

A EVOLUÇÃO DO CONCEITO DE PODER DE POLÍCIA NO DIREITO ADMINISTRATIVO E SUA COMPATIBILIDADE COM O MODELO DE ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO NA ATUALIDADE

Gabriela da Silva Brandão[†]

Resumo: O poder de polícia sempre foi considerado genericamente como um poder restritivo do Estado sobre a liberdade dos cidadãos em benefício do interesse público. Com a evolução do Estado Democrático de Direito, surgiu o reconhecimento de que o Direito Administrativo deve se voltar, cada vez mais, aos cidadãos e não apenas ao fortalecimento do poder estatal. Neste contexto, o conceito tradicional de poder de polícia pode não se mostrar adequado às finalidades últimas do Estado. Assim, a partir da avaliação do conceito clássico de poder de polícia e de sua contraposição ao atual modelo de Estado Democrático de Direito e aos novos paradigmas do Direito Administrativo Pós-Moderno, verifica-se a necessidade de atualização do conceito de poder de polícia, para compatibilizá-lo aos objetivos atuais do Estado.

Palavras-Chave: Poder de Polícia. Direito Administrativo Pós-Moderno. Estado Democrático de Direito.

THE POLICE POWER CONCEPT EVOLUTION IN ADMINISTRATIVE LAW AND ITS COMPATIBILITY WITH THE DEMOCRATIC RULE-OF-LAW STATE MODEL IN PRESENT DAYS.

[†] Advogada da União em exercício na Consultoria Jurídica do Ministério de Minas e Energia. Graduada na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo em 2004. Especialista em Direito Público pela Universidade de Brasília.

Abstract: The Police Power has always been understood as the Government power to restrict the citizens' rights in favor of the public interest. With the evolution of the Democratic Rule-of-law State it became acknowledged that the Administrative Law shall address to the citizens and not only to strengthen the State's power. In this context, the traditional concept of police power may not be appropriate to achieve the State's main goals. Therefore, from the assessment of the classical police power concept and of its contraposition to the present-day Democratic Rule-of-law State model and to the new paradigms of the Post-Modern Administrative Law, there is the claim of police power concept's actualization, in order to make it compatible to the recent goals of the State.

Keywords: Police Power. Post-Modern Administrative Law. Democratic Rule-of-law State.



INTRODUÇÃO

O poder de polícia, como será demonstrado adiante, sempre foi considerado genericamente como um poder do Estado de limitar a liberdade dos cidadãos em prol do interesse público. Referido poder traduzir-se-ia tanto na possibilidade de elaboração de atos normativos que vedassem determinados comportamentos como na própria atuação da Administração, seja de forma preventiva ou repressiva, impedindo determinadas condutas.

Em geral, o poder de polícia sempre foi tratado como decorrente de uma atuação negativa da Administração e não

como a competência da Administração de estimular determinado comportamento dos administrados, de forma positiva, o que tem sido questionado ultimamente.

Com a evolução do Estado Democrático de Direito e com o crescente reconhecimento de que o Direito Administrativo deve se voltar, cada vez mais, aos cidadãos e não ao engrandecimento do poder estatal, focando-se no atendimento dos administrados e na preservação de seus direitos, o conceito de poder de polícia, na forma tradicionalmente adotada pela doutrina nacional, pode não se mostrar adequado às finalidades últimas do Estado.

Com efeito, a existência de um poder repressivo do Estado contra determinados administrados, ainda que em benefício de um interesse supostamente coletivo, pode se chocar com os direitos individuais – e muitas vezes fundamentais – dos destinatários dessa atuação administrativa.

Em um possível contexto de confronto entre uma limitação administrativa decorrente do exercício do poder de polícia pela Administração Pública e o exercício de um direito individual de um ou mais cidadãos, deve-se saber qual conduta deverá ser adotada pelo Poder Público, de modo a garantir a preservação dos interesses a que se dirige o Direito Administrativo.

Diante disto, é de fundamental importância avaliar o conceito clássico de poder de polícia administrativo, contrapondo-o ao modelo de Estado Democrático de Direito contemporaneamente adotado no país, de modo a verificar se referido *poder* do Estado é compatível com seus objetivos atuais ou se, eventualmente, o conceito de poder de polícia merece reformulação, para atualizá-lo ao moderno Direito Administrativo.

Contudo, para atingir os objetivos ora propostos, é necessário, inicialmente, analisar o conceito clássico de poder de polícia para, então, apresentar a nova dimensão do Direito

Administrativo contemporâneo, de forma que se possa verificar, com alguma segurança, a compatibilidade entre o conceito tradicional de poder de polícia administrativo com o modelo de Estado Democrático de Direito adotado atualmente.

