

# O PODER DE POLICIA E O BEM ESTAR SOCIAL\*

SUMÁRIO: Introdução. 1. Surgimento do poder de polícia. 2. Dirigismo contratual. 3. Estado do bem estar social. 4. O poder de polícia. 5. Serviço público. 6. Administração pública. Conclusão. Referências.

## INTRODUÇÃO

A Revolução Francesa foi inteiramente responsável pelo surgimento dos direitos individuais. O Estado deixou de ser Policial e tornou-se de Polícia, nascido e enfatizado pelos ideais da dita Revolução.

No século XVII, o Iluminismo fora um movimento que sobrepunha à razão em detrimento da visão teocêntrica que assolava o mundo medieval. Embora tenha sido o período da derrocada do rei, o Iluminismo vivenciou por boa parte de um governo absolutista em que o Estado se concentrava na figura do soberano. O Estado se considerava o juiz, o senhor absoluto da felicidade de cada um e da felicidade geral, mais conhecido como o período do *L'état c'est moi* (o Estado sou eu!).

O que estava acontecendo na realidade, era a supremacia do mais forte economicamente sobre o mais fraco, os pensadores da época a partir de Leon XIII, depois com o comunismo, acabaram por gerar o início de um Estado intervencionista correspondente politicamente ao Estado Polícia. Referido Estado é antagônico ao Estado contemplativo, daí, deparamo-nos com a ordem de supremacia da vontade geral; do bem-estar social; das relações humanas em busca do melhor para a sociedade e da busca de amenizar as desigualdades entre as partes que queiram celebrar algum tipo de contrato.

A supremacia da vontade geral é imperativa, logo, há limites legais que confrontam esta liberdade. O Estado, presenciando imposição de força por parte do contratante de maior poder aquisitivo ou hierárquico, viu-se no dever de dar suporte aos contratantes menos favorecidos no intuito de resguardar suas possibilidades de negociação equivalentes.

O dirigismo contratual tornou-se, portanto, a pedra de toque do intervencionismo do Estado principalmente num campo que normalmente era o grande monumento do Direito Privado, que é o contrato, aquilo que os alemães passaram a chamar de negócio jurídico.

O intervencionismo fez nascer o Estado Liberal, um Estado de Direito Social, ou Estado Social, a que se referem em vários estudos Paulo Bonavides. Essa expressão substituiu na modernidade uma outra bem comum “dar a cada um o que é seu” que os

filósofos da Igreja Católica definiam como sendo a repartição do maior número possível de bens sociais com o maior número possível de partícipes da sociedade.

O homem pode ser entendido em suas duas ramificações intersubjetivas: o egoísmo e o altruísmo. Pelo egoísmo pretende-se sua realização ampla, total e absoluta de todos os seus desejos, instinto Hobbeniano de que *o homem é o lobo do homem*, na vida prática, na vida em sociedade, na vida organizada, portanto, a do diálogo, ele sabe que nem sempre pode realizar todos esses desejos, partindo para um altruísmo necessário, ou aquilo que chamaríamos de altruísmo útil.

O Poder de Polícia não é uma atividade e sim uma aptidão, logo, temos a outorga que a ordem jurídica dá ao Estado para que ele realize seus fins. A titularidade do Poder de Polícia é do Poder Legislativo. A Administração Pública não tem Poder de Polícia, e sim função de polícia. O fundamento do Poder de Polícia é a satisfação do bem estar social. E não poderia existir outro senão este, a concepção, a realização efetiva do bem estar social.

O Poder de Polícia não se confunde com serviço público, uma vez que este é uma atividade prestacional; bem como serviço público não se confunde com a obra pública, que é uma atividade material, desenvolvida para equipar o Estado de um imóvel, de um equipamento indispensável a exação de seu serviço.

Antes da Constituição de 1988, a Administração Pública era sinônimo de Poder Executivo. Com a Carta Magna atual em seu art. 37, *caput*, foi disciplinado o conceito de Administração Pública. Hoje, a Administração Pública pertence ao Poder Executivo, Legislativo e Judiciário, uma vez que representa um sistema de órgãos personificados ou não que dinamizam o poder do Estado.

Bernard-Henri, escritor do direito francês do século XIX, início do século XX, falava em atividade, em colaboração paralela, que em última análise era a presença do particular na prestação do serviço público. Logo, o serviço público permite que a sua prestação passe para terceiros através da delegação, que é menos usual, da concessão, que abrange a maioria dos casos, e da permissão.

## 1 SURGIMENTO DO PODER DE POLICIA

A palavra policia vem do latim *politia* ou *politeia* do grego, significado de governo da cidade, e *polis*, o nome de cidades. Cidades-Estado como havia na Grécia.

