento do direito invocado, por demora na adoção da medida.

Como ressalva Bandeira de Mello, a concessão de liminar "não é uma 'liberalidade' do juiz, assim como negá-la não é uma discrição sua". De fato, se o impetrante preencheu os pressupostos legais de concessão, não há alternativa para o julgador senão deferir a segurança; ao passo que, se não preenchidos, o juiz terá que negá-la[23].

Conforme dispõe o artigo 15 da Lei n.º 1.533 de 1951, a decisão do mandado de segurança não impedirá que o requerente se utilize da ação própria para pleitear os seus direitos e os respectivos efeitos patrimoniais. Portanto, a ilegalidade do ato também ensejará ação de reparação de danos, a ser suportada pelo Estado.

O mandado de segurança também poderá ser coletivo, desde que atendidos os requisitos dispostos no inciso LXX do artigo 5º da Constituição Federal, devendo ser impetrado por partido político com representação no Congresso Nacional, ou por organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados.

Obviamente, a causa de pedir deve estar relacionada com fatos relacionados ao objeto da entidade, em consonância com os seus objetivos e finalidades sociais.

4.2.2.3 *Ação Popular*

Outro importante instrumento de defesa ante as ações cometidas pelos agentes do Estado, a ação popular é prevista no inciso LXXIII do artigo 5º da Constituição Federal, e visa à anulação de ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural.

---

[23] BANDEIRA DE MELLO, op. cit., p. 918.

Essa norma constitucional foi regulamentada pela Lei n.º 4.717, de 29 de junho de 1965. Qualquer cidadão[24] poderá intentar esta ação, porém, neste caso, não há autorização para ingresso sem procurador devidamente habilitado.

O artigo 6º da citada lei determina que a ação deverá ser proposta contra as pessoas públicas ou privadas e as entidades referidas no artigo 1º, e também contra as autoridades, funcionários ou administradores que houverem autorizado, aprovado, ratificado ou praticado o ato impugnado, ou que, por omissas, tiverem dado oportunidade à lesão.

Na parte final do *caput* deste artigo, a norma também prevê a inclusão dos beneficiários diretos do ato impugnado no pólo passivo da lide, isto se houver a existência de benefício direto do ato lesivo, determinável e conhecido (§ 1º).

O valor desta lei reside no fato de que a sentença de procedência, como dispõe o artigo 11, além de decretar a invalidade do ato impugnado, importará na condenação de seus responsáveis e beneficiários, se houver, ao pagamento de perdas e danos causados pelo ato lesivo ao patrimônio público, tal como assim considerado no § 1º do artigo 1º[25].

Contudo, fica reservado o direito de regresso contra os funcionários causadores do dano, quando evidentemente incorrerem em culpa[26].

4.2.2.4 *Argüição por Descumprimento de Preceito Fundamental*

Referida no artigo 102, § 1º do texto constitucional, que confere competência para sua apreciação ao Supremo Tribunal Federal, a argüição por descumprimento de preceito fundamental enseja certas considerações.

A começar por indagar-se o que vem a ser considerado *preceito fundamental'*. Ora, o termo preceito indica 'ordem', 'mandamento', ou seja, faz referência direta aos direitos e garantias fundamentais.

---

[24] A prova da cidadania far-se-á por meio de cópia do título eleitoral, ou documento que a ele corresponda (artigo 1º, § 3º da Lei n.º 4.717/65).

[25] § 1º - Consideram-se patrimônio público, para os fins referidos neste artigo, os bens e direitos de valor econômico, artístico, estético, histórico ou turístico.

[26] Conforme a parte final do artigo 11.

O termo comporta uma abertura semântica que privilegia também todos os valores considerados importantes na sociedade, tais como os indicados no preâmbulo da Constituição Federal: a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça; os princípios fundamentos da República (artigo 1º); os seus objetivos (artigo 3º), além dos já referidos direitos e garantias fundamentais, expressos no artigo 5º.

A argüição por descumprimento de preceito fundamental veio para reafirmar a opção do constituinte em entronizar as garantias e direitos fundamentais como valores supremos, de sorte que até mesmo o Poder Público a eles deve submeter-se, assegurando a supremacia da Constituição.

Esse paliativo foi regulamentado pela Lei n.º 9.882, de 03 de dezembro de 1999, que, em grande parte, supriu a lacuna deixada pelo constituinte ao prescrever tal remédio, pois não expressou os contornos básicos, a exemplo dos demais remédios jurídicos já referidos.

De fato, o artigo 1º da citada lei asseverou que a argüição prevista no § 1º do artigo 102 da Constituição Federal, será interposta perante o Supremo Tribunal Federal, e terá por objeto evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público.

Entretanto, há uma limitação ao exercício desta ação. O § 1º do artigo 4º preceitua a inadmissão da argüição quando houver qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade. Trata-se do contorno da subsidiariedade deste instrumento.

Como preconiza Mendes, no primeiro processo de argüição por descumprimento de preceito fundamental julgado no mérito pelo STF[27]:

> O desenvolvimento do instituto da inexistência de outro meio eficaz, ou o princípio da subsidiariedade, dependerá da interpretação que o STF venha a dar à lei. A esse respeito, destaque-se que a Lei no 9.882, de 1999, impõe que a argüição de descumprimento de preceito fundamental somente será admitida se não houver outro meio eficaz de sanar a lesividade (art. 4o, § 1º).

O julgador pondera que essa limitação ao exercício desta ação deverá ser compreendida no contexto da ordem constitucional global.

[27] ADPF 33, j. 07/12/2005. Pleno. Rel. Min. Gilmar Mendes.

A argüição de descumprimento de preceito fundamental se insere no rol dos institutos voltados ao controle concentrado da constitucionalidade. No controle concentrado de constitucionalidade, procura-se obter a declaração de inconstitucionalidade de um ato normativo em tese ou omissão, independentemente da existência de uma lide, conforme preceitua o artigo 102, I, letra 'a', da Constituição Federal.