I. O CONCEITO CLÁSSICO DE PODER DE POLÍCIA

O conceito de poder de polícia não é encontrado em normas tradicionais do Direito Administrativo, mas possui assento normativo no artigo 78 do Código Tributário Nacional¹, que estabelece, *in verbis*:

Art. 78. 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.

Parágrafo único. Considera-se regular o exercício do poder de polícia quando desempenhado pelo órgão competente nos limites da lei aplicável, com observância do processo legal e, tratando-se de atividade que a lei tenha como discricionária, sem abuso ou desvio de poder.

O fundamento normativo do poder de polícia administrativo restringe a atuação da Administração Pública, como se observa, à limitação ou à disciplina de direitos e indica como sua finalidade precípua a preservação do interesse público.

¹ Lei nº 5.172, de 25.10.1966.

Da mesma forma, a doutrina brasileira passou a conceituar o poder de polícia como sendo uma atuação da Administração essencialmente restritiva e com fundamento no interesse público, ainda que não houvesse meios para a definição exata do conteúdo do referido interesse. Com efeito, a respeito da conceituação de poder de polícia, cita-se a lição de Celso Antônio Bandeira de Mello²:

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

É importante destacar que o mencionado jurista entende que o poder de polícia tem por fundamento a supremacia geral exercida pela Administração Pública sobre todos os particulares, de forma ampla, não se baseando em relações específicas mantidas com alguns, ocasião em que se verifica a supremacia especial.

Celso Antônio Bandeira de Mello também entende que o poder de polícia limita-se, em essência, a impor abstenções aos particulares e a cingir sua livre iniciativa, com a finalidade de evitar uma consequência anti-social que dela poderia decorrer, não admitindo a possibilidade de que a Administração, por intermédio do poder de polícia, imponha ao particular um dever de agir ou fomenta algum comportamento específico, o que tem sido questionado pela doutrina mais moderna.

Outro aspecto interessante da lição de Celso Antônio

² in *Curso de Direito Administrativo*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

Bandeira de Mello se refere à crítica à denominação *poder de polícia*, no que o autor é acompanhado por diversos outros autores³. Com efeito, o administrativista entende que “a expressão ‘*poder de polícia*’ traz consigo a evocação de uma época pretérita, a do ‘*Estado de Polícia*’, que precedeu ao *Estado de Direito*”.

Neste sentido, o autor cita, inclusive, que na maioria dos países europeus, passou-se a adotar a nomenclatura “*limitações administrativas à liberdade e à propriedade*”, em substituição ao ultrapassado rótulo do *poder de polícia*. Contudo, aduz que prefere manter referência à “*terminologia indesejável*” em questão, em razão dela ser largamente utilizada entre nós.

Diogo de Figueiredo Moreira Neto também trata o poder de polícia como um conjunto de atividades do Estado limitativas e condicionantes das liberdades individuais, estabelecendo, no entanto, uma diferenciação entre o *poder de polícia* como atividade do Estado enquanto legislador, uma vez que somente por força de lei é admitido limitar e condicionar liberdades e direitos, e a função de polícia, como a atividade estatal de aplicação da lei, na qualidade de administrador.

Considerando essa diferenciação teórica entre o poder estatal propriamente dito e o exercício de uma função de polícia, o aludido autor define a função administrativa da seguinte maneira⁴:

[...] denomina-se polícia à função administrativa que tem por objeto aplicar concreta, direta e imediatamente as limitações e os condicionamentos legais ao exercício de direitos fundamentais, compatibilizando-os com interesses públicos, também legalmente definidos, com a finalidade de possibilitar uma convivência ordeira e

³ Neste sentido, ver também: MEDAUAR, Odete. *O Direito Administrativo em Evolução*. 2. ed. São Paulo: RT, 2003.

⁴ in *Curso de Direito Administrativo – Parte Introdutória, Parte Geral e Parte Especial*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

valiosa.

Ao examinar o conteúdo da função administrativa, Diogo de Figueiredo Moreira Neto também demonstra entender que ela se restringe a preceitos negativos, sejam absolutos, ao vedar determinadas formas de exercício de atividades individuais e do uso da propriedade privada, ou relativos (*com reserva de consentimento*), para os quais são vedadas, apenas em princípio, determinadas atividades, até que a Administração, após avaliação e manifestação expressa, consinta com seu exercício.

O conceito tradicional de poder de polícia também é adotado por Maria Sylvia Zanella di Pietro, que o insere em um contexto de tensão entre dois aspectos opostos: a autoridade da Administração Pública e a liberdade individual dos administrados, em decorrência do fato de que, por um lado, o cidadão anseia por exercer plenamente todos os seus direitos e, por outro, a Administração “*tem por incumbência condicionar o exercício daqueles direitos ao bem-estar coletivo, e ela o faz usando de seu poder de polícia*”⁵.

