

# A discricionariedade do poder de polícia administrativa e os limites impostos pelo critério da proporcionalidade a partir dos direitos fundamentais

## The discretionary of administrative police power and the limits imposed by criteria proportionality from the fundamental rights

*Marcelo Paulo Wacheleski\**

Fecha de recepción: 2 de febrero de 2015

Fecha de aceptación: 30 de abril de 2015

### RESUMO

O artigo se destina ao estudo dos limites do poder discricionário da administração pública no exercício do poder de polícia através do critério da proporcionalidade frente aos direitos fundamentais. O objetivo geral é estabelecer o âmbito de aplicação do poder discricionário da administração pública e os limites entre legalidade e arbitrariedade quando analisados pelo critério da proporcionalidade, buscando a garantia e proteção dos direitos fundamentais. Para alcançar este objetivo, no primeiro capítulo é analisado o poder discricionário da administração pública, as bases de sua atuação e os limites com a arbitrariedade. No segundo capítulo, a pesquisa estabelece a construção da teoria geral dos direitos fundamentais e o critério da proporcionalidade como mecanismo de ponderação da colisão de interesses. Por fim, no terceiro capí-

tulo, a pesquisa propõe a aplicação dos direitos fundamentais como paradigma para ponderação pelo critério da proporcionalidade dos limites da atuação discricionária da administração pública. A construção teórica do trabalho traz as conclusões preliminares que apontam os direitos fundamentais como importante parâmetro para análise pelo critério da proporcionalidade dos limites da atuação da administração pública no exercício do poder de polícia.

**Palabras claves:** Poder de Polícia, Discricionariedade, Proporcionalidade, Direitos Fundamentais.

### RESUMEN

El artículo está destinado a estudiar los límites de la potestad discrecional de la administración pública en el ejercicio del poder de policía por el criterio de

\* Mestre em Ciência Jurídica pela UNIVALI-SC-Brasil; Pós-graduado em Filosofia do Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná; Professor de Direito Constitucional e Direito Administrativo da Universidade do Contestado, SC; Integrante do Núcleo Constitucionalismo e Democracia da Universidade Federal do Paraná. marcelow@unc.br

proporcionalidad frente a los derechos fundamentales. El objetivo general es establecer el alcance de la potestad discrecional de la administración pública y los límites entre la legalidad y la arbitrariedad cuando se analiza por el criterio de proporcionalidad, tratando de garantizar y proteger los derechos fundamentales. Para lograr el objetivo, en el primer capítulo analiza la discreción de la administración pública, las bases de sus operaciones y los límites a la arbitrariedad. En el segundo capítulo, la investigación establece la construcción de la teoría general de los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad como mecanismo para sopesar o la considerar los intereses en colisión. Por último, en el tercer capítulo, la investigación propone la aplicación de los derechos fundamentales como paradigma para sopesar la proporcionalidad los límites de las acciones discrecionales de la administración pública. Los trabajos de construcción teórica permite presentar hallazgos preliminares que indican que los derechos fundamentales son un parámetro importante para el análisis de la proporcionalidad y de los límites de la actuación de la administración pública en el ejercicio del poder de policía.

**Palabras clave:** Poder de Policía, Discreción, proporcionalidad, Derechos Fundamentales.

## ABSTRACT

The article is intended to study the limits of the discretion of the government in the exercise of police power through out the proportionality front fundamental rights. The overall objective is to establish the application of discretion within the public admistration and boundaries between legality and arbitrariness when analyzed by the criterion of proportionality, seeking to guarantee and protect fundamental rights. To accomplish this, the first chapter analyzes the discretion of public administration, the basis of their performance and the limits arbitrariness. In the second chapter, the research establishes the construction of the general theory of fundamental rights and the principle of proportionality as a weighting mechanism of collision of interests. Finally, in the third chapter, the research proposes the application of fundamental rights as a paradigm for consideration by the proportionality test the limits of the discretionary actions of the public administration. The theoretical work construction brings the preliminary findings that link fundamental rights as an important parameter for analysis by the proportionality test the limits of public administration acting in the exercise of police power.

**Key Words:** Police Power, Discretion, Proportionality, Fundamental Rights

## INTRODUÇÃO

A administração pública gerencial no Brasil, seguindo tendência mundial, foi introduzida a partir da denominada Reforma do Estado, refundou as bases de atuação da administração pública assumindo postura menos autoritária e mais dialógica, a partir da releitura de seus fundamentos pelo texto constitucional. A nova conformação da administração pública revista pelas Constituições fortemente vinculadas aos direitos fundamentais, requerem uma nova postura da atuação estatal no uso do poder de polícia. A restrição aos direitos fundamentais para garantia do interesse público, exige justificação que demonstre a legitimidade do ato sob pena de invalidade por ofensa aos direitos fundamentais.

A teoria clássica do ato administrativo tem se mostrado incapaz de apresentar respostas adequadas ao controle de legitimidade dos atos do poder de polícia quando vistos sob o ângulo do texto constitucional que imprime menos autoridade estatal e uma postura mais dialógica. Os critérios de discricionariedade e vinculação não são suficientes para delimitar o âmbito do poder de polícia atualmente. Nesse novo modelo, indispensável uma leitura a partir do texto constitucional com vistas a estabelecer os limites e a amplitude da supremacia do interesse público expressa na atuação estatal pelo poder de polícia e a garantia de intangibilidade dos direitos fundamentais, objeto de toda a atividade administrativa.

A restrição aos direitos admitida pelo exercício do poder de polícia dev encontrar limitação para além dos clássicos elementos do ato administrativo, ou mesmo para fragilidade de suas características de vinculação e discricionariedade. A interferência estatal no âmbito social, econômico e político precisa assumir postura dialógica e consensual com os demais atores da constituição social, sendo insuficiente para isso o mero controle sob o ponto de vista da legalidade.

O problema desta pesquisa pode ser colocado com a seguinte indagação: A regra da proporcionalidade, através de seus elementos de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, pode ser parâmetro para ponderação do interesse público expresso na atuação do poder de polícia como método de conformação entre a supremacia do interesse público e a proteção dos direitos fundamentais?

O critério metodológico utilizado é o indutivo, partindo-se da definição do ato administrativo e suas características de discricionariedade e vinculação, seguindo para a análise da teoria geral dos direitos fundamentais, seu suporte fático e sua conformidade como parâmetro de legitimidade da atuação do poder de polícia a partir do critério da proporcionalidade.

A hipótese inicialmente sustentada aponta para a insuficiência da teoria clássica do ato administrativo como critério de análise da legitimidade da atuação do poder de polícia. A segunda hipótese, é que o sopesamento entre a supremacia do interesse público expressa na atuação do poder de polícia e os direitos fundamentais, através do critério da proporcionalidade, permite o reconhecimento da legitimidade da atuação estatal mesmo quando restringindo direitos individuais.