No controle direto tem-se: a ação declaratória de constitucionalidade, a ação direta de inconstitucionalidade por ação e omissão e a argüição de descumprimento de preceito fundamental.

Tendo em vista o caráter acentuadamente objetivo da argüição de descumprimento, o juízo de subsidiariedade há de ter em vista, especialmente, os demais processos objetivos já consolidados no sistema constitucional. Nesse caso, cabível a ação direta de inconstitucionalidade ou de constitucionalidade, não será admissível a argüição de descumprimento.

Em sentido contrário, não sendo admitida a utilização de ações diretas de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade — isto é, não se verificando a existência de meio apto para solver a controvérsia constitucional relevante de forma ampla, geral e imediata —, há de se entender possível a utilização da argüição de descumprimento de preceito fundamental.

O ministro Gilmar Mendes, em seu voto, exemplifica que caberia a argüição nos casos relativos ao controle de legitimidade de direito pré-constitucional, de direito municipal em face da Constituição Federal e nas controvérsias sobre direito pós-constitucional já revogado ou cujos efeitos já se exauriram. Nesses casos, em face do não-cabimento da ação direta de inconstitucionalidade, não há como deixar de reconhecer a admissibilidade da argüição de descumprimento[28].

Fora a questão relativa à sua admissibilidade, a ação de argüição por descumprimento de preceito fundamental terá por objeto "evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público" (caput) e "quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, *inclu dos os anteriores Constitui ão*" (inciso I do parágrafo único).

[28] Gilmar Mendes. Voto ADPF n.º 33. STF. J. 07/12/2005.

O procedimento da argüição apresenta semelhanças com o da ação declaratória e da ação direta de inconstitucionalidade. A petição inicial deverá conter: a indicação do preceito fundamental que se considera violado; a indicação do ato do Poder Público questionado; prova da violação do preceito; o pedido e suas especificações; e, se for o caso, a comprovação da existência de controvérsia judicial relevante sobre a aplicação do preceito fundamental que se considera violado (artigo 3º). A inicial será indeferida liminarmente, pelo relator: quando não for o caso de argüição; quando faltar algum dos requisitos prescritos na lei, ou quando a inicial for inepta, cabendo agravo desta decisão, no prazo de cinco dias (artigo 4º e seu § 2º).

É possível a concessão de liminar por decisão tomada pela maioria absoluta dos membros do Supremo Tribunal Federal (artigo 5º). Excepcionalmente, o § 1º deste mesmo artigo possibilita ao relator conceder a liminar, *ad referendum* do Pleno, em caso de extrema urgência ou perigo de lesão grave, ou, igualmente, em período de recesso.

A liminar poderá consistir na determinação de que juízes e tribunais suspendam o andamento de processo ou os efeitos de decisões judiciais, ou de qualquer outra medida que apresente relação com a matéria objeto da argüição de descumprimento de preceito fundamental, salvo se decorrentes de coisa julgada.

Apesar da Lei n.º 9.882/99 ter sido editada justamente para assegurar o respeito à ordem constitucional e aos preceitos fundamentais, ironicamente, a mesma acabou por violá-los em parte, através de seu artigo 11.

Tal artigo prevê a possibilidade de restrição de alguns efeitos da decisão proferida na argüição de descumprimento de preceito fundamental. Os efeitos desta decisão são inegavelmente matéria constitucional. O Supremo Tribunal Federal reconheceu *hierarquia constitucional* ao postulado da nulidade da lei incompatível com a Constituição[29].

Afigura-se como inconstitucional a possibilidade de restrição e manipulação dos efeitos da decisão, previsto na citada lei por violação às diversas normas constitucionais, dentre elas: o princípio constitucional de nulidade da lei inconstitucional; o princípio da supremacia da Constituição; os artigos 97 e 102, III, *a*, *b* e *c*, da Lei Maior; a separação de poderes e o princípio da segurança jurídica.

[29] MENDES,Gilmar Ferreira. **Jurisdição constitucional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 264-265.

Sendo assim, há inconstitucionalidade do artigo 11 da Lei 9.882/99, por violação ao princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, do juiz natural, das normas que prevêem a possibilidade de controle da constitucionalidade das leis e dos atos normativos de forma incidente, e do princípio da separação de poderes.

Infortúnios à parte, justifica-se a relevância destes meios de garantia do cidadão contra os abusos do Poder Público para o instituto da coação administrativa, onde, freqüentemente, ocorrem abusos. Aqui, mais uma vez, enfatiza-se que o problema não é de falta de regulamentação da matéria, ou da coação em si, posto que a legislação já prevê muitos remédios jurídicos para a proteção do cidadão, como visto; o que se verifica, contudo, é a falta de informação, de conhecimento da população e também de coragem em fazer valer seus direitos, não raramente tolhidos injustamente.

4.3 Responsabilidade Civil do Estado nos Atos de Coação Administrativa

Há quem considere o termo 'civil', comumente utilizado, como inapropriado. Gordillo, citado por Antunes Rocha, pondera que o termo *civil* é inadequado porque se trata de termo ligado ao Direito Privado, que não é o caso em matéria de responsabilidade estatal[30].

O termo 'civil' é ligado à responsabilidade estatal para enfatizar que se trata de responsabilidade que visa à punição do agente à indenização de cunho civil, isto é, por meio de indenização patrimonial.

Não se trata, pois, de responsabilização penal, é por isso que se utiliza o termo *civil*, no sentido de se desvincular o seu entendimento da responsabilidade penal, que, aliás, jamais poderia ser concebível para o ente público[31].

Considere-se também a responsabilidade patrimonial do Estado, pois, é na esfera patrimonial que se resolverá a questão, invariavelmente. Por esta razão, não é a pessoa jurídica de direito público que responde ao processo de reparação

[30] GORDILLO, Agustin apud ROCHA, op. cit., p. 4-5.
[31] ROCHA, op. cit., p. 5.

civil ou patrimonial, por isso mesmo, o sujeito passivo da ação, ou seja, quem deverá suportar a condenação, é a Fazenda Pública[32].