Surgido na França, no século XVII, o Iluminismo fora um movimento que sobrepunha a razão em detrimento da visão teocêntrica que assolava o mundo medieval.

---

\* Cynthia Mirella da Costa Farias. Advogada, mestre em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza e doutoranda em Filosofia do Direito pela Pontifícia Universidade de São Paulo - Bolsista CNPq.

Embora tenha sido o período da derrocada do rei, o Iluminismo vivenciou por boa parte um governo absolutista em que o Estado se concentrava na figura do soberano e que o rei exercia sozinho todas as funções atribuídas ao Estado. Era o juiz, o senhor absoluto da felicidade de cada um e da felicidade geral, mais conhecido como o período do *L'État est moi*, de Luis XIV.

Após a Revolução Francesa, o Estado deixou de ser Policial e tornou-se de Policia, nascido e enfatizado pelos ideais da dita Revolução e depois com a declaração dos Direitos dos Estados Unidos da América do Norte. A Revolução Francesa foi a responsável pela proeminência aos direitos individuais, uma vez que àquela época, havia uma determinada confusão entre o hoje conhecido por interesses público e privado. Os novos ares fizeram do homem objeto e objetivo. Os direitos orbitavam em torno do homem abstrato, devidamente advertido por Jorge Bittar (2003) em que os doutores do direito falavam na paz como o grande objetivo, contudo a paz dos cemitérios, em que as pessoas não podiam expressar nem realizar aquilo que na verdade não existia na prática que eram os direitos individuais.

Diante desta fisionomia do Estado, e depois de significar que o que estava acontecendo na realidade era a supremacia do mais forte economicamente sobre o mais fraco, os pensadores da época a partir de Leon XIII, depois com o comunismo, as idéias de Marx, de Engels e outros, acabaram por gerar o início de um Estado intervencionista correspondente politicamente ao Estado Policia, ou aliás, a superação do Estado Policia.

Esta expressão, Estado Policia, ensina Miguel S. Marionhoff (1973), tem origem alemã devido à competência do Príncipe de resolver os assuntos de policia sem que as partes pudessem recorrer jurisdicionalmente. Foi a superação do Estado meramente contemplativo, ou limitado a impedir os conflitos de vizinhança, seara do Direito Civil, onde o Estado mais se apresentou intervencionista, com o aparecimento do chamado dirigismo contratual.

Para a doutrina brasileira, Germana de Oliveira Moraes (1990, p.09) relata que “o primeiro a utilizar, em 1918, a expressão Poder de Policia foi Aureliano Leal, difundindo os ensinamentos do alemão Otto Mayer”. Sendo em seguida copiada por Rui Barbosa.

## 2 DIRIGISMO CONTRATUAL

Retornando ao Estado intervencionista, antagônico ao Estado contemplativo, deparamo-nos com a ordem de supremacia da vontade geral; do bem-estar social; das relações humanas em busca do melhor para a sociedade e da busca de amenizar as desigualdades entre as partes que queiram celebrar algum tipo de contrato.

---

\* Cyntia Mirella da Costa Farias. Advogada, mestre em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza e doutoranda em Filosofia do Direito pela Pontifícia Universidade de São Paulo - Bolsista CNPq.

Falamos da liberdade dos indivíduos, dos seus direitos enquanto cidadãos individuais, mas falamos também de sua conjuntura que toma formato de sociedade constitutiva e formal do qual os interesses coletivos devem sobressair-se.

Embora a supremacia da vontade seja imperativa, há limites legais que fronteiriçam esta liberdade. O Estado, presenciando imposição de força por parte do contratante de maior poder aquisitivo ou hierárquico, viu-se no dever de dar suporte aos contratantes menos favorecidos no intuito de resguardar suas possibilidades de negociação equivalentes. A liberdade contratual enseja, portanto, a liberdade de contratar ou de negar-se a contratar.

Humberto Theodoro Júnior (2003) em seu estudo sobre o dirigismo contratual, avalia por correto que o Estado, dentro de sua competência, intervenha no contrato entre partes para que se garanta um nivelamento de poderes entre contratantes, sem que esta intervenção seja objeto de recusa, modificação ou revogação, expondo que:

Por meio das leis de ordem pública, o legislador desvia o contrato de seu leito natural dentro das normas comuns dispositivas, para conduzi-lo ao comando daquilo que a moderna doutrina chama de 'dirigismo contratual', onde as imposições e vedações são categóricas, não admitindo possam as partes revogá-las ou modificá-las.

