A EVOLUÇÃO DO PODER DE POLÍCIA NO ESTADO DE DIREITO

ADELI SÍLVIO LUIZ

Coronel da PMMG.

Resumo: Compreender a evolução do *poder de polícia* no decorrer da evolução do Estado, a fim de avaliar seus elementos essenciais, a sua sujeição ao princípio da legalidade e a discricionariedade da Administração Pública na sua aplicação, como forma de condicionar o exercício dos direitos e liberdades ao bem-estar coletivo.

Palavras-chave: poder de polícia, direitos fundamentais, liberdades individuais, princípio da legalidade, Administração, Estado.

1 INTRODUÇÃO

O *poder de polícia* é atividade essencial do Estado para o alcance do bem comum. No Estado moderno, objetiva restringir os direitos fundamentais, principalmente o direito à propriedade e ao exercício das liberdades individuais, no intuito de beneficiar, ou não prejudicar, a coletividade, na defesa do interesse público.

No Estado Democrático de Direito, o *poder de polícia* ganhou tal relevo que diversos autores consideram que o condicionamento do uso da propriedade imobiliária, para que atenda a função social, está inserido neste poder. Assim, o Estado age de forma positiva ou negativa para ajustar o uso da propriedade à função social, conforme previsto no art. 5º, XXIII, § 4º, do art. 182 da Constituição Federal, além da Lei nº 10.257/2001, que dispõe sobre o Estatuto da Cidade.

Diante da complexidade em se definir Poder de Polícia, será realizada uma avaliação à trajetória desta prerrogativa da Administração Pública, em consonância com a evolução do Estado de Direito.

Neste sentido, o objetivo central deste artigo é compreender a evolução do *poder de polícia* no decorrer da evolução do Estado, a fim de avaliar seus elementos essenciais, a sua sujeição ao princípio da legalidade e a discricionariedade da Administração Pública na sua aplicação, como forma de condicionar o exercício dos direitos e liberdades ao bem-estar coletivo.

2 EVOLUÇÃO DO ESTADO

2.1 Estado Liberal de Direito

Todo o homem deve ser soldado para defender sua liberdade,
nenhum o deve ser para invadir a liberdade de outrem (...)
Rousseau

Para compreender o Estado Liberal de Direito, é fundamental entender o papel da burguesia na consolidação deste. A burguesia era pequena classe de comerciantes que vivia nos “burgos”, pequenos povoados comerciais que se desenvolviam fora dos muros dos castelos do senhor feudal, na Idade Média. Essa nova classe social cresceu economicamente e, mesmo a despeito de sua representatividade econômica, não participava da vida política e principalmente da definição dos impostos.

As decisões ou eram tomadas pelo Monarca, dentro do seu poder absoluto, ou pelo Senhor Feudal, que julgavam, governavam, administravam, exerciam todos os direitos da soberania sem oposição.

Locke, no Tratado Sobre o Governo Civil, contesta o poder absoluto do monarca, enfatizando que dentro do estado de natureza, ou seja, do direito natural, existe uma perfeita igualdade entre as pessoas, não existindo superioridade ou jurisdição de um sobre o outro. Estabelece que as leis devem ser estabelecidas através do poder soberano, cuja soberania advém do povo:

A liberdade do homem na sociedade não deve ficar sob qualquer outro poder legislativo senão o que se estabelece por consentimento na comunidade, nem sob o domínio de qualquer vontade ou restrição de qualquer lei senão o que esse poder legislativo promulgar de acordo com o crédito que lhe concedem. (Locke, 1978, p. 43).

Veem-se, assim, as bases do princípio da legalidade, segundo o qual a Administração Pública se submete às leis criadas pelo Estado, e o princípio da separação das funções estatais. Por estes pressupostos, que visam assegurar as liberdades individuais, estabeleceu-se que não cumpre ao monarca legislar, cabendo essa função a representantes eleitos por consentimento da comunidade.

Outro princípio largamente defendido por Locke, que se tornou também sustentáculo do Estado Liberal, é o direito à propriedade. Locke entende que todo patrimônio conseguido pelo homem através do seu trabalho lhe pertence, e nenhum outro homem tem direito ao que se juntou, “O trabalho que era meu, retirando-os do estado comum em que se encontravam, fixou a minha propriedade sobre eles” (Locke, 1978, p.45). Essa regra vai de encontro ao pensamento dominante na época de que todas as coisas tinham de ser partilhadas em comum pelos homens, por terem sido criadas por Deus.

Nesse sentido, o autor condena o confisco de propriedade pelo Estado e defende que os impostos, necessários para a sustentação do Estado, sejam aprovados através de leis votadas pelos representantes do povo, com o seu consentimento, não podendo ocorrer mediante arbítrio do governante (Locke, 1978).

Segundo Locke, o que leva o homem a deixar o estado de natureza para se agregar em sociedade é principalmente a proteção da propriedade “(...) e não é sem razão que procura de boa vontade juntar-se em sociedade com outros que estão já unidos, ou pretendem unir-se, para a mútua conservação da vida, da liberdade e dos bens a que chamo de 'propriedade'” (Locke, 1978, p. 83). Dentro desse raciocínio, conclui a respeito dos fins da sociedade política e do governo que:

(...) quem tiver o poder legislativo ou o poder supremo de qualquer comunidade obriga-se a governá-la mediante leis estabelecidas, promulgadas e conhecidas do povo, e não por meio de decretos extemporâneos; por juízes indiferentes e corretos, que terão de resolver as controvérsias conforme essas leis; e a empregar a força da comunidade no seu território somente na execução de tais leis, e fora dele para prevenir ou remediar malefícios estrangeiros e garantir a sociedade contra incursões ou invasões. E tudo isso tendo em vista nenhum outro objetivo senão a paz, a segurança e o bem público do povo. (Locke, 1978, p. 83)

Locke lança os ditames que nortearão o Estado de Direito, quais sejam, o princípio da legalidade; a separação dos poderes – as leis devem ser feitas com o consentimento do povo, através de representantes específicos –; e a supremacia do interesse público sobre o privado – pois preconiza que os governantes devem objetivar o bem comum. Enfatiza que “O poder absoluto arbitrário ou o governo sem leis fixas estabelecidas não se podem harmonizar com os fins da sociedade e do governo (...)” (LOCKE, 1978, p.88). Assim sendo, chega à conclusão de que o poder legislativo deve ser soberano, consistindo na preservação da sociedade e que as leis devem ser feitas em razão do consentimento e autoridade recebidos da sociedade, entendendo que cabem quatro obrigações ao governante, a saber:

Primeiro, têm de governar por meio de leis estabelecidas e promulgadas, que não poderão variar em casos particulares, instituindo a mesma regra para ricos e pobres, para favoritos na corte ou camponeses no arado;

Segundo, tais leis não devem ser destinadas a qualquer outro fim senão o bem do povo;

Terceiro, não devem lançar impostos sobre a propriedade do povo sem o consentimento deste, dado diretamente ou por intermédio dos seus deputados.

Quarto, o legislativo não deve nem pode transferir o poder de elaborar leis a quem quer que seja, ou colocá-lo em qualquer lugar que não o indicado pelo povo. (Locke, 1978, p.88)

Observam-se nesses preceitos os fundamentos e princípios do Estado e da Administração Pública, como isonomia, legalidade, impessoalidade,

publicidade, limitações ao poder de tributar e independência dos poderes, inseridos nos art. 2º, 5º, 37, 150 da Constituição Federal (1988).

Em decorrência desses pensamentos, adveio a Revolução Gloriosa, que resultou em 1689 na “*Bill off Rights*”, Declaração de Direitos do Cidadão, primeiro documento a reconhecer as liberdades políticas e individuais dos cidadãos, a fazer previsão do princípio da legalidade, e, por conseguinte, limitar o poder absoluto do Monarca. Em razão da sua reestruturação política, a Inglaterra criou condições para o respeito à propriedade, aos contratos, à segurança jurídica, limitou os poderes do Monarca e instituiu limitações ao poder de tributar, estruturando as bases para a Revolução Industrial e para tornar-se um dos países mais prósperos na Idade Moderna e início da Idade Contemporânea.