A responsabilidade patrimonial do Estado pode decorrer de condição contratual ou extracontratual. No caso de reparação decorrente de medidas coativas ilícitas, tem-se que a responsabilidade a ser analisada é a de cunho extracontratual, ou seja, a obrigação estatal de reparar o dano decorre do próprio ordenamento jurídico, que exige do Estado a submissão à ordem constitucional e legal, compromissado, portanto, em atuar com responsabilidade.

A responsabilidade do Estado encontra-se entre os casos de responsabilidade objetiva previstos em nossa legislação. Diz-se objetiva pelo fato de ser irrelevante, neste caso, a prova da culpa do agente. A responsabilidade objetiva se imputa a quem a lei determinar[33].

O Estado pode responder tanto por atos lícitos como por atos ilícitos, porque o que se verifica, como ensina Rocha, é que a finalidade da responsabilidade não é a de impor uma sanção, mas sim, a responsabilização estatal visa restaurar o estado de direito, os bens juridicamente tutelados[34].

Esses bens tutelados podem ser justamente os direitos e garantias fundamentais do cidadão. O Estado deve, então, agir dentro dos limites a ele impostos pelo Direito, pois, do contrário, o ato será passível de gerar responsabilização, por vício de ilicitude, ou inconstitucionalidade do ato, ou também da própria lei[35].

Sobre responsabilidade do Estado por leis inconstitucionais, pode-se citar os seguintes julgados:

---

[32] Cândido Rangel Dinamarco ao dispor sobre a matéria, assenta que a Fazenda Pública *" a personifica ão do Estado no que lhe tange as obriga ões patrimoniais as quais se vincula juridicamente".* Afirma ainda que, em âmbito administrativo, a expressão em estudo *"significa a administra ão financeira do Estado"*, e finaliza, concluindo, que no direito processual civil, *"esta equivale ao Estado em ju zo"* (*apud* FEDERIGUI, Wanderley José. **A execução contra a fazenda pública**. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 6). A propósito, Hely Lopes Meirelles explica que os entes públicos recebem a designação de *"Fazenda P blica, porque seu er rio que suporta os encargos patrimoniais da demanda".* (MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro.** 20 ed. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 619.

[33] Vide § único do artigo 927 do Código Civil.

[34] ROCHA, op. cit., p. 6.

[35] Lei considerada inconstitucional é passível de indenização. A exemplo, quando causa um constrangimento desnecessário e abusivo, como é o caso da identificação criminal, tratada no capítulo '3'.

> Sem dúvida, as leis inconstitucionais podem legitimar o pedido de reparação de dano que porventura tenham causado. Mas é indeclinável que essa inconstitucionalidade tenha sido reconhecida e declarada pelo Poder Judiciário; 'uma vez reconhecida a inconstitucionalidade pelo Tribunal', como diz Carvalho Santos, repetindo Pedro Lessa (do Poder Judiciário, p. 164) [36]

> Responsabilidade civil do Estado – Lei inconstitucional – Indenização. O Estado responde civilmente por danos causados aos particulares pelo desempenho inconstitucional da função de legislar (STF – Despacho do relator, Min. Celso de Mello, de 02/09/1992, no RE 153.464 – RDP 189/305)[37]

De acordo com os atos considerados ilícitos, por abuso de autoridade, desvio de poder, ou aqueles praticados com excesso, em desatenção aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, como visto, todos também poderão gerar responsabilidade estatal.

Principalmente diante do exercício do poder de polícia, o agente, por exemplo, policial civil ou militar deve zelar pela ordem e sossego públicos e também pela incolumidade física dos cidadãos. Para cumprir seu dever, este agente poderá utilizar-se, *verbi gratia*, de arma de fogo, algemas e outros instrumentos. Contudo, sua atuação deverá ser pautada pelos princípios que regem a Administração Pública, principalmente com prudência e dentro da razoabilidade na adoção da medida empregada.

> Reconhece-se a responsabilidade do Estado em caso de servidor público que, no exercício da função, age imprudentemente, abatendo a tiros de revólver pessoa que estaria praticando a contravenção de pescar em águas públicas, em época proibida (TRF – 2ª Turma – AC 28.347 – j. 23/04/1980 – DJU 21/05/80. p. 3629)[38]

No julgado acima, nota-se a desmedida da ação, exemplo claro do exercício desproporcional, ilegítimo, portanto, do poder de polícia.

Mesmo em exercício regular da função policial, por exemplo, no caso de perseguição policial em que tiros disparados pelos policiais atinjam transeuntes inocentes, o Estado tem o dever de indenizar sem indagação de culpa, por meio da teoria do risco administrativo[39].

---

[36] STOCO, Rui. **Responsabilidade civil e sua interpretação jurisprudencial.** 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 906.
[37] Ibidem, p. 906.
[38] Ibid., p. 845.
[39] A teoria do risco administrativo se baseia no fato de que a Administração Pública gera risco para os administrados, entendendo-se como tal a possibilidade de dano que os membros da comunidade

A Constituição Federal disciplinou a responsabilidade civil do Estado no § 6º do artigo 37, que tem a seguinte redação:

> As pessoas jurídicas de Direito Público e as de Direito Privado prestadores de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

Os grifos apostos indicam dois pontos nucleares da questão: o texto constitucional diz que os entes públicos ou prestadores de serviços públicos *responderão*, ou seja, aqui o constituinte adotou a responsabilidade objetiva do Estado, já que a responsabilização independerá de análise de culpa.

Prosseguindo-se, o Estado só responde por danos causados por seus *agentes*, que, *nessa qualidade*, *causarem a terceiros*. Como ensina Sérgio Cavalieri Filho[40], essa questão demonstra que o constituinte adotou a teoria do risco administrativo como fundamento da responsabilidade estatal, em contrapartida à teoria do risco integral[41].

