

RAFAEL VINCENTE RAMOS

**A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO ADMINISTRATIVO E A
RELEITURA DO “PODER DE POLÍCIA ADMINISTRATIVA” À LUZ DOS
DIREITOS FUNDAMENTAIS**

Dissertação realizada como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, no Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS.

ORIENTADOR: PROF. DR. JUAREZ FREITAS

PORTO ALEGRE

2009

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

R175c Ramos, Rafael Vincente
A constitucionalização do direito administrativo e a releitura do “poder de polícia administrativa” à luz dos direitos fundamentais. / Rafael Vincente Ramos.
– Porto Alegre, 2009.
141 f.

Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, PUCRS.

Orientador: Prof. Dr. Juarez Freitas

1. Direito Administrativo - Constitucionalização. 2. Direitos Fundamentais.
3. Poder de Polícia Administrativa. 4. Direito Administrativo – Novos Paradigmas. I. Freitas, Juarez. II. Título.

CDD 341.3

Bibliotecária Responsável

Anamaria Ferreira

CRB 10/1494

AGRADECIMENTOS

Ao Professor Doutor Juarez Freitas, exemplo de dedicação em prol da eficácia e efetividade do direito fundamental à boa administração pública, pela séria e competente orientação.

Aos amigos do GEDF, na pessoa de nosso mestre, Professor Doutor Ingo Wolfgang Sarlet, pelo convívio fraterno e de muito aprendizado.

Ao estimado Professor Doutor Araken de Assis, professor e processualista inigualável, pelas divertidas e frutíferas aulas de terça à tarde, além das oportunidades profissionais.

Especialmente, aos professores, funcionários e colegas do Programa de Pós-Graduação em Direito da PUCRS, além, é claro, dos já mencionados: Regina Ruaro, Caren Klinger, Marília Prates, Nelise Dias e Fabiana Kelbert, pelo constante e sincero “diálogo”.

Aos meus irmãos Rossana, Luis Gustavo e Gabriel, por existirem.

À “Madrinha” pelo apoio inestimável em todos os meus projetos existenciais.

À minha namorada Geórgia, pelo amor, companheirismo, assim como pelo estímulo ao ingresso no mestrado.

RESUMO

A presente dissertação pretende abordar o processo de Constitucionalização do Direito, em especial, sua origem, premissas teóricas e possíveis efeitos. No âmbito do Direito Administrativo, a constitucionalização do ordenamento jurídico, vai ter reflexos com o surgimento de novos paradigmas, dentre eles: i) do princípio da supremacia do interesse público ao primado dos direitos fundamentais, notadamente o direito fundamental à boa administração pública; ii) do princípio da legalidade, como vinculação positiva à lei, ao princípio da juridicidade; iii) da dicotomia rígida “ato administrativo vinculado *versus* ato administrativo discricionário” a vinculação aos princípios fundamentais. Por fim, a partir dos novos paradigmas do Direito Administrativo, pretende-se efetuar a releitura do chamado “poder de polícia administrativa” à luz dos direitos fundamentais. Nessa perspectiva, assume grande importância o que se vem chamando de dupla face do princípio da proporcionalidade: proibição de excesso e proibição de proteção insuficiente.

Palavras-Chave: Constitucionalização do Direito Administrativo. Novos Paradigmas. “Poder de Polícia Administrativa”. Direitos Fundamentais.

ABSTRACT

The current work aims to analyze the process of law constitutionalization, especially its origins, theoretical premises and possible consequences. Concerning Administrative Law, this process of constitutionalization has reflexes over the transformation of an authoritarian model of administration towards a consensual model. Therefore, the traditional paradigms of Administrative Law either acquire new forms or are completely overcome. Thus, instead of the supremacy of public interest, Administrative Law becomes dominated by fundamental rights, remarkably the fundamental right to an adequate public administration. Furthermore, the principle of legality is overcome by the principle of judicialization. The traditional dichotomy between “bound administrative act versus discretionary administrative act” is overcome by the mandatory connection between administrative acts and fundamental principles. Finally, the current work aims to analyze the administrative police power from the perspective of fundamental rights. In this context, a preventive and promotional posture plays an important role, as well as the double function of the proportional principle: the prohibition of excess and the prohibition of insufficient protection.