Assim, o caráter restritivo do poder de polícia administrativo é extraído também do conceito adotado pela mencionada autora⁶: “[...] *Pelo conceito moderno, adotado no direito brasileiro, o poder de polícia é a atividade do Estado consistente em limitar o exercício dos direitos individuais em benefício do interesse público*”.

Deve-se frisar, ainda, que a autora também reconhece que o poder de polícia pode englobar a elaboração de atos normativos e ações materiais (a “*função administrativa*” referida por Diogo de Figueiredo Moreira Neto), sejam elas preventivas ou repressivas.

Não obstante, da mesma forma que Celso Antônio Bandeira de Mello, a ilustre administrativista atribui ao poder

⁵ in *Direito Administrativo*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

⁶ in *op. cit.*

de polícia a característica de ser uma atuação essencialmente negativa, de modo a diferenciar essa atividade administrativa dos serviços públicos, na medida em que considera que “*na atividade de polícia, a Administração apenas impede a prática, pelos particulares, de determinados atos contrários ao interesse público; ela impõe limites à conduta individual*”⁷.

Raquel Melo Urbano de Carvalho retoma o conceito clássico de poder de polícia, tradicionalmente adotado pela doutrina nacional, e ensina que⁸:

[...] No Brasil, o Direito Administrativo utiliza a expressão poder de polícia para designar a competência do Estado de restringir o exercício de direitos e liberdades individuais a fim de evitar danos ao bem comum. Trata-se do que a doutrina denomina mecanismo de frenagem de que dispõe o Estado para conter e prevenir abusos no exercício de direito individual. Por meio dele, os entes federativos impedem a atividade privada que pode se mostrar nociva ao bem-estar geral. O que se persegue é exatamente evitar ofensas à ordem pública e aos interesses da coletividade.

Aduz, ainda, a autora: “[...] *Para que se afastem os riscos de prejuízo aos interesses da sociedade, o Estado limita e condiciona o exercício de direitos e liberdades individuais, em princípio, por meio de atos legislativos*”.

Nota-se, portanto, que a citada autora também adota como premissa que o poder de polícia tanto se presta à elaboração de atos normativos, como à atuação – preventiva ou repressiva – da Administração Pública. Interessa, também, ressaltar que a autora chama a atenção para o fato de que sempre que se trata de poder de polícia, a doutrina dirige sua

⁷ *in op. cit.*

⁸ *in Curso de Direito Administrativo – Parte Geral, Intervenção do Estado e Estrutura da Administração*. Salvador: Jus Podium, 2008.

atuação à limitação da autonomia privada, mas a atuação do Poder Público pode ser também dirigida a outros entes públicos, seja de níveis distintos da Federação, de outros entes políticos ou de unidades administrativas diversas, dotadas de personalidade jurídica própria.

O fundamento do poder de polícia na supremacia geral exercida pela Administração também é destacado por Raquel Melo Urbano de Carvalho, assim como a finalidade de preservar o interesse público, unânime na doutrina nacional.

Distintamente dos demais, a aludida autora faz menção à possibilidade da exteriorização do poder de polícia por condutas positivas ou permissivas, mediante o uso de meios promocionais. Com efeito, a autora assevera⁹:

[...] Deve-se abandonar a idéia originária de o Estado exercer poder de polícia numa posição exclusivamente omissiva e negativa. De fato, o Poder Público, para obter da sociedade a não-ofensa ao bem comum, deve exercer um papel amplo, ativo e engajado na promoção das condutas desejadas dos cidadãos e das pessoas jurídicas.

Verifica-se, portanto, que o conceito clássico de poder de polícia adotado pela doutrina nacional tem como características as seguintes: (i) consistir na limitação administrativa à liberdade ou à propriedade de terceiros; (ii) ser passível de ser exercida mediante a edição de normas legais ou mediante atos regulamentares ou administrativos, fundados em lei, de caráter preventivo ou repressivo; (iii) decorrer da sujeição geral exercida pela Administração Pública, na esfera de suas competências, sobre os demais entes públicos ou privados; e (iv) ter por fundamento primordial a supremacia do interesse público.

Além disso, a grande maioria da doutrina entende que o comando decorrente do exercício do poder de polícia tem

⁹ *in op. cit.*

conteúdo negativo – seja absoluto ou relativo – e somente recentemente se passou a admitir o conteúdo positivo da atuação da Administração Pública, a pretexto de exercer o poder de polícia que lhe foi atribuído.

