



UNIVERSIDADE PRESIDENTE ANTÔNIO CARLOS - UNIPAC

CLEIDERSON SANT ANNA SILVA

PODER DE POLÍCIA: PROPORCIONALIDADE E ABUSO DE PODER

**JUIZ DE FORA
2010**

CLEIDERSON SANT ANNA SILVA

PODER DE POLÍCIA: PROPORCIONALIDADE E ABUSO DE PODER

Monografia apresentada ao Curso de Direito da Universidade Presidente Antônio Carlos – UNIPAC, como requisito parcial para a obtenção de título de Bacharel em Direito.

Área de Concentração: Direito Administrativo

Orientadora: Prof^a. Luciana de Oliveira Zimmermann.

**JUIZ DE FORA
2010**

CLEIDERSON SANT ANNA SILVA

PODER DE POLÍCIA: PROPORCIONALIDADE E ABUSO DE PODER

Monografia apresentada ao Curso de Direito da Universidade Presidente Antônio Carlos – UNIPAC, como requisito parcial para a obtenção de título de Bacharel em Direito. Área de Concentração: Direito Administrativo.

BANCA EXAMINADORA

Profa. Luciana de Oliveira Zimmermann - Orientadora

Membro da Banca Examinadora

Membro da Banca Examinadora

Aprovado em ___/___/___

RESUMO

A exposição está organizada em quatro blocos. Inicialmente explicitam-se os conceitos relativos ao tema, qual seja, Poder de Polícia e suas características. Depois situa-se o problema no contexto que lhe dá origem e sentido expondo o Princípio da Proporcionalidade e da Razoabilidade. Na sequência colocam-se os pontos de partida - as premissas - que informam e apóiam o problema central, que se baseia no marco teórico da “Teoria dos Princípios” de Robert Alexy, tendo como referente os direitos limitados pela administração pública, nos limites da legalidade e da proporcionalidade, com a finalidade de se obter o bem-estar coletivo. E por fim a conclusão obtida após a apreciação das teorias analisadas.

Palavras-chave: Poder de Polícia. Proporcionalidade. Razoabilidade. Teoria dos Princípios.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	p.6
2 PODER DE POLÍCIA.....	p.8
2.1 Atributos, Privilégios ou Características dos Atos Administrativos.....	p.9
2.2 Características ou Atributos do Poder de Polícia.....	p.12
3 ILEGALIDADE DO ATO E CONTROLE JUDICIAL.....	p.16
3.1 Desrespeito ao Princípio da Proporcionalidade e Razoabilidade.....	p.18
3.2 Princípio Tridimensional da Proporcionalidade.....	p.20
4 SOLUÇÃO TÉCNICA PROPOSTA POR ROBERT ALEXY.....	p.24
4.1 O Conflito de regras.....	p.25
4.2 Colisão de princípios.....	p.26
4.2.1 Lei de colisão.....	p.26
4.3 O Diferente Caráter “Prima Facie” de Regras e Princípios.....	p.28
4.4 A Teoria dos princípios e o princípio tridimensional da proporcionalidade.....	p.29
5 CONCLUSÃO.....	p.31
6 REFERÊNCIAS.....	p.33

1 INTRODUÇÃO

O poder de polícia da Administração Pública é um ato limitador do interesse individual, permitindo dessa forma que prevaleça o interesse público que deverá sempre estar voltado para o bem de toda a coletividade.

O ato administrativo proveniente do Poder de Polícia, mesmo sendo um ato discricionário, deverá respeitar os limites impostos pela própria discricionariedade, que por sua vez respeita o princípio da legalidade, afinal não cabe à Administração Pública agir com autonomia de vontade, a autonomia cabe ao particular, à Administração Pública cabe agir apenas de acordo com os preceitos da lei.

O ato de polícia que desrespeita os preceitos da legalidade ou que colidam com o interesse público estará eivado de abuso de poder. Essa distorção, o abuso de poder, quando se definir no desrespeito dos limites da legalidade, será esse ato, um ato constituído de excesso de poder. Porém se o ato administrativo, mesmo dentro dos limites da lei, tiver finalidade diversa do interesse público, será um ato constituído de desvio de poder ou desvio de finalidade.

A revisão judicial de ato administrativo discricionário é possível, desde que não seja invadido o mérito administrativo, a oportunidade e a conveniência, tanto é que o motivo dos atos administrativos, que é discricionário, poderá ser verificado pelo Poder Judiciário com relação à sua veracidade.

Cumprindo ainda ressaltar que, é sempre possível a revisão judicial de ato administrativo discricionário da Administração Pública, pelo menos quanto ao controle de sua proporcionalidade e razoabilidade. Pois o princípio da proporcionalidade e o princípio da razoabilidade são os princípios limitadores no exercício do atributo da discricionariedade de um ato que decorre do poder de polícia.

Com os conceitos já expostos, surge a pergunta: Como utilizar de maneira mais técnica o princípio da proporcionalidade na execução do ato administrativo proveniente do Poder de Polícia da Administração Pública?

Então, surge a “Teoria dos Princípios” de Robert Alexy (1993), que expõe um meio mais técnico para solucionar casos em que princípios venham entrar em colisão, e ainda dissecar todo o princípio tridimensional da proporcionalidade, vale dizer, composto pelos elementos adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Nesta seara, verifica-se que o estudo será realizado através de uma análise jurídico-descritiva, haja vista que se busca decompor o problema do exercício do Poder de Polícia

frente aos princípios da Proporcionalidade e Razoabilidade, aplicando à questão a Teoria dos Princípios de Robert Alexy (1993).

Quanto à técnica de pesquisa, opta-se pela documentação indireta, tendo como fontes tanto dados primários, como legislação e jurisprudência, quanto dados secundários, como livros e artigos.

O presente trabalho é composto de cinco capítulos, sendo que no próximo capítulo foi trabalhado um estudo sobre o Poder de Polícia da Administração Pública e seus elementos e atributos.

Já no terceiro capítulo será mostrada a distorção que pode surgir na execução dos atos provenientes do Poder de Polícia e, mesmo com a independência que existe entre os poderes, busca mostrar também a possibilidade desses atos sofrerem revisão pelo Poder Judiciário.

O quarto capítulo foi dedicado a análise da Teoria dos princípios de Robert Alexy, na qual o mesmo autor mostra uma solução para o problema em questão.

Por fim, busca-se com o presente estudo demonstrar uma forma para uma melhor utilização do Poder discricionário pelo administrador público, evitando, assim, que ocorram abusos, e ainda, a revisão judicial e a possível anulação desses atos.

2 PODER DE POLÍCIA

À Administração Pública são conferidas algumas prerrogativas, haja vista que se sujeita ao regime jurídico de Direito Público. Sendo a Supremacia do Interesse Público sobre o Interesse do Particular e a Indisponibilidade do Interesse Público, conceitos basilares do Direito Administrativo, é o que diz Celso Antônio Bandeira de Mello (2007, p.53):

“O regime do direito público resulta da caracterização normativa de determinados interesses como pertinentes à sociedade e não aos particulares considerados em sua individuada singularidade.

Juridicamente esta caracterização consiste, no Direito Administrativo, segundo nosso modo de ver, na atribuição de uma disciplina normativa peculiar que, fundamentalmente, se delinea em função da consagração de dois princípios:

a)supremacia do interesse público sobre o privado;

b)indisponibilidade, pela Administração, dos interesses públicos.”

Com base em tais conceitos, quando colidir o interesse particular com o interesse coletivo, este deverá prevalecer. Logo, para que o Estado faça valer sua vontade e, assim, atingir o bem da coletividade, às vezes, serão necessárias restrições aos interesses dos particulares. E a esse poder de limitar os direitos individuais, dá-se o nome de Poder de Polícia.

