

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC-SP

Wagner Onório Pacheco

**A Crise do Poder de Polícia no
Regime Jurídico Público-Administrativo**

MESTRADO EM DIREITO

SÃO PAULO
2025

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC-SP

Wagner Onório Pacheco

**A Crise do Poder de Polícia no
Regime Jurídico Público-Administrativo**

MESTRADO EM DIREITO

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para a obtenção do título de MESTRE em Direito, com concentração em Direito do Estado, subárea de Direito Administrativo, sob a orientação do Professor Doutor Clovis Beznos.

SÃO PAULO

2025

Banca Examinadora:

O presente trabalho foi realizado com o auxílio da bolsa de estudos da FUNDASP.

Aos meus pais Vicente e Elízia...

Por tudo que sou!

AGRADECIMENTOS

Apresento os meus mais profundos e sinceros agradecimentos:

Aos meus pais Vicente e Elízia... que deram suas vidas pelos seus filhos;

A minha irmã Helena... pelo intenso e contínuo incentivo que me fez não querer desistir;

A minha querida Daniela... por me acompanhar nessa estrada e me convencer de que “sim, tudo vai dar certo”;

Aos meus familiares e amigos... que acreditaram nesta minha árdua jornada acadêmica;

Ao meu orientador, professor Clovis Beznos... que confiou em meu potencial, mesmo “já” na reta final do curso;

Aos professores Luiz Guilherme Arcaro Conci e Luis Manuel Fonseca Pires... pelas sugestões e apontamentos ímpares de qualificação;

Ao professor Ricardo Marcondes Martins... pelas orientações iniciais;

Às professoras Júlia Maria Plenamente Silva e Angélica Petian... por fazerem parte da minha formação acadêmica.

A todos vocês... o meu muitíssimo obrigado!

“O Direito Constitucional passa, o Direito Administrativo permanece”.

(Otto Mayer)

**A Crise do Poder de Polícia no
Regime Jurídico Público-Administrativo**

Wagner Onório Pacheco

RESUMO

O presente estudo trata da crise do instituto jurídico do poder de polícia administrativa. A sua finalidade precípua é a de identificar e compreender, com maior detença, os posicionamentos doutrinários que firmam papel de relevância na abordagem da crise e que promovem verdadeiro debate sobre a conformidade e a legitimidade da aplicação deste instituto jurídico em relação ao regime jurídico público-administrativo. Este estudo também objetiva realizar uma análise comparativa dos posicionamentos doutrinários apresentados para identificar se a mencionada crise advém do próprio conteúdo jurídico do instituto do poder de polícia administrativa ou se existem outras variáveis jurídicas a conturbar o melhor entendimento sobre o tema. Ao final, será apresentada uma proposta que indica a hodierna continuidade e extensão do debate sobre a crise do poder de polícia administrativa na abrangência do instituto jurídico da regulação administrativa, a envolver, inclusive, o papel do Estado como agente indutor das transformações de ordem social e do bem estar da vida em sociedade. Para tanto, serão apresentados: o conteúdo do regime jurídico público-administrativo; as concepções de interpretação e aplicação legalista e neoconstitucional do Direito; o conteúdo do instituto do poder de polícia administrativa; os posicionamentos doutrinários sobre a crise e; a proposta de continuidade e extensão da crise na figura do instituto da regulação administrativa, a configurar uma nova perspectiva do debate sobre a crise do poder de polícia administrativa.

Palavras-chave: Regime Jurídico Público-Administrativo; Concepção Legalista e Neoconstitucional do Direito; Poder de Polícia Administrativa; Crise do Poder de Polícia Administrativa; Regulação Administrativa.

The Crisis of Police Power in Public-Administrative Legal Regime

Wagner Onório Pacheco

ABSTRACT

This study addresses the crisis of the legal institute of administrative police power. Its primary purpose is to identify and understand, in greater detail, the doctrinal positions that play a relevant role in addressing the crisis and promote an actual debate on the conformity and legitimacy of the application of this legal institute concerning the public-administrative legal regime. This study also aims to conduct a comparative analysis of the opinions of jurists presented to identify whether the crisis mentioned above arises from the legal content of the administrative police power institute or whether other legal variables disturb a better understanding of the topic. Finally, a proposal will be presented that indicates the current continuity and extension of the debate on the crisis of administrative police power within the scope of the legal institute of administrative regulation, including the role of the State as an agent inducing transformations of social order and the well-being of life in society. To this end, the following will be presented: the content of the public-administrative legal regime; the legalistic and neo-constitutional concepts of interpretation and application of Law; the content of the institute of administrative police power; the opinions of jurists on the crisis and; a proposal for continuity and extension of the crisis as an administrative regulation institute to configure a new perspective on the debate on the crisis of administrative police power.

Keywords: Public-Administrative Legal Regime; Legalist and Neo-constitutional Concept of Law; Administrative Police Power; Crisis of Administrative Police Power; Administrative Regulation.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	12
-------------------	----

PARTE I – O REGIME JURÍDICO PÚBLICO-ADMINISTRATIVO

CAPÍTULO 1 – O REGIME JURÍDICO DE DIREITO PÚBLICO	28
--	----

1.1. Considerações Preliminares	28
1.2. Noções de Sistema Jurídico	32
1.3. O Interesse Público	36
1.3.1. Conceito de Interesse Público de Celso Antônio Bandeira de Mello	38
1.3.2. Conceito de Interesse Público de Ricardo Marcondes Martins	41
1.3.3. Diferença entre Interesse Primário e Secundário	44
1.3.4. Conceito de Interesse Público de Daniel Wunder Hachem	46
1.3.4.1. Interesse Público em Sentido Amplo	47
1.3.4.2. Interesse Público em Sentido Estrito	49
1.3.5. Visão de Interesse Público de Marçal Justen Filho – Contraposição	51
1.4. A Função Pública	56
1.4.1. Conceito de Função Pública	57
1.4.2. Características Essenciais da Função Pública	59
1.4.2.1. As Funções Legislativa, Administrativa e Jurisdicional	62
1.5. Conceito de Regime Jurídico de Direito Público	66

CAPÍTULO 2 – O REGIME JURÍDICO PÚBLICO-ADMINISTRATIVO	71
--	----

2.1. Primados do Regime Jurídico Público-Administrativo	71
2.1.1. A Supremacia do Interesse Público sobre o Privado	73
2.1.1.1. Posição Originária de Celso Antônio Bandeira de Mello	79
2.1.1.2. Crítica de Humberto B. Ávila à Posição Originária	84
2.1.1.3. A Dupla Natureza Jurídica da Supremacia	91
2.1.1.4. Bases Neoconstitucionais – Preliminares	93
A. Panorama Geral da Teoria dos Direitos Fundamentais	95
B. Estudos Teóricos das Espécies Normativas	97
2.1.2. A Indisponibilidade do Interesse Público pela Administração	100

PARTE II – O PODER DE POLÍCIA, SUA CRISE E NOVAS PERSPECTIVAS

CAPÍTULO 3 – O PODER DE POLÍCIA	109
3.1. Considerações Preliminares	109
3.2. Linha Histórica do Termo Polícia	114
3.2.1. Gênese do Termo Polícia na Grécia	114
3.2.2. Período Romano e o Surgimento da Noção de Polícia	117
3.2.3. Período Feudal e Estado de Polícia	120
3.2.4. Período Moderno e Estado de Direito	123
3.3. Conceito Contemporâneo de Poder de Polícia	126
3.3.1. Poder de Polícia em Sentido Amplo	129
3.3.2. Poder de Polícia em Sentido Estrito	130
3.4. Características do Poder de Polícia Administrativa	132
3.4.1. Imposição de Abstenção	133
3.4.2. Relação de Sujeição Geral	135
3.4.3. Indelegabilidade da Competência	138
3.4.4. Executoriedade ou Autoexecutoriedade	140
CAPÍTULO 4 – A CRISE DO PODER DE POLÍCIA	143
4.1. Considerações Preliminares	143
4.2. Exposição Doutrinária da Crise	145
4.2.1. Análise da Doutrina de Agustín A. Gordillo	146
4.2.1.1. Concepção Legalista do Direito	146
4.2.1.2. Incompatibilidade com o Regime Jurídico Público	147
4.3. Concepção Aderente à Crise do Poder de Polícia	160
4.3.1. Limitação Administrativa à Liberdade e à Propriedade	160
4.4. Concepção de Manutenção do Poder de Polícia	172
4.4.1. Teoria Neoconstitucional do Poder de Polícia	172
4.5. A Crise do Poder de Polícia sob uma Nova Perspectiva: Regulação	179
4.5.1. Breves Considerações sobre a Proposta	180
4.5.2. A Discussão sobre a Nova Perspectiva de Crise	184
4.5.3. Administração Ordenadora X Regulação Administrativa	188
4.5.3.1. Estado-Regulador – Administração Ordenadora	188

4.5.3.2. Estado-Prestador de Serviço – Regulação Administrativa	193
CONCLUSÃO	200
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	213

INTRODUÇÃO

A presente dissertação visa a análise da situação jurídica do instituto do poder de polícia à luz do ordenamento jurídico pátrio concebida nas visões legalista e neoconstitucional do Direito e, para tanto, propõe realizar um recorte desse assunto para, mais especificamente, tratar da crise que esse amplo instituto jurídico de Direito Administrativo vem passando nos últimos tempos, incluindo o alcance de sua nova perspectiva jurídica para melhor compreender sua transformação e hodierna abrangência jurídica, tendo-se em vista as características norteadoras do regime jurídico público-administrativo.

É sabido que o poder de polícia é um amplo instituto jurídico e que a sua gênese se confunde com a própria história da organização estatal, sendo possível traçar uma linha evolutiva comum entre o poder de polícia e a estrutura estatal a partir do período clássico da Grécia antiga, passando pelo período Romano, período Feudal, Estado de Polícia, Estado Liberal, até a atual conformação de estrutura do Estado Social e Democrático de Direito em sua fundamentação constitucional. Vê-se, portanto, que a evolução da figura do Estado em sua base jurídico-constitucional é elemento essencial para se compreender o desenvolvimento do instituto do poder de polícia. Além disso, é certo que o desenvolvimento das concepções do Estado tenha proporcionado, ao longo do tempo, diversas tensões devido às incompatibilidades que as mudanças nas percepções e na aplicação do poder de polícia passaram a ser implementadas no seio da sociedade.

As evoluções na história não são consolidadas da noite para o dia, nem, tampouco, resolvidas tão-somente pelas decisões das autoridades competentes, ou mesmo, pelo anseio de harmonia nas percepções de mundo da sociedade como um todo. As tensões geradas criam verdadeiras crises em estruturas políticas, institutos jurídicos, concepções sociológicas e, até mesmo, artísticas de um determinado local; é necessário um longo período de idealização ontológica¹, maturação e comprovação empírica para que as novas percepções de

¹ A expressão “*idealização ontológica*” foi empregada no sentido de referência ao objeto idealizado, ou seja, ao instituto – enquanto objeto e enquanto ser – concebido em um dado momento histórico como adequado e necessário para a solução de conflitos nas relações sociais. O termo “*ontologia*”, possui diversos significados e foi aqui empregado no seguinte sentido: “2. *Estudo ou*

mundo sejam acolhidas e consolidadas pela coletividade. É certo, porém, que, até serem acolhidas e consolidadas no âmbito coletivo, essas novas percepções de mundo – sejam elas políticas, jurídicas ou sociais – geram diuturnos conflitos, crises e verdadeiras tensões em forma de desafios para o desenvolvimento e evolução social.

Apesar das considerações acima fazerem menção a uma generalidade de assuntos de naturezas diversas, é saber, de âmbito político, jurídico e social das novas percepções de mundo, não se pode perder de vista que este trabalho dissertativo possui natureza jurídica, ou seja, busca analisar o objeto da Ciência do Direito para melhor compreender as disposições normativas do assunto a ser tratado. Neste escopo, o cientista jurídico deve pautar suas pesquisas e conclusões em elementos puramente jurídicos, baseados e inseridos no contexto do ordenamento jurídico². Com isso, surge a necessidade, ou mesmo a imposição, de analisar o tema sob critérios objetivos jurídico-normativos, com a clara orientação de que somente será obtida uma resposta tecnicamente plausível para a temática proposta, se houver um enfrentamento das questões apresentadas tendo-se como pano de fundo o âmbito jurídico-científico.

Sendo assim, o presente trabalho visa, nos rigores da ciência do Direito, a análise comparativa dos posicionamentos doutrinários em debate na crise do poder de polícia, tanto pela manutenção da aplicação de tal instituto (crise institucional), quanto, tão-somente, pelo uso da expressão “poder de polícia” (crise conceitual) no contexto do regime jurídico público-administrativo, sob a ótica da concepção legalista e da concepção neoconstitucional do Direito, além disso, busca-se identificar o alcance que a nova perspectiva do debate sobre a crise do poder de polícia passou a apresentar na abrangência de outros institutos jurídicos mais atuais, notadamente, a regulação administrativa inserida no ambiente do Estado-Regulador ou do Estado-Prestador de Serviço.

E aqui cabe abrir um importantíssimo parêntese para explicar, de forma sintética, qual a intenção desse estudo quando faz menção – e isso ocorrerá

conhecimento dos seres e dos objetos enquanto eles mesmos, em oposição ao estudo de suas aparências e atributos”. (Consultar dicionário brasileiro da língua portuguesa – Michaelis On-line – <https://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/ontologia/>).

² Seja no ordenamento jurídico pátrio, alienígena, ou ainda, no estudo comparado entre eles. No caso do presente estudo, propõe-se a análise jurídica com base no ordenamento jurídico pátrio na concepção legalista e na concepção neoconstitucional do Direito.

em diversos momentos dessa dissertação – à concepção legalista e à concepção neoconstitucional do Direito.

Abre-se o parêntese.

Muito embora as mencionadas concepções de Direito serem um interminável campo de estudo jurídico a envolver, cada qual a sua maneira, não só um determinado período histórico, mas também, uma possível e específica forma de compreensão do fenômeno do Direito, vinculando-o, seja a um âmbito ético-moral da sociedade, seja a outros saberes científicos – como a sociologia e a política –, ou ainda, a diversos outros temas de imperiosa relevância dos mais variados campos de estudo do próprio Direito³, serão elas – as mencionadas concepções de Direito – trazidas à baila nesse estudo para identificar duas formas distintas de interpretação e de aplicação do Direito ao caso concreto.

A concepção legalista do Direito será mencionada no sentido de identificar uma maior formalização na aplicação das normas jurídicas, com um rigor no método de subsunção das normas administrativas às normas legislativas, é saber, disposições legais definitivas e abstratas firmadas pela autoridade competente do órgão legislativo, as quais indicam a vontade do agente competente. Nessa concepção, a fundamentação da aplicação de normas jurídicas dar-se-á tendo como referência o sistema dinâmico proposto na Teoria Pura do Direito de Hans Kelsen⁴, que segue a fundamentação de validade das normas hierarquicamente inferiores da pirâmide do ordenamento jurídico, pelo pressuposto

³ Aqui podem ser dados um sem número de exemplos referentes aos mais variados assuntos de específicas searas do Direito, tais como: (i) no âmbito do Direito Constitucional, a percepção técnica de constitucionalismo, democracia e moralismo jurídico; (ii) no âmbito da hermenêutica jurídica, as possibilidades de interpretação da ordem jurídica; (iii) no âmbito da legalidade jurídica, o rigor, ora mais formalista, ora menos, do padrão de fundamentação de validade das normas jurídicas; (iv) no âmbito da teoria geral do Direito, a identidade a um determinado movimento jurídico estilístico, etc.

⁴ Nas palavras de Hans Kelsen tem-se que: “*Esta norma (a norma hipotética fundamental) apenas pode fornecer o fundamento de validade, não o conteúdo de validade das normas sobre elas fundadas. Estas formam um sistema dinâmico de normas. O princípio segundo o qual se opera a fundamentação da validade das normas deste sistema é um princípio dinâmico. O tipo dinâmico é caracterizado pelo fato de a norma fundamental pressuposta não ter por conteúdo senão a instituição de um fato produtor de normas, a atribuição de poder a uma autoridade legisladora ou – o que significa o mesmo – uma regra que determina como devem ser criadas as normas gerais e individuais do ordenamento fundado sobre esta norma fundamental. (...) Com efeito, a norma fundamental limita-se a delegar numa autoridade legisladora, quer dizer, a fixar uma regra em conformidade com a qual devem ser criadas as normas deste sistema*” (KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. João Batista Machado, 7ª ed., São Paulo: Editora Martins Fontes, 2006, p. 219).

de obediência às determinações normativas firmadas pela autoridade competente de hierarquia superior, ou seja, normas legislativas editadas pela autoridade competente legislativa. A partir desse entendimento de fundamentação de validade, o princípio da legalidade é aplicado com maior formalidade, de tal forma a considerar a subsunção das normas inferiores (atos administrativos) às normas superiores (normas legislativas e constitucionais) o critério essencial para a conformidade da legalidade da ordem jurídica. De uma forma muitíssimo resumida, a concepção legalista do Direito é identificada neste estudo como um método formal de interpretação e aplicação das normas que utiliza a subsunção para fundamentar a validade das normas jurídicas no ordenamento jurídico. Isso não quer dizer que este estudo assume a concepção legalista do Direito da forma como foi apresentada por Luís Roberto Barroso⁵ e criticada por Dimitri Dimoulis⁶, como uma concepção despida de importância constitucional, que demonstre fraqueza ou ausência de rigidez constitucional, ou mesmo, que não apresente qualquer controle de constitucionalidade, de tal forma a estruturar, ao invés de um Estado constitucional,

⁵ BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)*. In SOUZA Neto, Cláudio Pereira, SARMENTO, Daniel (orgs.). *A constitucionalização do direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 203-249.

⁶ A crítica firmada por Dimitri Dimoulis apresenta uma contraposição aos seguintes argumentos de Luís Roberto Barroso: (i) de que somente a partir do neoconstitucionalismo passou-se a reconhecer força normativa da Constituição, sendo antes considerada um documento essencialmente político; (ii) que o neoconstitucionalismo promoveu uma expansão da jurisdição constitucional com uma tutela mais adequada dos direitos fundamentais e; (iii) que o neoconstitucionalismo promoveu nova interpretação constitucional. (DIMOULIS, Dimitri. *Neoconstitucionalismo e moralismo jurídico*. In: Daniel Sarmento. (Org.). *Filosofia e teoria constitucional contemporânea*. vol. I, 1ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 213-226). Pelo o que se pode constatar do artigo de Dimitri Dimoulis, as críticas firmadas são mais vinculadas à argumentação apresentada por Luís Roberto Barroso do que, essencialmente, ao conteúdo e a concepção neoconstitucional do Direito. Para o presente estudo, as críticas de Dimoulis são válidas, especialmente, no que diz respeito: ao item (i) quando Barroso alega fragilidade no controle judicial de constitucionalidade e na rigidez constitucional das concepções anteriores ao neoconstitucionalismo e; ao item (ii) quando alega que o neoconstitucionalismo busca concentrar um controle judicial em detrimento do espaço reservado ao legislador, gerando um risco de se estabelecer um fortalecimento abusivo do ativismo judicial. Vale destacar a letra de Dimitri Dimoulis para este particular: *"Por fim, se o reconhecimento do papel de quase exclusivo guardião da Constituição ao Legislativo pode causar abusos, o super-fortalecimento do Judiciário também pode acarretar abusos ou desequilíbrios. Tivemos um exemplo recente no Brasil em razão da adoção pelo STF das teorias do efeito transcendental e da mutação constitucional em relação à força vinculante das decisões do Tribunal no controle difuso. Essas teorias permitem que o STF aproprie-se indevidamente de competências que a Constituição reconheceu ao Senado Federal, aos legisladores dos vários entes federativos e aos tribunais que realizam o controle difuso, sendo as referências opções teóricas expressão da tentativa de 'monopolizar' o controle de constitucionalidade, sucumbindo à ambição que a doutrina estadunidense critica como exclusivismo judicial"*. (Ibid., p. 222-223).

um Estado legal – a concepção legalista não é aqui adotada, reforça-se, neste sentido.

Já a concepção neoconstitucional do Direito, é apresentada neste estudo como um método de aplicação das normas jurídicas que visa a redução do rigor formalista de subsunção de normas – encontrado na concepção legalista –, e que busca uma melhor interpretação do Direito para aperfeiçoar a concretização dos valores constitucionais no caso concreto. Como será melhor apresentado em capítulo oportuno – item 2.1.1.4. –, esse método denominado “método concretista” busca estabelecer maior racionalidade na interpretação e na aplicação das normas jurídicas no caso concreto, de tal sorte a permitir maior vinculação racional do Direito à Moral (entenda-se Justiça) para uma definição do Direito enquanto ordem objetiva de valores. Nesse contexto, os princípios jurídicos passam a ser considerados normas jurídicas autônomas, e os textos normativos das constituições rígidas passam a representar o limite de interpretação para se concretizar os princípios materiais, é saber, direitos constitucionalmente tutelados na ordem jurídica. Ora, o neoconstitucionalismo não é uma mera prática de interpretação flexível e casuística constitucional, como Dimitri Dimoulis⁷ argumenta em suas críticas à obra de Luís Roberto Barroso – e, nesse particular, discorda-se de Dimoulis –, mas sim, uma nova concepção do Direito que surge a partir de uma densa e complexa inovação teórica de estruturação normativa do Direito, inovação teórica essa que passa a

⁷ Um dos argumentos de Dimitri Dimoulis – item (iii) de sua crítica à obra de Luís Roberto Barroso – alega que o neoconstitucionalismo não apresenta inovação metodológica de interpretação constitucional, uma vez que várias outras referências interpretativas já foram intentadas para flexibilizar a interpretação casuística. Na letra de Dimitri Dimoulis tem-se que: *“Mas essa opção metodológica (concepção neoconstitucional do Direito) não tem o menor traço de inovação (...). Na história do direito ocidental, muitas são as referências teóricas e práticas de interpretação flexível, casuística, até mesmo livre do direito. Basta pensar em termos tais como ‘direito pretoriano’, ‘equidade’, ‘espírito da lei’, ‘analogia’, ‘direito livre’ para entender que a importância dada aos princípios e ao papel-poder criativo do aplicador não constitui novidade. Mais especificamente, no período do constitucionalismo, encontramos já no século XIX críticas contra a aplicação mecânica, literal, automática, subsuntiva, etc. de leis supostamente claras, assim como a insistência no papel criativo dos aplicadores e, particularmente, dos juizes”*. (DIMOULIS, 2009, p. 223).
Discorda-se deste argumento de Dimoulis. Não se está a indagar que nunca houve questionamentos pontuais sobre a interpretação e aplicação do Direito, mas sim, que o neoconstitucionalismo fez surgir uma sistemática ampla e abrangente do Direito, a partir de estudos teóricos de Ronald Dworkin e Robert Alexy – além da elaboração da complexa Teoria dos Direitos Fundamentais –, que permitiram uma estruturação normativo-metodológica hábil a substituir toda a concepção legalista do Direito, e não apenas uma simples adaptação ou melhoria da concepção legalista. Os exemplos apresentados por Dimoulis não representam uma sistematização ampla e abrangente do Direito, mas tão-somente, formas pontuais de melhoria e adaptação da concepção do Direito ali vigente, como é o caso da “equidade”, “analogia”, “espírito da lei”, etc.

conceber, além das regras jurídicas, também os princípios jurídicos como comandos normativos de conteúdo autônomo. Só a partir dessa inovação teórica é possível conceber a novel forma de interpretação e aplicação dessa “inovadora” estrutura normativa. Portanto, fica evidente que o neoconstitucionalismo não se resume a uma mera busca de acondicionar cláusulas gerais, ou mesmo, abstrações axiológicas ao mundo fenomênico casuístico.

O que bem se observa é que o sufixo “neo” encontrado no termo “neoconstitucional” está mais vinculado a um “novo” método de aplicação e interpretação das normas do ordenamento jurídico e do Direito globalmente considerado, do que, necessariamente, uma nova roupagem de interpretação constitucional, elaborada a partir de técnicas do Direito Constitucional hábeis a identificar novas tendências jurídico-políticas dessa seara do Direito. Esse novel método de interpretação e aplicação do Direito é firmado por uma técnica de sopesamento desses valores para a concretização dos Direitos tutelados na ordem jurídica, logo, não se restringe, tão-somente, à seara constitucional, mas ao Direito como um todo. Nesse sentido, concorda-se que o *nomen iuris* “neoconstitucionalismo” não é o mais adequado para indicar uma ampla ruptura da concepção legalista do Direito, substituindo-a por outra concepção nova⁸. Seja como for, não cabe aqui neste estudo apresentar maiores discussões sobre a nomenclatura já difundida da concepção neoconstitucional do Direito, mas apenas, registrar que o termo será empregado ao longo deste estudo, repita-se, como uma metodologia de interpretação e aplicação do Direito que busca a concretização de valores constitucionalmente positivados (princípios jurídicos) no caso concreto.

Fecha-se o parêntese.