A responsabilidade estatal com fulcro na teoria do risco administrativo, e não integral, embora dispense a prova da culpa da Administração, permite que o Estado invoque em sua defesa os casos de excludente do nexo causal: culpa exclusiva da vítima, caso fortuito, força maior e fato exclusivo de terceiro.

O vocábulo *agente* deve ser entendido em sentido amplo, qualquer pessoa que exerça uma função administrativa, em caráter permanente ou provisório, qualquer que seja a forma de sua escolha ou investidura.

Como observa Meirelles[42]: "É indiferente o título pelo qual o causador direto do dano esteja vinculado à Administração; o necessário é que se encontre a serviço do Poder Público, embora atue fora ou além de sua competência administrativa".

---

podem sofrer em decorrência da normal ou anormal atividade do Estado. Assim, tendo em vista que a atividade é exercida em favor de todos, seus ônus devem ser também suportados por todos, e não apenas por alguns. Por conseqüência, deve o Estado, que a todos representa, suportar os ônus da sua atividade, independentemente de culpa de seus agentes. Contudo, dever-se-á, verificar, evidente, a relação de causalidade entre a ação administrativa e o dano sofrido pelo administrado. CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil.** 7 ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 223.

[40] CAVALIERI FILHO, op. cit., p. 228.

[41] A teoria do risco integral adota a concepção de que o Estado sempre deve indenizar, e em qualquer caso, o dano suportado pelo administrado pela atividade administrativa.

[42] MEIRELLES, op. cit., p. 561.

Não basta a condição de agente, o texto constitucional exige que o ato seja praticado pelo agente, *nessa qualidade*. O jurista Hely Lopes Meirelles pondera que "o essencial é que o agente da Administração tenha praticado o ato ou a omissão administrativa no exercício de suas atribuições ou a pretexto de exercê-las"[43].

Nem sempre a responsabilização ocorre no exercício das atribuições do agente. Se o agente praticar o ato utilizando-se de sua qualidade, nessa condição, também há responsabilidade objetiva. Por exemplo, assim decidiu o Supremo Tribunal Federal (STF):

> Constitucional – Administrativo – Responsabilidade civil do Estado – Constituição Federal, artigo 37, § 6º - Agressão praticada por soldado, com a utilização de arma da corporação: incidência da responsabilidade objetiva do Estado, mesmo porque, não obstante fora do serviço, foi na condição de policial militar que o soldado foi corrigir as pessoas. O que deve ficar assentado é que o preceito inscrito no artigo 37, § 6º, da Constituição Federal não exige que o agente público tenha agido no exercício de suas funções, mas na qualidade de agente público (STF, RE 160.401-SP, relator Min. Carlos Velloso, 2ª T., j. 20/04/1999, RT 770/177).

Se o soldado matar alguém, por motivação privada, por exemplo, assim agiu sem considerar a condição de agente, portanto, ficará afastada a responsabilidade do Estado[44].

A responsabilidade objetiva engloba tanto os atos comissivos como os omissivos de seus agentes. Se a responsabilidade objetiva do Estado tem como fundamento a teoria do risco administrativo, ficará ele isento de indenizar, por exemplo, se o fato houver ocorrido por ato de terceiro ou em decorrência de fenômeno da natureza.

A responsabilização por omissão advém do dever legal do agente em zelar pelo interesse público no tocante à segurança, saúde, incolumidade das pessoas. Se o agente penitenciário quebra seu dever de vigilância e um motim de presidiários é formado, qualquer dano causado importará responsabilidade do Estado, isto porque a formação, dentro do presídio, de um grupo criminoso revela a

---

[43] MEIRELLES, op. cit., p. 561.

[44] Indenização – Responsabilidade civil – soldado que matou a ex-namorada por ciúme – crime praticado quando não estava em serviço – ausência do dever de indenização pelo Estado – Necessidade de que o agente público estivesse, no momento do crime, na qualidade de agente – artigo 37, § 6º, da Constituição Federal – Recurso improvido (TJSP – 2ª Câmara ir. Público – AC 35.947-5 – Rel. Aloísio de Toledo – j. 06/04/1999) fonte: STOCO, op. cit., p. 848.

omissão dos agentes administrativos em garantir a ordem. Dever de vigilância desobedecido, portanto, gera o nexo de causalidade, acarretando a incidência do artigo 37, § 6º da Constituição Federal.

Através do mesmo fundamento da responsabilidade objetiva pela teoria do risco administrativo, o Estado responde também de forma subjetiva. A regra é, como visto, a responsabilidade objetiva, ou seja, sempre que o dano for causado por agentes do Estado, nessa qualidade, e sempre que houver direta relação de causa e efeito entre a atividade administrativa e o dano.

Existe a possibilidade, que não se destoa dos princípios constitucionais, do Estado responder também subjetivamente, ou seja, quando houver comprovação de um agir culposo. Nesses casos, como professa Bandeira de Mello[45], nos casos de dolo ou culpa do agente, "a vítima poderá propor ação indenizatória contra o agente, contra o Estado, ou contra ambos, como responsáveis solidários".

A imputação ao Estado da responsabilidade subjetiva é decorrência do próprio princípio universal de Justiça, posto que, como consagrado nos artigos 186 e 927 do Código Civil:

> Art. 186: Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.
> Art. 927: Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Considerando, pois, que o Estado também se submete à ordem jurídica positiva, e que as normas referidas cumprem direito fundamental expresso na Constituição Federal, inciso X do artigo 5º[46], deduz-se que o Estado responde também por imputação subjetiva, quando por ação ou omissão voluntária, houver violação de direito e ocorrência de dano a outrem.

---

[45] BANDEIRA DE MELLO, op. cit., p. 999.

[46] *"são inviol veis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indeniza ão pelo dano material ou moral decorrente de sua viola ão"* (inciso X do artigo 5º, da CF).

CONCLUSÕES

1. O poder de polícia não é nem prerrogativa nem mera faculdade da Administração, posto que à ela cabe o dever de zelar pela ordem pública, seja no campo da salubridade, da incolumidade, da segurança, coibindo as transgressões e perturbações. Portanto, trata-se mais de um 'dever-poder'.