Uma das maiores provas de que o Estado intervencionista faz parte do modo *jus operandi* do nosso Estado pátrio foi a lei do inquilinato que, aparentemente, dava mais força ao locatário e ao inquilino face a prepotência do locador. Curiosamente, foi a primeira vez que uma lei no Brasil, sobre a influência dos economistas que substituíram os bacharéis em direito na confecção da lei jurídica, teve uma equação matemática, na questão da revisão do preço contratual.

O dirigismo contratual tornou-se, portanto, a pedra de toque do intervencionismo do Estado principalmente num campo que normalmente era o grande monumento do Direito Privado, que é o contrato, aquilo que os alemães passaram a chamar de negócio jurídico.

### 3 ESTADO DO BEM ESTAR SOCIAL

O Estado que nasce depois do dirigismo contratual, principalmente após a Constituição de Weimar, na Alemanha, que tratou pela primeira vez na história os direitos econômicos, a parte econômica da sociedade, é o chamado *Welfare State*, quer dizer, Estado do Bem Estar Social (MARTINEZ, 2004).

O Estado intervencionista também fez nascer com a chegada do Estado Liberal, um Estado de Direito Social, ou Estado Social, a que se referem em vários estudos

---

\* Cynthia Mirella da Costa Farias. Advogada, mestre em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza e doutoranda em Filosofia do Direito pela Pontifícia Universidade de São Paulo - Bolsista CNPq.

Paulo Bonavides (1984). Essa expressão substituiu na modernidade uma outra bem comum “dar a cada um o que é seu” que os filósofos da Igreja Católica definiam como sendo a repartição do maior número possível de bens sociais com o maior número possível de partícipes da sociedade.

Com o advento do Estado chamado contemporâneo, se enfatiza a questão do Poder de Polícia. Na verdade, o Estado dito do Bem Estar trava uma luta contra e a favor da vontade do homem que, ao nascer com tendências e tropismos irresistíveis por inteligência se contém ou aceita a contenção dos seus comportamentos, da sua dinâmica social, em favor dele mesmo. Faz isso porque sabe que não pode realizar todos os seus apetites, então aceita que haja um ordenamento, com a estruturação social de modo a que todos possam ter as mesmas oportunidades e obter os resultados adequados as oportunidades e ao que cada um fez.

Vicente Ráo (2004) faz um estudo do direito em geral, que não aborda apenas o estudo do direito à luz da ordem jurídica brasileira, mas também o direito comparado dos países ditos por mais adiantados em matéria jurídica. Nesse livro, o jurista faz a seguinte indagação: É possível uma sociedade feliz composta de indivíduos infelizes? Ele responde que não. O poder de polícia é como conciliar os interesses e direitos de cada um de nós com o chamado interesse público, ou bem estar geral que tem a supremacia, um dos fundamentos do poder de polícia.

#### 4 O PODER DE POLÍCIA

Muito embora facilmente confundam o Poder de Polícia com a função de polícia, definindo-o como atividade, ele é uma aptidão. O inglês Lord Acton, escreveu alguns ensaios sobre o poder e a liberdade, advertindo que o poder é *o caminho mais curto para a corrupção* (BARROS, 2003).

Ao falarmos de corrupção, é bem comum que façamos a ligação pré- conceitual à política. Hoje, a política se tornou um palco para os grandes negócios, exposto incessantemente pela mídia, ressurgindo a ênfase que se deu, embora equivocado, ao chamado Poder de Polícia.

Para o entendimento do que seja o Poder de Polícia, encararemos o homem em suas duas ramificações intersubjetivas: o egoísmo e o altruísmo. Enquanto a primeira o leva a pretender a realização absoluta, total, ampla, de todos os seus apetites, instinto Hobbeniano de que *o homem é o lobo do homem*, na vida prática, na vida em sociedade, na vida organizada, portanto, a do diálogo, ele sabe que nem sempre pode realizar todos os seus apetites, partindo para um altruísmo necessário, ou aquilo que chamaríamos de altruísmo útil (HOBBS, 1983).

---

\* Cynthia Mirella da Costa Farias. Advogada, mestre em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza e doutoranda em Filosofia do Direito pela Pontifícia Universidade de São Paulo - Bolsista CNPq.

Partindo da assertiva de que o Poder de Policia não é uma atividade e sim uma aptidão, temos a outorga que a ordem jurídica dá ao Estado para que ele realize seus fins. E qual é o fim principal do Estado? É a realização do bem estar geral sem exclusão de dever sendo contemplado o direito de cada um na medida em que esse direito de cada um não fira ou não coloque em risco o interesse geral, o bem estar geral, o bem estar social. Então, o Poder de Policia é uma aptidão dada pela ordem jurídica vigente ao Estado. A função de policia, é que é atividade, é o exercício do poder de policia.