Modernamente, conceituado em outros países como limitações administrativas à liberdade e à propriedade, o Poder de Polícia é o poder que é conferido à Administração Pública, para que possa, sempre nos limites da lei, em benefício da coletividade, regular, condicionar e restringir o uso e o gozo de bens, direitos e atividades.

Assim conceitua Hely Lopes Meirelles (2005, p.131): “Poder de Polícia é a faculdade de que dispões a Administração Pública para condicionar e restringir o uso e o gozo de bens, atividades e direitos individuais, em benefício da coletividade ou do próprio Estado.”

E ainda, tem-se a divisão do Poder de Polícia em: Polícia Administrativa e Polícia Judiciária. Onde a Polícia Administrativa atua sobre bens, direitos e atividades, se sujeitando as regras do Direito Administrativo, inicia e encerra suas atividades dentro do âmbito da própria Administração. Enquanto que a Polícia Judiciária atua sobre pessoas, atuando dentro das regras do Direito Penal e do Direito Processual Penal. Inicia sua atividade na Administração, mas prepara a atuação dos órgãos judiciais. Sendo assim, cumpre aqui ressaltar que este estudo irá se ater a polícia administrativa.

Aproveitando os dizeres de Hely Lopes Meirelles (2005, p.131):

“Desde já convém distinguir a *polícia administrativa*, que nos interessa nesse estudo, da *polícia judiciária* e da *polícia de manutenção da ordem pública*, estranhas às nossas cogitações. Advirta-se, porém, que a polícia administrativa incide sobre os *bens, direitos e atividades*, ao passo que as outras atuam sobre as *pessoas*, individualmente ou indiscriminadamente.”

A Polícia Administrativa pretende evitar a ocorrência de comportamentos que possam ocasionar algum malefício para a sociedade, revestindo-se de caráter preventivo.

Celso Antônio Bandeira de Mello (2007, p.807) conceitua o poder de polícia administrativa como,

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

Devido ao que foi explanado até aqui sobre Poder de Polícia, principalmente no fato de que o mesmo incide sobre o direito de liberdade e direito de propriedade dos indivíduos, sendo assim, o citado Celso Antônio Bandeira de Mello (2007) explica que não se pode confundir o direito de liberdade e o direito de propriedade, com a liberdade e a propriedade do indivíduo. Pois as limitações administrativas não recaem sobre o direito de liberdade ou propriedade, mas há limitação apenas à liberdade e à propriedade do administrado. Incumbindo à Administração Pública analisar o caso concreto, já que em alguns casos os direitos individuais encontram-se delimitados de forma bem precisa na lei, e em outras hipóteses, possuirão uma margem de interpretação, aquela se caracteriza pela vinculação e esta pela discricionariedade, sendo este assunto melhor analisado em momento mais oportuno.

2.1 Atributos, Privilégios ou Características dos Atos Administrativos

Os atos de Polícia Administrativa, antes de qualquer coisa são atos administrativos, é o que diz Hely Lopes Meirelles (2005, p.149), e ainda, o citado autor ensina que o ato administrativo “é toda manifestação unilateral de vontade da Administração Pública que, agindo nessa qualidade, tenha por fim imediato adquirir, resguardar, transferir, modificar, extinguir e declarar direitos, ou impor obrigação aos administrados ou a si própria.”, sendo assim, para serem considerados legítimos precisarão preencher os requisitos próprios. É

indispensável que o ato esteja revestido de finalidade, forma, motivo, objeto e competência.

A palavra atributo, de acordo com o lexicógrafo Aurélio Buarque de Hollanda, (1996) significa: “*sm* **1.** O que é próprio de um ser **2.** Emblema distintivo; símbolo **3.** *Gram.* A qualidade atribuída ao sujeito.” Assim atributo de um ato administrativo é aquela qualidade outorgada pelo ordenamento jurídico ao ato administrativo, em decorrência do princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Interesse Privado.

Para Carvalho Filho (2007, p.110), os atos administrativos são dotados de características próprias, uma vez que, são atos emanados de agentes investidos de poder. E afirma sua posição, dispondo que: “Basta essa razão para que precisem estar revestidos de certas características que os tornem distintos dos atos privados em geral.”

Para Hely Lopes Meirelles (2005, p.158):

“Os atos administrativos, como emanção do Poder Público, trazem em si certos *atributos* que os distinguem dos atos jurídicos privados e lhes emprestam características próprias e condições peculiares de atuação. Referimo-nos à *presunção de legitimidade*, à *imperatividade* e à *auto-executoriedade*...”

Celso Antônio Bandeira de Mello (2007, p.401) explica os atributos dos atos administrativos da seguinte maneira:

“A Administração Pública por desenvolver atividade voltada à realização de interesses da coletividade (que são os seus interesses primários – únicos colimáveis - , em oposição aos secundários), encontra-se sob uma disciplina peculiar que impõe certos ônus, restrições, sujeições à sua atuação e lhe confere, de outro lado, prerrogativas de que não desfrutam usualmente os particulares.”

Portanto, os atributos dos atos administrativos são:

a) Presunção de Legitimidade e veracidade

Conforme Hely Lopes Meirelles (2005), a presunção de legitimidade nasce do princípio da legalidade, pois, à Administração Pública cabe agir de acordo com o que diz a lei, dentro dos limites estipulados por ela, diz respeito à conformidade do ato com a lei. E assim, diz o autor sobre a presunção de veracidade: “Já a presunção de veracidade, inerente à de legitimidade, refere-se aos fatos alegados e afirmados pela Administração para a prática do ato, os quais são tidos e havidos como verdadeiros até prova em contrário” (Meirelles, p.158).

Como bem assevera Meirelles (2004, p.158), esse atributo “responde a exigência de celeridade e segurança das atividades do Poder Público, que não poderiam ficar na dependência da solução de impugnação dos administrados, quanto à legitimidade de seus atos,

para só após dar-lhes execução”.

Carvalho Filho (2007) ensina que essa presunção de legitimidade e de veracidade não é absoluta, ela é relativa (*juris tantum*), pois se admite prova em contrário. Para Meirelles (2005), perdura presunção de legitimidade do ato, sendo válido e operante, até o momento em que este for declarado nulo, cabendo ao particular apontar o vício, ou seja, há “a transferência do ônus da prova de invalidade do ato administrativo para quem a invoca” (Meirelles, 2005, p.158).

b) Imperatividade

Para Di Pietro (2009) esse atributo permite com que os atos administrativos se imponham aos terceiros, independentemente de sua concordância.

Já Carvalho Filho (2007, p.111) diz que “decorre da imperatividade, o poder que tem a Administração de exigir o cumprimento do ato”, e para o mesmo autor decorre do Princípio da Supremacia do Interesse Público a justificativa da coercibilidade dos atos administrativos.

Contudo, este atributo não está presente em todos os atos administrativos, é o que observa Meirelles (2005), pois está presente apenas nos atos que impõem uma obrigação ao administrado.

c) Auto-Executoriedade

Para Hely Lopes Meirelles (2005, p.161): “A auto-executoriedade consiste na possibilidade que certos atos administrativos ensejam imediata e direta execução pela própria administração, independentemente de ordem judicial.”

É a possibilidade que tem a própria Administração de, por seus próprios meios, exigir o cumprimento das obrigações impostas aos administrados, sem necessitar de autorização judicial, Carvalho Filho (2007, p.112) exemplifica muito bem essa característica:

“A característica da auto-executoriedade é frequentemente utilizada no exercício do poder de polícia. Exemplos conhecidos do uso dessa prerrogativa são os da destruição de bens impróprios ao consumo público e a demolição de obra que apresenta risco iminente de desabamento. Verificada a situação que provoca a execução do ato, a autoridade administrativa de pronto o executa, ficando assim, resguardado o interesse público.”

