

RICARDO VILAR DUGACSEK

**A SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO SOBRE O PRIVADO
COMO FUNDAMENTO DO PODER DE POLÍCIA**

Monografia apresentada como requisito para
obtenção do título de Especialista em Direito do
Estado pela Universidade Federal do Rio
Grande do Sul

Orientador: Professor Dr. Gustavo da Silva Santanna

Porto Alegre

2022

Dedico o presente trabalho à minha família,
alicerce em todos os momentos da minha
vida.

AGRADECIMENTOS

Agradeço:

Primeiramente, à minha família, pelo apoio incondicional em todos os momentos, desde sempre e para sempre.

À Carmem, pelo companheirismo e força de sempre. Não seria ninguém sem a tua compreensão e o teu carinho.

Ao Fernando, pelo legado ideológico e cultural inegociável.

À Jéssica, por ser a melhor pessoa do mundo. Impossível definir de outra maneira.

Ao Bruno, por ser meu exemplo de ética e responsabilidade.

À secretaria do curso de Especialização em Direito do Estado da UFRGS e seus colaboradores, por todo o apoio e presteza.

Ao corpo docente do Curso, especialmente ao meu orientador, professor Gustavo Santanna, pelos ensinamentos, compreensão e paciência.

À Valentina, companheira de vida.

*“Os que querem parecer sábios entre os tolos
acabam por parecer tolos entre os sábios.”*

Quintiliano

RESUMO

A presente pesquisa tem como escopo realizar uma análise acerca da temática relativa à supremacia do interesse público sobre o privado e sua relação com o poder de polícia, demonstrando-se, num primeiro momento, o processo evolutivo sofrido pelo Direito Administrativo e a origem da ideia de regime jurídico-administrativo, realizando-se apontamentos acerca do necessário conceito de interesse público, bem como as teorizações que buscam entender a sua relevância no âmbito do direito público e do direito privado. Levando-se em conta que a temática da supremacia do interesse público sobre o privado desperta uma intensa controvérsia, busca-se trazer alguns dos fundamentos que a caracterizam ou descaracterizam como princípio norteador da atividade de polícia. Tendo em vista que a Constituição visa garantir uma série de direitos fundamentais, bem como tem seu escopo de bem-comum bem delineado, afere-se que o poder de polícia, também com fundamento na supremacia do interesse público sobre o privado, constitui importante instrumento de garantia do interesse público.

Palavras-Chave: Direito Administrativo - poder de polícia – supremacia do interesse público sobre o privado – regime jurídico-administrativo – direitos fundamentais – interesse público

ABSTRACT

This study is scoped to conduct a brief analysis about the theme on the supremacy of the public interest over the private and its relation with the police power. Primarily, it demonstrates the evolution of administrative law and the origin of the legal-administrative regime, while brings observations about the necessary concept of public interest, as well as the studies that seek to understand its relevance under the public and private law. Considering that the notion of supremacy of the public interest over the private upbrings great controversy, some of its notable features are shown as a main principle of the police activity. Taking into account that the Brazilian Constitution aims to guarantee a number of fundamental rights and has the well-being as its goal, the police power, with the supremacy of the public interest over the private, is an important instrument that guarantees the public interest.

Keywords: administrative law – legal-administrative regime - public interest – supremacy of the public interest over the private – fundamental rights - police power

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
1 A SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO SOBRE O PRIVADO: PRINCÍPIO BASILAR DO REGIME JURÍDICO ADMINISTRATIVO.....	10
1.1 O INTERESSE PÚBLICO NO CONTEXTO DO DIREITO ADMINISTRATIVO.....	10
1.1.1 Notas introdutórias.....	10
1.1.2 O interesse público.....	16
1.2 A SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO SOBRE O PRIVADO.....	19
2. O PODER (DEVER) DE POLÍCIA E SUAS LIMITAÇÕES.....	25
2.1 O PODER DE POLÍCIA: CONCEITO E ASPECTOS ESSENCIAIS.....	25
2.2 ATRIBUTOS DO PODER DE POLÍCIA.....	29
2.2.1 Discricionariedade.....	30
2.2.2 Autoexecutoriedade.....	31
2.2.3 Coercibilidade.....	32
2.3 O FUNDAMENTO DO PODER DE POLÍCIA E SUAS LIMITAÇÕES.....	33
3. A SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO SOBRE O PRIVADO COMO O FUNDAMENTO DO PODER DE POLÍCIA.....	37
3.1 A LEGITIMIDADE DO PODER-DEVER DE POLÍCIA.....	37
3.2 A SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO SOBRE O PRIVADO COMO FUNDAMENTO DO PODER DE POLÍCIA.....	44
CONCLUSÃO.....	48
REFERÊNCIAS.....	50

INTRODUÇÃO

As origens do Direito Administrativo como ramo autônomo do Direito remontam ao fim do século XVIII e início do século XIX. Desde essa época até os dias de hoje, muito se refletiu e se avançou no debate do modelo de Estado a ser seguido. Esse debate não se limita ao campo jurídico, eis que perpassa todos os campos do saber, mormente sociológico, econômico, filosófico e cultural.

Isso porque a concepção da organização da vida em sociedade não surgiu com o Direito Administrativo. Desde os primórdios da civilização – dos mais rudimentares modelos organizacionais ao mais multifacetado sistema jurídico-constitucional – elementos que remontam ao papel do Estado perante a sociedade e sua relação com os indivíduos são facilmente detectáveis.

O que o Direito Administrativo busca desvelar é exatamente em que termos essa relação ocorre. Ao reconhecer a existência de um Estado regulador e interventor, renuncia-se a direitos? É necessário repensar o papel do Estado? Se sim, de que forma garantir a preservação de direitos fundamentais, sejam individuais ou coletivos?

São perguntas que permeiam um intenso debate até hoje nessa seara. Certamente, quando as perguntas são mais numerosas que as respostas, firmar uma solução correta não parece adequado. Nesse contexto, o norte a ser buscado é sempre o fomento ao debate e a instigação de novas ideias que possam desenvolver a temática da relação entre Estado e indivíduo.

Por isso, este trabalho visa, sem qualquer intenção de esgotar o tema, trazer apontamentos acerca do que se denomina “interesse público” e se esse conceito está de acordo com os fins do Estado. Reconhecendo-o como válido ou não, pode-se partir para o passo subsequente, que é perquirir a pertinência do interesse público e como ele se relaciona com o interesse privado. Seriam esses interesses antagônicos ou convergentes? O Estado tem o poder de mediar esse conflito?

Através do estudo do poder de polícia, seu conceito e suas características, é possível adentrar um pouco mais nos limites que a atividade estatal enfrenta na regulação das atividades e direitos dos particulares. Mediante exame dos requisitos

da atividade de polícia administrativa, constata-se que essa não é ilimitada, e que a ordem constitucional tem um papel central nessa análise.

Por fim, a relação entre Estado e indivíduo deve partir de fundamentos básicos, pois só assim é possível trazer segurança jurídica na análise do poder de polícia estatal. O escopo deste trabalho é levantar alguns pontos trazidos pela doutrina acerca da existência ou não de um princípio da supremacia do interesse público sobre o privado e seus contornos, dentro de uma perspectiva de regime jurídico-administrativo.

Dessa análise, pretende-se humildemente agregar aspectos doutrinários importantes na interpretação do princípio da supremacia do interesse público e como ele está diretamente relacionado ao poder (dever) de polícia, como vetor interpretativo ou fundamento basilar deste instrumento estatal.

1 A SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO SOBRE O PRIVADO: PRINCÍPIO BASILAR DO REGIME JURÍDICO ADMINISTRATIVO

1.1 O INTERESSE PÚBLICO NO CONTEXTO DO DIREITO ADMINISTRATIVO

1.1.1 Notas introdutórias

A fim de delinear os conceitos elementares para o esclarecimento do tema, mister se faz contextualizar o chamado regime jurídico administrativo, pois algumas questões que permeiam o assunto são fundamentais para a compreensão da evolução do Direito Administrativo e do que se entende, hoje, por supremacia do interesse público sobre o privado. Através do entendimento dessas bases epistemológicas, chega-se à proposta do presente trabalho, sem a pretensão de esgotar, por óbvio, a temática proposta.

O nascimento do Direito Administrativo remonta, ainda que de forma embrionária, à teoria da separação dos Poderes atribuída à Montesquieu em sua obra o Espírito das Leis, de 1748. A partir daí, passava-se a compreender a ideia de Estado de Direito e a superação do absolutismo reinante na época, sistema em que predominava sempre, *prima facie*, a vontade onipotente do rei, o que ficou consagrado, como bem qualificou Hely Lopes Meirelles, pela egocêntrica expressão “L’État c’est moi¹”.

Em 1789, com o advento dos ideais da Revolução Francesa, o Estado de Direito ganha força. Inexistia, à época, disposições que subjugassem a conduta do Estado ao Direito em suas relações com os administrados, pois, até então, toda a normativa disciplinava somente as relações entre particulares. Assim, começou-se a perceber que esse ordenamento jurídico limitado era insuficiente, sendo necessário estabelecer

¹ MEIRELLES, Hely Lopes; BURLE FILHO, José Emmanuel; BURLE, Carla Rosado. **Direito Administrativo Brasileiro**. 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 54.

normas que exorbitassem do “Direito Comum”, com princípio diversos que pudessem tutelar os vínculos entre o Poder Público e os particulares².

Especialmente três aspectos são de suma importância nesse período para a compreensão do que hoje entendemos como regime jurídico administrativo: separação dos poderes, princípio da legalidade e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão³. A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão germinou o que hoje se conhece como direitos fundamentais, oponíveis ao Estado; a separação dos poderes diluiu a concentração do poder estatal; a legalidade conformou a submissão do próprio Estado à lei.

Esse último aspecto é de especial relevância para a compreensão do Estado de Direito e, por consequência, do próprio Direito Administrativo. O Direito Administrativo se vincula à noção de Estado de Direito porque compreende uma gama de preceitos que limitam o próprio Estado, fixando normas para as atividades administrativas. Somente sob a noção de Estado de Direito⁴ é que se torna possível proteger os direitos dos indivíduos perante a Administração, pois essa fica limitada, desprovida do poder ilimitado do soberano de outrora⁵. A legalidade é a expressão dessa ideia e constitui princípio basilar de toda a atividade da Administração Pública, vinculando primordialmente a atividade estatal. É dizer, na relação administrativa, a vontade da Administração Pública é a que decorre da lei, sendo essa, em última instância, a principal fonte do Direito Administrativo^{6 7}.

² Celso Antônio Bandeira de Mello atribui a origem dos princípios e concepções do Direito Administrativo à criação do Conselho de Estado francês, instituído pelo art. 52 da Constituição de 22 de dezembro de 1799. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 32.ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 39.

³ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de Direito Administrativo**. 9.ed. Rio de Janeiro: Método, 2021. p. 52.

⁴ Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, em interessante conceituação, “Estado de Direito é exatamente um modelo de organização social que absorve para o mundo das normas, para o mundo jurídico, uma concepção política e a traduz em preceitos concebidos expressamente para a montagem de um esquema de controle do Poder”. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 32.ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 49.

⁵ MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 17.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 39.

⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 26.ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 65.

⁷ Rogério Gesta Leal levanta um interessante paradoxo, a título de reflexão: “De qualquer forma, pelo princípio da legalidade que vige desde a Era Moderna, ao Estado só é permitido fazer aquilo que a lei lhe permite, e, a partir dela, é que aquelas estratégias podem ser pensadas, instituídas e executadas. Assim, o Poder Público pode desenvolver ações de competência a partir de uma prévia leitura que fizer sobre o que, afinal, a lei lhe permite fazer a este título. Eis um problema hermenêutico.” LEAL, Rogério

Por isso, muitos autores, embora reconheçam a unicidade do Direito – unidade monolítica, na expressão de José Cretella Júnior - como ciência, optam, talvez por motivos didáticos, em separar o direito público do direito privado, apontando características, objetos e fins distintos entre os dois. Segundo o autor, os dois ramos se intercomunicam constantemente, não havendo fronteiras nítidas que os separem, mas dois critérios podem ser utilizados para melhor estudá-los: o interesse dominante e o sujeito da relação jurídica⁸.

O interesse dominante é um traço distintivo deveras interessante, pois traz a ideia de que o interesse público é a grande finalidade do direito público, informando toda a sua aplicação e, conseqüentemente, sua colocação jurídico-administrativa. Já o critério do sujeito da relação jurídica permite aferir, com base nos polos de determinada relação jurídica, a incidência do direito público, caso essa detenha, em pelo menos um de seus lados, pessoa jurídica de direito público (ou de direito privado que atua em seu nome). Nesse sentido, na linha do autor, não há dúvida de que o Direito Administrativo constitui sub-ramo do direito público, pois verifica-se, em seu bojo, ambas as feições.

