

**PODER DE POLÍCIA NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO:
UMA PROPOSTA DE RECONSTRUÇÃO TEÓRICA SOB A ÉGIDE DO
PARADIGMA PÓS-POSITIVISTA**

**POLICE POWER IN THE DEMOCRATIC RULE-OF-LAW STATE:
A PROPOSAL OF THEORETICAL RECONSTRUCTION UNDER THE
AEGIS OF THE POST-POSITIVIST PARADIGM**

Luciana Gaspar Melquíades Duarte¹
Vitor Medeiros dos Reis²

RESUMO

O presente artigo objetiva, sob a égide do paradigma jusfilosófico Pós-Positivista, revisitar a clássica abordagem doutrinária e jurisprudencial acerca do poder de polícia, explicitando as suas inconsistências e propondo uma reconstrução teórica da competência administrativa em questão. Fundando-se, precipuamente, na Teoria dos Direitos Fundamentais, de Robert Alexy (2005), pretende-se, destarte, afastar a polícia administrativa de utilizações indevidas por parte do Poder Público, oferecendo parâmetros objetivos para o seu adequado exercício. Determinar-se-á, neste diapasão, eficiente contributo à sociedade para a efetivação de seus direitos e garantias fundamentais, incorporando-se, nos âmbitos teórico e prático, as exigências pós-positivistas de racionalidade, ética e justiça.

PALAVRAS-CHAVE: Poder de polícia; Pós-Positivismo; Teoria dos Direitos Fundamentais.

ABSTRACT

This article aims, under the aegis of the Post-positivist paradigm, to revisit the classical doctrine and jurisprudence on the Police Power approach, highlighting its inconsistencies and proposing a theoretical reconstruction of the administrative competence in question. Relying, primarily, on the Theory of Constitutional Rights of Robert Alexy (2005), it is intended, therefore, to move the administrative police away from misuses by the government, providing objective parameters for its proper exercise. There will be determined, in this vein, effective contribution to society for the enforcement of its fundamental rights and guarantees, incorporating in theoretical and practical fields the post-positivist rationality, ethics, and justice demands.

KEYWORDS: Police Power; Post Positivism; A Theory of Constitutional Rights.

¹ Especialista em Direito Público pela Fundação Getúlio Vargas (FGV), Rio de Janeiro/RJ. Mestre em Direito Administrativo pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG), Belo Horizonte/MG. Doutora em Direito Público pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG), Belo Horizonte/MG. Professora Adjunta da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora (UFJF), Juiz de Fora/MG.

² Graduando em Direito pela Universidade Federal de Juiz de Fora (UFJF), Juiz de Fora/MG; bolsista de Iniciação Científica (BIC) na Universidade Federal de Juiz de Fora (UFJF), Juiz de Fora/MG.

1 INTRODUÇÃO

O poder de polícia consiste em tema amplamente teorizado no âmbito do Direito Administrativo. Diversas elaborações doutrinárias e jurisprudenciais pátrias versam sobre a faculdade da administração pública de disciplinar o exercício da autonomia privada, disciplinada em fontes normativas variadas, como a Lei n.º 5.172 (BRASIL, 1966), por meio de seu artigo 78.

A prerrogativa administrativa em análise, não obstante, encontra inadequado tratamento nas construções tradicionalmente difundidas, uma vez que são fundamentadas em concepções jusfilosóficas superadas, o que as coloca em descompasso com o atual paradigma pós-positivista. Neste cenário, em frequentes oportunidades, os tribunais, sob a justificativa positivista de estrita atuação em conformidade com os requisitos legais necessários ao exercício da polícia administrativa, permitem desarrazoadas restrições a posições jurídicas de indivíduos, situação intolerável segundo o entendimento da doutrina do Pós-positivismo.

Faz-se imprescindível, neste contexto, uma elaboração teórica acerca da atuação estatal restritivista, classicamente veiculada como poder de polícia, adequada a esta nova conjuntura. Para satisfatória realização deste propósito, reputa-se essencial a aplicação das teorias pertencentes ao referido arcabouço teórico pós-positivista.

Nesta seara, o presente artigo pretende efetuar uma revisão da teoria concernente ao poder de polícia administrativa, analisando, criticamente, sob a égide do paradigma pós-positivista, seus principais pressupostos teóricos citados alhures, mormente as teses da discricionariedade da administração pública, da fundamentação na supremacia do interesse público sobre o privado e do estrito respeito à legalidade. Desta maneira, sustentando-se, através da ponderação, do princípio da juridicidade e da necessidade de realização dos direitos fundamentais, que a prerrogativa administrativa em questão não é caracterizada pela plena discricionariedade, não sendo, igualmente, autorizada por uma suposta supremacia apriorística do interesse público sobre o privado vazado em lei, intenta-se oferecer, aos operadores do Direito, parâmetros objetivos para um adequado exercício do poder de polícia. Ademais, averiguando-se as balizas existentes – mesmo nos casos em que a lei apresentar-se lacunosa, objetiva-se, outrossim, fornecer eficiente contributo à sociedade para se afastar a competência administrativa em questão de eventuais utilizações indevidas, por parte de governantes, no sentido de obstaculizar a da satisfação dos interesses que lhe são próprios em detrimento dos direitos e garantias fundamentais da coletividade.

Sob a metodologia preponderantemente dedutiva, trata-se de pesquisa qualitativa, bibliográfica, em que serão utilizadas fontes indiretas. Efetuando-se, outrossim, ampla revisão de bibliografia, pretende-se revisar a tradicional construção doutrinária e jurisprudencial acerca do poder de polícia, tendo em vista sua incompatibilidade com o atual paradigma jusfilosófico pós-positivista, propondo-se, por conseguinte, novas bases para o estudo desta competência administrativa.

2 PÓS-POSITIVISMO E PODER DE POLÍCIA

O ideário pós-Positivista pretende, como orienta Barroso (2005), ir além da legalidade estrita, mas não desprezando o Direito posto. Procura empreender uma leitura Moral do direito, mas sem recorrer a categorias metafísicas. Assim, a interpretação e aplicação do ordenamento jurídico devem ser inspiradas por uma teoria de justiça, mas não podendo comportar voluntarismo ou personalismos. Evidencia-se, por conseguinte, um dos principais contributos da teoria em questão: a refutação da subjetividade na aplicação do Direito e, consequentemente, do chamado “poder discricionário” dos seus operadores - classicamente defendido pelos positivistas - sob a justificativa da possibilidade de geração de arbitrariedades e abusos. Assim, esta nova concepção intenta oferecer métodos - objetivos - que visem à racionalização deste processo de interpretação e aplicação, minimizando a subjetividade então presente (MELQUÍADES DUARTE, 2012a).

Entre tais instrumentos contrários à noção de discricionariiedade, faz-se presente a Teoria da Argumentação Jurídica (ALEXY, 2005), segundo a qual as decisões dos operadores devem ser corretamente fundamentadas; justificadas, visando-se a reduzir a subjetividade presente em tal caso. É, antes de tudo, um método que institui regras de interpretação para a interpretação de regras (MELQUÍADES DUARTE, 2012a). Para o teórico, portanto, a racionalidade de uma decisão se dá a partir de uma perspectiva puramente formal (FERNANDES, 2012).

O filósofo estadunidense Ronald Dworkin (2002), por meio de sua proposta hermenêutica do “Direito como integridade” e da tese da “única resposta correta”, também combate a discricionariiedade na aplicação do Direito. Para ele - utilizando-se da metáfora do “romance em cadeia” – os juízes seriam autores de apenas um capítulo em uma longa obra coletiva sobre um determinado Direito. Eles se encontrariam, então, compromissados à leitura do que fora produzido pelos seus antecessores para buscar continuar sua tarefa de maneira harmônica e redigir um capítulo – dotado do que ele denomina integridade – com os princípios

existentes e reconhecidos pela comunidade (FERNANDES, 2012). Destarte, Dworkin (2002) rechaça a “função criativa” dos tribunais, defendida por Hart (1994) para os casos difíceis, aqueles em que não existe resposta imediata na legislação, nos anais do Congresso ou de qualquer outra instituição (PEDRON, 2009). Logo, para que seja encontrada a melhor interpretação para o caso concreto – única correta –, deve-se proceder por meio de tais critérios, além da possibilidade da verificação da relevância social de valores que eventualmente possam vir a colidir, exigindo-se o exame da dimensão de peso de cada, como abordado *a posteriori*.

Outros elementos do paradigma Pós-Positivista, não obstante, ainda fazem-se presentes, devendo ser propriamente explicitados para um correto diagnóstico do exercício do poder de polícia.

Neste cenário, aspecto fulcral da teoria em questão reside na normatividade atribuída às normas constitucionais (HESSE, 1991), fazendo com que estas não representem meros programas ou simbolismo, sendo, ao contrário, efetivamente taxativas, isto é, possuindo capacidade de vincular a comunidade ao seu cumprimento.