Essas características do conceito tradicional de poder de polícia devem, portanto, ser avaliadas à luz do contexto atual do Estado Democrático de Direito e da quebra de paradigmas clássicos no Direito Administrativo, de modo que seja possível verificar se o conceito predominante na doutrina nacional é passível de adoção nos dias atuais, prescindindo – ou não – de atualização.

II. O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E A MUDANÇA DE PARADIGMAS NO DIREITO ADMINISTRATIVO PÓS-MODERNO: A ATUAÇÃO DO ESTADO DIRIGIDA AO CIDADÃO

A título introdutório, é essencial destacar que os modelos de Estado sucederam-se conforme as necessidades sociais surgidas em determinados momentos históricos. Assim, o Estado Liberal sucedeu o Estado Absolutista em um contexto em que a liberdade individual era o valor maior da sociedade, após o excesso de poder exercido por monarcas em período histórico imediatamente anterior.

Destarte, a concepção predominante de Estado no século XIX exigia o distanciamento do Estado e da sociedade, de modo que lhe fosse garantida ampla liberdade. Posteriormente, em decorrência de mutações históricas que ensejaram o declínio desse modelo de Estado Liberal, surgiu o Estado Social, com a finalidade de exigir prestações positivas do Estado em favor dos cidadãos, assegurando-lhes uma vida digna e o exercício de direitos inerentes à adequada sobrevivência.

A concepção atual de Estado Democrático de Direito tem

por fundamento a primazia da lei, tanto como forma de impor limites à atuação do Estado e, assim, garantir o exercício das liberdades individuais dos cidadãos, como a necessidade de preceitos normativos que confirmem aos administrados direitos decorrentes de prestações positivas do Estado em seu favor.

Adicionalmente à primazia da lei, o Estado Democrático de Direito reconhece o cidadão como parte integrante e fundamental da construção do Estado, de modo que assegura à coletividade o direito de participação popular.

Com a superveniência de modelos diversos de Estado em contextos históricos distintos, os paradigmas do Direito Administrativo foram superados e, atualmente, alguns de seus conceitos devem ser repensados.

De fato, o Estado Social surgiu em decorrência de profundas alterações sociais e econômicas da sociedade, o que ensejou uma “*reapropriação da sociedade pelo Estado*”¹⁰, fator que exerce influência sobre o Estado até os dias atuais. O Estado, hoje, é pluralista e deve atender a diversos interesses conflitantes, sendo certo que essa característica deve ser observada em sua atuação cotidianamente.

No que concerne às transformações a que o Estado está sujeito na atualidade, deve-se citar a lição de Jean Auby¹¹:

[...] Quaisquer que sejam as orientações de seus governos, as democracias ocidentais conheceram, ultimamente, um duplo movimento: de redução do espaço do Estado em benefício do mercado e de redução desse espaço em benefício dos cidadãos; é a desestatização da sociedade, mesmo que figure, sob muitos aspectos, mais como transformação das modalidades de intervenção pública do que uma verdadeira regressão desta.

¹⁰ Cf. MEDAUAR, Odete, *in op. cit.*

¹¹ *in La bataille de San Romano. Reflexions sur les évolutions récentes du droit administrative. L'actualité juridique – Droit Administratif*, p. 914, 20.11.2001, *apud* MEDAUAR, Odete, *in op. cit.*

Neste sentido, Odete Medauar¹² acrescenta, *in verbis*:

[...] As transformações no modo de atuar do Estado e na estrutura da sociedade acarretam a diluição dos limites entre Estado e sociedade, agora interdependentes, vinculados e condicionados por número crescente de inter-relações. A respeito se manifesta Cassese: “Aparece menos nítida a distinção entre sociedade civil e Poderes Públicos; interesses públicos, coletivos e privados que se contrapõem variadamente”.

Ainda no que concerne à atuação interventiva do Estado, após o declínio do modelo de concepção de Estado Liberal, Odete Medauar relata a coexistência de processos de privatização do público e de publicização do privado e cita Tércio Sampaio Ferraz Júnior e Luiza Torchia para demonstrar que, atualmente, a atenção se desloca dos critérios de diferenciação entre público e privado para os critérios de coexistência e imbricação entre ambos¹³.