Tão difícil quanto estabelecer distinção precisa entre direito público e privado⁹ é buscar um conceito unânime ou, mais ainda, minimamente satisfatório para definir o que é o Direito Administrativo, dada a complexidade dos institutos e objetos que o compõem. Diogenes Gasparini¹⁰ menciona que o conceito deve apoiar-se em um critério, o qual varia segundo a ótica de cada autor. Dentre os mais relevantes, sobressaem o legalista, o do Poder Executivo, o da relação jurídica, o do serviço público, o da hierarquia dos órgãos, o teleológico e o negativista¹¹.

Para os fins deste trabalho, chama especial atenção o critério teleológico, defendido, entre outros, por Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, o qual refere que o

Gesta. **Estado, Administração pública e sociedade**: novos paradigmas. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 92.

⁸ CRETILLA JÚNIOR, José. **Curso de Direito Administrativo**. 15.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 4

⁹ Ruy Cirne Lima discorre que “à relação jurídica que se estrutura ao influxo de uma finalidade cogente, chama-se relação de administração.” Sob essa premissa, o autor faz a seguinte distinção: na administração, o dever e a finalidade são predominantes. (...) No domínio, a vontade é predominante”. LIMA, Ruy Cirne. **Princípios de Direito Administrativo**. 7.ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 106.

¹⁰ GASPARINI, Diogenes. **Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 5.

¹¹ O autor ainda refere o uso de dois critérios conjugados: o legalista-relação jurídica e o legalista-serviço público.

Estado-sociedade tem por objeto o bem comum e é, por isso mesmo, ordenado juridicamente para alcançá-lo por meio dos poderes estatais. Assim, é possível conferir a cada um de seus membros a participação que lhe é devida nesse bem comum¹², finalizando o autor que o Direito Administrativo consiste em “ordenamento jurídico da atividade do Estado-poder, enquanto tal, ou de quem faça as suas vezes, de criação de utilidade pública, de maneira direta e imediata¹³.”

Matheus Carvalho, ao analisar aludido conceito, aponta a sua correção, embora afirme que o mesmo não consegue abranger integralmente o conceito da matéria, tratando-se, portanto, de definição incompleta¹⁴. Gasparini¹⁵ ainda cita o uso de expressões não definidas (atividade do Estado) e o levantamento, desnecessário ao conceito, da discussão dos fins do Estado¹⁶.

Nesse contexto, a definição de Direito Administrativo que mais parece agradar aos administrativistas clássicos, de um modo geral, é a de Hely Lopes Meirelles, a qual, pela relevância, transcreve-se integralmente:

O conceito de Direito Administrativo Brasileiro, para nós, sintetiza- -se no conjunto harmônico de princípios jurídicos que regem os órgãos, os agentes e as atividades públicas tendentes a realizar concreta, direta e imediatamente os fins desejados pelo Estado¹⁷.

Esse critério é chamado por alguns de funcional, conforme aponta Matheus Carvalho, exatamente por enaltecer a função (seja jurídica, seja social) do ramo administrativo do Direito¹⁸. Sensivelmente distinta é a ideia de Marçal Justen Filho, o qual estabelece o Direito Administrativo como “o conjunto das normas jurídicas de

¹² MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. **Princípios gerais de Direito Administrativo**. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 214.

¹³ MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. **Princípios gerais de Direito Administrativo**. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 217.

¹⁴ CARVALHO, Matheus. **Manual de Direito Administrativo**. 3.ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 35.

¹⁵ GASPARINI, Diogenes. **Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 4.

¹⁶ Muito embora exista a crítica acerca da necessidade ou não dos fins estatais serem levados em consideração ao conceituar o Direito Administrativo, parece consenso de que, ao menos minimamente, essa ideia seja essencial a este ramo do Direito. Tanto é assim que o autor adota o critério de Hely Lopes Meirelles, o qual seguramente releva esse aspecto.

¹⁷ MEIRELLES, Hely Lopes; BURLE FILHO, José Emmanuel; BURLE, Carla Rosado. **Direito Administrativo Brasileiro**. 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 42.

¹⁸ CARVALHO, Matheus. **Manual de Direito Administrativo**. 3.ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 36.

direito público que disciplinam as atividades administrativas necessárias à realização dos direitos fundamentais e a organização e o funcionamento das estruturas estatais e não estatais encarregadas de seu desempenho¹⁹”.

Veja-se que, na conceituação de Hely Lopes Meirelles, os fins do Estado ganham colorido especial²⁰, ao passo que na de Justen Filho a realização dos direitos fundamentais é que chama a atenção, trazendo a ideia, mais moderna, de constitucionalização do Direito Administrativo, a qual também é sublinhada por Diogo de Figueiredo Moreira Neto. Conforme este último, dentro de um contexto de evolução do Direito Administrativo, para além de declarar liberdades, direitos e garantias, organizar poderes e estabelecer metas, faz-se necessário um constitucionalismo expandido, que irradie sobre o Direito Administrativo e vise prestigiar a cidadania em todos os seus aspectos. É a transição da mera legalidade para a legitimidade²¹.

Em viés semelhante, Gustavo Binbenojm afirma que a constitucionalização do Direito Administrativo transforma a legalidade em juridicidade administrativa. Ou seja, a lei deixa de ser o fundamento único da atuação da Administração Pública para se tornar apenas um dos princípios do sistema de juridicidade constitucional. Assim, o autor arremata, citando Juarez Freitas, que “princípios absolutos são usurpadores da soberania da Constituição como sistema²².”

Portanto, como se vê, o correto entendimento do Direito Administrativo perpassa, invariavelmente, pela evolução da compreensão das relações jurídicas travadas entre a Administração e administrados, suas implicações e os limites impostos pelos direitos fundamentais e pela cidadania. Através do amplo entendimento das normas que regem o Direito Administrativo, pode-se, ao fim, entender se há um interesse público imanente às finalidades estatais.

¹⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p.1.

²⁰ Assim como a definição de Maria Sylvania Zanella Di Pietro, que define o Direito Administrativo como “o ramo do direito público que tem por objeto os órgãos, agentes e pessoas jurídicas administrativas que integram a administração pública, a atividade jurídica não contenciosa que exerce e os bens de que se utiliza para a consecução de seus fins de natureza pública”. DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Direito Administrativo**. 26.ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 48.

²¹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do Direito Administrativo**. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 16.

²² BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do Direito Administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 70.

Nessa linha, Odete Medauar afirma que o Artigo 1º da Constituição de 1988²³ caracteriza o Estado brasileiro como Estado Democrático de Direito, trazendo esse dispositivo constitucional uma fórmula composta em que os adjetivos se conjugam para identificar as características fundamentais do Estado. Ainda na lição da doutrinadora, hoje a concepção de Estado de Direito se refere a um contexto de valores e à ideia de que o Direito não é somente regra escrita. Para a autora, seus elementos básicos seriam: sujeição do poder público à lei e ao direito (legalidade); declaração e garantia dos direitos fundamentais; funcionamento de juízos e tribunais protetores dos direitos dos indivíduos; criação e execução do direito como ordenamento destinado à justiça e à paz social²⁴.

Ainda sobre a Constituição Federal, Barzotto afirma que a Constituição brasileira de 1988 é uma constituição teleológica, pois ela determina certos bens como finalidades a serem alcançadas pela sociedade e, conseqüentemente, pelo Estado: o bem da pessoa humana e como condição deste, o bem comum²⁵.

Sendo esse o quadro, partindo da Constituição como resultado da deliberação política da sociedade nacional que instituiu o que pretende em termos de organização e desenvolvimento social, Rogério Gesta Leal ensina que tanto o Estado (instituição política e jurídica), como o Povo (sujeito coletivo de cidadania), estão vinculados e devem estar comprometidos com o projeto político, econômico e cultural trazido pela Carta Magna²⁶.

Por esse motivo, é de vital importância o estudo dos princípios regentes da Administração Pública, explícitos ou implícitos, trazidos pela Ordem Constitucional vigente. Na visão de Carlos Ari Sundfeld, na Constituição de 1988 a compreensão da Administração Pública a partir dos princípios se mostra uma tendência normativa, certamente em decorrência da atuação dos publicistas na Constituinte. Um dos

²³ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I - a soberania; II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político.

²⁴ MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 17.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 39.

²⁵ BARZOTTO, Luis Fernando. **A democracia na Constituição**. São Leopoldo: Unisinos, 2003. p. 193.

²⁶ LEAL, Rogério Gesta. **Estado, Administração pública e sociedade: novos paradigmas**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 109.

autores citados nessa condição é Celso Antônio Bandeira de Mello, o qual aborda enfaticamente o tema²⁷.

1.1.2 O Interesse Público

Celso Antônio Bandeira de Mello, ao apresentar a temática do regime jurídico-administrativo, o faz mencionando que só pode haver disciplina jurídica autônoma quando houver um conjunto sistematizado de princípios e regras que lhe dão identidade, que o distinguem dos demais ramos do Direito^{28 29}.

Nesse mesmo quadro, Di Pietro relaciona a expressão ao âmbito das relações jurídicas, destacando que o regime jurídico administrativo abrange o conjunto de traços, de conotações que tipificam o Direito Administrativo, colocando a Administração Pública numa posição privilegiada, vertical, na relação jurídico-administrativa³⁰.

Partindo da premissa de que o regime de direito público é resultado da normatização de determinados interesses pertinentes à sociedade, e não aos particulares individualmente considerados, o regime jurídico-administrativo se baseia, na nomenclatura exposta por Bandeira de Mello, em duas “pedras de toque”: a indisponibilidade do interesse público e a supremacia do interesse público sobre o privado³¹.

Segundo Matheus Carvalho, a doutrina mais moderna afirma que todos os princípios administrativos são, implícita ou explicitamente, previstos na Constituição Federal. Nesse cenário, ainda que a indisponibilidade do interesse público e a supremacia do interesse público sobre o privado não constem expressamente do texto constitucional, trata-se dos dois princípios mais importantes do Direito Administrativo, dos quais decorrem todos os demais³².

²⁷ SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo para céticos**. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 125.

²⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 32.ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 53.

²⁹ Cretella Júnior, de modo parecido, assevera que “um ramo do direito é autônomo quando tem objeto próprio, institutos próprios, método próprio e princípios informativos próprios”. CRETELLA JÚNIOR, José. **Curso de Direito Administrativo**. 15.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 5

³⁰ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Direito Administrativo**. 26.ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 61.

³¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 32.ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 55.

³² CARVALHO, Matheus. **Manual de Direito Administrativo**. 3.ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 60.

Note-se que, não por acaso, as duas expressões carregam em seu bojo, na linha do que vem sendo destacado neste trabalho, o interesse público como seu núcleo essencial, de maneira que imperioso se faz destrinchar esse conceito. Na lição de Celso Antônio Bandeira de Mello:

o interesse público, o interesse do todo, do conjunto social, nada mais é que a dimensão pública dos interesses individuais, ou seja, dos interesses de cada indivíduo enquanto partícipe da Sociedade (entificada juridicamente no Estado), nisto se abrindo também o depósito intertemporal destes mesmos interesses, vale dizer, já agora, encarados eles em sua continuidade histórica, tendo em vista a sucessividade das gerações de seus nacionais³³.

O autor utiliza, para bem demonstrar o conceito, o exemplo das sanções por violações de regras: ora, ninguém, individualmente considerado, em sua consciência tem interesse em ser multado ou sancionado em decorrência de uma conduta ilícita praticada por si próprio (dimensão individual), mas tem interesse na existência de regras que visem oferecer melhores condições de vida organizada em sociedade, como a imposição de multas para quem transgride as regras impostas (dimensão pública dos interesses individuais).

O interesse público, sob essa ótica, não é um interesse constituído de forma autônoma ou dissociado do interesse individual, mas é uma faceta deste, sendo resultante “do conjunto dos interesses que os indivíduos pessoalmente têm quando considerados em sua qualidade de membros da Sociedade e pelo simples fato de o serem³⁴.”

José dos Santos Carvalho Filho aduz que a noção de interesse público sempre foi alvo de cogitação pelos clássicos, entrelaçada à ideia de Estado, poder e finalidade de sua atuação. Percebe-se a estreita vinculação com o aspecto funcional, de gerir os interesses das coletividades e a satisfação dos indivíduos³⁵.

Na esteira do autor, o Direito Administrativo, após o advento do Estado de Direito como hoje o conhecemos, somente reforçou o elemento finalidade nas atividades

³³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 32.ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 60.

³⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 32.ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 62.