A pesquisa se desenvolveu pela definição das categorias jurídicas da teoria dos direitos fundamentais e seu suporte fático, a atuação do poder de polícia e seus atos na efetivação da supremacia do interesse público e a proporcionalidade como critério de ponderação entre os bens jurídicos tutelados.

## **1. A DISCRICIONARIEDADE COMO ELEMENTO DA AÇÃO ADMINISTRATIVA ATRAVÉS DO PODER DE POLÍCIA**

A Declaração da Independência americana e a Declaração de Direitos do Homem, representativas da revolução liberal expressam a oposição entre o cidadão e o Poder. O Estado mantinha-se distante da sociedade, no exercício de um papel negativo, apenas contendo desvios e garantindo a fruição das liberdades públicas. Na sequência, com a crescente desigualdade econômica, o Estado passa a atuar de forma interventiva, utilizando-se do princípio da autoridade em favor do interesse público com vistas a condicionar o exercício das liberdades públicas. O poder de polícia passa a representar a transmutação das funções do Estado, de um comportamento omissivo para a intervenção no seio da sociedade, principalmente com a regulação do domínio econômico e social (Tácito: 1952, p.2).

No âmbito doutrinário, o exercício do Poder de Polícia se realiza a partir de um ciclo que compreende: a) previsão legislativa de restrição à liberdade; b) exigência de coerência entre o exercício da liberdade e a concordância da administração pública; c) imposição aos particulares de sujeição à fiscalização e ao corpo normativo aplicável; d) possibilitar a aplicação de sanções (Binenbojm: 2005). A definição do limite do poder de polícia não deve ocorrer de forma prévia, seguindo o agente público como apto para tomada de decisões. Há somente uma pretensão de que seu comportamento de ação ou omissão deve seguir uma proporção entre a ação e a realização (Couto:1990, p. 66). O desenvolvimento do conceito de polícia administrativa caminha a reduzir seu espaço de atuação aos limites da legalidade estrita, aplicável somente nos casos em que seja necessário restringir a fruição dos bens individuais em benefício da coletividade (Silva: 2006, p. 242).

Muito embora diga-se com frequência que o ato do Poder de Polícia constitui ato administrativo discricionário, tecnicamente seria correto afirmar que o ato foi praticado no âmbito da competência administrativa discricionária em relação a um ou mais dos aspectos que o caracterizam. Deste modo, não é o ato que é discricionário, e sim a competência que o edita (Mello: 1992, p. 18). A decisão discricionária é a possibilidade de escolher entre mais de uma opção razoável, ou seja, em determinada situação dada é possível optar entre mais de uma opção socialmente razoável. Portanto, a discricionariedade pressupõe dois elementos: a) uma opção, entre várias soluções admissíveis; b) razoabilidade, em um marco sócio cultural determinado (Igartua Salaverría: 1998, p. 42, 45). Nesse aspecto, os atos administrativos poderão ser vinculados, quando representam mera execução do preceito legal, conformando-se a administração com o procedimento previsto em lei, ao se respeitar as circunstâncias próprias do texto, ou discricionários, como resultantes da faculdade do agente estatal em agir dentro de um âmbito demarcado pela regra jurídica, ao contrário do que se verifica na conduta com arbítrio, quando não se respeita qualquer aspecto normativo (Cretella Junior: 1968, p. 44).

Para Igartua Salaverría (1998, p. 14), ao termo discricionariedade podem ser atribuídas as seguintes características: a) indicação de fenômenos heterogêneos e distintos destinatários; b) uma previsão jurídica de conceitos indeterminados; c) uma relação de discricionariedade técnica regulada por normas jurídicas; d) em relação especificamente ao caso Espanhol, não há espaço para exclusão do controle de fundo da decisão, de modo que compete ao Poder Judiciário não somente anular mas também substituir a decisão tomada no âmbito técnico administrativo. A partir dessas premissas, a discricionariedade somente pode ser verificada no caso concreto e nunca *a priori*. Somente a leitura da norma não permite atestar a existência de diversas opções à administração (Igartua Salaverría: 1998, p. 38). No caso brasileiro, a atuação do Poder Judiciário é restrita a declaração de nulidade do ato administrativo sem, contudo, emitir uma decisão em substituição fazendo as vezes da administração.

O exercício da discricionariedade sempre será parcial, recaindo apenas sobre alguns dos elementos da potestade. Ramón Fernández e García de Enterría (2014, p. 463), elegem quatro elementos vinculados indispensáveis para o exercício legítimo da discricionariedade: a existência da potestade, sua extensão, a competência para exercê-la e o fim, que em regra é implícito e expressa um setor objetivo das necessidades gerais, mas que sempre será para atender uma finalidade pública. A liberdade da administração pública no exercício da potestade discricionária sofre restrições especialmente em relação a competência, a forma e a finalidade, elementos indispensáveis para legitimidade da ação administrativa (Di Pietro: 2012, p. 62).

Ao tratar os dois âmbitos possíveis da ação administrativa, tem-se que as potestades vinculadas ocorrem quando a hipótese de decisão vêm definida precisamente na lei. Constitui um processo de aplicação da lei que exclui qualquer apreciação subjetiva, exceto quanto a subsunção da hipótese, inclusive sua vinculação com o tipo legal (Ramón Fernández, García de Enterría: 2014, p. 462). Já no âmbito discricionário se encontra o aspecto subjetivo negado ao ato vinculado, contudo, isso não representa uma faculdade extralegal decorrente de um poder originário da administração. Resulta, ao inverso, do fato de ter sido expressa na lei que atribuiu à administração essa potestade. Assim, a discricionariedade não é liberdade da administração frente à norma e sim, hipótese de remissão legal, onde parcialmente o preenchimento da norma depende da manifestação da administração (Ramón Fernández, García de Enterría: 2014, p. 463). No âmbito do controle judicial, a doutrina costuma afirmar que o Poder Judiciário deve limitar-se em afirmar a prevalência da legalidade, ou seja, não será legítimo sustentar outro fundamento para o controle judicial que não o respeito aos limites de legalidade da atuação administrativa (Sanchez Móron: p. 155)

Se a discricionariedade em determinados casos constitui faculdade de ação da atividade administrativa, certo é que não pode ser confundida com arbitrariedade já que a presença de limites jurídicos ao seu exercício permite o controle judicial (Gordillo: 1998, p. 31). Assim, deve-se tomar discricionariedade e arbitrariedade como conceitos antagônicos. O poder, para encontrar legitimidade no texto constitucional exige uma decisão racional, o que já manifesta uma primeira distinção em relação a arbitrariedade, tida como manifestação volitiva de quem tem competência para decidir. Porém, somente a racionalidade não é medida suficiente, exigindo-se que a decisão aponte elementos objetivos para decisão discricionária. A verificação exige uma dupla análise de razoabilidade e racionalidade, devendo-se considerar: a) se houve respeito a realidade dos fatos; b) se foi considerado algum fator relevante ou incluído outro que não mereça este reconhecimento; c) se foi evitado ou considerado o maior peso atribuído pelo ordenamento a alguns fatores; d) caso todos os fatores tenham o mesmo peso, deve-se considerar se houve racionalidade e lógica nos argumentos pela escolha de um deles ou há incompatibilidade com os fatos (Ramón Fernández, García de Enterría: 2014, p. 465).