O grande marco da transição do Estado Absolutista para o Estado de Direito foi a Revolução Francesa. Esta teve como antecedentes causas políticas e econômicas. Dentre essas, ressalta-se o grande déficit fiscal do Estado Francês, resultante, principalmente, da participação na Guerra de Independência dos Estados Unidos e nos grandes gastos da corte do Rei Luiz XVI. No intuito de aumentar a arrecadação, o Monarca decide cobrar impostos do Clero e dos Nobres, que eram o Primeiro e Segundo Estado. Estes para tentar impedir solicitam a convocação da Assembleia dos Estados Gerais, da qual deveria participar o Terceiro Estado, composto pela burguesia e camponeses.

Na Assembleia, cada Estado tinha direito a um voto. Esse sistema era considerado injusto pela burguesia, pois individualmente o 3º Estado contaria com a maioria dos votos, principalmente se fossem somados os dissidentes do 1º e 2º Estado. Esta situação levou a vários desdobramentos resultando na Revolução Francesa que marca a transição do Estado Absolutista para o Estado de Direito.

Dentre os pensadores iluministas, as ideias defendidas por Montesquieu tiveram papel preponderante no estabelecimento dos fatos que resultaram na revolução. Esse estudioso, partindo dos ensinamentos de Locke, desenvolveu sua teoria em torno da igualdade e liberdade individual e da separação dos poderes. Enfatiza que a sociedade faz com que os homens percam a igualdade e estes apenas retornam a ela pelas leis (Montesquieu, 1982, p. 147). Proclama que “(...)

a liberdade não pode consistir senão em poder fazer o que se deve querer e em não ser constrangido a fazer o que não se deve desejar.” (Montesquieu, 1982, p. 186).

Compulsando a Constituição Federal/88, encontramos no art. 5º, II: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. Verifica-se aí, sedimentado no princípio da legalidade, o pensamento de Montesquieu, fundamental para o pleno exercício da liberdade individual e para proteger o cidadão contra os arbítrios do Estado.

Preconizando a necessidade de se limitar o Poder do Estado para que não ocorra abuso de poder, a fim de assegurar as liberdades individuais Montesquieu demonstra que:

(...) a experiência eterna mostra que todo homem que tem poder é tentado a abusar dele; vai até onde encontra limites. Quem diria! A própria virtude tem necessidade de limites.

Para que não se possa abusar do poder é preciso que, pela disposição das coisas, o poder freie o poder. Uma constituição pode ser de tal modo que ninguém será constrangido a fazer coisas que a lei não obriga e a não fazer as que a lei permite. (MONTESQUIEU, 1982, p. 186)

No que tange a submissão do Estado ao império da lei, Locke (1978, p. 99) já discorria sobre o ato discricionário, salientando que o Poder Legislativo, embora soberano e representante do povo, não tinha condições de prever todas as situações ordinárias através de leis. Assim, caberia ao Poder Executivo a prerrogativa de decidir os casos não previstos em lei, de acordo com a conveniência, conforme exigisse o bem público e a vontade geral. Ressalta que o Poder Executivo não poderia utilizar dessa prerrogativa de forma indiscriminada. Havendo dúvida entre o povo e o governo a respeito de uma questão, ela se resolveria de forma favorável ao povo.

Montesquieu, analisando a Constituição da Inglaterra, chega à conclusão de que o ideal é que ocorra a divisão dos poderes, porque entende que se todas as funções do Estado (elaborar leis, executar as resoluções públicas e julgar os crimes ou as divergências dos cidadãos) estiverem reunidas nas mãos

de um monarca ou de uma assembleia, estes tenderiam ao despotismo e desrespeito à liberdade (Montesquieu, 1982, p.187). Preconiza que o poder legislativo deve ser composto por representantes eleitos pelos cidadãos, o poder executivo deve ficar a cargo de um monarca e o poder judiciário deve ser transitório, composto de acordo com as necessidades de julgamento, exercido por pessoas extraídas do corpo do povo, num certo período do ano, de modo prescrito pela lei.

Desta tese, surge o primado da divisão dos poderes, já defendido por Locke, e que encontra em Montesquieu um grande apologista. Este preceito passa a ser um dos fundamentos do Estado de Direito, sendo inserido nas diversas constituições modernas. Sua principal importância reside no fato de limitar o poder do monarca, e na atualidade dos governantes, que no Estado de Direito deixam de ser senhores do destino dos súditos, elaborando leis, instituindo impostos, governando, administrando e julgando. Por conseguinte, ao invés de súditos, passamos a ter cidadãos, sujeitos de direitos e deveres na ordem jurídica, destacando-se os direitos e liberdades individuais e os direitos políticos.

Rousseau, em sua obra *O Contrato Social*, enfatiza a necessidade da transição legítima da liberdade natural à liberdade convencional. Preconiza que “(...) a força não faz o direito e que só se é obrigado a obedecer aos poderes legítimos” (Rousseau, 1999, p. 60). Dessa forma conclui que o verdadeiro poder é soberano, ou seja, concedido pelo povo decorrente da vontade geral, sendo dirigido para a edificação do bem comum. Dessa forma, entende que as leis decorrem da vontade geral, e nem os governantes estão acima das leis, visto que é membro do Estado “Quando digo que o objeto das leis é sempre geral, por isso entendo que a Lei considera os súditos como corpo e as ações como abstratas, e jamais um homem como um indivíduo ou uma ação particular.” Esse pensamento encontra ressonância em Locke, ao afirmar que os regulamentos serão os mesmos para o rico e para o pobre, para o favorito e para o cortesão, para o burguês e para o trabalhador. É a legítima expressão da igualdade perante a lei e do princípio da impessoalidade da Administração Pública.

Há de se ressaltar que, contrariando Montesquieu, Rousseau entende que não há tripartição dos poderes no Estado, pois a soberania é inalienável e indivisível. Nesse sentido, considera que a soberania é representada pela vontade popular e que os governantes não exerciam senão uma comissão, um emprego, no qual como simples funcionários do soberano (o povo) exercem em seu nome o poder de que ele os fez depositários, e que pode limitar, modificar e retomar quando lhe aprouver (1999, p. 137). Nesse ponto, realizando um paralelo com a realidade biológica afirma:

O princípio da vida política reside na autoridade soberana. O poder legislativo é o coração do Estado: o poder executivo, o cérebro que dá movimento a todas as partes. O cérebro pode paralisar-se e o indivíduo continuar a viver. Um homem torna-se imbecil e vive, mas, desde que o coração deixa de funcionar, o animal morre. (ROUSSEAU, 1999, p. 178)

Outro ponto em que Rousseau diverge de Montesquieu é quando analisa a monarquia, deixando clara a falta de competência (funcional) para o exercício da atividade de governo por parte dos monarcas e dos ministros, por ausência de maturidade, coerência, inconstância e preparo dos governantes. Alega que estes não defendem os interesses do povo, por considerar conveniente que este seja fraco, miserável, e que nunca possa oferecer-lhes resistência (ROUSSEAU, 1999). Criticou o poder absoluto e divino dos monarcas, principalmente em relação àqueles que defendiam o argumento que o povo deveria suportar os maus reis sem murmurar, uma vez que foram dados aos homens em razão da cólera de Deus, como castigo dos céus, concluindo: “Sabemos muito bem que devemos aguentar um mau Governo quando o temos; a questão está em encontrar um bom” (ROUSSEAU, 1999, p. 157).