A titularidade do Poder de Policia é do Poder Legislativo. A Administração Pública não tem Poder de Policia, e sim função de policia, ela tem atividade de policia. E o que é a função? É a dinâmica de um determinado órgão. A função de policia é o exercício do Poder de Policia no Estado democrático de direito.

Lembrando Hely Lopes Meireles (2008), depois repetido em outras palavras pela Maria Silvia Zanella Di Pietro (2002), o Poder de Policia é a aptidão de que dispõe o Estado para, através de lei, condicionar ou limitar os direitos pessoais, principalmente os de propriedade, em benefício do interesse geral, ou do interesse da coletividade. Essa inclusão, principalmente a propriedade, passou a existir, na definição do Poder de Policia, porque foi exatamente a propriedade, conseqüentemente a posse, o direito hereditário e seus conflitos, o instituto que mais agrediu os interesses da coletividade. Logo, apenas a lei pode criar; outorgar o Poder de Policia.

Uma das melhores definições do Poder de Policia por ser ampla e abrangente, enquanto os conceitos são apenas uma imagem do que é o instituto, está no Código Tributário Nacional, art. 78, definindo bem que:

Considera-se poder de polícia atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranqüilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos.

Em decorrência, partimos para o fundamento do Poder de Policia que é a satisfação do bem estar social. E não poderia existir outro senão este, a concepção, a realização efetiva do bem estar social. O Estado não pode deixar de insuflar, de receber o Poder de Policia para dinamizá-lo a fim de equilibrar as relações na sociedade de que ele é o titular daquilo que se denomina domínio eminente, uma vez que este poder-dever é irrenunciável.

Há um consenso, unanimidade entre os autores, dizendo que o Poder de Policia possui três principais atributos: a discricionariedade, a auto-executoriedade e a legalidade.

---

\* Cynthia Mirella da Costa Farias. Advogada, mestre em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza e doutoranda em Filosofia do Direito pela Pontifícia Universidade de São Paulo - Bolsista CNPq.

Colocamos, pois, um contraponto a este primeiro. A definição de atos discricionários, que participa de uma aptidão legal para condicionar ou limitar o exercício dos direitos pessoais, é um instituto cuja prática quando não determinada em lei torna-se abusiva, arbitrária, e pode levar ao dano, as vezes irremediável do direito subjetivo de qualquer pessoa. Uma vez em que até mesmo o ato tipificado de arbitrário encontra-se respaldado em lei e suas possibilidades também, todo ato do Estado é vinculado. O único ato do Estado que não é vinculado é a feitura da Constituição porque vêm à sua fonte, que é do povo, através da Assembléia Constituinte, salvo naturalmente, os regimes de exceção e ditadura.

Não pode haver Poder de Policia sem que uma lei previamente defina a sua existência. A sua dinamização trás questões de oportunidade, de conveniência. Como o art. 37 da Constituição desenha os princípios fundamentais da Administração Pública, legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, esses princípios fundamentais alcançam a Administração Pública como um todo, todavia, a Administração Pública não está vinculada só a esses poderes.

No Estado Democrático, na Constituição, o constituinte é soberano para decidir como melhor lhe aprouverem em função da determinação da vontade popular. Agora, o ato administrativo em si não é nunca discricionário. Por que? Porque o agente estatal não pode inventar competência; ele não pode inventar poder; não pode inventar atribuição. A lei tem que lidar com esse poder, com essa aptidão, com essa atribuição. Se a lei determina, não se pode falar em discricionariedade. O fato do agente preferir este ou aquele caminho, é fora do ato, é antes dele produzir o ato.

A AMC - Autarquia Municipal de Trânsito, Serviços Públicos e de Cidadania de Fortaleza, por exemplo, pode estabelecer uma rua de mão única, uma rua de duas mãos, ela pode fixar estacionamentos, proibir estacionamentos, mas em função do poder que lhe é dado pela ordem jurídica, nesse caso, pelo Código do Trânsito e a Constituição. A discricionariedade é quando o agente estatal pode escolher o que é mais oportuno e conveniente. Mas isso ele faz antes da produção do ato, quando declara a vontade, já está cingido, já está vinculado a uma lei específica.

Com relação ao segundo atributo supramencionado, a auto-executoriedade, Hely Lopes Meirelles (2008, p. 110) bem o define, como “a faculdade de a Administração decidir e executar diretamente a sua decisão por seus próprios meios, sem intervenção do Judiciário.” Desta maneira, a Administração impõe diretamente as sanções e as medidas que achar necessárias ao correto desempenho de maneira a cautelar condutas anti-sociais.