⁸ Nesse sentido, assiste razão Dimitri Dimoulis quando afirma que “neoconstitucionalismo” relaciona-se com a controvérsia entre positivismo e moralismo jurídico. Conforme mencionado, a concepção neoconstitucional do Direito estabelece a uma ordem objetiva de valores que vincula o Direito à Moral (enquanto Justiça), contrapondo-se às concepções positivistas do início do século XX. Nestes termos afirma Dimitri Dimoulis: “*Apresentaremos algumas reflexões sobre a possibilidade de entender o neoconstitucionalismo como forma de definição e interpretação do direito constitucional relacionando-o com a controvérsia entre positivismo e moralismo jurídico (...). Aquilo que é considerado decisivo é o posicionamento de cada intérprete da Constituição em relação à tese da conexão entre direito e moral que, modernamente, é defendida com referência a princípios e valores constitucionais e considera como protagonistas as Cortes Constitucionais ‘ativistas’ que empregam técnicas de ponderação. (...) Independente dos problemas de definição, o neoconstitucionalismo não tem nada de novo e seria preferível abandonar o termo genérico e, por isso inexpressivo, de (neo)constitucionalismo, indicando o cerne da abordagem que se encontra na postura antipositivista*”. (DIMOULIS, 2009, p. 226).

A partir do supramencionado esclarecimento sobre a temática central desta dissertação, relevantíssima é a delimitação de seus contornos para especificar, objetivamente, quais os aspectos do poder de polícia serão abordados neste trabalho. Como já se mencionou, o poder de polícia é um amplo instituto jurídico que envolve um sem número de assuntos relacionados ao Direito em geral, mais especificamente, ao Direito Administrativo – *verbi gratia* a função administrativa, a relação de supremacia geral, o atributo da executoriedade dos atos da administração pública, o princípio da legalidade, os direitos fundamentais das pessoas privadas, etc., sendo este último assunto fortemente relacionado ao direito constitucional –, e que possui diversos entendimentos doutrinários, tal como o entendimento clássico e geral que o jurista alemão Otto Mayer descreveu como “*atividade estatal para a defesa da boa ordem da coisa pública*”⁹.

Entre os juristas brasileiros a desenvolver o tema destacam-se Clovis Beznos, que anota o seguinte em relação à polícia administrativa: “*À atividade administrativa de, nos termos da lei, delinear os contornos dos direitos assegurados no sistema jurídico, compatibilizando-os com os demais valores, assegurados pela ordem normativa, denomina-se polícia administrativa*”¹⁰ e Celso Antônio Bandeira de Mello, anotando que: “*A atividade estatal de condicionar a liberdade e a propriedade ajustando-as aos interesses coletivos designa-se ‘poder de polícia’*”¹¹.

Mais recentemente Luís Manuel Fonseca Pires, passou a compreender o instituto vinculando-o a uma crise conceitual do poder de polícia e defendendo a substituição da expressão “*poder de polícia*” para a expressão “*limitações administrativas à liberdade e à propriedade*”¹² – como será verificado no item 4.3. deste trabalho. Já em uma linha de defesa da manutenção do termo “poder de polícia”, mas adotando uma visão neoconstitucional do instituto, encontra-se

⁹ Na letra do jurista alemão Otto Mayer tem-se que: “*Polícia é a atividade do Estado que tem por fim a defesa da boa ordem da coisa pública, mediante os recursos do poder de autoridade, contra as perturbações que as existências individuais possam ocasionar*”. (MAYER, Otto. *Derecho administrativo alemán*. tomo II. Trad. de Horácio H. Heredia e Ernesto Krotoschin, Buenos Aires: Depalma, 1949, p. 11).

¹⁰ BEZNOS, Clovis. *Poder de polícia*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979, p. XV.

¹¹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 31ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013, p. 829.

¹² A expressão proposta por Luis Manuel Fonseca Pires foi, inclusive, empregada como título de sua relevantíssima pesquisa de dissertação de mestrado, publicada em livro: PIRES, Luis Manuel Fonseca Pires. *Limitações administrativas à liberdade e à propriedade*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

Ricardo Marcondes Martins anotando que: “o *poder de polícia diz respeito à competência administrativa de impor na falta de lei, restrições à propriedade e à liberdade, em concretização dos princípios (constitucionais) mais pesados no caso concreto*”¹³ e enfatizando o método da ponderação dos princípios jurídicos de Robert Alexy¹⁴ e a visão neoconstitucional do Direito.

Como se pode ver, a própria conceituação do poder de polícia não é pacífica, podendo variar tanto a percepção do instituto em si quanto a sua aplicação em função da concepção do Direito adotada pelos doutrinadores e, por isso mesmo, já sugere a grande amplitude da compreensão do instituto que leva à imprescindível necessidade de delimitação do tema deste estudo dissertativo.

Nesse sentido, a presente dissertação propõe realizar dois recortes do instituto do poder de polícia e, assim, promover a delimitação do tema para ser possível uma específica e mais clara compreensão do tema proposto. A primeira delimitação será em relação à abordagem em sentido estrito de poder de polícia, especificamente utilizada pela administração pública – a chamada polícia administrativa¹⁵. Já a segunda delimitação do tema, propõe especificar a crise do poder de polícia, ou melhor, a crise da polícia administrativa dentro da atual conformação do regime jurídico público-administrativo, mas pela concepção legalista do direito e, pela concepção neoconstitucional do direito. Para este segundo recorde, será verificado se a concepção neoconstitucional do direito interpreta a crise do poder de polícia de forma similar à concepção legalista do Direito.

¹³ Para um entendimento completo do conceito neoconstitucional do poder de polícia, consultar MARTINS, Ricardo Marcondes. *Teoria neoconstitucional do poder de polícia – Estudos de direito administrativo neoconstitucional*. São Paulo: Malheiros Editores, 2015, p. 447-493.

¹⁴ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

¹⁵ De acordo com as preleções de Celso Antônio Bandeira de Mello: “A *atividade estatal de condicionar a liberdade e a propriedade ajustando-as aos interesses coletivos designa-se ‘poder de polícia’*. A expressão, tomada neste sentido amplo, abrange tanto atos do Legislativo quanto do Executivo. Refere-se, pois, ao complexo de medidas do Estado que delinea a esfera juridicamente tutelada da liberdade e da propriedade dos cidadãos. (...) A expressão ‘poder de polícia’ pode ser tomada em sentido mais estrito, relacionando-se unicamente com as intervenções, quer gerais e abstratas, como regulamentos, quer concretas e específicas (tais as autorizações, as licenças, as injunções), do Poder Executivo destinadas a alcançar o mesmo fim de prevenir e obstar ao desenvolvimento de atividades particulares contrastantes com os interesses sociais. Esta acepção mais limitada responde à noção de polícia administrativa.” (BANDEIRA DE MELLO, 2013, p. 829.)

No que tange à delimitação do sentido estrito do poder de polícia, ou seja, dos atos atinentes à polícia administrativa, propõe-se investigar de forma analítica não o instituto do poder de polícia em sua abrangência integral – é saber, em sentido amplo, que envolve tanto os atos legislativos quanto os atos administrativos ensejadores de condicionar a liberdade e a propriedade dos particulares para a manutenção da higidez do interesse público –, mas tão-somente os atos oriundos da competência da administração pública. Isso porque são estes atos que estão íntima e efetivamente vinculados à função administrativa e que recebem diretamente os influxos do regime jurídico público-administrativo, regime jurídico este, aliás, a ser intensamente estudado na Parte I desta dissertação por ser ele o ambiente jurídico elementar e essencialmente norteador da polícia administrativa.

Já a segunda delimitação, restringirá a abrangência do poder de polícia “no enfoque de uma possível crise institucional”, a qual não apresenta entendimento pacífico na doutrina em geral. Serão estudadas especificamente as razões que identificam essa possível crise do poder de polícia e se tal assertiva sobre a crise, firmada por alguns juristas administrativistas de inquestionável relevância global, notadamente o argentino Agustín A. Gordillo¹⁶, são compatíveis com as premissas jurídicas do regime jurídico público-administrativo e com o ordenamento jurídico pátrio. Além disso, analisar-se-á o enfoque da crise do poder de polícia tanto pelo âmbito da subsunção das leis, proposta pela concepção legalista do Direito, quanto pelo âmbito neoconstitucional da ponderação de princípios (enquanto normas jurídicas) para compreender se tais concepções do Direito podem influenciar no entendimento sobre a crise do poder de polícia.

Com esses dois parâmetros de delimitação muito bem determinados e delineados, a temática central desta dissertação sofrerá uma importante especificação que produzirá a redução de amplitude do instituto do poder de polícia tendo como enfoque da pesquisa: (i) a crise do instituto do poder de polícia e; (ii) não o sentido amplo do poder de polícia, mas seu sentido estrito, especificamente em relação aos atos da administração pública – polícia administrativa. Além disso, o

¹⁶ Sobre o estudo referente à crise do poder de polícia elaborado por Agustín Gordillo, consultar: GORDILLO, Agustín. *Tratado del derecho administrativo y obras selectas: Teoría general del derecho administrativo: El poder de policía*. Tomo 8, Sección III, Capítulo X, 2ª ed. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2013.

tema devidamente delimitado será investigado à luz do ordenamento jurídico pátrio e do regime jurídico público-administrativo inseridos na concepção legalista do Direito – legalidade estrita (subsunção das normas – leis) – e do neoconstitucionalismo (ponderação dos princípios jurídicos – enquanto normas jurídicas).

A justificativa para a formulação do tema remete a uma inquietação pessoal que busca uma explicação jurídica da necessidade de se manter, ainda nos dias de hoje, a utilização do instituto jurídico do poder de polícia administrativa que, ao menos em relação à nomenclatura utilizada – poder de polícia –, remete ao período do Estado de Polícia que, conforme preleciona Clovis Beznos¹⁷, é um período em que não se concebia qualquer tipo de questionamento das decisões da autoridade soberana – príncipe –, sendo certo, também, que tamanho poder concentrado na figura de uma só autoridade, representava a inexistência de direitos individuais e humanos e a não observância das leis como critério balizador das decisões adotadas, por se acreditar à época que o príncipe era um representante divino e que seus poderes eram oriundos de uma crença metafísica¹⁸, o que seria, em sua essência, a antítese da concepção do atual Estado Social e Democrático de Direito.

Nesse sentido, faz-se necessária uma maior compreensão das razões pelas quais a administração pública permanece a utilizar o instituto do poder de polícia – ou, ao menos, a utilização de sua nomenclatura encampada em um conteúdo mais moderno do regime jurídico público-administrativo – para a defesa da boa ordem da coisa pública¹⁹, bem como, compreender o panorama hodierno da

¹⁷ O mencionado autor Clovis Beznos esclarece o Estado Polícia da seguinte forma: “*Confundem-se na atividade policial desse Estado (Estado Polícia), a autoridade prepotente, sem limitações e sem lei. É característico do mesmo, o total desconhecimento da pessoa humana, e evidente é a inexistência de direitos.*

Considerava-se, então, que o príncipe era um representante divino, eleito por Deus para governar na terra e decidir o destino individual dos homens.

Dessa forma, não se devia supor que as suas decisões, quaisquer que elas fossem, tivessem o sentido de realizar o mal, já que ele representava a vontade de Deus. Tal domínio totalitário, encontrava sua justificativa no sentido de que a vontade do príncipe, tendia sempre a realizar a felicidade de seus súditos”. (BEZNOS, 1979, p. 14-15).

¹⁸ Pelo dicionário on-line da língua portuguesa Michaelis, o termo “*metafísico*” possui diferentes significados, tendo sido empregado no presente trabalho como: “*2 Que transcende os limites da experiência possível; transcendental, transcendente*”. (Consultar o dicionário brasileiro da língua portuguesa – Michaelis On-line – <https://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/metafisico/>).

¹⁹ Conforme enfatiza Otto Mayer em seu conceito clássico de poder de polícia. Ver nota de rodapé nº. 9 deste estudo.

crise em que o poder de polícia administrativa enfrenta para manter legítimo seu conteúdo jurídico em função do regime jurídico público-administrativo.

Contudo, a temática não é simples. Possui uma problematização que envolve a evolução da percepção de como deve ser concebido, interpretado e aplicado o instituto jurídico do poder de polícia na sociedade; e a evolução de um instituto jurídico tão relevante quanto o poder de polícia, acaba por criar *imbróglis* e gerar crises. Nesse sentido, a temática proposta advém da problematização das possíveis incompatibilidades de interpretação jurídico-normativas que promovem desconformidades do instituto do poder de polícia administrativa em relação ao hodierno sistema jurídico – na concepção legalista do Direito e na concepção neoconstitucional do Direito – que interpreta, regimenta e disciplina as funções público-administrativas e, assim sendo, são passíveis de gerar interpretações que identificam verdadeiras crises na ordem jurídica.

Essa problematização abrange a investigação de três aspectos da temática proposta: (i) apresentar e identificar o ambiente jurídico, é saber, o regime jurídico que norteia e delimita o campo de atuação da administração pública e sua função administrativa – regime jurídico público-administrativo; (ii) compreender os contornos essenciais do poder de polícia administrativa e; (iii) observar a compatibilidade da atual noção jurídica de poder de polícia administrativa com as balizas jurídico-normativas do regime jurídico público-administrativo nas concepções legalista e neoconstitucional do Direito, identificando assim, se de fato é juridicamente concebível uma crise do poder de polícia administrativa.

Diante de toda a problematização exposta, esta dissertação propõe responder ao seguinte questionamento: o instituto do poder de polícia administrativa, concebido na visão legalista e na visão neoconstitucional do Direito, apresenta desconformidade com o regime jurídico público-administrativo de tal forma a gerar uma crise do instituto? Com a obtenção dessa resposta, espera-se alcançar um maior esclarecimento sobre a possível crise do instituto do poder de polícia ventilada por juristas de renome com visões interpretativas distintas do Direito.

Apresentado o questionamento a ser respondido no final de toda a exposição deste trabalho dissertativo, vale também enfatizar os objetivos gerais e específicos que orientam a presente pesquisa. Como objetivo geral, este trabalho visa ao estudo da atual conjuntura jurídica do instituto do poder de polícia

administrativa e sua compatibilidade com o regime jurídico público-administrativo. Já o objetivo específico é o de analisar e identificar possíveis desconformidades do poder de polícia administrativa passíveis de gerar uma atual crise desse instituto jurídico à luz do ordenamento jurídico pátrio concebido na visão legalista e neoconstitucional do Direito.

Para tanto, será utilizado o método analítico que permitirá a verificação da conformidade e adequação do poder de polícia administrativa com a essência axiológico-normativa do regime jurídico público-administrativo e do ordenamento jurídico pátrio, balizas jurídicas do atual Estado Social e Democrático de Direito, bem como, uma análise comparativa das doutrinas que dissertam sobre o tema. Portanto, essa metodologia possibilitará obter conclusões objetivas da existência ou não de uma crise do poder de polícia administrativa.

Esta dissertação será estruturada em duas partes: a Parte I abordará os assuntos inerentes às características fundamentais do regime jurídico público-administrativo e servirá como orientação prévia e indispensável para se compreender em qual ambiente jurídico, é saber, qual o sistema e regime jurídico o poder de polícia se coaduna – ou deveria se coadunar – para gerar efeitos sem ofensas ao ordenamento jurídico e ao Estado Social e Democrático de Direito e; a Parte II que introduzirá e enfatizará o tema principal desta dissertação, anotando os assuntos referentes ao poder de polícia, notadamente o poder de polícia administrativa, a sua crise na ótica legalista e neoconstitucional do Direito, bem como, a nova perspectiva do debate da crise do poder de polícia administrativa a envolver outros institutos jurídicos administrativos, a saber: a regulação administrativa das atividades econômicas das pessoas privadas.

A Parte I conterá 2 (dois) capítulos. O capítulo 1 discorrerá sobre as premissas e características elementares para a identificação de um sistema jurídico de natureza pública, é saber, um regime jurídico especial – regime jurídico de direito público – que não se confunde com o regime jurídico comum – regime jurídico privado. Nesse capítulo serão abordadas, essencialmente, as características que tornam o regime jurídico público um regime especial. Assim, serão abordadas, de início, as distinções básicas entre o regime jurídico comum e o regime jurídico especial e, em seguida, breves noções sobre sistema jurídico. Logo após, será apresentada a concepção de interesse público; as diferenças entre o interesse

público primário e secundário e interesse público em sentido amplo e em sentido estrito. Será abordado, ainda, o conceito de função pública, trazendo orientações perfunctórias sobre a distinção entre as funções jurisdicional, legislativa e administrativa, sendo esta última imprescindível para a compreensão do instituto jurídico do poder de polícia administrativa.

Já o capítulo 2 tratará das especificidades do regime jurídico público-administrativo, apresentando, pela concepção de Celso Antônio Bandeira de Mello, os primados do regime jurídico público-administrativo, quais sejam: a supremacia do interesse público sobre o privado e a indisponibilidade do interesse público pela administração. Devido ao fato da supremacia do interesse público sobre o privado não ser pacífica na doutrina e gerar muita controvérsia na comunidade jurídica, será apresentada a crítica de Humberto B. Ávila em relação a este primado e, logo após, anotar-se-á uma possível justificativa para a divergência de concepção dos dois doutrinadores e, para tanto, será necessário tecer breves considerações sobre as espécies normativas de Ronald Dworkin²⁰ e sobre a estrutura da norma jurídica, desenvolvida por Robert Alexy²¹, que tratam de uma visão mais contemporânea do Direito em suas bases neoconstitucionais. Essa breve consideração sobre as espécies normativas e sobre a estrutura da norma jurídica será importantíssima para nortear a compreensão da teoria neoconstitucional do poder de polícia firmada por Ricardo Marcondes Martins, apresentada na Parte II deste estudo, no item 4.4.

A Parte II desta dissertação será um divisor de águas do estudo, vez que, somente a partir dela, o tema principal proposto passará a ser diretamente tratado – o poder de polícia e sua crise –, e será estruturada nos capítulos 3 e 4. No capítulo 3 será apresentada uma linha histórica da evolução do termo “polícia”, com as noções de sua gênese, passando pela visão clássica até chegar na visão contemporânea do poder de polícia. Será identificada uma importante classificação desse instituto jurídico em duas espécies – em sentido amplo e em sentido estrito – e, em seguida, serão anotadas as características consideradas mais relevantes do instituto do poder de polícia em sentido estrito, já que é essa espécie – a polícia administrativa –, o foco principal deste estudo.

²⁰ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

²¹ ALEXY, 2014.

O capítulo 4 tratará da crise institucional do poder de polícia administrativa, tendo como referência a percepção de crise vislumbrada por Agustín A. Gordillo²². Logo após, será discutida uma teoria que anota uma crise conceitual de incompatibilidade do poder de polícia administrativa com o regime jurídico público-administrativo e o Estado Social e Democrático de Direito, propondo a substituição do termo “poder de polícia administrativa” por “limitações administrativas à liberdade e à propriedade”. Também neste item será necessário apresentar breves considerações sobre a teoria interna e externa das restrições dos direitos fundamentais. Logo após será apresentada a teoria neoconstitucional do poder de polícia que propõe a manutenção do poder de polícia administrativa, mas tendo como premissa a visão neoconstitucional do Direito e, por fim, será apresentada uma proposta que identifica a continuidade e a extensão hodierna do debate sobre a crise do poder de polícia administrativa a envolver o instituto jurídico da regulação administrativa nos âmbitos do Estado-Regulador e do Estado-Prestador de Serviço.

Ao fim e ao cabo, serão apresentadas as conclusões obtidas das análises comparativas das doutrinas identificadas ao longo de toda a exposição, em especial trazendo uma resposta objetiva para a problematização proposta nesta dissertação, a qual vale a pena aqui ser novamente enfatizada: o instituto do poder de polícia administrativa, concebido na visão legalista e na visão neoconstitucional do Direito, apresenta desconformidade com o regime jurídico público-administrativo de tal forma a gerar uma crise do instituto?

Por certo a exposição deste trabalho não exaurirá o tema proposto referente à crise do poder de polícia administrativa e a compatibilidade desse instituto jurídico com o regime jurídico público-administrativo, com o ordenamento jurídico pátrio e com o Estado Social e Democrático de Direito – Estado esse que temos, enquanto cidadãos, o dever de respeitar e defender; tampouco pacificará as divergências que permeiam as percepções dogmáticas e as discussões doutrinárias sobre o tema, por ser ele deveras complexo. No entanto, se este estudo conseguir, minimamente, lançar luz sobre os assuntos que serão aqui abordados para um melhor esclarecimento da comunidade jurídica, sem dúvida nenhuma, os esforços

²² GORDILLO, Agustín. *Tratado del derecho administrativo y obras selectas: La defensa del usuario y del administrado*. Tomo 2, Sección III, Capítulo V, 10ª ed. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2014.

desprendidos na pesquisa que ora toma forma, já terão atingido seu desiderato... é o que se espera deste estudo.

PARTE I – O REGIME JURÍDICO PÚBLICO-ADMINISTRATIVO

CAPÍTULO 1 – O REGIME JURÍDICO DE DIREITO PÚBLICO

1.1. Considerações Preliminares

Para se ter uma noção preliminar do significado da expressão regime jurídico de direito público, é necessário, antes de mais nada, compreender que a vida em sociedade não se dá por pessoas iguais, de naturezas iguais ou movidas por interesses iguais. A vida em sociedade, ao contrário disso, se constrói a partir da diversidade da população que a constitui, que é tão mais complexa quanto maior for a diversidade de seus cidadãos, instituições e corporações. Não se espera, ou ao menos, não se deveria esperar, por homogeneidades na formação de qualquer nação tão complexa quanto as que, hodiernamente, constituem países no mapa político global, exatamente porque, se assim não fosse, bastariam breves estudos histórico-sociológicos para se compreender e sistematizar a vida em sociedade.

Em que pese este trabalho não se propor ao estudo sociológico das diversidades de uma sociedade, ou de parte dela, é importante deixar claro que as complexidades da sociedade exigem construções teóricas e empíricas em estudos que justifiquem as diferentes especificidades sociais. Só assim as áreas do saber poderão contribuir, cada qual a sua maneira, com o desenvolvimento e a evolução da humanidade.

Pois bem, mas o que vale considerar em termos de diversidade para a ciência jurídica – mais especificamente para a compreensão do regime jurídico de direito público? O que vale considerar é que devido às diferentes naturezas e interesses das pessoas jurídicas que constituem uma sociedade, não é possível conceber um regime geral que discipline de forma satisfatória todas as diferentes possibilidades de situações e relações jurídicas ali existentes. Faz-se necessário, a partir das diversidades essenciais apresentadas pelas pessoas jurídicas que constituem a sociedade, a construção e a distinção de regimes jurídicos diversos, que permitam informar e disciplinar de forma sistemática e eficaz as especificidades e as características básicas das situações jurídicas de determinados grupos

principais que constituem uma sociedade, bem como, as relações jurídicas que estes grupos estabelecem entre si.

Não se almeja com isso a criação de um sem número de regimes jurídicos que segregue ainda mais uma sociedade já díspar de isonomia, justiça social e oportunidades materiais; o que se quer dizer, no entanto, é que os regimes jurídicos a serem estabelecidos, acolhidos e efetivamente aplicados devem ser tantos quanto necessários para que as relações jurídicas existentes na sociedade sejam agrupadas de acordo com suas semelhanças e características jurídicas básicas, é saber: os direitos, as obrigações e deveres que as pessoas jurídicas devem respeitar e cumprir no convívio social cotidiano.

Sem embargo, a Constituição Federal, definidora maior da estrutura política e jurídica da sociedade brasileira, já dispõe sobre tais e quais regimes jurídicos basilares a sociedade brasileira está estruturada, e o fez estabelecendo dois regimes jurídicos: (i) há um regime jurídico de direito privado – que disciplina as relações horizontais de pessoas jurídicas que se apresentam em equilíbrio umas em relação as outras e que dispõe de liberdade de atuação para buscar seus interesses particulares da forma que melhor as convirem, desde que, é claro, não promovam qualquer ofensa aos comandos normativos legais postos²³ e; (ii) há um regime jurídico de direito público – que disciplina as relações verticais que envolvem a atuação estatal com as pessoas privadas, bem como, a disciplinar a situação jurídica de autoridade e comando estatal e sujeições especiais da atividade pública para ser possível o pleno cumprimento das funções públicas que estão sob o encargo do Estado para atender o interesse alheio, é saber: o interesse da coletividade.