Dentre as inúmeras ideias que traz a respeito da liberdade e igualdade, desponta na obra de Rousseau o que para muitos intérpretes teria sido a inspiração para a Revolução Francesa, quando afirma:

Isso não significa que, a exemplo de algumas doenças que transtornam a cabeça dos homens e lhes arrancam a recordação do passado, não haja certas vezes, no decurso da vida dos Estados, épocas violentas nas quais as revoluções ocasionam nos povos o que algumas crises determinam nos indivíduos, fazendo com que o horror do passado substitua o esquecimento – o Estado, abrasado por guerras civis, por assim dizer renasce das cinzas e retoma o vigor da juventude, escapando aos braços da morte. (ROUSSEAU, 1999, p.116)

Ressalte-se que os princípios exaltados pela Revolução Francesa foram: liberdade, igualdade e fraternidade. Em sua obra, Rousseau deixa claro que o maior de todos os bens é que a finalidade de todos os sistemas de legislação se resume em dois objetivos principais a *liberdade e a igualdade*. “A liberdade, porque qualquer dependência particular corresponde a outro tanto de força tomada ao corpo do Estado, e a igualdade, porque a liberdade não pode subsistir sem ela.” (1999, p.127).

O Estado Liberal de Direito estatuiu as características centrais do Estado moderno, a separação dos poderes e a submissão do Estado ao Império da lei (princípio da legalidade) a o respeito aos direitos e liberdades individuais.

Em relação à separação dos poderes, há divergências quando se analisa esse conceito do ponto de vista jurídico, e mesmo político, conforme salientado por Rousseau. No Direito Administrativo pátrio, Bandeira de Mello (2004), sustenta que no mundo ocidental prevalece esmagadoramente na doutrina a afirmação de que há uma trilogia de funções no Estado. Considera isso certo, embora possam ser invocadas algumas raras, conquanto respeitáveis, vozes discrepantes. Cita Kelsen, que sustenta que as funções estatais na verdade são duas: a de *criar* o Direito, legislação, e a de *executar* o Direito, o que tanto é feito pela Administração como pela Jurisdição. No Brasil, ensina-se que Bandeira de Mello também considera que só há duas funções no Estado: a administrativa e a jurisdicional. A Administrativa visa integrar a ordem jurídico-social, mediante suas atividades: a de legislar e a de executar, possuindo portanto caráter político de programação e realização dos objetivos públicos. A jurisdicional tem por objetivo o

próprio Direito, possuindo, portanto, um caráter manifestamente jurídico. (BANDEIRA DE MELLO, 2004, p. 27 – 28).

Bandeira de Mello (2004, p. 30) conclui que este artifício jurídico visa assegurar o sistema de “freios e contrapesos”, para promover um equilíbrio melhor articulado entre os “poderes” “(...) isto é, entre os órgãos do Poder, pois, na verdade, o Poder é uno”.

Di Pietro (2010, p. 63) ensina que o princípio da legalidade

(...) juntamente com o de controle da Administração pelo Poder Judiciário, nasceu com o Estado de Direito e constitui uma das principais garantias de respeito aos direitos individuais. Isto porque a lei, ao mesmo tempo em que os define, estabelece também os limites da atuação administrativa que tenha por objeto a restrição ao exercício de tais direitos em benefício da coletividade.

Bandeira de Mello enfatiza que o princípio da legalidade é capital para a configuração do regime jurídico administrativo, sendo específico do Estado de Direito. Ensina que esse princípio “(...) é a tradução jurídica de um propósito político: o de submeter os exercentes do poder em concreto – o administrativo – a um quadro normativo que embargue favoritismos, perseguições ou desmandos” (BANDEIRA DE MELLO, 2004, p. 90 – 91). Esse autor esclarece que:

Forstholf encarece as relações entre o princípio da legalidade e liberdade individual ao considerar que na lei se assenta a garantia da liberdade individual, o que se verifica por uma dupla maneira: por um lado através da legislação ordinária; por outro lado graças ao princípio da *legalidade da Administração*, “que não admite maiores intervenções na liberdade e propriedade além das que se acham legalmente permitidas. Este princípio se baseia na divisão dos poderes e pressupõe que a Administração age embasada na lei (...)” (BANDEIRA DE MELLO, 2004, p. 91).

A defesa dos direitos e liberdades individuais pelo Estado Liberal de Direito cria uma controvérsia, pois o Estado passa a atender ao individualismo, segundo os interesses da burguesia. Para a classe dominante, quanto menos o Estado interferisse nas questões econômicas e sociais, melhor, porque lhe propiciaria liberdade de ação. Daí defenderem o princípio da não intervenção

estatal. Embora a igualdade tenha figurado como um dos pressupostos da Revolução Francesa, esta não ocorreu na prática, ou seja, não se materializou. Assim, surge um paradoxo em torno das liberdades individuais e a supremacia do interesse público. Até que ponto o Estado estaria cumprindo o seu papel de propiciar o bem público para atender às necessidades de todos os cidadãos de forma universal? Isso porque o princípio da legalidade contrapõe-se, conforme ressaltado, a qualquer tendência personalista ou a favoritismos.

Ressalte-se que a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, explicitava no seu art. 4º:

A liberdade consiste em fazer tudo aquilo que não prejudica a outrem; assim, o exercício dos direitos naturais de cada homem não tem outros limites que os que asseguram aos membros da sociedade o gozo desses mesmos direitos. Esses limites somente podem ser estabelecidos em lei.

Bandeira de Mello ensina que:

Através da Constituição e das leis, os cidadãos recebem uma série de direitos. Cumpre, todavia, que o seu exercício seja compatível com o bem-estar social. Em suma, é necessário que o uso da *liberdade* e da *propriedade* esteja entrosado com a utilidade coletiva, de tal modo que não implique uma barreira capaz de obstar à realização dos objetivos públicos” (BANDEIRA DE MELLO , 2004, p.714).

Esse autor salienta a necessidade de limitações administrativas à liberdade e à propriedade, qual seja o “poder de polícia”.

Ainda no entendimento de Bandeira de Mello, o poder de polícia tem um *sentido amplo*, que consiste na atividade estatal que abrange o complexo de atos do Legislativo e do Executivo para condicionar a liberdade e a propriedade, enquanto no *sentido restrito* relaciona-se às intervenções gerais ou abstratas, como os regulamentos, ou concretas e específicas como as autorizações, e as licenças. Nesse sentido, esse doutrinador contesta o rótulo “poder de polícia” por considerar que sua concepção trata de coisas distintas, leis e atos administrativos,

ensina que isso pode levar a entender que a Administração dispõe de poderes que são inconcebíveis no Estado de Direito.

Cretella Júnior (1968, p. 41 – 47) traz importantes considerações sobre a definição do poder de polícia. Também advoga que essa expressão é imperfeita. De acordo com esse doutrinador, a ideia de Estado é inseparável da de polícia, pois o poder de polícia sempre existiu no Estado, quer seja em caráter amplo de política interna, quer como instituição essencialmente administrativa, ou como administração jurídica ou administração social do Estado. No entanto, “a expressão técnica ‘poder de polícia’ é bastante moderna, tendo nascido em país da língua inglesa e, logo depois, acolhida pelos cultores do Direito Público de todo mundo” (CRETELLA JÚNIOR, 1968, p.42).

Nesse sentido, o autor cita jurisprudências do Direito norte-americano da primeira metade do século XIX, mais precisamente de 1824 a 1853, em que juízes daquele país passam a utilizar esses termos, sedimentando essa terminologia. Conclui que “da jurisprudência norte-americana a denominação police power passa aos trabalhos doutrinários, americanos e ingleses, tendo sido aceita, logo, pelos juristas de todos os países em que se cultiva o Direito Público” (CRETELLA JÚNIOR, 1968, p.44).

Acrescenta que a grande dificuldade em torno das definições do poder de polícia advém do fato de que, na França (seguida de perto pela Itália), a defesa da ordem pública, da segurança, da salubridade, é o objetivo máximo do poder de polícia. Na jurisprudência e doutrina norte-americanas, transcende aquele poder às formas constritivas de direitos individuais promanadas da Administração para estender-se, principalmente, até o exercício da função legislativa (CRETELLA JÚNIOR, 1968, p.45).