Conforme salienta Celso Antônio Bandeira de Melo (1967, p. 65-66), “a executoriedade tem lugar em três diferentes hipóteses: quando a lei expressamente a autoriza, quando a adoção da medida for urgente e quando da inexistência de outra via de direito capaz de resguardar a satisfação do interesse público.” Desta maneira, a auto-executoriedade coaduna com a legalidade de maneira moderada e dentro dos parâmetros

---

\* Cynthia Mirella da Costa Farias. Advogada, mestre em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza e doutoranda em Filosofia do Direito pela Pontifícia Universidade de São Paulo - Bolsista CNPq.

idelaizados à realização do poder de polícia. É uma exceção ao controle prévio do Poder Judiciário.

Para a melhor aplicação deste atributo, Clovis Beznos (1979 p. 38-39) destaca as diferenças entre imperatividade, executoriedade e executividade ou exigibilidade dos atos administrativos, senão vejamos: Imperatividade é “o poder que tem a Administração de impor seus atos a terceiros sem a aquiescência dos mesmos”; Exigibilidade, “o ato deve ser obedecido, por reconhecer-se à Administração o poder de exigir dos administrados a observância das obrigações que impôs”; Executoriedade é a faculdade da Administração de “fazer cumprir, por si mesma, compelindo materialmente os administrados, a executividade dos atos emanados em razão dessa atribuição, usando a força, se necessário”.

Desta feita, percebe-se que tanto a auto-executoriedade quanto a coatividade atravessam a fronteira do atributo privado da Administração, uma vez que os encontramos no ato do poder de polícia judiciária a prisão em flagrante, auto-executoriedade, e na justiça militar e penal a coatividade. Ademais, a Administração engloba atividades repressivas e preventivas, descaracterizando a necessidade de coatividade.

Outro ponto a que devemos focar é o da motivação do ato administrativo. O Poder de Polícia é um poder atribuído pela ordem jurídica do Estado, para satisfazer o interesse geral, para realizar o bem estar social, o que nos evidencia que ao exercitar esse poder, ao dinamizar esse poder o Estado tem que dizer o porquê estar escolhendo esse ou aquele caminho, e para quê, com base em qual lei.

Um dos princípios básicos que estão na Constituição é o princípio da ampla defesa, com o devido processo de direito, traduzido do inglês como o devido processo legal. Enquanto isso, o princípio da motivação lamentavelmente só foi exigido explicitamente pelo constituinte ao Poder Judiciário, não o colocando para os outros Poderes.

É inadmissível que o direito, o exercício do direito da pessoa física ou jurídica seja tolhido, condicionado ou limitado sem que a Administração motive o porquê do ato. Essa imotivação pode ferir o direito sem que o seu titular tenha a chance de opor; de contestar; de contrapor alguma razão que talvez levasse a Administração a não fazer, a não danificar o direito muitas vezes de modo irremediável.

## 5 SERVIÇO PÚBLICO

---

\* Cynthia Mirella da Costa Farias. Advogada, mestre em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza e doutoranda em Filosofia do Direito pela Pontifícia Universidade de São Paulo - Bolsista CNPq.



O Poder de Policia não se confunde com serviço público, uma vez que este é uma atividade prestacional; bem como serviço público não se confunde com a obra pública, que é uma atividade material, desenvolvida para equipar o Estado de um imóvel, de um equipamento indispensável a exaço de seu serviço.

O Município de Fortaleza, por exemplo, regulamenta o dia e a maneira que se deve fazer o transporte coletivo, exigindo que nos ônibus tenham uma entrada, dê livre acesso às pessoas portadoras de necessidades especiais, caracterizando, assim, uma atividade de policia. Baseada numa legislação, na ordem jurídica do município, Lei Orgânica, é que o Poder de Policia disciplina a área municipal.

O município tem competências, isto é, tem Poder de Policia, portanto aptidão para disciplinar ou condicionar o exercício dos direitos pessoais nessas matérias, como tem para o desenho e o redesenho na intervenção urbana nas cidades, nas questões das desapropriações para determinados fins úteis a coletividade ou para a própria Administração, porque o interesse público, expressão dicotômica no Direito Administrativo, pode ser o interesse público primário que é o interesse relacionado com a coletividade; e o interesse público secundário que é na própria administração. O que precisa-se frisar é que não pode haver interesse público secundário sem vinculação ou adequação ao interesse público primário que é o da coletividade que tem supremacia em qualquer circunstância.