Aqui se chega ao primeiro ponto de referência jurídica imprescindível deste estudo: em regra, o regime jurídico de direito público deve ser concebido e aplicado em separado do regime jurídico de direito privado. Este, trata de um regime geral privado e dispõe sobre as relações gerais das pessoas privadas, as quais gozam de liberdade e estão sob o influxo do princípio da autonomia da vontade para negociar, constituir obrigações e exigir – administrativa ou judicialmente – que seus

²³ Consultar Constituição Federal, art. 5º, *caput* e inc. II:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.

direitos sejam garantidos. Aquele, é um regime especial e dispõe sobre a função pública, sobre os deveres do Estado de tutelar o interesse coletivo, sendo certo que, para o devido cumprimento de seus deveres, o Estado é investido de prerrogativas e possui autoridade e comando para constituir unilateralmente os particulares em obrigações, além disso, apresenta sujeições, ora especiais, para limitar e restringir o uso de suas prerrogativas, tão-somente, em relação a quem estiver efetivamente vinculado, ora gerais, firmando seus regramentos com amplitude e fundamento no ordenamento jurídico e em relação a toda a coletividade, evitando assim, abusos de poder. Esses dois distintos regimes – regime jurídico privado e regime jurídico público –, portanto, por disciplinarem situações e relações jurídicas de naturezas, em regra, incomunicáveis e de características díspares entre si, devem ser tratados separadamente, em ambientes jurídicos contentores, cada qual, das peculiaridades afetas as suas características jurídicas exclusivas.

No dito popular, é dizer: “separar o joio do trigo”. É separar um regime jurídico – que concebe a liberdade e a autonomia da vontade das pessoas privadas, e que permite, estimula e protege a vontade individual para, de forma livre, interagir entre si, a fim de negociar e firmar contratos privados em busca de seus próprios interesses –, de outro, completamente distinto – que alicerça as suas premissas na função pública, no dever estatal de tutelar o interesse alheio, ou seja, no interesse da coletividade, e que, para tanto, estabelece que o Estado lance mão de prerrogativas de autoridade e comando para bem cumprir suas funções públicas: sem qualquer margem de liberdade; sem autonomia da vontade para satisfazer interesses próprios e; sem motivação de lucro estatal. Nessa mesma linha preleciona Luis Manuel Fonseca Pires que, muito embora o Direito seja uno, surge a necessidade de se distinguir o Direito Público e o Direito Privado, especialmente para que sejam identificadas as relações que importam o interesse preponderante do Estado e a sua supremacia²⁴. Essa distinção é também observada na doutrina de

²⁴ Na letra de Luis Manuel Fonseca Pires, tem-se que: “O Direito é mesmo uno, mas as inúmeras necessidades sociais reclamam a especialização de regras e princípios próprios a cada contexto social, o que engendrou, desde os primórdios da civilização romana, a primeira significativa cisão de dois ingentes gêneros desta ciência: o Direito Público e o Direito Privado – o primeiro distingue-se do segundo sobretudo porque se identificam nas relações jurídicas a ele remetidas o ‘interesse preponderante do Estado’ e a sua ‘posição de supremacia na relação’”. (PIRES, 2006, p. 61).

Marçal Justen Filho ao enfatizar que o reconhecimento da funcionalização dos interesses e direitos privados não elimina a distinção entre público e privado²⁵.

E quando se enfatiza a necessidade de conceber de forma separada o regime jurídico de direito público do regime jurídico de direito privado, não se está a subjugar um em detrimento do outro, mas tão-somente, a pretender que cada qual discipline da forma mais ampla e eficaz possível as situações e relações jurídicas atinentes a sua respectiva natureza jurídica. Primeiro, para que cada regime identifique, sistematize e aprimore seus comandos normativos para melhor aplicá-los em seu campo de atuação, quer seja para garantir os direitos individuais fundamentais dos particulares, quer seja para resguardar a harmonia do convívio social na persecução do interesse da coletividade que, como será apresentado em capítulo específico ao que se segue, não se apresenta como a contraparte dos interesses privados de cada cidadão. Segundo, para evitar que as concepções norteadoras de um regime jurídico interfiram substancialmente no *modus operandi* do outro, de tal forma a manter hígida a configuração jurídica básica de cada regime firmada na própria Constituição Federal. Portanto, é essencial enfatizar a importância de cada um dos regimes jurídicos, cada qual a regular as relações jurídicas que lhes são atinentes, bem como, manter a coexistência harmônica de ambos os regimes jurídicos para não desconfigurar o programa político-normativo originário da Constituição Federal.

Uma vez definida essa importante separação de regimes como critério essencial e como pontapé inicial para o aprofundamento e a compreensão do regime jurídico de direito público – regime especial – que rege e norteia toda a discussão deste estudo, é possível a partir de agora, uma maior pormenorização desse regime que, como dito *en passant*, rege as relações verticais do Estado com os particulares e, por isso mesmo, dispõe sobre a legitimidade das atividades estatais que condicionam a liberdade e a propriedade privada por meio de abstenções, ou seja, obrigações de não fazer ou de suportar, em prol de interesses coletivos – poder de polícia –, assunto fulcral a ser tratado objetivamente na Parte II

²⁵ Anota Marçal Justen Filho: “O reconhecimento da funcionalização dos interesses, direitos e atividades privadas não significa a eliminação da distinção entre público e privado. Continuam a existir o regime o regime de direito público, a função pública e os interesses públicos, inconfundíveis com aqueles privados”. (JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 9ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 143).

deste estudo. Entretanto, antes mesmo da definição e dos contornos característicos do regime jurídico de direito público, é importante fixar relevante entendimento sobre a ideia de sistema jurídico, interesse público e função pública para, só então, adentrar ao regime jurídico de direito público propriamente dito.

1.2. Noções de Sistema Jurídico

Para ser possível compreender a extensão e o alcance de um regime jurídico, é importante ter muito bem aclarada a ideia de sistema jurídico. De acordo com a doutrina de Geraldo Ataliba, de um lado, a ideia de sistema estabelece a acepção de integração de elementos que possuem similaridades entre si, é saber, concatena elementos que possuem identidade em suas características principais. Por outro, aglutina elementos semelhantes em um conjunto unitário e coeso²⁶. Disso, extrai-se uma primeira ideia de sistema jurídico: a de integrar e aglutinar elementos que apresentem características comuns entre si, de tal sorte a ser possível formar um conjunto sistêmico íntegro que, apesar de compactar seus elementos constituidores, permite a interação com outros valores e conjuntos sistêmicos ainda mais amplos que apresentem similaridades normativas a ele, até se alcançar um sistema fundamental.

Contudo, um sistema, conquanto não seja um sistema fundamental, holístico em sua acepção global, não se dispõe de forma completa sem que apresente alguma relação de subordinação a um sistema maior, fundamental de todo o ordenamento. Isso, aplicado à realidade jurídico-normativa brasileira, significa que qualquer sistema jurídico disposto no ordenamento jurídico brasileiro apresenta em algum grau, conexão e dependência ao programa constitucional originário, isto é, ao sistema jurídico fundamental disposto na Constituição Federal.

²⁶ Geraldo Ataliba define sistema da seguinte forma: “O caráter orgânico das realidades componentes do mundo que nos cerca e o caráter lógico do pensamento humano conduzem o homem a abordar as realidades que pretende estudar, sob critérios unitários, de alta utilidade científica e conveniência pedagógica, em tentativa de reconhecimento coerente e harmônico da composição de diversos elementos em um todo unitário, integrando em uma realidade maior. A esta composição de elementos, sob perspectiva unitária, se denomina sistema.” (ATALIBA, Geraldo. *Sistema constitucional tributário brasileiro*. São Paulo: Editora RT, 1968, p. 4).

Isso não quer dizer que um sistema parcial – ou subsistema – não possa ser especificamente estudado para uma maior compreensão de seus pormenores, mas que a sua plena compreensão depende da orientação balizadora disposta pelos sistemas mais abrangentes, em especial do sistema fundamental constitucional. O que se quer dizer com isso, efetivamente, é que tanto os sistemas amplos quanto os mais restritos, vinculam-se entre si, nas palavras de Geraldo Ataliba, por uma *função coordenada*²⁷ característica dos sistemas jurídicos, que integra os elementos e as partes de cada um desses sistemas, possibilitando a completa compreensão, harmônica e coesa, de todo o sistema jurídico em sua integralidade.

É importante salientar que essa percepção de sistema enquanto integração de elementos que possuem identidade em suas características principais e que vincula as suas mais diversas camadas por meio da função coordenada, não representa uma posição isolada da doutrina brasileira. É possível anotar a concepção da doutrina alemã de Claus-Wilhelm Canaris no sentido de que “*sistema é a unidade, sob uma ideia, de conhecimentos diversos ou, se se quiser, a ordenação de várias realidades em função de pontos de vista unitários*”²⁸.

Para Canaris, é fundamental dentro do pensamento sistemático, é saber, a concepção de sistema na ciência do Direito, a observância de duas características fundamentais: a ordenação – enquanto adequação valorativa – e; a unidade da própria ordem jurídica²⁹. Essa mesma linha de entendimento sobre

²⁷ Na obra de Geraldo Ataliba se extrai com maior clareza a ideia de função coordenada dos sistemas jurídicos: “*Os elementos de um sistema não constituem o todo, com sua soma, com suas simples partes, mas desempenham cada um a sua função coordenada com a função dos outros*”. (ATALIBA, 1968, p. 4).

²⁸ Essa é a ideia de sistema de Direito aplicável às relações estáveis proposta por Canaris, baseando-se nas noções kantianas. Para maiores esclarecimentos sobre a visão do autor alemão consultar CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, p. LXIV. Para a compreensão da visão de sistema de Immanuel Kant, que se apresentava no jusracionalismo – na transição do jusnaturalismo para o juspositivismo, consultar KANT, Immanuel. *Crítica da pura razão*. Trad. de J. Rodrigues de Meringe, 2ª ed. 1787, p. 860. Versão eletrônica homepage: <http://br.egroups.com/group/acropolis>.

²⁹ O jurista alemão anota que: “*Há duas características que emergiram em todas as definições [apresentadas previamente]: a da ‘ordenação’ e a da ‘unidade’; elas estão, uma para com a outra, na mais estreita relação de intercâmbio, mas são, no fundo, de separar. No que respeita, em primeiro lugar, à ordenação, pretende-se, com ela – quando se recorra a uma formulação muito geral, para evitar qualquer restrição precipitada – exprimir um estado de coisas intrinsecamente racionalmente apreensível, isto é fundado na realidade. No que toca à unidade, verifica-se que este fator modifica o que resulta já da ordenação, por não permitir uma dispersão numa multitude*”.

sistema já era concebida por Carl Friedrich Savigny: “o sistema é a concatenação interior que liga todos os institutos jurídicos e as regras de Direito numa grande unidade”³⁰.

Além disso, é imprescindível anotar a importância dos postulados normativos para a completude dos sistemas e do próprio ordenamento jurídico como um todo. Um postulado normativo³¹ é um juízo de valor imanente no seio da sociedade e se configura como um pressuposto epistemológico³² para todo o sistema normativo, servindo como um norte orientador para a interpretação normativa da Constituição. Isto é, são juízos de valores que independentemente de estarem ou não expressos na Constituição, emanam influxos diretivos de

de singularidades desconexas”. (CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. 3ª ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, p. 12-13). E logo adiante, em nota de rodapé, acrescenta à ideia de ordenação: “Poder-se-ia, ainda aqui, falar de ordenação uma vez que a conexão já representa, em particular, uma das suas formas, enquanto cada ordenação como tal comporta sem dúvida, já em si, a tendência para a unidade”. (Ibid., p. 13, nota de rodapé nº 14 da obra.)

³⁰ SAVIGNY, Carl Friedrich. *System des heutigen römischen Rechts*. vol. I, 1840, p. 214 apud CANARIS, 2002, p. 10-11.

³¹ Celso Ribeiro Basto preleciona sobre os postulados normativos da seguinte forma: “Postulado é um comando, uma ordem mesma, dirigida à todo aquele que pretende exercer a atividade interpretativa. Os postulados precedem a própria interpretação, e se quiser, a própria Constituição. São, pois, parte de uma etapa anterior à de natureza interpretativa, que tem de ser considerada enquanto fornecedora de elementos que se aplicam à Constituição, e que significam, sinteticamente, o seguinte: não poderás interpretar a Constituição devidamente sem antes atentares para estes elementos. Trata-se de uma condição, repita-se, da interpretação. Não se terá verdadeira atividade interpretativa se não estiver o intérprete bem imbuído dessas categorias. Concluindo, o intérprete fica diante de enunciados cogentes, dos quais a sua atividade (interpretativo-constitucional) não pode descurar”. (BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e interpretação constitucional*. 3ª ed. São Paulo: Celso Bastos Editora, 2002, p. 165).

Nessa mesma linha anota Ricardo Marcondes Martins: postulados normativos “são juízos necessários à realização do ato de promulgar uma Constituição, pressuposto epistemológico dela, são elementos normativos que fazem parte do sistema jurídico. São elementos normativos sim, mas especiais, pois independem de positivação... Esses elementos normativos, pressupostos epistemológicos do sistema normativo, necessários à realização do ato de editar uma Constituição, são chamados de postulados normativos”. (PIRES, Luis Manuel Fonseca; MARTINS, Ricardo Marcondes. *Um diálogo sobre a justiça: a justiça arquetípica e a justiça deontica*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 54). Já para Humberto B. Ávila, os postulados normativos devem ser compreendidos da seguinte forma: “Os postulados normativos são entendidos como condições de possibilidade do conhecimento do fenômeno jurídico. Eles, também por isso, não oferecem argumentos substanciais para fundamentar uma decisão, mas apenas explicam como pode ser obtido o conhecimento do Direito. As condições de possibilidade do conhecimento jurídico reveladas pela hermenêutica jurídica são postulados normativos”. (ÁVILA, Humberto. *Repensando o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular*. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 11, set/out/nov, 2007, p. 5).

³² Epistemológico – relativo a episteme (epistemologia) – 1 Conjunto de conhecimentos sobre a origem, a natureza, as etapas e os limites do conhecimento humano; teoria do conhecimento. (Consultar Dicionário Michaelis online da Língua Portuguesa – <https://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/epistemologia/>).

interpretação que as normas jurídicas devem corresponder, sob pena de incorrer em contradição performativa³³. Dessa forma, não está correto afirmar que o constituinte originário possui ilimitação em sua competência, já que, até mesmo as normas constitucionais – sistema normativo constitucional fundamental – devem respeitar os juízos de valores advindos dos postulados normativos.

Um sistema jurídico, portanto, preordena e delimita normativamente os comandos normativos que são utilizados no cumprimento das mais diversas diretrizes dispostas no ordenamento jurídico, constituindo verdadeiros regimes jurídicos. Portanto, sistema jurídico e regime jurídico são expressões que possuem íntima conexão, sendo possível compreender o termo regime jurídico como sendo um sistema integrativo de elementos jurídicos – normas jurídicas (regras e princípios³⁴) – que se concatenam e se ordenam entre si devido à identidade de

³³ Contradição performativa é a não observância ou a negação, direta ou indireta, seja pelo constituinte originário, seja pelo legislador em sua competência reformadora, dos juízos de valores advindos dos postulados normativos que informam, balizam e limitam normativamente a Constituição. Como os postulados normativos, na lição de Celso Ribeiro Bastos, “*precedem o próprio exercício da atividade interpretativa da Constituição*” (ver parte inicial da nota de rodapé nº 31 deste estudo), servido como verdadeiros pressupostos hermenêuticos, contraditar tais valores significa não somente gerar conflitos axiológico-normativos na Constituição, mas também, alterar a eficácia performativa da própria Constituição por não respeitar valores elementares que serviram de limites, até mesmo, ao constituinte originário. (BASTOS, 2002, p. 166).

³⁴ O termo “princípios” foi empregado no sentido neoconstitucionalista: princípios são normas jurídicas que representam valores positivados e possuem, como característica qualificativa, serem mandamentos de otimização no âmbito das circunstâncias fáticas e jurídicas de cada caso em concreto. Para melhor esclarecimento sobre o tema, consultar ALEXY, 2014, p. 90. Importante esclarecer que “princípios”, para a teoria dos sistemas difundida por Geraldo Ataliba e Celso Antônio Bandeira de Mello, não são considerados normas jurídicas, mas ideias-chave do sistema jurídico; são vetores de interpretação das normas; elementos que permitem ordenar o conjunto normativo numa perspectiva unitária. Sobre a concepção de princípios na teoria dos sistemas consultar ATALIBA, 1968, p. 4 *et seq.*

Na mesma linha de Geraldo Ataliba e Celso Antônio Bandeira de Mello preleciona o jurista alemão Carl-Wilhelm Canaris: “*Segue-se à proposta aqui feita, a tentativa de entender o sistema como ordem de valores. (...) Na verdade, a passagem do valor para o princípio é extremamente fluida; poder-se-ia dizer quando se quisesse introduzir uma diferenciação de algum modo praticável, que o princípio está já num grau de concretização maior do que o valor: ao contrário deste, ele já compreende a bipartição, característica da proposição de Direito em previsão e consequência jurídica. (...) O princípio ocupa pois, justamente, o ponto intermédio entre o valor, por um lado, e o conceito, por outro: ele excede aquele por estar já suficientemente determinado para compreender uma indicação sobre as consequências jurídicas e, com isso, para possuir uma configuração especificamente jurídica e ultrapassa este por ainda não estar suficientemente determinado para esconder a valoração*” (CANARIS, 2002, p. 86). E arremata logo em seguida: “*Isso não significa, evidentemente, que ele aparente, no restante, já a forma de uma disposição jurídica; ele distingue-se antes desta por não estar ainda, em regra, suficientemente concretizado para permitir uma subsunção, precisando, por isso de uma <<normatização>>. Isso não modifica, contudo, em nada, a justeza da diferenciação proposta entre princípio e valor; princípio, ao contrário do valor, indica sempre, pelo menos, a direção da consequência jurídica, embora pormenores possam ficar em aberto. (...) De resto, é de admitir que os valores jurídicos se deixam facilmente reformular nos correspondentes princípios e que, por isso, as delimitações são fluidas – tratando-se apenas de*

suas características principais, mantendo a lógica e a coesão de todo o conjunto sistêmico³⁵ em um regime específico.

Fixar a compreensão de harmonia, coesão, ordenação, unidade e integridade dos elementos constituidores dos regimes e sistemas jurídicos, bem como, a ideia de função coordenada entre os sistemas parciais e o sistema mais amplo – consolidando a acepção de sistema e regime jurídico – é imprescindível para evitar que interferências metajurídicas pautadas em fundamentos ideológicos, comerciais e econômicos, díspares da própria essência do programa constitucional originário vigente e da ciência do Direito, passem a modificar a concepção sistêmica definida pela própria Constituição Federal. Manter a proposta político-normativa do sistema fundamental constitucional vigente é uma questão de soberania nacional, respeito ao ordenamento jurídico posto e ao Estado Social e Democrático de Direito, portanto, a higidez do regime jurídico que disciplina determinada matéria e do sistema jurídico, tanto parcial – subsistema – como global – do sistema como um todo – é uma tarefa árdua que se impõe aos operadores do direito.

Firmada a noção de sistema jurídico e sua conexão com o entendimento de regime jurídico, passa-se para o tema do interesse público, assunto essencial para a compreensão do regime jurídico de direito público.

1.3. O Interesse Público

Dado esse primeiro passo para a compreensão do regime jurídico enquanto sistema, faz-se necessário, agora, esclarecer o significado de um importante componente que congrega os elementos constituintes do sistema ou regime jurídico público, qual seja: o interesse público. Verificou-se que o regime

diversos graus de um processo de concretização em si contínuo (que, na sua fase seguinte, prossegue do princípio para a norma e, aí, aparenta de novo delimitações fluidas)". (CANARIS, 2002, p. 86-87, nota de rodapé nº 147 da obra).

³⁵ Geraldo Ataliba apresenta a sua concepção de sistema de forma similar, anotando o seguinte: "O caráter orgânico das realidades componentes do mundo que nos cerca e o caráter lógico do pensamento humano conduzem o homem a abordar as realidades que pretende estudar, sob critérios unitários, de alta utilidade científica e conveniência pedagógica, em tentativa de reconhecimento coerente e harmônico da composição de diversos elementos em um todo unitário, integrado em uma realidade maior. A composição de elementos, sob perspectiva unitária, se denomina sistema". (ATALIBA, 1968, p. 5).

jurídico se vincula à percepção de conjunto sistêmico – um sistema integrativo de elementos jurídicos – que respeita os valores normativos positivados e os postulados normativos que, como visto, prescindem de positivação e, sendo esse conjunto sistêmico de “natureza pública”, os elementos jurídicos a ele concatenados dispõem, não sobre questões individuais, particulares *per se* de cada cidadão, mas sobre interesses jurídicos referentes à malha social em sua integralidade, ou seja, interesses que envolvem a coletividade como um todo – inclui-se aí, como será verificado, o respeito às individualidades de cada cidadão – em um plexo unitário de necessidades e vontades coletivas e individuais: o interesse público.

A correta compreensão do interesse público é de extrema relevância para se entender a que o regime jurídico público se presta, o que ele protege e por que ele disciplina a atuação estatal de tal e qual maneira. Um primeiro entendimento é que o interesse público não se configura como elemento autônomo e contraposto ao interesse privado. Existe, ainda, uma segunda compreensão que deve ser exaustivamente difundida, tanto na comunidade jurídica quanto na sociedade como um todo, que é a concepção do interesse público, não como um interesse individual do Estado, no qual permitir-se-ia, absurdamente, que o Estado atuasse em busca de seus próprios interesses, mas sim, para promover a persecução do interesse de toda a coletividade. Essas duas importantes percepções a respeito do interesse público devem ser melhor exploradas.

Do primeiro entendimento, foi dito que o interesse público não representa um interesse autônomo que se contrapõe ao interesse privado. Pois bem, isso diz o que o interesse público não é, mas o que ele realmente é? O correto entendimento a ser delineado é que o interesse público representa uma composição dos interesses individuais, que junte os interesses privados de cada cidadão para constituir um interesse amplo e coletivo. Não se está a dizer que essa composição se dá pela simples somatória dos interesses privados, mas que ela constitui o resultado dos interesses dos cidadãos enquanto partícipes da sociedade, é saber: não como indivíduos exclusivos, mas como cidadãos integrantes de uma coletividade. Portanto, o interesse público em nada se identifica a um interesse autônomo e contraposto aos interesses privados, exatamente porque, é ele composto e integrado pelos interesses privados; é dizer, em suma, o interesse privado possui duas dimensões ou facetas: uma dimensão privada, a qual

corresponde aos interesses individuais de cada um e uma dimensão pública que congrega os interesses privados em uma composição coletiva. Esta última é o que representa, portanto, a dimensão pública do interesse privado – interesse público.

Em relação ao segundo entendimento, não se pode confundir o interesse público, enquanto congregação ou conjunto dos interesses privados dos cidadãos com um interesse privado, individual do Estado enquanto pessoa jurídica pública. Essa diferença representa o que se consagrou na doutrina como interesse público primário e interesse público secundário e que o interesse público a ser perseguido e que se configura como elemento imprescindível à essência do regime jurídico público é o interesse público primário, ou seja, aqueles interesses privados congregados dos indivíduos enquanto partícipes da sociedade. Os interesses particulares do Estado enquanto pessoa jurídica de direito público representam o interesse público secundário e só serão motivações legítimas para a atuação do Estado se, e somente se, forem coincidentes com o interesse público primário.

Essa parte introdutória do interesse público é relevante para se ter uma percepção panorâmica desse elemento imprescindível à noção de regime jurídico público. No entanto, por sua importância, vale adentrar de forma mais criteriosa, nas nuances conceituais apresentadas na doutrina de três publicistas brasileiros: Celso Antônio Bandeira de Mello, Ricardo Marcondes Martins e Daniel Wunder Hachem. Tais doutrinas, como se verá, utilizam esses preceitos introdutórios apresentados acima para desenvolver as suas respectivas conceituações de interesse público e, dessa forma, possuem muitos pontos em comum.

1.3.1. Conceito de Interesse Público de Celso Antônio Bandeira de Mello

A visão de interesse público de Celso Antônio Bandeira de Mello se inspira na doutrina italiana que constrói um entendimento de separação entre o interesse coletivo – este denominado interesse coletivo primário – e os interesses secundários – que correspondem aos interesses individuais das pessoas privadas ou interesses individuais do Estado, os quais se distanciam do interesse do todo

coletivo. Assim, Celso Antônio Bandeira de Mello desenvolve o entendimento de que o interesse público surge da acepção do interesse do todo, da interação do conjunto social disposto coletivamente. Esse entendimento fundamental sobre o interesse público passou a corrigir o equívoco de visualizar o interesse público de forma autônoma e contraposta ao interesse privado e difundiu a percepção de intimidade entre o interesse das partes e o interesse do todo³⁶, donde o interesse público seria, exatamente, o próprio resultado da constituição dos interesses privados dos indivíduos, representando uma dimensão dos interesses individuais.

Como o raciocínio do autor paulistano parte da premissa de que o interesse público figura o interesse do todo, toda a conceituação proposta por ele cinge-se na ideia de que não é possível desvincular o interesse público daquilo que o constitui, que são os interesses das partes individuais. Logo, não é possível conceber um antagonismo entre os interesses privados e o interesse público, vez que este estabelece “função qualificada”³⁷ daqueles interesses, é saber: o interesse público é a dimensão pública do próprio interesse privado, por isso mesmo, concebido por Celso Antônio Bandeira de Mello como o interesse do todo.