É importante frisar que o exercício do poder de polícia encontra-se subordinado ao princípio da legalidade, ou seja, as limitações constitucionais e legais para o exercício da atividade administrativa. Não pode a Administração adotar nenhuma medida que não esteja embasada em lei. Nesse sentido, têm-se as atividades vinculadas, previstas expressamente na lei, e as atividades discricionárias, uma vez que não há como o legislador prever todas as situações,

deixam uma margem para que a Administração atue de acordo com a conveniência e oportunidade, mas sem se desviar do dever de alcançar a finalidade pública. Ressalte-se que Locke já defendia em sua obra O Contrato Social a necessidade da discricionariedade da Administração Pública.

Embora às vezes se diga “poder discricionário”, é importante ressaltar que a Administração Pública não dispõe desse poder. Segundo ensinamento de Azambuja (1996, p. 5), “poder é a força por meio da qual se obriga alguém a obedecer”. Quando o Estado atua delimitando as atividades do particular e impondo sanções, em conformidade com a lei, no uso da *supremacia geral*, utiliza-se do poder de polícia. Já quando atua delimitando e disciplinando as atividades dos servidores públicos ou daqueles com os quais detém relações específicas, como alunos de escolas, pacientes de um hospital, ou presidiários, no uso da *supremacia especial* (BANDEIRA DE MELLO, 2004), utiliza-se do poder disciplinar. Ou seja, dispõe da força através da qual obriga os administrados a obedecerem, isso porque a Supremacia do Estado lhe confere autoridade que é “(...) o direito de mandar e dirigir, de ser ouvido e obedecido” (AZAMBUJA, 1996, p. 5).

Ocorre que, tanto no exercício do poder de polícia, quanto no exercício do poder disciplinar, a Administração Pública pratica atos discricionários, pois o legislador não tem condições de estabelecer em lei todas as situações. No entanto, a atividade discricionária não pode ser denominada poder, uma vez que não é manifestação concreta da força, não subsistindo por si só como poder, mas como substrato do poder de polícia e do poder disciplinar.

Bandeira de Mello acentua que o poder de polícia em sua essência tem um sentido positivo ou negativo, podendo a Administração Pública, através dele, evitar um dano ou construir uma utilidade. Cita como exemplo de sentido positivo as limitações ao direito de construir firmadas em favor de um objetivo urbanístico estético, que favorece o embelezamento da cidade, e o sentido negativo que objetiva a abstenção dos particulares em realizar determinada atividade, como o condicionamento do uso da propriedade imobiliária a fim de que se conforme ao atendimento de sua função social. Enfatiza “(...) que a utilidade pública é, no mais

das vezes, conseguida de modo indireto pelo poder de polícia, em contraposição à obtenção direta de tal utilidade, obtida através dos serviços públicos” (BANDEIRA DE MELLO, 2004, p.726 – 727).

Desta forma, é possível analisar a contraposição entre o princípio da legalidade e a supremacia do interesse público sobre o privado no Estado Liberal de Direito, através da avaliação do poder de polícia. Cretella Júnior (1968, p.15) demonstra que na Idade Média ocorreu uma ampliação do conceito de polícia, a partir da França e Alemanha “*a police e polizei passaram a designar o direito do soberano e do senhor feudal para zelar, de todos os modos possíveis, pelo bem-estar daqueles que estavam sob suas ordens.*” Assim, segundo esse autor, o conceito passou a abranger todas as atividades da administração, envolvendo o bem-estar físico, econômico e intelectual da população.

É a época pretérita ao Estado de Direito, que Bandeira de Mello (2004, p. 717) denomina de Estado de Polícia, que traz consigo a suposição de prerrogativas dantes existentes em prol do “príncipe”. Cretella Júnior continua a lecionar que nos Estados absolutistas, *o poder de polícia* é ilimitado, conferindo, por isso, à polícia, a faculdade de investir contra as liberdades públicas. Nos regimes de legalidade, *o poder de polícia* é limitado, exercendo-se em esfera que o direito assinala (CRETELLA JÚNIOR, 1968).

No Estado Liberal de Direito, o poder de polícia impunha obrigações apenas negativas (não fazer) visando resguardar a ordem pública, atuando de forma passiva, como acentua Di Pietro:

Num primeiro momento, o Estado de Direito desenvolveu-se baseado nos princípios do **liberalismo**, em que a preocupação era a de assegurar ao indivíduo uma série de direitos subjetivos, dentre os quais a **liberdade**. Em conseqüência, tudo o que significasse uma interferência nessa liberdade deveria ter um caráter excepcional. A regra era o livre exercício dos direitos individuais amplamente assegurados nas Declarações Universais de Direitos, depois transpostos para as Constituições; a atuação estatal constituía exceção, só podendo limitar o exercício dos direitos individuais para assegurar a **ordem pública**. A polícia administrativa era essencialmente uma **polícia de segurança**. (DI PIETRO, 2010, p. 115 -116)

É patente que o Estado Liberal de Direito foi pródigo em atender aos anseios da burguesia, manteve o fosso entre o povo e o poder público, não atendendo aos preceitos de igualdade e participação política do cidadão, para que se alcançasse a democracia e maior atenção às necessidades sociais da coletividade. Nesse sentido, Silva acentua que

o individualismo e o abstencionismo ou neutralismo do Estado Liberal provocaram imensas injustiças, e os movimentos sociais do século passado, e deste especialmente, desvelando a insuficiência das liberdades burguesas, permitiram que se tivesse consciência da necessidade de justiça social (SILVA, 1998, p. 119).

Esta situação fez recrudescer os problemas sociais, a despeito do crescimento econômico da burguesia, em razão da não intervenção do Estado, do controle político do Estado por esta classe, da segurança jurídica e da proteção à propriedade. Porém, os problemas de degradação ambiental, exploração do trabalho dos homens, mulheres e crianças, a ausência de políticas públicas de saúde, educação, habitação e segurança aviltaram-se, agravando situação social do trabalhador, em virtude das condições desumanas de moradia, saúde, segurança, alimentação. Esta situação indica o paradoxo entre a garantia às liberdades individuais e a supremacia do interesse público que norteou o Estado Liberal de Direito. Esses fatores levaram ao Estado Social de Direito.

2.2 Estado Social de Direito

Quereis dar consistência ao Estado? – aproximai tanto quanto possível os graus extremos, não suportai nem os opulentos nem os mendigos. Esses dois estados, naturalmente inseparáveis, são igualmente funestos ao bem comum – de um saem os fautores da tirania e de outro os tiranos. É sempre entre eles que se faz o tráfico da liberdade pública; um a compra e o outro a vende.
Rousseau

O pensamento de Rousseau teve grande importância na definição dos rumos da Revolução Francesa e implantação do estado burguês. A influência desse pensamento se vê na Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão cujo art. 1º estatui que “os homens nascem e são livres e iguais em direitos” (Rousseau inicia sua obra “O contrato social” afirmando que “O homem nasce livre”), e em outros fundamentos do Estado Liberal. Porém, no momento em que a burguesia assume o controle do Estado, passando de classe dominada a classe dominante, esta não tem interesse em materializar e universalizar esses ideais a todos os componentes do corpo social, como apanágio de todos os homens, conforme salienta Bonavides (1993).

Contudo, Rousseau (1999) foi precursor das ideias em torno da função social da propriedade e do Estado Social, princípios negligenciados pelos fundadores do Estado Burguês, por não estarem correlacionados com seus objetivos.

Discutindo sobre o direito de propriedade, Rousseau afirma:

Em geral, são necessárias as seguintes condições para autorizar o direito do primeiro ocupante de qualquer pedaço de chão: primeiro que esse terreno não esteja ainda habitado por ninguém; segundo, que dele só se ocupe a porção de que se tem necessidade para subsistir; terceiro, que dele se tome posse não por uma cerimônia vã, mas pelo trabalho e pela cultura, únicos sinais de propriedade que devem ser respeitados pelos outros, na ausência de títulos jurídicos (ROUSSEAU, 1999, p. 80).