Key-words: Administrative Law. Police Power. Fundamental Rights

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	09
1 A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO.....	12
1.1 ORIGEM E EVOLUÇÃO.....	12
1.2 A PRÉ-HISTÓRIA DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO: <i>MARBURY VERSUS MADISON</i> E A SUPREMACIA DA CONSTITUIÇÃO.....	15
1.3 PREMISSAS DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO.....	17
1.3.1 A Força Normativa da Constituição.....	18
1.3.2 A Expansão da Jurisdição Constitucional.....	21
1.3.3 A Nova Hermenêutica Constitucional.....	25
1.4 EFEITOS DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO.....	29
1.5 EM BUSCA DE UMA CONSTITUCIONALIZAÇÃO ADEQUADA.....	31
1.6 A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO ADMINISTRATIVO.....	36
1.6.1 Direitos Fundamentais e Democracia como Fundamentos da Administração Pública Brasileira.....	36
1.6.1.1 Administração Pública e Constituição: o Direito Administrativo como Direito Constitucional concretizado.....	36
1.6.1.2 Administração Pública e Direitos Fundamentais: A emergência do direito fundamental à boa administração pública.....	40
1.6.1.3 Administração Pública e Democracia: a democracia administrativa.....	44
1.6.2 Administração Consensual como a Nova Face da Administração Pública Brasileira.....	45
1.6.2.1 Administração Consensual: concepção teórica e fundamentos dogmáticos.....	46
1.6.2.2 Formas de Expressão e Instrumentos de Ação da Administração Consensual.....	47
2 OS NOVOS PARADIGMAS DO DIREITO ADMINISTRATIVO.....	52
2.1 DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO AO PRIMADO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: EXISTE UM PRINCÍPIO DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO?..	53
2.1.1 A Teoria do Princípio da Supremacia do Interesse Público.....	53
2.1.2 O Princípio da (Supremacia) do Interesse Público como fundamento de Prerrogativas da Administração.....	57
2.1.3 Alternativas a Ideia de Supremacia do Interesse Público.....	59
2.1.4 O Princípio do Interesse Público como Resultado da Ponderação de Interesses.....	62

2.2 O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE NO ESTADO CONSTITUCIONAL: O PRINCÍPIO DA JURIDICIDADE.....	64
2.2.1 O Princípio da Juridicidade.....	67
2.2.2 O Supremo Tribunal Federal e o Princípio da Juridicidade.....	69
2.2.3 Do Princípio da Legalidade ao Princípio da Juridicidade.....	70
2.3 DA DICOTOMIA “ATO VINCULADO <i>VERSUS</i> ATO DISCRICIONÁRIO” A VINCULAÇÃO AOS PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS.....	72
2.3.1 A Dicotomia Ato Vinculado <i>versus</i> Ato Discricionário.....	72
2.3.2 Discricionariedade e Conceitos Jurídicos Indeterminados.....	73
2.3.3 A Motivação dos Atos Administrativos como Elemento Legitimador das Escolhas Administrativas.....	76
2.3.4 Princípios Fundamentais, Ponderação e Racionalidade: em busca das escolhas administrativas legítimas.....	80
3 O “PODER DE POLÍCIA ADMINISTRATIVA” NA PERSPECTIVA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	86
3.1 FUNDAMENTOS HISTÓRICOS.....	87
3.2 TERMINOLOGIA.....	88
3.3 COMPETÊNCIA.....	90
3.4 ÂMBITO DE ATUAÇÃO.....	90
3.5 FORMAS DE ATUAÇÃO.....	91
3.5.1 Consentimentos Estatais.....	91
3.5.2 Atos de fiscalização.....	92
3.5.3 Atos de Regulação.....	93
3.6 CARACTERÍSTICAS.....	94
3.6.1 Discricionariedade e Vinculação.....	94
3.6.2 Autoexecutoriedade.....	95
3.6.3 Coercibilidade.....	96
3.6.4 Indelegabilidade.....	98
3.6.5 Outras Características.....	99
3.7 O “PODER DE POLÍCIA ADMINISTRATIVA” COMO RESTRIÇÃO A DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	100
3.7.1 Teoria Interna.....	103
3.7.2 Teoria Externa.....	104
3.8 O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE COMO LIMITE E TAREFA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.....	107
3.8.1 Origem e Evolução.....	107
3.8.2 Fundamentação Jurídico-Positiva da Proporcionalidade.....	109
3.8.3 Uma Distinção Necessária: proporcionalidade e razoabilidade.....	110
3.8.4 A Dupla Face da Proporcionalidade: entre a proibição de excesso e a proibição de insuficiência.....	111
3.8.4.1 Princípio da Proibição de Excesso.....	112
3.8.4.2 Princípio da Proibição de Insuficiência.....	114
3.9 O CONCEITO DO “PODER DE POLÍCIA ADMINISTRATIVA” NA PERSPECTIVA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	118
CONCLUSÃO.....	122
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	128