Outrossim, ao abordar as linhas de transformação de matrizes clássicas do Direito Administrativo moderno, Odete Medauar trata da questão da supremacia do interesse público, postulado adotado tradicionalmente pela doutrina nacional como absolutamente determinante à atuação do Estado. A autora se refere às modificações incidentes até mesmo sobre o referido postulado, considerando a ausência de homogeneidade entre os interesses dos cidadãos nos dias atuais, na concepção do Estado Democrático de Direito. Neste sentido, cumpre trazer à colação a lição da autora:

[...] A uma concepção de homogeneidade do interesse público, segue-se uma situação de heterogeneidade; de uma idéia de unicidade passou-se à concreta existência de multiplicidade

¹² *in op. cit.*

¹³ *in op. cit.*

de interesses públicos. A doutrina menos antiga refere-se à impossibilidade de rigidez na prefixação do interesse público, sobretudo pela relatividade de todo padrão de comparação. Menciona-se a indeterminação e dificuldade de definição do interesse público, a sua difícil e incerta avaliação e hierarquização, o que gera crise na sua pretensa objetividade.

Diogo de Figueiredo Moreira Neto¹⁴ também reconhece que o processo de democratização do Estado com o modelo atualmente adotado culminou por alterar os paradigmas de supremacia do Estado e seu foco, essencialmente, no interesse público, deslocando a atenção do Estado também para os cidadãos:

[...] Com efeito, torna-se cada vez mais evidente, como uma decorrência da democratização substantiva em curso, que o eixo juspolítico se vem deslocando do Estado, então o único protagonista das decisões políticas materiais, para a Sociedade, que ascende como novo protagonista do poder.

[...] No fastígio da era em que o eixo estava no Estado, se destacavam os conceitos de coletivo estatal, de público estatal e do conseqüente primado do Estado, mas, hoje, com o deslocamento do eixo para a sociedade, passaram a relevar os conceitos antípodas, de coletivo social, de público não estatal e de primado da pessoa.

Assim, resta evidente que o Direito Administrativo, em regra, deve acompanhar a evolução dos modelos de Estado adotados em determinados contextos históricos e, conseqüentemente, a evolução e a superação de determinados modelos deve culminar, ao menos em tese, com a ruptura dos

¹⁴ in *Quatro Paradigmas do Direito Administrativo Pós-Moderno – Legitimidade, Finalidade, Eficiência, Resultados*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

paradigmas pretéritos do Direito Administrativo e com a necessária evolução de seus conceitos e institutos. Neste sentido, cumpre citar a lição de Marçal Justen Filho¹⁵ ao abordar um Direito Administrativo pós-moderno:

[...] No Brasil, em especial, é imperioso destacar a necessidade de revisão do direito administrativo, que ainda está entranhado de concepções não democráticas, provenientes do passado. A Constituição Federal de 1988 coroou um lento processo de aperfeiçoamento democrático da nação brasileira. Consagrou um Estado Democrático de Direito, proscrevendo definitivamente perspectivas de legitimação carismática.

Apesar disso, a atividade administrativa estatal continua a refletir concepções personalistas de poder, em que o governante pretende imprimir sua vontade pessoal como critério de validade dos atos administrativos e invocar projetos individuais como fundamento de legitimação para a dominação exercitada.

Marçal Justen Filho, partindo da concepção de que a supremacia e a indisponibilidade dos direitos fundamentais constituem o real fundamento do Direito Administrativo no Estado Democrático de Direito, partindo de uma interpretação constitucional, aborda a suposta contraposição existente entre direitos individuais e o interesse público, asseverando que o interesse público não pode ser contraposto para eliminar um direito subjetivo atribuído a um particular. Com efeito, aduz o autor que:

[...] Em uma abordagem teórica, reputa-se que a Constituição de 1988 assegurou a prevalência dos direitos fundamentais antes e acima do

¹⁵ in *Curso de Direito Administrativo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

chamado interesse público. Mais ainda, existe a dificuldade insuperável para identificar o conteúdo da expressão “interesse público”, sem considerar o problema freqüente da pluralidade de interesses públicos entre si contrapostos.

[...] O direito subjetivo é protegido inclusive em face dos interesses da coletividade e do Estado. O conflito entre o dito interesse público e o direito subjetivo se resolve, usualmente, em favor deste último.

[...] Somente se admite a limitação ou o sacrifício do direito subjetivo privado em face do interesse público nas hipóteses determinadas em lei. Mas isso nunca significa a eliminação pura e simples do conteúdo do direito subjetivo.

[...] Portanto, nunca se poderá defender que o interesse público prevalece de modo absoluto sobre o direito subjetivo privado. Uma simples conveniência do Estado não gera a eliminação de um direito subjetivo privado. Em síntese, a garantia constitucional ao direito adquirido é oponível não apenas à lei, mas também ao ato administrativo.