Porém, a releitura dos próprios aspectos da vinculação e discricionariedade tem se mostrado insuficientes para análise da complexidade dos atos decorrentes do poder de polícia. A verificação dos atos de polícia inclui necessariamente a verificação da própria legitimidade dos atos realizados, incluindo não somente pressupostos de legalidade mas também adequação ao conteúdo material da Constituição com a superação e atribuição adequada de sentido aos léxicos vagos da norma jurídica. Nesse aspecto, importante saída para a observância dos limites dos atos do poder de polícia é a aplicação do princípio da proporcionalidade

no sopesamento dos direitos fundamentais atingidos com o interesse público tutelado, superando a clássica noção autoritária de supremacia.

A partir deste exercício de argumentação racional, verifica-se que o exercício das potestades discricionárias não pode ser tomado como aplicação de conceitos jurídicos indeterminados. No conceito jurídico indeterminado, a lei faz menção a uma realidade sem limites claramente definidos na redação. Contudo, mesmo sem definição legal, os limites dos conceitos jurídicos indeterminados podem ser alcançados pelas regras de experiência no caso concreto. Assim, a indefinição dos conceitos não representa uma incerteza na aplicação, sendo que através do processo cognitivo e objetivo, e pela aplicação das regras de hermenêutica, somente uma solução justa será possível ao caso analisado. Ao contrário, no exercício da discricionariedade, a administração exerce uma liberdade de escolha entre alternativas igualmente justas, o que representa um indiferente jurídico (Ramón Fernández, García de Enterría: 2014, p. 466-467). No escopo da teoria de Kelsen (2012, p. 108), a relação entre graus inferiores e superiores no ordenamento jurídico, exemplificativamente como a existente entre a Constituição e a Lei, impõe uma relação de determinação ou de vinculação. Cabe assim ao intérprete verificar os limites admissíveis no âmbito normativo. Contudo, a crítica admissível à formulação kelseniana se deve ao fato de igualar os processos de interpretação e ação discricionária. Isso em razão de que seguindo sua formulação, se cada norma contém diversas possibilidades, caberia ao intérprete escolher entre as existentes, o que coincidiria com a discricionariedade (Di Pietro: 2012, p. 66). Na verdade, é refutável a ideia de que a interpretação possa encontrar mais de uma solução possível, exercício somente permitido para a hipótese da discricionariedade, ou seja, a aplicação das regras hermenêuticas na indeterminação do léxico resultará na obtenção da única solução aplicável ao caso concreto, permitindo a subsunção da norma ao fato, enquanto na ação discricionária obtem-se, nos limites normativos, mais de uma decisão possível igualmente legítima.

A distinção revela indiscutível impacto prático. Os conceitos jurídicos indeterminados submetidos à apreciação judicial permitem o controle da expressão legal, mediante a avaliação do sentido alcançado pelo enunciado legal a partir das provas produzidas. Ao contrário, a discricionariedade está imune à fiscalização judicial quando não transbordar os limites legais, tendo em vista que será necessariamente justa (Ramón Fernández, García de Enterría: 2014, p. 468).

A teoria dos conceitos jurídicos indeterminados é de suma importância para redução do âmbito de exercício da discricionariedade. O que se traduzia como isenção absoluta de controle da discricionariedade, hoje é tratado como dificuldade de controle. O judiciário sempre terá possibilidade de revisar um conceito jurídico indeterminado presente numa decisão administrativa, já que



sua interpretação e aplicação representam um caráter objetivo de aplicação da norma. Nesse aspecto, a decisão discricionária administrativa somente será legítima quando constatada a racionalidade de seu uso, que sempre será *juris tantum* (Ramón Fernández, García de Enterría: 2014, p. 472).

O maior ou menor nível de discricionariedade dependerá da densidade normativa das leis administrativas, principalmente nas áreas relativas as políticas públicas de saúde, educação, desenvolvimento econômico, proteção ambiental, etc. O fenômeno é diferente das leis civis e penais que trabalham com a ideia de consequência onde a ocorrência do fato permite a subsunção a determinada norma. Ao contrário, as leis administrativas não somente buscam a solução de um problema, mas a imposição de um objetivo à administração pública. A estrutura normativa colocada como prescritiva de metas e fins alcançáveis pela administração pública exige maior liberdade de atuação do gestor, que deverá ponderar as condições e circunstâncias concretas (Krell: 2004, p. 181). O problema perceptível na atuação administrativa e como de resto em todo o direito, já foi tratado por Hart (1994) indicando que no plano periférico do sistema, as regras possuem limites imprecisos, ou, como prefere, uma “textura aberta”. Segundo aduz, “todas as regras têm uma penumbra de incerteza em que o juiz tem de escolher entre alternativas” (Hart: 1994, p. 17), em outros termos, se utilizarmos da doutrina de Dworkin, Hart admite que seu modelo não alcança a totalidade das situações existentes no mundo dos fatos. Seriam “espaços jurídicos” (Engisch: 1988, p. 278-279). A fórmula apontada por Hart como solução deste problema seria que os juízes, em certa medida, exercitassem seu poder discricionário, inclusive com a criação de novas regras (Dworkin: p. 32-34). Conclui, Hart, então, que “As leis são fontes de direito, não parte do próprio direito” (Hart: 1994, p. 17-18). Essa é a fórmula que adota para explicar um certo nível de discricionariedade do julgador.

Nessa mesma construção, Weber concebe o direito como aquilo que o legislador, democraticamente ou não, definiu segundo um processo institucionalizado. As ordens estatais modernas, nessa compreensão, são desdobramentos da dominação legal mantidas somente por uma crença na legalidade como legitimidade. Assim, não há qualquer vinculação entre direito e moral, já que o direito dispõe de uma racionalidade independente (Habermas: 2003. p. 193).