³⁵ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Interesse Público**: verdades e sofismas. In: DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (Coords.). *Supremacia do Interesse Público e outros temas relevantes do Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 69-70.

administrativas. Destarte, em cada conduta estatal caberia examinar o elemento teleológico da Administração e, dependendo do alvo a alcançar (sob a ótica do interesse público), poder-se-ia distinguir a legalidade ou arbitrariedade da conduta. O autor arremata:

O interesse público, portanto, se antagoniza com a ideia do isolacionismo e do egocentrismo. Ultrapassa as fronteiras dos interesses individuais e representa uma demanda de satisfação por parte das comunidades. Ainda que nem sempre sejam personalizados, os grupos sociais têm anseios próprios e interesses específicos a serem satisfeitos. Quando o Estado administra tais interesses, deve ter em mira os grupos e os benefícios que reclamam. Infere-se, pois, que o interesse público não é o somatório dos interesses individuais dos componentes do grupo social, mas traduz interesse próprio, coletivo, gerador de satisfação geral, e não individual; enfim, busca o bem comum³⁶.

Por essa mesma ótica, falar-se em “princípio da finalidade” ao desenvolver-se o conceito de interesse público se mostra pleonástico, considerando que os princípios, por definição, carregam uma conotação de finalidade. Assim, conforme Rafael Maffini, é evidente que o interesse público há de ser considerado como a finalidade contida na atividade estatal, e não o contrário³⁷.

Sob outro viés, Fábio Bellote Gomes ensina que a expressão “interesse público” abrange tanto os interesses coletivos, enquanto próprios de determinadas coletividades, como os interesses difusos, dispersos na sociedade entre os administrados, tomando por base, como se percebe, os conceitos do Artigo 81 do Código de Defesa do Consumidor³⁸.

A fim de arrematar o tópico, oportuno fazer distinção entre interesse público primário e secundário. O Estado, assim como os particulares, é uma pessoa jurídica, um sujeito de direitos. Ainda que estivesse despido da sua posição de preponderância perante particulares, ou mesmo encarregado dos interesses da coletividade, o Estado ainda é uma pessoa dotada de interesses próprios e, nessa concepção, compreendido

³⁶ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Interesse Público**: verdades e sofismas. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (Coords.). *Supremacia do Interesse Público e outros temas relevantes do Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 73.

³⁷ O autor faz uma análise da expressão “interesse público” contida no art. 2º, caput, da Lei 9.784/1999, afirmando correta a expressão “princípio do interesse público”. HEINEN, Juliano; SPARAPANI, Priscilia; MAFFINI, Rafael. **Comentários à Lei Federal do processo administrativo**: Lei nº 9.784/99. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 41.

³⁸ GOMES, Fábio Bellote. **Elementos de Direito Administrativo**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 52-3.

como um particular, por mais paradoxal que possa parecer. Esses interesses do Estado – enquanto sujeito de direitos – não são propriamente interesses públicos, mas individuais do Estado. Esses são, portanto, interesses secundários, pois, como já referido, o Estado tem como objetivo primordial a consecução do interesse público primário, o qual deve, em tese, prevalecer em situação conflitante com o outro, de caráter meramente instrumental³⁹.

Sobre o tema, José dos Santos Carvalho Filho tece uma crítica em relação a tais termos, na medida em que o Estado nunca teria interesses apenas seus, como as entidades particulares, mas sempre os da própria coletividade. O autor sugere a divisão em interesse público direto e indireto, sendo o interesse sempre da coletividade, mas algumas vezes consumado direta ou indiretamente, conforme o resultado a ser colhido. Dessa forma, diz o autor, mesmo quando o Estado figura como beneficiário imediato de uma atividade estatal, a coletividade sempre será a destinatária final⁴⁰.

Pela importância para a proposta trazida neste trabalho, a supremacia do interesse público sobre o privado e a indisponibilidade do interesse público serão abordados de forma mais contundente, sendo que este será mais bem analisado no capítulo seguinte. Por sua vez, a supremacia do interesse público sobre o privado será objeto de exame a seguir.

1.2 A SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO SOBRE O PRIVADO

Como visto, sob qualquer ângulo que se analise o Direito Administrativo, o interesse público nunca pode ser olvidado, pois se trata de finalidade essencial ao Estado, com destaque especial em uma análise sistemática do texto constitucional. Porém, é importante discutir de que forma esse interesse público se relaciona com o interesse particular, na medida em que certamente se encontram (ou se chocam) em inúmeras oportunidades do convívio em sociedade. Assim, seguindo a linha

³⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 32.ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 66.

⁴⁰ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Interesse Público**: verdades e sofismas. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (Coords.). **Supremacia do Interesse Público e outros temas relevantes do Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2010. p. 73.

doutrinária de Celso Antônio Bandeira de Mello, cabe o estudo do “primeiro grande traço do regime jurídico-administrativo⁴¹”.

A partir do desgaste do individualismo jurídico do fim do século XIX, a sociedade passou por profundas transformações sociais, políticas e econômicas. O Estado, nesse contexto, abandonou a sua posição passiva, de mero expectador da vida privada, e passou a acumular funções outrora estranhas ao seu alcance. O Direito começa a ser visto, nessa época, como meio para consecução de justiça social, do bem comum⁴².

Outrossim, em nome do interesse público e da aludida justiça social, houve uma ampliação do leque de atividades administrativas, assumidas pelo Estado para atender uma demanda antes inexistente. Houve uma ampliação do conceito de serviço público, o poder de polícia passou a impor obrigações positivas (além das negativas, próprias do Estado liberal), além de abranger outras áreas como atuação direta na ordem econômica. É no campo do Direito Constitucional e Administrativo que o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado encontra sua sede principal⁴³.

Nas palavras de Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, o Direito Administrativo, nesse contexto, ordena a atividade do Estado nessa organização, quanto aos modos e meios de sua ação, através de atos jurídicos normativos ou concretos, sempre

na consecução do seu fim de criação de utilidade pública, em que participa, de maneira direta e imediata, bem como das pessoas de direito que façam as vezes do Estado-poder. Tais atos jurídicos envolvem a ação na disciplina, na fiscalização, na garantia e publicidade dos atos jurídicos dos particulares; no fomento das atividades livres dos particulares; nas limitações à liberdade, à igualdade e à propriedade deles em favor do bem comum; na execução de obras públicas e na efetivação de serviços públicos de oferecimento de comodidades de coisas e prestações; e na exigência de encargos análogos aos particulares, para atender ao interesse do todo social⁴⁴.

⁴¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 32.ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 70.

⁴² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 26.ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 66.

⁴³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 26.ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 66-7.

⁴⁴ MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. **Princípios gerais de Direito Administrativo**. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 72.

Pode-se citar, segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, três aspectos principais ao princípio em comento: posição privilegiada do órgão encarregado de zelar pelo interesse público; posição de supremacia do órgão nas relações com os particulares; restrições especiais no desempenho da atividade pública⁴⁵.

A posição privilegiada ilustra as prerrogativas conferidas à Administração Pública pelo próprio ordenamento jurídico para que cumpra com sua missão. Matheus Carvalho cita algumas delas, como o poder de autotutela, a autoexecutoriedade, alteração unilateral de contratos administrativos e cláusulas exorbitantes, imunidades tributárias, prazos processuais diferenciados, entre outras^{46 47}.

Di Pietro, citando Cretella Júnior, relaciona a ideia de Poder Público às prerrogativas conferidas ao Estado na consecução do interesse público. São, portanto, “as regalias usufruídas pela Administração, na relação jurídico-administrativa, derogando o direito comum diante do administrador, ou, em outras palavras, são as faculdades especiais conferidas à Administração, quando se decide a agir contra o particular⁴⁸.”

Adiante, a posição de supremacia consiste na ideia de verticalidade das relações entre Administração e particulares. Ao passo que entre indivíduos vigora uma relação estritamente horizontal – própria das relações privadas e do princípio da igualdade que rege com mais força o direito privado -, o Estado goza de uma posição privilegiada, de autoridade e comando. Em muitas situações, o Poder Público pode agir unilateralmente, de forma a resguardar o interesse público.

Esse aspecto é essencial para a noção de Estado organizado, sendo relevante para a própria formação estrutural do Poder Público⁴⁹. É dizer, as organizações estatais correriam o risco de não existir acaso elas desfrutassem de posição idêntica a dos particulares, o que jamais se poderia admitir, sob pena de inevitável

⁴⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 32.ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 70.

⁴⁶ CARVALHO, Matheus. **Manual de Direito Administrativo**. 3.ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 57.

⁴⁷ O autor cita inclusive dispositivos que refletem bem a ideia de supremacia do interesse público sobre o privado espaiada no texto constitucional, como a possibilidade de desapropriação (art. 5º, XXIV) e a requisição administrativa (art. 5º, XXV).

⁴⁸ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Direito Administrativo**. 26.ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 62.

⁴⁹ CARVALHO, Matheus. **Manual de Direito Administrativo**. 3.ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 56.

contrassenso político-jurídico. Como bem ressalta Bandeira de Mello, “é a ordem natural do Direito interno, nas relações com outras entidades menores ou com particulares⁵⁰”.

Seguindo na doutrina do autor, um ponto a ser destacado é que a funcionalidade nas atividades da Administração justifica essa posição de supremacia. O uso de mencionadas prerrogativas só é legítimo – dentro de uma lógica de Estado Democrático, em que o poder é pelo povo exercido - enquanto atender ao interesse público, ou seja, enquanto cumprir a sua função primordial⁵¹.

A terceira característica do princípio em tela é a existência de sujeições especiais nas atividades de natureza pública, a qual se apresenta, talvez, como a mais expressiva consequência da supremacia do interesse público sobre o privado: o comprometimento com a realização do interesse público. Enquanto nas relações privadas a autonomia da vontade é a principal força motriz, nas relações regidas pelo direito público a lei estabelece, antecipadamente, tanto os fins quanto os meios disponíveis.

Pode-se dizer que essa característica se constituiu em um verdadeiro contrabalanço em relação às duas anteriores, de forma que as prerrogativas conferidas à Administração encontram limitação nos próprios fins a que elas se destinam.

Importante destacar que o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado se reflete tanto na elaboração da lei como no momento da execução em concreto de um ato administrativo pela Administração Pública. Desse modo, serve como inspiração ao legislador e referência ao administrador no exercício da função pública⁵².

Muito embora o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado encontre forte eco na doutrina administrativista brasileira, alguns autores tecem

⁵⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 32.ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 72.

⁵¹ Por esse motivo rompe-se com a ideia de “poder pelo poder” ou autoridade sem função legitimadora. Celso Antônio Bandeira de Mello refere: “as prerrogativas da Administração não devem ser vistas ou denominadas como “poderes” ou como “poderes-deveres”. Antes se qualificam e melhor se designam como “deveres-poderes”, sobressaindo o aspecto finalístico que as informa. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 32.ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 73.

⁵² DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Direito Administrativo**. 26.ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 65.

críticas (ou considerações) aos seus contornos, seja de ordem conceitual ou prática. Odete Medauar assevera que tal princípio é o fundamento de vários institutos e normas do direito administrativo, mas também de decisões por vezes arbitrárias da Administração Pública. Constata, ainda, que aludido princípio vem sendo matizado pela noção de que ele não é absoluto no trato com o particular, cabendo à Administração Pública realizar uma ponderação em cada caso concreto para que não haja sacrifício de qualquer interesse. Inclui-se, portanto, o interesse particular *stricto sensu*. Reconhece-se, assim, um esforço em compatibilizar os interesses em conflito⁵³.

Nesse sentido, a autora afirma que, no direito brasileiro, Floriano de Azevedo Marques chega a propor uma nova faceta ao princípio da supremacia do interesse público, chamando-o de “prevalência dos interesses públicos”, pois, ao constatar o colapso da noção singular e monolítica de interesse público, refere que cabe ao Estado a conciliação entre os diversos interesses postos em conflito. Assevera, porém, que os órgãos e instrumentos disponíveis a esta “esfera pública redelineada” são bastante diversos dos componentes do Estado tradicional⁵⁴.

Um dos mais contumazes críticos ao princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, Gustavo Binbenbojm sustenta que, do modo como é ensinado, acaba por suprimir o espaço para ponderações pois, ao se garantir abstratamente posição de primazia ao interesse público em colisão com qualquer interesse privado, deixa-se de analisar as possíveis variações presentes no caso concreto⁵⁵.

Além disso, a organização da Constituição brasileira, na visão do autor, volta-se precipuamente para a proteção dos interesses individuais, ou seja, aludido princípio inevitavelmente é extraído de uma ordem constitucional, ao menos minimamente, distorcida⁵⁶. Assim, de acordo com o enfoque a ser abordado, a ampliação dos direitos individuais, fruto dos anseios do retorno à ordem democrática e da orientação-mestra da dignidade da pessoa humana, a qual detém posição de destaque na Lei Maior,

⁵³ MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 17.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 146.