2. O exercício da atividade de polícia deve estar adstrito à lei, por isso, trata-se de uma atividade sub-legal, ou seja, mesmo quando a autoridade possua mais de uma opção de agir, no campo de polícia administrativa, sempre a escolha deve ser prevista legalmente, sob pena do ato ser considerado arbitrário, e, conseqüentemente, ilícito.

3. Ademais, a discricionariedade não se confunde com a arbitrariedade. A primeira é liberdade de ação administrativa, porém, dentro dos limites da lei; o arbítrio é ação contrária à lei ou excedente da lei.

4. Ao mesmo tempo que não se admite o arbítrio na Administração, não se pode impor-lhe o automatismo do exercício da função administrativa, ou seja, a Administração não pode agir como mera executora dos atos.

5. Administrar é uma atividade dinâmica que, para ser eficiente, depende de posturas maleáveis e adequadas, sob pena de se deixar de lado o interesse público em proveito de um mal compreendido culto à lei. A discricionariedade surge, então, como uma necessidade sem a qual a Administração Pública não poderia exercer sua função.

6. Com efeito, se todo e qualquer ato administrativo fosse vinculado ou se vinculado fosse em toda sua extensão, a dificuldade de administrar seria grande. O administrador só pode cumprir a lei, é verdade, mas não deve postergar a eficiência de sua atividade e a urgência do interesse público para atender ao capricho e à morosidade da forma que, em muitos casos, principalmente no campo do poder de polícia, revela-se prejudicial.

7. Falar, portanto, em poder de polícia, não é mais cogitar de mera faculdade estatal. Acima de tudo, trata-se de uma responsabilidade perante os cidadãos.

8. No Estado Democrático de Direito, a atividade policial estatal, como em qualquer outra, o princípio da legalidade não se resume na lei propriamente dita, mas em todos os princípios e valores constitucionalmente protegidos.

9. Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade são fundamentais no processo de verificação da legitimidade dos atos de polícia, pois as noções de 'razoável' e de 'adequado', aliadas ao conceito do 'devido processo legal', são fundamentais como medidas de valor para a busca do equilíbrio entre o exercício do poder e a preservação dos direitos dos cidadãos.

10. Por esta razão, os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade são instrumentos de proteção aos direitos e liberdades fundamentais, já que delimitam e norteiam as ações coativas do Estado, proibindo os excessos, não admitindo medidas além das estritamente necessárias ao atendimento do interesse público almejado.

11. Através desses princípios, portanto, aufere-se a justa medida para a atuação do poder de polícia e, em segundo momento, para orientar a autoridade no sentido de escolher a medida que importará o menor sacrifício possível aos direitos e liberdades do cidadão, ou, no caso da medida a ser adotada ir de encontro a vários direitos, deve-se optar pelo sacrifício do direito menos relevante no caso concreto.

12. Como fundamento da República, o princípio da dignidade da pessoa humana vincula o próprio poder de polícia, na medida em que sua materialização, por meio de ordens e medidas de polícia, não pode causar ao cidadão qualquer ato que fira a sua dignidade, sob pena de caracterizar-se ato irregular e abusivo.

13. O vocábulo 'poder', dentro do Estado Democrático de Direito, existe para resguardar os direitos e valores fundamentais, e não o contrário. Por isso, não se vê problemas no uso do vocábulo, porque inexiste poder ilimitado em sistemas constitucionais como no do Brasil.

14. No exercício do poder de polícia, qualquer ato praticado por agente público devidamente autorizado, efetivado pelo emprego da força, para compelir o administrado, condicionando direito ou restringindo-lhe a liberdade, denomina-se coação administrativa.

15. A coação administrativa pode ser direta, para pronto restabelecimento da ordem e paz públicas, ou para dar cumprimento à ordem

administrativa previamente proferida pela autoridade no exercício de sua competência, nesse caso, a coação é denominada por ‘execução forçada’.

16. A segurança, como direito fundamental que é, impõe o dever ao Poder Público de zelar pela sua manutenção, sendo autorizado o uso da coação administrativa direta para casos de desordem, risco à incolumidade pública ou à saúde pública, sempre que a urgência ou necessidade da medida estiver configurada.

17. O uso da coação administrativa pode estar implicitamente inserido na norma. É através do princípio da razoabilidade que se verifica se a medida coativa está em conformidade com o sistema normativo, pois, seria impossível haver previsão legislativa expressa para todas as medidas coativas necessárias ao restabelecimento da ordem.

18. Assim, se a coação for considerada como razoavelmente implícita na norma, a mesma será admitida. Além disso, se o meio utilizado for considerado adequado e proporcional à perturbação, a coação administrativa será legítima. Do contrário, a coação será ilegítima e passível de reparação.

19. Principalmente no tocante à limitação ou restrição de liberdade, ou condicionamento de direitos, mesmo a medida coativa expressamente admitida em lei, se não se conformar com os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, a coação em tela será inconstitucional, já que qualquer norma também se submete ao crivo dos princípios constitucionalmente impostos, a fim de resguardar os direitos fundamentais.

20. À vista das situações retratadas nesta pesquisa, é falsa a impressão de que a segurança necessariamente importa em restrição da liberdade, ou que liberdade e segurança sejam garantias conflituosas. Na verdade, só se vislumbra a liberdade em ambiente seguro, de ordem. Não obstante, não há que falar-se em segurança sem a garantia da liberdade do indivíduo. Tratam-se, portanto, de garantias fundamentais complementares entre si.

21. A responsabilidade é um princípio jurídico embasador do sistema jurídico democrático. Ao lado dos demais princípios, como o da legalidade, o da igualdade de tratamento perante a lei, o princípio da responsabilidade estatal contribui para a realização da Justiça material do cidadão, já que tem o papel primário de resguardar os direitos e garantias fundamentais ante as investidas do

Poder Público que, não raro, exorbitam do lícito e do justo, passando ao arbitrário e abusivo.