2.2 Características ou Atributos do Poder de Polícia

O Poder de Polícia se vale de alguns atributos para a sua melhor consecução por parte da Administração Pública, eis que são: Auto-executoriedade, coercibilidade e discricionariedade, então passamos a analisá-los.

a) Auto-executoriedade

Conforme analisado acima, em termos mais diretos, para Meirelles (2005) é a prerrogativa que tem a Administração Pública de praticar e executar o ato, pelos seus próprios meios e sem precisar buscar no judiciário prévia autorização.

Considera-se auto-executória tanto a restrição imposta em caráter geral, como a que é imposta a indivíduo determinado.

Pelo atributo da auto-executoriedade, para que a Administração pratique o ato de Polícia de forma imediata, não dependerá ela de nenhuma autorização prévia do poder judiciário. Basta que haja um permissivo legal para a sua prática.

Não irá se encontrar o atributo da auto-executoriedade em todos os atos de polícia, contudo, se o ato possuir tal característica, será ela proveniente de autorização dada pela lei.

No mesmo sentido Carvalho Filho (2007, p.79) analisa:

“[...] no exercício do poder de polícia administrativa, não depende a Administração da Intervenção de outro poder para torná-la efetiva. Quando a lei autoriza o exercício do poder de polícia com auto-executoriedade, é porque se faz necessária a proteção de determinado interesse coletivo.”

Para Carvalho Filho (2007) cabe ainda ressaltar que há atos que não possuem esse atributo, como é o caso das multas, sendo executada apenas pelos meios próprios, qual seja, via judicial. O autor ainda diz mais: “a auto-executoriedade não deve constituir objeto de *abuso de poder*, de modo que deverá a prerrogativa compatibilizar-se com o princípio do devido processo legal para o fim de ser a Administração obrigada a respeitar as normas legais.” (Carvalho Filho, p.79, g.n.)

Meirelles (2005) exclui da auto-executoriedade as multas, mesmo aquelas decorrentes do Poder de Polícia da Administração Pública, e todas as demais penas pecuniárias devidas pelo indivíduo à Administração, podendo todas elas serem executadas pela via judicial.

b) Coercibilidade

De acordo com Meirelles (2005, p.138), “não há ato de polícia facultativo para o particular”, e Carvalho Filho (2007, p.80) diz que “essa característica estampa o grau de imperatividade de que se revestem os atos de polícia”. Para Meirelles (2005, p.138),

“O atributo da coercibilidade do ato de polícia justifica o emprego da força física quando houver oposição do infrator, mas não legaliza a violência desnecessária ou desproporcional à resistência, que em tal caso pode caracterizar o excesso de poder e o abuso de autoridade nulificadores do ato praticado e ensejadores das ações civis e criminais para reparação do dano e punição do culpado.”

c) Discricionariedade

Quando a Administração Pública tem como escolher o melhor momento de agir, o meio de sua atuação e a sanção que mais se enquadra para atingir o fim desejado, ou seja, o interesse público, conforme critérios de oportunidade e conveniência, sempre dentro dos limites da lei, ela age no exercício do seu poder discricionário.

Celso Antônio Bandeira de Mello (2007, p.935), enxerga na discricionariedade duas razões de existir:

“[...] no intento legislativo de cometer ao administrador o encargo, o dever jurídico, de buscar identificar e adotar a solução apta para, no caso concreto, satisfazer de maneira perfeita a finalidade da lei e na inexorável contingência *prática* de servir-se de conceitos pertinentes ao mundo do valor e da sensibilidade, os quais são conceitos chamados vagos, fluidos ou imprecisos.”

Hely Lopes Meirelles (2005, p.118) se posiciona da seguinte forma:

“Convém esclarecer que poder discricionário não se confunde com poder arbitrário. Discricionariedade e arbítrio são atitudes inteiramente diversas. Discricionariedade é liberdade de ação administrativa, dentro dos limites permitidos em lei; arbítrio é ação contrária ou excedente da lei. Ato discricionário, quando autorizado pelo Direito, é legal e válido; ato arbitrário é sempre ilegítimo e inválido.”

O autor ainda advertiu que:

“Essa liberdade funda-se na consideração de que só o administrador, em contato com a realidade, está em condições de bem apreciar os motivos ocorrentes de oportunidade e conveniência da prática de certos atos, que seria impossível ao legislador, dispondo na regra jurídica – lei - de maneira geral e abstrata, prover com justiça e acerto. Só os órgãos executivos é que estão, em muitos casos, em condições de sentir e decidir administrativamente o que convém e o que não convém ao interesse coletivo. Em tal hipótese executa a lei vinculadamente, quanto aos elementos que ela discrimina, e discricionariamente, quanto aos aspectos em que ela

admite opção.” (Hely Lopes Meirelles, p. 120)

Carvalho Filho (2007, p. 43), no mesmo sentido ensina:

“A liberdade da escolha dos critérios de conveniência e oportunidade não se coaduna com a atuação fora dos limites da lei.

Enquanto atua nos limites da lei, que admite a escolha segundo aqueles critérios, o agente exerce a sua função com **discricionariedade**, e sua conduta se caracteriza como inteiramente legítima.

Ocorre que algumas vezes o agente, a pretexto de agir discricionariamente, se conduz fora dos limites da lei ou em direta ofensa a esta. Aqui comete **arbitrariedade**, conduta ilegítima e suscetível de controle de legalidade. Neste ponto se situa a linha diferencial entre ambas: não há discricionariedade **contra legem**.”

Cabe ao administrador observar a oportunidade e conveniência do ato praticado, ou seja, julgar o mérito do ato administrativo, e assim entende Celso Antônio Bandeira de Mello (2007, p.932):

“Mérito do ato é o campo de liberdade suposto na lei e que efetivamente venha remanescer no caso concreto, para que o administrador, segundo critérios de conveniência e oportunidade, decida-se entre duas ou mais soluções admissíveis perante a situação vertente, tendo em vista o exato atendimento da finalidade legal, ante a impossibilidade de ser objetivamente identificada qual delas seria a única adequada.”

De acordo com Di Pietro (2009), os requisitos competência, forma e finalidade serão sempre vinculados, mesmo naqueles atos denominados discricionários, assim não é conferido ao administrador qualquer tipo de margem para apreciação desses requisitos. Enquanto que os requisitos motivo e objeto são conferidos para a apreciação do administrador, sempre dentro dos limites da lei.

Para a apreciação desses dois últimos requisitos o administrador não está completamente livre, deve analisar vários critérios, se não houver a correta análise, o agente incorrerá no abuso, no excesso de seu poder discricionário, temas que serão mais profundamente abordados em momento oportuno.

O Prof.º Hely Lopes Meirelles (2005, p.120) encara o tema da seguinte forma:

“Mas, embora não cuidando de todos os aspectos dos atos relegados à faculdade discricionária, o legislador subordina-os a um mínimo legal, consistente na estrita observância, por parte de quem os vai praticar, da competência, da forma, da finalidade e dos princípios do regime jurídico administrativo, deixando o mais à livre escolha do agente administrativo.”

Como bem ensina Celso Antônio Bandeira de Mello (2007) em sua obra, a Supremacia

do Interesse Público sobre o Interesse Particular, juntamente com a Indisponibilidade do Interesse Público são as bases do Direito Administrativo, ou melhor, são as bases do Direito Público.

Sendo assim, o Direito não pode ser analisado com uma parte isolada e independente das demais, devendo ser analisado como uma parte integrante do sistema. Esses dois princípios permitem explicar o porquê da prevalência do interesse público, quando este conflitar com o interesse particular. Nesse sentido, Hely Lopes Meirelles (2005, p.104) explica:

“Essa supremacia do interesse público é o motivo da desigualdade jurídica entre a Administração e os administrados, que no estudo da interpretação do Direito Administrativo (item 10 do cap. I) apontamos como um de seus pressupostos. Bem por isso, a lei n°. 9784/99, no inc.XIII do parágrafo único do art. 2º, diz que se deve interpretar a “norma administrativa da forma que melhor garanta o atendimento do fim público a que se dirige”. Ali também indicamos que, dada a prevalência do interesse geral sobre os individuais, inúmeros privilégios e prerrogativas são reconhecidas ao Poder Público...”