Ademais, reputa-se essencial à investigação a ser realizada a Teoria dos Princípios (ALEXY, 2002), na qual se observa a divisão das normas jurídicas em regras e princípios. Aquelas corresponderiam a postulados definitivos que, caso válidos, deveriam ser cumpridos à maneira do “tudo-ou-nada” (DWORKIN, 2002), sendo seus conflitos solucionados mediante subsunção. Os princípios, por sua vez, permitiriam concretização em diferentes níveis, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas, possibilitando, igualmente, a veiculação de valores, além de consistirem em mandamentos de otimização (ALEXY, 2002) e de possuírem a dimensão do “peso ou importância” (DWORKIN, 2002). Os conflitos que porventura os envolvessem deveriam ser resolvidos mediante técnica da Ponderação, através da qual o valor decisório será dado a um princípio que tenha, naquele caso concreto, maior peso relativo, sem que isso signifique a invalidação do outro compreendido como de peso menor. Desta forma, em casos diversos, o peso poderá ser redistribuído de maneira distinta, pois nenhum princípio goza antecipadamente de primazia sobre os demais (FERNANDES, 2012). Como parâmetro racional da Ponderação, atente-se para o Princípio da Proporcionalidade, em seus três subníveis: adequação – aquilo que é apto a alcançar o resultado pretendido; necessidade – aferição da inexistência de outro meio menos gravoso para se atingir o objetivo desejado; proporcionalidade em sentido estrito – averiguação da relação custo-benefício da norma avaliada, quando o ônus imposto deve ser menos que o benefício gerado (BARROSO, 1996).

A partir do marco teórico exposto, aplicando-se as teorias indicadas, pode-se proceder à revisão da teoria do poder de polícia administrativa.

3 PRESSUPOSTOS TEÓRICOS DO PODER DE POLÍCIA

A temática do poder de polícia, alvo da presente análise, obtivera abordagem em obras de diversos administrativistas ao longo dos anos. Através de detida revisão de literatura, torna-se possível o estabelecimento dos principais pressupostos teóricos desta competência administrativa, reputando-se, como tal, o Princípio da Legalidade, a tese da discricionariedade e a Supremacia do Interesse Público sobre o Privado.

Meirelles (2004) considera o poder de polícia como uma faculdade de que dispõe a Administração Pública para constringir o uso e gozo de bens, atividades e direitos individuais, em prol da coletividade ou do próprio Estado. Assim, este poderia deter a atividade dos particulares que se revelasse contrária, nociva ou inconveniente ao bem-estar da sociedade. O jurista ressalta, portanto, que tal prerrogativa possui fundamento na superioridade do interesse da coletividade em relação ao do indivíduo singularmente considerado. Ademais, Lopes orienta que se trata de poder caracterizado por legítima discricionariedade, devendo o ato se conter nos limites legais.

Bandeira de Mello (2009), apesar de estabelecer um conceito semelhante ao de Meirelles (2004), valorando-o como intervenções gerais e abstratas, ou concretas e específicas, do Poder Executivo, destinadas a alcançar o mesmo fim de prevenir e obstar ao desenvolvimento de atividades particulares contrastantes com os interesses sociais, discorda do precitado jurista quanto à plena discricionariedade no exercício da faculdade em análise. Neste sentido, destaca que a existência de toda uma classe ou ramo de atuação administrativa calcada na discricionariedade é algo inexistente, de forma que a polícia administrativa se expressa ora através de atos no exercício de competência discricionária, ora através de atos vinculados.

Carvalho Filho (2009), por sua vez, define o poder de polícia de maneira análoga a Meireles (2004) e Bandeira de Mello (2009), como uma prerrogativa de Direito Público que, calcada na lei, autoriza a Administração Pública a restringir o uso e o gozo da liberdade e da propriedade em favor do interesse da coletividade. Quanto à problemática da discricionariedade, o doutrinador coaduna-se com Bandeira de Mello (2009), indicando que, tendo a lei diante de si, a Administração pode levar em consideração a área de atividade em que irá impor a restrição em favor do interesse público e, após escolhê-la, o conteúdo e a dimensão das limitações. Entretanto, aponta que a dimensão da limitação pode já estar fixada em lei, caso em que a Administração terá de cingir-se a ela, não podendo, sem alteração da norma restritiva,

ampliá-la em detrimento dos indivíduos. A atuação nesta hipótese, destaca, é caracterizada como vinculada.

Afora a questão da discricionariedade, instigadora de divergentes apreciações, observa-se, nos ensinamentos dos doutrinadores explicitados, que o poder de polícia é comumente abordado como um poder fundamentado na Supremacia do Interesse Público sobre o Privado. Adotando posicionamento vanguardista e marcado pela influência pós-positivista, Justen Filho (2013) conceitua a faculdade em exame rompendo com esse pacífico entendimento doutrinário, afastando-se, assim, de cláusulas abstratas, destituídas de conteúdo preciso, como *ordem pública, bem comum e interesse social*, reconhecidamente presentes nas lições de Meirelles (2004), Mello (2009) e Carvalho Filho (2009). Desta forma, o poder de polícia administrativa consiste, segundo Justen Filho (2013), em competência para disciplinar o exercício da autonomia privada para a realização da democracia e dos direitos fundamentais do conjunto dos integrantes da comunidade, segundo os princípios da Legalidade e Proporcionalidade. Em relação ao controvertido tema da discricionariedade, Justen Filho (2013) permanece com o entendimento de Bandeira de Mello (2009) e Carvalho Filho (2009), sendo o poder de polícia integrado por competências discricionárias e atribuições reguladas de modo vinculado pela lei.

O Direito Administrativo, entretanto, fora acometido, no decorrer de sua existência como campo de conhecimento independente, por processos de significativas rupturas e adaptações. Conforme explicitado alhures, diversos de seus tradicionais institutos sofreram abalos em suas habituais construções, tendo em vista a desarmonia com o contexto pós-positivista que hodiernamente prospera. Incluem-se nesta conturbada conjuntura, portanto, os anteriormente especificados elementos da discricionariedade, da supremacia apriorística do interesse público sobre o privado e do Princípio da Legalidade – tradicionalmente considerados como os pressupostos teóricos do poder de polícia.

Nesta seara, o estudo sobre as circunstâncias que impulsionaram tais alterações no Direito Administrativo e que, por consequência, devem determinar a reconstrução da teoria do poder de polícia, pode determinar múltiplos caminhos a se seguir. Schmidt-Assman (2003), entretanto, doutrina que os direitos fundamentais consistem no componente do Estado de Direito que mais decisivamente influenciou a evolução deste ramo do Direito no pós-guerra. Esta tendência de primazia dos direitos fundamentais é acompanhada pelos apontamentos de Justen Filho (2013) que considera a promoção destas posições jurídicas como o núcleo do Direito Administrativo. Nesta seara, tratando sobre as influências dos direitos fundamentais ao contexto trabalhado, o autor alemão destaca que o reconhecimento constitucional destes

permitiu ao Direito Administrativo introduzir uma marcada dimensão individual às suas funções, isto é, uma maior atenção aos interesses do indivíduo. Ademais, tais conteúdos funcionam como limites à intervenção administrativa, impõem obrigações aos administradores e podem ser utilizados para a solução de conflitos normativos. Schmidt-Assman (2003) evidencia, outrossim, que, a partir dos direitos fundamentais, obtiveram-se elementos que foram capazes de refutar o subjetivismo - tradicionalmente presente na função administrativa -, como apregoado pelo ideário pós-positivista, através dos mandados de proporcionalidade, igualdade e segurança jurídica.

Nota-se, por conseguinte, que o atual Direito Administrativo, fundado na superioridade dos direitos fundamentais e orientado para a realização dos mesmos, deixou-se de se preocupar somente com as formas pela qual se realiza a atividade da Administração Pública, havendo, então, uma especial sensibilização em relação às consequências da sua atuação.

Desta maneira, neste renovado cenário e sob a influência do arcabouço pós-positivista, deve-se empreender uma reflexão crítica dos elementos que fundamentam a polícia administrativa, explicitando-se as necessárias adaptações por que devem passar nesta nova conjuntura jusfilosófica.

3.1 Princípio da Legalidade

O princípio da legalidade, como cerne do Estado de Direito, é classicamente apontado como um dos componentes basilares da teoria atinente ao poder de polícia. Porção majoritária dos doutrinadores faz referência ao seu conteúdo, de forma a considerar que, para que seja possível certa restrição à esfera jurídica individual no exercício da polícia administrativa, ela deve estar autorizada por determinada lei. Neste sentido, Carvalho Filho (2009) ressalta que, em se tratando de uma atividade tipicamente administrativa, deve ser subjacente à lei, de forma que esta já preexiste quando os administradores impõem a disciplina e as restrições aos direitos. Na mesma orientação escreve Alexandrino (2013), indicando que a atuação da polícia administrativa será legítima apenas quando realizada com base na lei. Entendimento confirmado por García de Enterría (2004), segundo o qual “es obvio que para que la Administración pueda disponer de esos poderes configuradores de derechos privados há de apoyarse en una Ley que a ello le habilite especialmente”.

Destaca Binenbojm (2006), entretanto, que a clássica concepção de legalidade, ao longo dos anos, acabara por enfrentar verdadeira crise, conjuntamente com a noção de lei em

sentido formal. Segundo o autor, tais adversidades possuem diferentes justificativas, como a inflação legislativa - que gerara a banalização da lei; a constatação da possibilidade de a lei veicular injustiças e ser fundamento para a barbárie, além do fato de a lei deixar de ser a principal e mais importante forma de manifestação da vontade geral do povo, assumindo, a Constituição, esta posição de destaque.