A concretização material dos direitos pleiteada frente ao Estado Social não tem coerência com a formulação de uma ordem jurídica racional e formal. “A racionalização do direito, nos estudos de Max Weber, contempla a racionalidade dos conceitos e práticas legais (o tipo e grau de racionalidade do direito, o caráter formal ou material dos procedimentos e critérios de decisão utilizados), em direção a um direito racional-formal (Martins: 2006, p. 33).”



As necessidades de maior intervenção do Estado na realidade social são decorrentes da materialização do direito burguês no Estado social e não são unicamente decorrências do crescimento das prescrições jurídicas nas sociedades complexas.

O Estado Social atendeu aos reclamos por maior justiça e com isso partiu estrategicamente para conferir um sistema de compensações e regulamentações. A diferenciação objetiva das esferas jurídicas depende de forma convexa das estruturas técnico-jurídicas e também de uma estrutura de associação política, fatores que influenciam no desenvolvimento formal do direito.

Nesse ponto entra em debate a célebre distinção dos conceitos weberianos entre “formal” e “material”, aduzindo que a introdução desse último no ordenamento jurídico destrói sua racionalidade formal. “Weber comprova sua tese, utilizando principalmente exemplos do direito liberal privado, cuja função era garantir, através de leis públicas, abstratas e gerais, a vida, a liberdade e a propriedade e a propriedade dos sujeitos de direitos privados que celebram acordos (Habermas: 2003, p. 195).” Noutro canto, buscando a materialização de direitos estão nas áreas do direito social, no direito do trabalho, do cartel e da sociedade.

A tensão provocada pelo novo modelo, evidencia-se pela insuficiência do modelo lógico-formal de racionalidade para aplicação da norma jurídica através da subsunção, pois os critérios (hierárquico, cronológico e de especialidade), não dão conta da complexidade dos princípios constitucionais tendo-se que recorrer à ponderação. O amplo espaço de discricionariedade que se formula, fomenta as críticas quanto à aplicação mediata ou imediata dos princípios, requerendo a presença do legislador para apresentar o sentido exato ou apontando para interpretação judicial do sentido aplicável ao conteúdos dos princípios.

Em razão desta realidade, mesmo considerando os tênues limites entre a discricionariedade e os riscos da arbitrariedade, é de comum acordo doutrinário a necessidade de sua presença no âmbito da atuação da administração pública, considerando a incapacidade de que a norma preveja a infinidade de situações fáticas possíveis no âmbito prático. Assim, o exercício da discricionariedade é indispensável ao governo humano. Não se concebe uma administração absolutamente objetiva e neutra. A administração exige a análise de situações singulares e para isso é aplicável a discricionariedade. A discricionariedade nesse âmbito é representativa da ação política na administração pública, característica esta inafastável (Ramón Fernández, García de Enterría: 2014, p. 464). Não seria crível imaginar que o legislador alcançasse materialmente todas as possíveis ocorrências no mundo dos fatos, e sob o ponto de vista lógico, é impossível ao legislador utilizar em toda construção normativa conceitos precisos e de única expressão (Di Pietro: 2012, p. 64)

## 2. O CRITÉRIO DA PROPORCIONALIDADE E A TEORIA GERAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os direitos fundamentais se desenvolveram como fundamento da proteção do cidadão nos Estados democráticos, tornando-se o núcleo central das Constituições que se desenvolveram com o objetivo de garantir sua tutela. O Estado não existe em si mesmo, senão para garantir que os indivíduos possam desfrutar na maior medida de seus direitos, ou seja, um Estado incapaz de oferecer uma tutela adequada dos direitos fundamentais não pode ser considerado democrático (Schier: 2008, p. 114).

A inegável vinculação entre direitos fundamentais e democracia não retira a tensão corrente nos modelos existentes. Isso porque, os modelos que adotaram as Constituições escritas, que permitem um controle substancial de constitucionalidade, com supremacia formal e material, naturalmente estabelecem um núcleo de cláusulas pétreas imutáveis ou de difícil modificação, retirando da maioria a possibilidade de deliberação e fazendo surgir o conflito entre direitos fundamentais e democracia (Schier: 2008: p. 117).

A importância atribuída aos direitos fundamentais no ordenamento constitucional exige que a atuação regulatória estatal esteja comprometida com a ética da modernidade e sua racionalidade sob pena de desvincular-se da democracia (Schier: 2003, p. 58). O Direito Constitucional brasileiro anterior ao texto de 1988 era muito mais preocupado com a organização estatal, diferentemente do conteúdo normativo da Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988, fortemente vinculada aos direitos fundamentais o que exige a definição daquilo que lhe garante o suporte fático (Silva: 2006, p. 28).

O reconhecimento da existência de um sistema dos direitos fundamentais exige defini-lo não como lógico-dedutivo, ou seja, autônomo e auto-suficiente, e sim aberto e flexível a novas confluências não somente da ordem constitucional como do ambiente externo. O conceito materialmente aberto de direitos fundamentais permite identificá-lo fora do catálogo, em outras normas do texto constitucional, como os tratados internacionais e por decorrência implícita do texto normativo ou de sua interpretação, por força do artigo 5º, parágrafo 2º da Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988 (Sarlet: 2006, p.85). Os direitos fundamentais podem ser tomados sob duas perspectivas distintas: enquanto direitos subjetivos individuais, e como elementos objetivos fundamentais da comunidade (Sarlet: 2006, p. 165). Na perspectiva subjetiva, o titular dos direitos fundamentais (seja pessoa individual ou coletiva), poderá reivindicá-lo judicialmente, exercendo o direito de ação positiva ou negativa que lhe foi outorgada pela norma constitucional (Sarlet: 2006, p. 179). Pela perspectiva dos direitos fundamentais como elementos objetivos são garantidos

que, para além do reconhecimento da atribuição subjetiva dos direitos fundamentais, eles representam uma decisão valorativa de natureza jurídico-objetiva com eficácia em todo o ordenamento jurídico e diretiva no agir dos poderes Legislativo, Executivo e Judiciário (Sarlet: 2006, p. 167).

A compreensão dos direitos fundamentais exige a clara definição de seu suporte fático, capaz de expressar o que é protegido, contra o que, qual a consequência e o que é necessário ocorrer para que a consequência também ocorra. Nessa medida, uma primeira definição de suporte fático pode ser expressa como a condição necessária para realização da consequência normativa. Não se resume àquilo que é protegido (âmbito de proteção), e sim, inclui aquilo contra o que é protegido, sendo em regra a intervenção estatal (Silva: 2006, p. 30).