3 ILEGALIDADE DO ATO E CONTROLE JUDICIAL

Os poderes são prerrogativas de que se vale a Administração para executar suas atividades, tendo sempre em mente exercer suas atividades para a consecução do bem comum.

Ao administrador não cabe a faculdade de agir, há na verdade um poder-dever de agir por parte da Administração Pública. Carvalho Filho (2007, p.38) citando Hely Lopes Meirelles diz “Se para o particular o Poder-Dever de agir é uma faculdade, por parte da Administração Pública é uma obrigação de atuar, desde que se apresente o ensejo de exercitá-lo em benefício da comunidade.”

Ao particular deve observar o que diz ao art.5º, II da CR. Onde ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer, alguma coisa senão em virtude de lei, por isso que se diz que ao particular é atribuída a autonomia da vontade, não podendo ele praticar atos contrários à lei. O contrário deve ser observado quando se fala em Administração Pública, sendo permitido à Administração atuar apenas nos estritos limites da lei.

Se ao administrador cabe uma ação positiva, e o mesmo não atua, nada faz, essa ação negativa se configura como ilegal. Assim, observa-se que não será em todas as situações o poder utilizado de forma correta pelo administrador.

Os atos de Polícia Administrativa estão sujeitos ao controle judicial, é o que diz Hely Lopes Meirelles (2005, p.130): “Como todo ato administrativo, o ato de polícia subordina-se ao ordenamento jurídico que rege as demais atividades da Administração, sujeitando-se, inclusive, ao controle de legalidade pelo Poder Judiciário.”

Sendo o ato abusivo, será ele ilegal, e assim sendo o Poder Judiciário poderá vir a intervir. Montesquieu em sua obra “O Espírito das Leis” (1748), ao elaborar a teoria da separação dos Poderes, na verdade não quis dizer que o Poder do Estado deve ser dividido, mas sim que há uma estreita, necessária e harmoniosa relação entre eles, afinal o Estado não detêm vários poderes, detêm apenas um poder, que possui divisões (executivo, legislativo e judiciário) para melhor executar suas atribuições, estabelecendo aos seus três poderes uma eficiente relação de freios e contrapesos.

Por se adotar no Brasil a unicidade de jurisdição, proveniente do Direito inglês, a decisão proferida pela Administração não gera coisa julgada, podendo então, mesmo após decisão da Administração Pública, o contencioso ser levado ao Poder Judiciário. Onde este não irá analisar a oportunidade e a conveniência, mas sim a conformidade do ato com a lei, para evitar possíveis abusos por parte da Administração. Hely Lopes Meirelles (2005, p.55) fala assim:

“O sistema judiciário ou de jurisdição única, também conhecido por sistema inglês e modernamente, denominado sistema de controle judicial, é aquele em que todos os litígios – de natureza administrativa ou de interesses exclusivamente privados - são resolvidos judicialmente pela Justiça Comum, ou seja, pelo juízes e tribunais do Poder Judiciário. Tal sistema é originário da Inglaterra, de onde se transplantou para os Estados Unidos da América do Norte, Bélgica, Romênia, México, Brasil e outros países.”

A lei é que irá limitar a atuação da Administração Pública. Se de alguma forma a atuação contrariar ou ultrapassar o mandamento da lei, esse ato não possuirá validade no mundo jurídico, devendo a Administração ou o Poder Judiciário atuarem no sentido de anular o ato eivado de ilegalidade.

A extinção do ato administrativo pela própria administração ou então pelo Poder Judiciário deverá possuir efeito “ex tunc”, ou seja, deverá possuir efeito retroativo. Afinal ato ilegal não gera direito, não possui qualquer tipo de validade no mundo jurídico. Vale dizer, deverá esse ato ser anulado.

A Administração quando ultrapassa o mandamento legal, ou quando atua buscando fim diverso do pretendido pela lei, atua com abuso de poder, na primeira hipótese atuando com excesso de poder, e na segunda hipótese atuando com desvio de poder ou desvio de finalidade.

Celso Antônio Bandeira de Mello (2007, p.947) assim diz:

“No desvio de poder o agente, ao manipular um plexo de poderes, evade-se do escopo que lhe é próprio, ou seja, extravia-se da finalidade cabível em face da regra em que se calça. Em suma: o ato maculado deste vício direciona-se a um resultado diverso daquele ao qual teria de aportar ante o objetivo da norma habilitante. Há, então, um desvirtuamento do poder...”

E assim conclui o seu pensamento: “Trata-se, pois, de um vício objetivo, pois o que importa não é se o agente pretendeu ou não discrepar da finalidade legal, mas se efetivamente dela discrepou”. (Celso Antônio Bandeira de Mello, 2007, p.948)

De acordo com Carvalho Filho (2007), ao agir com abuso de poder, seja com excesso ou com desvio, a conduta será submetida à revisão, administrativa ou judicial. Podendo em alguns casos o ato ser considerado um ilícito penal, conforme preceitua a lei nº. 4898/1995.

Carvalho Filho (2007, p.41) ensina que “O comportamento abusivo de autoridades públicas só pode ser eficazmente combatido pelo instrumento do controle”. E ainda diz que somente através de mecanismos eficazes é que poderá identificar os autores e coibir os atos abusivos.

O ato abusivo, por qualquer de suas espécies, por motivos óbvios é contrário à legalidade e jamais deve ser aceito no ordenamento jurídico, o mestre Carvalho Filho (2007, p.41) diz que “É certo que nem toda ilegalidade decorre de conduta abusiva; mas todo abuso se reveste de ilegalidade e, como tal, sujeita-se à revisão administrativa e judicial.”

No entendimento de Celso Antônio Bandeira de Mello (2007), assim, tanto ao se analisar os motivos, bem como ao se analisar a finalidade, o Poder Judiciário está apto a realizar o controle da atuação administrativa.

O administrador, na atribuição do Poder de Polícia, se vier a agir sem observar os limites legais a que está sujeito a sua decisão, ou se desviar da finalidade legal, seja ela a primária ou a secundária, poderá, e aqui se entende deverá, o judiciário intervir e analisar tal ato. Exercendo seu controle, que não poderá ser afastado de apreciação de ato que lese ou ameace qualquer direito (art. 5º, inc. XXXV), sobre os atos limitadores dos direitos individuais.

3.1 Desrespeito ao Princípio da Proporcionalidade e Razoabilidade

Ao consultarmos no dicionário a significação da palavra princípio, encontramos: “Momento ou local ou trecho em que algo tem origem; Causa primária; Elemento predominante de um corpo orgânico.” (Aurélio Buarque de Hollanda, 1986, p.1393)

José Cretella Júnior (Revista de Informação Jurídica, v.97, p.7) conceitua princípio da seguinte forma: “Princípios de uma ciência, são as proposições básicas, fundamentais, típicas que condicionam todas as estruturas subsequentes. Princípios, neste sentido, são os alicerces da ciência.”

Além dos princípios expressamente mencionados no caput do art. 37 da nossa carta maior, a lei nº. 9784/1999, conforme o seu art. 2º dispõe que a Administração obedecerá, dentre outros, aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

Esses princípios aparentemente se confundem, mas essa semelhança é apenas aparente, pois ao se fazer uma análise mais detalhada de ambos os princípios, se verifica o inverso.

O que pode ser razoável para um cidadão que foi criado na região nordeste de nosso país pode não ser razoável para outro cidadão, de mesmo sexo, idade, religião, mas que porém, foi criado na região sudeste do Brasil. A moral não é igual para todos, cada um possui uma valoração ética, de acordo com a sua vivência, a sua criação, mas há uma limitação entre o

que é razoável e o que é desarrazoado, e essa limitação é expressa pela lei. O princípio da razoabilidade cultiva estreita relação com o princípio da legalidade que rege o regime jurídico da Administração Pública.