INTRODUÇÃO

O 2º pós-guerra marca não apenas o fim dos regimes autoritários e totalitários, mas, principalmente, o surgimento do chamado Estado Constitucional. Como será demonstrado, a Constituição, em uma verdadeira “revolução copernicana” do Direito, passa a ocupar definitivamente o centro do ordenamento jurídico, pautando e legitimando a aplicação dos demais ramos que gravitam ao seu redor. A lei deixa hoje de ocupar o centro do ordenamento jurídico para dar lugar à Constituição. O reconhecimento da força normativa das normas constitucionais, especialmente dos princípios constitucionais, e a pluralidade típica das sociedades democráticas exigem do Estado o respeito ao Direito e não apenas à lei.

Com o surgimento do Estado Constitucional, há o desenvolvimento de um processo crescente de releitura do ordenamento jurídico à luz dos princípios, regras e valores da Constituição, a saber, a denominada “Constitucionalização do Direito”. Assim, a primeira parte da dissertação enfoca a evolução histórica, assim como as premissas teóricas e possíveis efeitos de referido processo.

A segunda parte do primeiro capítulo será consagrada ao estudo do fenômeno da Constitucionalização do Direito Administrativo – ora amplamente subjugado aos domínios do Direito Constitucional. Nesse passo, propõe-se que o Direito Administrativo deve sempre encontrar no Direito Constitucional não apenas a sua base principiológica, mas a própria lógica estruturante de seus institutos e organizações funcionais. Mostra-se que o catálogo materialmente aberto de direitos fundamentais (art. 5º, § 2º, CF/88), com a emergência do

direito fundamental à boa administração pública, e o princípio democrático cumprem um papel determinante, tanto na estruturação e funcionamento do Estado Democrático (e Constitucional) de Direito, como da própria Administração Pública.

Pretende-se demonstrar, pois, como o Direito Administrativo, nos moldes tradicionais, é uma disciplina jurídica pouco democrática. Não raros vêm sendo os embates entre Administração Pública e sociedade civil por conta da adoção unilateral de medidas administrativas, amparadas em escolhas discricionárias e no chamado princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, porém sem prévia discussão pública. A Constitucionalização, mormente de princípios específicos desenvolvidos para a aplicação desse ramo do Direito, já representou um importante passo no aperfeiçoamento dos controles - sistemático e substancial - da atividade administrativa pelo Direito, restando apenas a exploração de todas as suas possibilidades. O desenvolvimento de instrumentos jurídicos para assegurar a participação administrativa, a seu turno, contribuirá para a redução dos conflitos e a legitimação da atividade administrativa.

Em seguida (segundo capítulo), como uma das principais consequências da Constitucionalização das relações de administração, identificam-se três paradigmas do Direito Administrativo brasileiro, em sua linha teórica tradicional, para caracterizar-lhes a sua crise, pois, em descompasso com a ordem constitucional vigente, ao que se segue a apresentação de propostas “reconstrutivas”.