Acrescente-se, a este contexto, ao lado da crise da legalidade e da lei formal, a emergência da doutrina pós-positivista - em especial através da ascensão do movimento neoconstitucionalista. Como explicitado alhures, este paradigma jusfilosófico apregoa a normatividade constitucional (HESSE, 1991), de maneira que as normas presentes na Constituição não consistam em mero simbolismo, possuindo, ao contrário, força suficiente para vincular os cidadãos. Assim, a afirmação de que a Administração Pública encontra-se vinculada somente à lei torna-se absolutamente inverídica, tendo em vista que o conteúdo constitucional é igualmente responsável por orientar sua atuação. Ademais, viu-se que Alexy (2002) classifica as normas em duas categorias, sendo princípios ou regras, possuindo, ambas, características que lhe são próprias. Nesta seara, todas estas espécies normativas, independentemente de onde encontradas, seriam responsáveis por estabelecer contornos à atividade administrativa. Sintetizando a problemática ora abordada, Binjenbojm (2006) oferece valiosa lição:

Com efeito, a vinculação da atividade administrativa ao direito não obedece a um esquema único, nem se reduz a um tipo específico de norma jurídica – a lei formal. Essa vinculação, ao revés, dá-se em relação ao ordenamento jurídico como uma unidade (Constituição, leis, regulamentos gerais, regulamentos setoriais), expressando-se em diferentes graus e distintos tipos de normas, conforme a disciplina estabelecida na matriz constitucional.

Deduz-se, portanto, que a vinculação da Administração não se circunscreve à lei formal, mas a um bloco de legalidade – o ordenamento jurídico como um todo sistêmico, em que se fazem presentes princípios jurídicos, normas constitucionais, finalidades públicas, valores, direitos fundamentais, entre outros. Tal idéia de vinculação ao Direito não plasmado na lei marca a superação do positivismo legalista e abre caminho para um modelo jurídico baseado em princípios e regras, e não apenas nestas (BINENBOJM, 2006).

O conteúdo jurídico do princípio da legalidade, neste cenário, transmutou-se da vinculatidade da entidade pública à lei para a sua vinculação ao Direito, isto é, às normas constitucionais, às leis e aos atos administrativos normativos, a serem, todos, aplicados após um juízo hermenêutico que permita a aferição do comando deontico incidente no caso concreto (MELQUÍADES DUARTE, 2012b). Por consequência, passou-se a trabalhar com uma noção

ampliada do princípio da legalidade, surgindo, assim, o princípio da juridicidade, conforme doutrinações de Binenbojm (2006).

Neste cenário, a teoria que embasa o poder de polícia deve acompanhar as modificações adentradas em relação ao princípio da legalidade. Desta maneira, os casos decorrentes que importarem em ações restritivas seguem necessitando previsão legal para a conduta, porém, sob a égide do novo constitucionalismo, a lei não mais será, como já se disse, a letra última do comando normativo; antes, ela deverá ser interpretada sob o lume constitucional e, se considerada válida, estará apta a vincular o agir público (MELQUÍADES DUARTE, 2012b). A consideração do Direito como *um todo sistêmico* faz-se inevitavelmente presente, devendo, por conseguinte, ser incorporada ao estudo da competência administrativa em análise.

3.1 Supremacia do interesse público sobre o privado

Outro fundamento do poder de polícia amplamente difundido pelos autores pátrios faz referência à suposta supremacia apriorística do interesse público sobre o privado. Neste sentido, Maria Sylvia Di Pietro (2004) defende que “se a lei dá à Administração os poderes de desapropriar, de requisitar, de intervir, de policiar, de punir, é porque tem em vista atender ao interesse geral, que não pode ceder diante do interesse individual”.

Observava-se, anteriormente, compreensão pacífica a respeito do tema, sendo esta hipotética primazia considerada um verdadeiro sustentáculo da atuação da Administração Pública, alçada por alguns doutrinadores, inclusive, ao *status* de princípio geral de Direito inerente a qualquer sociedade (BANDEIRA DE MELLO, 2009). Neste contexto, reproduzia-se tal construção, de maneira indistinta, nos meios acadêmico e profissional, consolidando-a no saber jurídico predominante e servindo como justificativa suficiente para quaisquer ações administrativas, inclusive as abusivas e desarrazoadas.

Através da lição de Ávila (1999), no entanto, a temática sob lume recebeu frontal questionamento, à luz do pensamento pós-positivista e no contexto de supremacia constitucional, inspirando pesquisadores a se aprofundarem neste necessário rompimento teórico. Parcela significativa dos juristas, entretanto, não contempla esta atualização de conteúdo e se empenha em afastar as críticas que lhes são feitas, apresentando, todavia, infundada argumentação, como abordado *a posteriori*.

Para o atingimento do objetivo a que se propõe, faz-se necessária rápida exposição sobre o tradicional tratamento do tema empenhado pelos administrativistas. Entre as clássicas

abordagens, a definição de Bandeira de Mello (2009) é reproduzida com frequência nos escritos pátrios:

Trata-se de verdadeiro axioma reconhecível no moderno Direito Público. Proclama a superioridade do interesse da coletividade, firmando a prevalência dele sobre o particular, como condição até mesmo, da sobrevivência e asseguramento deste último. É pressuposto de uma ordem social estável, em que todos e cada um possam sentir-se garantidos resguardados.

Em consonância com Bandeira de Mello (2009), tem-se os ensinamentos de Lopes Meirelles (2004):

Sempre que entrarem em conflito o direito do indivíduo e o interesse da comunidade, há de prevalecer este, uma vez que o objetivo primacial da Administração é o bem comum. As leis administrativas visam, geralmente, a assegurar essa supremacia do Poder Público sobre os indivíduos, enquanto necessária à consecução dos fins da Administração.

Atente-se, então, para a compreensão comum entre tais autores no sentido de considerar a teórica supremacia um verdadeiro pilar do regime jurídico-administrativo, sendo essencial ao cumprimento das atribuições típicas da Administração. Outros doutrinadores ainda acrescentam que se trata de um princípio implícito, presente no ordenamento brasileiro, a exemplo de Alexandrino (2013). Osório (2000) salienta, ainda, que são múltiplas as fontes constitucionais da superioridade do interesse público sobre o privado.

Os elementos apresentados pelos autores que defendem a existência da primazia sob enfoque são passíveis de inúmeras críticas, sendo desconstruídos por meio da utilização do arcabouço teórico pós-positivista e da incidência da nova ordem constitucional fundada na superioridade dos direitos fundamentais.

Ressalte-se, inicialmente, a incompatibilidade do pressuposto debatido com a Teoria dos Princípios (ALEXY, 2002). Conforme orienta o jurista alemão, os princípios podem ser aplicados gradualmente, isto é, concretizados em diferentes níveis, de acordo com possibilidades fáticas e jurídicas do caso concreto, devendo-se observar, outrossim, o peso relativo dos princípios em questão, previamente à sua aplicação. Desta forma, ao apregoar que os interesses públicos devem prevalecer sobre os privados em quaisquer casos, independentemente das circunstâncias presentes nos casos concretos, estar-se-ia negando a dimensão ponderativa dos princípios estabelecida pela teoria pós-positivista.

Observa-se, igualmente, que a noção de interesse público consiste em conceito indeterminado, necessitando-se de intensa abstração e possibilitando, por conseguinte, atuações arbitrárias por parte do Poder Público. Neste contexto, Sarmento (2005) explicita que “o

interesse público periga tornar-se o novo figurino para a ressurreição das “razões de Estado”, postas como obstáculo intransponível para o exercício de direitos fundamentais”.

Outro problema encontrado na clássica teoria defendida por Bandeira de Mello (2009), Meirelles (2004), Alexandrino (2013), entre outros, reside no fato da ausência de fundamento de validade da suposta supremacia, visto que a Constituição Federal (BRASIL, 1988) volta-se, precipuamente, para a proteção dos interesses do indivíduo, conferindo destaque aos direitos e garantias fundamentais. Neste contexto, aponte-se que a Lei Maior é orientada sob o influxo do princípio da dignidade da pessoa humana, conforme aponta o inciso III do artigo 1º do referido documento (BRASIL, 1988) - valores morais trazidos novamente ao Direito pelo Pós-positivismo - do que influi a necessidade de estabelecer-se proteção ao interesse do indivíduo quando ameaçado frente aos interesses gerais da coletividade promovidos pelo Estado, conforme preleciona Binjenbojm (2006). Assim, torna-se impossível a afirmação de que o “princípio” da supremacia do interesse público sobre o privado está implicitamente presente no texto constitucional brasileiro.

Tendo em vista que a promoção dos interesses privados também se constitui em finalidade da Administração Pública, uma vez que se está em um ordenamento jurídico pautado por garantias e direitos individuais aos quais o Estado deve reverência e proteção (BINENBOJM, 2006), a assertiva de que haveria um desvio de finalidade, caso os interesses privados preponderassem em relação aos públicos, torna-se inequivocamente falsa, sendo a tradicional teoria novamente desconstruída.

Na esteira do questionamento anterior, elemento igualmente criticável é a colisão entre interesses públicos e privados pressuposta pelo “princípio” sob enfoque. Ambos estão contemplados na Constituição (BRASIL, 1988), havendo entre eles, inclusive, uma “conexão estrutural” (BINENBOJM, 2006). Por consequência, a satisfação de um interesse privado pode representar, simultaneamente, a proteção de um interesse público. O doutrinamento de Ávila (1999) é neste sentido:

O interesse privado e o interesse público estão de tal forma instituídos pela Constituição brasileira que não podem ser separadamente descritos na análise da atividade estatal e de seus fins. Elementos privados estão incluídos nos próprios fins do Estado (p. ex. preâmbulo e direitos fundamentais).