Devido à teoria desenvolvida por Montesquier (1748), que se encontra no nosso ordenamento pátrio no art. 2º da Constituição, ao Poder Judiciário não é permitido intervir nas decisões que envolvam apenas o mérito da Administração. Cabendo ao administrador, coberto pelo manto da discricionariedade, sempre respeitando aos limites impostos pela lei, de decidir conforme a oportunidade e a conveniência do ato pela Administração. Sendo permitido ao Poder Judiciário apenas analisar questões que envolvam ilegalidade.

Celso Antônio Bandeira de Mello (2007, p.107) ensina:

“[...] os atos cujos conteúdos ultrapassem o necessário para alcançar o objetivo que justifica o uso da competência ficam maculados de ilegitimidade, porquanto desdobram do âmbito da competência; ou seja, superam os limites que naquele caso lhes corresponderiam.”

E continua dizendo:

“[...] o princípio da proporcionalidade não é senão faceta do princípio da razoabilidade. Merece um destaque próprio, uma referência especial, para ter-se maior visibilidade da fisionomia específica de um vício que pode surgir e entremostrarse sob esta feição de desproporcionalidade do ato, salientando-se, destarte, a possibilidade de correção judicial arrimada neste fundamento.” (Celso Antônio Bandeira de Mello, 2007, p.107)

A doutrina mais moderna, Carvalho Filho (2007) entende que os agentes administrativos no exercício do poder de polícia, deverão observar também o princípio da proporcionalidade, que seria a correta adequação entre os meios utilizados e os fins que se deseja alcançar com a consecução de tais atos. Abordando o autor da seguinte forma:

“O princípio da proporcionalidade deriva, de certo modo, do poder de coerção de que dispõe a Administração ao praticar atos de polícia. Realmente, não se pode conceber que a coerção seja utilizada indevidamente pelos agentes administrativos, o que ocorreria, por exemplo, se usada onde não houvesse necessidade.” (Carvalho Filho, 2007, p.81)

No mesmo sentido Celso Antônio Bandeira de Mello (2007, p.813) assim fala:

“Mormente no caso da utilização de meios coativos, que, bem por isso, interferem energicamente com a liberdade individual, é preciso que a Administração se comporte com extrema cautela, *nunca se servindo de meios mais enérgicos que os*

necessários à obtenção do resultado pretendido pela lei, sob pena de vício jurídico que acarretará responsabilidade da Administração. Importa que haja proporcionalidade entre a medida adotada e a finalidade legal a ser atingida.”

A Proporcionalidade analisa os meios utilizados e os fins que se pretende atingir. Se os meios utilizados forem excessivos, será ele abusivo, e logo será ilegal. Esse princípio vem para balancear os valores, e possui três fundamentos: a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito, que serão analisados no próximo capítulo.

Os princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade possuem finalidade idêntica, instrumento de controle dos atos emanados pela Administração por parte do Poder Judiciário, talvez por isso haja certa confusão ao se explicar ambos os princípios, o Princípio da Razoabilidade regula a aceitabilidade dos atos, o Princípio da Proporcionalidade vem analisar o possível excesso de poder na execução dos atos administrativos.

Para Celso Antônio Bandeira de Mello (2007, p.927):

“Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra.”

Podemos de acordo com o que foi exposto neste capítulo, concluir que os atos suspeitos de desrespeitar ao princípio da razoabilidade estarão em desacordo com o princípio da legalidade, ou seja, serão atos revestidos com a idéia de ilegalidade, e assim passíveis de serem analisados pelo Judiciário. Enquanto que os atos praticados dentro dos limites do que se considera razoável, estará então este de acordo com os preceitos da legalidade, afastadas, portanto, de apreciação judicial.

3.2 Princípio Tridimensional da Proporcionalidade

O Princípio Tridimensional da Proporcionalidade (Verhältnismässigkeit im engeren Sinne), Princípio da Proporcionalidade em sentido amplo, ou ainda, Princípio da Proibição de Excesso, de origem germânica, vem impor limites ao Poder de Polícia, a função do princípio é impor limites, restrições a direitos fundamentais na relação entre indivíduo e Estado.

Conforme dito anteriormente, surge como uma aprimoração técnico-jurídica do

princípio da razoabilidade. Essa técnica-jurídica tem como objetivo balancear os interesses, seja na esfera da eficácia vertical ou horizontal.

Nas relações jurídicas entre os particulares, também pode se observar restrições a direitos fundamentais e essas restrições tem recebido por parte da doutrina e por parte da jurisprudência o nome de eficácia de direitos fundamentais nas relações jurídicas entre particulares ou então como eficácia horizontal dos direitos fundamentais, pois os particulares atuam em igualdade de direitos, estão os particulares em uma mesma posição. Enquanto que nas restrições a direitos fundamentais na relação Estado/indivíduo recebe o nome de relação vertical, uma vez que há a Supremacia do Interesse Público em relação aos interesses dos particulares.

Onde o princípio da razoabilidade operava de forma não satisfatória, o princípio da proporcionalidade em sentido amplo vem propor uma nova forma de avaliação e decisão dos poderes e deveres do Poder Público, limitando em maior ou menor grau o interesse do particular frente ao interesse público.

O princípio consiste na apreciação de três dimensões, elementos, critérios, por isso diz ser Princípio Tridimensional da Proporcionalidade, que irão permitir uma perfeita e equilibrada atuação da Administração, e que são adequação (*Geeignethei*), necessidade (*Erforderlichkei*) e proporcionalidade em sentido estrito (*Verhältnismässigkeit im engeren Sinne*), este último muito bem trabalhado por Robert Alexy em sua obra “Teoria de los Derechos Fundamentales (1993).

Frota (2007), citando decisão do Tribunal Constitucional Espanhol, diz que “Em suma, o princípio tridimensional da proporcionalidade induz os agentes públicos a refletirem acerca da ‘relação existente entre a medida adotada, o resultado produzido e a finalidade pretendida.’” O não conhecimento, má utilização ou completo desrespeito ao critério de decisão, fatalmente acarretará o administrador ou o agente público à incorrerem em Abuso de Poder.

A razoabilidade se fundamenta no senso comum, na valoração moral, enquanto que a proporcionalidade permite ao administrador uma solução mais técnica. Onde o princípio da razoabilidade busca como alicerce o senso comum, sem muito embasamento teórico, prevalecendo a experiência social. O princípio da proporcionalidade, ao contrário, possui como alicerce os princípios jurídicos, apresentando-se como uma forte e confiável fonte teórica, de acordo com o ordenamento jurídico.

a) Adequação

O critério da adequação, ou ainda o critério da pertinência, verifica se os meios apresentados mostram-se adequados para impedir o dano ao interesse público.

Os atos estatais devem possuir total relação com os fins que se deseja alcançar. De nada adiantaria a Administração interditar uma determinada avenida com o escopo de reduzir a incidência de determinada epidemia, obviamente o exemplo se mostra absurdo, mas a ideia que deve ser fixada é a de que o ato estatal seja apto e guarde conexão com o fim que se deseja alcançar, de acordo com o que Direito e legislação determinem.

O art.2º da lei nº. 9.784/1999, em seu parágrafo único, inciso VI afirma o objetivo do critério da adequação, ou seja, adequação entre meios e fins. Esse critério comporta vários outros princípios, todos eles devem ser analisados de forma sistemática.

O inciso I do parágrafo único do art.2º da lei nº. 9784/1999, ensina que os atos administrativos terão sua atuação conforme a lei e o Direito. Isso quer dizer que o ato deve estar de acordo com os princípios jurídicos gerais e também com o princípio da legalidade. O ato deve respeitar os preceitos da lei, mas também os princípios jurídicos postos em sede constitucional, isso é o que diz Frota (2007).