22. No caso da coação administrativa, onde certamente existe interferência na liberdade do indivíduo – constitucionalmente protegida – a Administração deve agir com a máxima cautela, nunca se utilizando dos meios estritamente necessários à obtenção do resultado previsto em lei e com fim no interesse público protegido.

23. Toda coação que exceder ao limite do proporcional e razoável, será ilegítima e, portanto, ilegal. Portanto, como todo ato ilícito, enseja pronta reparação. Mesmo nos atos administrativos os quais é permitida a sua auto-exec 6r 72 71 0 Td (e

27. Ao se indicar a possibilidade jurídica de a Administração obter compulsória obediência aos seus ditames de polícia supôs-se, evidentemente, a atuação regular desta, e não o uso desmedido ou, de qualquer modo, afrontoso à legalidade. O *"habeas corpus"*, o mandado de segurança e a ação popular são meios especialmente eficazes para defesa do particular em tais casos.

28. Desvio de poder ocorre quando a autoridade pública pratica ato à primeira vista legítimo, porém a finalidade é desvirtuada para dar vazão à vontade pessoal do agente, e não àquela amparada pela lei. Justamente por haver uma 'máscara' de legalidade, fica difícil provar o desvio de poder, também chamado de desvio de finalidade.

29. O agente que pratica ato extrapolando os limites jurídico-legais, informadores dos atos estatais, comete abuso de autoridade, sujeitando o infrator às sanções administrativas, civis e penais.

30. O controle jurisdicional dos atos da Administração Pública incide, tão-somente, quanto aos aspectos da ilegalidade e do abuso de poder das autoridades. Fica de fora daquele controle o terreno do mérito do ato administrativo, pois, como se trata de campo reservado à Administração, único juiz da oportunidade e da conveniência das medidas a serem tomadas, é vedada qualquer ingerência de outros Poderes. Porém, fica permitido, no exame do mérito do ato administrativo, o controle judicial no caso de desrespeito aos critérios da razoabilidade e proporcionalidade.

31. É inquestionável que a Administração Pública exerce um papel fundamental para preservação do princípio da dignidade da pessoa humana, um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito. Realmente, da Administração Pública depende a concretização de direitos sociais fundamentais, como saúde, educação, alimentação, trabalho, habitação, lazer, segurança pública, enfim, direitos essenciais para a própria sobrevivência humana, com o mínimo de dignidade.

32. A concretização de tais direitos é incompatível com uma administração desonesta e negligente. Todo agente público – desde o do mais alto escalão até o mais baixo – deve atuar com observância irrestrita aos princípios que regem a boa Administração Pública, não sendo por outro sentido que foram eles cristalizados no artigo 37, caput, da Constituição Federal de 1988; regra que serve de norte para o administrador público – em sentido amplo –, da qual não pode se afastar, sob pena de sacrificar vários direitos fundamentais.

33. Um dos mais graves problemas enfrentados pela coletividade é justamente o de garantir uma administração proba, o que atualmente parece ser uma utopia, vez que diuturnamente a população brasileira testemunha, estarrecida, inúmeros escândalos de corrupção envolvendo agentes públicos e políticos de diversos escalões, que agem de forma a manipular a máquina estatal fazendo com que ela não funcione ou que funcione mal, sem o mínimo de atenção ao interesse público.

34. A perseguição dos atos de corrupção pode ser instada também por meio da justiça, mormente através ação de improbidade administrativa contemplada na Lei nº 8.429/1992, que acaba sendo medida necessária e complementar à justiça criminal, na medida em que a corrupção deve ser enfrentada com a máxima efetividade, vez que, como visto, além de comprometer o Estado Democrático de Direito, acaba caracterizando conduta violadora dos direitos humanos.

35. A cada trecho este exame investigativo sobre o organismo administrativo policial, foi ganhando contornos mais definidos. Revelou-se um tema rico em detalhes. Desde o início nos empenhamos na construção de uma pesquisa que possibilitou um mergulho aprofundado no campo. Stone, professor de Harvard, aponta uma série de aberrações que colocam o Brasil no paredão:"A triste realidade brasileira aparece na precariedade das prisões, na violência policial, na tortura, nos conflitos de terra e principalmente na impunidade"[1].

36. De fato há denúncias de condições desumanas de encarceramento, corrupção e superlotação nos presídios nacionais. Espoucam as acusações de uso excessivo da força por parte da polícia e até de execuções. A tortura continua sendo usada pela polícia. É uma forma covarde e perversa de se obter informação.

37. Defendemos a idéia de que é preciso mudar a cultura policial. A transformação deve principiar na cúpula administrativa e resvalar para as casas de detenção. Em qualquer recinto carcerário há um tipo de tensão que torna os abusos possíveis. O que pode impedi-los é o tipo de liderança de quem está no comando.

Masson[2] lança torpedos nesse sentido:

---

[1] STONE, Christopher. **O lado feio do Brasil.** São Paulo: Pioneira, 2007. p. 64.
[2] MASSON, Ceimar Rocha. **O capital humano.** São Paulo: Novo Meio, 2003. p. 115.

> Em um presídio típico cerca de 10% a 15% dos agentes tendem a encorajar a violência. Outros 10% a 15% jamais permitirão que ela ocorra. Entre 70% e 80% pendem para um lado ou outro, dependendo da cultura dominante daquela instituição.

38. Se quem não permite abusos nem mesmo de coação forçada é reconhecido, premiado ou promovido, certamente irá influenciar os demais. Claro que haverá quem crie problemas. Mas se os policiais que extrapolam na arbitrariedade ficarem impunes, as faltas serão mais freqüentes. A tarefa de quem está no comando de uma instituição administrativa é demonstrar aos subordinados como eles devem agir dentro da lei. Existem ONG's – organizações não-governamentais – que fazem pesquisas, sondagens e inspeções.