Considerando-se a exposição realizada, a teoria concernente ao poder de polícia deve, efetivamente, sofrer profundas transformações. As apreciações em contrário não logram êxito em conter o movimento de superação da hipotética supremacia apriorística dos interesses públicos sobre os privados. Não mais encontrando fundamento nesta suposta primazia, as atividades de polícia administrativa devem utilizar-se do juízo de ponderação proporcional para

imporem as medidas restritivas, percorrendo as etapas de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito citadas alhures, encontrando-se, então, o ponto de equilíbrio entre direitos individuais e metas coletivas. Nesta seara, duas hipotéticas situações podem ser abordadas: atividades de polícia restritivas de direitos fundamentais e atividades de polícia restritivas de direitos individuais não fundamentais. No primeiro caso, qualquer atuação sob a égide do poder de polícia só será legítima quando puder ser reconduzida ao sistema constitucional, no qual o Poder Público encontre fundamento para a proteção e promoção de outro direito fundamental ou de interesses da coletividade como um todo, que tenham dignidade constitucional, e desde que sejam ultrapassados os exames da ponderação proporcional. Na segunda hipótese, o raciocínio ponderativo também é aplicável, mas com diferença em relação aos pesos relativos dos interesses em jogo, conforme anota Binjenbojm (2006).

Diante do demonstrado, sempre que a Constituição ou a lei – não desrespeitando mandamentos constitucionais - não houverem esgotado os juízos de ponderação entre interesses públicos e privados, caberá à Administração analisar a possibilidade de aplicação da medida de polícia administrativa no caso concreto, lançando mão da ponderação de todos os interesses envolvidos na questão, utilizando-se, para tanto, do parâmetro da proporcionalidade (BINENBOJM, 2006). Inexiste, por conseguinte, a suposta supremacia prévia entre interesses públicos e privados como embasamento da atuação do poder de polícia.

3.2 Discricionariedade

Elemento central na história do direito administrativo, contemplado por meio de distintas abordagens, a discricionariedade corresponde a característica tradicionalmente atribuída ao poder de polícia, conforme anota Lopes Meirelles (2004):

Para efetivar essas restrições individuais em favor da coletividade, o Estado se utiliza desse poder discricionário, que é o poder de polícia administrativa. Em se tratando de um poder discricionário, a norma legal que o confere, não minudeia o modo e as condições da prática do ato de polícia. Esses aspectos são confiados ao prudente critério do administrador público.

O tratamento inicialmente dispensado ao conceito de discricionariedade ligava-o, portanto, a uma suposta noção de *poder*. Meirelles (2004), nesta esteira, orientava que “poder discricionário é o que o Direito concede à Administração, de modo explícito ou implícito, para a prática de atos administrativos com liberdade na escolha de sua conveniência, oportunidade e conteúdo”.

Passou-se, posteriormente, ao entendimento de que a Administração Pública não seria titular de uma reserva teórica de poder para escolher entre diversas alternativas, sendo a discricionariedade um modo de disciplina jurídica concreta da atividade administrativa (JUSTEN FILHO, 2013). Os apontamentos de Bandeira de Mello (2009) fazem-se nesta direção, considerando o elemento discutido como a margem de liberdade conferida pela lei ao administrador, a fim de que este cumpra o dever de integrar, com sua vontade ou juízo, a norma jurídica, diante do caso concreto, segundo critérios subjetivos próprios, a fim de dar satisfação aos objetivos consagrados no sistema legal.

Considera-se, hodiernamente, conforme preleciona Justen Filho (2013), que a discricionariedade consiste no modo de disciplina normativa da atividade administrativa, caracterizada pela atribuição do dever-poder de decidir segundo a avaliação da melhor solução para o caso concreto, respeitados os limites impostos pelo ordenamento jurídico. Neste diapasão, ressalte-se que haverá discricionariedade sempre que a Administração Pública, diante de uma situação concreta, possuir, pelo menos, duas possibilidades de atuação permitidas pelo ordenamento jurídico, devendo optar por aquela que, segundo critérios racionais, produza o melhor resultado. Binenbojm (2006) destaca que tal resultado pode: (i) já estar previsto na norma de competência, havendo, nesse caso, a opção por uma solução A, B ou C (*discricionariedade de escolha*); ou (ii) ser de livre escolha do administrador, que se mantém vinculado, apenas, pela finalidade estabelecida na lei (*discricionariedade de decisão*).

Faz-se primordial, diante deste atual cenário, que sejam desfeitos alguns equívocos doutrinários a respeito da noção de discricionariedade, visando-se a um satisfatório estudo das suas conexões com o poder de polícia administrativa.

Explicita-se, nesta conjuntura, sob a influência de Justen Filho (2013), que a discricionariedade é um recurso para contornar a insuficiência do processo legislativo de geração de normas jurídicas, tendo em vista que não é desejável e nem possível que as leis contenham todas as soluções a serem adotadas por ocasião de sua aplicação. Assim, é da essência da discricionariedade que a autoridade administrativa exercite a sua competência de modo a formular a melhor solução possível, adotando-se a disciplina jurídica mais satisfatória e conveniente para resolver o caso concreto. Infere-se, então, que não se trata de um “defeito” da lei e sim de uma virtude da disciplina normativa. Sintetizando tais ensinamentos, o jurista paranaense aponta que a outorga da discricionariedade configura o prestígio, pelo Legislativo, à liberdade do administrador, mas não à sua liberalidade.

Ademais, a noção de discricionariedade não deve ser tomada como um direito subjetivo, uma vez que o Direito adota a disciplina discricionária como meio intencional,

destinado a assegurar a realização mais satisfatória e adequada da atividade administrativa, ao atribuir, ao aplicador, o encargo de produzir a solução por meio da ponderação quanto às circunstâncias.

Pretendendo-se realizar adequada fundamentação da proposição que se está a sustentar, deve-se recorrer ao ideário do Pós-Positivismo, que permeia a presente análise, além do movimento neoconstitucionalista, cuja base filosófica é igualmente encontrada na concepção pós-positivista. Desta maneira, merece especial relevo a “força normativa da Constituição”, que apregoa que as normas constitucionais são dotadas de imperatividade, atributo de todas as normas jurídicas, e que sua inobservância há de deflagrar os mecanismos próprios de coação, de cumprimento forçado (BARROSO, 2005). Deve-se, outrossim, ressaltar a doutrina da supremacia da Constituição, segundo a qual esta prevalece sobre todo o ordenamento ordinário, mesmo o posterior a ela, porque dotada de suprallegalidade (FERNANDES, 2012).

Partindo-se, então, dos elementos explicitados, além do Princípio da Juridicidade citado alhures, propõe-se que no atual contexto do Estado de Direito, em que a Constituição goza de inquestionável primazia e poder de vinculação de todos os cidadãos, o âmbito discricionário da Administração Pública, inclusive na atuação do poder de polícia, acaba por ser reduzido, ou até mesmo extinto, contrariando a tradicional construção doutrinária. Esta diminuição - ou extinção - da discricionariedade se explica a partir do fato de diversas possibilidades de atuação de que, teoricamente, dispõe a Administração, contrariarem normas constitucionais, sejam regras ou princípios. Incompatíveis com o documento constitucional, tornam-se, por consequência, inaceitáveis ao sistema jurídico.

Na esteira da argumentação em andamento, faz-se imperioso abordar as divergências existentes acerca do necessário controle judicial sobre estas opções intoleráveis. Para alguns autores, o mérito – núcleo do ato administrativo –, antes intocável, passa a sofrer a incidência direta dos princípios constitucionais (BINENBOJM, 2006). O posicionamento defendido na presente pesquisa, entretanto, não se coaduna com tal entendimento. O órgão jurisdicional, ao impossibilitar determinados comportamentos, fá-lo estritamente com base na incompatibilidade dos mesmos em relação ao ordenamento jurídico, cumprindo, por conseguinte, a função que lhe é inerente. Não se está decidindo no lugar do administrador; apenas apontando quais comportamentos não podem ser levados a cabo, tendo em vista sua incompatibilidade com a ordem jurídica. A decisão quanto a melhor solução, ou seja, o mérito da questão, permanece intacto, apenas o arco de possibilidades que resta reduzido à Administração – ou mesmo extinto, inexistindo, nesta hipótese, discricionariedade. Conclui-se, desta forma, que o ativismo judicial – expressão aqui tomada em sua acepção de participação mais ampla e intensa do Judiciário na

concretização dos valores e fins constitucionais (BARROSO, 2009), nas circunstâncias analisadas, não corresponde a uma interferência no mérito da atuação do Administrador.

Neste revisado cenário, o poder de polícia não mais deve ser analisado como um poder discricionário, como outrora fizera Meirelles (2004). Apesar de haver a possibilidade de a lei adotar disciplina discricionária, atribuindo à Administração Pública a faculdade de especificar a solução mais adequada, em vista das circunstâncias concretas, a polícia administrativa não apresenta natureza inovativa, mas meramente regulamentar. As limitações constantes das normas são tornadas concretas por meio da atividade de poder de polícia (JUSTEN FILHO, 2013). Observa-se, então, que a polícia administrativa é, efetivamente, integrada por competências discricionárias e por atribuições que são reguladas de modo vinculado pela lei.