Em resposta a eventuais acusações de defender a supremacia do interesse privado sobre os interesses coletivos, o autor afirma que a Administração Pública não é um valor em si mesma e que, também no Direito Administrativo, a diretriz a ser seguida é a democracia e o respeito aos direitos fundamentais. Afirma, ainda, Marçal Justen Filho que o núcleo do Direito Administrativo não é o poder, mas a realização dos direitos fundamentais e que qualquer invocação genérica ao “interesse público” deve ser repudiada como incompatível com o Estado Democrático de Direito¹⁶.

¹⁶ *in op. cit.*

Em conclusão, afirma o autor¹⁷: “[...] *O interesse da maioria é digno de maior proteção do que o interesse de uma quantidade menor de particulares. O que não se admite é a diluição dos direitos fundamentais (mesmo de minorias) em virtude da existência de incerto e indefinido ‘interesse público’*”.

Verifica-se, destarte, que, com a concepção do Estado Democrático de Direito e com a consagração constitucional dos direitos fundamentais dos cidadãos, a própria supremacia do interesse público passou a ser questionada quando utilizada para a limitação do exercício de direitos por parte dos administrados.

É necessário registrar, por oportuno, que essa espécie de questionamento está em perfeita consonância com a atividade de interpretação constitucional das normas que regem o Direito Administrativo, de modo a garantir a máxima eficácia aos preceitos contidos na Carta Magna. Neste diapasão, reforça-se a necessidade de que o Direito Administrativo seja integralmente interpretado e aplicado em conformidade com os preceitos constitucionais.

Ademais, em razão das transformações sofridas pelo Estado nos últimos séculos, é forçoso reconhecer que cabe ao Direito Administrativo acompanhar a modificação do foco de atuação do Estado, que deixou de dirigir-se exclusivamente à proteção de um interesse público supremo e impassível de identificação objetiva e passou a dirigir-se aos administrados, à concretização dos direitos fundamentais dos cidadãos. Partindo dessa premissa, passa-se a analisar a evolução do conceito de poder de polícia na atualidade.

III. A EVOLUÇÃO DO CONCEITO DE PODER DE POLÍCIA

¹⁷ *in op. cit.*

A doutrina nacional há muito reconhece a existência de limites ao exercício do poder de polícia. Com efeito, Maria Sylvia Zanella di Pietro já tratava da necessária observância à proporcionalidade dos meios aos fins, estabelecendo como regras a serem observadas pela polícia administrativa, com o fim de não eliminar direitos individuais, a necessidade, a proporcionalidade e a eficácia¹⁸.

Da mesma forma, Raquel Melo Urbano de Carvalho assevera a necessidade de observância à proporcionalidade e à necessidade no exercício do poder de polícia, com a finalidade de preservar os direitos individuais dos administrados. Assim, a autora assenta¹⁹:

[...] A principal limitação ao poder de polícia é a necessidade de o mesmo ser utilizado na exata proporção em que a proteção do interesse social assim justifica. Não se admite sacrifício de direitos ou liberdades individuais protegidos constitucionalmente se, a amparar este condicionamento, não se encontra o interesse público primário em favor de que se reconhece posição de supremacia. O conforto individual, relativamente à propriedade, aos interesses econômicos e de parte do mercado, pode ser restringido se assim justificar, razoavelmente, os interesses coletivos, a segurança, a tranqüilidade e ordem públicas.

Nota-se, portanto, que a exigência de proporcionalidade no exercício do poder de polícia e a fixação de limites a ele decorrem de uma suposta contraposição do interesse público aos direitos individuais dos administrados, especialmente considerando as transformações do Estado sofridas nos últimos séculos, conforme abordado anteriormente, e a necessidade de

¹⁸ *in op. cit.*

¹⁹ *in op. cit.*

que o Direito Administrativo atualize-se e dirija-se aos cidadãos e não apenas sirva como fundamento ao poder absoluto do Estado, exercido por seus governantes.

Neste sentido, cumpre, ainda, mencionar que para Celso Antônio Bandeira de Mello não é possível que exista um interesse público discordante do interesse de cada um dos membros da sociedade, uma vez que, para o autor, “*seria inconcebível um interesse do todo que fosse, ao mesmo tempo, contrário ao interesse de cada uma das partes que o compõem*”²⁰. Não obstante, embora não admita incongruência na atividade do Estado voltada à preservação do interesse público e à concretização dos direitos individuais dos administrados, o autor reconhece a necessidade de proporcionalidade no exercício do poder de polícia pela Administração Pública, afirmando²¹:

[...] Mormente no caso da utilização de meios coativos, que, bem por isso, interferem energeticamente com a liberdade individual, é preciso que a Administração se comporte com extrema cautela, nunca se servindo de meios mais enérgicos que os necessários à obtenção do resultado pretendido pela lei, sob pena de vício jurídico que acarretará responsabilidade da Administração. Importa que haja proporcionalidade entre a medida adotada e a finalidade legal a ser atingida.