Com efeito, é corretíssima a percepção de que o interesse do todo figura uma função qualificada; uma dimensão ampla do interesse privado, ou ainda; uma forma específica de manifestação dos interesses das partes. Ora, um simples exercício de raciocínio lógico comprova a íntima conexão entre o interesse público – do todo – e os interesses privados – das partes – pois, se o todo é constituído por partes, logo o interesse do todo só é obtido se forem perseguidos e alcançados os interesses das partes individualmente consideradas, não sendo logicamente possível que haja incompatibilidades entre o interesse do todo e o conjunto de interesses individuais que constituem esse “todo” coletivo.

³⁶ Na letra de Celso Antônio Bandeira de Mello, a ideia do interesse do todo é o que consolida a essência do interesse público: “Ao se pensar em interesse público, pensa-se, habitualmente, em uma categoria ‘contraposta à de interesse privado, individual’, isto é, ao interesse pessoal de cada um. Acerta-se em dizer que se constitui no ‘interesse do todo’, ou seja, do ‘próprio conjunto social’, assim como acerta-se também em sublinhar que não se confunde com a somatória dos interesses individuais, peculiares de cada qual”. (BANDEIRA DE MELLO, 2013, p. 59).

³⁷ Celso Antônio Bandeira de Mello assevera que: “O indispensável é prevenir-se contra o erro de, consciente ou inconscientemente, promover uma separação absoluta entre ambos (interesse público e interesse privado), ‘ao invés de acentuar, como se deveria, que o interesse público, ou seja, o interesse do todo, é ‘função’ qualificada dos interesses das partes’, um aspecto, uma forma específica, de sua manifestação”. (Ibid., p. 60).

Além disso, a conceituação de Celso Antônio Bandeira de Mello destaca uma relevantíssima característica do interesse do todo, que é o aspecto de intertemporiedade da necessidade de realização dos interesses das partes em um momento comum – interesses realizáveis em um mesmo momento temporal –, enfatizando o vínculo coletivo e social que o interesse público promove no conjunto dos interesses particulares dos indivíduos enquanto partícipes da sociedade³⁸ em um dado momento temporal. O que efetivamente se observa a partir desse aspecto de intertemporiedade é que o conceito de interesse público não pode ser afastado do momento social comum ao qual os interesses individuais se apresentam, é saber, não se separa o interesse público da circunstância social que une e vincula os interesses individuais a uma órbita temporal e comum de interação e integração das partes a um todo social e coletivo.

Dessa forma, a conceituação de interesse público de Celso Antônio Bandeira de Mello é apresentada da seguinte maneira:

*O interesse público deve ser conceituado como o interesse 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 serem.*³⁹

Toda essa concepção e conceituação de interesse público firmada por Celso Antônio Bandeira de Mello é um divisor de águas para os juristas e estudiosos do Direito Administrativo no Brasil que se debruçam na busca da essência do regime jurídico público-administrativo. Suas preleções são referências para diversos outros doutrinadores de relevância na matéria, dentre eles, Ricardo Marcondes Martins, que acrescenta à definição de interesse público uma conotação neoconstitucional, como será abordado a seguir.

³⁸ É importante destacar da doutrina de Celso Antônio Bandeira de Mello o excerto que dispõe sobre a característica intertemporal das partes que compõe o interesse público: “Na verdade, 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 nacionais”. (BANDEIRA DE MELLO, 2013, p. 60-61).

³⁹ *Ibid.*, p. 62.

1.3.2. Conceito de Interesse Público de Ricardo Marcondes Martins

A ideia de interesse público de Ricardo Marcondes Martins concebe as características apresentadas por Celso Antônio Bandeira de Mello, dentre elas a percepção de dimensões do interesse privado; a construção da ideia de interesse público pelo conjunto dos interesses das partes individuais e; a ênfase de desvincular o interesse público – interesse coletivo primário – de um interesse privado individual do Estado enquanto pessoa jurídica de direito público – interesse secundário. Dessas três características essenciais de interesse público, Ricardo Marcondes Martins desenvolve de forma pormenorizada a ideia de dupla dimensão do interesse privado⁴⁰, de tal forma a evidenciar que o interesse público são os interesses privados tidos e qualificados em uma dimensão pública. O grau de detalhamento da doutrina de Ricardo Marcondes Martins quanto à concepção de dimensões do interesse privado esclarece amplamente a grande confusão existente, tanto na comunidade jurídica quanto na sociedade como um todo, de conceber de forma antagônica o interesse público e o interesse privado.

De acordo com a sua doutrina, o interesse privado possui duas dimensões: (i) a dimensão privada do interesse privado e; (ii) a dimensão pública do interesse privado. A dimensão privada advém das peculiaridades individuais de cada cidadão, das quais surgem interesses inerentes ao próprio indivíduo, interesses esses específicos de cada pessoa – física ou jurídica – e que não se apresentam de forma similar e conjunta à coletividade; nessa dimensão privada, os indivíduos se preocupam com a sua própria esfera jurídica e buscam garantir que seus interesses não sejam individualmente obstados. Já a dimensão pública do interesse privado – interesse público – abrange os interesses dos indivíduos enquanto partícipes da coletividade; essa dimensão pública não se referencia pela individualidade de cada cidadão, mas pela conglomeração dos interesses privados que surgem em função

⁴⁰ Ricardo Marcondes Martins anota que “*Isoladamente considerado, o particular possui ‘interesses’ próprios, ‘privados’ – eis a ‘dimensão privada do interesse privado’ –; considerado enquanto partícipe de uma sociedade, possui ‘interesses públicos’ – eis a ‘dimensão pública do interesse privado’.* Os interesses públicos também são interesses privados, mas qualificados por sua ‘dimensão pública’”. (MARTINS, Ricardo Marcondes; BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Tratado de direito administrativo, Vol. 5 – Ato administrativo e procedimento administrativo*. 3ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2022, p. 49).

de circunstâncias – fáticas ou jurídicas – comuns entre si; é essa concepção de coletividade que externaliza o interesse público como perceptível na sociedade e que o torna tão importante no dia-a-dia da coisa pública.

Um ponto importante a se destacar dessa percepção de dimensões do interesse privado é que o interesse público não suprime o interesse do particular, exatamente porque, a dimensão pública do interesse privado – interesse público – pressupõe e está em função da própria existência do interesse dos particulares, sendo assim, o interesse público anda *pari passu* com o interesse privado dos indivíduos de ter respeitada a sua esfera jurídica particular⁴¹, isto é, o interesse público concatena e dispõe sobre todos os interesses juridicamente relevantes da sociedade.

Ricardo Marcondes Martins também se vale de uma percepção neoconstitucional para trazer a sua detalhada compreensão do interesse público. Ele enfatiza que o Direito globalmente considerado, o qual é personificado na figura do Estado, não pode ser entendido como um conjunto de normas aleatórias ou caóticas, mas sim, um sistema integrado e coerente de valores positivados – concepção de princípios enquanto normas jurídicas (mandamentos de otimização⁴²) –, e que, portanto, apresenta um direcionamento, uma vontade própria⁴³, e essa vontade se resume à realização do interesse privado de dimensão pública –

⁴¹ A esfera jurídica particular na doutrina de Ricardo Marcondes Martins é um elemento imprescindível para a sua compreensão de interesse público. Assim ele esclarece: “Aos particulares enquanto membros de uma sociedade, não interessa ver suprimida a liberdade privada. Em muitos casos, portanto, a dimensão pública do interesse privado é justamente o respeito à realização da dimensão privada do interesse privado. Nesses casos o interesse público, importa insistir, não é a vontade do particular, mas o respeito a essa vontade. Onde, no âmbito em que se configura a liberdade jurídica, é de interesse público o respeito ao ‘livre-arbítrio’”. (MARTINS; BACELLAR FILHO, 2022, p. 51).

⁴² A construção jurídica de princípios enquanto valores positivados – normas jurídicas – é elaborada na doutrina de Robert Alexy: “Princípios são ‘mandamentos de otimização’, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes”. (ALEXY, 2014, p. 90).

⁴³ Na letra de Ricardo Marcondes Martins tem-se que: “A ordem normativa vigente, o Direito globalmente considerado, personaliza-se no Estado. (...) Suponha-se que o ordenamento jurídico, globalmente considerado, possua uma ‘vontade própria’. Eis o interesse público: é a vontade do conjunto de normas vigentes, conjunto esse tomado não apenas como uma reunião caótica de normas, mas como um todo coerente, um verdadeiro sistema de normas, um ‘ordenamento’. A ‘vontade do ordenamento’ é o ‘interesse público’ e a missão do Estado é realizar essa vontade, consistente sempre no ‘interesse privado de dimensão pública’”. (MARTINS; BACELLAR FILHO, op. cit., p. 51).

interesse público – o qual deve sempre ser perseguido, mesmo quando houver colisão entre dois ou mais valores constitucionalmente positivados – princípios jurídicos – em relação a um determinado caso concreto, situação em que deverá ser realizado um procedimento de ponderação entre os princípios jurídicos envolvidos para concretizar, na maior medida possível, o princípio de maior peso no caso concreto – visão neoconstitucional.

Dessas características principais apontadas da doutrina de Ricardo Marcondes Martins, é construída a sua conceituação de interesse público, nos seguintes termos:

“O interesse público é, nesses termos, a ‘síntese’ de todos os interesses juridicamente relevantes, considerando-se não apenas os interesses de dimensão pública, mas também os interesses meramente privados. Donde: a definição do interesse público (a dimensão pública do interesse privado) não despreza o interesse privado propriamente dito (a dimensão privada do interesse privado).

(...) Eis o interesse público: é a vontade do conjunto de normas vigentes, conjunto esse tomado não apenas como uma reunião caótica de normas, mas como um todo coerente, um verdadeiro sistema de normas, um ‘ordenamento’. A ‘vontade do ordenamento’ é o ‘interesse público’ e a missão do Estado é realizar essa vontade, consistente sempre no ‘interesse privado de dimensão pública’”.⁴⁴

Essa construção doutrinária promove uma inconfundível percepção do interesse público enquanto elemento indispensável à estrutura do regime jurídico de direito público e, também, como um importante fator de integração de ordem social – advinda da dimensão pública do interesse privado –, a representar um elemento constituidor da própria essência do Estado Social e Democrático de Direito.

Além das relevantes conceituações de interesse público elaboradas por Celso Antônio Bandeira de Mello e por Ricardo Marcondes Martins, vale apresentar maiores esclarecimentos sobre a diferença entre interesses primários e secundários e, logo a seguir, outra importantíssima concepção de interesse público elaborada por Daniel Wunder Hachem, apontando, inclusive, uma classificação em interesse público em sentido amplo e em sentido estrito.

⁴⁴ MARTINS; BACELLAR FILHO, 2022, p. 50-51.

1.3.3. Diferença entre Interesses Primários e Secundários

Conforme mencionado, foi a partir das preleções de Celso Antônio Bandeira de Mello que se disseminou no Brasil a percepção de interesse público por um viés de dimensão pública do direito privado. O autor paulistano inspirou-se na doutrina italiana, em especial, na doutrina de Renato Alessi⁴⁵ que estabelece uma separação fundamental entre interesse coletivo primário e interesses secundários. Assim, o interesse coletivo primário da doutrina italiana corresponderia ao interesse público – interesse da coletividade – da doutrina de Celso Antônio Bandeira de Mello e os interesses secundários corresponderiam ao interesse privado.

Embora a mudança estabelecida envolver, basicamente, a nomenclatura utilizada, a percepção de interesse coletivo primário na Itália já estava consolidada, de tal forma a haver um consenso na comunidade jurídica italiana em relação ao significado jurídico daquelas expressões. Assim, pouquíssimo ruído comunicativo ocorria na Itália ao se discutir temas que traziam à tona os conceitos de interesse coletivo primário e interesses secundários – estes, eram sempre concebidos como interesses inerentes à individualidade do particular, ou mesmo, como os interesses individuais do Estado enquanto pessoa jurídica; e aquele como o interesse integrativo do corpo coletivo da sociedade, um verdadeiro interesse do todo coletivo.

Já no Brasil, essa diferenciação entre interesse público e interesse privado precisou de tempo para ser melhor compreendida e, apesar de boa parcela da comunidade jurídica ter assimilado a proposta doutrinária de Celso Antônio Bandeira de Mello, uma outra parte manteve-se engessada na concepção do direito privado em enfatizar o interesse da individualidade em detrimento de uma visão coletiva a qual é constituída pelo interesse individual dos particulares enquanto membros da coletividade. Infelizmente ainda hoje no Brasil há quem renegue a concepção de interesse público por acreditar que o instituto é vago e abstrato demais ou, ainda, por concebê-lo como um interesse particular do Estado enquanto pessoa jurídica. Em relação a este particular, o que é relevante por ora, é enfatizar a

⁴⁵ Para maiores detalhes sobre a doutrina do jurista italiano Renato Alessi, consultar ALESSI, Renato. *Principi di diritto amministrativo. tomo I: I soggetti attivi e l'esplicazione dela funzione amministrativa*. 4ª ed., Milano: Giuffrè, 1978.

diferenciação entre interesse público primário e interesse secundário – em sua extensão de direito público secundário.

O interesse público primário é o interesse do todo coletivo; é aquele interesse constituído pela congregação dos interesses dos particulares; é a dimensão pública do interesse privado; também se concebe o interesse público, em uma percepção neoconstitucional, como a vontade do ordenamento jurídico, enquanto diretriz para a concretização dos valores constitucionais e a realização dos interesses privados agasalhados normativamente.

Já o interesse secundário representa a individualidade dos interesses singulares que cada pessoa, física ou jurídica, pode possuir, mas que não convergem ao âmbito da coletividade; é o interesse íntimo da esfera jurídica de cada pessoa ou grupo individual, por isso mesmo, o interesse público secundário pode representar o interesse da individualidade de uma pessoa privada – física ou jurídica –, de um grupo particular específico ou; o interesse individual do Estado enquanto pessoa jurídica. É exatamente este último que deve ser compreendido como o interesse público secundário – um interesse individual do Estado que não converge com o interesse da coletividade, senão com a própria esfera jurídica institucional estatal.

Nada obsta, no entanto, que os interesses secundários sejam coincidentes com o interesse público primário ensejado pelo ordenamento jurídico. Neste caso, não se deve confundir a atuação da administração pública para satisfazer a finalidade do interesse público primário com o proveito obtido instrumentalmente na realização do interesse secundário correspondente, seja de um particular – pessoa física ou privada –, seja do próprio Estado – interesse público secundário.

Além disso, reforça-se, deve ser fortemente compreendido que a vontade advinda do ordenamento jurídico, e que é personificada na figura do Estado, se traduz, precisamente, na busca pelo interesse público primário, logo, esse interesse legitima o ente estatal a se valer de prerrogativas para perseguir o interesse do todo coletivo, atento, é claro, aos limites e imposições de sujeição que as circunstâncias fáticas e jurídicas de cada caso concreto apresentam, é saber: a busca pelo interesse público primário legitima o Estado a se valer de um posicionamento vertical de autoridade e comando – dentro de limites adequados,

necessários e proporcionais –, para concretizar as diretrizes axiológicas normativas do sistema jurídico.

O que se observa de todo esse arranjo jurídico é que não se pode desvincular a percepção de interesse público da vontade intrínseca do ordenamento jurídico, eis que, como visto, legitima a atuação do Estado em prol dos interesses da coletividade. Esse vínculo inquebrantável foi muito bem estudado por Daniel Wunder Hachem⁴⁶ que, ao pormenorizar o princípio constitucional da supremacia do interesse público, apresentou detidamente uma importantíssima conceituação e classificação do interesse público em: interesse público em sentido amplo e interesse público e sentido estrito. Vale firmar breves considerações sobre a conceituação e sobre esse critério taxiológico de interesse público proposto pelo autor.

1.3.4. Conceito de Interesse Público de Daniel Wunder Hachem

Pelo o que até agora se registrou a respeito do interesse público, é possível compreendê-lo como o resultado do conjunto dos interesses privados individualmente considerados, que representa um interesse amplo de toda a coletividade e que se identifica na dimensão pública dos interesses individuais. Essa percepção da essência do interesse público, já de plano, impossibilita considerá-lo de forma isolada, autônoma ou contraposta aos interesses individuais privados que o integram, além disso, não é possível confundi-lo com os interesses secundários – de pessoas privadas, grupos ou categorias singulares – ou mesmo, com o interesse público secundário – interesse individual do ente estatal enquanto pessoa jurídica institucional. E há, também, a característica neoconstitucional do interesse público

⁴⁶ O autor paranaense Daniel Wunder Hachem destrinchou de forma exauriente um dos princípios mais relevantes que dá supedâneo a toda doutrina de Direito Administrativo de Celso Antônio Bandeira de Mello, qual seja: o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado. Em sua dissertação de mestrado de título “*Princípio constitucional da supremacia do interesse público*”, Daniel Wunder Hachem investiga os pormenores desse princípio constitucional que, ainda hoje, gera calorosas discussões na comunidade jurídica. A grandiosa obra aborda temas preliminares como a concepção e classificação de interesse público, caracterização das fases dos princípios, apresenta uma estrutura lógico-normativa para classificar as espécies de normas (de Robert Alexy) para, logo após, se debruçar sobre a supremacia do interesse público para apresentar a dupla natureza da supremacia: enquanto regra normativa e enquanto princípio normativo. Para uma compreensão detida do tema consultar HACHEM, Daniel Wunder. *Princípio constitucional da supremacia do interesse público*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011.

de representar a vontade do Direito globalmente considerado e do ordenamento jurídico, de tal sorte a legitimar o Estado a se valer de prerrogativas para o alcance de seu dever como tutor do interesse alheio, no estrito cumprimento de sua função pública.

Foi a partir da percepção de que o Direito globalmente considerado e o ordenamento jurídico apresentam uma vontade que direciona e conduz a atuação da administração pública em prol da satisfação do interesse público, que Daniel Wunder Hachem propôs uma conceituação e passou a adotar uma classificação de interesse público para abordar a sua dupla noção jurídica, apontando duas categorias distintas: (i) uma em sentido amplo – interesse público em sentido amplo – que abrange o interesse geral (interesse da coletividade) e os interesses específicos – interesses individuais e coletivos⁴⁷ – (representando todos os interesses juridicamente protegidos pelo Direito posto) e; (ii) outra em sentido estrito – interesse público em sentido estrito – que abrange o interesse geral (identificado no caso concreto).

A proposta dessa dissertação não é compreender as minúcias dessa classificação de interesse público em sentido amplo e em sentido estrito, tampouco se pretende exaurir a abrangente e detalhada abordagem dessa classificação. Entretanto, ter um entendimento global das premissas fixadas nessa classificação é de suma importância para se compreender as críticas e as respostas às críticas apresentadas ao princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, primado normativo de conteúdo fundamental para a concepção do regime jurídico público-administrativo. Nesse sentido, cumpre apresentar *en passant* a classificação de interesse público proposta.

1.3.4.1. Interesse Público em Sentido Amplo

Conforme mencionado, essa classificação – em sentido amplo e em sentido estrito – parte da premissa de que o interesse público representa a vontade do ordenamento jurídico e que, por isso mesmo, toda a atuação do ente estatal deve

⁴⁷ Para um maior entendimento da classificação utilizada consultar HACHEM, 2011, p. 152 *et seq.*

ser balizada e norteadada para a plena satisfação dos interesses de toda a coletividade – dimensão pública do interesse privado –, bem como, o respeito à realização dos interesses privados – dimensão privada do interesse privado. Assim, o interesse público em sentido amplo⁴⁸ apresenta duas características essenciais.

A primeira delas é em relação à abrangência desse interesse público, uma vez que se refere a todos aqueles interesses que o ordenamento jurídico, normativamente, tutela e protege, quer seja o interesse de toda a coletividade – interesse geral – que se traduz no todo coletivo da sociedade, quer sejam os interesses específicos, que podem ser tanto interesses individuais quanto interesses coletivos⁴⁹. A questão fundamental desta primeira característica do interesse público em sentido amplo é que ela abrange todos os interesses que o ordenamento jurídico e o Direito globalmente considerado protegem. Este é o ponto chave.

Já a segunda característica é uma consequência da plena proteção que o ordenamento jurídico oferece a esses interesses, uma vez que impõe à administração pública um dever de atuar em conformidade com o princípio da legalidade, atenta sempre aos dispositivos normativos⁵⁰ que resguardam

⁴⁸ Na própria definição de Daniel Wunder Hachem: *“interesse público em sentido amplo: trata-se do interesse público genericamente considerado, que compreende todos os interesses juridicamente protegidos, englobando tanto o interesse da coletividade em si mesma considerada (‘interesse geral’) quanto interesses individuais e coletivos (‘interesses específicos’), quando albergados pelo Direito positivo. Consiste num ‘pressuposto negativo de validade’ da atuação administrativa, pois proíbe a prática de qualquer ato que contrariar tais interesses, bem como a expedição de um ato com o fito de atender a uma finalidade diversa daquela que o ordenamento jurídico prevê”*. (HACHEM, 2011, p. 162).

⁴⁹ A compreensão do que vem a ser interesses coletivos na classificação de interesse público ora estudada, é a mesma disposta pelo inc. II do Parágrafo único do art. 81 do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90):

Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.

Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:

(...)

II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base;

⁵⁰ Os dispositivos normativos que protegem os interesses públicos em sentido amplo podem possuir *status* constitucional (advinda da competência constituinte originária), legal (produzida pelo corpo legislativo ou regulamentar (firmado pela administração pública)). Na letra de Daniel Wunder Hachem extrai-se o seguinte entendimento: *“Assim, quando as normas constitucionais, legais e regulamentares estipularem de forma objetiva quais interesses estão sendo por ela protegidos, que vincularão a atividade administrativa na sua efetivação, está-se diante do ‘interesse público*

objetivamente os interesses protegidos. E atuar em conformidade com a legalidade abrange perseguir e realizar a finalidade das normas postas. Dessa forma, a atuação da administração pública somente será considerada válida se a sua atuação não contrariar os interesses públicos em sentido amplo – protegidos objetivamente pelo ordenamento jurídico –, bem como, não contrariar a finalidade das normas postas, fixando, assim um pressuposto negativo de validade para a atuação da administração pública.

De forma resumida são essas as características da categoria do interesse público em sentido amplo. Ao que se segue, será abordada a categoria do interesse público em sentido estrito.

1.3.4.2. Interesse Público em Sentido Estrito

Conforme se verificou, o interesse público em sentido amplo, como o próprio nome sugere, abrange de forma genérica todos os interesses que são protegidos e resguardados objetivamente pelo Direito globalmente considerado e pelo ordenamento jurídico, de tal forma a englobar tanto o interesse geral – interesse do todo coletivo – e os interesses específicos – interesses individuais e coletivos (grupos e categorias individualizadas).

Já a categoria do interesse público em sentido estrito⁵¹ não é identificável de forma abstrata pela simples verificação da existência ou não da proteção de um interesse – geral ou específico – em dispositivos normativos constitucionais, legais ou regulamentares. Aqui, o interesse público é identificado no caso concreto, tendo-se em mente as circunstâncias fáticas e jurídicas que, caso a caso, a situação do interesse a ser concretizado se apresenta. Isso quer dizer que a

em sentido amplo: interesses juridicamente tutelados pelo ordenamento jurídico”. (HACHEM, 2011, p. 169).

⁵¹ O interesse público em sentido estrito é apresentado por Daniel Wunder Hachem da seguinte forma: “*interesse público em sentido estrito: cuida-se do interesse da coletividade em si mesma considerada (‘interesse geral’), a ser identificado no caso concreto pela Administração Pública, em razão de uma competência que lhe tenha sido outorgada expressa ou implicitamente pelo ordenamento jurídico. Pode se manifestar na forma de um conceito legal ou de uma competência discricionária. Consiste num ‘pressuposto positivo de validade’ da atuação administrativa, eis que o ordenamento jurídico só autorizará a prática do ato quando presente esse interesse público em sentido estrito, hipótese em que estará autorizada a sua prevalência sobre interesses individuais e coletivos (‘interesses específicos’) também protegidos pelo sistema normativo*”. (Ibid., p. 162).

administração pública recebe um encargo, ou melhor, assume um dever-poder advindo da vontade do ordenamento jurídico de proceder uma análise do caso concreto, para escolher, dentre dois ou mais interesses em rota de colisão – todos eles protegidos abstratamente pelo ordenamento jurídico – aquele que representa a melhor decisão sobre qual o interesse que mais se aproxima da essência do interesse do todo coletivo e que deve ser efetivado.

Também para essa categoria se faz necessária a identificação de duas características relevantes. A primeira delas é que o procedimento a ser utilizado pela administração pública para identificar qual o interesse deve ser realizado quando houver dois ou mais interesses em conflito no caso concreto, pode ser firmado de duas formas: (i) explicitamente, quando o dispositivo normativo abstrato que protege o interesse, expressamente, se valer do interesse público enquanto conceito legal⁵² ou; (ii) implicitamente, quando a administração pública necessitar da utilização de sua competência discricionária para a obtenção da decisão. Já a segunda característica é que, pelo fato de a administração pública possuir o dever de tomar uma decisão sobre qual o interesse deve ser efetivamente concretizado, a motivação desse ato decisório é um requisito indispensável, tanto para que haja transparência na atuação da administração, quanto para ser possível a realização posterior do controle do mérito do ato – controle de legitimidade – pelo judiciário.