Ressalte-se, ainda, que, mesmo nos casos em que a atuação discricionária do poder de polícia for permitida pela legislação, o comportamento a ser realizado deverá respeitar o ordenamento jurídico como um todo, sob pena de invalidação pelo Poder Judiciário, sendo imprescindível, desta forma, um juízo de ponderação proporcional diante das possibilidades de atuação existentes.

3.3 Aplicação pelo Supremo Tribunal Federal

A tradicional abordagem indicada, contempladora dos pressupostos teóricos analisados, pode ser constatada em diversos julgados do Supremo Tribunal Federal, a exemplo do RHC 59518/SP, apreciado em 26 de agosto de 1982. Neste, o Pretório negou “salvo conduto” – termo existente no processo - a profissionais do sexo³ que, após inúmeras detenções ocorridas durante o exercício de sua profissão, solicitavam medida judicial capaz de assegurar-lhes o direito de se prostituírem livremente, sem as constantes ameaças de violências praticadas pela polícia. Veja-se trecho do voto do ministro Cordeiro Guerra no referido julgamento:

Sr. Presidente, como fui o relator, gostaria de aduzir que, evidentemente, não contesto o direito de ir e vir da paciente. O que eu sustento é que não pode exercê-lo em detrimento da moral e dos bons costumes. Acho que a Constituição da República dá os parâmetros fundamentais para assegurar as normas de bem viver. E não vejo, no poder de polícia, exercitado com moderação e equilíbrio, no interesse da moralidade e dos bons costumes, nenhum constrangimento à liberdade dos cidadãos brasileiros.

Destaque-se, outrossim, o posicionamento da Procuradoria Geral da República determinado à época:

³ Profissão registrada na Classificação Brasileira de Ocupações com o número 5198-05.

Destarte, não vejo como conceder-se “salvo-conduto” às recorrentes, assegurando-lhes assim o exercício do “trottoir” com todas as suas implicações abusivas, atentórias à moral, aos bons costumes e à própria ordem pública (...), criando inegavelmente profundo constrangimento às famílias, levadas a presenciar tão chocantes cenas.

Faz-se notório, a partir dos trechos indicados, a utilização do poder de polícia em seu tradicional tratamento teórico, qual seja, como forma de se restringir liberdades individuais – neste caso concreto, a liberdade de locomoção e o livre exercício profissional das autoras – sob a justificativa de superioridade do interesse público – representado pelas exigências de respeito à moral e aos bons costumes das famílias e da sociedade – que deveria, por conseguinte, prevalecer. Ademais, observe-se a completa inexistência de parâmetros objetivos para o exercício da competência administrativa em foco, abrindo-se possibilidade de utilização de maneira arbitrária e com fulcro no atendimento de interesses próprios dos governantes.

O cenário explicitado permite a inferência de que a referida teoria relativa à polícia administrativa, mormente seu pressuposto de supremacia apriorística do interesse público sobre o privado, encontra-se intrinsecamente associada ao contexto autoritário experimentado pelo Brasil durante o período do Regime Militar (1964 – 1985). Assim, observe-se que a prerrogativa administrativa em foco era um importante instrumento de que dispunha a Administração para a imposição de quaisquer medidas restritivas que eventualmente desejasse, ainda que fossem dissonantes dos interesses da população, permitindo que situações desarrazoadas e desproporcionais tornassem-se comuns no dia-a-dia da nação brasileira. São neste sentido as considerações de Binenbojm (2012):

Costumo lembrar de uma famosa conferência proferida pelo Professor Hely Lopes Meirelles, em 1972, na Escola Superior de Guerra, intitulada “Poder de Polícia e Segurança Nacional”, na qual nosso grande publicista defende a censura aos meios de comunicação a partir da invocação da doutrina de segurança nacional, que era o “interesse público” a ser promovido naquele momento.

Desta maneira, uma vez extinto o ditatorial período referido, faz-se primordial a atualização da teoria concernente ao poder de polícia, visando a adequá-la às transformações fáticas e jurídicas ocorridas na realidade social, orientando-se pelo vetor do ideário pós-positivista.

4 RECONSTRUÇÃO TEÓRICA DO PODER DE POLÍCIA

A partir da renovada conjuntura explicitada, sob a égide do ideário pós-positivista, parte-se, então, a realizar uma reconstrução da teoria concernente ao poder de polícia, visando-

se a afastar as características tradicionalmente imputadas a este instituto, de forma a adequá-lo aos avanços experimentados em âmbito doutrinário, bem como às transformações fáticas e jurídicas ocorridas na realidade social.

4.1 Conceituação

Diante do contexto explicitado, no qual o Direito Administrativo justifica-se como um instrumento para a realização dos direitos fundamentais (JUSTEN FILHO, 2013), deve-se buscar meios, inseridos nesta sistemática, para que tal intento seja satisfatoriamente atingido. Neste sentido, atente-se para o fato de que o poder de polícia, sendo uma competência da Administração para disciplinar a autonomia dos indivíduos, coaduna-se, de maneira exata, com tais anseios. Assim, poder-se-ia compreender o poder de polícia como um instrumento de que dispõe a Administração Pública para efetivar os direitos fundamentais dos cidadãos, havendo cuidado, inclusive, para com as necessidades individuais e não somente aquelas provenientes de grupos numerosos, anteriormente tratados – incorretamente - como “interesse público”.

Ressalte-se, então, que, na presente exposição, a expressão “poder de polícia” está sendo considerada em seu sentido amplo, isto é, correspondendo aos atos dos Poderes Executivo e Legislativo de restrição de determinados direitos dos indivíduos, em prol da promoção de outros valores e garantias jurídicas.

Note-se, então, que a fundamentação do elemento estudado não mais deva se encontrar na hipotética supremacia prévia dos interesses públicos sobre os privados, tendo em vista a superação deste “princípio”, mas sim na garantia de contemplação material dos direitos fundamentais, isto é, na sua efetivação, fazendo com que a previsão constitucional – contemplação formal - gere reflexos na prática social. Desta forma, tome-se como exemplo a recorrente situação de fechamento temporário de vias públicas para o trânsito de veículos, por parte da Administração, para que os administrados possam usufruir daquele espaço como área de lazer. Pretendendo garantir o direito fundamental ao lazer dos cidadãos, positivado no artigo 6º da Constituição da República (BRASIL, 1988), o Poder Público, ao expedir um decreto, restringe a circulação de veículos na via - disciplinando, portanto, a autonomia dos motoristas - de forma a possibilitar que os cidadãos utilizem aquele espaço para o seu lazer, efetivando este direito social e exercendo o seu poder de polícia.

Propõe-se, então, na esteira da argumentação em curso, que a competência em foco deva ser designada pela expressão “atividade restritivista”, uma vez que, em essência, acaba por limitar direitos titularizados pelos cidadãos, em prol da promoção de outros elementos

fundamentais. Neste sentido, far-se-ia bastante evidente a distinção da temática em questão em relação a outro tema afeto ao Direito Administrativo, classicamente denominado “serviços públicos”, para o qual, em função de sua característica de atuação positiva estatal, sugere-se, aqui, a denominação “atividade prestacionista”.

4.2 Parâmetro objetivo: atividade de ponderação de direitos fundamentais

Neste diapasão, o exercício da polícia administrativa evidencia sua primordial importância à realidade social. No entanto, tal competência representara, por diversas décadas, fonte de intensas preocupações entre os operadores do Direito, tendo em vista a sua indevida utilização por parte de administradores que buscavam a satisfação de interesses próprios em detrimento dos anseios da sociedade. Tratava-se, então, de um instrumento que permitiria restrições desarrazoadas de direitos das populações e a promoção de valores convenientes somente aos ocupantes da Administração.

Pretendendo-se dirimir tais danosas situações, derivadas do excessivo subjetivismo que sempre permeara as clássicas construções acerca do poder de polícia, deve-se designar um parâmetro - objetivo - para o exercício desta competência, em consonância com os pressupostos do Pós-positivismo indicados algures. Nestas circunstâncias, reputa-se o juízo de ponderação, através do vetor da proporcionalidade, um instrumento capaz de atender a tais necessidades de racionalidade, prudência e orientação. Desta forma, pode-se estudar o exercício da Polícia Administrativa como uma operação de ponderação proporcional. Para uma adequada compreensão, ressalte-se o elucidativo exemplo da exigência, pela Lei n.º 9.503 de 23 de setembro de 1997 (BRASIL, 1997), por meio de seu artigo 168, de que o transporte de crianças de até sete anos e meio, em veículos automotores, seja feito com observância das normas de segurança existentes, remetendo à exigência de transporte das mesmas somente em cadeiras especiais ou “assentos de elevação”. Ao supor a medida, pretendeu-se proteger as crianças, garantindo o direito fundamental à integridade física. Entretanto, seria necessário uma restrição no direito – igualmente – fundamental à liberdade de locomoção daquelas, além de outras liberdades dos responsáveis que as transportam no veículo. Por consequência, realizou-se um juízo de ponderação proporcional entre estes conflitantes direitos, concluindo-se que se trataria de medida do poder de polícia razoável e proporcional, uma vez que atendia às exigências daquela operação, sendo, portanto, adequada – atingiria o intuito de proteção à criança; necessária – inexistiria meios menos gravosos para se chegar ao objetivo e proporcional em sentido estrito, uma vez que os benefícios gerados a partir da sua criação e consequente

aplicação superariam os possíveis prejuízos ocasionados a partir das restrições. Observa-se, então, que se cuida de um mecanismo essencial à atividade em questão, tendo em vista sua plena capacidade de refutar o excessivo subjetivismo anteriormente existente no desempenho da polícia administrativa, oferecendo, por conseguinte, importante contributo à sociedade no sentido de impossibilitar a indevida utilização da competência em questão por parte dos administradores.