O suporte fático pode ser compreendido como a soma do âmbito de proteção com a intervenção estatal, aos quais é contraposta a fundamentação constitucional. Assim,

*“se x é algo protegido pelo âmbito de proteção de algum direito fundamental (APx) e se há uma ação estatal que intervém em x (IEx) e se essa intervenção não é fundamentada (não-FCx), então deverá ocorrer a consequência jurídica prevista pela norma de direito fundamental para o caso de x (CJx), que é, em geral, uma exigência de cessação da intervenção estatal” (Silva: 2006, p. 30).*

De todo modo, ainda que se reconheça a indissociável relação entre direitos fundamentais e democracia, não menos certo é o majoritário entendimento de que não existem direitos absolutos. Retomando a definição de suporte fático, tem-se que os elementos básicos caracterizadores, constituem o âmbito de proteção à intervenção estatal não fundamentada. Isso significa que, a existência de fundamentação na intervenção estatal pode legitimar o ato, verificando-se a ocorrência de restrição aos direitos fundamentais e não violação aos preceitos. Essa distinção garante uma importante diferenciação: a restrição dos direitos fundamentais não importa em violação, ou seja, a restrição quando fundamentada é uma intervenção permitida, enquanto a violação decorrente da ausência de fundamentação constitucional constitui comportamento inconstitucional (Silva: 2006, p. 35).

Essas restrições aos direitos fundamentais podem ser analisadas sob dois enfoques: pela teoria interna e externa de restrições e através da análise do controle das restrições a direitos fundamentais pelo conceito de proporcionalidade. Do ponto de vista da teoria interna, o processo de definição de cada direito é imante ao próprio sistema. Assim o estabelecimento desses limites não é influenciado por aspectos externos ou mesmo colisões entre direitos (Silva: 2006, p. 37). Ao

contrário, para a teoria externa, o direito é subdividido em seu objeto imanente e suas restrições. Essa distinção é que permite chegar ao sopesamento como forma de solução das colisões entre direitos fundamentais, bem como a regra da proporcionalidade e seus três elementos: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Seguindo o referencial da teoria externa, tem-se que as restrições não se vinculam ao conteúdo do direito, permitindo tão somente no caso concreto, que um direito possa ceder em relação a outro sem prejuízo de sua validade ou extensão *prima facie* (Silva: 2006, p. 39).

Essa análise dos direitos fundamentais, exige a definição de quais os limites, a conformação normativa e a possibilidade de aplicação desses direitos, o que, segundo Alexy (2008), é alcançado a partir da teoria dos princípios, que terá por suporte a afirmação de que os direitos fundamentais possuem estrutura de mandatos de otimização, atraindo a regra da proporcionalidade e o critério hermenêutico de sopesamento (Cademartori: 2009, p. 132).

As normas constitucionais em sua interpretação e aplicação, devem observar a unidade da Constituição e a Concordância prática. A análise das normas jurídicas tomando por norte a unidade da Constituição, garante a sua compatibilização com o ordenamento jurídico, evitando decisões que provoquem colisões nulificadoras. Por sua vez, a concordância prática possibilita que diferentes valores que atuam em concorrência sejam compatibilizados no sistema jurídico, afastando qualquer possibilidade de conflito (Hesse: 1998, p. 66).

A proporcionalidade dentro da perspectiva alexyana de distinção entre princípios e regras, deve ser considerada como regra, em razão de não produzir efeitos distintos e gradativos, apresentando-se de forma constante e invariável. Isso se evidencia, claramente, quando se admite que a aplicação da proporcionalidade se faz pela subsunção, técnica somente admitida para esta categoria normativa (Silva: 2002, p. 24). Como se verifica em seu campo prático, a proporcionalidade não conflita com outras normas-princípios ou mesmo tem sua concretização verificada em graus ou com prevalência (Ávila: 2013, p. 26).

É corrente na doutrina a utilização da proporcionalidade<sup>2</sup> como sinônimo de proibição de excesso. Trata-se, em verdade, de uma de suas importantes características já que impede os excessos estatais em sua ação, contudo não pode ser a esta resumida. Neste escopo teórico pode ser tido como princípio da vedação de arbítrio (*Übermassverbot*), “que alguns utilizam com o mesmo

2 Adotamos o posicionamento de Virgílio Afonso da Silva, segundo o qual proporcionalidade não pode ser confundida com razoabilidade. A primeira é mais ampla que a segunda. Razoabilidade preenche somente um dos requisitos da proporcionalidade referente a adequação entre meios e fins. Além disso, a origem da proporcionalidade está ligada ao direito alemão, enquanto a razoabilidade é inicialmente trabalhada no direito norte-americano e inglês. SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. Revista dos Tribunais, v. 798, ano 91, abr. 2002. p. 34.

significado do princípio geral da proporcionalidade” (Bonavides: 2000, p. 396). A proporcionalidade, enquanto diretriz de controle das leis restritivas de direitos originada da produção jurisprudencial do Tribunal Constitucional Alemão, tem seus elementos claramente definidos na adequação, na necessidade e na proporcionalidade em sentido estrito, aplicados exatamente nesta ordem, de modo a não se satisfazer com a mera razoabilidade restrita ao postulado da adequação entre meios e fins (Silva: 2002, p. 35).

A adequação<sup>3</sup>, enquanto elemento da proporcionalidade, busca avaliar a compatibilidade e aptidão das medidas interventivas adotadas com os objetivos buscados, ou seja, a conformidade da medida a ser adotada na realização do interesse público deve ser apropriada aos fins pretendidos garantindo uma relação de adequação medida-fim (Canotilho: 2003, p. 264). Nesse sentido, que a proporcionalidade através de seus elementos, pode ser tido como o elemento que garante a contenção do arbítrio mediante o sopesamento entre os fins buscados e os meios utilizados (Santos: 2004, p. 25).

A necessidade significa que inexistente outro meio disponível menos gravoso capaz de alcançar o resultado pretendido (Mendes: 2001, p. 12). O meio utilizado deve garantir a menor nocividade possível para o fim almejado restringindo na maior medida possível a ingerência estatal. A problemática suscitada neste elemento, refere-se a vagueza de seu conceito, o que fez a doutrina desdobrá-lo em outros elementos para garantir sua efetiva aplicação: a exigibilidade deve limitar o mínimo possível os direitos fundamentais; *exigibilidade especial* referente a limitação espacial da intervenção; *exigibilidade temporal* correspondente a delimitação temporal da medida restritiva adotada pelo poder público e *exigibilidade pessoal* garantindo que os efeitos da medida não superem as pessoas que devem sofrer a restrição (Canotilho: 2003, p. 264).