⁵⁴ MEDAUAR, Odete. **O Direito Administrativo em evolução**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 194.

⁵⁵ BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do Direito Administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 95.

⁵⁶ BINENBOJM, citando Humberto Ávila, aduz que a Constituição Federal traduz uma “conexão estrutural” entre os interesses públicos e privados, de sorte que não existe contradição entre eles.

constitui verdadeiro óbice ao reconhecimento de uma supremacia do interesse público sobre o privado⁵⁷.

Por fim, sob à luz dos ensinamentos de Humberto Ávila⁵⁸, Binenbojm arremata sua crítica argumentando que o princípio ora estudado é incompatível com a proporcionalidade e a concordância prática. Não haveria como conciliar, no ordenamento jurídico brasileiro, um princípio que sempre traga uma solução adequada preestabelecida: aquela que atenda ao interesse público.

Pode-se citar, em síntese, quatro críticas mais expressivas acerca do instituto em pauta: a ausência de prevalência do interesse público em uma análise sistemática da Constituição; a indeterminabilidade abstrata e objetiva do “interesse público”, contrariando a protegida ideia de segurança jurídica; a indissociabilidade do interesse público do privado, uma vez que os interesses privados também seriam finalidades do Estado; e a incompatibilidade com os postulados de proporcionalidade e concordância prática⁵⁹.

Maffini pondera a importância e relevância dada pela ordem constitucional ao interesse público, mas critica a infelicidade da expressão “supremacia”, por entender descabida aos dias atuais⁶⁰, o que pode sugerir que expressiva parte do debate se insere no campo terminológico.

Ao final, percebe-se que o debate acerca da terminologia “interesse público” e, mais ainda, acerca do princípio da supremacia do interesse público, enaltecido principalmente por Celso Antônio Bandeira de Mello, se mostra intenso e instigante, acarretando não só reflexivos debates teóricos, mas também consequências jurídicas importantes, como se verá nos capítulos a seguir.

⁵⁷ BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do Direito Administrativo**: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 98.

⁵⁸ Não se fará aqui uma análise acerca da categorização da supremacia do interesse público sobre o privado como norma “princípio”, ponto bastante controverso na doutrina até os dias atuais, principalmente pela obra de Humberto Ávila. Esse é um dos pontos citados como problemáticos por Humberto Ávila e Gustavo Binenbojm, dentre outros doutrinadores.)

⁵⁹ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de Direito Administrativo**. 9.ed. Rio de Janeiro: Método, 2021. p. 114.

⁶⁰ HEINEN, Juliano; SPARAPANI, Priscilia; MAFFINI, Rafael. **Comentários à Lei Federal do processo administrativo**: Lei nº 9.784/99. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 41.

2 O PODER (DEVER) DE POLÍCIA E SUAS LIMITAÇÕES

2.1. PODER DE POLÍCIA: CONCEITO E ASPECTOS ESSENCIAIS

O estudo do regime jurídico-administrativo do Estado necessariamente perpassa por dois elementos fundamentais: as prerrogativas da Administração Pública e as sujeições, como limites opostos à atuação do ente público em obediência aos direitos dos cidadãos. O Poder de Polícia deflagra-se como o instituto em que se coloca em confronto esses dois aspectos: a liberdade individual dos cidadãos que desejam exercer seus direitos plenamente e a autoridade da Administração Pública, que deve condicionar o exercício desses direitos ao bem comum⁶¹.

O real sentido do vocábulo *polícia*, conforme a lição de um dos doutrinadores brasileiros que mais se debruçou sobre a temática, sofreu diversas mutações ao longo da História, tendo a sua origem⁶² no grego *politeia*, relacionando-se à *pólis* (cidade; Estado) e encontrando algum sentido em “constituição do Estado, o bom ordenamento⁶³”.

A partir daí, o conceito de polícia foi se alterando até chegar ao ponto de abranger toda a atividade da Administração, “quer dirigida a prevenir os males e as desordens da sociedade, quer a zelar através dos serviços públicos pelo bem-estar físico, econômico e intelectual da população⁶⁴”.

Veja-se que a própria origem da palavra carrega a ideia de tutela estatal, de zelo, de prevenção e bem-estar. Essa conotação, em verdade, não difere muito do sentido que hoje se atribui ao vocábulo, ainda que de diferentes formas. Como não poderia deixar de ser, a expressão “poder de polícia” também carrega esse sentido.

⁶¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 26.ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 120.

⁶² Interessante a constatação de Fernando H. Mendes de Almeida no sentido de que a palavra “polícia”, na literatura clássica portuguesa, também se aplica ao resultado da atividade que a palavra designa. Ilustrando, o autor cita *Os Lusíadas*, de Camões, em que a palavra remete à “civilização”. ALMEIDA, Fernando H. Mendes de. **Noções de Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 1956. p. 212.

⁶³ CRETELLA JÚNIOR, José. **Curso de Direito Administrativo**. 15.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 521.

⁶⁴ CRETELLA JÚNIOR, José. **Curso de Direito Administrativo**. 15.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.p. 522.

A origem do poder de polícia remonta ao século XVIII, quando compreendia a faculdade estatal de regular tudo que se encontrava no âmbito do Estado, limitando o exercício dos direitos individuais em benefício da segurança. Já como uma segunda etapa do Estado Moderno, o poder de polícia passou a ser limitado, subordinando-se às normas jurídicas que regulam sua ação, muito ao encontro do que foi trazido no capítulo anterior.

Em primeiro lugar, surgiu a expressão “polícia administrativa” na França, em contraponto à polícia judiciária. Conforme Odete Medauar, trazendo a lição de Caio Tácito, a expressão foi cunhada primeiramente nos Estados Unidos, em julgamento da Suprema Corte norte-americana, no caso *Brown x Maryland*, em 1827. A expressão “police power”, naquele contexto, se referia ao poder dos Estados-membros de editar leis limitadoras de direitos, em benefício do interesse público subjacente ao caso⁶⁵.

No Direito Administrativo brasileiro, muitos são os conceitos trazidos pelos doutrinadores acerca da concepção do poder de polícia. Para Diógenes Gasparini, é o poder “que dispõe a administração pública condicionar o uso, o gozo e a disposição da propriedade e o exercício da liberdade dos administrados no interesse público ou social⁶⁶”.

Também da doutrina clássica, pode-se citar a conceituação trazida por Diogo Figueiredo Moreira Neto, o qual ressalta ser o poder de polícia um aspecto específico do poder estatal, que surge para assegurar uma ordem pública relativa à convivência em sociedade, e, enquanto aspecto específico do poder estatal, caracteriza-se pela restrição e pelo condicionamento impositivo do exercício dos direitos fundamentais⁶⁷.

A utilização da expressão “poder de polícia” é muito criticada pela doutrina nacional e estrangeira, por remontar a época do chamado “Estado de Polícia”, que precedeu o Estado de Direito e onde a figura do príncipe se confundia com o próprio conceito de Administração Pública⁶⁸. Nessa época, em verdade, o interesse público

⁶⁵ MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 17.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 377.

⁶⁶ GASPARINI, Diogenes. **Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 98.

⁶⁷ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**. 7.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1989. p. 337.

⁶⁸ CANÇADO, Maria de Lourdes Flecha de Lima Xavier. **Poder de Polícia**. In: MOTTA, Carlos Pinto Coelho (Coord.). **Curso prático de Direito Administrativo**. 2.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 540-1.

se confundia e se fundia com o interesse do governante, não correspondendo esse, obviamente, ao bem-comum. A crítica é válida e digna de nota, portanto.

Oportuno notar que a conceituação do instituto, há muito trabalhado pela doutrina administrativista, veio a ser positivado, em seus traços gerais, no artigo 78 do Código Tributário Nacional, *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 tranquilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos.

O motivo de o Código Tributário Nacional trazer a definição do poder de polícia decorre do fato de que o seu exercício também constitui fato gerador da taxa⁶⁹, espécie de tributo prevista na Constituição Federal⁷⁰.

Muito embora o poder de polícia seja um dos poderes dos quais dispõe o Estado na persecução do interesse público, é importante diferenciar polícia administrativa de polícia judiciária⁷¹, conceitos que não se confundem, ainda que ambas sejam exercidas pelo Estado.

A doutrina tradicionalmente aponta que o principal fator distintivo entre a polícia judiciária e a administrativa está no caráter preventivo desta e repressivo daquela. Enquanto o objetivo da polícia administrativa seria impedir ações antissociais, o da judiciária seria punir os infratores da lei criminal⁷². Entretanto, tal distinção já perdeu muito de sua razão teórica e prática⁷³.

⁶⁹ Cf. Art. 145, II, CF

⁷⁰ GOMES, Fábio Bellote. **Elementos de Direito Administrativo**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 80.

⁷¹ Traz-se aqui uma distinção (ou classificação) mais comumente observada na doutrina brasileira, ainda que autores como Cretella Júnior apontem uma série de classificações como, por exemplo, polícia de segurança e administrativa, em que a primeira consistiria em defender imediatamente os direitos dos indivíduos e do Estado, enquanto a segunda tutelaria a boa ordem da coisa administrativa; o autor enumera ainda outros conceitos que fogem ao escopo deste trabalho, mas que valem a menção. CRETELLA JÚNIOR, José. **Curso de Direito Administrativo**. 15.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 534.

⁷² DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Direito Administrativo**. 26.ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 124.

⁷³ Ruy Cirne Lima, nesse sentido, aduz: “a distinção visa principalmente o caso de um fato punível e a maneira de agir da polícia: antes do fato, a polícia tenta impedi-lo; após o fato, trata-se de assegurar o castigo do culpado. A distinção, na verdade, coincidiria com aquela de polícia administrativa e polícia judiciária. Compreendida nesse sentido – segundo Mayer -, a classificação é bastante inocente, da qual

Com efeito, ainda que se reconheça a atividade essencialmente preventiva da polícia administrativa, nada impede a prática de atos repressivos se assim previsto em lei, como a dissolução de um comício, por exemplo⁷⁴. Cretella Júnior prefere catalogar os organismos estatais com atribuições repressivas e preventivas de polícia administrativa como órgãos de “polícia mista⁷⁵”.

Ainda sobre aspectos relevantes do poder de polícia, essencial destacar a doutrina de Diogo de Figueiredo Moreira Neto, a qual ensina que o poder de polícia pode se manifestar de quatro modos: ordem, consentimento, fiscalização e sanção.

A ordem de polícia consiste em um preceito, utilizado pelo Estado como instrumento de limitação, para que este imponha que não se faça aquilo que possa prejudicar o interesse coletivo ou “que se não deixe de fazer alguma coisa que possa evitar ulterior prejuízo público⁷⁶”. A primeira forma é preceito negativo absoluto, pois são vedadas determinadas maneiras de utilização da propriedade privada ou de exercício de atividades incompatíveis com o bem-estar social. Já a segunda consiste em um preceito negativo com reserva de consentimento, ou seja, são condicionamentos impostos pela Administração ao exercício de direitos e faculdades.

Nesse sentido, o consentimento de polícia é exatamente o ato administrativo de anuência para aqueles casos em que se entenda por um controle prévio de compatibilização entre o exercício de um direito e o interesse público. Esse ato de anuência, materialmente falando, pode ser uma licença ou uma autorização, a serem concedidas mediante alvará.

Na trilha do ensinamento do autor, a fiscalização de polícia é exercida para a verificação do cumprimento das ordens de polícia – e apuração de eventuais abusos – e de eventuais descumprimentos relacionados às condições impostas pelo consentimento de polícia. Assim, a atuação administrativa de fiscalização tem dupla utilidade: preventiva e de observação, com relação ao comportamento dos administrados.

não resultaria nada de bom do ponto de vista doutrinário.” LIMA, Ruy Cirne. **Princípios de Direito Administrativo**. 7.ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 315.

⁷⁴ CANÇADO, Maria de Lourdes Flecha de Lima Xavier. **Poder de Polícia**. In: MOTTA, Carlos Pinto Coelho (Coord.). **Curso prático de Direito Administrativo**. 2.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 546.

⁷⁵ CRETELLA JÚNIOR, José. **Curso de Direito Administrativo**. 15.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.p. 535-6.

⁷⁶MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**. 7.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1989. p. 340.

Por último, à sanção de polícia é atribuída uma característica de “soldado de reserva”: falhando as medidas de fiscalização e verificadas violações à ordem de polícia, é possível a aplicação de penalidades. Nas exatas palavras do autor:

A sanção de polícia, em suma, é unilateral, externa e interventiva, visando a assegurar, pela sua aplicação, a repressão da infração e a reestabelecer o atendimento do interesse público, compelindo o infrator à prática de ato corretivo, ou dissuadindo-o de persistir no cometimento do ilícito administrativo; é, assim, suasiva e compulsiva⁷⁷.