Assim, analisa-se a crise da ideia de regime jurídico-administrativo, assentada no chamado princípio da supremacia do interesse público, preconizando-se a ultrapassagem do paradigma da supremacia de tal interesse ao primado dos direitos fundamentais, mormente o direito fundamental à boa Administração Pública. Estuda-se, também, a crise da lei “administrativa”, vislumbrando-se a superação da “legalidade como vinculação positiva à lei” pelo princípio da juridicidade. Por derradeiro, postula-se o abandono da clássica dicotomia rígida “ato administrativo vinculado *versus* ato administrativo discricionário” e prol da vinculação aos princípios e objetivos fundamentais da República (art. 3º, CF/88).

Nessa perspectiva, o princípio da legalidade e, conseqüentemente, as regras legais, nos moldes concebidos originariamente com o nascimento do Estado de Direito e do próprio Direito Administrativo, passam por um intenso desgaste na ordem constitucional instituída pela Constituição de 1988. O intuito do trabalho que se inicia, como se demonstrará, não é o de afirmar o total desprestígio ou superação da legalidade, uma vez que a lei continua exercendo papel importante nos Estados Democráticos, mas oferecer uma nova compreensão do princípio da legalidade administrativa, em consonância com o princípio da juridicidade.

Por fim, no terceiro e derradeiro capítulo, tendo em conta que o Estado brasileiro foi guindado à condição de promotor dos direitos fundamentais, torna-se necessário efetuar a releitura sistemática do Direito Administrativo e de seus principais conceitos e institutos – em especial, o "poder de polícia administrativa" – sob a lente da Constituição e dos direitos fundamentais, notadamente o direito fundamental à boa administração pública.

De acordo com essa filtragem constitucional do "poder de polícia administrativa", inclusive em sua dimensão regulatória, assume relevo a harmonização do interesse público com os direitos fundamentais dos indivíduos, de modo a transformar o "poder de polícia administrativa", acima de tudo, em instrumento de defesa e promoção da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais, assumindo salutar importância, nesse ponto, a aplicação do que se vem chamando de dupla face da proporcionalidade: proibição de excesso e proibição de proteção insuficiente.

CONCLUSÃO

Até a Segunda Guerra Mundial, prevalecia no continente europeu uma cultura jurídica essencialmente “legicêntrica”, que tratava a lei editada pelo parlamento como a fonte principal do Direito, e não atribuía força normativa às Constituições. Estas eram vistas basicamente como programas políticos que deveriam inspirar a atuação do legislador, mas que não podiam ser invocados perante o Judiciário, na defesa de direitos. Os direitos fundamentais valiam apenas na medida em que fossem protegidos pelas leis, e não envolviam, em geral, garantias contra o arbítrio ou descaso das maiorias políticas instaladas nos parlamentos.

Depois da Segunda Guerra, na Alemanha e na Itália, e algumas décadas mais tarde, na Espanha e em Portugal, assistiu-se a uma mudança significativa deste quadro. A percepção de que as maiorias políticas podem perpetrar as maiores barbáries, como ocorrera no nazismo alemão, levou as novas constituições a criarem ou fortalecerem a jurisdição constitucional, instituindo mecanismos de proteção dos direitos fundamentais mesmo em face do legislador. Sob esta perspectiva, a concepção de Constituição na Europa aproximou-se daquela existente nos Estados Unidos, onde, desde os primórdios do constitucionalismo, sobretudo, após o julgamento do caso *Marbury versus Madison*, entende-se que a Constituição é autêntica norma jurídica, que limita o exercício do Poder Legislativo e pode justificar a invalidação de leis.

Assim, na trilha do processo de "reconstitucionalização" da Europa, após a 2ª Guerra Mundial, passou a ser redefinido o lugar da Constituição na ordem jurídica ("supremacia da Constituição"). Nesse contexto de profundas transformações, surgiu o movimento denominado de *Constitucionalização do Direito* que propõe a releitura do ordenamento jurídico à luz dos valores, princípios e regras da Constituição.