O que se verifica das características apresentadas dessa categoria *stricto sensu* do interesse público é que, a identificação desse qualificativo especial – interesse público em sentido estrito – é o que permitirá a atuação da administração pública no sentido de concretizar, no caso concreto, um dos interesses conflitantes. Esse qualificativo, portanto, serve como condição positiva de validade para a atuação da administração pública.

Uma vez assinalado os contornos essenciais do interesse público vinculado ao aspecto social, abordando os seus conceitos – itens 1.3.1., 1.3.2. e 1.3.4. –, a diferenciação entre interesse público primário e secundário – item 1.3.3. – e apontando algumas considerações a respeito da classificação de interesse público

⁵² Os dispositivos normativos abstratos utilizam o interesse público como conceito legal valendo-se, na maioria das vezes, de expressões como “*de acordo com o interesse social*”; “*em função da utilidade pública*” e; “*conforme o interesse nacional*” por exemplo.

em sentido amplo e em sentido estrito – item 1.3.4. –, vale apresentar, também, uma contraposição conceitual, muito identificada na doutrina voltada ao Direito operativo, que é um entendimento do interesse público dissociado do fator social – conjugador dos interesses das partes a um interesse do todo social e coletivo – e vinculado ao âmbito dos interesses individuais indisponíveis e dos direitos fundamentais, concepção essa defendida por Marçal Justen Filho.

1.3.5. Visão de Interesse Público de Marçal Justen Filho – Contraposição

Todas as 3 (três) doutrinas⁵³ sobre o interesse público até o momento apresentadas, destacam o fator social e coletivo como um elemento característico imprescindível para a identificação do interesse público, bem como, para diferenciá-lo do interesse privado, sem que, entretanto, estabeleça um antagonismo entre os mencionados interesses. Todavia, a identificação de um fator social na concepção do interesse público não é pacífica na doutrina, ou mesmo, na comunidade jurídica. Há uma linha doutrinária, notadamente aquela de maior proximidade ao Direito operativo, que apresenta uma contraposição à ideia de interesse público enquanto dimensão pública do interesse privado. Vale apresentar essa contraposição na abordagem doutrinária de Marçal Justen Filho.

Em primeiro lugar, é importante destacar que a concepção de interpretação e aplicação do Direito adotada por Marçal Justen Filho apresenta referência neoconstitucional. Dessa forma, o nobre jurista identifica a existência de valores constitucionais positivados a colidir uns com os outros que devem ser concretizados a depender das circunstâncias fáticas e jurídicas do caso concreto, logo, questiona a busca de soluções de conflitos em elementos normativos puramente abstratos e teóricos⁵⁴. Além disso, reconhece a estrutura dicotômica

⁵³ Quais sejam: a doutrina de Celso Antônio Bandeira de Mello, a doutrina de Ricardo Marcondes Martins e a doutrina de Daniel Wunder Hachem.

⁵⁴ Marçal Justen Filho anota que: “*Não existe fundamento jurídico para afirmar que eventuais conflitos entre titulares de posições jurídicas contrapostas poderiam ser solucionados mediante uma solução abstrata e teórica, consistente na afirmação absoluta e ilimitada da preponderância de um sobre o outro. Toda e qualquer controvérsia tem de ser composta em vista das*

normativa do ordenamento jurídico em regras e princípios jurídicos. Em que pese o seu entendimento normativo, o jurista curitibano não identifica no interesse público a dupla conotação de sentido amplo e estrito apresentada por Daniel Wunder Hachem, de tal forma a conceber a supremacia do interesse público como uma regra de preponderância a depender, sempre, das circunstâncias de fato e de direito do caso concreto⁵⁵, é saber, o interesse público seria sempre aplicável em seu sentido estrito. A partir desse entendimento, o interesse público estaria, a todo o momento, a acompanhar o caráter de regra jurídica da supremacia do interesse público sobre o privado, sem ser possível identificá-lo com supremacia abstrata, como ocorre no interesse público em sentido amplo de Daniel Wunder Hachem ou, como concebe Celso Antônio Bandeira de Mello, enquanto um princípio que irradia orientações valorativas sistêmicas – a partir da concepção legalista do Direito.

Em segundo, Marçal Justen Filho enfatiza a inexistência de um interesse público unitário que seja composto pela conjugação dos interesses das pessoas privadas, enquanto membros da sociedade. Nesse aspecto, o jurista exclui da concepção de interesse público o fator social e coletivo que agrega os ânimos individuais em um interesse comum e social que possibilite a identificação do todo coletivo. Assim, o interesse público perde o seu caráter social e coletivo para representar uma pluralidade variada de interesses dos diferentes integrantes da sociedade⁵⁶ e que, por sua relevância jurídica, apresentam a característica de indisponibilidade pela administração pública⁵⁷, é saber, a administração pública não pode transigir sobre a satisfação desses interesses. É, na verdade, uma mudança drástica do enfoque do interesse público: enquanto para os adeptos da linha de Celso Antônio Bandeira de Mello, a essência do interesse público está na identidade

circunstâncias concretas, mediante a aplicação das regras e dos princípios consagrados pela ordem jurídica". (JUSTEN FILHO, 2013, p. 145).

⁵⁵ Essa percepção da supremacia do interesse público de Marçal Justen Filho, a influenciar na própria ideia de interesse público, é muito similar à concepção de Humberto B. Ávila, a ser analisada no item 2.1.1.2. deste estudo, a tratar do primado da Supremacia do Interesse Público sobre o Privado.

⁵⁶ Afirma Marçal Justen Filho que: *"Uma das características do Estado contemporâneo é a fragmentação dos interesses, a afirmação conjunta de posições subjetivas contrapostas e a variação dos arranjos entre diferentes grupos. Nesse contexto, a utilização do conceito de interesse público tem de fazer-se com cautela, diante da pluralidade e contraditoriedade entre os interesses dos diferentes integrantes da sociedade"*. (JUSTEN FILHO, *op. cit.*, p. 146).

⁵⁷ A indisponibilidade do interesse público pela administração será tratada com maior detenção no item 2.1.2. deste estudo, inclusive com citação à doutrina de Marçal Justen Filho na nota de rodapé nº 125.

comum e social dos interesses de todos da sociedade, apresentando-se como uma teia integrativa do todo coletivo, para Marçal Justen Filho, a essência está no cumprimento dos direitos fundamentais e dos variados interesses indisponíveis a serem cumpridos pela administração pública.

Esse segundo ponto é o aspecto diferenciador mais relevante da contraposição firmada por Marçal Justen Filho à concepção de interesse público. O autor ainda aponta que o interesse público em sua acepção social se apresenta como antidemocrático⁵⁸, uma vez que estabelece uma supremacia pública destes interesses independentemente dos interesses individuais presentes no caso concreto. Além disso, questiona a tese de Celso Antônio Bandeira de Mello que identifica o interesse público como a conjugação do todo coletivo, ou interesse da sociedade, alegando que não seria possível afirmar que o conjunto dos interesses individuais pudesse representar mais do que a somatória dos interesses das partes⁵⁹ e, nesse sentido, o conjunto do todo coletivo não poderia ser considerado com supremacia.

Em que pese toda a contraposição apresentada por Marçal Justen Filho ser relevante para o debate e para a consolidação de um entendimento sobre o interesse público cada vez mais sólido e pautado na ciência jurídica, discorda-se dos pontos apresentados pelo nobre jurista. O primeiro deles é que ao excluir o fator social do âmbito do conjunto dos interesses privados – fator este constituidor do interesse público –, retira-se também o vínculo que cada indivíduo, enquanto membro da sociedade, possui de ver resguardado o interesse de seus pares integrantes da sociedade, logo, o interesse público também é desconstituído de uma de suas variáveis próprias e peculiares que o qualifica com supremacia em relação ao interesse privado. Em que pese Celso Antônio Bandeira de Mello ser enfático ao mencionar que o interesse público não representa a somatória dos interesses

⁵⁸ Nestes termos, assevera Marçal Justen Filho: “*Embora a sociedade não se confunda com os indivíduos que a integram, a tese (de um interesse público como interesse da sociedade) não pode ser aceita em virtude de sua natureza antidemocrática. Gera a possibilidade de reconhecer como interesse público algo desvinculado de qualquer interesse individual concreto. A desvinculação entre a dimensão individual e o interesse público contém o germe do autoritarismo*”. (JUSTEN FILHO, 2013, p. 150).

⁵⁹ Assim anota Marçal Justen Filho: “*O interesse público não se confunde com o interesse da sociedade: Não se pode admitir que o interesse público seria o interesse da ‘sociedade’, entendida como algo inconfundível com o mero somatório dos indivíduos. A tese pressuporia que o todo (conjunto de indivíduos) seria mais do que o resultado da soma das unidades*”. (Ibid., p. 151).

privados – e nesse aspecto concorda-se integralmente –, acredita-se que, mesmo na somatória – e esse exercício de contra-argumentação aritmética é feito tão-somente pelo prazer ao debate –, o interesse público estabelece-se com supremacia, vez que, além dos interesses individuais de cada cidadão, cada indivíduo amplia o alcance do conjunto dos interesses do todo coletivo, ao apresentar um ânimo social que potencializa o interesse de cada um os integrantes da sociedade. É como se o interesse público fosse constituído pela somatória⁶⁰ dos interesses individuais acrescentado de um vínculo comum e social que os indivíduos, enquanto membros da sociedade, apresentam, reciprocamente, para intensificar e ampliar os anseios e os interesses comuns de toda a coletividade.

O segundo ponto questionado é em relação à característica antidemocrática do interesse público que, conforme argumenta Marçal Justen Filho, impõe uma supremacia em abstrato – é saber, que independe da análise das circunstâncias de fato e de direito do caso concreto –, de tal forma a ferir os direitos fundamentais e os interesses indisponíveis. Neste ponto, é possível contra-argumentar de duas formas: (i) o interesse público para a concepção neoconstitucional do Direito apresenta-se, conforme a doutrina de Daniel Wunder Hachem, em sentido amplo e em sentido estrito, sendo o primeiro a identificar de forma ampla e abstrata o interesse geral e o segundo a identificar concretamente uma decisão que, por via de ponderação, escolhe dentre dois ou mais interesses conflitantes no caso concreto, aquele que melhor representa a vontade do ordenamento jurídico e do Direito globalmente considerado, logo, o interesse público se coaduna, social e democraticamente, com a busca pela concretização do interesse – privado ou coletivo – mais adequado e necessário ao caso concreto, seja ele um interesse individual, coletivo ou mesmo um direito fundamental. Já no que tange à concepção legalista do Direito de Celso Antônio Bandeira de Mello, não há essa predeterminação normativa “antidemocrática” do interesse público. Isso porque, nesta concepção, o interesse público não é um comando normativo

⁶⁰ Enfatiza-se que firmar um cálculo aritmético para justificar a existência ou a inexistência do interesse público não é a forma jurídica mais adequada para consolidar o conceito de interesse público. Nesse sentido, a doutrina de Celso Antônio Bandeira de Mello apresenta-se absolutamente correta e inquestionável. A contraposição aritmética aqui adotada foi apresentada, tão-somente, para indicar que, mesmo no argumento aritmético (apresentado por Marçal Justen Filho), o interesse público apresenta-se com um peso ou resultado maior, haja vista o fator social que é acrescido em cada interesse individual dos particulares, enquanto membros da sociedade, e que não pode, jamais, ser desconsiderado.

autônomo, mas, sim, um mandamento valorativo que direciona e orienta o sistema jurídico. Logo, sua função é de integrar e tornar coeso o sistema jurídico e não para extrair um comando normativo definitivo e autônomo em detrimento dos interesses privados; (ii) tendo-se em vista que o interesse público abrange, não apenas os interesses privados, mas, também, o fator social que vincula todos os interesses individuais em um conjunto comum e coletivo, é exatamente o seu fator social que o torna democrático e socialmente efetivo. Ora, o interesse público não se confunde com um interesse estatal, tampouco, é aplicado de forma abstrata e predeterminada; a sua aplicação envolve a análise concreta das circunstâncias de fato e de direito para se identificar a melhor decisão para o conjunto comum, social e coletivo e, por isso mesmo, cumpre com os alicerces fundamentais da Constituição Federal, do ordenamento jurídico e do Estado Social e Democrático de Direito.

Por todos esses argumentos firmados, refuta-se a contraposição de Marçal Justen Filho que identifica o interesse público como um instituto que não apresenta conteúdo próprio⁶¹, inábil a indicar um conjunto do todo social e coletivo e, por isso, passa a reconhecê-lo em outros institutos jurídicos, especialmente, nos interesses privados não egoísticos indisponíveis pela administração pública e nos direitos fundamentais. Acredita-se que a linha doutrinária de Celso Antônio Bandeira de Mello, Ricardo Marcondes Martins e Daniel Wunder Hachem que considera o interesse público como uma dimensão pública do interesse privado – a abranger os interesses privados em um fator social de integração do todo coletivo – é o que mais se adequa aos anseios do regime jurídico de direito público e, por isso mesmo, adota-se neste estudo, essa concepção doutrinária.

Uma vez verificada a concepção de interesse público que mais se compatibiliza e se adequa às premissas essenciais deste estudo e desta linha de pesquisa, parte-se agora para um outro elemento característico imprescindível do regime jurídico de direito público: a função pública.

⁶¹ O próprio Marçal Justen Filho é taxativo ao anotar que o interesse público não apresenta conteúdo próprio: “(...) *Existiriam interesses privados pertinentes à existência individual egoística, cuja conjugação nunca resultaria no surgimento de um interesse público. (...) Mas existiriam interesses privados que poderiam dar origem a um interesse público, na medida em que ocorresse uma homogeneidade coletiva. Seriam interesses privados de natureza não egoística. (...) Ora, essa concepção comprova que o conceito de interesse público não tem conteúdo próprio*”. (JUSTEN FILHO, 2013, p. 152).

1.4. A Função Pública

Como visto, um regime jurídico é um sistema integrativo de princípios e regras jurídicas que possuem identidade e características precípua entre si e que mantêm a lógica e a coesão de todos os comandos jurídicos para constituir um conjunto harmônico. Nessa linha, a própria percepção de regime jurídico, enquanto sistema integrativo de normas, já suscita uma identificação entre comandos normativos de características e naturezas similares para agrupá-los em um conjunto integrativo, ao passo que incompatibiliza e separa desse conjunto os comandos jurídicos que não se harmonizam a ele. Portanto, a própria essência do sistema jurídico, por si só, já rejeita aqueles comandos normativos que não se coadunam com as características nucleares de regência do regime jurídico, vez que é o próprio Direito que qualifica e atribui as peculiares características dos comandos normativos, rejeitando-os ou concebendo-os no sistema.

No regime jurídico de direito público os comandos normativos a constituírem um sistema integrativo são aqueles que, como dito, o Direito qualifica como característicos de um regime especial que, em geral, estabelecem e dispõe sobre as relações entre o Estado e os particulares; sobre as relações que fixam a exorbitância e a verticalidade da atuação estatal em relação aos particulares; sobre sujeições especiais na atuação da atividade pública; sobre a situação de autoridade e comando do Estado e; sobre a atuação estatal, não com liberdade e autonomia de vontade, mas no estrito cumprimento de uma função pública. Esses predicados elementares podem se apresentar de forma isolada ou concomitante nos diversos comandos normativos agrupados pelo regime especial de direito público, sendo certo, porém, que a importância maior desses elementos característicos é a de permitir que os comandos normativos sejam identificados e que seus efeitos jurídicos sejam harmônicos e compatíveis ao seu regime jurídico disciplinador.

De toda a forma, o que importa considerar por ora, é a compreensão de função pública e sua importância para o regime jurídico de direito público. Assim sendo, a função pública traz em riste a ideia de dever do Estado de cumprir e perseguir o interesse público. Apenas essa percepção já é suficiente para contrapor a liberdade e a autonomia das partes – que integram o regime geral de direito privado – ao dever de tutelar o interesse alheio, é saber, o interesse da coletividade,

proporcionado pela função pública – integrante do regime especial de direito público. Com efeito, o Estado, submetido aos influxos do regime jurídico público, não atua para satisfazer seus próprios interesses, mas tão-somente, para cumprir a vontade do ordenamento jurídico na persecução do interesse público.

Enfatiza-se de forma insistente essa ideia: a finalidade do Estado não está em seu poder de comando e gestão da coisa pública, mas sim, em seu dever de persecução do interesse público. O poder estatal jamais poderá ser considerado um fim em si, exatamente porque ele é instrumental ao dever de tutelar o interesse da coletividade, logo, é o dever que estabelece a finalidade maior do Estado. Em outras palavras, o poder do Estado é ancilar, instrumental e apresenta-se como meio para a efetivação de seu dever de satisfazer o interesse alheio. Qualquer aplicação de poder que não se coadune à exata medida do cumprimento do interesse público, não é uma medida válida perante o Direito e, via de consequência, perante o regime jurídico de direito público, devendo ser considerado um ato arbitrário, ilegal, verdadeiro desvio de poder por viciar a atuação estatal de sua finalidade.

Com essas preliminares quanto à função pública, é possível, a partir de agora, adentrar em seu conceito, bem como, apresentar maiores informações quanto as suas características essenciais.

1.4.1. Conceito de Função Pública

Para o conceito de função pública, é fundamental reforçar uma orientação primordial já mencionada anteriormente: toda a verticalidade e exorbitância das relações do Estado com os particulares advém, não do *poder* estatal de impor obrigações a quem quer que seja, mas do *dever* de cumprir de forma ótima a tutela do interesse da coletividade. O poder do Estado é, assim, ancilar a seu dever de satisfazer o interesse alheio, isso significa que o poder estatal assume importância secundária, acessória e instrumental a um fim diverso e específico, que é a própria razão de ser do Estado Social e Democrático de Direito: seu dever de satisfazer, não o seu próprio interesse, mas o interesse alheio – de toda a coletividade.

Nesse sentido, toda a construção da concepção de função pública está pautada na existência de dois aspectos que constituem o binômio *dever-poder* estatal. Em relação ao dever, incumbe ao Estado tutelar interesses alheios, ou seja, interesses que digam respeito não ao próprio interesse estatal, mas ao interesse público – interesse da coletividade. No que tange ao aspecto do poder, o Estado se instrumentaliza com prerrogativas, na exata medida de suas necessidades, para o pleno cumprimento de seus deveres.

Também deve ser observado como elemento imprescindível da função pública, a relação de hierarquia⁶² dos aspectos que constituem o binômio *dever-poder*. Isso se dá, pois, não é possível conceber o aspecto de poder do Estado sem que exista uma razão de ser, uma justificativa, para a sua utilização. Não há motivação lúdica do uso das prerrogativas de autoridade e comando do Estado senão para satisfazer seu dever de tutelar o interesse alheio. Ora, a relação de hierarquia entre o dever e o poder estatal é uma relação lógica havida em qualquer atuação que necessite da utilização de um meio para se alcançar uma finalidade, sendo que, no caso do binômio *dever-poder*, o poder (prerrogativas de autoridade e comando) necessita ser utilizado para se atingir a finalidade maior (a tutela do interesse alheio). Portanto, nessa relação de hierarquia, o dever justifica o emprego comedido, adequado, necessário e proporcional do poder para ser devidamente satisfeito, é saber: o poder, enquanto aspecto acessório, instrumental e ancilar do dever estatal, encontra-se em uma posição de hierarquia abaixo, em uma ordem de importância inferior ao dever do Estado.

Dessa forma, é possível conceituar a função pública⁶³ como sendo:

⁶² O termo “hierarquia” foi empregado não no sentido de organização de posição dos membros de uma instituição, mas sim, na acepção de: “4 *Categoria atribuída às pessoas ou às coisas, classificadas de acordo com a ordem de importância, crescente ou decrescente.*” (Dicionário Michaelis online da Língua Portuguesa - <https://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/hierarquia/>).

⁶³ Ricardo Marcondes Martins conceitua função pública da seguinte forma: “*Função pública é o dever de tutela do interesse público mediante o exercício dos poderes necessários para desincumbir desse dever.*” (MARTINS; BACELLAR FILHO, 2022, p. 52). Mais adiante, já relacionando a função administrativa a uma situação comunicativa na qual a administração pública edita uma norma valendo-se de sua posição de supremacia, o conceito de função pública condiciona-se à seguinte ideia: “*Função pública se caracteriza como uma ‘situação comunicativa’ cuja mensagem é uma norma jurídica; exercer a função pública é editar normas jurídicas.*” (Ibid., p. 57).

O dever do Estado de atender, cumprir e satisfazer o interesse de toda a coletividade – dever enquanto finalidade precípua do Estado – que se vale de poderes de autoridade e comando – poderes enquanto meio instrumental e acessório de atuação estatal – para atingir e alcançar seus fins.

Uma vez firmado o conceito de função pública, vale avançar um pouco mais em seu significado apresentando algumas de suas características essenciais que, aliás, também qualificam os comandos normativos gerais do regime jurídico de direito público.

1.4.2. Características Essenciais da Função Pública

Como visto, o Estado possui o dever de tutelar o interesse da coletividade e, para cumprir satisfatoriamente esse dever, utiliza instrumentalmente prerrogativas que lhe confere poder de autoridade e comando nas relações firmadas com os particulares: assim se conceitua a função pública. Dessa conceituação extrai-se que o Estado não representa um fim em si, isto é, não advém da própria figura e existência do Estado uma razão de cumprir determinado dever ou finalidade; a figura do Estado surge para constituir um meio que personalize o desejo social e coletivo disposto no ordenamento jurídico pátrio para a realização do interesse da coletividade. É a vontade do Direito⁶⁴, normativamente disposto no ordenamento jurídico, que estabelece o que se deve fazer, qual a finalidade a ser atingida – dever de satisfazer o interesse público – e por meio de que – dos poderes de autoridade e comando personificados na figura do Estado. Portanto, é o ordenamento jurídico que determina a imperiosidade da função pública e qualifica suas características

⁶⁴ Quanto ao fato de o Direito qualificar as características e finalidades atribuídas aos comandos normativos a se adequarem a um regime jurídico, Celso Antônio Bandeira de Mello esclarece que: “Quando a lei ou o próprio jurista formulam um conceito qualquer, não podem ter outro interesse senão o de isolar algo que está sujeito a um dado conjunto de disposições e de princípios distintos daqueles que regem outro objeto. Assim, o que se está a procurar não é uma realidade substancial, mas um termo de imputação de efeitos jurídicos. Isso ocorre porque a identidade jurídica de um dado objeto resulta da qualificação que o Direito lhe irroga e não de atributos substanciais que possua.” (BANDEIRA DE MELLO, 2013, p. 35, nota de rodapé nº 7 da obra). Dessa forma, é o Direito globalmente considerado que determina e justifica a própria existência do Estado enquanto entidade que personifica a vontade do ordenamento jurídico.

essenciais, características essas que se compatibilizam com as dos comandos normativos que integram o regime jurídico de direito público.

As características essenciais da função pública não poderiam deixar de ser compatíveis com o regime jurídico de direito público, exatamente porque, se assim não fosse, haveria uma ruptura na harmonia e na coesão desse regime jurídico especial. Assim sendo, as características essenciais da função pública são: (i) relações jurídicas estabelecidas entre o Estado e os particulares; (ii) a exorbitância e verticalidade nas relações jurídicas; (iii) prerrogativas de autoridade e comando estatal; (iv) a inexistência de liberdade e autonomia da vontade na atuação estatal e; (v) a indelegabilidade de sua competência.

A primeira característica essencial da função pública e dos comandos normativos afetos ao regime jurídico de direito público é a de disciplinar não as relações jurídicas comuns entre particulares, isto é, pessoas privadas de mesma natureza jurídica, mas as relações estabelecidas entre partes que possuem situações jurídicas distintas: de um lado o Estado, que personifica o ordenamento jurídico no dever de tutelar o interesse da coletividade e garantir a realização do interesse privado; e de outro, as pessoas privadas detentoras de direitos e de interesses que devem ser respeitados e garantidos pelo Estado. O que é importante dessa característica da função pública é que a relação jurídica entre o Estado e os particulares é pautada por situações jurídicas não semelhantes, sendo o Estado um agente cumpridor dos deveres de satisfazer os interesses privados e os particulares, detentores de direitos e interesses a serem resguardados pelo Estado.

A segunda característica essencial da função pública também trata da relação jurídica entre o Estado e os particulares, mas diferentemente da primeira característica que estabelece a finalidade maior do Estado que é o dever de tutelar o interesse alheio – interesse da coletividade –, esta segunda característica informa que a relação entre eles é uma relação de verticalidade, isto é, há uma exorbitância nas decisões do Estado para que seu dever de tutelar o interesse da coletividade seja cumprido. Nessa relação exorbitante, o Estado dispõe de autoridade e comando sobre os particulares para gerir a coisa pública e possibilitar o cumprimento de seu dever de tutelar o interesse alheio. Em outras palavras, esta segunda característica da função pública estabelece a prerrogativa de autoridade e comando estatal como um meio necessário para o Estado satisfazer o interesse privado, tanto na dimensão

privada – interesses dos particulares enquanto indivíduos –, quanto na dimensão pública – interesses dos particulares enquanto membros da sociedade.