4.3 Exigência de lei constitucional e proporcional

Neste diapasão, o referido juízo de ponderação faz-se presente, no contexto da atividade restritiva, em dois momentos, quais sejam: quando da criação da medida e quando da aplicação da mesma.

Observa-se, no primeiro cenário, a operação realizada pelo legislador que, ao averiguar a viabilidade da criação de determinada medida para a efetivação de determinado direito fundamental, sopesa elementos distintos, de acordo com as condições fáticas e jurídicas do caso concreto. Assim, caso reste constatado que a medida pretendida é razoável e proporcional, sua criação será adequada no contexto do Estado Democrático de Direito vigente.

A medida resultante pode, então, criar determinações vinculantes para o aplicador ou conceder-lhe certa margem de liberdade quando da sua efetivação.

A hipótese da competência vinculada, nesta seara, restaria configurada nas situações em que o legislador esgotasse os juízos de ponderação a serem feitos já quando da criação da medida, incumbindo ao aplicador tão somente subsumir a situação fática à regra jurídica - ou o suporte fático real no suporte fático legal. Tome-se, a título de exemplificação, a imposição de sanções, por parte da Administração, aos condutores de veículos automotores que excedam a velocidade máxima permitida em vias urbanas e rodovias – artigo 218 da Lei n.º 9.503 de 23 de setembro de 1997 (BRASIL, 1997). Pretendendo-se garantir o direito fundamental à integridade física e à vida dos demais condutores e dos pedestres, o Poder Público restringe a liberdade de locomoção dos condutores, aplicando sanções àqueles que descumprem tal determinação. Note-se, então, que para a incidência da punição criada pelo legislador, basta o descumprimento da norma instituída, não cabendo ao aplicador realizar nenhum tipo de operação ponderativa durante a sua imposição. Trata-se, portanto, de uma simples submissão da situação fática à regra jurídica, conforme orientação do acórdão indicado.

O resultado da atividade do legislador, não obstante, pode permitir ao aplicador que seja empenhado ainda outro juízo de ponderação, quando da aplicação da medida. Estar-se-ia

configurada a presente hipótese nos casos em que o criador da providência estabelecesse apenas diretrizes gerais da restrição a ser empregada; verdadeiras orientações sobre os procedimentos a serem tomados, deixando ao julgamento do aplicador a seleção de certos elementos a serem utilizados para o cumprimento da norma. Cite-se, como exemplificação, a possibilidade de utilização da força, por parte de agentes policiais, com o objetivo de contenção dos conflitos porventura existentes, em estádios esportivos, entre torcidas organizadas de equipes distintas. Visando-se a garantir o direito à segurança e à integridade física dos demais presentes no local, permite-se aos agentes militares, então, a utilização de força - para restringir tais comportamentos. O legislador, no entanto, não estabelecera previamente o tipo de força a ser utilizado, confiando tal decisão ao critério do aplicador. Trata-se, por conseguinte, de uma medida que lhe permite certa margem de liberdade, exigindo que outra operação ponderativa seja empenhada para que tal escolha repute-se adequada e legítima. Assim, caso o meio escolhido pelo policial para o emprego da força se apresente adequado – capaz de atingir os objetivos pretendidos; necessário – inexistência de outro meio menos gravoso para o atingimento de tal fim e proporcional em sentido estrito – benefícios criados superam os prejuízos gerados, estará apto a ser utilizado no contexto do Estado Democrático de Direito.

Verifica-se, pois, em tal situação concreta, a incidência de dois juízos de ponderação, presentes quando da criação da medida e também no contexto de aplicação da mesma, ensejando a compreensão do Poder de Polícia como uma atividade ponderativa entre direitos fundamentais.

Neste cenário, reputa-se imprescindível, para a competência administrativa em análise, a existência de lei que se certifique proporcional e igualmente constitucional, tendo em vista a supremacia imputada às Constituições a partir das contribuições do pensamento jusfilosófico pós-positivista explicitadas algures. Neste sentido, a atividade restritiva considerar-se-á válida somente mediante a presença deste requisito.

4.5 Possibilidade de delegação a particulares

A temática da delegação do poder de polícia a particulares faz-se amplamente presente nas elaborações doutrinárias tradicionais. Nestas, a hipótese é refutada pela quase totalidade dos autores, mediante distintas argumentações.

Para se iniciar o exame da questão, cite-se a conceituação realizada por Bacellar Filho (2000) a respeito de delegações de tarefas pelo poder público:

Agentes delegados são aqueles que exercem uma função pública ou prestam serviços públicos em regime de colaboração com a Administração, visando a uma contraprestação. São nomeados, designados ou contratados, outorgando-se-lhes uma delegação de função, ofício ou serviço.

Neste cenário, apregoa a majoritária corrente dos administrativistas a impossibilidade de delegação das atribuições típicas da polícia administrativa, embasando-se em diferenciados sustentáculos. Destaque-se, por exemplo, a justificação de Cunha Júnior (2008):

Não se admite a delegação do poder de polícia a particulares, sob pena de quebra do princípio da igualdade. Ora, seria um demasiado contra-senso a delegação a particular de um poder com o qual se pode limitar a liberdade ou a propriedade de outro particular.

A argumentação exposta pode ser enfrentada, todavia, por meio da utilização da denominada “teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais”, ou *drittwirkung*, segundo a qual a incidência dos direitos fundamentais também se daria no âmbito das relações privadas dos cidadãos.

Previamente à análise das consequências, ao presente estudo, da possibilidade de os direitos fundamentais alcançarem o âmbito particular dos cidadãos, julga-se essencial indicar a divergência doutrinária existente quanto ao grau de interferência que reconhecem a esses direitos nessas relações (MENDES, 2012). Assim, advogam alguns a tese da “eficácia direta ou imediata”, enquanto outros coadunam-se com a teoria da “eficácia indireta ou mediata”.

Segundo a hipótese da “eficácia direta ou imediata”⁴, os direitos fundamentais teriam pronta aplicação sobre as decisões das entidades privadas, isto é, seriam diretamente aplicáveis nas relações entre os particulares, gerando, portanto, direitos subjetivos oponíveis a entes privados, conforme preleciona Mendes (2012). Neste ponto, ressalte-se o parágrafo primeiro, do artigo quinto, da atual Constituição Brasileira (BRASIL, 1988), segundo o qual as “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”.

A tese da “eficácia indireta ou mediata”, por sua vez, apregoa que a incidência dos direitos fundamentais nas relações entre particulares haveria de aflorar por meio de *pontos de irrupção* no ordenamento civil, propiciados pelas cláusulas gerais inseridas nas normas do direito privado.

Neste diapasão, adotando-se a teoria da “eficácia direta ou imediata”, reputada como mais adequada ao contexto pós-positivista sob o qual se pesquisa – tendo em vista seus

⁴ A teoria da “eficácia direta ou imediata” fora adotada pelo Supremo Tribunal Federal por ocasião do julgamento do Recurso Extraordinário 201.819-8/ RJ.

pressupostos de supremacia e normatividade constitucionais -, pode-se revisar a questão da delegação do poder de polícia a particulares.

Nesta seara, tendo-se em vista o fundamento da atividade restritivista analisada, isto é, a efetivação e garantia de determinados direitos fundamentais, e considerando-se que, por meio da “teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais”, em sua vertente da “aplicabilidade imediata”, estes incidem diretamente nas relações privadas, tornar-se-ia possível a delegação de tarefas típicas do poder de polícia a particulares.

Na esteira da argumentação realizada, destacando-se a opção pela “teoria da eficácia direta”, deve-se indicar o doutrinamento de Mendes (2012), de forma a refutar os argumentos contrários à delegação baseados em uma suposta contrariedade do princípio da igualdade:

A teoria da eficácia imediata não é alheia às dificuldades oferecidas pelo princípio da igualdade no âmbito das relações privadas. O princípio da igualdade traduz-se, em boa medida, como um comando proibitivo de decisões arbitrárias, um imperativo de racionalidade de conduta. Exigir que, na vida das relações, o indivíduo aja sempre em função de critérios racionais é desconhecer a natureza humana. O homem também age movido por emoção e sentimentos, que conduzem a ações não necessariamente pautadas por instancias racionais. A teoria sustenta, então, que o princípio da autonomia privada haveria de predominar em se tratando de atos que expressam liberalidades puras. [...]

Note-se, portanto, que independentemente de a competência em questão ser exercida pela Administração Pública ou por particulares, o desempenho do poder de polícia deverá respeitar as mesmas exigências indicadas na presente reconstrução, a exemplo da necessidade do juízo de ponderação, por meio do vetor da proporcionalidade, e da limitação pelo núcleo essencial do direito fundamental em questão. Neste sentido, torna-se patente a inexistência do suposto rompimento do princípio da igualdade.

Constata-se, por consequência, no cenário contemplado, a viabilidade da delegação do poder de polícia a particulares, distanciando-se das tradicionais construções doutrinárias. A temática encampa, no entanto, inúmeras e complexas questões, existindo, ainda, diversas nuances a serem investigadas.