A “constitucionalização” do Direito exerce, ou deveria exercer, influência decisiva no âmbito do Direito Administrativo. Assim, o “administrado” deixa a condição de súdito, de mero sujeito subordinado à Administração e é elevado à condição de cidadão ativo. O mais

importante reflexo do processo de Constitucionalização foi à submissão da Administração Pública aos princípios – e, conseqüentemente, aos valores – incorporados às constituições do segundo pós-guerra. Com efeito, a nova dimensão dada aos princípios no constitucionalismo contemporâneo tem provocado um processo de “substantivação” das relações administrativas, agregando ao seu estudo as preocupações materiais dos novos textos constitucionais. Atuando, sobretudo, no controle da Administração Pública, os princípios permitem a densificação do ambiente decisório do administrador, através da imposição de pautas de valoração.

A Constitucionalização do Direito Administrativo, mais do que uma questão simplesmente de forma, provocou ao longo dos últimos vinte anos uma autêntica mudança de orientação de rumos da disciplina jurídica da Administração Pública e que, hoje, já reflete no cotidiano do cidadão. Como pode-se perceber, a Constituição de 1988 vêm produzindo um deslocamento do objeto central do Direito Administrativo para a figura do cidadão. A positivação de inúmeros direitos fundamentais diretamente oponíveis à Administração promoveu uma substantivação do Direito Administrativo, dando lugar ao surgimento de uma disciplina muito mais preocupada com a proteção da posição jurídica do cidadão contra o arbítrio.

Essa nova posição do indivíduo, embasada no discurso dos direitos fundamentais, demandou a alteração do papel tradicional da Administração Pública, que constitucionalizada, vê-se compelida a abandonar o modelo autoritário de gestão da *res publica* para se transformar em um centro de respeito, proteção e promoção dos direitos fundamentais, notadamente o direito fundamental à boa administração pública, na formulação dada pelo professor Juarez Freitas, inspirado no art. 41 da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia.

Além disso, como a Constituição Federal de 1988 redemocratizou o nosso país, é claro que tal componente democrático terá que permear e moldar todas as relações entre a Administração Pública e os cidadãos. Dessa maneira, boa parte da doutrina, no intuito de caracterizar essa nova fase da Administração Pública brasileira, fala numa *Administração Consensual*, de sorte a incorporar formas novas de democracia participativa, segundo as quais o Poder Público, em vez de decidir unilateralmente, procura ou atrai os indivíduos para o debate sobre questões de interesse comum, as quais deverão ser solvidas mediante acordo. Esses novos fatores mudam o foco do Direito Administrativo, que deixa de ser fundado exclusivamente na imperatividade, passando a valorizar o consenso do cidadão e da sociedade com o Estado, ensejando o incremento de mecanismos da democracia participativa. Portanto,

a estrutura da Administração Pública enfrenta, atualmente, um duplo desafio, a saber, o de ela própria tornar-se democrática e, também, de viabilizar a participação dos cidadãos nos processos decisórios.

A Constitucionalização do Direito, além disso, vai ter uma influência decisiva na mudança de tradicionais paradigmas do Direito Administrativo: i) o até então incontestado princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, passa atualmente por um processo de “desconstrução”, diante do descompasso com o próprio conceito de princípio e com o amplo catálogo de direitos fundamentais albergado na Carta Constitucional brasileira de 1988. O interesse público é, agora, o resultado da ponderação entre os direitos fundamentais e outros valores ou interesses constitucionalmente positivados; ii) o princípio da legalidade administrativa, no Estado Constitucional, perde sua tradicional hegemonia para o princípio da juridicidade, a fim de consagrar a vinculação da Administração Pública principalmente à Constituição; iii) a dicotomia rígida “ato vinculado *versus* ato discricionário” é superada por uma vinculação da Administração Pública aos princípios fundamentais regentes das relações de administração, em especial, aqueles positivados nos arts. 37 e 70 da CF/88. A seguir passa-se a expô-los com mais vagar:

1) É tradicional, no Direito Público brasileiro e no Direito Administrativo em especial, o reconhecimento de um princípio da supremacia do interesse público sobre o privado. Embora decantado como fundamento do regime jurídico administrativo, são flagrantes sua inconsistência teórica e, principalmente, sua incompatibilidade com a Carta Constitucional de 1988, consagradora de um amplo catálogo de direitos fundamentais.