E a terceira característica da função pública, que estabelece ao Estado uma condição de obrigação de cumprir seu dever de tutela dos interesses alheios aos do Estado – interesses da coletividade. Aqui, se trata de uma característica que é a antítese da liberdade dos particulares de fazerem qualquer coisa, desde que não seja proibida por lei. A função pública a partir dessa característica, cria em relação à liberdade dos particulares a dicotomia Função Pública X Liberdade, sendo a liberdade um predicado essencial da situação jurídica dos particulares e a função pública, uma qualidade que obriga o Estado a cumprir suas tarefas definidas no ordenamento jurídico. Em síntese, a função pública determina que o Estado cumpra as suas obrigações, sem qualquer margem de liberdade ou livre-arbítrio, seguindo de forma impositiva a vontade do Direito – ordenamento jurídico.

Além dessas características, é extremamente relevante mencionar que a função pública é constituída por um plexo de competências que estabelece as tarefas e atividades principais do Estado. Essas competências, constitucionalmente estabelecidas, possuem características específicas para cada tarefa ou atividade estatal e que estão atreladas aos poderes estatais, além disso, cada uma das funções estatais possui a característica comum de promover a concretização dos princípios materiais⁶⁵. As características inerentes das diversas funções que o Estado deve desempenhar, merece atenção especial, mesmo que seja em uma abordagem resumida e sintética.

⁶⁵ De acordo com a visão neoconstitucional de Robert Alexy, os princípios são normas jurídicas que correspondem a mandados de otimização no âmbito das circunstâncias fáticas e jurídicas, isto é, são mandados que se prestam a concretizar um determinado valor constitucional na maior medida possível. (ALEXY, 2014, p. 90). Seguindo essa sistemática de Robert Alexy, Ricardo Marcondes Martins esclarece que os princípios podem ser classificados em: (i) princípios materiais – são aqueles valores constitucionalmente positivados que se referem à proteção de uma posição jurídica na maior medida possível (princípios materiais relativos a bens subjetivos) e aqueles que promovem a proteção de bens coletivos na maior medida possível (princípios materiais relativos a bens coletivos) e; (ii) princípios formais – são aqueles que resguardam as decisões tomadas no exercício das competências constitucionalmente estabelecidas e podem ser classificados em: (i) princípios formais fundamentais – são aqueles que garantem o respeito à competência discricionária e à liberdade privada ao acrescentar uma razão *prima facie* em prol do resultado da respectiva ponderação e; (ii) princípios formais especiais – são aqueles acrescentam um peso aos princípios materiais sem ter a missão de assegurar a discricionariedade e a liberdade. (MARTINS; BACELLAR FILHO, 2022, p. 66-67).

1.4.2.1. As Funções Legislativa, Administrativa e Jurisdicional

Apesar da compreensão de função pública ter sido apresentada até o momento com a fixação do Estado como sujeito ativo⁶⁶ uno das relações verticais de exorbitância pública, isto é, o Estado como um sujeito de constituição íntegra, indivisa, ontologicamente singular, cumpre informar que a doutrina majoritária hodierna, seguindo a teoria da separação de poderes do Barão de Montesquieu⁶⁷, apresenta a concepção de função pública dividindo-a em três núcleos de competências principais, incumbidas do exercício da função legislativa, da função executiva ou administrativa e da função jurisdicional; e vincula cada uma dessas funções a uma unidade orgânica estatal – órgão de poder estatal⁶⁸ –, sendo respectivamente: a legislativa, a executiva ou administrativa e a judiciária. Assim, pela teoria da separação de poderes de Montesquieu, cada unidade orgânica assume parte da função pública do Estado no desempenho das respectivas tarefas públicas. Em que pese não ser a proposta deste estudo dissertar sobre os pormenores da teoria da separação de poderes, tampouco sobre as funções típicas

⁶⁶ A expressão “sujeito ativo” foi empregada para enfatizar a ideia de que o Estado age ativamente para cumprir o seu dever de tutelar o interesse alheio – interesse da coletividade – e que, para tanto, se vale instrumentalmente do exercício de poder para cumprir satisfatoriamente a sua função pública. Nesse sentido, é o Estado o sujeito ativo que titulariza os interesses públicos e se incumbe de sua devida persecução.

⁶⁷ De forma muito resumida, a teoria da separação de poderes de Montesquieu parte da premissa de que o ser humano tende a utilizar o poder de forma abusiva. Assim, para reduzir essa potencialidade de abuso do poder, Montesquieu propôs a limitação do poder dividindo-o em três núcleos de exercício de função pública e distribuindo-o para três unidades orgânicas estatais distintas, as quais passaram a ter a competência do exercício de parte do poder, quais sejam: o exercício do poder Legislativo; o exercício do poder Executivo e; o exercício do poder Judiciário. Além disso, Montesquieu também propôs que as três unidades orgânicas estatais fiscalizassem o exercício do poder uma das outras, estabelecendo o que ficou conhecido como “*sistema de freios e contrapesos*”. Para o entendimento integral e preciso da teoria da separação de poderes consultar MONTESQUIEU. *O espírito das leis*. 2º ed. Trad. de Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

⁶⁸ Importante enfatizar que cada unidade orgânica estatal, ou seja, cada órgão de poder estatal, pode ser constituído por um conjunto de órgãos, cada qual responsável por realizar partes específicas das atividades próprias de sua respectiva unidade orgânica estatal. No Brasil, o exemplo mais evidente desse conjunto de órgãos dá-se pelos órgãos do executivo que se apresentam e se identificam como Administração Pública. Nesse sentido, Celso Antônio Bandeira de Mello esclarece que: “*Relembre-se que a Administração não titulariza interesses públicos. O titular deles é o Estado, que, em certa esfera, os protege e exercita através da função administrativa, mediante o conjunto de órgãos (chamados administração, em sentido subjetivo ou orgânico), veículos da vontade estatal consagrada em lei*”. (BANDEIRA DE MELLO, 2013, p. 74-75).

e atípicas que cada órgão assume nesta teoria, vale apresentar de forma muito sintética as três principais funções públicas estatais aceitas pela doutrina, isso porque, cada uma dessas três funções apresenta características distintas e são imprescindíveis para a compreensão da ideia geral de função pública.

A primeira delas é a função legislativa, exercida tipicamente pelo órgão legislativo e é concebida pelos doutrinadores sob dois critérios: o critério formal e o critério material. Para o critério formal, a função legislativa é realizada na edição de normas gerais e, via de regra, abstratas, isto é, como produto do processo legislativo⁶⁹, inovando originariamente no ordenamento jurídico, mas sempre sob a égide da Constituição Federal. Contudo, a visão estritamente formal da função legislativa, que atenta tão-somente ao rigor formal da elaboração das normas legislativas, não é critério suficiente para estabelecer todos os contornos dessa função estatal; é necessário, também, observar o conteúdo estabelecido dessas normas, já que a separação de poderes é uma imposição constitucional⁷⁰ e, nesse sentir, a função legislativa não pode invadir a reserva de administração e a reserva de jurisdição. Já o critério material da função legislativa é estabelecido pela ideia de realização em abstrato dos valores jurídicos constitucionais, de tal forma a considerar o conteúdo dos princípios constitucionais – implícitos e explícitos – para executá-los em função da previsão de ocorrência das circunstâncias fáticas que possam vir a ocorrer no caso concreto⁷¹. Além disso, faz-se necessária a

⁶⁹ Conforme dispõe o art. 59 da Constituição Federal:

Art. 59. O processo legislativo compreende a elaboração de:

- I - emendas à Constituição;
- II - leis complementares;
- III - leis ordinárias;
- IV - leis delegadas;
- V - medidas provisórias;
- VI - decretos legislativos;
- VII - resoluções.

Obs.: As emendas à Constituição, dispostas no inciso I do art. 59 da C.F., não fazem parte do conjunto de normas editadas na função legislativa, vez que as emendas constitucionais possuem *status* de normas constitucionais, com rigidez e supremacia constitucional.

⁷⁰ O Princípio da Separação de Poderes está disposto no art. 2º da Constituição Federal:

Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

⁷¹ De acordo com a preleção de Ricardo Marcondes Martins, a função legislativa realiza uma prognose do caso concreto para editar normas no plano abstrato: “A função legislativa é exercida no ‘plano abstrato’: o legislador faz uma prognose do caso concreto em que a norma legislativa será aplicada”. (MARTINS; BACELLAR FILHO, 2022, p. 76).

observação dos limites à função legislativa⁷² que são dois: (i) a observância dos postulados normativos e; (ii) o respeito às decisões firmadas pela competência do corpo constituinte – princípios formais que dão primazia às ponderações constituintes.

A segunda é a função administrativa ou executiva, a qual a doutrina se divide seguindo os mesmos dois aspectos: o aspecto formal e o aspecto material. Da mesma forma que na função legislativa, o aspecto formal também é insuficiente para apresentar o exercício dessa função: é necessário levar em consideração não só a forma, mas também o conteúdo do ato administrativo, por isso o aspecto material se mostra mais efetivo. No aspecto material a função administrativa é desempenhada na edição de atos administrativos, isto é, edição de normas jurídicas aplicáveis em definitivo no plano concreto pela administração pública e, com isso, concretiza os valores constitucionais e as normas legislativas – gerais e abstratas. Na função administrativa, a administração pública não faz uma previsão da ocorrência do caso concreto, mas sim, edita um ato administrativo na ocorrência efetiva das circunstâncias fáticas do caso concreto. Também é relevante mencionar que o exercício da função administrativa possui 3 (três) limites: (i) devem ser respeitados os postulados normativos; (ii) não se pode editar normas jurídicas no plano abstrato, pois essas normas são de competência da função legislativa e; (iii) devem ser levadas em consideração as decisões em abstrato tomadas pelo legislador – princípio formal que dá primazia às ponderações legislativas no plano abstrato.

Por fim, a terceira função estatal, que como a própria expressão já informa, consiste em dizer o Direito – por isso mesmo, função jurisdicional, isto é, que possui o dever de realizar a *juris dictio*⁷³ – prolatando provimentos de *status* terminativo – sentenças e acórdãos – em demandas de competência das varas

⁷² Ricardo Marcondes Martins apresenta os limites à função legislativa da seguinte forma: “*Há dois limites à função legislativa. O primeiro refere-se aos ‘postulados normativos’, pressupostos epistemológicos do sistema normativo, juízos sem os quais não é possível entender o Direito vigente. Ao violar um postulado normativo, o legislador incorre numa contradição performativa, nada restando ao intérprete a não ser desconsiderar o texto editado. Referido limite aplica-se integralmente à função constituinte. O segundo refere-se às ponderações efetuadas pelo constituinte: toda norma legislativa contrária a uma norma constitucional é inválida. Existe no sistema um princípio formal que dá primazia às ponderações constituintes, princípio esse que deve ser respeitado pelo Legislador nas ponderações por ele efetuadas*”. (MARTINS; BACELLAR FILHO, 2022, p. 77).

⁷³ Do latim que significa: “dizer o Direito”.

judiciais monocráticas ou dos tribunais colegiados, respectivamente; ou de *status* não terminativo – decisões interlocutórias e despachos – que visam a dar andamento ao iter processual. O que importa considerar na função jurisdicional é que o magistrado, de forma monocrática ou colegiada diz o Direito por meio de provimentos com caráter de definitividade⁷⁴ pondo termo em controvérsias jurídicas e tornando-as imutáveis.

Outra característica da função jurisdicional é que o agente competente para a prolação das normas jurisdicionais – sentenças e acórdãos – atua em um processo de interpretação das circunstâncias fáticas e jurídicas das controvérsias a serem decididas, é saber: o magistrado promove a cognição das situações jurídicas das partes, da relação que as vinculam e das circunstâncias fáticas que envolvem a demanda para, somente então, interpretar e decidir de acordo com o ordenamento jurídico e com o Direito. Dessa forma, a competência discricionária – que é a escolha dentre duas ou mais possibilidades jurídicas válidas – não é meio hábil ao magistrado firmar suas decisões; na função jurisdicional é dever do magistrado interpretar o sistema normativo e as circunstâncias fáticas – motivos – para extrair a vontade do Direito e, assim, decidir a controvérsia jurídica apresentada.

De uma forma bem sintética, são essas as funções estatais públicas e suas principais características que interessam neste estudo para firmar a apresentação do regime jurídico de direito público. Cumpre mencionar, ainda, que a função mais relevante para esse estudo é a função administrativa ou executiva, já que é a partir da edição de atos administrativos, como visto, concretos e firmados pela administração pública, que a competência administrativa de poder de polícia – poder de polícia em sentido estrito – de condicionar a liberdade e a propriedade para

⁷⁴ Em que pese a função administrativa editar normas também em caráter definitivo, há diferenças gritantes na característica de definitividade da função administrativa e da função jurisdicional. É que enquanto na função administrativa a definitividade diz respeito ou à realização da concretização “definitiva” no caso concreto de valores constitucionais ou por encerrar definitivamente uma demanda tão-somente na esfera administrativa, na função jurisdicional, a definitividade está vinculada ao próprio texto normativo prolatado, isto é, a sentença ou acórdão põe termo em uma controvérsia jurídica na qual se faz coisa julgada – sem possibilidade de modificação, imutável. Em uma – na definitividade das normas administrativas (concretas) – refere-se à conclusão, à efetivação, ao atingimento da concretização dos valores constitucionais implícitos e explícitos; noutra – na definitividade das normas jurisdicionais – a acepção é a de tornar imutável em todos os âmbitos do Direito o texto normativo (sentença ou acórdão) que decidiu uma controvérsia jurídica.

o resguardo dos interesses coletivos e para a defesa da boa ordem da coisa pública toma forma.

Por essa razão, a partir da exposição destas características que distinguem cada função estatal, este estudo tratará a função pública como sendo a função administrativa, bem como, a administração pública como o órgão que corresponderia ao sujeito ativo estatal responsável pelo plexo de competências vinculadas às questões administrativas típicas, salvo quando for necessária a específica identificação das outras funções estatais – legislativa e jurisdicional – e seus respectivos órgãos nos assuntos e na temática principal – o poder de polícia – a ser apresentada, especificamente na Parte II desta dissertação.

Com isso, após a exposição da noção de sistema jurídico, interesse público e função pública, é possível a partir de agora adentrar especificamente ao regime jurídico de direito público, reforçando os seus contornos, a sua conceituação e apresentando, logo após, no Capítulo 2 deste estudo, os primados jurídicos disciplinadores do regime jurídico público especial – regime jurídico público-administrativo.

1.5. Conceito de Regime Jurídico de Direito Público

Conforme já se mencionou neste estudo, o regime de direito público é o alicerce jurídico, verdadeiro sistema integrativo de normas, que regula as relações estatais e permite ao Estado cumprir da melhor maneira possível seus deveres e obrigações perante os cidadãos, não só para definir a posição de autoridade e comando estatal em suas relações jurídicas cotidianas, como também, e principalmente, para promover o bem estar social e a plena satisfação dos cidadãos, tendo-se em vista as sujeições impostas ao Estado. Por um lado, o regime jurídico de direito público concatena os comandos normativos atinentes às relações do Estado com os particulares – pessoas físicas e jurídicas –, de tal sorte a integrar e nortear esses comandos em um regime jurídico especial que resguarde e garanta o cumprimento dos interesses alheios aos do Estado – interesses dos cidadãos enquanto partícipes da sociedade –; por outro, permite que o Estado cumpra a sua função pública de tutelar os interesses alheios ao possibilitar-lhe uma posição de

verticalidade, uma vez que se faz necessário tomar medidas com características extroversas de autoridade e comando perante a coletividade para gerir a coisa pública, manter a harmonia social e garantir a segurança jurídica dos interesses de todos os particulares envolvidos.

Essa árdua tarefa estatal de cumprir sua função pública e de perseguir o interesse público não seria exitosa se não houvesse uma estrutura político-normativa sistematicamente organizada em um regime jurídico especial a disciplinar a atuação do Estado em seus diferentes matizes, atento sempre aos meios e aos fins que se compatibilizam com o direito público e aos interesses tutelados, é saber, uma estrutura político-normativa que equilibre a atuação do Estado com a legitimação de prerrogativas e imposições de limitação e sujeição especial para o estrito cumprimento do interesse da coletividade. Dessa forma, o regime jurídico de direito público estabelece uma estrutura normativa de âmbito público, aplicável em situações e circunstâncias em que o interesse da coletividade e as especificidades do respeito ao interesse dos particulares estejam presentes. Em outras palavras, o regime jurídico de direito público possui uma razão de existir; possui uma finalidade normativa que somente será atingida caso suas concepções, prescrições e imposições forem integralmente aplicadas. É forçoso observar, portanto, que este mencionado regime de direito público alberga o que de mais relevante se apresenta na vida em sociedade: os interesses da coletividade – interesse público e privado que estabelecem uma dinâmica de interações coletivas que ditam o tônus da malha social e, para tanto, necessita de uma estrutura normativa balizadora para regular essas relações coletivas, seja em função da verticalidade da posição estatal em relação aos administrados, seja pela supremacia do interesse do todo coletivo, ou ainda, pelo dever da administração pública de manter disponível o interesse público.

Esses são os contornos elementares do regime jurídico de direito público, extraídos dos elementos que foram, até agora, apresentados neste trabalho, quais sejam: a ideia de sistema jurídico; a compreensão da conceituação de interesse público e; a importância dos aspectos da função pública. Com isso, é possível estabelecer uma conceituação de regime jurídico de direito público nos seguintes termos:

*Regime Jurídico de Direito Público é o conjunto normativo sistêmico que disciplina, integra e torna coeso os diversos comandos normativos que possuem similaridades e características que se harmonizam pela própria vontade do ordenamento jurídico, para informar a atuação estatal que se vale de prerrogativas de autoridade e comando para a efetiva concretização e cumprimento dos interesses de toda a coletividade, interesses esses constituídos pelo conjunto dos interesses dos indivíduos enquanto partícipes da sociedade.*⁷⁵

A conceituação ora proposta visa aclarar e consolidar a essência do regime jurídico de direito público, tarefa essa nada fácil, haja vista a complexidade das interações conceituais de sistema jurídico, interesse público e função pública, sem as quais, não seria possível conceber um regime jurídico especial que discipline, ao mesmo tempo, os comandos normativos característicos de âmbito público, os interesses individuais em sua dimensão pública e o modo de atuação estatal para se buscar a vontade do ordenamento jurídico na concretização do interesse da coletividade.

Também é importante mencionar que a conceituação proposta para esse regime jurídico amplo, enseja evitar que as atuações públicas mais específicas – em relação aos institutos jurídicos menos amplos como é o caso do poder de polícia e outros temas como os serviços públicos, outorgas de serviços públicos, concessões, permissões etc. – sejam dispersadas, intencionalmente ou não, da finalidade precípua do regime jurídico de direito público, qual seja: a concretização do interesse público. Portanto, faz-se necessário esse entendimento holístico do regime jurídico de direito público para se compreender as diretrizes axiológicas e normativas de outros elementos e institutos jurídicos públicos mais específicos que se condicionam a este ambiente jurídico especial e que, por isso mesmo, são informados e regulados por ele – como é o caso do poder de polícia.

Pela delimitação proposta nesta dissertação, não se pode perder de vista que a crise do poder de polícia é um tema específico do Direito Administrativo atrelado aos predicados do amplo regime jurídico público estudado até aqui, por isso mesmo, é de total relevância apresentar este ambiente jurídico especial que

⁷⁵ A conceituação de regime jurídico de direito público apresentada foi elaborada tendo como premissas as conceituações de sistema jurídico de Geraldo Ataliba e de interesse público e função pública de Celso Antônio Bandeira de Mello e Ricardo Marcondes Martins.

acomoda o instituto do poder de polícia. Além disso, por ser um tema específico do âmbito administrativo, o regime especial assume uma especificidade, qual seja, a de ser um “regime jurídico público-administrativo”⁷⁶ que, em uma primeira análise, pode ser confundido com o próprio regime jurídico de direito público, mas por tratar especificamente da função administrativa e dos agentes e órgãos que a exercem, apresenta uma especificidade de muita relevância à plena compreensão da estrutura do Direito Administrativo atualmente concebida, que é a caracterização de dois primados normativos⁷⁷: o primado da supremacia do interesse público sobre o privado e o primado da indisponibilidade do interesse público pela administração. Sem embargo, não se pode deixar de registrar que diversos outros princípios normativos – expressos ou implícitos no ordenamento jurídico – disciplinam o regime jurídico público-administrativo, tais como os que estão expressamente dispostos no *caput* do art. 37 da Constituição Federal⁷⁸; os princípios insertos no art. 2º da Lei 9.784/1999⁷⁹ – lei que regula o processo administrativo no âmbito da administração pública federal e; os princípios que se apresentam como desdobramento do primado da indisponibilidade do interesse público pela administração pública.

Apesar da importância de cada um dos princípios normativos que, expressa ou implicitamente, disciplinam o regime jurídico público-administrativo, os primados da supremacia do interesse público sobre o privado e o da

⁷⁶ Celso Antônio Bandeira de Mello conceitua Direito Administrativo da seguinte forma: “*direito administrativo é o ramo do direito público que disciplina a função administrativa, bem como pessoas e órgãos que a exercem*”. (BANDEIRA DE MELLO, 2013, p. 37).

⁷⁷ Muito embora os primados da supremacia do interesse público sobre o privado e o da indisponibilidade do interesse público pela administração serem de fato considerados por muitos doutrinadores como a estrutura basilar do Direito Administrativo, não se pode negar que esta estrutura dual valorativa tem sido questionada com tanto mais ênfase quanto os interesses econômicos e comerciais de empresas e grandes conglomerados corporativos passam a se interessar pelo amplo espectro de atividades, obras e serviços, que o Direito Administrativo disciplina. Coincidência ou não, estes questionamentos da estrutura valorativa – primados – do Direito Administrativo tem proporcionado flexibilizações no regime jurídico público-administrativo, desconfigurando-o em proveito dessas empresas privadas e em detrimento do interesse público.

⁷⁸ O *caput* do art. 37 da Constituição Federal dispõe o seguinte:

Art. 37 – A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (...).

⁷⁹ O art. 2º da Lei 9.784/1999 – lei que regula o processo administrativo no âmbito da administração pública federal – apresenta os princípios norteadores do processo administrativo da seguinte forma:

Art. 2º – A administração pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

indisponibilidade do interesse público pela administração são os que apresentam caráter estruturante do regime, equacionam o binômio prerrogativa X sujeições da atuação da administração pública e informam o conteúdo de maior relevância desse regime jurídico e, por isso mesmo, vale apresentá-los com maior detença para compreender mais profundamente os meandros do instituto jurídico do poder de polícia. Só depois será possível adentrar e analisar especificamente o tema principal desta dissertação: a crise do poder de polícia administrativa e sua nova perspectiva a envolver o instituto da regulação.

CAPÍTULO 2 – O REGIME JURÍDICO PÚBLICO-ADMINISTRATIVO

2.1. Primados do Regime Jurídico Público-Administrativo

Para uma orientação inicial a respeito dos primados do regime jurídico público-administrativo, cumpre informar que o termo primado⁸⁰ significa excelência, superioridade, característica daquilo que é primaz, que ocupa o primeiro lugar em grau de importância. A semântica do termo em si já informa que o regime jurídico ora em estudo somente será devidamente compreendido tendo-se em mente as noções e os influxos que tais primados – elementos característicos superiores – trazem ao regime.

Outra importante característica dos primados do regime jurídico público-administrativo é que são primados sistêmicos, ou seja, trazem consigo diretrizes estruturais, elementares e balizadoras do conjunto normativo do regime jurídico público-administrativo. Nesse sentido, apresentam características de princípios jurídicos de segunda geração⁸¹.

Além disso, os primados possuem também natureza de norma jurídica, pois estão circunscritos no âmbito das normas positivadas – expressas ou implícitas – do ordenamento jurídico, logo, não se confundem com os já mencionados postulados normativos⁸² que, por serem juízos preconcebidos da sociedade – pressupostos epistemológicos –, independem de positivação no ordenamento. Por serem valores positivados – insertos no ordenamento jurídico –,

⁸⁰ Consultar Dicionário brasileiro da língua portuguesa - Michaelis On-line - <https://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/primado>.