Encerrando essa passagem do trabalho, pertinente se faz o grande ensinamento de Ruy Cirne Lima, afastando a eventual consideração de estreita relação do poder de polícia com o uso da força:

(...) Fazendo polícia, o Estado atua sobre realidades humanas. Limita atividades e propriedades privadas; disciplina em aparência, meramente fatos e bens na ordem material. Mas, em verdade, não desconhece, por detrás dos fatos e dos bens que diretamente visa, a existência da vontade humana, que, a uns e outros, os governa e dirige. (...) não se deverá concluir que a polícia é essencialmente a ação material do Estado. Pelo contrário, embora se proponha atingir fatos e bens na ordem material, é principalmente sobre a vontade humana que a polícia atua – sobre as vontades que movem e regem, no espaço e no tempo, os fatos do homem e as coisas postas ao seu serviço. Não é a polícia, destarte, apenas uma exteriorização da força; antes, se se quiser diferenciá-la das funções congêneres do Estado, deverá assinalar-se que a polícia se distingue delas, exatamente porque nem sempre precisa empregar a força para a realização dos seus fins. Ela o faz, algumas vezes, certo (...); mas isso não constitui a regra⁷⁸.

Essa ideia é vital para a compreensão do tema objeto deste estudo, pois busca-se entender os fundamentos e os limites do poder de polícia estatal através dos seus mecanismos de atuação postos à disposição da Administração, sempre visando o interesse público. Sendo esse o quadro, imperioso se faz conduzir uma análise acerca dos atributos (ou características) do poder de polícia, para que se possa entender melhor a manifestação desse poder-dever estatal.

2.2. ATRIBUTOS DO PODER DE POLÍCIA

⁷⁷ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**. 7.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1989. p. 343.

⁷⁸ LIMA, Ruy Cirne. **Princípios de Direito Administrativo**. 7.ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 311.

2.2.1 Discricionariedade

Hely Lopes Meirelles elenca a discricionariedade como uma importante característica do poder de polícia, traduzindo-a na livre escolha, pela Administração, da oportunidade e conveniência de exercê-lo e de aplicar sanções e utilizar meios aptos a atingir o fim desejado, qual seja, algum interesse público protegido⁷⁹.

Este talvez seja o atributo mais questionado atualmente, justamente pela margem de arbitrariedade⁸⁰ que esse conceito pode acarretar ao (mau) uso de um poder legítimo da Administração Pública. Claro que a doutrina que o considera relevante não deixa a crítica passar despercebida, destacando que essa discricionariedade deve ser sempre exercida nos limites legais e na faixa de opção que lhe é atribuída pela legislação. Meirelles pondera que a discricionariedade é a regra geral nos atos de polícia, mas nada impede que sejam vinculados⁸¹.

Justen Filho aponta a incorreção da afirmativa no sentido de que o poder de polícia é um “poder discricionário”. A uma, porque não existe essa categoria. A duas, porque as competências de poder de polícia envolvem tanto disciplina discricionária quanto vinculada⁸². Bandeira de Mello também rechaça a ideia de um “poder discricionário”, enquadrando a correta compreensão do tema no sentido de que aludido “poder discricionário” deve ser encarado como o “dever de alcançar a finalidade legal” e nada mais. Só assim, na visão do autor, é que o conceito pode ser adequadamente entendido e dimensionado, afastando a ideia habitual de arbitrariedade que envolve o debate⁸³.

⁷⁹ MEIRELLES, Hely Lopes; BURLE FILHO, José Emmanuel; BURLE, Carla Rosado. **Direito Administrativo Brasileiro**. 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 159.

⁸⁰ HELY LOPES MEIRELLES traça uma distinção entre discricionariedade e arbitrariedade: “discricionariedade é liberdade de agir dentro dos limites legais; arbitrariedade é ação fora ou excedente da lei, com abuso ou desvio de poder. O ato discricionário, quando se atém aos critérios legais, é legítimo e válido; o ato arbitrário é sempre ilegítimo e inválido; nulo, portanto. MEIRELLES, Hely Lopes; BURLE FILHO, José Emmanuel; BURLE, Carla Rosado. **Direito Administrativo Brasileiro**. 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 159.

⁸¹ MEIRELLES, Hely Lopes; BURLE FILHO, José Emmanuel; BURLE, Carla Rosado. **Direito Administrativo Brasileiro**. 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 159.

⁸² JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 572.

⁸³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discricionariedade e controle jurisdicional**. São Paulo: Malheiros, 1992. p. 15.

Nesse mesmo sentido, Ruy Cirne Lima:

Admite-se às autoridades administrativas, nesse terreno, maior ou menor discricção; recusa-se-lhes, no entanto, todo e qualquer arbítrio. O arbítrio desconhece e desafia o direito; a discricção, ao contrário, se exerce e move, dentro do direito. Ora, na administração do Estado moderno, tudo se move dentro do direito; toda atividade administrativa se encontra vinculada a um fim impessoal, tutelado pelo direito. (...).

Com isso, o poder de polícia ganha muito mais a feição de um dever do que propriamente um poder. É nesse sentido que apontam Vizzotto e Mattos, ao afirmar que a discricionariedade diz mais respeito aos meios legais postos à disposição da Administração do que a própria atuação em si considerada⁸⁴.

2.2.2 Autoexecutoriedade

A autoexecutoriedade é a faculdade de a Administração decidir e executar diretamente sua decisão, sem necessidade de intervenção do Judiciário. As medidas adotadas pelo Poder Público na fruição do poder de polícia podem ser aplicadas diretamente aos particulares, até mesmo em virtude de possível ineficácia em razão da demora em sua efetivação. Isso não exclui, por certo, eventual controle judicial posterior^{85 86}.

Di Pietro refere o desdobramento desse princípio em dois, a saber: exigibilidade (*privilège du préalable*) e executoriedade (*privilège d'action d'office*)⁸⁷. O primeiro aspecto está relacionado ao conceito já mencionado da desnecessidade de mediação do Poder Judiciário, ao passo que a executoriedade está relacionada à possibilidade de a Administração realizar diretamente a execução do ato forçadamente, obrigando o cumprimento da decisão. Enquanto na exigibilidade o Estado se utiliza de meios

⁸⁴ VIZZOTTO, Andrea Teichmann; MATTOS, Laura Antunes de. **Exercício do poder de polícia municipal: limites e possibilidades**. In: PRESTES, Vanêsa Buzelato (Org.). *Temas de Direito Urbano-ambiental*. Belo Horizonte: Fórum, 2006. p. 111.

⁸⁵ Até mesmo em virtude da inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXXV, da Constituição Federal).

⁸⁶ MEIRELLES, Hely Lopes; BURLE FILHO, José Emmanuel; BURLE, Carla Rosado. **Direito Administrativo Brasileiro**. 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 159.

⁸⁷ A autora afirma que a exigibilidade está presente em todos os atos de polícia, enquanto a executoriedade não necessariamente. DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Direito Administrativo**. 26.ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 127.

indiretos de coação (multa, por exemplo), na excoutoriedade se vislumbra uma ação material coativa direta do Poder Público (e.g. interdição de uma fábrica)⁸⁸.

A autoexcoutoriedade se justifica por uma série de razões, sendo elas jurídicas – em face da presunção de legitimidade dos atos públicos; políticas – necessidade de alcançar o bem comum; sociais – o uso da força pela Administração não perturba a ordem social, mas a reforça; administrativas – nos casos em que só se realiza o interesse público pela realização do ato administrativo; econômicas – em virtude da possibilidade de indenização do dano por parte do Poder Público⁸⁹.

Por fim, Celso Antônio Bandeira de Mello aponta que a autoexcoutoriedade dos atos administrativos, no contexto do poder de polícia, só se justifica em três hipóteses⁹⁰: quando a lei expressamente autorizar, quando a adoção da medida for urgente para a defesa do interesse público e quando inexistir outra via de direito capaz de assegurar a satisfação do interesse público que se visa salvaguardar⁹¹.

Veja-se, por oportuno, que as duas últimas hipóteses dizem respeito a uma situação emergencial, em que não seria razoável a demora na ação do Poder Público, sob pena inclusive de pôr em risco o interesse coletivo que a medida visa proteger. Esbarrar-se-ia em um inevitável contrassenso, portanto.

2.2.3 Coercibilidade

Por último, a coercibilidade consiste basicamente na imperatividade dos atos de polícia, de modo que admitem o emprego da força em caso de descumprimento. Essa característica reveste os atos administrativos com um manto de obrigatoriedade perante os particulares. Por definição, esse atributo está diretamente vinculado à autoexcoutoriedade, consistindo, em verdade, no fundamento desta⁹².

⁸⁸ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Direito Administrativo**. 26.ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 126.

⁸⁹ MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. **Princípios gerais de Direito Administrativo**. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2007.p. 616.

⁹⁰ Conforme aponta Rafael Oliveira, esse entendimento não é unânime na doutrina brasileira, mas tem prevalecido. Entendimento minoritário aponta que a autoexcoutoriedade é a regra geral, somente sendo afastada por expressa vedação legal. Essa, inclusive, é a visão do autor, que embasa sua posição no princípio da separação dos poderes e na legitimidade dos atos praticados por agentes públicos. OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de Direito Administrativo**. 9.ed. Rio de Janeiro: Método, 2021. p. 475.

⁹¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 32.ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 866.

⁹² DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Direito Administrativo**. 26.ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 127.

Na visão de Gasparini, para que o ato revestido de coação seja legítimo, é necessário ainda a observância da proporcionalidade, que para o autor consiste em um verdadeiro atributo do ato de polícia. Assim, somente com o uso adequado da coação, consistente na existência de proporcionalidade entre a medida adotada e o “desejo da lei”, é que se pode cogitar em um ato coativo hígido⁹³.

Uma outra característica ainda é aventada por Di Pietro, consistente no fato de que o poder de polícia é uma atividade negativa, distinguindo-se, neste aspecto, à prestação de serviços públicos, atividade naturalmente positiva⁹⁴. Bandeira de Mello também aponta esse aspecto, ensinando que o poder de polícia sempre impõe uma abstenção, mesmo quando aparentemente se reveste de caráter positivo (e.g. exame de habilitação para motorista, exigência de extintores em prédios), a finalidade é uma abstenção. Na visão do doutrinador, o objetivo final é evitar que determinadas atividades sejam praticadas de forma perigosa, colocando em potencial risco a coletividade⁹⁵.

Os atributos do poder de polícia, como se percebe, estão inevitavelmente atrelados à ideia de supremacia do interesse público sobre o privado, do modo como foi exposto no primeiro capítulo deste trabalho. No entanto, o regime jurídico-administrativo opera sob dois preceitos que buscam o equilíbrio da atividade administrativa (e a de polícia), sendo o outro a indisponibilidade do interesse público. Por isso, o exercício do poder de polícia sofre limitações importantes, as quais serão abordadas a seguir.

2.3. O FUNDAMENTO DO PODER DE POLÍCIA E SUAS LIMITAÇÕES

O poder que a Administração exerce sobre os direitos individuais dos particulares repousa na chamada “supremacia geral⁹⁶”, na qual ela se encontra invariavelmente

⁹³ GASPARINI, Diogenes. **Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 103.

⁹⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 26.ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 127.

⁹⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Ato administrativo e Direitos dos Administrados**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981. p. 854.

⁹⁶ Para os fins deste trabalho, “supremacia geral” será tratada como termo sinônimo ao de supremacia do interesse público sobre o privado, muito embora os conceitos sejam relacionados, mas distintos. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 32.ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 847.

vinculada à lei. Por isso, não se pode deixar de destacar como primeiro fundamento que pode se extrair para o exercício escorreito do poder de polícia a previsão legal. Assim, garante-se, minimamente, a segurança jurídica e a sindicabilidade dos atos administrativos eventualmente abusivos e ilegais⁹⁷.

Na linha do que foi mencionado anteriormente, o regime jurídico-administrativo impõe a observância de outro princípio básico e norteador da atividade administrativa: a indisponibilidade do interesse público. Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, existe uma imposição de que os interesses classificados como próprios da coletividade não se encontram à livre disposição, nem mesmo do próprio órgão administrativo que os representa, pois a ele incumbe apenas curá-los – o que se mostra também, um dever, conforme o jurista⁹⁸.