## 6 ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Até a Constituição de 1988, a Administração Pública era sinônimo de Poder Executivo. Com o advento da Magna Carta, em seu art. 37, *caput*, foi estendida a geografia conceitual de Administração Pública. Temos a Administração Pública dita do Executivo, do Legislativo e do Judiciário, uma vez que representa um sistema de órgãos personificados ou não que dinamizam o poder do Estado. Quando os órgãos não são personificados, fala-se em Administração Pública Direta, que são os órgãos centralizados. Quando esses órgãos são personificados, num equívoco doutrinário da Constituição e da legislação anterior, fala-se em Administração Pública Indireta.

Contudo, nem a autarquia nem a sociedade de economia mista nem a empresa pública nem a fundação são órgãos personificados indiretos porque estão dentro do Estado, então dentro da Administração. São órgãos diretos, que realizam atividades descentralizadas.

Há bastante tempo, é facultado o direito ao Estado de terceirizar certas atividades, principalmente as chamadas prestacionais que configuram o serviço público. Essa expressão serviço público também dá margem a uma série de interpretações, mas a que nós nos referimos é a atividade prestacional, aquela que o Estado realiza para atender de modo irrecusável uma necessidade coletiva qualquer como: transporte

---

\* Cynthia Mirella da Costa Farias. Advogada, mestre em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza e doutoranda em Filosofia do Direito pela Pontifícia Universidade de São Paulo - Bolsista CNPq.

coletivo, produção e distribuição de energia elétrica, telecomunicações, etc. Tudo isso configura, tecnicamente, um serviço público.

Desta maneira, hoje, pela própria Constituição, e mesmo antes, ao sabor das outras Constituições e legislações, já tínhamos a terceirização do serviço público através, principalmente, de três institutos do Direito Administrativo: a delegação, a concessão e a permissão.

A delegação, caracterizada por uma transferência de aptidão jurídica do Estado que detém o geral para sua periferia, ou até para fora, no caso do terceiro particular. No século XIX, começo do século XX, um escritor do direito francês, Bernard-Henri falava em atividade, em colaboração paralela, que em última análise era a presença do particular na prestação do serviço público, como o mencionado exemplo dos transportes. Logo, o serviço público permite que a sua prestação passe para terceiros através da delegação, que é menos usual, da concessão, que abrange a maioria dos casos, e da permissão.

O contrato de concessão, conforme Cintia Camargo Kuczarski (*on line*, 2009), “tem como objeto a transparência da gestão e execução de um Serviço do Poder Público ao particular, por sua conta e risco.” A concessão deve ser realizada mediante licitação. Cabendo ao concessionário receber cobrar uma tarifa dos usuários que terá o fim de financiar a operação, bem como de proporcionar lucro ao concessionário.

A concessão que trata do contrato de prestação de serviços envolve a Administração Pública, seja a usuária direta ou indireta, na execução de obra ou fornecimento e instalação de bens, conforme definição da Lei nº 11.079/04. Competindo à Administração Pública alterar norma unilateralmente quando a mesma considerar esta norma exorbitante. Cabe ao Poder Público a fiscalização do serviço concedido através do órgão concedente ou de outro responsável através de uma entidade conveniada.

No tocante à permissão, Marcus Vinicius Corrêa Bittencourt (*online*, 2009), ensina que este instituto tem caráter precário, transitório e prazos exíguos, e que a

[...] precariedade em termos técnicos das ciências jurídicas tem haver com instabilidade e pode ser compreendida como a faculdade do poder concedente, titular do serviço público, revogar a qualquer momento o ato de permissão, sem o dever de indenizar o permissionário.

Dessa maneira, percebe-se que o prazo permitido tem, por obrigatoriedade, que ser determinado, uma vez que sua indeterminação acarrete o fim da precariedade, preceito fundamental para a validade do instituto em comento.

Retornando à base do poder administrativo, temos que à face interna da soberania chamamos de domínio eminente. É a aptidão de que lhe dispõe o Estado para submeter à vontade da sua ordem jurídica: fatos, pessoas e coisas, no limite da sua jurisdição territorial, resultando num poder geral.

---

\* Cyntia Mirella da Costa Farias. Advogada, mestre em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza e doutoranda em Filosofia do Direito pela Pontifícia Universidade de São Paulo - Bolsista CNPq.

Nas palavras de Themistocles Brandão Cavalcanti (1956, p. 09), “por meio do poder de polícia, portanto, deve o Estado estabelecer o equilíbrio entre o indivíduo e a coletividade, entre os direitos dos indivíduos e os do corpo social, equilíbrio indispensável à própria existência social”.

## CONCLUSÃO

Não há como negar que a Revolução Francesa foi por demais importante na história da democracia e dos direitos individuais em face de um Estado absolutista onde o rei exercia sozinho todas as funções destinadas ao Estado e afirmava ser o próprio Estado.