Do princípio da juridicidade, chega-se ao princípio da legalidade, princípio este que deve ser respeitado na execução da vontade administrativa, o ato administrativo não pode contrariar o Direito legislado, necessita de prévia autorização legal, precisa respeitar as formalidades exigidas pela lei e apenas executar atos dentro dos limites ordenados por ela.

Esclarecendo um pouco mais sobre o respeito do ato administrativo à vontade da lei, o ato deverá respeitar o devido processo, previsto pelo art.5º, inciso LIV da C.R, onde ninguém será privado de seus bens sem o devido processo legal. Assim todo ato que possa vir a atingir os bens e as liberdades dos administrados, deverá seguir a formalidade exigida pela lei, a sua não observância poderá gerar a nulidade do ato.

O art. 37, caput, de nossa Carta Maior, traz o princípio da moralidade administrativa, manifestação da boa-fé, probidade e lealdade, onde o administrador deverá sempre observar padrões éticos na prática da gestão dos interesses públicos, devendo observar os preceitos da boa fé administrativa e agirem sempre de forma leal, não podendo ludibriar, minimizar ou dificultar que os cidadãos defendam seus interesses frente à Administração. Ser probo é ser honesto, agir dentro do esperado pela sociedade.

b) Necessidade

Frota (2007) ensina que enquanto o ato estatal adequado busca respeitar os ditames do Direito legislado, o critério da necessidade tem por escopo coibir os excessos por parte da

Administração.

Esse critério integra o princípio da intervenção estatal mínima e o princípio da economicidade. Tornando os atos menos ofensivos aos direitos que não serão diretamente afetados pelo ato estatal e assim evitar gastos desnecessários. Assim o administrador deverá escolher dentre os atos adequados, aquele que seja menos ofensivo à sociedade.

A segunda parte, do inciso VI, parágrafo único, do art. 2º da lei nº. 9784/1999 diz que “vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público”.

O administrador deve escolher o ato estatal que melhor se adéque ao interesse público, mas também aquele que preserve ao máximo os interesses que não foram afetados pela limitação administrativa.

c) Proporcionalidade em sentido estrito

O princípio da proporcionalidade em sentido estrito (Grundsatz der Verhältnismässigkeit im engeren Sinne) é a ponderação propriamente dita. O critério da proporcionalidade em sentido estrito é a ponderação, no caso concreto, entre os princípios conflitantes, essa é a lei da ponderação ensinada por Alexy (1993). Esse critério pode ser resumido na expressão custo-benefício. Esse critério vem reduzir a aplicabilidade de um princípio de menor peso, para que outro de maior peso prevaleça, eliminando assim os excessos e suprimindo as deficiências.

Para José Joaquim Gomes Canotilho (1993, p. 263), esse dever é cumprido mediante o exame do equilíbrio ou da "justa medida" entre a restrição (o meio) e a finalidade pretendida. Para Robert Alexy (1993), a análise do conteúdo dessa lei mostra que a ponderação consiste em três passos. Primeiro: determinação do grau de não-satisfação ou de não-realização de um princípio. Trata-se da intensidade da intervenção. Segundo: avaliação da importância da realização do outro princípio, ou seja, do princípio oposto. Terceiro: demonstração de que a importância da realização do princípio oposto justifica a não-realização do princípio restringido.

4 SOLUÇÃO TÉCNICA PROPOSTA POR ROBERT ALEXY

Tanto as regras como os princípios são considerados normas, onde a norma é o gênero, de que são espécies a regra e o princípio, ambos podem ser postos como mandato de ordem, proibição ou de permissão. Inúmeros são os critérios propostos para que se faça a distinção entre regras e princípios. Alexy (1993), antes de expor a sua forma de distinção apresenta outros critérios mais comuns propostos pelas teorias tradicionais.

O critério mais utilizado para se fazer a diferenciação entre as regras e os princípios, é a generalidade da norma. Segundo esse critério, os princípios são de um grau de generalidade mais alta, enquanto que as regras são de um grau de generalidade mais baixo. De acordo com o exemplo de Alexy (1993), uma norma com um nível relativamente alto de generalidade é a norma que assegura a cada preso o gozo a liberdade religiosa, sendo, portanto, essa norma uma espécie de princípio. Já uma norma que garante aos presos o direito a converter outros presos, possui um grau de generalidade mais reduzido, assim se enquadra na espécie de regra.

Outras formas de se diferenciar as regras dos princípios seria pelo critério valorativo, a referência a ideia de direito ou a uma lei jurídica suprema, ou então pela importância que teria para o ordenamento jurídico.

Tomando-se por base esses critérios de diferenciação, Alexy (1993) propõe o surgimento de três teses, onde a primeira diz que dividir as normas em duas classes, a das regras e a dos princípios, é em vão devido à pluralidade de similaridades e de diferenças. A segunda tese é sustentada por quem considera que as normas podem dividir-se de uma maneira relevante na classe das regras e na dos princípios somente pelo seu grau de generalidade, considerando este como um critério decisivo. A terceira tese diz que as normas podem dividir-se em regras e princípios e que entre as regras e princípios não existe apenas uma diferença gradual, mas também qualitativa. O autor considera essa terceira tese como a mais correta na distinção entre regras e princípios, para ele, esse é um critério que pode distinguir com toda precisão regras e princípios.

Para o autor, o ponto decisivo para a distinção entre as regras e os princípios, é que os princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes. Por isso, os princípios são mandados de otimização, que estão caracterizados pelo fato de que podem ser cumpridos em diferentes graus e que a medida devida de seu cumprimento não só depende das possibilidades reais como também das jurídicas. O âmbito do juridicamente possível é determinado pelos princípios e regras opostas.

Ao contrário, as regras são normas que apenas podem ser cumpridas ou não. Se uma regra é válida, então há de se fazer exatamente o que ela exige, nem mais nem menos. Por isso, as regras contêm determinações no âmbito do fático e do juridicamente possível. Isso significa que a diferença entre regras e princípios é qualitativa e não de grau.

4.1 O Conflito de regras

Quando duas regras se conflitarem, para Alexy (1993) apenas será solucionado esse conflito se for possível introduzir em uma das regras uma exceção, se não for possível introduzir uma cláusula de exceção, deverá pelo menos uma das regras conflitantes ser considerada inválida.

Então se em determinado ordenamento jurídico existir uma regra que diga que é proibido circular com veículo automotor pela contra-mão de direção, e outra que diga que aos veículos de socorro é permitido circular pela contra-mão de direção, essas duas regras são conflitantes. Para se solucionar esse conflito de regras, deverá ser introduzido na primeira regra uma exceção permissiva aos veículos prestadores de socorro.

Por outro lado se não for possível acrescentar uma cláusula de exceção, uma das regras deverá ser considerada inválida, e conseqüentemente ser eliminada do nosso ordenamento jurídico.

Alexy (1993) exemplifica o conflito entre regras, citando uma decisão resolvida de acordo com o art. 31 da Lei Fundamental da Alemanha: O direito federal prevalece sobre o direito dos Estados (*Bundesrecht bricht Landesrecht*). Neste caso, uma lei federal permitia que os estabelecimentos comerciais permanecessem abertos durante os dias da semana das 7 às 19 horas, enquanto a Lei de Baden, que é um estado federado alemão, proibía a abertura das lojas às quartas-feiras depois das 13 horas. Segundo Alexy, as duas regras não podiam valer simultaneamente, pois em caso contrário a abertura dos negócios nas quartas-feiras à tarde estaria permitida e proibida ao mesmo tempo. A introdução da regulação do Estado federal de Baden como exceção ao direito federal estava excluída em virtude do art. 31 da Lei Fundamental. Portanto, restava apenas a alternativa de invalidar a norma do Estado de Baden.

Ao conflito de regras não se permite valoração gradual, ou a regra é juridicamente válida ou é juridicamente inválida.