Esse ponto é crucial para o entendimento de que os interesses públicos não se acham entregues à vontade do gestor público, sendo, portanto, um forte empecilho à arbitrariedade. Marinela chega a dizer que “em nome da supremacia do interesse público, o Administrador pode muito, pode quase tudo, mas não pode abrir mão do interesse público⁹⁹”.

Isso significa não só a exigência de abstenção por parte da Administração Pública, mas também um dever de ação, cabendo a ela a regular tomada de ações que se mostrem relevantes ao interesse público. Como assinala Odete Medauar, é vedado ao Poder Público tanto deixar de tomar providências como retardá-las, quando em desconformidade com a lei e a finalidade pública¹⁰⁰.

Por isso, tão importante se faz a lição de Celso Antônio Bandeira de Mello no que concerne à ideia de poder-dever, conceito vital para o entendimento de toda a atuação estatal. Transcreve-se integralmente o ponto, pela maestria e didática do autor:

⁹⁷ Isso não impede, contudo, de a lei adotar disciplina discricionária, atribuindo à Administração Pública a faculdade de especificar a solução mais adequada, em vista de cada caso concreto. JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 563.

⁹⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 32.ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 76.

⁹⁹ MARINELA, Fernanda. **Direito administrativo**. 6. ed. Niterói: Impetus, 2012. p. 60

¹⁰⁰ MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 17.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 147.

Tem-se função apenas quando alguém está assujeitado ao dever de buscar, no interesse de outrem, o atendimento de certa finalidade. Para desincumbir-se de tal dever, o sujeito de função necessita manejar poderes, sem os quais não teria como atender à finalidade que deve perseguir para a satisfação do interesse alheio. Assim, ditos poderes são irrogados, única e exclusivamente, para propiciar o cumprimento do dever a que estão jungidos; ou seja: são conferidos como meios impostergáveis ao preenchimento da finalidade que o exercente de função deverá suprir. Segue-se que tais poderes são instrumentais: servientes do dever de bem cumprir a finalidade a que estão indissolavelmente atrelados. Logo, aquele que desempenha função tem, na realidade, deveres-poderes. Não 'poderes', simplesmente. Nem mesmo satisfaz configurá-los como 'poderes-deveres', nomenclatura divulgada a partir de Santi Romano. Com efeito, fácil é ver-se que a tônica reside na ideia de dever, não na de 'poder'. Daí a conveniência de inverter os termos deste binômio para melhor vincar sua fisionomia e exibir com clareza que o poder se subordina ao cumprimento, no interesse alheio, de uma dada finalidade¹⁰¹.

Compreendendo-se bem a noção de “dever-poder”, pode-se avançar naquilo que a doutrina aponta como as limitações propriamente ditas ao poder de polícia.

Consoante doutrina de Gasparini, a atribuição de polícia está demarcada por dois limites: o primeiro se encontra no pleno desempenho da atribuição, isto é, no amplo interesse de impor limitações ao exercício da liberdade e ao uso, gozo e disposição da propriedade. Já o segundo consiste na observância dos direitos assegurados aos administrados pelo ordenamento jurídico. É na conciliação da necessidade de limitar ou restringir o desfrute da liberdade individual e da propriedade particular com os direitos fundamentais, reconhecidos a favor dos administrados, que se encontram os limites dessa atribuição. Assim, não se pode aniquilar¹⁰² qualquer direito individual sob pretexto de tutelar o interesse público¹⁰³.

No mesmo raciocínio, Cretella Júnior aponta que o instituto tem de conviver com limites jurídicos: direitos do cidadão, prerrogativas individuais e liberdades públicas asseguradas na Constituição e nas leis¹⁰⁴. Complementando, o autor enfatiza que a utilização do poder de polícia para a restrição de direitos individuais não pode ser

¹⁰¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 32.ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 100-1.

¹⁰² Interessante o uso, pelo autor, da expressão “aniquilar”, que literalmente significa “reduzir a nada”. Percebe-se um grande cuidado no uso das palavras nessa temática a fim de que o argumento não seja eventualmente invalidado.

¹⁰³ GASPARINI, Diogenes. **Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 102.

¹⁰⁴ “A ação policial não pode ferir as ‘liberdades públicas’, ou seja: ‘as faculdades de autodeterminação, individuais ou coletivas, declaradas, reconhecidas e garantidas pelo Estado, mediante as quais os respectivos titulares escolhem modos de agir, dentro dos limites traçados pelo poder público’”. CRETELLA JÚNIOR, José. **Curso de Direito Administrativo**. 15.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 543.

excessiva ou desnecessária, sob pena de configurar abuso de poder, trazendo uma ideia de proporcionalidade¹⁰⁵.

Advogando nesse mesmo caminho, Justen Filho refere que o poder de polícia é norteado pelo princípio da proporcionalidade. Qualquer limitação, nessa ótica, somente será válida se for adequada, necessária, proporcional e compatível com os valores consagrados na Constituição e nas leis¹⁰⁶. Ainda é elencada como limitação à atividade de polícia a concreta realização da democracia¹⁰⁷.

O ato administrativo de polícia também não foge da regra geral a todos os atos administrativos. Nesse sentido, lecionam Menezes e Vieira:

os atos de polícia estatal também serão limitados através da obrigatoriedade de observância dos pressupostos de validade do ato administrativo. Assim, como todo ato do Poder Público, a atividade de polícia deve ser exercida em obediência à competência, à finalidade, à forma, ao motivo e ao objeto do ato praticado¹⁰⁸.

Por todo o exposto, é notável que o poder de polícia se apresenta como um instrumento à disposição da Administração Pública para a consecução do interesse público, quando assim se fizer adequado, necessário e proporcional. Em determinadas situações emergenciais, porém, o conflito entre o interesse público e o privado resta mais acirrado, pois ao passo que a Administração deve observar a proporcionalidade e o diálogo com a sociedade (efetivando a cidadania, como visto), não há tempo hábil para que isso se concretize. Nesse contexto, a supremacia do interesse público sobre o privado ganha destaque como fundamento da ação restritiva estatal, como se verá a seguir.

¹⁰⁵ CRETELLA JÚNIOR, José. **Curso de Direito Administrativo**. 15.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 543.

¹⁰⁶ Di Pietro também assinala a proporcionalidade, elencando a observância das regras da necessidade, proporcionalidade e eficácia para que o ato administrativo de polícia não elimine direitos individuais. O uso dessas regras, na visão da autora, permite que os meios diretos de coação só sejam utilizados quando não houver outro meio eficaz de alcançar o interesse público. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 26.ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 129.

¹⁰⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 563.

¹⁰⁸ MENEZES, Felipe Barbosa de; VIEIRA, Pedro Gallo. Limites do Poder de Polícia da Administração Pública. **Revista da ESDM**, Porto Alegre, v.1, n.1, p. 81-111, 2015. p. 107.

3. A SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO SOBRE O PRIVADO COMO O FUNDAMENTO DO PODER DE POLÍCIA

3.1. A LEGITIMIDADE DO PODER-DEVER DE POLÍCIA

Como já visto, o poder de polícia deve ser manejado pelo Estado em situações em que o interesse público em questão esteja sob risco, de modo que é crescente a exigência doutrinária acerca de mais legitimidade e participação cidadã na relação da Administração com os administrados, mormente na utilização de meios coativos diretos.

O saudoso professor Diogo de Figueiredo Moreira Neto advogava a necessidade da crescente preocupação com a legitimidade democrática dos atos estatais, pontuando que, ao sustentar-se a necessidade de preservação dos rigorosos princípios de autoridade como necessários ao exercício de gestão estatal dos interesses da sociedade, acaba por se atribuir aos órgãos estatais a própria definição das “razões de Estado”. Isso poderia, em última análise, interferir no controle externo da atividade administrativa, tanto pelos órgãos de controle, quanto pelos próprios administrados.

Assim, conceitos como o da imperatividade, da supremacia do interesse público, o da insindicabilidade do mérito e o dos chamados poderes administrativos - entre os quais o poder de polícia, chamado de polêmico pelo autor -, assomaram a tal importância estruturante que a literatura jurídica do Direito Administrativo relaciona o interesse público a interesse próprio da pessoa estatal, “externo e contraposto aos dos cidadãos¹⁰⁹”.

Dois fatores são enumerados pelo doutrinador como necessários ao resgate do Direito Administrativo e da Administração Pública. Um fator sociopolítico: o surgimento da sociedade, como protagonista de um novo e mais amplo diálogo democrático, e um fator juspolítico: a afirmação do constitucionalismo, como indispensável instrumento de um novo e expandido diálogo liberal¹¹⁰.

¹⁰⁹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do Direito Administrativo**. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 10.

¹¹⁰ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do Direito Administrativo**. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 12.

Com relação ao fator da participação da sociedade, a chamada Era das Comunicações trouxe uma nova reflexão acerca do interesse privado e, via de consequência, da própria noção de interesse público. Houve a migração de um estado de latência para um estado de participação ativa na sociedade, despertando nas pessoas a consciência sobre o seu real poder e influência na sociedade e no Estado. Assim, reivindica-se maior participação nas atividades estatais.

Por isso, eleger os governantes periodicamente já não se mostraria mais suficiente, haja vista a ampliação dessa necessidade de (re)conexão entre administrador e administrado¹¹¹.

Ainda que se reconheça que o aumento da participação social nas atividades estatais não seja a cura para todos os males da ausência de consciência e confiança dos administrados, assinala o autor que

sabiamente aplicada, onde e quando se demande aquele tipo de decisões que digam mais ao bom senso que à técnica e seja desnecessária ou desrecomendada a partidarização de alternativas, pode-se vislumbrar sua crescente importância na homogeneização do continuum sociedade-Estado, preparando um futuro de maior legitimidade e até de maior eficiência para a ação estatal, pois as decisões públicas compartilhadas com os seus destinatários são cumpridas com mais empenho e com menos resistências¹¹².

O segundo fator, - afirmação do constitucionalismo – remonta a ideia já mencionada neste trabalho da migração da legalidade para a legitimidade. As mudanças da sociedade contemporânea exigiram uma transformação do Estado, levando-o “a abandonar a postura imperial de monopolista do interesse público para tornar-se um instrumento da sociedade”. Sendo, nesse aspecto, a Administração Pública como uma prestadora de serviços ao público (de forma ampla¹¹³), necessita-

¹¹¹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do Direito Administrativo**. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 14.

¹¹² MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do Direito Administrativo**. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 15.

¹¹³ Passagem relevante de Justen Filho afirma que “o reconhecimento de que o poder de polícia se orienta a realizar o princípio da dignidade da pessoa humana conduz à sua imediata aproximação com o instituto do serviço público – cuja essência se relaciona com o mesmo valor. Logo, não é possível imaginar que poder de polícia e serviço público buscassem realizar finalidades qualitativamente diversas”. JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 565.

se de toda cooperação e colaboração possíveis para poder ser, naturalmente, mais legítima¹¹⁴.

Gustavo Binjenbojm levanta essa mesma questão, apontando uma tendência crescente de novas formas de legitimação administrativa, sendo uma delas a constitucionalização e a outra a democratização do exercício da atividade administrativa não diretamente vinculada à lei. Isso ocorre em virtude da abertura e fomento à participação dos administrados nas decisões administrativas, tanto as que dizem respeito a interesses individuais como coletivos¹¹⁵.

Com isso, na ótica de Binjenbojm, busca-se

- (i) respeitar os direitos dos interessados ao contraditório e à ampla defesa,
- (ii) incrementar o nível de informação da Administração acerca das repercussões fáticas e jurídicas de uma medida que se alvitra implementar, sob a ótica dos administrados, antes da sua implementação, (iii) alcançar um grau mais elevado de consensualidade e legitimação das decisões da administração pública¹¹⁶.

Na trilha dessa constitucionalização do Direito Administrativo, também ressalta Justen Filho que a Administração Pública passou a emitir providências de polícia de modo concertado com os particulares, no que o autor chama de “contratualização da competência de poder de polícia¹¹⁷”.

Percebe-se a nítida relação entre a evolução das ideias acerca do poder de polícia, a constitucionalização do Direito Administrativo e a legitimidade democrática. Contudo, algumas situações podem exigir uma pronta resposta da Administração Pública para limitar direitos individuais mediante o uso do poder de polícia, as quais podem prescindir, muitas vezes, de ampla participação popular.

Com efeito, em situações de urgência, a celeridade da atuação estatal se faz necessária, pois a demora na tomada de uma decisão, e conseqüente atitude, pode pôr em risco bens jurídico-constitucionalmente tutelados, como nos casos de medidas

¹¹⁴ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do Direito Administrativo**. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 16.

¹¹⁵ BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do Direito Administrativo**: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 77.

¹¹⁶ BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do Direito Administrativo**: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 77.

¹¹⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 578.

sanitárias restritivas e impositivas, quando entra em jogo o direito fundamental à saúde e, até mesmo, à própria vida¹¹⁸.