A conclusão final sobre a proporcionalidade é alcançada pela ponderação que considere o equilíbrio entre a representação da intervenção para o destinatário e os objetivos traçados pelo legislador, o que define a proporcionalidade em sentido estrito. “O princípio da proporcionalidade em sentido estrito faz verdadeiramente ponderação entre direitos, bens ou interesses. Ele permite realizar uma proporcional distribuição do ônus da vida em sociedade, à medida que proíbe ao Estado sacrificar direitos fundamentais (Santos: 2010, p. 80).” Em regra, o sistema constitucional prevê as diretrizes de avaliação e ponderação aplicáveis aos casos analisados (Mendes: 2001). Em muitos casos, o elemento da proporcionalidade em sentido estrito, é confundida com a ponderação e refere-se a vagueza semântica presente no sistema jurídico. Pela proporcio-

3 A doutrina identifica a adequação de diferentes formas. Paulo Bonavides prefere definir como “pertinência ou aptidão”; Willis Santiago filia-se ao signo alemão tratando como adequação (*Geeignetheit*) e Larenz trata como “meio mais idôneo”. Todas as denominações, contudo, referem-se ao mesmo conceito e aplicação.

nalidade avalia-se o resultado da adequação e necessidade concluindo-se pela justa proporcionalidade e justeza da medida adotada (Canotilho: 2003, p. 265).

Tanto as decisões no âmbito administrativo, como aquelas resultantes do exercício jurisdicional com base em legislação que obedeceu ao devido processo legislativo estão submetidas ao crivo da proporcionalidade. Nenhuma intervenção concreta em direitos fundamentais está imune ao filtro da proporcionalidade (Mendes: 2001, p. 15). A teorização da proporcionalidade demonstra seu importante papel na imposição de limites de atuação do legislador no exercício e seu poder regulamentador. Considera-se proporcional a atuação do Poder Legislativo dentro dos limites implícitos (imanes) e explícitos dos direitos fundamentais previstos na Constituição (Morais: 2014, p. 56).

A proporcionalidade tem importante função na harmonização dos direitos reconhecidos no texto constitucional quando os interesses estiverem em concorrência. Busca adequar a dupla dimensão dos direitos fundamentais, de caráter subjetivo titularizado pelo indivíduo, e objetivo firmado na ordem jurídica da comunidade (Santos: 2010, p. 79). A legitimidade da utilização da proporcionalidade exige a clara identificação e explicitação, de quais são os direitos ou interesses ponderados, e como a legislação ou decisão administrativa pode ser desproporcional a partir do filtro da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, exercício de justificação que não tem realizado adequadamente os precedentes do Supremo Tribunal Federal no Brasil (Santos: 2010, p. 81). De acordo com Virgílio Afonso da Silva todos os direitos fundamentais são restringíveis e regulamentáveis, o que afasta a validade da distinção entre normas de eficácia plena e de eficácia contida ou restringível (Silva: 2006, p. 47).

A verificação do suporte fático permite a compreensão do âmbito de proteção e o controle das interferências estatais ilegítimas, o que pode representar em uma das acepções dos direitos fundamentais como direitos de defesa. A pretensão surgida a partir do reconhecimento de uma violação ilegítima poderá ser de abstenção, revogação ou anulação ou ainda de consideração que exige do Estado a ponderação a partir da situação do afetado e de defesa ou proteção que impõe ao Estado agir contra terceiros quando necessário (Mendes: 2010, p. 3). Esses direitos de defesa não podem ser resumidos àqueles de matriz liberal-burguesa, podendo ser incluídos os direitos políticos, as garantias fundamentais e, mesmo parte dos direitos sociais (Sarlet: 2006, p. 198).

Além da proteção garantida pelos direitos fundamentais ao indivíduo, a doutrina vem afirmando a existência do “direito à organização e ao procedimento”, referindo-se aos direitos fundamentais que para sua realização dependem de providenciais estatais de organização e conformação dos órgãos e setores estatais ou medidas normativas com a finalidade de ordenar o gozo de direitos e

garantias (Mendes: 2010, p. 8). Esta posição fez surgir agregada a perspectiva subjetiva e à teoria dos direitos a prestações, o reconhecimento de direitos subjetivos fundamentais à proteção mediante a organização e ao procedimento (Sarlet: 2006, p. 75).

Os direitos fundamentais em sua condição jurídico-objetiva têm uma eficácia dirigente aos órgãos estatais, determinando que suas ações se conduzam a constante concretização e realização dos direitos, inclusive ao legislador na realização de determinadas tarefas, dentro do que se verificou como mutação dos direitos fundamentais (Sarlet: 2006, p. 171).

A consideração das dimensões subjetivas e objetivas dos direitos fundamentais, bem como a importância da construção da teoria do direito à organização e ao procedimento, resultantes da face objetiva dos direitos fundamentais é de vital importância para compreensão dos limites da atuação administrativa no âmbito administrativo (Sarlet: 2006, p. 210). Essa compreensão deve considerar também que mais importante do que a ampliação do catálogo dos direitos fundamentais é a estruturação de uma teoria capaz de instituir garantias de sua proteção. Os instrumentos de garantia somente serão possíveis a partir de uma teoria de racionalidade do texto constitucional com a clara definição dos limites de atuação estatal que não interfiram de modo arbitrário nos direitos fundamentais.

A efetividade dos direitos fundamentais é encontrada no próprio seio da sociedade, de modo que a efetividade dos direitos fundamentais é ao mesmo tempo a busca pela proteção do Estado, que no mundo moderno é o único instrumento capaz de garantir sua realização (Carbonell: 2005, p. 190).

### **3. O CONTROLE DA DISCRICIONARIEDADE DA ATUAÇÃO ADMINISTRATIVA NO EXERCÍCIO DO PODER DE POLÍCIA A PARTIR DA PROPORCIONALIDADE ENTRE A SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO E A TEORIA GERAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

Não há divergência quanto à afirmação de que o poder de polícia é atividade administrativa direcionada à consecução do interesse público, que por sua vez é representativo do interesse coletivo. É justamente essa característica de superposição do interesse coletivo sobre o particular que justifica a atuação estatal no exercício do poder de polícia limitando os direitos individuais com vistas a garantir a supremacia do interesse público em favor da coletividade.



No entanto, a definição dos limites e alcance do léxico interesse público, é matéria tormentosa para ciência administrativa e tem suscitado cada vez mais polêmica no âmbito jurídico. Atribuir certeza e definição à categoria jurídica supremacia do interesse público é medida indispensável para legitimação da própria ação estatal. Não se admitem mais como suficientes as clássicas definições de interesse público como oposição ao direito privado, por reducionista da construção do Direito Administrativo. É certo que interesse público é o interesse do todo ou do próprio conjunto social e não se constitui na soma dos interesses individuais, contudo tais características não são suficientes para sua definição (Guerra Filho: 2003, p. 70).