⁸¹ Conforme preleciona Ricardo Marcondes Martins, a palavra “princípio” é ambígua, trazendo em si sentidos diversos. A expressão “princípio jurídico”, por conseguinte, é polissêmica e traz três significados: (i) no primeiro – que corresponde ao significado dos princípios de primeira fase ou geração – quer dizer gênese, questões gerais de uma disciplina; (ii) no segundo – princípios de segunda fase ou geração – significam ideias-chave, vigas mestras, elementos estruturantes e; (iii) no terceiro – princípios de terceira fase ou geração – significam normas jurídicas que representam um valor a ser concretizado na maior medida possível, um mandamento de otimização de um determinado valor (na expressão do jurista alemão Robert Alexy – consultar ALEXY, 2014, p. 90). Para maiores esclarecimentos sobre as fases ou gerações dos princípios jurídicos consultar MARTINS, Ricardo Marcondes. *Teoria dos princípios formais. Interesse público – IP*, Belo Horizonte, ano 18, n. 98, p. 65-94, jul./ago., 2016.

⁸² Sobre os postulados normativos, consultar nota de rodapé nº 31 supra.

ou seja, normas jurídicas enquanto mandamentos de otimização de um determinado valor, apresentam, também, características de princípios de terceira geração.

Finalmente, os primados do regime jurídico público-administrativo possuem, ainda, as características inerentes de seus conteúdos próprios. O primado da supremacia do interesse público sobre o privado determina, basicamente, as prerrogativas e privilégios de autoridade e comando do Estado, ente público que personifica a vontade do ordenamento jurídico e se incumbe de cumprir rigorosamente o interesse da coletividade. Já o primado da indisponibilidade do interesse público pela administração pública traz o conteúdo essencial de impossibilitar que a administração substitua o interesse da coletividade por interesses secundários que não se coadunam ao interesse público, é saber, informa o compêndio de deveres e obrigações que a administração não pode se imiscuir de atender, além disso, determina a imposição de restrições ou sujeições especiais⁸³ – deveres especiais – para que a administração pública utilize as suas prerrogativas de autoridade e comando no exato limite do necessário para atingir o interesse da coletividade. Em suma e de forma muito objetiva: o primado da supremacia do interesse público sobre o privado informa as prerrogativas da administração pública e o primado da indisponibilidade do interesse pública dispõe sobre os deveres da administração. Ambos os primados formam um verdadeiro vínculo de equilíbrio onde o fiel da balança é o próprio regime jurídico público-administrativo.

Tais características não são mera ficção de vetustas doutrinas alienígenas ou consensos dogmáticos desvinculados da realidade jurídica pátria. Muito pelo contrário, representam características já há muito observadas, estudadas e aplicadas, especialmente nos países de matriz romano-germânica do Direito e, no Brasil, impostas pelas diretrizes axiológicas da Constituição Federal e do ordenamento jurídico brasileiro como um todo. Portanto, devido à relevância destes dois primados, faz-se necessário elaborar dois subcapítulos específicos para um maior aprofundamento de suas disposições. Em que pese não haver consenso na compreensão e concepção normativa desses primados, especialmente em relação à

⁸³ No que diz respeito às restrições ou sujeições especiais da administração pública, ver item 2.1.1.1. deste estudo.

supremacia do interesse público sobre o privado⁸⁴, não se pode negar a notória importância destes primados normativos, não só no desenvolvimento histórico do regime jurídico de direito público – regime macro –, como também na própria aplicação hodierna do regime jurídico público-administrativo.

2.1.1. A Supremacia do Interesse Público sobre o Privado

A supremacia do interesse público sobre o privado é uma das duas mais importantes diretrizes normativas basilares do regime jurídico público-administrativo que, como visto no item 1.1. deste estudo, refere-se a um regime jurídico especial. Para se ter uma compreensão consistente das premissas que esse primado normativo emana no regime jurídico especial, propõe-se abrir um parêntese para responder a três indagações que permitem a visualização da importância de seu conteúdo para o regime jurídico público-administrativo – regime jurídico especial.

Abre-se o parêntese.

Quando se pensa em um regime jurídico especial algumas perguntas iniciais precisam ser levantadas para balizar a orientação de quem, pelo senso comum, nunca se debruçou nos estudos da ciência jurídica, mais especificamente nos estudos de um regime jurídico que diverge, em sua essência, de um regime jurídico comum que disciplina as situações e relações jurídicas das pessoas privadas comuns. As perguntas iniciais que necessitam ser respondidas são: (i) o regime jurídico especial é considerado especial em relação a quê? (ii) esse regime jurídico especial se presta para quê? (iii) esse regime jurídico especial se vale de quê?

A primeira pergunta (i) acaba de ser respondida nesta simples introdução capitular: há um regime jurídico considerado especial por ser ele diverso de um outro regime jurídico considerado comum, o qual informa e disciplina as situações e relações jurídicas convencionais das pessoas comuns que não

⁸⁴ No que diz respeito às divergências doutrinárias conceituais sobre o primado da supremacia do interesse público sobre o privado, uma das principais críticas é a elaborada por Humberto B. Ávila, a ser abordada com maior detença no item 2.1.1.2. deste estudo.

apresentam qualquer qualificativo que as tornem diferentes juridicamente uma das outras e que se relacionam social e juridicamente de forma horizontal, é saber, no mesmo pé de igualdade⁸⁵. O regime especial, por sua vez, dispõe sobre situações e relações jurídicas verticais e extroversas, que envolvam o Estado e os administrados na persecução do interesse da coletividade. Nesse sentido, surgem os dois regimes – ou ambientes – jurídicos: um disciplinador das situações e relações jurídicas comuns – de pessoas privadas comuns – que se relacionam em nível horizontal e um outro disciplinador das situações e relações jurídicas especiais – com características peculiares, qualificadas e extroversas – entre o Estado e os administrados que se relacionam em nível vertical em um *sistema jurídico* que corresponde ao *regime jurídico público-administrativo*.

A segunda pergunta (ii) questiona a funcionalidade desse regime jurídico especial: se presta para quê? Ou para que serve? Ora, se é um regime jurídico disciplinador de situações e relações jurídicas peculiares, qualificadas e extroversas, a funcionalidade desse regime é disciplinar a dinâmica de relações jurídicas entre o Estado e os administrados para que o ente estatal cumpra o seu dever de tutelar os interesses alheios – de toda a coletividade. Assim, o regime jurídico especial propõe disciplinar as situações e relações jurídicas que sejam afetadas às atividades estatais para cumprir a sua função pública – tutelar os interesses alheios, de toda a coletividade. Em uma só palavra: o regime jurídico especial serve para identificar e disciplinar as relações jurídicas verticais e extroversas entre o Estado e os administrados, a fim de estabelecer um dever funcional estatal de tutelar os interesses do todo coletivo – dever funcional enquanto *função pública*, na persecução do *interesse público*.

Por fim, a terceira pergunta (iii) indaga quais os instrumentos que o Estado se vale para obter êxito na execução de seu dever funcional. E para responder a essa indagação, vale ter em mente tudo aquilo que já foi apresentado no item 1.4. deste estudo, no sentido de que todos os instrumentos e recursos utilizados pelo Estado são considerados meios acessórios, ancilares, instrumentais

⁸⁵ O termo igualdade foi utilizado não no sentido econômico-financeiro, já que a condição econômica de cada indivíduo, como é notório nas sociedades hodiernas, permite maior ou menor influência social, alterando substancialmente o poder de barganha nas negociações que cada pessoa firma no seu dia-a-dia. O sentido de igualdade aqui utilizado considera, isso sim, a condição humana das pessoas privadas que, na esfera jurídica são detentoras, ao menos abstratamente, dos mesmos direitos fundamentais.

para ser possível atingir o que, de fato, importa: a satisfação do interesse público – interesse do todo coletivo. E os meios utilizados pela administração pública são aqueles que lhe conferem: (i) prerrogativas de autoridade e comando para que seus atos sejam munidos de determinados atributos⁸⁶ que lhe permitam tomar decisões – com agilidade e com certa margem de autonomia – sem que dependa, a todo o momento, da circunscrição de outros entes públicos, como o jurisdicional por exemplo e; de uma posição privilegiada e de supremacia em relação aos administrados para que a tutela do interesse da coletividade seja perseguida e alcançada de forma ótima. Assim os meios instrumentais para que o ente estatal cumpra o seu dever são: *a prerrogativa de autoridade, comando e poder e; a posição privilegiada e de supremacia* do ente estatal para alcançar o interesse público.

Respondidas as três indagações, infere-se que: (i) o ambiente jurídico do regime jurídico especial, que disciplina a função administrativa e os órgãos incumbidos dessa atuação, é o *sistema jurídico do regime público-administrativo*; (ii) a funcionalidade desse regime jurídico especial fixa-se na concepção de *função pública e interesse público* e; (iii) o regime jurídico especial

⁸⁶ Os atributos do ato administrativo que dão supedâneo de supremacia e prerrogativa de autoridade e comando às atividades do ente estatal é, na doutrina de Celso Antônio Bandeira de Mello, a “imperatividade”, a “exigibilidade” e a “autoexecutoriedade”. Na letra de Celso Antônio Bandeira de Mello tem-se: “*Como expressão desta supremacia, a Administração, por representar o interesse público, tem a possibilidade, nos termos da lei, de constituir terceiros em obrigações mediante ‘atos unilaterais’.* Tais atos são ‘imperativos’ como quaisquer atos do Estado. Demais disso, trazem consigo a decorrente ‘exigibilidade’, traduzida na previsão legal de sanções ou providências indiretas que induzam o administrado a acatá-los. Vastas vezes ensejam, ainda, que a própria Administração possa, por si mesma, executar a pretensão traduzida no ato, sem necessidade de recorrer previamente às vias judiciais para obtê-la. É a chamada ‘autoexecutoriedade’ dos atos administrativos. Esta, contudo, não ocorre sempre, mas apenas nas seguintes duas hipóteses: a) quando a lei expressamente preveja tal comportamento; b) quando a providência for urgente ao ponto de demandá-la de imediato, por não haver outra via de igual eficácia e existir sério risco de perecimento do interesse público se não for adotada”. (BANDEIRA DE MELLO, 2013, p. 99). Em relação ao atributo de executoriedade do ato administrativo, Ricardo Marcondes Martins alerta para uma confusão conceitual que a maioria da doutrina brasileira apresenta. Segundo ele, a executoriedade possui duas abrangências distintas: (i) executoriedade em sentido amplo – que é um ato tanto exigível quanto executável de ofício pela administração pública e; (ii) executoriedade em sentido estrito – que é um ato executável no qual a administração pública utiliza a coação material do administrado sem necessitar de autorização do judiciário. Pela doutrina de Ricardo Marcondes Martins, extrai-se o seguinte entendimento: “*Assim, todo ato administrativo pode ser executado pela Administração, sem recorrer ao Poder Judiciário – trata-se da ‘executoriedade em sentido amplo’.* Dentre os atos que impõe uma obrigação ao administrado e dão primazia ao cumprimento voluntário, alguns são dotados de ‘executoriedade em sentido estrito’, a possibilidade de a Administração empreender, sem recorrer ao Poder Judiciário, a constrição física do inadimplente ao cumprimento de seu dever”. (MARTINS; BACELLAR FILHO, 2022, p. 216).

habilita o ente estatal a utilizar *prerrogativas de autoridade, comando e poder e de se posicionar verticalmente* em relação aos administrados *com privilégio e supremacia* para cumprir seu dever-poder.

E o que é importante considerar dessa conclusão? O primado da supremacia do interesse público sobre o privado, é o comando normativo, verdadeira diretriz fundamental, que informa a maior parte das disposições jurídicas do regime especial, de tal sorte a ser esse mencionado primado jurídico o ponto gravitacional de todo o regime jurídico público-administrativo: é ele quem determina e legitima o ambiente jurídico especial e sistêmico; é ele o responsável por fixar a obrigação de dever do Estado de tutelar os interesses alheios e de estabelecer a finalidade de persecução do interesse público e; é ele quem fundamenta e legitima o uso de um meio, instrumental e ancilar, hábil a possibilitar que o ente estatal atinja os desideratos da vontade do ordenamento jurídico.

Sem o primado da supremacia do interesse público sobre o privado não há regime jurídico público-administrativo. Sem embargo, cabe um alerta: a despeito desse primado ser essencial para o regime jurídico especial, não é ele a única diretriz fundamental, pois, como será verificado mais adiante, há um outro primado que também informa e emana disposições normativas fundamentais e estabelece desdobramentos axiológico-normativos para todo o sistema do regime jurídico público-administrativo, qual seja: o primado da indisponibilidade do interesse público pela administração pública – item 2.1.2. infra.

Fecha-se o parêntese.

Ao que se segue, vale adentrar no conteúdo do primado da supremacia do interesse público sobre o privado apresentando o posicionamento doutrinário do autor que introduziu e disseminou a concepção desse primado no Brasil – Celso Antônio Bandeira de Mello, sendo ele o responsável pela emancipação do Direito Administrativo da órbita doutrinária e dogmática do Direito Privado que reinou no mundo jurídico até o início da segunda metade do século XX –, e desde já se adianta, este posicionamento é defendido neste estudo quase que integralmente⁸⁷, como será apontado mais a diante. Sem embargo, ainda antes de

⁸⁷ A divergência está nas *restrições ou sujeições especiais no desempenho da atividade de natureza pública* que a doutrina de Celso Antônio Bandeira de Mello informa como terceiro comando

se ater ao conteúdo do mencionado primado, considera-se importante apresentar uma brevíssima noção sobre a gênese do Estado, vez que se acredita estar exatamente nesse mesmo momento histórico o surgimento do primado da supremacia do interesse público sobre o privado.

O surgimento da figura do Estado não é um evento histórico tão simples de ser precisado, vez que as sociedades humanas se desenvolveram de forma lenta e gradual a partir de agrupamentos nômades, ainda no alvorecer da humanidade no período paleolítico, até a atualidade⁸⁸. Nesse ínterim, em algum momento da idade moderna, as relações conflituosas entre as pessoas privadas se intensificaram em um ambiente de insegurança e instabilidade que passou a comprometer a organização social vigente.

Em que pese ter se intensificado os conflitos entre as pessoas privadas nesse momento histórico do desenvolvimento social da humanidade, de tal forma à sociedade passar a identificar esse agravamento como um problema a ser resolvido, tais conflitos são oriundos da própria essência dos indivíduos, isso porque os seres humanos tendem a querer satisfazer, prioritariamente, os seus próprios interesses, muitas vezes deixando de lado e à própria sorte os demais indivíduos que, em uma busca selvagem por sobrevivência, melhores condições de vida e, hodiernamente, lucro exacerbado, criam um ambiente social de plena e absoluta competição, onde, por óbvio e notório, os indivíduos mais abastados física, política e economicamente sufocam os indivíduos de menos evidência social. Esta é a lógica digladiante das relações comuns entre as pessoas privadas movidas pela necessidade de satisfazer seus próprios interesses particulares individualizados⁸⁹.

valorativo do conteúdo da supremacia do interesse público sobre o privado. Para maior compreensão desta divergência, ver nota de rodapé nº 92 infra.

⁸⁸ De forma absolutamente sintética a linha histórica da evolução das sociedades humanas se deu a partir de agrupamentos nômades no período paleolítico, passando pelo período mesolítico a partir de assentamentos de grupos sedentários, pela criação da agricultura no neolítico, pela idade dos metais – cobre, bronze e ferro –, idade antiga, idade média, idade moderna, idade contemporânea e, período atual. Para uma mais ampla orientação sobre a linha histórica ora traçada, consultar TAUGER, Mark B., *Agriculture in world history*. 2nd edition, Routledge, 2020.

⁸⁹ Nessa mesma linha de raciocínio, anota Ricardo Marcondes Martins sobre a natureza social humana: “Os ‘particulares’ são, como regra geral, dominados pelo egoísmo: tendem a realizar seus próprios interesses com desprezo pelo interesse dos demais. Um exemplo trivial: o particular tem interesse em obter o maior lucro possível em suas atividades econômicas, típico ‘interesse privado’; se puder, obtém lucro arbitrariamente”. (MARTINS; BACELLAR FILHO, 2022, p. 48).

Assim, para conter os ânimos das pessoas privadas a partir desse período da idade moderna, ainda sob os influxos do Direito jusnaturalista, em nome da estabilização, proteção social e para conter a guerra de “todos contra todos” em uma sociedade rigorosamente insegura, criou-se a figura do Estado para conter as paixões individualistas dos seres humanos e assegurar a paz no convívio social⁹⁰. Dessa forma, o Estado surge como o resultado de um pacto social entre as pessoas privadas que passaram a se abdicar de suas liberdades totais, concedendo ao Estado uma concentração ou plexo de poderes – dotados de supremacia –, que permitiam a um governante comandar com autoridade as pessoas privadas e a coisa pública.

É evidente que a figura do Estado nesse período embrionário ainda possuía pouquíssimo grau de sofisticação, no entanto, resta notório que o Estado, enquanto resultado de um pacto social para conter os ânimos e as paixões individualistas das pessoas privadas, somente tomou forma ao ser legitimado – pelas próprias pessoas privadas em constante conflito social – como um ente

⁹⁰ Para um entendimento histórico da gênese da criação da figura do Estado, ainda em um período jusnaturalista do Direito, no qual as relações entre os privados se desenvolvia de forma absolutamente violenta e agressiva, vale apresentar um pequeno trecho da obra “O Leviatã”, de Thomas Hobbes: “O fim último, causa final e desígnio dos homens (que amam naturalmente a liberdade e o domínio sobre os outros), ao introduzir aquela restrição sobre si mesmos sob a qual os vemos viver nos Estados, é o cuidado com sua própria conservação e com uma vida mais satisfeita. Quer dizer, o desejo de sair daquela mísera condição de guerra que é a consequência necessária das paixões naturais dos homens, quando não há um poder visível capaz de os manter em respeito, forçando-os, por medo do castigo, ao cumprimento de seus pactos e ao respeito àquelas leis de natureza.

Porque as leis de natureza (como a justiça, a equidade, a modéstia, a piedade, ou, em resumo, fazer aos outros o que queremos que nos façam) por si mesmas, na ausência do temor de algum poder capaz de levá-las a ser respeitadas, são contrárias a nossas paixões naturais, as quais nos fazem tender para a parcialidade, o orgulho, a vingança e coisas semelhantes. E os pactos sem a espada não passam de palavras, sem força para dar qualquer segurança a ninguém. Portanto, apesar das leis de natureza (que cada um respeita quando tem vontade de respeitá-las e quando pode fazê-lo com segurança), se não for instituído um poder suficientemente grande para nossa segurança, cada um confiará, e poderá legitimamente confiar, apenas em sua própria força e capacidade, como proteção contra todos os outros. Em todos os lugares onde os homens viviam em pequenas famílias, roubar-se e espoliar-se uns aos outros sempre foi uma ocupação legítima, e tão longe de ser considerada contrária à lei de natureza que quanto maior era a espoliação conseguida maior era a honra adquirida. Nesse tempo os homens tinham como únicas leis as leis da honra, ou seja, evitar a crueldade, isto é, deixar aos outros suas vidas e seus instrumentos de trabalho. Tal como então faziam as pequenas famílias, assim também fazem hoje as cidades e os reinos, que não são mais do que famílias maiores, para sua própria segurança ampliando seus domínios e, sob qualquer pretexto de perigo, de medo de invasão ou assistência que pode ser prestada aos invasores, legitimamente procuram o mais possível subjugar ou enfraquecer seus vizinhos, por meio da força ostensiva e de artifícios secretos, por falta de qualquer outra segurança; e em épocas futuras por tal são recordadas com honra.” Para um entendimento integral da percepção do autor jusnaturalista consultar HOBBS, Thomas. *O leviatã – ou matéria, forma e poder de uma república eclesiástica e civil*. Trad. de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva, São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 143-144.

detentor de poderes de autoridade e comando e de “*supremacia pública sobre os privados*”.

Enfatiza-se com muita insistência: esse período inicial não condiz com a atual concepção de Estado e de supremacia do interesse público sobre o privado, entretanto, os apontamentos supramencionados servem como um inquestionável registro histórico da relação de simultaneidade do surgimento desses dois institutos. Com isso, é possível avançar para a posição originária no Brasil de supremacia do interesse público sobre o privado de Celso Antônio Bandeira de Mello.

2.1.1.1. Posição Originária de Celso Antônio Bandeira de Mello

Pela posição doutrinária de Celso Antônio Bandeira de Mello, a supremacia do interesse público sobre o privado determina não só um dos alicerces nucleares do regime jurídico público-administrativo, mas ainda, e para além disso, representa verdadeiro pressuposto de toda a ordem social⁹¹, sem o qual, inconcebível seria o convívio harmônico, estável e equilibrado da coletividade. Esse posicionamento parte do pressuposto de que a ordem jurídica, por meio dessa diretriz axiológica, legitima prerrogativas ao ente estatal para gerir e administrar a coisa pública, em regra, por atos unilaterais para constituir com imperatividade os administrados ao cumprimento de suas obrigações previamente estabelecidas, para que a ordem social se mantenha hígida, segura e estável.

Por esse pressuposto não se está a misturar a ordem jurídica com o âmbito sociológico e com as interações sociais presentes na sociedade. A posição de Celso Antônio Bandeira de Mello concebe de forma muito bem definida a ordem jurídica enquanto ciência jurídica, ou seja, o estudo muito bem estabelecido e sistematizado de um objeto definido – as normas jurídicas –, entretanto, os

⁹¹ Em suas preleções sobre a supremacia do interesse público sobre o privado, Celso Antônio Bandeira de Mello registra que: “*Trata-se de verdadeiro axioma reconhecível no moderno Direito Público. Proclama a superioridade do interesse da coletividade, firmando a prevalência dele sobre o do particular, como condição, até mesmo, da sobrevivência e asseguramento deste último. É pressuposto de uma ordem social estável, em que todos e cada um possam sentir-se garantidos e resguardados*”. (BANDEIRA DE MELLO, 2013, p. 70).

comandos normativos impostos – com supremacia e, em regra, de forma unilateral – geram efeitos e promovem condicionamentos na esfera social. É nesse sentido que a doutrina ora em análise concebe a diretriz axiológica da supremacia do interesse público sobre o privado para além do âmbito jurídico, isto é, condicionando e promovendo os influxos do objeto da ciência jurídica na ordem social, de forma a estabilizá-la.

Atendo especificamente ao aspecto jurídico, a posição de supremacia do interesse público sobre o privado de Celso Antônio Bandeira de Mello, fixa a concepção de que o interesse da coletividade se sobrepõe, com superioridade, ao interesse particular. Essa superioridade é instrumentalizada pelo Estado – por seus órgãos hierarquicamente estruturados – por três comandos valorativos essenciais: (i) que a administração pública se posiciona de forma privilegiada em relação aos administrados para ser possível o cumprimento da função pública administrativa, que é tutelar o interesse de outrem – de toda a coletividade; (ii) de forma similar, a administração possui uma posição de supremacia em relação às pessoas privadas e; (iii) a administração pública não pode se valer ilimitadamente de sua posição privilegiada e de supremacia para satisfazer o seu dever, logo, existem restrições ou sujeições especiais⁹² que impõe à administração pública uma atuação contida, na exata medida da adequação, necessidade e proporcionalidade que o interesse público suscita no caso concreto.

A primeira orientação valorativa concede à administração pública uma posição privilegiada para que seus atos apresentem características ou atributos que permitam constituir os administrados em obrigações, sempre na busca pelo interesse público. Assim, a supremacia do interesse público sobre o privado confere

⁹² No que diz respeito à terceira orientação valorativa da supremacia do interesse público sobre o privado – *restrições ou sujeições especiais no desempenho da atividade de natureza pública* – apresentada por Celso Antônio Bandeira de Mello, discorda-se que essa diretriz advenha da supremacia do interesse público sobre o privado. Em que pese ser indiscutível e notória a importância de se observar as limitações, restrições ou sujeições especiais na atuação da administração pública, parece mais adequado considerar que essa orientação advenha da indisponibilidade do interesse público pela administração, isso porque qualquer excesso de poder – desvio de poder – deturpa a busca pelo interesse público, logo, ofenderia a inexorável indisponibilidade do interesse público e não, necessariamente, a supremacia em si. O que está a se defender aqui, por mera opção pedagógica, é que as restrições ou sujeições especiais determinam deveres da administração pública de não extravasamento de seus poderes, ou seja, são deveres que a administração não possui disponibilidade para atuar de forma diversa, logo, são orientados por influxos valorativos advindos do primado da indisponibilidade do interesse público pela administração.

aos atos da administração pública quatro atributos: (i) a presunção de legitimidade⁹³, é saber, é a imposição aos administrados de considerar os atos da administração pública legítimos e em conformidade com a lei até que sejam questionados com provas em contrário; (ii) a imperatividade⁹⁴, que permite a unilateralidade dos atos da administração pública, ou seja, a imposição desses atos aos administrados independentemente de sua aquiescência; (iii) a exigibilidade⁹⁵, que habilita a administração pública a exigir o cumprimento do que foi imposto como obrigação aos administrados e; (iv) executoriedade⁹⁶, que legitima a administração pública a constranger materialmente o administrado, independentemente de uma decisão do judiciário, caso a obrigação não seja cumprida voluntariamente.