Randon[3] interpreta esse *modus operandi* com exatidão: "As vistorias são feitas por cidadãos comuns que verificam como os presos vivem e são tratados. Anotam as queixas e encaminham para o Ministério Público denúncias sobre abusos e coação ilegítima".

39. Mesmo sob custódia do Estado, os presos são constantemente desrespeitados. Entre as situações mais graves estão os casos em que há mulheres detidas em celas junto com homens. É uma situação inaceitável, mas recorrente em alguns lugares. Isso se deve principalmente à maneira como a autoridade policial encara seu trabalho. Quando a administração pública se torna um balcão de negócios em que os policiais se valem do cargo para tirar vantagens pessoais, é impossível que o interesse da população seja atendido.

40. Por isso que se disse que o problema não é com a coação administrativa em si. O problema deriva da atitude dos agentes públicos. A boa notícia é que isso pode ser sanado. Como? Em primeiro lugar exigindo transparência. Delegacias, cadeias e sedes de administração pública precisam ser regularmente vistoriadas. Em segundo lugar, urge preparar quem está na chefia para que oriente melhor suas equipes. Se os agentes que encorajam abusos, práticas de coação ilegítima e atos arbitrários em demasia, não forem punidos, nada vai mudar. Os administradores de instituições policiais e seus auxiliares precisam seguir padrões e atingir metas. Do contrário tem que ser afastados. O caos nas unidades repressoras ou prisionais antes de se relacionar com a superlotação advém das falhas administrativas.

---

[3] RANDON, Danilo Penha. **Agentes da solidariedade.** São Paulo: Átila, 2002. p. 87.

41. O acréscimo do número de presos significa que estão indo para presídios criminosos que necessariamente não precisariam ficar encarcerados. Quando as cadeias estão abarrotadas de gente que não representa perigo para a sociedade, a tendência é que haja aumento na criminalidade, exatamente porque os líderes do crime organizado e os detentos mais perigosos têm um grupo maior de pessoas sob a sua influência. Acabam arrastando presidiários comuns para a bandidagem mais articulada.

42. A administração pública continua a requisitar presídios de segurança máxima. Apenas construir prisões não traz tranqüilidade. Do mesmo modo, edificar escolas hoje não reduzirá o crime amanhã. Se isso acontecer será anos e anos mais tarde. Todas as sociedades tendem a encarcerar os criminosos mais violentos e relegam para segundo investimentos em formas de prevenção. Pesquisas mostram que períodos mais curtos de encarceramento, associados à capacitação profissional do detento, reduzem sensivelmente a reincidência do crime.

Abramo[4] retruca:

> Quando o sujeito comete um crime, a força administrativa começa a massificá-lo com o estratagema da coação. A imprensa aguarda pela confissão dele e cai em cima. A opinião pública igualmente o crucifica. Cadeia é o fim. As alternativas que a sociedade pode dar não se resumem à privação de liberdade. Ela pode fazer mais.

O sociólogo acha que devemos entender o motivo que levou ao delito e a melhor maneira de preveni-lo. Lidar com o crime apenas depois que o mesmo ocorre não reduz a criminalidade. Desde cedo é preciso levar a meninice paulatinamente a centrar a vida na maior das lições: o exemplo. Preparar o adulto do futuro não é tarefa simples.

43. Instruir, informar e educar, eis as atitudes que devem ser encaradas pela sociedade. A população tem meios legais para fazer valer seus direitos, o que ocorre, é um inadmissível conformismo com os abusos, ou, às vezes, falta de conhecimento de seus direitos e de formas de preservá-los.

---

[4] ABRAMO, Cláudio Weber. **Raciocínio lógico e sem paixão.** São Paulo: Fundo de Cultura, 2006. p. 53.

44. Num cômputo generalizado, podemos afirmar que esta Dissertação é no todo obra aberta à leitura, cada qual faz dela objeto de sua interpretação. O texto inteiro convida-nos a reunir esses mosaicos na busca da síntese do perfil nítido. O conhecimento que se forma do tema não está nunca terminado. O distanciamento histórico irá, cada vez mais, permitindo outros pontos de vista e, conseqüentemente, outras imagens estão por vir. Por intermédio de novos trabalhos e novas idéias.

REFERÊNCIAS

ABRAMO, Cláudio Weber. **Raciocínio lógico e sem paixão.** São Paulo: Fundo de Cultura, 2006.

AGIRREAZKUENAGA, Iñaki. ***La o a ó n n a s a*** 1 ed. Madrid: Ed. Civitas, 1990.

ANASTÁCIA, Antônio. **Aprendendo a administrar.** Belo Horizonte: Alteirosas, 2006.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. **Curso de direito administrativo.** 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

erbrel r M al Mo o s ea, [illegible]

BA0288 0 Td (d)Tj 7.44297 0 Td (o)Tj 7.4d (M)Tj 10.084 0 Td0 Td (l)Tj 3.36134 0 95 0 Td (,)Tj 3.3

COSTA, José Antonio Vilhena Pereira. A privatização dos serviços de polícia administrativa. In: Estudos de Direito de Polícia. **Seminário de Direito Administrativo e 2001/2002**, sob a regência de Jorge Miranda. Associação Acadêmica da Faculdade de Direito de Lisboa: Lisboa, 2003. vol. 2. p. 325-357.

CRETELLA JÚNIOR, José. Polícia e poder de polícia. In: **Revista Forense**, São Paulo, v. 299, a. 83, p. 10, 1987.

_____. Os cânones do direito administrativo. In: **Revista de Informação Legislativa**, a. 25, n. 97. p. 5-52. 1997.

_____. **O desvio de poder na administração pública**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

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

_____. **Controle jurisdicional do ato administrativo.** 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. 569 p.

_____. **Tratado de Direito Administrativo.** 2 ed., Forense: Rio de Janeiro, 2002. v. 1.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo.** 6 ed. São Paulo: Atlas, 1996.

_____. **Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988.** 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

FEDERIGUI, Wanderley José. **A execução contra a fazenda pública**. São Paulo: Saraiva, 1996.

FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Arbitrariedad y discrecionalidad.** Madrid: Editorial Civitas, 1991.

FERRAZ, Roberto. **Liberdade e tributação: a questão do bem comum**. Disponível em: <http://www.hottopos.com/convenit4/ferraz.htm#_ftn11>. Acesso em: 5 maio 2007.

FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adílson Abreu. **Processo administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 69.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Aspectos do direito constitucional contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2003.

GARCIA, Emerson. (coord) Discricionariedade administrativa. **Coletânia de artigos**. Rio de Janeiro: Lúmen-Juris, 2005.

GASPARI, Élio. **Despertar de gigante.** São Paulo: Cultrix, 2007.

GIACOMUZZI, José Guilherme. **A moralidade administrativa e a boa-fé da administração pública:** o conteúdo dogmático da moralidade administrativa. São Paulo: Malheiros, 2002.

GORDILLO, Augustín. **Princípios gerais de direito público**. Tradução de Marco Aurélio Greco. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.

_____. **Teoría General del derecho administrativo.**: Buenos Aires: Ediciones Macchi, 1982.

_____. **Tratado de Derecho Administrativo** 4 tomos. 6 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

GRAU, Eros Roberto. Poder de polícia: função administrativa e princípio da legalidade: o chamado "direito alternativo". In: **Revista trimestral de direito público.** São Paulo: Malheiros. n. 1/1993. p. 89-103, 1993.

GREGOTTI, Victorio. **O desnível das classes.** São Paulo: Nacional, 2000.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005.

LUCIANO, Júlio César. O conceito de polícia; a polícia e o poder de polícia no direito brasileiro; a polícia de segurança no direito brasileiro. In: Estudos de Direito de Polícia. **Seminário de Direito Administrativo e 2001/2002**, sob a regência de Jorge Miranda. Associação Acadêmica da Faculdade de Direito de Lisboa: Lisboa, 2003. v. 1. p. 38.

MACIEL, Marco. **Como equilibrar liberdade e segurança.** Disponível em: <http://www.senado.gov.br/web/senador/marcomaciel/artigos/como_equ_liberd_seg.htm>. Acesso em:

_____. **Direito Administrativo brasileiro.** 7 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. **Princípios gerais de direito administrativo**, 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979. v. 1.

MENDES, Gilmar Ferreira. A proporcionalidade na jurisprudência do supremo tribunal federal In: **Repertório IOB de Jurisprudência,** Rio de janeiro, n. 23-94. p. 475-469, 1994.

MENDES,Gilmar Ferreira. **Jurisdição constitucional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

MIRANDA, Jorge (coord). **Estudos de direito de polícia.** Lisboa: Associação Acadêmica da Faculdade de Direito de Lisboa, 2003. v. 1-2.

OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. **Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito administrativo brasileiro.** São Paulo: Malheiros, 2006.

PALU, Oswaldo Luiz. **Controle dos atos de governo pela jurisdição.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

PATRIOT. Disponível em: <http://judiciary.house.gov/media/pdfs/hr2975terrorismbill.pdf>. Acesso em: 1 fev. 2008.

RANDON, Danilo Penha. **Agentes da solidariedade.** São Paulo: Átila, 2002.

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. Observações sobre a responsabilidade patrimonial do Estado. In: **Revista Forense,** v. 311, a. 86, p. 3-25, jul./set. 1990.

_____. **Princípios constitucionais da administração pública**. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

SOARES, Orlando. **Responsabilidade civil no direito brasileiro.** São Paulo: Forense, 2001.

STOCO, Rui. **Responsabilidade civil e sua interpretação jurisprudencial.** 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

STONE, Christopher. **O lado feio do Brasil.** São Paulo: Pioneira, 2007.

STUMM, Raquel Denize. **Princípio da proporcionalidade no direito constitucional brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito administrativo ordenador.** São Paulo: Malheiros, 2003.

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

_____. **Princípio de Legalidade e Poder de Polícia.** *In* RDA 227, p. 44.

_____. **Temas de Direito Público (Estudos e Pareceres).** Rio de Janeiro: Renovar, 1997. v. 1.

UNAMUNO, Miguel de. **A opinião pública.** São Paulo: Vértice, 2003.

WAGNER JÚNIOR, Luiz Guilherme da Costa. (coord). **Direito público**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

Livros Grátis

(http://www.livrosgratis.com.br)

Milhares de Livros para Download:

Baixar livros de Administração
Baixar livros de Agronomia
Baixar livros de Arquitetura
Baixar livros de Artes
Baixar livros de Astronomia
Baixar livros de Biologia Geral
Baixar livros de Ciência da Computação
Baixar livros de Ciência da Informação
Baixar livros de Ciência Política
Baixar livros de Ciências da Saúde
Baixar livros de Comunicação
Baixar livros do Conselho Nacional de Educação - CNE
Baixar livros de Defesa civil
Baixar livros de Direito
Baixar livros de Direitos humanos
Baixar livros de Economia
Baixar livros de Economia Doméstica
Baixar livros de Educação
Baixar livros de Educação - Trânsito
Baixar livros de Educação Física
Baixar livros de Engenharia Aeroespacial
Baixar livros de Farmácia
Baixar livros de Filosofia
Baixar livros de Física
Baixar livros de Geociências
Baixar livros de Geografia
Baixar livros de História
Baixar livros de Línguas

Baixar livros de Literatura
Baixar livros de Literatura de Cordel
Baixar livros de Literatura Infantil
Baixar livros de Matemática
Baixar livros de Medicina
Baixar livros de Medicina Veterinária
Baixar livros de Meio Ambiente
Baixar livros de Meteorologia
Baixar Monografias e TCC
Baixar livros Multidisciplinar
Baixar livros de Música
Baixar livros de Psicologia
Baixar livros de Química
Baixar livros de Saúde Coletiva
Baixar livros de Serviço Social
Baixar livros de Sociologia
Baixar livros de Teologia
Baixar livros de Trabalho
Baixar livros de Turismo