Em outra perspectiva, a definição é realizada a partir da titularidade do direito. Assim, classificam-se normalmente entre direitos individuais, estatais e interesse público, este último como representativo da coletividade. Essa noção de interesse público é a finalidade do exercício da função e do poder soberano do Estado. É de se observar que a obrigatoriedade de que o Estado promova a concretização do interesse público não o coloca na condição de titular que na forma de interesse primário será da coletividade. A administração pública, quando o interesse for próprio do aparato administrativo titulariza o interesse público secundário.

É possível, neste escólio, observar a colisão entre o interesse público primário e o secundário, quando as pretensões da coletividade não são coerentes com os interesses do aparato administrativo. “Daí a necessidade de instrumentos que garantam o vínculo entre ação administrativa e realização do interesse coletivo primário.”(Bacellar Filho, 2010, p. 92).

Acima dessas distinções, interesse público está relacionado à face pública dos interesses individuais enquanto partícipes de uma sociedade. No entanto, essa visão é criticada por parcela da doutrina que a considera antiestatista (Gabardo, 2009, p. 292). As refutações ao conceito de interesse público enquanto princípio são baseadas na sua colocação apriorística. O que se afirma é a impossibilidade de realizar a ponderação do interesse público quando sua própria locução o coloca com supremacia induzindo a compreensão de que sempre deverá prevalecer. Ora, é característica própria dos princípios a possibilidade de ponderação e a definição do peso e valor como métodos de harmonização do sistema constitucional no caso concreto, como já discutido nas teorias de Alexy e Dworkin. A resistência aos posicionamentos que rechaçam a manutenção do interesse público como categoria aplicável com supremacia ou mesmo reconhecido como princípio, aponta o que indicam como incongruência da doutrina. Primeiro, a existência de supremacia do interesse público, colocado como *a priori*, seria apenas a indicação de uma tendência para solução de uma conflituosidade, não exigindo sua imposição autoritária de forma necessária. O mesmo raciocínio é

encontrado em outros princípios constitucionais como a publicidade. Todos os atos administrativos devem ser públicos, *a priori*, e nem por isso a publicidade deixa de ser reconhecida como princípio (Gabardo: 2009, p. 292). Di Pietro (2010, p. 203), afirma que a crítica à supremacia do interesse público é resultante da tentativa de garantir a prevalência dos direitos econômicos sobre outros igualmente protegidos constitucionalmente fato que justificaria a tentativa de substituição do princípio da supremacia do interesse público pelo princípio da razoabilidade, fator que superaria a indeterminação do conceito de interesse público e se mostraria mais adequado à proteção dos direitos fundamentais e à ponderação dos interesses.

Visto sob este prisma o interesse público como princípio marcado pela supremacia não colocaria os direitos fundamentais em risco, e sim, promoveria sua eficácia para o que as prerrogativas da administração são indispensáveis. “Por isso mesmo, o Direito Administrativo se caracteriza pelo binômio autoridade-liberdade. A Administração Pública tem que ter prerrogativas que lhe garantam a autoridade necessária para a consecução do interesse público. Ao mesmo tempo, o cidadão tem que ter garantias de observância de seus direitos fundamentais contra o abuso do poder.”(Di Pietro, 2010, p. 209)

Portanto, é a partir da noção de interesse público e sua supremacia sobre o individual que se estrutura a teoria de fundamento do poder de polícia. Considerando a diversidade de situações possíveis no mundo fático, o poder de polícia somente poderá ser exercido pela ação discricionária, o que exige controle da ação estatal pela proporcionalidade em contraposição aos direitos fundamentais.

No espírito do movimento racionalista do século XIX, exigia-se a omissão estatal com vistas a garantir a máxima liberdade individual. O poder estatal era exercido exclusivamente como instrumento de contenção da perturbação da ordem pública com a finalidade de garantir o exercício das liberdades. Contudo, o intervencionismo torna-se necessário à medida que evidencia-se no interior da sociedade uma crescente desigualdade econômica e social, resultante do abuso do poder econômico. Nesse cenário, a autoridade estatal atua com vistas a limitar e condicionar o exercício das liberdades e direitos dos indivíduos para garantir o interesse público da coletividade. Foi assim, que de simples mecanismo de contenção dos interesses individuais, o poder de polícia evoluiu para abranger o domínio econômico (Tácito: 1952, p. 2).

A atuação do poder de polícia que restringe o exercício de direitos individuais não pode exceder aos limites legais ou provocar qualquer risco aos bens fundamentais tutelados pela norma constitucional, sob pena de caracterizar indefensável abuso de poder. Não basta, portanto, para o exercício da discricioneriedade a autorização legal, é necessário que se apresente condições objetivas materiais

que exijam ou recomendem a inovação. As liberdades como conquistas históricas devem coexistir com o respeito aos direitos fundamentais individuais, sendo necessário que respeitem essa liberdade e assegurem a ordem social (Tácito: 1952, p. 10).

No sistema constitucional atual, as restrições no âmbito administrativo aos direitos fundamentais somente podem ser concebidas como reflexo dos princípios e valores constituicionais, quando pretendem efetivar outros direitos individuais ou metaindividuais. Essa construção tem sua matriz teórica na dignidade da pessoa humana, fundamento da República Federativa do Brasil e irradiante do ordenamento jurídico brasileiro (Binenbojm: 2005).

Há um conjunto de restrições *imanes* ou *implícitas* à própria sistemática constitucional. Tais restrições, embora não expressamente contempladas na norma definidora do direito fundamental, decorrem do princípio da unidade da Constituição, que emerge como condição de harmonização e concordância prática entre os diversos direitos fundamentais e princípios jurídicos contemplados na Lei Fundamental. Qualquer interferência legislativa nesta seara deve buscar sempre uma solução otimizadora que prestigie, igualmente, todos os direitos ou princípios constitucionais envolvidos. Tal solução é alcançada pela técnica da *ponderação*, guiada pelo *princípio da proporcionalidade* (Binenbojm: 2005).

Deste modo, toda e qualquer atividade de polícia, restritiva de algum direito fundamental, somente será legítima quando puder ser *reconduzida* ao sistema constitucional, no qual o Poder Público – seja ele o Estado Legislador, seja o Estado Administrador – encontre fundamento para a proteção e promoção de um outro direito fundamental ou de interesses da coletividade como um todo (Binenbojm: 2005).