Observam-se nesses ditames os postulados da função social da propriedade, a limitação da posse as necessidades e o uso produtivo da terra. Ademais, verifica-se o respeito à propriedade privada. Rousseau encerra o capítulo salientando que o pacto social ao invés de destruir a igualdade natural, “(...) pelo contrário, substitui por uma igualdade moral e legítima aquilo que a natureza poderia trazer de desigualdade física entre os homens, que, podendo ser desiguais na força ou no gênio, todos se tornam igual por convenção e direito” (1999, p. 81). Ou seja, o pacto social faz com que todos sejam iguais perante a lei, favorecendo neste caso os desiguais, seja por força física ou deficiência na

inteligência, que passam a merecer proteção especial do Estado. Contudo, o próprio Rousseau reconhece que

Sob os maus governos essa igualdade é somente aparente e ilusória; serve só para manter o pobre na sua miséria e o rico na sua usurpação. Na realidade, as leis são sempre úteis aos que possuem e prejudiciais aos que nada têm, donde se segue que o estado social só é vantajoso aos homens quando todos eles têm alguma coisa e nenhum tem demais (ROUSSEAU, 1999, p. 81).

Nesse ponto, é importante observar que Rousseau não considerava igualdade como sendo absolutamente os mesmos graus de poder e riqueza para todos, mas que não houvesse um fosso entre os mais ricos e os mais pobres, de forma que a desigualdade provoque a degeneração da sociedade. Foi justamente a desigualdade dos interesses em conflito que causou a derrocada do Estado Liberal, por não conseguir solucionar o problema de ordem econômica das camadas proletárias da sociedade, por ser um Estado inoperante, aumentando a crise social.

A despeito dessas considerações, o Estado Liberal de Direito caracterizou-se por ser um estado individualista, marcado pela defesa dos interesses da burguesia. Dessa atitude neutra e passiva do Estado frente aos problemas sociais, que se avultaram, diversos intelectuais passam a combater essa situação, levando a diversos movimentos sociais nos séculos XIX e XX. Lucas Verdú (ANO DA OBRA ORIGINAL???) , citado por Silva (1998), enfatiza:

Mas o Estado de, que já não poderia justificar-se como liberal, necessitou, para enfrentar a maré social, despojar-se de sua neutralidade, integrar, em seu seio, a sociedade, sem renunciar aos primados do Direito. O Estado de Direito, na atualidade, deixou de ser formal, neutro e individualista, para transformar-se em Estado material de Direito, enquanto adota uma dogmática e pretende realizar a justiça social. (SILVA, 1998, página. ???)

Bonavides (1993) considera que há uma imprecisão de ordem semântica em relação a “Estado Social”, contudo, entende que uma constante a qual explica

o aparecimento do Estado Social é a intervenção ideológica do socialismo (1993, p. 179).

Enfatiza, ainda, que o Estado Social representa uma transformação superestrutural por que passou o antigo Estado Liberal, conservando no Ocidente sua adesão à ordem capitalista “Daí compadecer-se o Estado social no capitalismo com os mais variados sistemas de organização política, cujo programa não importe em modificações fundamentais de certos postulados econômicos e sociais” (BONAVIDES, 1993, p. 180). Conclui que o Estado social se compadece com regimes políticos antagônicos, como a democracia, o fascismo e o nacional-socialismo.

O Estado social, segundo Bonavides, significa intervencionismo, patronagem, paternalismo:

O Estado social, por sua própria natureza, é um Estado intervencionista, que requer sempre a presença militante do poder político na esfera social, onde cresceu a dependência do indivíduo, pela impossibilidade em que este se acha, perante fatores alheios a sua vontade, de prover certas necessidades existenciais mínimas (BONAVIDES, 1993, p. 196).

Para atender a seus pressupostos, ocorre o fortalecimento do papel do Estado. O Estado passa a ditar as regras, deixa de ser neutro, substitui a atitude passiva por uma atitude ativa. Com isso, observa-se a presença do Estado na economia – intervenção estatal – de forma direta, com o Estado empresário, atuando em áreas consideradas estratégicas – ou, indireta – através da regulamentação da economia. Dessa forma, o Estado Social passa a intervir nos cânones do *liberalismo*: a livre iniciativa e a livre concorrência.

Dentro dessa vertente, crescem a máquina estatal e a burocracia administrativa. Além de atuar através da prestação de serviços públicos, o Estado passa a fomentar a economia e o desenvolvimento social. O poder de polícia assume nova vertente na proteção do interesse público. Di Pietro acentua que:

A preocupação com a proteção do interesse público nasceu com o Estado Social. E não nasceu para proteger um interesse público único, indeterminado, difícil ou impossível de definir-se. Ele nasceu para proteger os vários interesses das várias camadas sociais. Ele não afetou os direitos individuais, mas passou a conviver com eles. Tanto assim é que, paralelamente ao princípio do interesse público, nasceram os direitos sociais e econômicos (DI PIETRO, 2010, p. 37).

Essa doutrinadora conclui que em nome do primado do interesse público inúmeras transformações ocorreram, dentre elas em relação ao poder de polícia do Estado, que deixa de impor obrigações meramente negativas (não fazer) para resguardar a ordem pública, e passa a impor obrigações positivas, “além de ampliar o seu campo de atuação, que passou a abranger, além da ordem pública, também a ordem econômica e social” (DI PIETRO, 2010, p. 65).

Com a ampliação do conceito de poder de polícia, decorrente do primado do interesse público, os doutrinadores passam a dar nova conotação a essa função estatal. Laubadère frisa que

O poder de polícia define-se pelo fim que se tem em mira e que é o de assegurar a tranquilidade (ausência de riscos de desordem) a segurança (ausência de riscos de acidentes) ou a salubridade pública (ausência de riscos de moléstias). (LAUBADÉRE, ANO DA OBRA ORIGINAL???, citado por CRETELLA JÚNIOR, 1968, p. 46).

Cretella Júnior (1968, p. 22) enfatiza que a polícia exerce ação tendente a manutenção da ordem pública, englobando em seu conteúdo a segurança de pessoas e bens, tranquilidade pública e salubridade pública. Conclui que o conceito reveste aspectos econômicos e até estéticos. Nesse sentido, divide a polícia administrativa (tem por escopo impedir as infrações das leis, sendo preventiva) em dois ramos: a geral e a especial.

Polícia administrativa geral é a que tem por objetivo a consecução direta de certos fins preventivos, que não estão ligados a nenhum outro serviço público. Divide-se em dois ramos: polícia de segurança e polícia de costumes. A polícia de segurança tem por objetivo prevenir a criminalidade em relação à

incolumidade pessoal, à propriedade, à tranquilidade pública e social. A de costumes abrange modalidades relativas a jogos, a diversões, ao lenocínio, à prostituição, ao alcoolismo, aos entorpecentes, à mendicância (CRETELLA JÚNIOR, 1968, p. 62).

Polícia administrativa especial é a que aparece como acessória a outros serviços públicos, apresentando inúmeras modalidades, que se desdobram de acordo com o desenvolvimento dos serviços. Como exemplos, pode se citar: a ferroviária, de cemitérios, a do trânsito, a portuária, a ambiental, a sanitária, a aduaneira e a edilícia (1968, p. 62).