Na hipótese de não ser possível a introdução de uma cláusula de exceção, uma das regras conflitantes tem de ser invalidada perante o ordenamento jurídico, nesse caso o processo que decidirá qual regra deverá ser eliminada, leva em consideração algumas regras

de solução de conflitos como “lex posterior derogat legi priori”(lei posterior revogará lei anterior); “lex specialis derogat legi generali” (lei específica revogará lei geral); ou também é possível proceder de acordo com a importância das regras conflitantes.

No ordenamento jurídico pátrio, as regras apresentadas por Alexy (1993) para solucionar o conflito de regras, se encontram no decreto-lei nº. 4.657, que trata da Lei de Introdução ao Código Civil.

A LICC é um decreto-lei, com hierarquia de lei ordinária, que regula a vigência e a aplicabilidade, a interpretação e a revogação de normas no Direito brasileiro, por isso é considerada lei sobre as leis.

4.2 Colisão de princípios

Alexy (1993) ensina que a colisão de princípios é uma questão de peso, se no conflito de regras na impossibilidade de se introduzir em uma das regras conflitantes uma cláusula de exceção, uma das regras deverá ser considerada inválida. Na colisão de princípios um deverá ceder ante o outro, isso não significa dizer que deverá ser introduzida uma cláusula de exceção em um dos princípios, tampouco que deverá um dos princípios conflitantes ser considerado inválido. Pelo contrário, o que determinará qual princípio prevalecerá, será a análise do caso concreto.

4.2.1 Lei de colisão

Os princípios, quando representarem direitos contraditórios, não podem ser rechaçados do ordenamento jurídico, e não há também que se falar em incluir cláusulas de exceção, e sim, deve-se estabelecer entre os princípios conflitantes, de acordo com Alexy (1993, p.XX), “una relación de precedencia condicionada”¹.

A relação de precedência condicionada consiste em analisar o caso concreto, e assim indicar as condições em que um princípio deve preceder ao outro, sempre levando em consideração o caso concreto, a precedência fica condicionada à análise do caso concreto.

Dizer o contrário, ou seja, analisar os princípios de forma abstrata, significaria elaborar uma lista de princípios que sempre prevaleceriam sobre os outros. Não há uma

¹ Tradução livre: “uma relação de precedência condicionada”.

hierarquia formal entre os princípios, a prevalência de um princípio sobre o outro vai depender das circunstâncias de cada caso.

Alexy (1993) para explicar a colisão dos princípios, cita dois casos julgados pelo tribunal constitucional alemão, o caso da relação de incapacidade processual e o caso Lebach. O tribunal alemão utiliza-se da relação de precedência para apresentar uma solução para cada caso. Conforme relato de Robert Alexy (1993, p.95):

"[...] no caso estava em exame esta situação: “O Programa de Televisão (ZDF) planejava a emissão de uma película documental: 'O assassinato de soldados em Lebach'. Nesta película, deveria informar-se acerca de um crime no qual quatro soldados do grupo da guarda de um depósito de munições do Exército Federal, próximo de Lebach foram assassinados enquanto dormiam e foram subtraídas armas com as quais se pretendia realizar outros atos criminosos. Uma pessoa que havia sido condenada por cumplicidade neste crime e que estava a ponto de sair da prisão considerou que a emissão dessa película televisiva, na qual ela [a pessoa] era mencionada expressamente, e aparecia fotografada, violava seu direito fundamental do art. 1.1 e do art. 2.2, frase 1, da GG., sobretudo porque fazia perigar sua ressocialização. O Tribunal Provincial rechaçou o pedido de uma decisão-liminar para proibir a emissão da película, e o Tribunal Provincial Superior rechaçou a apelação dessa decisão. Contra essa última decisão, a pessoa apresentou um recurso de inconstitucionalidade”.²

Identificados os princípios em conflito, atribuindo-lhes a sua importância conforme a análise do caso concreto e assim partindo para a decisão de qual princípio deverá prevalecer sobre o outro.

A relação de precedência condicionada que determina a prevalência de um dos princípios ante o outro, conforme cada caso se apresentar é o resultado de uma ponderação guiada por determinadas estruturas de ponderação, ou fases de ponderação, essas fases se valem de argumentações racionais, traduzidas no princípio da proporcionalidade e seus três elementos (adequação, necessidade, e proporcionalidade em sentido estrito).

4.3 O Diferente Caráter “Prima Facie” de Regras e Princípios

² Tradução livre: “este fallo se trata de la siguiente situación: El Segundo Programa de Televisión (ZDF) proyectaba la emisión de una película documental: "El asesinato de soldados en Lebach". En esta película debía informarse acerca de un crimen en el cual cuatro soldados del grupo de la guardia de un depósito de municiones del Ejército Federal cerca de Lebach fueron asesinados mientras dormían y se sustrajeron armas con las que se pensaba realizar otros actos delictivos. Una persona que había sido condenada por complicidad en este crimen y que estaba a punto de abandonar la prisión consideró que la emisión de esta película televisiva en la que era mencionada expresamente y aparecía fotografiada violaba su derecho fundamental del artículo 1, párrafo 1 y del artículo 2 párrafo 2 frase 1 LF, sobre todo porque hacía peligrar su resocialización. El Tribunal Provincial rechazó su pedido de un auto provisional para prohibir la emisión de la película y el Tribunal Provincial Superior rechazó la apelación de esta medida. En contra de esta decisión, presentó un recurso de inconstitucionalidad.”

Para Alexy (1993), os princípios não contêm mandados definitivos, mas somente “prima facie”, pois eles carecem de conteúdo de determinação com respeito aos princípios contrapostos e às possibilidades jurídicas. As regras, de outro lado, exigem que se faça exatamente o que elas ordenam.

Poder-se-ia objetar que as regras também possuem caráter “prima facie” porque a determinação nela contida pode fracassar por impossibilidades jurídicas e fáticas, como ocorre, por exemplo, com a introdução de uma cláusula de exceção a partir de outra regra ou com base em um princípio.

Alexy (1993) reconhece que a introdução de uma cláusula de exceção faz com que a regra perca seu caráter definitivo para a decisão do caso. Todavia, este caráter “prima facie” que adquirem é distinto do caráter “prima facie” dos princípios. Um princípio cede quando um princípio oposto no caso concreto possui um peso maior. Uma regra, contudo, não cede quando o princípio oposto tem um maior peso que o princípio que apóia a regra.

Ademais, não podem ser olvidados os chamados princípios formais, que conferem mais força às regras ao estabelecer que as regras impostas por uma autoridade legitimada para isso têm de ser seguidas e não devem ser afastadas sem fundamento em uma prática transmitida. Somente se a tais princípios formais não se der nenhum peso, o que teria como consequência, segundo Alexy (1993), o fim da validade das regras enquanto tais, as regras e os princípios, teriam o mesmo caráter “prima facie”. Portanto, o caráter prima facie das regras é algo basicamente diferente e essencialmente mais forte que os princípios.

É possível, segundo Alexy (1993), reforçar o caráter “prima facie” dos princípios introduzindo uma carga de argumentação em favor de determinados princípios ou determinados tipos de princípios. Princípios podem ser normas que conferem direitos fundamentais aos indivíduos ou normas que ordenam a persecução de interesses da comunidade. Assim Alexy exemplifica (1993), é possível introduzir uma carga de argumentação em favor dos direitos individuais (liberdade, igualdade e dignidade) contra bens coletivos (propriedade, segurança). Disto não resulta, contudo, que a suposição da carga de argumentação em benefício de determinado princípio leve à equiparação de seu caráter “prima facie” com o das regras. A introdução de cargas de argumentação não libera da necessidade de se estabelecerem as condições de precedência, mas estabelece a consequência de ser dada preferência a um princípio sobre o outro em caso de dúvida.

4.4 A Teoria dos princípios e o princípio tridimensional da proporcionalidade

Alexy (1993) em sua obra assevera que não pode haver uma relação mais estreita, se não a da teoria dos princípios e a máxima da proporcionalidade.