4.6 Núcleo essencial do direito fundamental como limitação

A revisão da teoria da polícia administrativa incorpora, ainda, outro pertinente elemento da Teoria dos Direitos Fundamentais, qual seja: a noção de núcleo essencial. No presente estudo, propõe-se que o limite da competência administrativa em questão encontra-se, precipuamente, no núcleo essencial dos direitos fundamentais a serem restringidos, superando-

se a clássica noção, presente nos ensinamentos pátrios, de que os limites fazem-se presentes apenas na lei. Neste contexto, pode-se conceituar “núcleo essencial” como a porção mínima de um direito fundamental sem a qual ele perde a sua configuração e que, por consequência, está imune a ingerências estatais indevidas, segundo a tradicional tese do “limite dos limites”. As considerações de Sarmento (2003) fazem-se neste sentido:

Um limite que a doutrina impõe à ponderação de interesses é o respeito ao núcleo essencial dos direitos fundamentais. Considera-se que existe um conteúdo mínimo destes direitos, que não pode ser amputado, seja pelo legislador, seja pelo aplicador do Direito. Assim, o núcleo essencial traduz o “limite dos limites”, ao demarcar um reduto inexpugnável, protegido de qualquer espécie de restrição.

A temática do núcleo essencial dos direitos fundamentais apresenta, no entanto, complexas questões que lhes são inerentes. A delimitação deste mínimo intangível, por exemplo, consiste em laboriosa tarefa, inexistindo, hodiernamente, consenso a respeito do conteúdo essencial de numerosos direitos. Fazem-se indispensáveis, neste contexto, os avanços doutrinários e os esforços jurisprudenciais nesta tentativa de determinação. Neste diapasão, cite-se os doutrinamentos de Alexy (2002) que introduzem a possibilidade de classificação das teorias concernentes à problemática:

Las teorías subjetivas del contenido esencial pueden ser absolutas o relativas. Según la teoría relativa', el contenido esencial es aquello que queda después de una ponderación. Las restricciones que responden al principio de proporcionalidad no lesionan la garantía del contenido esencial aun cuando en el caso particular no dejen nada del derecho fundamental. La garantía del contenido esencial se reduce al principio de proporcionalidad. [...] En cambio, según la teoría absoluta", existe un núcleo de cada derecho fundamental que, en ningún caso, puede ser afectado.

Para o autor alemão, portanto, poder-se-ia identificar duas grandes vertentes no contexto das teorias acerca do núcleo essencial dos direitos fundamentais, quais sejam: teoria absoluta e teoria relativa. Em relação à primeira, destaque-se que o conteúdo essencial de cada direito fundamental seria abstrato e que, portanto, poder-se-ia identificá-lo *a priori*. Segundo tal vertente, haveria, então, a possibilidade de se encontrar o núcleo essencial inclusive nos diplomas normativos que contemplam o direito, a exemplo das Constituições. A teoria relativa, ao contrário, apregoa que a delimitação do núcleo essencial de cada direito fundamental é realizada somente diante do caso concreto, mediante emprego da técnica da ponderação proporcional, sendo tal operação empenhada, então, em momento posterior à criação do Direito.

As teorias explicitadas, apesar da grande influência exercida ao contexto indicado, são alvo de numerosos questionamentos por parte de doutrinadores. Sobre a teoria relativa,

destaque-se a relevância das críticas à excessiva flexibilidade concedida aos direitos fundamentais, o que poderia ocasionar a descaracterização desses direitos como princípios do sistema constitucional. Ademais, pertinentes questionamentos igualmente envolvem a teoria absoluta, como a dificuldade de se identificar, de modo abstrato, o núcleo essencial de cada direito, determinando prejuízos ao objeto de proteção, uma vez que, não estando este adequadamente delimitado, tornam-se insuficientes tais tentativas de amparo.

Diante da divergência exposta, tendo em vista a essencialidade da teoria concernente ao conteúdo essencial dos direitos fundamentais à atividade restritivista em foco, deve-se averiguar a vertente doutrinária que se reputa mais adequada ao contexto trabalhado. Neste contexto, após detida revisão literária, constata-se que extensa quantidade de autores têm aderido à teoria absoluta, a exemplo de Dimoulis (2007), segundo o qual defender a existência de um núcleo essencial, mas caracterizá-lo como relativo, significaria, na prática, retirar-lhe qualquer utilidade. No entanto, tendo-se em consideração o ideário pós-positivista sob o qual se pesquisa, reputa-se a teoria relativa como a mais adequada, tendo em vista que, em situações de possíveis confrontos entre os conteúdos essenciais de direitos fundamentais ou entre postulados constitucionais, a teoria absoluta não forneceria mecanismos de solução adequados. As elaborações de Sarmiento (2003) fazem-se nesta direção:

[...] Certas questões concretas podem afetar, ao mesmo tempo, o cerne de dois direitos fundamentais contrapostos, levando ao juiz ao dilema de ter de optar por um deles em detrimento do outro. Para casos desta espécie, a teoria absoluta cria uma situação insustentável para o julgador, que se não a flexibilizar, é forçado a proferir o odioso *non liquet*.

Note-se, então, que resta configurado a maior adequação da teoria relativa do núcleo essencial dos direitos fundamentais, tendo em vista sua melhor adaptação “à dinâmica do processo decisório das questões constitucionais mais complexas”.

Aplicando tais conclusões ao âmbito do poder de polícia, torna-se possível a observação de que, na hipótese de a medida resultante do exercício da prerrogativa ferir a porção mínima do direito que está sendo restringido – aferível segundo o juízo de ponderação proporcional, no caso concreto, conforme a teoria relativa - será considerada imprópria e, por conseguinte, terá a sua vigência reputada inaceitável. Ressalte-se que tal limitação não incide somente para o legislador, criador da medida, mas também para o aplicador desta.

Assim, por meio de tais análises quanto às eventuais restrições, permite-se que a competência em questão, além de ser exercida mediante parâmetros objetivos, como abordado, encontre um panorama descortinado quanto às suas limitações, de forma a representar um

eficiente instrumento do Poder Público para a defesa e promoção dos direitos fundamentais, adequando-se às exigências de um Estado Democrático de Direito.

4.7 Inovações na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre poder de polícia

Através da análise de recentes julgamentos do Supremo Tribunal Federal, faz-se possível a constatação do início de uma guinada jurisprudencial, no sentido de contemplar atualizações na teoria concernente ao poder de polícia, conforme as propugnadas no presente artigo.

Neste cenário, veja-se o Recurso Extraordinário 511.961/SP (BRASIL, 2009). Averiguou-se, na referida ação, a legitimidade da exigência de diploma de curso superior, registrado pelo Ministério da Educação, para o exercício da profissão de Jornalista, regulamentação que decorreria do exercício do poder de polícia, conforme demonstrado nos autos. Trata-se, então, de nova situação concreta em que está envolvida a liberdade de exercício da profissão, à semelhança do Recurso em *Habeas Corpus* 59518/SP analisado alhures. O presente julgado, no entanto, demonstra a incorporação, por parte do Egrégio Tribunal, de necessárias adaptações à teoria da polícia administrativa. Veja-se, nesta seara, o voto do relator Gilmar Ferreira Mendes:

Assim, parece certo que, no âmbito desse modelo de reserva legal qualificada presente na formulação do art. 5º, XIII, paira uma imaneente questão constitucional quanto à razoabilidade e proporcionalidade das leis restritivas, especificamente, das leis que disciplinam as qualificações profissionais como condicionantes do livre exercício das profissões. A reserva legal estabelecida pelo art. 5, XIII, não confere ao legislador o poder de restringir o exercício da liberdade a ponto de atingir o seu próprio núcleo essencial.

É preciso não perder de vista que as restrições legais são sempre limitadas. Cogita-se aqui dos chamados limites imanes ou "limites dos limites" (Schranken-Schranken), que balizam a ação do legislador quando restringem direitos individuais. Esses limites, que decorrem da própria Constituição, referem-se tanto à necessidade de proteção de um núcleo essencial do direito fundamental quanto à clareza, determinação, generalidade e proporcionalidade das restrições impostas (...).

Dessa forma, enquanto princípio expressamente consagrado na Constituição ou enquanto postulado constitucional imaneente, o princípio da proteção do núcleo essencial destina-se a evitar o esvaziamento do conteúdo do direito fundamental decorrente de restrições descabidas, desmesuradas ou desproporcionais. A doutrina constitucional mais moderna enfatiza que, em se tratando de imposição de restrições a determinados direitos, deve-se indagar não apenas sobre a admissibilidade constitucional da restrição eventualmente fixada (reserva legal), mas também sobre a compatibilidade das restrições estabelecidas com o princípio da proporcionalidade. Essa orientação, que permitiu converter o princípio da reserva legal (Gesetzes vorbehalt) no princípio da reserva legal proporcional (Vorbehalt des verhältnismässigen

Gesetzes). O princípio da proporcionalidade pressupõe não só a legitimidade dos meios utilizados e dos fins perseguidos pelo legislador, como também a adequação desses meios para consecução dos objetivos pretendidos (Geeignetheit) e a necessidade de sua utilização (Notwendigkeit oder Erforderlichkeit).

Um juízo definitivo sobre a proporcionalidade da medida há também de resultar da rigorosa ponderação e do possível equilíbrio entre o significado da intervenção para o atingido e os objetivos perseguidos pelo legislador (proporcionalidade em sentido estrito).