Com efeito, uma norma que preconiza a supremacia *a priori* de um “princípio” sobre (todos os) outros não pode ser qualificada como princípio. Ao contrário, um princípio, por definição, representa um mandamento suscetível de ponderação. A prevalência apriorística e descontextualizada de um princípio constitui uma contradição em termos.

Não se nega a existência do princípio do interesse público, mas tão somente a existência de um princípio da supremacia do interesse público. O interesse público, por ser um conceito jurídico indeterminado, só é aferível após juízos de ponderação entre direitos individuais e interesses coletivos, realizados à luz das circunstâncias concretas. Daí propor-se que é a ponderação instrumento indispensável na definição do interesse público.

2) Uma das pedras de toque, na visão tradicional, do Direito Administrativo, sem dúvida alguma, pode ser encontrada no princípio da legalidade. Referido princípio que nasce com o Estado de Direito, vai exigir a total submissão da Administração Pública à lei.

Consoante ensinamento corrente, enquanto ao particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza.

Não obstante, a concepção liberal de legalidade é substituída pela ideia de juridicidade, por força da qual o administrador encontra-se vinculado a todo o ordenamento jurídico. Em contrapartida, para se conter eventuais arbitrariedades, o controle dos atos administrativos, notadamente pela via judicial, vai se pautar pela adequação da atuação administrativa ao ordenamento jurídico como um todo. Assim, o controle de legalidade dá lugar ao controle de juridicidade.

O fundamento do princípio da juridicidade pode ser extraído de dois outros princípios constitucionais, a saber: o princípio da supremacia da Constituição, bem como o princípio da efetividade. O primeiro impõe a diferenciação entre as normas constitucionais e normas infraconstitucionais. Havendo conflito entre elas, deve prevalecer as normas constitucionais. A supremacia constitucional vai determinar, ademais, que na interpretação das normas hierarquicamente inferiores, seja considerado o conteúdo da Constituição. Já o princípio da efetividade da Constituição vai exigir a concretização do texto constitucional.

Com a consagração do princípio da juridicidade, de um lado, há crescente importância da Administração na concretização das normas constitucionais e, de outro lado, há restrições maiores à atuação do administrador, sendo os parâmetros do controle judicial sobre os atos administrativos enriquecidos com os princípios constitucionais.

Desenvolveu-se, assim, a teoria da vinculação da Administração Pública ao Direito, especialmente aos princípios e regras do ordenamento constitucional. Evidentemente, o princípio da legalidade não deve ser simplesmente ultrapassado, já que a lei segue como importante instrumento de controle administrativo, mas o reconhecimento da sua incapacidade impõe sua imediata releitura. Ademais, onde o constituinte exigiu lei formal, não pode o administrador simplesmente imiscuir-se nesse campo. Portanto, a Administração Pública não pode superar a reserva legal em matéria tributária (art. 150, I, CF/88), orçamentária (art. 165, III, CF/88) e penal (art. 5º, XXXIV, CF/88) sem violar literalmente a Constituição.

3) Entre os administrativistas brasileiros, até bem pouco tempo, prevalecia o entendimento de que existia uma distinção rígida entre atos administrativos vinculados e os atos administrativos discricionários. No caso dos atos vinculados, o agente público ficaria inteiramente preso ao enunciado da lei, em todas as suas especificações. Portanto, a liberdade de ação do administrador é mínima, pois, deixando de atender a qualquer dado expresso na

lei, o ato é nulo. Já no caso dos atos discricionários, a Administração teria, expressa ou implicitamente, uma liberdade de escolha de sua conveniência e oportunidade.