Apesar da dita Revolução ter posto um fim no Estado Policial para tornar-se Estado de Polícia, havia um grande conflito entre o interesse público e o privado. As pessoas não usufruíam, na prática, dos direitos individuais lhes atribuído. Havia, na realidade, a supremacia do mais forte economicamente em detrimento do mais fraco.

Para sanear tal desiderato, iniciou-se o Estado intervencionista, similar ao Estado de Polícia, cuja competência é atribuída ao Príncipe para resolver questões policiais, sem que as partes recorressem ao Poder Judiciário.

O princípio da isonomia defendida pela Carta Republicana, busca amenizar as desigualdades entre as partes. Nas relações jurídicas é necessário o controle do Estado para que seja mantido o equilíbrio entre as partes contratantes. O dirigismo contratual é a espinha dorsal do intervencionismo do Estado, principalmente por adentrar no Direito Privado.

É sabido que a supremacia da vontade é imperativa, porém há uma certa limitação nesta liberdade quando se observa que a parte hierarquicamente superior, se aproveita dos menos favorecidos. Exemplo disso é a lei do inquilinato que surge para diminuir a prepotência do locador.

Em meados do século XVIII surge o Estado Liberal, um Estado de Direito Social, proveniente de um Estado intervencionista. Dar a cada um o que é seu é aplicar a justiça, a partilha, a parte econômica da sociedade, vale dizer, é o chamado *welfare state*, que significa “*estado do bem estar social*”. O homem, sabendo que não pode realizar todos os seus desejos, aceita de pronto que haja normas para que todos possam ter direitos, deveres e oportunidades iguais.

Na obra de Vicente Ráo, intitulada de *O Direito e a vida dos direitos*, é feita a seguinte indagação: “É possível uma sociedade feliz composta por indivíduos

---

\* Cynthia Mirella da Costa Farias. Advogada, mestre em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza e doutoranda em Filosofia do Direito pela Pontifícia Universidade de São Paulo - Bolsista CNPq.

infelizes”)? Entendendo por correta a assertiva negativa, resta constatado a prevalência do direito público em detrimento do direito privado. O poder de polícia existe para garantir o bem estar geral e para conciliar os interesses e direitos de cada um de nós.

A ordem jurídica dá ao Estado poderes para que ele realize seus fins, que é o bem estar geral. Num confronto entre interesse publico e privado, prevalecerá sempre o primeiro. Logo, é dado ao Estado a função de polícia, cuja atividade é o poder de polícia. A titularidade deste poder é do legislativo. A administração publica não tem poder de polícia, e sim função de policia.

O Código Tributário Nacional - CTN, em seu art. 78, define com maestria o que seja Poder de Polícia. Desse modo, o poder de polícia é irrenunciavel. Existe para proteger o interesse da coletividade no tocante a ordem e a tranquilidade pública, regulando a prática de atos indevidos ou abstenção de fato.

É unânime o entendimento de que o Poder de Polícia possui três características; a legalidade, a discricionariiedade e a auto-executoriedade.

Por legalidade entende-se que determinada lei define a sua existência, ou seja, ao administrador só é permitido agir, conforme definido em lei. O *caput* do art. 37 da Constituição Federal de 1988 informa os principios fundamentais da Administração Pública iniciando por legalidade que, dentre todos os principios é o mais importante, uma vez que dele decorre os demais. Assim, o agente estatal não pode criar competência. Se a lei é quem determina, não há que se falar em discricionariiedade. Quanto a esta, ocorre quando o agente estatal pode escolher dentre algumas opções, o que é mais oportuno ou conveniente, porém, essa escolha tem que ser previamente definida em lei especifica.

Quanto a auto-executoriedade há a permissibilidade de a administração pública agir diretamente sem a intervenção de Poder Judiciário. É, pois, uma exceção ao controle prévio desta esfera de Poder e, ademais, a administração engloba, tanto atividades preventivas, quanto repressivas.

Não se pode olvidar o princípio infra-constitucional da motivação do ato administrativo. O Estado tem que explicar o porque de sua escolha com base na lei, para prestar contas ao Poder Judiciario. A ausência de motivação fere o direito constitucional da parte de contrapor, contradizer e de ofertar ampla defesa.

Há distinção entre Poder de Polícia e Serviço Público. O primeiro tem aptidão para disciplinar ou condicionar o exercício dos direitos pessoais, já o segundo é uma atividade prestacional. É, portanto, competência do Município regulamentar a questão de transportes coletivos, exigindo deles acesso livre às pessoas portadoras de necessidades especiais. Assim, se o Estado atende os desejos da coletividade, estará cumprindo seus fins.

---

\* Cynthia Mirella da Costa Farias. Advogada, mestre em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza e doutoranda em Filosofia do Direito pela Pontifícia Universidade de São Paulo - Bolsista CNPq.