A via da coação só é aberta para o Poder Público quando não há outro meio eficaz para obter o cumprimento da pretensão jurídica e só se legitima na medida em que é não só compatível como proporcional ao resultado pretendido e tutelado pela ordem normativa. Toda coação que

²⁰ *in op. cit.*

²¹ *in op. cit.*

exceda ao estritamente necessário à obtenção do efeito jurídico licitamente desejado pelo Poder Público é injurídica.

A preocupação com os limites para o exercício do poder de polícia se justifica justamente em função de que tal poder ou função implica, necessariamente, limitações à iniciativa privada, influenciando – de forma negativa ou positiva – o exercício dos direitos individuais – e quiçá fundamentais – dos cidadãos.

Essa preocupação se mostra ainda mais relevante nos dias atuais, com o reconhecimento de que o Direito Administrativo deve se atualizar para ser compatível com o modelo de Estado Democrático de Direito atual.

Destarte, é essencial que a releitura do Direito Administrativo realizada pela doutrina moderna, no sentido de que o núcleo essencial e o fundamento último deste ramo do Direito se presta à concretização dos direitos fundamentais, seja adotada também no que concerne ao conteúdo jurídico do conceito de poder de polícia.

A esse respeito, cumpre citar a lição de Marçal Justen Filho, que também assevera a necessidade de que o poder de polícia seja norteador essencialmente pelo princípio da proporcionalidade, assentando que devem ser, necessariamente, observados os requisitos da adequação, da necessidade e da compatibilidade com os valores consagrados na Constituição Federal e nas leis que dão identidade ao direito ou interesse sujeito à limitação perpetrada pelo Poder Público²².

O mencionado autor, em uma releitura do poder de polícia administrativo, afirma, ainda, que²³:

[...] A atividade do poder de polícia se orienta a produzir a realização de direitos fundamentais dos demais integrantes da coletividade. Traduz a

²² *in op. cit.*

²³ *in op. cit.*

concepção de que a convivência social acarreta a necessidade de limitação dos direitos individuais, de modo a evitar que a máxima liberdade de cada um produza a redução da liberdade alheia.

É necessário afastar a subordinação dessa competência a cláusulas abstratas, destituídas de conteúdo preciso, tal como “ordem pública”, “Bem Comum”, “interesse público”, que propiciam a utilização do aparelho estatal para fins que satisfazem antes o interesse do governante do que os direitos fundamentais.

[...] Por isso, o poder de polícia se encontra sujeito aos princípios constitucionais e legais disciplinadores da democracia republicana. Não se admite que as competências de poder de polícia administrativa sejam utilizados de modo antidemocrático.

É indispensável condicionar a atividade de poder de polícia à produção concreta e efetiva da realização de direitos fundamentais e da democracia.

Assim, a partir das influências modernas que o Estado Democrático de Direito e o Direito Administrativo *pós-moderno* exercem sobre os conceitos e institutos comumente utilizados no Direito Administrativo, o referido autor apresenta um novo conceito de poder de polícia, assim traduzido²⁴: “*O poder de polícia administrativa é a competência para disciplinar o exercício da autonomia privada para a realização de direitos fundamentais e da democracia, segundo os princípios da legalidade e da proporcionalidade*”.

Denota-se, portanto, que o conceito de poder de polícia tradicionalmente utilizado evoluiu com o passar do tempo e com as transformações sofridas pelo Direito Administrativo.

²⁴ *in op. cit.*

CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto, pode-se afirmar que o conceito clássico de poder de polícia, tradicionalmente utilizado pela doutrina nacional, como um poder ou função do Estado destinado a limitar a liberdade ou a propriedade dos cidadãos em prol da defesa do interesse público, está sujeito a modificações profundas em decorrência da concepção atual de Estado e das quebras de paradigmas ocorridas no âmbito do Direito Administrativo.

Com efeito, com a adoção de princípios destinados à preservação da democracia e à concretização última dos direitos fundamentais dos cidadãos, o foco do Direito Administrativo, na atualidade, deslocou-se do poder do governante para o atendimento e a preservação dos direitos dos administrados.

Desta feita, eventuais conflitos que venham a surgir entre a preservação do interesse público – cuja supremacia tem sido também recentemente questionada – e a concretização de direitos individuais, no exercício do poder de polícia administrativo, devem ser solucionados mediante o uso de técnicas de ponderação de interesses, observada a proporcionalidade na atuação da Administração Pública, que deve considerar, por sua vez, a necessidade e a adequação da medida e sua compatibilidade com o regramento constitucional vigente.