## CONCLUSÃO

As alterações vivenciadas pela administração pública a partir da teoria dos direitos fundamentais, resultou em sensíveis alterações na estrutura clássica da teoria do ato administrativo e seus elementos e atributos, deixando o Estado de sua face autoritária para assumir uma postura gerencial e dialógica. Não se pode tratar os atos administrativos, inclusive os decorrentes do poder de polícia, exclusivamente a partir das características clássicas de discricionariedade e vinculação. Referidos atributos do ato não permitem um controle adequado da legitimidade da atuação do poder de polícia, especialmente se confrontados com o texto constitucional e a vinculação com os direitos fundamentais.

Nesse aspecto, o critério da proporcionalidade em suas três subdivisões de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, sugere importante modelo de verificação da legitimidade da atuação do poder de polícia na restrição dos direitos individuais para conformação aos interesse coletivos. O critério da proporcionalidade permite a verificação da compatibilidade entre o interesse público buscado pelo poder de polícia e os limites impostos pelos direitos fundamentais.

Denota-se, sobretudo, que a supremacia do interesse público, razão do exercício de toda a atuação administrativa, inclusive dos atos decorrentes do poder de polícia, somente encontrarão plena realização e legitimidade quando direcionados à efetivação dos direitos fundamentais. Deste modo, a releitura da própria supremacia do interesse público a partir dos direitos fundamentais, aponta para a necessidade de que toda atividade de polícia do Estado, e no caso em específico, da polícia administrativa de restrição dos direitos individuais, esteja voltada para efetivação dos direitos fundamentais como condição para o reconhecimento de sua legitimidade.

## REFERÊNCIAS

- Alexy, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Trad. Carlos Bernal Pulido. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008.
- Ávila, Humberto. *Teoria dos Princípios*. 14 ed. São Paulo: Malheiros, 2013.
- Bacellar Filho, Romeu Felipe. *A Noção Jurídica de Interesse Público no Direito Administrativo Brasileiro*. in: Bacellar Filho, Romeu Felipe; Hachem, Daniel Wunder. *Direito Administrativo e Interesse Público*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.
- Binenbojm, Gustavo. *Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o direito administrativo*. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro 239 (2005): 1-31.
- Bonavides, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2000.
- Cademartori, Luiz Henrique Urquhart; Duarte, Francisco Carlos. *Hermenêutica e argumentação neoconstitucional*. São Paulo: Atlas, 2009.
- Canotilho, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria Constitucional*. 7 ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2003.
- Carbonell, Miguel. *Los derechos fundamentales en la Constitución Mexicana*. Edición digital a partir de *Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, núm. 14 (abril 2001), pp. 181-193
- Couto, Almiro do. “*Poder discricionário no direito administrativo brasileiro*.” *Revista de Direito Administrativo* 179 (1990): 51-67.
- Cretella Junior, José. *Anulação do Ato Administrativo por “desvio de poder”*. Revista de Direito Administrativo. n. 91. São Paulo, 1968.
- Di Pietro, Maria Sylvia Zanella. *O Princípio da Supremacia do Interesse Público – Sobrevivência diante dos ideais do Neoliberalismo*. in: Bacellar Filho, Romeu Felipe; Hachem, Daniel Wunder. *Direito Administrativo e Interesse Público*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.
- Dworkin, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2002.

- García de Enterría, Eduardo; Ramón Fernández, Tomás. *Curso de Direito Administrativo*. Vol. I, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- Engishch, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. 6. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1988
- Gabardo, Emerson. *Interesse Público e Subsidiariedade*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.
- Gordillo, Augustín. *Tratado de Derecho Administrativo. La defensa del usuario y del administrado*. 3 ed. Buenos Aires: Fundacion de Derecho Administrativo, t. 2, 1998.
- Guerra Filho, Willis Santiago. *Processo Constitucional e Direitos Fundamentais*. 3. ed. São Paulo: Celso Bastos Editora, 2003.
- Habermas, Jürgen. *Direito e Democracia: entre validade e facticidade*. vol. II. 2003. p. 193
- Hart, Herbert. *O Conceito de Direito*. 3. ed. – com pós-escrito. Trad. Ribeiro Mendes. Com pós-escritos por Penelope A. Bulloch e Joseph Raz. Título original: *The concept of Law*. Lisboa: Ed. Fundação Calouste Gulbenskian, 1994.
- Hesse, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. 20 ed. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1998.
- Krell, Andreas J. “*Discricionariedade Administrativa, Conceitos Jurídicos Indeterminados e Controle Judicial*.” *ESMAFE* (2004): 177.
- Kelsen, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 8 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2015.
- Martins, Queila Jaqueline Nunes. *Sociologia do direito em Max Weber: processos de racionalização e de juridicização das relações sociais*. in Produção científica CEJURPS – 2006/ Universidade do Vale do Itajaí – Itajaí: Universidade do Vale do Itajaí, 2006.
- Mello, Celso Antonio Bandeira. *Discricionariedade e Controle Jurisdicional*. São Paulo: Malheiros, 1992.
- Mendes, Gilmar Ferreira. *O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: novas leituras*. Revista Diálogo Jurídico. Ano I. Vol. I. N. 5. Salvado, 2001.

- Mendes, Gilmar Ferreira. *Os direitos fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional*. Revista Eletrônica de Direito do Estado. n. 23. Salvador: 2010. p. 3 Disponível em: <http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-23-JULHO-2010-GILMAR-MENDES.pdf>. Acesso em: 23.01.2015
- Morais, Fausto Santos. *Descobrimo o pressuposto hermenêutico do princípio da proporcionalidade*. Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD), vol. 6, n. 1, 2014.
- Sánchez Mórón, Miguel. *Discricionalidad administrativa y control judicial*. Madrid: Editorial Tecnos, 1994.
- Igartua Salaverría, Juan. *Discricionalidad técnica, motivación y control jurisdiccional*. Madrid: Civitas, 1998.
- Sarlet, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 6 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
- Schier, Paulo Ricardo. *Direitos Fundamentais, Cláusulas Pétreas e Democracia: campo de tensão*. Curitiba: Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais - UNIBRASIL. N. 9, 2008.
- Schier, Paulo Ricardo. *Ensaio sobre a supremacia do interesse público sobre o privado e o regime jurídico dos direitos fundamentais*. Curitiba: Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais - UNIBRASIL. Jan. Jun. 2003.
- Silva, José Afonso da. *Poder de polícia*. *Revista de Direito Administrativo* 132 (2006): 241-255.
- Silva, Virgílio Afonso da. “O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais”. *Revista de Direito do Estado* 4 (2006).
- Silva, Virgílio Afonso da. “O proporcional e o razoável”. *Revista dos Tribunais*, v. 798, ano 91, abr. 2002.
- Tácito, Caio. “O poder de polícia e seus limites.” *Revista de Direito Administrativo* 27 (1952): 1-11.