Robert Alexy (1993) prefere a expressão "máxima de proporcionalidade" à expressão "princípio da proporcionalidade", princípio este amplamente trabalhado no capítulo “Princípio Tridimensional da Proporcionalidade”. Por razões conceituais “A máxima de proporcionalidade” costuma ser chamada de “Princípio da proporcionalidade”:

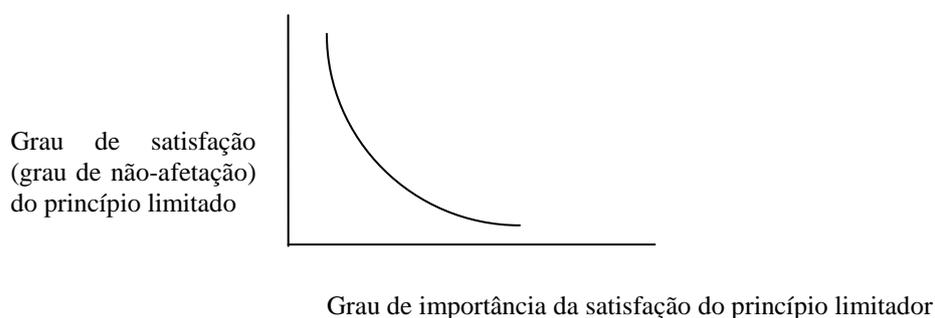
“Sem embargo, não se trata de um princípio no sentido aqui exposto [princípio como mandamento de otimização]. A adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito não são ponderadas frente a algo diferente. Não é que umas vezes tenham precedência e outras não. O que se pergunta é se as máximas parciais são satisfeitas ou não, e sua não-satisfação tem como consequência a ilegalidade. Portanto, as três máximas parciais têm que ser catalogadas como regras” (Teoría de Los Derechos Fundamentales, p. 112, nota de rodapé 84). Sobre a preferência pelo uso da expressão "princípio da proporcionalidade"

Quando um princípio vier a colidir com outro princípio, para se chegar a uma solução, será necessário ponderar os dois princípios no sentido da lei de ponderação.

3.4.1 Lei da Ponderação ou Proporcionalidade em sentido Estrito.

O princípio da proporcionalidade em sentido estrito é lei da ponderação propriamente dito. Ele ordena que haja um equilíbrio entre o meio utilizado para com o fim perseguido.

Alexy (1993, p. 162), com a ajuda de uma curva de indiferença, ilustra a ideia que está por detrás da lei de ponderação:



O curso da curva expressa que uma afetação muito intensa só pode justificar-se mediante um grau de importância muito alto da satisfação do princípio oposto. Portanto, a lei de ponderação aponta, em primeiro lugar, para a importância da satisfação do princípio oposto.

Conforme Alexy (1993, p. 167) “La ley de la ponderación dice qué es lo que tiene que ser fundamentado racionalmente”³. A lei de ponderação é um sistema de valoração racional, onde, o conteúdo do princípio não afetado, seja maior que o princípio correspondente ao direito individual restringido.

Por não existir uma precedência definida entre os princípios, se faz necessária a análise caso a caso, para chegar a decisão de qual princípio deverá ceder, para que outro prevaleça, principalmente nas limitações impostas pela administração ao administrado.

Alexy (1993) divide em três fases a utilização desse critério, onde a primeira fase seria estabelecer o nível de sacrifício do princípio de menor peso em relação ao de maior peso. Depois, ele determina a relevância do princípio de maior peso e por último se esse princípio trará reais benefícios, se esse princípio realmente, conforme Frota (2007, p.141), “[...] trará proveitos sociais de magnitude suficiente para compensar e legitimar as privações impostas aos interesses, direitos e bens lícitos preteridos”.

³ Tradução Livre: “A lei da ponderação diz o que deve ser fundamentado racionalmente.”

5 CONCLUSÃO

O administrador baseado na discricionariedade que lhe é conferida deve escolher o ato estatal que melhor se adéque ao interesse público, mas também aqueles que preservem ao máximo os interesses individuais que não foram afetados pelo Poder de Polícia.

O princípio Tridimensional da Proporcionalidade é a real ponderação entre os dois ou mais princípios conflitantes presentes no caso concreto. A ponderação é uma técnica de decisão jurídica aplicável nos casos em que ocorram princípios diferentes, no mesmo caso concreto, acarretando resultados distintos. O administrador deve agir de forma subjetiva para solucionar o caso concreto que lhe é apresentado, sendo o princípio tridimensional da proporcionalidade a base de fundamentação de todo o processo seletivo.

Essa técnica, ao ser observada pela Polícia Administrativa, não eliminará o interesse individual, apenas o limitará, para garantir que a Administração não encontre barreiras na busca contínua da satisfação do interesse social.

Esse critério reduz a área de atuação de um princípio, para que o outro princípio, que possui um peso maior possa prevalecer, aparando os excessos do princípio que foi restringido, possibilitando que a atuação da Administração Pública alcance sua finalidade primária.

A relação de precedência condicionada que determina a prevalência de um dos princípios ante o outro, é o resultado de uma ponderação guiada por determinadas estruturas, “as estruturas de ponderação” traduzidas no princípio da proporcionalidade e seus três elementos (adequação, necessidade e ponderação).

A má compreensão e aplicação do princípio da proporcionalidade, que guia todo o processo de decisão, que determina a prevalência de um princípio ante outro, na execução do Poder de Polícia da Administração, poderá acarretar no abuso de poder (excesso e desvio de poder).

Uma vez que a execução do poder de polícia acarreta uma relação vertical fica o direito do particular limitado para que prevaleça o interesse da Administração. Afinal o Poder Público, está imbuído de defender o interesse social, o interesse coletivo. E para a consecução desse fim, o Poder Público se vale de certas prerrogativas que lhe é conferida.

Em algum momento, os interesses particulares irão conflitar com os interesses públicos, quando houver esse conflito de interesses deverá sempre prevalecer o interesse público. O princípio que melhor representará o interesse público será encontrado na teoria de Robert Alexy, propondo uma solução mais técnica para a colisão de princípios que ocorre ao se impor uma obrigação ao particular, quando se impõe um ato de polícia decorrente do poder

de império da Administração Pública.

Esse trabalho não pretende esgotar a discussão sobre o assunto, mas levantar essa importante discussão sobre o tema. Emitindo raios de luminosidade sobre a nebulosa discussão do bem-estar coletivo versus a restrição de liberdades fundamentais do particular. Utilizando-se do brilhantismo do mestre, Robert Alexy, para propor meios úteis para a solução de conflitos entre Administração e administrado, no tocante ao exercício do Poder de Polícia da Administração.

6 REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria de los Derechos Fundamentales**. CENTRO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES. Madrid, 1993.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2007.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. Coimbra: Almedina, 1993.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2009.

FROTA, Hidemberg Alves da. **O princípio Tridimensional da proporcionalidade na teoria geral do Direito Público e Administrativo**. Revista do Instituto dos Advogados de Minas Gerais. Nº13 Belo Horizonte, 2007.

HOLLANDA, Aurélio Buarque de. **Minidicionário Aurélio da Língua Portuguesa**, Rio de Janeiro: Nova Edição, 1996.

Lei nº. 9784 de 29 de Janeiro de 1999. Regula o Processo Administrativo no âmbito da Administração Pública Federal

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2005.

MONTESQUIEU, **Do Espírito das Leis**, 1748

OLIVEIRA, Rosy Mara (organizadora). **Manual para apresentação de trabalhos científicos: TCC's, Monografia, Dissertações, Teses e Projetos da UNIPAC**, Barbacena:

2010

CRETELLA JÚNIOR , José. **Revista da Informação Jurídica**, v.97, p.7.

SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 1992.

STEINMETZ, Wilson. **Princípio da Proporcionalidade e Atos de autonomia privada restritivos de direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros. Interpretação Constitucional 1ª edição 2ª tiragem. p.11 – 53.