Bandeira de Mello contesta a divisão em geral e especial, sob dois argumentos:

- 1) Primeiro, na França, as atividades de polícia incidiam sobre as matérias próprias da polícia geral: segurança, tranquilidade e salubridade pública, as quais perfaziam a noção de ordem pública. Cita os textos legais autorizadores das intervenções do poder de polícia, Lei de 22.12.1789 - 8.1.1790, segundo o qual compete aos administradores dos Departamentos a “manutenção da salubridade, da segurança e da tranquilidade públicas”; e art. 97 da Lei 5.4.1884, segundo o qual “a polícia municipal tem por objetivo assegurar a boa ordem, a segurança e a tranquilidade públicas”. Posteriormente em razão de legislações específicas a Administração veio a agir em outras áreas.
- 2) A Administração Pública na França, em matéria de segurança, tranquilidade e salubridade públicas interfere através de regulamentos autônomos, que inovam na ordem jurídica e tem cunho materialmente legislativo. Esta situação é inaplicável no Direito brasileiro, uma vez que a Administração Pública não pode inovar na ordem jurídica. (BANDEIRA DE MELLO, 2004, p. 733-734)

Cretella Junior não emprega os termos tranquilidade, segurança e salubridade em relação à noção de polícia, que mostra ser menos ampla, mas em relação ao de poder de polícia. Chega a uma definição, que propõe ser universal do poder de polícia, “mediante o qual os Estados de Direito de nossos dias satisfazem a tríplice objetivo, qual seja, o de assegurar a tranquilidade, a segurança, a salubridade, mediante uma série de medidas traduzidas, na prática,

pela ação policial, que se propõe a atingir tal *desideratum*” (CRETELLA JÚNIOR, 1968, p. 46). Continua acentuando que:

O poder de polícia é a causa, o fundamento; a polícia é consequência. O poder de polícia é algo *in potentia*, traduzido *in actu*, pela ação policial.

Poder de polícia é a faculdade discricionária da administração de limitar a liberdade individual em prol do interesse coletivo (CRETELLA JÚNIOR, 1968, p. 56).

Dessa forma, Cretella Junior (1968) utiliza o tríplice objetivo tranquilidade, segurança e salubridade, em relação a poder de polícia. Ao propor a divisão da polícia administrativa em geral e especial, não o faz segundo esses objetivos que são gerais, mas segundo objetivos específicos, quais sejam, Polícia administrativa geral é a que **tem por objetivo a consecução direta de certos fins preventivos**, que **não estão ligados a nenhum outro serviço público**, e Polícia administrativa especial é a que **aparece como acessória a outros serviços públicos**, mas ambas atuam buscando satisfazer o tríplice objetivo do Estado de Direito.

Bandeira de Mello (2004) leciona que a polícia administrativa propõe-se a salvaguardar os seguintes valores: de segurança pública, de ordem pública, de tranquilidade pública, de higiene e saúde públicas, estéticos e artísticos, históricos e paisagísticos, riquezas naturais, moralidade pública e economia popular.

Analisando os ensinamentos desses insignes mestres, é possível concluir que carece de necessidade a divisão da polícia administrativa em geral e especial, pois, dentro do poder de polícia do Estado, a atividade de polícia deve se manifestar para atingir o tríplice objetivo de segurança, tranquilidade e salubridade. Contudo, não cabe refutar a divisão da polícia administrativa com base nos argumentos defendidos por Bandeira de Mello, primeiro em razão dos ensinamentos de Cretella Junior, segundo porque, em consonância com o princípio da legalidade, o Estado se submete às leis por ele mesmo postas, sendo defeso ao Poder Executivo inovar a ordem jurídica e impor obrigações ou proibições senão em virtude de lei.

Por outro lado, cumpre trazer a lume o entendimento de Di Pietro sobre a matéria, que entende que o emprego do termo polícia geral é relativo à segurança pública e polícias especiais é relativo às que atuam nos mais variados setores da atividade dos particulares. Enfatiza que o crescimento do poder de polícia deu-se em dois sentidos:

1. de um lado, passou a atuar em setores não relacionados com a segurança, atingindo as relações entre particulares, anteriormente fora do alcance do Estado; o próprio conceito de ordem pública, antes concernente apenas à segurança, passou a abranger a ordem econômica e social, com medidas relativas às relações de emprego, ao mercado dos produtos de primeira necessidade, ao exercício das profissões, às comunicações, aos espetáculos públicos, ao meio ambiente, ao patrimônio histórico e artístico nacional, à saúde e tantas outras;
2. de outro lado, passou a possibilitar a imposição de obrigações de fazer, como o cultivo da terra, o aproveitamento do solo, a venda de produtos; a polícia tradicional limitava-se a impor obrigações de não fazer. Para alguns autores, essas medidas escapam ao poder de polícia e se apresentam como novo instrumento de que o Estado dispõe para intervir na propriedade, com vista em assegurar o bem comum, com base no princípio da função social da propriedade. (DI PIETRO, 2010, p. ???)

Em sua crítica ao Estado Social, Bonavides entende como grande risco a politização da função social pelo Estado como meio de agravar a dependência do indivíduo, desvirtuar a democracia ou consolidar o poder totalitário. Neste sentido, enxerga o risco de governantes destituídos de escrúpulos atentarem contra a liberdade humana, o que exploraria a dependência básica do indivíduo, transformado em mero instrumento dos fins estatais. Assegura que “Com a democracia, diz Forsthoff, existe a mesma tendência, mas ela aqui só vinga quando o regime político se torna uma farsa, no momento crítico de formação da vontade estatal” (BONAVIDES, 1993, p. 196 – 198).

Dentro dessa assertiva, observa-se que em alguns estados totalitários, a polícia não era vista como uma atividade de Estado, dentro do triplice objetivo de assegurar a tranquilidade, segurança e salubridade, na defesa e proteção do cidadão, mas como um instrumento de proteção e defesa da Administração, ou

melhor, dos administradores, indo contra preceitos de cidadania e respeito à dignidade da pessoa humana. Esses fatores levaram, após a 2ª Guerra Mundial, ao surgimento do Estado Democrático de Direito, em substituição ao Estado Social de Direito.

2.3 Estado Democrático de Direito

(...) a força não faz o direito e só se é obrigado a obedecer
aos poderes legítimos
Rousseau

Silva (1998) demonstra que o Estado de Direito, quer como Estado Liberal de Direito, quer como Estado Social de Direito, nem sempre caracteriza Estado Democrático, pois este se funda no princípio da soberania popular que:

(...) impõe a participação efetiva e operante do povo na coisa pública, participação que não se exaure, na simples formação das instituições representativas, que constituem um estágio da evolução do Estado Democrático, mas não o seu completo desenvolvimento (CROSA, **ANO DA OBRA ORIGINAL ???**, citado por SILVA, 1998, p. 121).

Esse autor discorre que, no Estado Liberal de Direito, a concepção de igualdade foi puramente formal e abstrata, na generalidade da lei e que o Estado Social de Direito não conseguiu promover a justiça social nem a autêntica participação democrática.

Onde a concepção mais recente do Estado Democrático de Direito, como Estado de legitimidade justa (ou Estado de Justiça material), fundante de uma sociedade democrática, qual seja a que instaure um processo de efetiva *incorporação* de todo o povo nos mecanismos do *controle das decisões*, e de sua *real participação* nos *rendimentos da produção* (SILVA, 1998, p. 122).

Desta forma, observa-se que um dos objetivos centrais do Estado Democrático de Direito é promover a igualdade material, dar condição efetiva aos

cidadãos para se incorporarem na sociedade, usufruindo da educação, saúde, habitação, trabalho, lazer e outros direitos sociais. E, acima de tudo, assegurar a participação política. Observa-se que, no Estado Liberal, a burguesia passou a ser a classe dominante, excluindo a participação popular, mantendo apenas a igualdade formal, não possibilitando a real participação nos rendimentos da produção, outro objetivo central do Estado Democrático de Direito.

Silva (1998) acentua que a nossa Constituição emprega a expressão “democrático” qualificando o Estado, “o que irradia os valores da democracia sobre todos os elementos constitutivos do Estado e, pois, também sobre a ordem jurídica”. Conclui que o Estado Democrático de Direito se subordina ao império da lei, mas da lei que realize o princípio da igualdade e da justiça, pela busca da igualização das condições dos socialmente desiguais (SILVA, 1998, p.125). Por fim, este autor entende que os princípios e tarefas do Estado Democrático de Direito são: princípio da constitucionalidade, princípio democrático, sistema de direitos fundamentais, princípio da justiça social, princípio da igualdade, princípios da divisão de poderes e da independência do juiz, princípio da legalidade e princípio da segurança jurídica.