A Carta Republicana de 1988 reserva um capítulo para tratar da Administração Pública. Há um sistema de órgãos personificados ou não que dinamizam o poder do Estado. Na Administração Pública direta, os órgãos são personificados, centralizados. Já na Administração Pública indireta, os órgãos são despersonificados.

É facultado ao Estado o direito de terceirizar certas atividades, em especial, as chamadas prestacionais. Há três institutos do Direito Administrativo; a permissão, a concessão e a delegação.

Concluimos, retomando à velha expressão “dar a cada um o que é seu”, mas advertindo que cada um de nós tem um dever, como cidadãos, de zelar também pela aplicação correta das atividades estatais voltadas para a satisfação do bem estar geral.

## REFERÊNCIAS

ALVES, Márcio Antônio. *Dirigismo contratual e função social do contrato*. Disponível em: <[http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id\\_dh=857](http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=857)>. Acesso em: 31 out. 2009.

BARROS, Benedicto Ferri de. *Lord Acton – O poder tende a corromper e o poder absoluto corrompe absolutamente*. São Paulo: Ibrasa, 2003.

BEZNOS, Clovis. *Poder de policia*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979.

BITTAR, Jorge. *Governos estaduais: desafios e avanços*. São Paulo: Perseu Abramo, 2003.

BITTENCOURT, Marcus Vinícius Corrêa. *Permissão de serviços públicos*. <[http://www.vemconcursos.com/opiniao/index.phtml?page\\_id=1719](http://www.vemconcursos.com/opiniao/index.phtml?page_id=1719)> Acesso em: 27 out. 2009.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da Republica Federativa do Brasil*. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

\_\_\_\_\_. *Código Tributário Nacional: Lei nº 5.172*. Promulgada em 25 de Outubro de 1966. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

\_\_\_\_\_. *Código de Trânsito Brasileiro: Lei 9.503*. Promulgada em 23 de setembro de 1997. São Paulo: Saraiva, 2008.

---

\* Cyntia Mirella da Costa Farias. Advogada, mestre em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza e doutoranda em Filosofia do Direito pela Pontifícia Universidade de São Paulo - Bolsista CNPq.

CAVALCANTI, Themistocles Brandão. *Tratado de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1956.

CRETELLA JR., José. *Direito administrativo brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

DALBERG-ACTON, John Emerich Edward. *Carta ao Bispo M. Creighton*, 1887.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 14. ed. Atlas, 2002.

HOBBS, Thomas. *Leviatã ou Matéria, Forma e Poder de um estado Eclesiástico e Civil*, tradução de João Paulo Morais e Maria Beatriz Nizza da Silva, 2.ª Ed., Lisboa, Imprensa Nacional - Casa da Moeda, 1983.

KUCZMARSKI, Cintia Camargo. *Contrato de Concessão de Serviço Público*. <<http://www.viajus.com.br/viajus.php?pagina=artigos&id=619>> Acesso em 27 de out de 2009.

MARIONHOFF, Miguel S. *Tratado de Derecho Administrativo*, t. IV, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1973, p. 517.

MARTINEZ, Vinício C. *Garantias institucionais de controle do poder democrático*. Jus Navigandi, 2004.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. Malheiros Editores, São Paulo, 2008.

\_\_\_\_\_. *Licitação e Contrato Administrativo*. 14ª Ed. Malheiros Editores, São Paulo, 2007.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Apontamentos sobre o Poder de Policia*. Artigo publicado na RDP 9; O conteúdo do Regime Jurídico-Administrativo e seu Valor Metodológico, artigo publicado na RDP, vol. 2, 1967.

MORAES, Germana de Oliveira. *Poder de Policia Administrativa*. Fortaleza, 1990.

PINHEIRO, Mário Portugal Fernandes. *Constituição e Poder de Policia*. Livraria Editora Cátedra, Rio de Janeiro, 1989.

RÁO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*. 6ª Ed. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2004.

TÁCITO, Caio. *O Poder de Policia e seus limites*, in revista de Direito Administrativo nº 27.

---

\* Cynthia Mirella da Costa Farias. Advogada, mestre em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza e doutoranda em Filosofia do Direito pela Pontifícia Universidade de São Paulo - Bolsista CNPq.

\_\_\_\_\_. *Poder de Policia e Policia de Poder*, in revista de Direito Administrativo nº 162/1.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *O contrato e sua função social*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2003.

---

\* Cyntia Mirella da Costa Farias. Advogada, mestre em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza e doutoranda em Filosofia do Direito pela Pontifícia Universidade de São Paulo - Bolsista CNPq.