Assim, Diogo de Figueiredo Moreira Neto também reconhece o fato de que, em algumas situações, fica dispensada a consensualidade. Ainda que essa seja alternativa preferível à imperatividade, com o escopo de conferir a importante legitimidade ao ato administrativo, ela será utilizada sempre que for possível, ou sempre que não seja necessário aplicar o poder coercitivo, “o que se vai tornando válido até mesmo nas atividades delegadas, em que a coerção não é mais que uma fase eventual ou excepcional¹¹⁹”.

Por essa razão, Hely Lopes Meirelles já referia que “a polícia sanitária dispõe de um elastério muito amplo e necessário à adoção de normas e medidas específicas, requeridas por situações de perigo presente ou futuro que lesem ou ameacem lesar a saúde e a segurança dos indivíduos e da comunidade¹²⁰”.

O Poder Público, nesse contexto, dispõe de ampla discricionariedade na escolha e imposição das limitações de higiene e segurança, em defesa da população. Permite-se, concluir, desse modo, que quanto maior o perigo ou a urgência constatada, fato que está diretamente relacionado ao bem jurídico tutelado (e.g. saúde pública), maior a discricionariedade e o campo de atuação do poder de polícia. Menores as suas limitações, portanto.

É claro que a proporcionalidade, como algumas vezes já referida neste trabalho, ganha um colorido especial na análise das medidas restritivas de polícia. Diante de uma situação de perigo deverão ser sopesadas as circunstâncias fáticas que levam à

¹¹⁸ RAMOS, Rafael Vincente. **A constitucionalização do Direito Administrativo e a releitura do “poder de polícia administrativa” à luz dos Direitos Fundamentais**. 2009. 140p. Dissertação (Mestrado em Direito), Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2022. p. 96.

¹¹⁹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do Direito Administrativo**. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 41.

¹²⁰ MEIRELLES, Hely Lopes; BURLE FILHO, José Emmanuel; BURLE, Carla Rosado. **Direito Administrativo Brasileiro**. 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 166.

prática do ato e os meios de coação empregados¹²¹, de forma que os meios não se mostrem mais gravosos do que os efeitos da situação que se busca combater¹²².

Porém, na análise da proporcionalidade, além da observância da proibição do excesso¹²³, existe o outro lado da moeda, que salienta a proibição da omissão ou atuação insuficiente do Estado para garantir uma proteção constitucionalmente adequada aos direitos fundamentais. Trata-se da proibição de insuficiência¹²⁴.

A partir dessa premissa, constata-se que o Estado está obrigado não apenas a se abster, mas também de agir quando os bens protegidos pelos direitos fundamentais estejam ameaçados por agentes privados. Essa afirmação significa que o Estado ostenta uma dupla posição face aos direitos fundamentais: de um lado, possuindo o monopólio da força legítima, o Estado é um “inimigo” dos direitos fundamentais (ideia associada ao Estado liberal); de outro, devendo sua existência ao fato de que a vida, a liberdade e a propriedade são seguidamente ameaçadas, o Estado é um “amigo” dos direitos fundamentais¹²⁵.

É justamente nesse sentido que Marçal Justen Filho, ao realçar a existência de imposições de deveres no âmbito do poder de polícia (característica seguidamente ignorada por muitos doutrinadores), destaca que serviço público e poder de polícia

¹²¹ Ruy Cirne Lima, ao se referir a medidas de segurança pública, aduz que “a polícia deve tomar as providências necessárias para a manutenção da segurança pública. Nenhuma restrição à liberdade deverá exceder jamais a medida absolutamente necessária à preservação da ordem e da segurança públicas. Nesse mister, a polícia deve utilizar judiciosamente os meios necessários ao cumprimento da sua missão de salvaguarda da tranquilidade e da incolumidade públicas. Empregando expressão hiperbólica, Fritz Fleiner afirmava que a polícia não deve atirar com canhões em pardais”. LIMA, Ruy Cirne. **Princípios de Direito Administrativo**. 7.ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 307.

¹²² CANÇADO, Maria de Lourdes Flecha de Lima Xavier. **Poder de Polícia**. In: MOTTA, Carlos Pinto Coelho (Coord.). Curso prático de Direito Administrativo. 2.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 550.

¹²³ Para Sundfeld, a proibição de excesso deve ser encarada em harmonia com o princípio da mínima intervenção estatal na vida privada, na medida em que todo constrangimento imposto aos indivíduos pelo Estado deve justificar-se pela necessidade de realização do interesse público. Esse princípio exige que: (a) todo condicionamento esteja ligado a uma finalidade pública, ficando vetados os constrangimentos que a ela não se vinculem. (b) a finalidade ensejadora da limitação seja real, concreta e “poderosa”; (c) a interferência estatal guarde relação de equilíbrio com a inviolabilidade da dignidade da pessoa humana; (d) não seja atingido o conteúdo essencial de algum direito fundamental. SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo ordenador**. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 68.

¹²⁴ RAMOS, Rafael Vincente. **A constitucionalização do Direito Administrativo e a releitura do “poder de polícia administrativa” à luz dos Direitos Fundamentais**. 2009. 140p. Dissertação (Mestrado em Direito), Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2022. p. 114.

¹²⁵ RAMOS, Rafael Vincente. **A constitucionalização do Direito Administrativo e a releitura do “poder de polícia administrativa” à luz dos Direitos Fundamentais**. 2009. 140p. Dissertação (Mestrado em Direito), Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2022. p. 114.

são qualitativamente semelhantes, buscando, ao fim, o mesmo objetivo. Nesse sentido, ambos são vistos como instrumentos de promoção de direitos, pois “a ordem pública é um valor a ser preservado como meio de promoção dos direitos fundamentais, com observância da democracia¹²⁶”.

De outro lado, ao tratar de situações emergenciais, João Batista Gomes Moreira traz um destaque fundamental ao conceituar “estado de necessidade”. Para o autor, o instituto se constitui

como uma causa justificadora da lesão e interesses individuais com a finalidade de salvar de danos, graves e iminentes, direitos e interesses públicos, mais relevantes, relacionados com a segurança, a salubridade e a moralidade públicas, a continuidade dos serviços públicos etc. Tem fundamento no direito de conservação do Estado e da coletividade, cuja proteção é considerada princípio constitucional¹²⁷.

Não é difícil identificar situações, dentro desse conceito, em que o Estado é obrigado a intervir, tais como destruição de objetos para salvar vidas, violação de domicílio para evitar incêndios, sacrifício de animais por risco de contágio, isolamento de indivíduos para contenção de doenças infectocontagiosas, dentre outras inúmeras hipóteses.

O doutrinador aponta que o reconhecimento do estado de necessidade necessita alguns requisitos, quais sejam, (a) perigo de dano grave e iminente; (b) o fim necessitado não pode ser atingidos pelas vias normais (subsidiariedade) e o emprego do meio utilizado deve ser o menos gravoso; (c) ausência de tempo para as providências formais; (d) fim público a se proteger – nada impedindo a eventual coincidência com um interesse privado.

Importante paralelo pode ser feito com as medidas cautelares, sendo a distinção entre elas apenas de grau, considerando que as medidas cautelares são provisórias, ao passo que no estado de necessidade a medida é definitiva. Esse ponto é extremamente importante, pois o ato administrativo levado a efeito para limitar direito individual, no âmbito do poder de polícia, é definitivo, visando um interesse público

¹²⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 565.

¹²⁷ MOREIRA, João Batista Gomes. **Direito Administrativo: da rigidez autoritária à flexibilidade democrática**. Belo Horizonte: Fórum, 2005. p. 373.

justificado pela emergência (estado de necessidade). O autor traz um exemplo interessante: nos atentados terroristas ao World Trade Center e ao Pentágono, nos Estados Unidos em 11 de setembro de 2001, o sacrifício dos passageiros e tripulação, mediante ação da força aérea americana que abatesse qualquer das aeronaves utilizadas no atentado, seria um caso típico de estado de necessidade, pela iminência do sacrifício de milhares de vidas¹²⁸.

Assim, interessante a reflexão de que, em situações críticas, ou na eventualidade de sequer existir uma preconcepção acerca da melhor alternativa ao problema apresentado¹²⁹, a supremacia do interesse público aparece com muito mais intensidade, pois cabe ao Estado a garantia da ordem e a tutela do interesse coletivo em detrimento de interesses privados com a maior brevidade possível, sem a possibilidade de conferir imediatamente ampla participação social.

Obviamente, qualquer medida que restrinja direitos individuais deve ser devidamente fundamentada por um argumento razoável, até mesmo para que o ato possa ser eventualmente questionado de forma republicana. Daí resulta o dever de motivação explícita, clara e congruente. Os atos de polícia não fogem à regra geral: devem ser motivados – ou motiváveis, em situações emergenciais – em face da aplicação direta do direito fundamental à boa Administração Pública¹³⁰.

Outrossim, interessante a utilização do argumento da razão pública, trazido por Estêvão Gomes Correa dos Santos, atribuindo a expressão à John Rawls, de que

a polícia administrativa deve pautar as suas motivações em razões públicas, o que significa utilizar argumentos desvinculados de doutrinas religiosas, filosóficas ou morais abrangentes e que, simultaneamente, possam ser universalizáveis e razoavelmente aceitas. Com fundamento nesse critério, não seria possível, por exemplo, um ato administrativo impor maior rigor para concessão de autorização de porte de arma de fogo, tendo como única

¹²⁸ MOREIRA, João Batista Gomes. **Direito Administrativo**: da rigidez autoritária à flexibilidade democrática. Belo Horizonte: Fórum, 2005. p. 374.

¹²⁹ A pandemia originada pela COVID-19 em 2019 mostrou que novas e diversas situações de risco podem ocorrer sem que necessariamente o Poder Público esteja preparado para tal. O vírus Sars-COV-2 se espalhava rapidamente e não havia um plexo normativo e regulatório claro acerca das medidas a serem tomadas pela Administração Pública municipal, estadual ou federal, trazendo intenso debate e disputas judiciais em todas as esferas.

¹³⁰ RAMOS, Rafael Vincente. **A constitucionalização do Direito Administrativo e a releitura do “poder de polícia administrativa” à luz dos Direitos Fundamentais**. 2009. 140p. Dissertação (Mestrado em Direito), Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2022. p. 96.

alegação doutrinas pacifistas, sem agregar nenhuma outra justificativa para apoiar a medida¹³¹.

Por todo ângulo que se encare o tema, seja pelo poder de polícia como instrumento para a promoção dos direitos fundamentais, seja pelo uso da proporcionalidade como norteador do poder-dever estatal, seja pelo aspecto emergencial e crítico de algumas situações postas ao Poder Público – ou, ainda, quando todos esses fatores estão conjugados -, nada parece fugir à conclusão de que, em essência, o interesse público primário se sobressai, constituindo-se em verdadeiro fundamento do poder-dever de polícia.

3.2. A SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO SOBRE O PRIVADO COMO FUNDAMENTO DO PODER DE POLÍCIA

A partir do estudo já apresentado, pode-se afirmar que o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado não é uma unanimidade na doutrina pátria. Porém, é inegável que a partir do estudo do interesse público e dos fins do Estado na ordem constitucional, exista um tratamento diferenciado conferido ao Estado em relação ao particular.

Seja pela ótica que se encare – e aqui foram apresentadas algumas perspectivas a serem observadas quando do uso do poder de polícia estatal -, eventual juízo de justificação para a restrição de propriedade ou liberdade individual envolverá o sopesamento de argumentos que envolvem, ao fim, o interesse público.

Nesse sentido, se uma medida de polícia a ser tomada é considerada desproporcional ou exagerada, é porque, em verdade, não há interesse público primário subjacente, podendo, no máximo, configurar interesse público secundário. Este, porém, não detém as prerrogativas necessárias a impor meios diretos de coação, de forma que não há se falar, efetivamente, em supremacia.

¹³¹ SANTOS, Estêvão Gomes Corrêa dos. **Em defesa do poder de polícia**: uma proposta de superação das críticas e dos modelos alternativos ao poder de polícia no direito administrativo contemporâneo. 2016. 239p. Dissertação (Mestrado em Direito), Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2016. p. 209.

Esse argumento, inclusive, é citado por Binjenbojm como uma posição intermediária de Barroso acerca da existência ou não (dentre outros contornos) do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado. Por essa visão, somente o interesse público primário goza desse tipo de prerrogativa (supremacia), porque em um sistema constitucional e democrático, esse princípio (da supremacia do interesse público sobre o privado) é o parâmetro da ponderação¹³².