Analisando as tendências atuais do Direito Administrativo Brasileiro, Di Pietro (2010, p.29 – 30) faz importante inferência em relação ao alargamento do princípio da legalidade. Afirma que a Administração no Estado democrático de Direito não se acha vinculada apenas à lei, mas aos princípios e valores, que foram inseridos no texto constitucional não apenas do art. 1º ao 4º, mas em vários dispositivos esparsos. Essa ampliação objetiva materializar o Direito, de forma que à Administração não basta à sujeição à lei, mas a busca do Direito como ideário de justiça.

Surge aí uma divergência, pois o alargamento do princípio da legalidade, pela adoção dos princípios do Estado Democrático de Direito, traz como consequência maior limitação à discricionariedade administrativa, em decorrência da submissão da Administração a princípios e valores. Ocorre que, por outro lado, a insigne doutrinadora demonstra a pressão no sentido da ampliação da discricionariedade administrativa. A divergência surge, pois à medida que se

amplia o princípio da legalidade, reduz-se a discricionariedade, dando menor margem para que a Administração atue de conformidade com a conveniência e oportunidade.

Neste sentido, Di Pietro (2010) demonstra que no Estado Liberal de Direito havia maior discricionariedade, uma vez que a legalidade somente se restringia ao que dissesse respeito aos direitos individuais. Com o Estado Social de Direito, houve ampliação da competência normativa do Poder Executivo e a legalidade passou a abranger toda a esfera de atuação da Administração Pública. Por fim, com o Estado Democrático de Direito, houve nova ampliação com a sujeição ao Direito (lei, valores e princípios) além da ampliação da função normativa da Administração Pública, com a função reguladora exercida pelas Agências.

Assim sendo, surgiram duas tendências opostas. Primeiro, os neoliberais tencionam substituir a Administração burocrática pela Administração gerencial. Para isso, requerem maior liberdade decisória, sendo necessário, por conseguinte, a ampliação da discricionariedade. Por outro lado, os chamados “conservadores” se dirigem no sentido de ampliar a legalidade, defendendo o argumento, conforme enfatizado, de que o Estado não se submete apenas à lei, mas ao **Direito**. Daí a divergência.

Bandeira de Mello (2004) leciona que:

Uma vez que a atividade administrativa é subordinada à lei, e firmado que a administração assim como as pessoas administrativas não têm disponibilidade sobre os interesses públicos, mas apenas o dever de curá-los nos termos das finalidades predeterminadas legalmente (...), compreende que esteja submetida a vários princípios, dentre estes o princípio da legalidade, com suas implicações e decorrências: princípio da finalidade, da razoabilidade, da proporcionalidade, da motivação e da responsabilidade do Estado (BANDEIRA DE MELLO, 2004, p. 65).

A Jurisprudência deixa clara a aplicação ampla dos princípios com a decorrente ampliação do princípio da legalidade. Neste sentido, colacionamos o REsp. 625337RS, Relator Ministro Luiz Fux, de 15/12/2008:

(...) E, por envolver restrição a princípios fundamentais da ordem econômica e da ordem social, tem o Estado o dever de fundamentar essa intervenção. Trata-se do exercício do poder de polícia. (...) Portanto, a análise da legitimidade do ato administrativo, deve ser feita sob o prisma da razoabilidade, ou seja, do sopesamento da proporcionalidade e da adequação da medida para os fins pretendidos (...). (Grifo nosso).

É importante salientar que o uso da discricionariedade pela Administração decorre da impossibilidade de se prever em lei todas as situações, sendo, portanto, não apenas uma faculdade, mas também um dever para implementar a finalidade legal a que está jungida pelo princípio da legalidade, conforme salienta Bandeira de Mello (2004). Assim sendo, ainda que no uso da discricionariedade, a Administração não se afasta do princípio da legalidade, em virtude da indisponibilidade dos interesses públicos, devendo, por conseguinte atingir a finalidade pública em todos os atos administrativos, sob pena de sua correção pelo Poder Judiciário, nos termos do inciso XXXV, do art. 5º da CF.

Considerando os princípios que fundamentam o Estado Democrático de Direito, Di Pietro (2010) ressalta a tendência no Direito Administrativo Brasileiro de fortalecimento da democracia participativa, com inúmeros instrumentos de controle e participação do cidadão na gestão das atividades da Administração Pública.

Para avaliar a inserção da participação e controle do cidadão na gestão das atividades de polícia administrativa, cumpre reportar ao sentido inicial da palavra polícia, que apesar de ter significado diferente do hoje empregado, transmite noção da origem da palavra, a fim de buscar a sua assimilação. Cretella Júnior (1968, p. 14 – 15) demonstra que a palavra *polícia* origina-se do grego *politeia*, que tem o sentido implícito de cidade, polis, governo. Destaca entre os diversos sentidos de *politeia* em textos de autores da literatura clássica grega: qualidade e direitos de cidadão; direito de cidadania; modo de vida do cidadão.

Vê-se assim que a *polícia* está intrinsecamente vinculada à proteção e garantia dos direitos de cidadania. Assim, quando se fala em uma “polícia cidadã” pode-se considerar que, em sua essência esse é o sentido da palavra polícia.

Di Pietro (2010, p. 116 – 117) mostra a evolução do conceito de poder de polícia, da concepção liberal que compreendia “(...) a atividade estatal que limitava o exercício dos direitos individuais em benefício da segurança.” Ao conceito moderno adotado no direito brasileiro “(...) a atividade do Estado consistente em limitar o exercício dos direitos individuais em benefício do interesse público”. Observa-se que o poder de polícia no Estado Democrático de Direito não fica adstrito à segurança: ocorre ampliação do conceito de ordem pública, que passa a abranger questões de ordem econômica e social, de forma a garantir e assegurar o interesse público, na busca da igualização das condições dos socialmente desiguais.

Neste sentido, cumpre trazer a lume o conceito legal de poder de polícia, apresentado no art. 78 do Código Tributário Nacional – CTN:

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. (BRASIL, 2016)

Nesse ponto, atendendo aos preceitos de alargamento do princípio da legalidade e fortalecimento da democracia participativa, a polícia administrativa torna-se instrumento de defesa e proteção do cidadão, e não mais em instrumento do Estado para manter os interesses da Administração, como se verificou no Estado Social de Direito. Ou seja, a Administração condiciona o exercício dos direitos e liberdades individuais, mas sempre visando ao bem-estar coletivo, dentro do princípio da predominância do interesse público sobre o particular.

Dentro dessa premissa, recrudescem no Brasil entre organizações de polícia administrativa de segurança pública a crescente participação popular, através da polícia comunitária. A título de exemplo, cita-se que na Polícia Militar de Minas Gerais – PMMG foi inserida a filosofia de Polícia Comunitária, que busca

a participação e controle social na gestão das atividades de polícia preventiva através de Conselhos Comunitários de Segurança Pública – CONSEP.

Embora não exista um conceito exclusivo de Polícia Comunitária no Brasil, o mais recorrente entre as instituições policiais é de que é

[...] uma filosofia e uma estratégia organizacional que proporciona uma nova parceria entre a população e a polícia. Tal parceria se baseia na premissa de que tanto a polícia quanto a comunidade devem trabalhar juntas para identificar, priorizar e resolver problemas contemporâneos tais como crime, drogas, medo do crime, desordens físicas e morais, e em geral a decadência do bairro, com o objetivo de melhorar a qualidade geral de vida da área (TROJANOWICZ; BUCQUEROUX, 1994, citado por MINAS GERAIS, 2011a, p. 19).

Percebe-se que a ideia central de Polícia Comunitária está na possibilidade de oportunizar uma aproximação dos policiais junto à comunidade onde atuam e que esta não é uma atividade especializada, devendo tornar-se uma prática comum a todos os policiais militares, durante sua atuação preventiva.