Portanto, seguindo essa linha de raciocínio, é preciso analisar se a lei restritiva da liberdade de exercício profissional, ao definir as qualificações profissionais, tal como autorizado pelo texto constitucional, transborda os limites da proporcionalidade e atinge o próprio núcleo essencial dessa liberdade.

Note-se, desta maneira, que os tradicionais elementos imputados ao poder de polícia não se fizeram presentes, a exemplo da não fundamentação da prerrogativa em uma suposta supremacia apriorística do interesse público sobre o privado. Ao contrário, restou configurada a utilização, por parte do Supremo Tribunal Federal, da Teoria dos Direitos Fundamentais, de Robert Alexy (2002), que embasa, igualmente, a presente análise. Neste diapasão, observou-se a incorporação da tese do Núcleo Essencial como limitação da competência em foco, além da aplicação do princípio da proporcionalidade, explicitado algures.

Neste cenário, em contraposição ao Recurso em *Habeas Corpus* 59518/SP averiguado, infere-se que a reconstrução da teoria da Polícia administrativa, a partir da superioridade dos direitos fundamentais, está em consonância com as exigências legais e morais do Estado Democrático de Direito, afastando-se do contexto autoritário que outrora fundamentara as superadas concepções acerca da prerrogativa da Administração Pública em foco.

5 CONCLUSÃO

Através da utilização do arcabouço teórico pós-positivista e da incorporação de numerosos elementos da Teoria dos Direitos Fundamentais ao presente estudo, pretendeu-se revisitar o tradicional instituto administrativo do poder de polícia, sustentando-se que, neste contexto, diversos de seus elementos estruturantes padeceriam substanciais abalos. Propôs-se, destarte, uma alteração da perspectiva de análise da polícia administrativista, afastando-se das tradicionais elaborações doutrinárias e jurisprudenciais existentes, visando a adaptação deste instituto às transformações jurídicas e fáticas verificadas na realidade social.

Constatou-se, diante das investigações desenvolvidas, que, de fato, grande parte dos pressupostos da competência em foco foram impactados a partir desta mudança de

compreensão. Cite-se, a título de exemplo, a desconstrução da tese segundo a qual tratar-se-ia de um poder plenamente discricionário. Observou-se, também, a inadequação de se alçar o suposto princípio da supremacia do interesse público ao *status* de fundamento do poder de polícia, além da refutação da proposta de se considerar o princípio da legalidade como limitação única da atividade restritivista.

Intencionou-se, assim, oferecer aos operadores do Direito e, fundamentalmente, à sociedade, parâmetros objetivos para o exercício do poder de polícia, apartando-o de conceitos imprecisos que impregnavam a clássica construção a respeito de tal atividade. Reputa-se possível, desta maneira, inviabilizar a utilização de tal competência como forma de promoção de interesses próprios dos ocupantes dos cargos públicos. Transforma-se a polícia administrativa, por consequência, em um incisivo instrumento de que dispõe a sociedade para a efetivação de seus direitos fundamentais.

Ofereceram-se, então, novas teses, adequadas à conjuntura explicitada, intentando-se efetuar uma reconstrução do instituto ora em exame. Mencione-se, por exemplo, a utilização do mecanismo da ponderação - sob a técnica da proporcionalidade -, como forma de se eliminar o subjetivismo. Veja-se, ainda, a aventada possibilidade de delegação, a particulares, do poder de polícia, além da proposição de uma nova conceituação. Expôs-se, outrossim, a necessidade da existência de lei constitucional e proporcional e a limitação da competência em debate a partir da noção de núcleo essencial.

Ademais, incorporando à análise do poder de polícia a exigência pós-positivista de vinculação entre Direito e Moral, pretendeu-se fundar o exercício desta prerrogativa administrativa nos valores da Ética e da Justiça, determinando benefícios diretos à sociedade.

Neste diapasão, uma vez superadas as clássicas concepções acerca da polícia administrativa, propugna-se pela adoção, nos âmbitos doutrinário e jurisprudencial, da teoria reconstruída no presente estudo, tendo em vista sua harmonia com o atual estágio do Estado Democrático de Direito brasileiro, fundado na superioridade dos direitos fundamentais.

6 REFERÊNCIAS

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito Administrativo Descomplicado**. São Paulo: Método, 2013.

ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica**. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2005.

_____. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

ÁVILA, Humberto. **Repensando o “Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Particular”**. In: SARMENTO, Daniel. (org.). *Interesses Públicos versus Interesses Privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público*.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2009.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Responsabilidade civil extracontratual das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público**. *Interesse Público*, Sapucaia do Sul, n. 6, 2000, p. 11-47.

BAPTISTA, Patrícia. **Transformações do direito administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais – O princípio da Dignidade da Pessoa Humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. São Paulo: Saraiva, 1996.

_____. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil**. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 851, 1 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/7547>>. Acesso em: 18 fev. 2014.

_____. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. *Revista Direito do Estado*, Salvador, ano 4, n. 13, jan./mar. 2009.

BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva Editora, 2012.

BRASIL, 1966. **Lei nº 5.172 de 25 de outubro de 1966**. Institui o Código Tributário Nacional. Publicado no Diário Oficial da União de 27 de outubro de 1966. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15172.htm>. Acesso em 18 fev. 2014.

_____. **Recurso em Habeas Corpus nº. 59518/SP**. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Relator: Ministro Cordeiro Guerra. Publicação no D.J. em 17.12.1982. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=98510> >. Acesso em 27 mar. 2014.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 05 de outubro de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em 18 fev. 2014.

_____. **Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997**. Institui o Código de Trânsito Brasileiro.

Publicado no Diário Oficial da União de 24 de setembro de 1997. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19503.htm>. Acesso em 18 fev. 2014.

_____. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 1717 MC/DF**. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Relator: Ministro Sydney Sanches. Publicado no D.J. em 25.02.2000. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266741>>. Acesso em 27 mar. 2014.

_____. **Recurso Extraordinário nº. 511.961/SP**. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Publicação no D.J. em 12.11.2009. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=605643>>. Acesso em 27 mar. 2014.

CARVALHO, Raquel Melo Urbano de. **Curso de Direito Administrativo – Parte Geral, Intervenção do Estado e Estrutura da Administração**. Salvador: Jus Podium, 2008.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Administrativo**. Bahia: Jus Podvm, 2008.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**, p. 168. São Paulo: RT, 2007.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2004.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ESTORNINHO, Maria João. **Requiem pelo Contrato Administrativo**. Coimbra, 1990.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. Salvador: Jus Podivm, 2012.

GABARDO, Emerson. **O Jardim e a Praça para além do bem e do mal: uma antítese ao critério de subsidiariedade como determinante dos fins do Estado social**. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2009. Disponível em: <http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/handle/1884/19053/TESE_Emerson_Gabardo_Correta.pdf?sequence=1>. Acesso em 18 fev. 2014.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo de; FERNÁNDEZ, Tomás Ramón. **Curso de Derecho Administrativo II**. Madrid: Thomson Civitas, 2004.

_____. **La lucha contra las inmunidades del poder**. Madrid: Civitas, 1995.

HART, H. L. A. **O Conceito de Direito**. 2. ed. Trad. A. Ribeiro Mandes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.

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

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2004.

MELQUÍADES DUARTE, Luciana Gaspar & CARVALHO, Ecaroline Pessoa. **Aplicabilidade da Teoria da Argumentação Jurídica de Robert Alexy nas decisões Judiciais**. Direitos Fundamentais & Justiça, ano 6, n 21, Out./Dez. 2012a. Disponível em: <http://www.dfj.inf.br/Arquivos/PDF_Livre/21_Doutrina%20Nacional%205_OK.pdf>. Acesso em: 18 fev. 2014.

_____. **Revisitando o regime jurídico de direito público**. Revista da Procuradoria-Geral do Município de Juiz de Fora – RPGMJF, Belo Horizonte, ano 2, n. 2, p. 231-255, jan./dez. 2012b.

OSÓRIO, Fábio Medina. **Existe uma supremacia do interesse público sobre o privado no direito administrativo brasileiro?** Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, n. 220, p. 69-107, abr./jun. 2000.

OTERO, Paulo. **Direito Administrativo – Relatório**. Coimbra: Coimbra Editora. 2003.

PEDRON, Flávio Barbosa Quinaud. **A proposta de integridade para o direito de Ronald Dworkin. Como casos podem ser decididos à luz de uma “resposta correta”**. Jus Navigandi, Teresina, ano 18, n. 3526, 25 fev. 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/23808>>. Acesso em: 18 fev. 2014.

REVISTA DO TCE, nº3, jul./ago./set. 2012. **Entrevista Professor Gustavo Binenbojm**.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na Constituição Federal**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

_____. **Interesses públicos vs interesses privados na perspectiva da teoria e da filosofia constitucional**. In: SARMENTO, Daniel (Org.). Interesses Públicos versus Interesses Privados: Desconstruindo o Princípio de Supremacia do Interesse Público. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

_____. **Os princípios constitucionais e a ponderação de bens**. In: LOBO TORRES, Ricardo (Org.). Teoria dos direitos fundamentais. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard. **La teoría general del Derecho Administrativo como sistema**. Madrid: Marcial Pons, 2003.

TÁCITO, Caio. **Evolução Histórica do Direito Administrativo**. In: Temas de Direito Público, vol. I, 1997.