Esse modo de pensar parece ir ao encontro de que não importa o modo como se encare a problemática; se a finalidade estatal é o interesse público, e o Estado constitui alicerce da sociedade democrática, este inevitavelmente se sobreporá aos indivíduos se assim se fizer necessário no caso concreto. Não sendo, não há interesse público.

Nesse sentido, Gesta Leal afirma que o princípio é inerente a qualquer sociedade contemporânea, uma vez que as relações de poder e política são marcadas por interesses e projetos sociais distintos e formação de práticas de poder corporativas e unilaterais. Citando Celso de Mello, o autor pondera que o princípio se apresenta como condição de sustentabilidade do Estado Democrático de Direito, o qual permite a priorização das ações públicas voltadas aos interesses sociais e coletivos em relação aos privados e meramente corporativos¹³³.

Por óbvio, não se afirma que sempre há contrariedade entre interesse público e privado, pois, como já referido, não se justifica qualquer intervenção se, a uma, não houver interesse público justificante ou, a duas, este coincidir com o interesse privado. A supremacia também reside, entretanto, em afirmar que a tarefa de aferir o tensionamento ou a coexistência desses interesses é do próprio Estado, pois é o espaço adequado de gestão na sociedade contemporânea e organizada¹³⁴.

Nessa linha, a lição de Di Pietro:

o conteúdo do Direito Administrativo varia no tempo e no espaço, conforme o tipo de Estado adotado. No chamado Estado de Polícia, em que a finalidade é apenas a de assegurar a ordem pública, o objeto do Direito Administrativo

¹³² BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do Direito Administrativo**: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 101.

¹³³ LEAL, Rogério Gesta. **Estado, Administração pública e sociedade**: novos paradigmas. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 113.

¹³⁴ LEAL, Rogério Gesta. **Estado, Administração pública e sociedade**: novos paradigmas. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 114.

é bem menos amplo, porque menor é a interferência estatal no domínio da atividade privada. O Estado do Bem-estar é um Estado mais atuante; ele não se limita a manter a ordem pública, mas desenvolve inúmeras atividades na área da saúde, educação, assistência e previdência social, cultura, sempre com o objetivo de promover o bem-estar coletivo. Nesse caso, o Direito Administrativo amplia o seu conteúdo, porque cresce a máquina estatal e o campo de incidência da burocracia administrativa¹³⁵.

A supremacia do interesse público sobre o privado deve orientar tanto o legislador na elaboração dos atos normativos, ao mensurar no texto legal as restrições aos interesses individuais e os benefícios coletivos, quanto o aplicador da lei, seja o juiz ou o administrador, pois, ao final, este deve buscar praticar com impessoalidade atos concretos que sejam expressão de interesses públicos relacionados com valores tutelados pelo ordenamento jurídico¹³⁶.

Desse modo, fica mais fácil entender que a atuação estatal também é necessária para garantir a liberdade, uma vez que essa não é indefinida, mas deve ser ordenada e configurada normativamente, abandonando-se a ideia de que não há pressupostos sociais indispensáveis para a realização dos direitos fundamentais¹³⁷.

Daniel Hachem refuta a ideia de contraposição entre os direitos individuais e a supremacia do interesse público, ponderando que

seria a sua incompatibilidade com a dignidade da pessoa humana e com os direitos fundamentais, que segundo tais autores consistem em interesses privados. Nesse ponto reside um dos mais graves equívocos daqueles que se opõem ao princípio em referência: considerar que os direitos fundamentais do cidadão e a dignidade da pessoa humana representam o interesse privado. Conforme posição largamente difundida tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência estrangeiras, que enfrentaram esse tema de modo mais detido, tais valores traduzem o cerne do interesse público, isto é, o seu núcleo de certeza positiva. Se de um lado o interesse público é um conceito dinâmico, passível de transformação conforme as variações das majorias parlamentares, de outro os direitos fundamentais compõem o seu 'núcleo duro' (Meilán Gil), a parcela perene do conceito de interesse público contemplado nos Estados de Direito verdadeiramente democráticos. Nessa

¹³⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 26.ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 3.

¹³⁶NOHARA, Irene Patrícia. **Reflexões críticas acerca da tentativa de desconstrução do sentido da supremacia do interesse público no direito administrativo**. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (Coords.). *Supremacia do Interesse Público e outros temas relevantes do Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 131.

¹³⁷NOHARA, Irene Patrícia. **Reflexões críticas acerca da tentativa de desconstrução do sentido da supremacia do interesse público no direito administrativo**. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (Coords.). *Supremacia do Interesse Público e outros temas relevantes do Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 134.

linha, afirmar a prevalência do interesse público significa, concomitantemente, sustentar a supremacia dos direitos fundamentais¹³⁸.

Inobstante a correta observância de que o poder de polícia deve ser visto, cada vez mais, inserido dentro de um contexto de novos paradigmas do Direito Administrativo apto a dar efetividade aos direitos fundamentais no Estado Democrático de Direito, é possível verificar, ainda, a supremacia do interesse público como fundamento do exercício desse dever-poder.

Entende-se, assim, que como hoje se exige uma postura ativa do Estado para construir o bem-comum, este deve se utilizar do poder de polícia para a correta mediação entre o interesse público e o privado, sem aniquilar qualquer direito, mas regulando-os dentro de um contexto normativo e administrativo básico que possibilite a convivência em sociedade. É dizer, sem reconhecer o interesse público como preponderante, começa-se a questionar o próprio exercício do poder de polícia e sua necessidade, e, via de consequência, a existência do Estado.

¹³⁸ HACHEM, Daniel Wunder. **Princípio constitucional da supremacia do interesse público**. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 388.

CONCLUSÃO

Certamente a concepção de Estado e o que os administrados esperam e exigem dele mudou muito conforme o tempo. Do Estado liberal abstencionista ao Estado social prestacionista, a relação entre Administração Pública e indivíduos é marcada por uma intersecção ente público e privado, a qual gera conflitos pelos diversos interesses envolvidos.

O Direito Administrativo, como regulador da função administrativa e com suas regras e princípios próprios aplicados por seus agentes, evoluiu na mesma medida, abarcando novas ideias e novos conceitos. Um fator, porém, parece incólume à ação do tempo, ainda que abordado por diferentes vieses: a ideia de que o Estado deve satisfazer o interesse público. Por isso o debate acerca desse conceito é tão intenso, pois se mostra fundamental a sua compreensão para o estudo de todo o Direito Administrativo e a atividade estatal.

Sendo esse o quadro, o Estado dispõe de um regime jurídico próprio para atingir a sua finalidade – o regime jurídico-administrativo – o qual é composto por dois princípios estruturantes: a supremacia do interesse público sobre o privado e a indisponibilidade do interesse público. Nenhum desses conceitos está expresso na Constituição Federal, mas são facilmente perceptíveis pela análise sistemática da ordem jurídica nacional, visto que a nossa Carta tem um viés teleológico; a busca do bem-comum.

Esses dois princípios conversam entre si, fazendo com que a Administração Pública opere sob uma lógica bipolar, o que Maria Sylvia Zanella di Pietro chama de “binômio autoridade/liberdade¹³⁹”. Ao mesmo tempo que ao Estado é conferido o poder de restringir liberdades individuais, ele também só pode fazê-lo, única e exclusivamente, com o objetivo de atingir o interesse público primário, que é o que diz respeito ao bem-estar da coletividade.

¹³⁹DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Introdução: existe um Novo Direito Administrativo?** In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (Coords.). *Supremacia do Interesse Público e outros temas relevantes do Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 99-100.

Nesse cenário, um dos instrumentos mais relevantes de que a Administração dispõe é o poder de polícia, que se configura num importante mecanismo de relativização do individualismo em prol de um interesse mais amplo: o interesse público. Porém, pela lógica do referido binômio, esse poder se mostra também um dever, pois a Administração deve agir quando um interesse público estiver ameaçado pelo exercício irrestrito de um direito individual, sempre observando as limitações impostas ao instituto, inclusive a proporcionalidade, aventada por grande parte da doutrina.

Dentro dessas limitações, muito se debate hoje se essa autoridade estatal, consubstanciada na supremacia do interesse público sobre o particular, perdeu força ou razão de ser em virtude da ascensão e do protagonismo da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais conferidos não só pela ordem jurídica brasileira, mas também internacional. Não haveria uma supremacia do interesse público em abstrato.

Contudo, pela análise de diversos ângulos e através de diferentes abordagens, é possível se concluir pela existência e aplicação de aludido princípio. Não com a rigidez absoluta que porventura possa a ele ser atribuído, mas sim como forma de permitir ao Estado garantir segurança jurídica, paz social e a própria efetivação dos direitos fundamentais que possam estar sendo suprimidos por atividades particulares.

Esse é um debate que continua a apresentar diversas reflexões e que instiga a doutrina administrativista brasileira. É seguro dizer, nesse aspecto, que a supremacia do interesse público sobre o privado é um verdadeiro pilar argumentativo substancial do exercício do poder de polícia estatal, o que não significa dizer que não possa ser interpretado, em cada caso concreto, através da lógica jurídico-constitucional vigente.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Fernando H. Mendes de. **Noções de Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 1956.

BARZOTTO, Luis Fernando. **A democracia na Constituição**. São Leopoldo: Unisinos, 2003.

BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do Direito Administrativo**: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

CANÇADO, Maria de Lourdes Flecha de Lima Xavier. **Poder de Polícia**. In: MOTTA, Carlos Pinto Coelho (Coord.). **Curso prático de Direito Administrativo**. 2.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Interesse Público**: verdades e sofismas. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (Coords.). **Supremacia do Interesse Público e outros temas relevantes do Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2010.

CARVALHO, Matheus. **Manual de Direito Administrativo**. 3.ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Curso de Direito Administrativo**. 15.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 26.ed. São Paulo: Atlas, 2013.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Introdução: existe um Novo Direito Administrativo?** In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (Coords.). *Supremacia do Interesse Público e outros temas relevantes do Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2010.

GASPARINI, Diogenes. **Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 1989.

GOMES, Fábio Bellote. **Elementos de Direito Administrativo**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

HACHEM, Daniel Wunder. **Princípio constitucional da supremacia do interesse público**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

HEINEN, Juliano; SPARAPANI, Priscilia; MAFFINI, Rafael. **Comentários à Lei Federal do processo administrativo: Lei nº 9.784/99**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

LEAL, Rogério Gesta. **Estado, Administração pública e sociedade: novos paradigmas**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

LIMA, Ruy Cirne. **Princípios de Direito Administrativo**. 7.ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

MARINELA, Fernanda. **Direito administrativo**. 6. ed. Niterói: Impetus, 2012.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 17.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MEDAUAR, Odete. **O Direito Administrativo em evolução**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MEIRELLES, Hely Lopes; BURLE FILHO, José Emmanuel; BURLE, Carla Rosado. **Direito Administrativo Brasileiro**. 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Ato administrativo e Direitos dos Administrados**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 32.ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discricionariedade e controle jurisdicional**. São Paulo: Malheiros, 1992.

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. **Princípios gerais de Direito Administrativo**. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2007

MENEZES, Felipe Barbosa de; VIEIRA, Pedro Gallo. Limites do Poder de Polícia da Administração Pública. **Revista da ESDM**, Porto Alegre, v.1, n.1, p. 81-111, 2015.

MOREIRA, João Batista Gomes. **Direito Administrativo: da rigidez autoritária à flexibilidade democrática**. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**. 7.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do Direito Administrativo**. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

NOHARA, Irene Patrícia. **Reflexões críticas acerca da tentativa de desconstrução do sentido da supremacia do interesse público no direito administrativo.** In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (Coords.). *Supremacia do Interesse Público e outros temas relevantes do Direito Administrativo.* São Paulo: Atlas, 2010.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de Direito Administrativo.** 9.ed. Rio de Janeiro: Método, 2021.

RAMOS, Rafael Vincente. **A constitucionalização do Direito Administrativo e a releitura do “poder de polícia administrativa” à luz dos Direitos Fundamentais.** 2009. 140p. Dissertação (Mestrado em Direito), Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2022.

SANTOS, Estêvão Gomes Corrêa dos. **Em defesa do poder de polícia:** uma proposta de superação das críticas e dos modelos alternativos ao poder de polícia no direito administrativo contemporâneo. 2016. 239p. Dissertação (Mestrado em Direito), Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2016.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo ordenador.** São Paulo: Malheiros, 2003. p. 68.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo para céticos.** São Paulo: Malheiros, 2012.

VIZZOTTO, Andrea Teichmann; MATTOS, Laura Antunes de. **Exercício do poder de polícia municipal:** limites e possibilidades. In: PRESTES, Vanêscia Buzelato (Org.). *Temas de Direito Urbano-ambiental.* Belo Horizonte: Fórum, 2006.