A doutrina de emprego da PMMG tem por pressuposto os Direitos Humanos, no intuito de assegurar o respeito à cidadania, aos direitos e liberdades individuais, e aos princípios constitucionais, mormente o princípio da dignidade da pessoa humana. Nesse sentido, a diretriz de Direitos Humanos da Instituição estatui: “É primordial, pois, que os policiais militares [...] demonstrem sensibilidade em relação aos direitos e liberdades individuais, assim como tomem consciência de sua capacidade (individual) para promover e proteger tais direitos e liberdades.” (MINAS GERAIS, 2003, p. ??? – não há essa obra na referência).

Ressalte-se que no final do ano de 2011 a Polícia Militar de Minas Gerais lançou o “**Programa Polícia para a Cidadania**”, objetivando estabelecer no Estado uma rede de proteção à família, o que reforça o exercício do *poder de polícia* em conformidade com os ditames do Estado Democrático de Direito, e por sua vez atesta a evolução desta atividade estatal.

O Programa Polícia para a Cidadania foi estruturado e alinhado com os eixos da política governamental de Minas Gerais – participação social e gestão em

rede – tendo como diretivas a estruturação em eixos: Polícia Comunitária; Direitos Humanos; Transparência; e, Qualidade de atendimento ao Cidadão. As ações inseridas no programa são as seguintes: prevenção ao uso de drogas; prevenção à violência escolar; proteção à criança, ao adolescente e ao idoso; prevenção à violência doméstica; e, polícia e família. (MINAS GERAIS, 2011b, p. 13)

3 CONCLUSÃO

(...) a liberdade não pode subsistir sem a igualdade.
Rousseau

O estudo da evolução do Estado de Direito e do poder de polícia proporciona diversos ensinamentos àqueles que vivenciam o Direito Público. O primeiro ensinamento de relevância é o vínculo do Estado de Direito ao princípio da legalidade, significando que este Estado está subordinado às leis que cria e pode atuar na limitação dos direitos e liberdades individuais apenas fundamentado em lei e objetivando o bem comum.

Neste propósito, verifica-se que o princípio da legalidade evoluiu acompanhando o progresso do Estado. No Estado absolutista, o governante não atuava segundo os limites constitucionais e legais, ditava as normas de acordo com o seu alvedrio, julgava, governava, administrava e exercia todos os direitos da soberania sem oposição. No Estado Liberal de Direito, que estabeleceu como fundamentos a separação dos poderes, o princípio da legalidade e a garantia aos direitos e liberdades fundamentais, o princípio da legalidade se restringia a garantia dos direitos e liberdades individuais, prevalecendo à discricionariedade da Administração Pública.

No Estado Social de Direito, o princípio da legalidade evoluiu porque passou a considerar as normas expedidas pelo Poder Executivo, havendo, por conseguinte redução da discricionariedade. Por fim, o Estado Democrático de Direito amplia ainda mais o princípio da legalidade, ao considerar não apenas a lei, mas o Direito, abrangendo os princípios e valores constitucionais no intuito de

alcançar a materialização dos direitos fundamentais, dos quais se ressalta a igualdade.

Neste sentido, observa-se que os princípios que nortearam a criação do Estado de Direito, negligenciados em sua origem pela burguesia, que alijou a presença do elemento popular na formação da vontade estatal e, ainda a igualdade e a liberdade para exercício dos direitos, foram retomados em sua essência pelo Estado Democrático de Direito. Foi necessário amadurecimento político e social para que se entendesse a profundidade dos princípios da liberdade, igualdade e fraternidade, e, sobretudo dos direitos sociais. Importante considerar o alcance da visão social de Rousseau, cujos ensinamentos já delineavam os caminhos para se chegar ao Estado Social de Direito e ao Estado Democrático de Direito.

Partindo desse desiderato, observa-se que o poder de polícia acompanhou a mesma trajetória do Estado. Dessa forma, o **poder de polícia**, que cresce de abrangência a partir do Estado Social de Direito, veio a ter o seu auge no Estado Democrático de Direito, a partir do seu emprego na restrição dos direitos individuais no benefício do interesse público. Transmuta-se de uma visão individualista, baseada na segurança pública, interesse imediato da burguesia, para abranger a ordem econômica e social e todas as atividades que propiciem o bem comum. Isso ocorre porque à burguesia não interessava a intervenção estatal: quanto menor a interferência do Estado na economia e na vida social melhor. Desta forma, saiu-se de um “Estado Policial”, em que ao “Príncipe” cabia regular a vida social, para um estado “Liberal”, tolerante, indulgente. Se essa situação por um lado propiciou o crescimento econômico e político da burguesia, por outro lado aprofundou o abismo social e econômico entre a classe dominante e o povo.

O Estado Democrático vem suprir essa demanda do povo, ao estabelecer como princípios a constitucionalidade, a democracia, o sistema de direitos fundamentais, a justiça social, a igualdade, a divisão de poderes e da independência do juiz, a legalidade e a segurança jurídica. Todos esses princípios

passam a ser fundamento para o exercício do **poder de polícia**, além dos demais valores constitucionais e princípios que regem a Administração Pública.

Certifica-nos esta evolução do poder de polícia no Estado de Direito a atividade de polícia administrativa da Polícia Militar de Minas Gerais, em cuja essência doutrinária, que norteia o emprego operacional, observa-se o respeito aos Direitos Humanos, a Polícia Comunitária e, mais recentemente a ênfase à cidadania, através Programa Polícia e Família.

REFERÊNCIAS

AZAMBUJA, Darcy. **Teoria Geral do Estado**. 35.ed. São Paulo: Globo, 1996. 397p.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 17.ed. São Paulo: Malheiros, 2004. 960p.

BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 5.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1993. 209p.

BRASIL. Congresso Nacional. **Código Tributário Nacional**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5172Compilado.htm>. Acesso em 13 abr. 2016.

CRETELLA JUNIOR, José. **Tratado de Direito Administrativo**; Volume V; Polícia Administrativa. Rio de Janeiro: Forense, 1968.

Declaração dos direitos do homem e do Cidadão de 1789. Acessado em <http://pfdc.pgr.mpf.gov.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/direitos-humanos/declar_dir_homem_cidadao.pdf>. Acesso em 31 dez. 2014.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 23.ed. São Paulo: Atlas, 2010. 873p.

LOCKE, John. Carta acerca da tolerância: Segundo tratado sobre o governo; **Ensaio acerca do entendimento humano**. 2.ed. São Paulo: Abril Cultural, 1978. 344p. (Os Pensadores)

MINAS GERAIS. Polícia Militar. Comando-Geral. **Diretriz para a produção de serviços de Segurança Pública nº 3.01.05/2010-CG**: Regula a atuação da Polícia Militar de Minas Gerais segundo a filosofia dos Direitos Humanos. Belo Horizonte: PMMG – Comando-Geral, 2010.

MINAS GERAIS. Polícia Militar. Comando-Geral. **Diretriz para a produção de serviços de Segurança Pública nº 3.01.06/2011-CG**: Regula a aplicação da filosofia de polícia comunitária pela Polícia Militar de Minas Gerais. Belo Horizonte: PMMG – Comando-Geral, 2011a.

MINAS GERAIS - b. Polícia Militar. Comando-Geral. **Diretriz para a produção de serviços de Segurança Pública nº 3.02.03/2011-CG**: Define a estratégia e o processo de gestão do programa polícia para a cidadania e a prestação do serviço polícia e família da Polícia Militar de Minas Gerais. Belo Horizonte: PMMG – Comando-Geral, 2011b.

MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat. **O Espírito das Leis**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1982. 712p.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. Do contrato social; **Ensaio sobre a origem das línguas**. V. I. São Paulo: Nova Cultura, 1999. 336p. (Os Pensadores).

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 15.ed. São Paulo: Malheiros, 1998. 863p.