Essa mudança de foco na atuação da Administração Pública, em conjunto com a necessidade de preservação dos direitos dos cidadãos, influencia fortemente o exercício do poder de polícia nos dias atuais, motivo pelo qual o conceito do referido instituto demanda, certamente, atualização.



REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Atividades privadas regulamentadas: autorização administrativa, poder de polícia e regulação*. Revista de Direito Público da Economia – RDPE, Belo Horizonte, ano 3, n. 10, p. 9-48, abr./jun. 2005. Disponível em: <<http://www.editoraforum.com.br/bid/bidConteudoShow.aspx?idConteudo=30039>>. Acesso em: 9 outubro 2009.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- CARVALHO, Raquel Melo Urbano de. *Curso de Direito Administrativo – Parte Geral, Intervenção do Estado e Estrutura da Administração*. Salvador: Jus Podium, 2008.
- CRUZ, Célio Rodrigues da. *Direito Administrativo Sancionador*. Texto disponibilizado aos alunos do Curso de Pós-Graduação em Direito Público da UNB, em conjunto com a Escola da Advocacia-Geral da União, na disciplina de Direito Administrativo Aplicado à Prática, 2009.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2002.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- MARTINS, Argemiro Cardoso Moreira. *A Noção de Administração Pública e os Critérios de sua Atuação*. Texto disponibilizado aos alunos do Curso de Pós-Graduação em Direito Público da UNB, em conjunto com a Escola da Advocacia-Geral da União, na disciplina

de Direito Administrativo, 2009.

_____. *A Administração Pública e a Constituição*. Texto disponibilizado aos alunos do Curso de Pós-Graduação em Direito Público da UNB, em conjunto com a Escola da Advocacia-Geral da União, na disciplina de Direito Administrativo, 2009.

MEDAUAR, Odete. *O Direito Administrativo em Evolução*. 2. ed. São Paulo: RT, 2003.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. *Curso de Direito Administrativo – Parte Introdutória, Parte Geral e Parte Especial*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

_____. *Quatro Paradigmas do Direito Administrativo Pós-Moderno – Legitimidade, Finalidade, Eficiência, Resultados*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

NETTO, Menelick de Carvalho. *Público e Privado na Perspectiva Constitucional Contemporânea*. Texto disponibilizado aos alunos do Curso de Pós-Graduação em Direito Público da UNB, em conjunto com a Escola da Advocacia-Geral da União, na disciplina de Direito Constitucional, 2008.

_____. *A Trajetória da Filosofia do Direito na Modernidade*. Texto disponibilizado aos alunos do Curso de Pós-Graduação em Direito Público da UNB, em conjunto com a Escola da Advocacia-Geral da União, na disciplina de Filosofia do Direito, 2008.

_____. *Lutas por reconhecimento e a cláusula de abertura da Constituição*. Texto disponibilizado aos alunos do Curso de Pós-Graduação em Direito Público da UNB, em conjunto com a Escola da Advocacia-Geral da União, na disciplina de Direito Constitucional, 2008.

_____. e SCOTTI, Guilherme. *Limites internos e externos e o “conflito de valores”*, texto disponibilizado aos alunos

do Curso de Pós-Graduação em Direito Público da UNB, em conjunto com a Escola da Advocacia-Geral da União, na disciplina de Direito Constitucional, 2008.

PEDRON, Flávio Barbosa Quinaud. *O Dogma da Supremacia do Interesse Público e seu Abrandamento pela Jurisprudência do STF*. A&C. Revista de Direito Administrativo & Constitucional, v. 33, p. 193-218, 2008.

PESSOA, Robertônio Santos. *Direito Administrativo moderno. A busca de um novo eixo central*. Jus Navigandi, Teresina, ano 7, n. 60, nov. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3225>>. Acesso em: 09 out. 2009.

SCOTTI, Guilherme. *Teorias Jurídicas Positivistas*, texto disponibilizado aos alunos do Curso de Pós-Graduação em Direito Público da UNB, em conjunto com a Escola da Advocacia-Geral da União, na disciplina de Direito Constitucional, 2008.

_____. *Razão prática, Moral e Direito – Uma leitura contemporânea*, texto disponibilizado aos alunos do Curso de Pós-Graduação em Direito Público da UNB, em conjunto com a Escola da Advocacia-Geral da União, na disciplina de Direito Constitucional, 2008.

_____. *A Teoria de Dworkin na perspectiva da Teoria Discursiva do Estado Democrático de Direito*, texto disponibilizado aos alunos do Curso de Pós-Graduação em Direito Público da UNB, em conjunto com a Escola da Advocacia-Geral da União, na disciplina de Direito Constitucional, 2008.