Diante da dinâmica do mundo contemporâneo, no qual sempre vêm surgindo situações novas e imprevistas, que exigem uma atuação célere e eficaz da Administração, o legislador não tem condições de prever todas as situações em que o Estado terá que atuar. Assim, em face de tal situação, existe a necessidade de dar a Administração Pública uma certa margem (maior ou menor) dependendo do caso concreto, para que possa fazer as escolhas que atendam, da melhor maneira possível, as necessidades da sociedade.

Contudo, para que este “espaço de apreciação” não redunde em atuação arbitrária, necessário se faz que a Administração cumpra o seu dever de motivar os atos administrativos, sejam eles vinculados ou discricionários. Aliás, a Constituição no que concerne às decisões administrativas dos Tribunais é expressa quanto a exigir-lhes motivação (art. 93, X).

Como já ficou suficientemente esclarecido, não existe discricionariedade total, mas, sim vinculada aos princípios fundamentais que regem a Administração Pública (arts. 37 e 70, CF/88), pois somente através deles é que haverá a harmonização entre a necessária atuação estatal e os direitos fundamentais dos cidadãos.

Ademais, a emergência da noção de juridicidade administrativa, com a vinculação direta da Administração à Constituição, não mais permite falar numa autêntica dicotomia entre atos vinculados e atos discricionários, mas, sim, na vinculação aos princípios e objetivos fundamentais da República. A discricionariedade não é, destarte, nem uma liberdade decisória fora do Direito, nem um campo imune ao controle judicial.

Por fim, como pode-se perceber, os novos paradigmas do Direito Administrativo acabam por ter enorme influência na releitura de um dos mais tradicionais e, porque, não dizer, controvertidos institutos do Direito Público brasileiro, a saber, o chamado “poder de polícia administrativa”. Esse “poder”, na sua concepção tradicional, que seria uma decorrência do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, tem entre suas características ser discricionário, auto-executório e coercível.

Não obstante, o “poder de polícia administrativa”, sob a lente da Constituição e dos direitos fundamentais, passa a ter uma importante função na harmonização do interesse público com os direitos fundamentais dos cidadãos, de modo a transformá-lo, acima de tudo, em instrumento de defesa e promoção da dignidade da pessoa humana.

O "poder de polícia administrativa", nessa perspectiva renovadora, vale dizer, como instrumento de defesa e promoção dos direitos fundamentais, necessita de novas ferramentas

conceituais, sob pena de continuar um instituto autoritário e de imposição precipuamente repressiva.

Assim, deve-se entender na trilha do professor Juarez Freitas o “poder de polícia administrativa” “como o exercício de um dever (não mera faculdade) que consiste em regular, restringir ou limitar administrativamente, de modo legal e legítimo, o exercício dos direitos fundamentais de propriedade e de liberdade, de maneira a obter, mais positiva que negativamente, uma ordem pública capaz de viabilizar a coexistência dos direitos em sua totalidade, sem render ensejo à indenização, por não impor dano juridicamente injusto”.

Nessa linha, em nossa proposta, tem lugar de destaque à utilização do princípio da proporcionalidade, na sua dupla face, já como vedação de excesso (e seus subprincípios de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito), já como proibição de proteção insuficiente, no intuito de melhor condicionar a atuação da Administração Pública, quando do exercício do "poder de polícia", ao primado dos direitos fundamentais, notadamente o direito fundamental à boa administração pública.

A tradicional face da proporcionalidade, ligada a proibição de excesso, é agregada, agora, na senda da teoria dos deveres de proteção do Estado, a proibição de proteção insuficiente, implicando uma atuação positiva do Estado, obrigando-o a intervir, tanto preventiva, quanto repressivamente, inclusive quando se trate de agressões oriundas de particulares.

No Estado Constitucional, a tendência repressora, deve ceder à atuação de conteúdo promocional, especialmente no âmbito da Administração Pública Consensual, que há de pautar de modo mais dialógico possível de sorte a aplicar, preferencialmente, sanções positivas ou de incentivo.