Já a segunda orientação valorativa advinda da supremacia do interesse público sobre o privado trata da posição de supremacia que a administração pública assume nas relações com os administrados. É que, para ser possível tutelar o interesse de toda a coletividade, a administração pública necessita de um meio instrumental – poderes instrumentais e ancilares de seu dever de persecução do interesse público – para fazer valer e impor as suas determinações firmadas por atos administrativos. Assim, a administração pública se relaciona com os administrados em uma posição de autoridade de comando, com verticalidade e exorbitância nos atos administrativos que edita e, via de regra, de forma unilateral,

⁹³ Pela doutrina de Celso Antônio Bandeira de Mello, o atributo da *Presunção de Legitimidade* é definido da seguinte forma: “*Presunção de legitimidade – é a qualidade, que reveste os atos administrativos, de se presumirem verdadeiros e conformes ao Direito, até prova em contrário. Isto é: milita em favor deles uma presunção ‘juris tantum’ de legitimidade; salvo expressa disposição legal, dita presunção só existe até serem questionados em juízo*”. (BANDEIRA DE MELLO, 2013, p. 423).

⁹⁴ A *Imperatividade* pela doutrina de Celso Antônio Bandeira de Mello “*é a qualidade pela qual os atos administrativos se impõem a terceiros, independentemente de sua concordância*”. (*Ibid.*, p. 423).

⁹⁵ O atributo da *Exigibilidade* é conceituado por Celso Antônio Bandeira de Mello da seguinte forma: *é a qualidade em virtude da qual o Estado, no exercício da função administrativa, pode exigir de terceiros o cumprimento, a observância, das obrigações que impôs. Não se confunde com a simples imperatividade, pois, através dela, ‘apenas se constitui uma dada situação’, se impõe uma obrigação. A exigibilidade é o atributo do ato pelo qual se impele à obediência, ao atendimento da obrigação já imposta, sem necessidade de recorrer ao Poder Judiciário para induzir o administrado a observá-la*”. (*Ibid.*, p. 423).

⁹⁶ Em relação ao atributo da *Executoriedade*, Celso Antônio Bandeira de Mello explica que: “*é a qualidade pela qual o Poder Público pode compelir ‘materialmente’ o administrado, sem precisão de buscar previamente as vias judiciais, ao cumprimento da obrigação que impôs e exigiu*”. (*Ibid.*, p. 423). Importante reforçar que a doutrina de Ricardo Marcondes Martins adota uma classificação do atributo da executoriedade em sentido amplo e em sentido estrito. Consultar a parte final da nota de rodapé nº 86 deste estudo.

ou seja, prescindindo da aquiescência do administrado para constituí-lo em obrigações. Portanto, para que o interesse de toda a coletividade seja tutelado de maneira ótima, tendo como dever satisfazer os interesses gerais e o respeito à vontade do particular – dimensão pública do interesse privado e a dimensão privada do interesse privado, respectivamente –, a administração pública é legitimada a se posicionar com supremacia de seus atos em relação aos administrados para impor, unilateralmente e na exata medida da necessidade do caso concreto, obrigações e exigir o seu cumprimento.

Por fim, a terceira orientação valorativa da supremacia do interesse público sobre o privado para o regime jurídico público-administrativo determina a limitação da atuação da administração pública no que se refere ao uso de sua posição privilegiada e de supremacia, bem como, de suas prerrogativas de autoridade e comando. Com efeito, se a atuação da administração pública utilizasse de forma absoluta seus poderes em face dos administrados, o sistema Republicano e o Estado Social e Democrático de Direito, concebidos no art. 1º da Constituição Federal⁹⁷, ruiriam instantaneamente, dando espaço para um sistema arbitrário e despótico. Dessa forma, a doutrina de Celso Antônio Bandeira de Mello ensina que a supremacia do interesse público sobre o privado emana uma orientação valorativa ao regime jurídico público-administrativo de restrição ou sujeição especial em toda a atividade de natureza pública, sendo certo, como já foi mencionado anteriormente, que a administração pública terá legitimidade de utilizar um meio instrumental e ancilar – poderes – na exata adequação, necessidade e proporcionalidade que o caso em concreto ensejar. Portanto, qualquer excesso no uso do poder público será considerado desvio de poder e, por isso mesmo, será um ato inválido por apresentar grave desconformidade ao ordenamento jurídico e um descompasso ao regime jurídico público-administrativo.

⁹⁷ Conforme preceitua o art. 1º da Constituição Federal:

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.

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

No que diz respeito ao conteúdo da supremacia do interesse público sobre o privado na posição originária de Celso Antônio Bandeira de Mello, são essas as três orientações valorativas fundamentais que norteiam o regime jurídico público-administrativo. No entanto, esse criterioso entendimento não é unânime na comunidade jurídica, recebendo críticas de diversos juristas, inclusive de renome, como Humberto B. Ávila. Em relação às críticas firmadas pelo jurista gaúcho, vale abrir um subcapítulo específico para o seu entendimento – item 2.1.1.2.

Antes, porém, vale fazer um importantíssimo esclarecimento sobre a doutrina “criticada” de Celso Antônio Bandeira de Mello. É que a sua teoria foi desenvolvida em um momento histórico da ciência jurídica brasileira em que o rigor estrito da legalidade assumia posição de preeminência nos principais centros acadêmicos e faculdades de Direito do país – a partir dos anos 60 do século passado. Por ser ele um publicista legalista, adotou uma percepção de princípios jurídicos⁹⁸ não como uma espécie de comando jurídico com conteúdo normativo autônomo, senão como um mandamento nuclear que irradia orientações valorativas para todo o sistema jurídico – princípio em sua conformação de segunda geração. Para efeito de melhor visualização e comparação, aqueles que adotam uma conformação de princípios jurídicos de terceira geração, aplicam estes comandos normativos como mandamentos de otimização. Essa importante informação é esclarecedora para se compreender que na percepção de Celso Antônio Bandeira de Mello, os princípios jurídicos não tomam essa conotação normativa de mandamento de otimização, mas sim, norteiam e explicitam a interpretação dos comandos normativos do sistema jurídico, é saber, norteiam e orientam os comandos normativos do sistema jurídico. Como se verá ao que se segue, a crítica de Humberto B. Ávila à supremacia do interesse público sobre o privado parece não ter considerado essa concepção – de segunda geração dos princípios jurídicos – intrínseca da posição doutrinária de Celso Antônio Bandeira de Mello, o que gerou incompatibilidades de ponto de vista nas doutrinas dos nobres juristas.

⁹⁸ Nos exatos termos da conceituação de princípios jurídicos de Celso Antônio Bandeira de Mello, elaborada em 1971, tem-se: “*Princípio é, pois, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para a exata compreensão e inteligência delas, exatamente porque define a lógica e a racionalidade do sistema normativo, conferindo-lhe a tônica que lhe dá sentido harmônico*”. (BANDEIRA DE MELLO, 2013, p. 54).

2.1.1.2. Crítica de Humberto B. Ávila à Posição Originária

Em que pese a doutrina de Celso Antônio Bandeira de Mello ter estabelecido e desenvolvido no Brasil o estudo do regime jurídico público-administrativo – Direito Público Administrativo – enquanto segmento autônomo da ciência jurídica, algumas de suas premissas foram fortemente criticadas por autores de expressão inquestionável na comunidade jurídica brasileira. Um desses autores é o gaúcho Humberto Bergmann Ávila que adotou uma linha crítica⁹⁹ à supremacia do interesse público sobre o privado, defendendo, em linhas muito gerais, que a supremacia do interesse público sobre o privado: (i) não pode ser concebida conceitualmente como uma norma-princípio, por possuir apenas um grau de aplicação; (ii) também não é possível concebê-la normativamente como norma-princípio, pois não pode ser descrita como um princípio jurídico-constitucional imanente do sistema jurídico brasileiro; (iii) seu conteúdo não pode estabelecer uma supremacia do interesse público em relação ao privado por não ser possível desvincular esses dois interesses; (iv) não pode ser considerada como um postulado explicativo do Direito Administrativo, além de não se harmonizar a eles e; (v) não pode ser descrita como um princípio abstrato por depender das situações concretas de cada caso, apresentando, portanto, características de regras condicionais concretas de prevalência.

Antes de aprofundar nas inferências firmadas por Humberto B. Ávila, vale deixar muito bem aclarado que a sua análise foi estabelecida a partir da estruturação de espécies normativas desenvolvida por Ronald Dworkin¹⁰⁰ e aprofundada por Robert Alexy¹⁰¹ quanto à aplicabilidade das normas jurídicas, de tal forma a reconhecer as normas jurídicas como regras ou princípios – tal estrutura será melhor explicada adiante – item 2.1.1.4. Portanto, já se observa que o

⁹⁹ Humberto B. Ávila apresentou a sua crítica à posição originária de supremacia do interesse público sobre o privado de Celso Antônio Bandeira de Mello no artigo científico: ÁVILA, 2007.

¹⁰⁰ Como será melhor apresentado no item 2.1.1.4. (B) infra, Ronald Dworkin desenvolve uma estruturação de norma jurídica separando-a em duas espécies: (i) as regras jurídicas e; (ii) os princípios jurídicos. Para um maior entendimento dessa estruturação consultar DWORKIN, 2007.

¹⁰¹ A partir dos estudos de Ronald Dworkin sobre as espécies normativas, Robert Alexy desenvolve a sua Teoria Concretista da Ponderação Jurídica. Consultar ALEXY, 2014.

distanciamento entre a crítica de Humberto B. Ávila e o posicionamento de Celso Antônio Bandeira de Mello advém, essencialmente, das distintas concepções de estrutura normativa adotada por eles, mas que podem ser consideradas, inclusive, como faces de uma mesma moeda. Dito isso, vale agora apresentar, de forma sintética, os principais pontos da conclusão firmada na crítica de Humberto B. Ávila.

- (i) A impossibilidade de conceber conceitualmente a supremacia do interesse público sobre o privado como uma norma-princípio, por possuir apenas um grau de aplicação.

Em suas críticas, Humberto B. Ávila apresenta como primeiro ponto de suas conclusões que a supremacia do interesse público sobre o privado não pode ser conceituada como uma norma-princípio¹⁰², pois entende que, se há uma supremacia do interesse público, esta descrição abstrata não proporciona uma variação ampla do grau de concretização desse valor, ou seja, há uma única possibilidade de aplicação de seu conteúdo, que é a da prevalência de um interesse – interesse público – em detrimento de outro – interesse do particular. Em outras palavras, a descrição em abstrato da supremacia do interesse público sobre o privado restringe as possibilidades de concretização de seu conteúdo para tão-somente uma aplicação possível – concretizar o interesse público –, a de prevalência do interesse público independentemente das circunstâncias apresentadas no caso concreto e, por isso mesmo, atua como uma regra de prevalência e não como uma norma-princípio.

- (ii) A impossibilidade de conceber normativamente a supremacia do interesse público sobre o privado como uma norma-princípio, por não ser possível considerá-la um princípio jurídico-constitucional imanente do sistema jurídico brasileiro.

¹⁰² Para Humberto B. Ávila, uma norma-princípio apresenta as seguintes características: “*Norma é o conteúdo de sentido de determinada prescrição normativa, em função do qual é delimitado o que um dado ordenamento jurídico determina, proíbe ou permite. A norma-princípio tem fundamento de validade no direito positivo, de modo expresso ou implícito. Caracteriza-se estruturalmente por ser concretizável em vários graus: seu conteúdo depende das possibilidades normativas advindas dos outros princípios, que podem derogá-lo em determinado caso concreto. Daí dizer-se que os princípios, à diferença das meta-normas de validade, instituem razões prima facie de decidir. Os princípios servem de fundamento para a interpretação e aplicação do Direito. Deles decorrem, direta ou indiretamente, normas de conduta ou instituição de valores e fins para a interpretação e aplicação do Direito*”. (ÁVILA, 2007, p. 6).

Humberto B. Ávila afirma que não é possível explicar a hipotética supremacia do interesse público sobre o privado de acordo com as características normativas de uma norma-princípio – abstrata e relativa – que adviria de uma análise sistemática da Constituição Federal e do ordenamento jurídico brasileiro, de tal forma a não apresentar as características de um princípio jurídico-constitucional imanente do próprio sistema jurídico brasileiro. Essa conclusão é justificada pelo autor gaúcho pelo fato de a Constituição Federal apresentar em seu texto normativo diversas normas-princípios – arts. 1 a 4 –, direitos e garantias fundamentais – arts. 5 a 17 – e normas-princípios gerais – arts. 145, 150 e 170 – que informam e protegem, não o interesse público, mas sim, os interesses fundamentais e individuais da condição privada dos cidadãos, da sua dignidade humana, dos interesses particulares, dos direitos subjetivos e dos direitos atinentes ao indivíduo, como por exemplo: a liberdade, a igualdade, a cidadania, a segurança e a propriedade privada¹⁰³. Dessa forma, a supremacia do interesse público, segundo Ávila, não apresenta um conteúdo jurídico-constitucional imanente do sistema jurídico brasileiro, já que não dispõe de um ônus argumentativo em prol da vida e dos direitos privados que esteja em conformidade como os comandos normativos constitucionais supramencionados. Vale enfatizar, ainda, que para Humberto B. Ávila, os direitos materiais, inerentes aos direitos individuais fundamentais ou

¹⁰³ Na letra de Humberto B. Ávila, a supremacia do interesse público não apresenta um conteúdo jurídico-constitucional imanente porque: “a *Constituição brasileira, por meio de normas-princípios fundamentais (arts. 1 a 4), dos direitos e garantias fundamentais (arts. 5 a 17) e das normas-princípios gerais (p. ex. arts. 145, 150 e 170), protege de tal forma a liberdade (incluindo a esfera íntima e a vida privada), a igualdade, a cidadania, a segurança e a propriedade privada, que se se tratasse de uma regra abstrata e relativa de prevalência seria em favor dos interesses privados em vez dos públicos. A Constituição brasileira institui normas-princípios fundamentais, também partindo da dignidade da pessoa humana: direitos subjetivos são protegidos, procedimentos administrativos garantidos; o asseguramento da posição dos indivíduos e de seus interesses privados é estabelecido frente ao concorrente interesse público; etc. A Constituição brasileira, muito mais do que qualquer outra, é uma Constituição cidadã, justamente pela particular insistência com que protege a esfera individual e pela minúcia com que define as regras de competência da atividade estatal.*

Dessa garantia em favor da vida e dos direitos privados resulta – assim o arguto ALEX Y – um ônus de argumentação (“Argumentationslast”) em favor dos interesses privados e em prejuízo dos bens coletivos, no sentido de que, sob iguais condições ou no caso de dúvida, deve ser dada prioridade aos interesses privados, tendo em vista o caráter fundamental que eles assumem no Direito Constitucional. Seu conteúdo, porém, é diverso de uma regra absoluta ou relativa de prevalência. Esse ônus diz respeito, apenas, a uma valoração abstrata e relativa do ‘indivíduo’ (incluindo, aí, seus interesses) na Constituição brasileira, no sentido de um ônus de argumentação em favor do indivíduo, a exigir que “devam corresponder razões maiores para a solução exigida pelos bens coletivos do que para aquelas exigidas pelos direitos individuais”. O dever de fundamentação e a exigência expressa de repartição de competência para qualquer atividade do Estado relativamente à esfera privada corroboram essa ideia”. (ÁVILA, 2007, p. 11).

atinentes aos bens coletivos, possuem pesos em abstrato equivalentes, logo, não seria possível para ele conceber a prevalência do interesse público de forma abstrata por meio de uma norma-princípio.

- (iii) A supremacia do interesse público sobre o privado não pode ser estabelecida como uma norma-princípio vez que, em abstrato, o interesse público não pode ser desvinculado do interesse privado.

Humberto B. Ávila alega que para ser possível considerar “em abstrato” a prevalência do interesse público em relação ao interesse privado – ou seja, como consequência valorativa de uma norma-princípio –, ambos os interesses em apreço deveriam possuir objetos autônomos¹⁰⁴ e, nesse sentido, deveriam apresentar uma separação de conteúdo para que a aplicação de um ou de outro fosse corretamente identificada e cumprida no caso concreto. Com efeito, os conceitos de interesse público e de interesse privado andam *pari passu* um com o outro, ou seja, são conceitos inseparáveis, já que, aquele – interesse público –, representa o todo coletivo e só é obtido se for perseguido e alcançado o resultado do conjunto desse – interesse privado –, que representa partes individualmente consideradas do todo coletivo. Nesse sentido, pelo entendimento de Ávila, não há que se falar em prevalência em abstrato – como norma-princípio – de um interesse sobre o outro, exatamente porque ambos estão umbilicalmente conectados, mas sim, em uma regra de prevalência que permita a análise das circunstâncias fáticas e jurídicas de cada caso para, em concreto, estabelecer qual interesse deve ser concebido como prevalente.

¹⁰⁴ Humberto B. Ávila anota a questão da seguinte forma: “a descoberta do debatido princípio é metodicamente insustentável: a descoberta de uma prevalência do interesse público sobre o interesse particular exige dois objetos autônomos. Esse não é, porém, o caso. Ambos os interesses estão atrelados ‘in abstracto’ e somente podem ser descritos como ‘resultado’ de uma análise sistemática. Somente ‘in concreto’ possuem eles conteúdo objetivamente mínimo e assumem uma ‘relação condicionada de prioridade’. Não antes”. (ÁVILA, 2007, p. 12-13). Mais adiante informa que: “O interesse privado e o interesse público estão de tal forma instituídos pela Constituição brasileira que não podem ser separadamente descritos na análise da atividade estatal e de seus fins. Elementos privados estão incluídos nos próprios fins do Estado (p. ex. preâmbulo e direitos fundamentais). Se eles – o interesse público e o privado – são conceitualmente inseparáveis, a prevalência de um sobre outro fica prejudicada, bem como a contradição entre ambos. A verificação de que a administração deve orientar-se sob o influxo de interesses públicos não significa, nem poderia significar, que se estabeleça uma relação de prevalência entre os interesses públicos e privados. Interesse público como finalidade fundamental da atividade estatal e supremacia do interesse público sobre o particular não denotam o mesmo significado. O interesse público e os interesses privados não estão principalmente em conflito, como pressupõe uma relação de prevalência”. (Ibid., p. 13-14).

É importante destacar neste particular a semelhança de concepção de Humberto B. Ávila e de Celso Antônio Bandeira de Mello referente ao tema do interesse público e do interesse privado, o que, de antemão, já deixa uma pista de que as doutrinas e visões teóricas dos juristas são mais coincidentes do que discrepantes. Como dito, o que ensejou a crítica de Ávila à doutrina de Bandeira de Mello, tem muito mais a ver com a diferença de percepção da estrutura normativa de cada jurista (regra e princípio – sendo os princípios mandamentos de otimização para Ávila e como mandamento nuclear que irradia orientações normativas para todo o sistema jurídico para Bandeira de Mello), do que sobre a desqualificação, propriamente dita, da supremacia como um princípio jurídico. Eis aí a principal razão de discrepância nos entendimentos dos juristas – a ser melhor tratado logo adiante. Por ora, cumpre continuar a demonstração dos principais pontos da crítica apresentada por Humberto B. Ávila em relação à supremacia do interesse público sobre o privado.

- (iv) A supremacia do interesse público sobre o privado não pode ser considerada um postulado normativo explicativo do Direito Administrativo, tampouco possui conteúdo que se harmoniza a eles.

Para este ponto apresentado, é importante informar que Humberto B. Ávila concebe os postulados normativos como “condições de possibilidade de conhecimento do fenômeno jurídico”. Nesse sentido, as normas-princípios não podem ser incompatíveis com as condições de conhecimento dispostas pelos postulados normativos, sob pena de desconformidade com o sistema jurídico-constitucional. Contudo, pela visão crítica do nobre jurista gaúcho, conceber abstrata e axiologicamente a prevalência do interesse público sobre o privado, fere o postulado da proporcionalidade e da concordância prática, já que estes postulados conferem uma condição ideal – entre os meios aplicados e os fins a serem atingidos – de realização do Direito¹⁰⁵. Para ele, portanto, somente no caso concreto, atendo às circunstâncias fáticas e jurídicas apresentadas, será possível determinar qual é a

¹⁰⁵ Humberto B. Ávila arremata a sua visão de incompatibilidade da supremacia do interesse público sobre o privado com os postulados normativos anotando que: “*Em face disso, resulta claro que eles não podem coexistir no mesmo sistema jurídico, pelo menos com o conteúdo normativo que lhes têm atribuído a doutrina e a jurisprudência até o momento: de um lado, o debatido “princípio” que direciona a interpretação para supremacia na relação entre os interesses; de outro, os referidos postulados que direcionam a interpretação, não para uma principal prevalência, mas para a máxima realização dos interesses envolvidos*”. (ÁVILA, 2007, p. 14-15).

condição ideal a ser realizada e que esteja em consonância com os postulados normativos, nunca as normas-princípios, pois encontram-se no plano abstrato.

- (v) A supremacia do interesse público sobre o privado não pode ser descrita como um princípio abstrato por depender das situações concretas de cada caso, apresentando, portanto, características de regras condicionais concretas de prevalência.

Este último ponto é, em verdade, um compêndio das 4 (quatro) primeiras inferências apresentadas, a indicar que a supremacia do interesse público sobre o privado deve ser, de acordo com Ávila, não uma norma-princípio abstrata, mas uma regra jurídica hábil a determinar o meio de concretização dos valores constitucionais de acordo com as circunstâncias fáticas e jurídicas de cada caso. Com efeito, todos os pontos da crítica anteriormente apresentados convergem para essa mesma conclusão: Humberto B. Ávila entende que a supremacia do interesse público sobre o privado não pode apresentar características de abstração – típicas das normas-princípio – pois seu conteúdo de precedência deve ser verificado e aplicado tão-somente no caso concreto por meio das regras jurídicas como razões definitivas e não como razões *prima facie*¹⁰⁶ que caracterizam os princípios jurídicos.

É importante não perder de vista que, de todos esses pontos apresentados na crítica Humberto B. Ávila, tanto a preocupação com a integridade conceitual de interesse público e interesse privado, quanto a intenção de se manter hígida a estrutura jurídico-constitucional, são elementos fundamentais que alicerçam todo o desenvolvimento de seu raciocínio crítico. Sem embargo, toda a doutrina de Celso Antônio Bandeira de Mello, em especial a concepção do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, também se funda nesses mesmos elementos: o estrito cumprimento dos comandos normativos constitucionais, o respeito da administração pública pelo trato do interesse do todo coletivo – interesse

¹⁰⁶ Razão *prima facie* é um conceito firmado pelo jurista Robert Alexy. Para ele, os princípios jurídicos garantidores de direitos fundamentais não se aplicam de forma definitiva, mas na maior medida possível, é saber, da forma mais abrangente possível, a depender das circunstâncias de fato e de direito que o caso concreto enseja. O jurista esclarece que: “*Princípios de direitos fundamentais exigem a proteção mais abrangente possível dos bens protegidos, (...). Por isso, uma restrição a um bem protegido é sempre também uma restrição a uma posição ‘prima facie’ garantida por um princípio de direito fundamental*”. (ALEXY, 2014, p. 281). Em relação ao conceito de restrição aos direitos fundamentais, o tema será abordado com maior detença no item 4.3.1. infra deste estudo.

público – e de suas partes individuais constituidoras – interesse privado –, além da função pública e do regime jurídico público-administrativo.

Nesse sentir, é forçoso perceber que as bases jurídicas e alicerces fundamentais nas concepções doutrinárias de ambos os juristas são equivalentes. Contudo, o que muda é tão-somente a percepção da estrutura normativa adotada, ou seja, cada qual parte de um ponto de vista – ou de premissas – diferentes para se compreender o fenômeno jurídico-normativo da supremacia do interesse público sobre o privado. Enquanto Celso Antônio Bandeira de Mello possui a percepção legalista de orientação valorativa sistêmica para manter harmônico o conjunto dos comandos normativos do regime jurídico público-administrativo – os princípios não como norma jurídica, mas como mandamentos valorativos nucleares que irradiam influxos norteadores aos comandos normativos (princípios de segunda geração) –, Humberto B. Ávila adota a supremacia do interesse público enquanto regra jurídica – na concepção de espécie normativa de Ronald Dworkin e de visão concretista de aplicação das normas jurídicas de Robert Alexy –, e não como princípios enquanto normas jurídicas abstratas – com razões *prima facie* –, que representam valores jurídicos expressos ou implicitamente positivados, que devem ser concretizados por normas legislativas – estas ainda apresentando alto grau de abstração – e por normas administrativas – atos administrativos concretos. É saber, Ávila não concebe a supremacia enquanto princípios jurídicos de terceira geração – como mandamentos de otimização – mas sim como uma regra jurídica.

A partir dessa diferença de ponto de vista é que surge a incompatibilidade anotada por Humberto B. Ávila, vez que, se para ele os princípios jurídicos são mandamentos abstratos de otimização, a prevalência do interesse público não poderia advir dessa razão *prima facie* e, para que a supremacia do interesse público sobre o privado cumpra a sua função normativa *in loco*, ou seja, já na análise da aplicação da norma no caso concreto, a sua função normativa deve apresentar características de regra jurídica – de razões definitivas – e não como princípio enquanto norma jurídica – de razões *prima facie* – de terceira geração. Ora, não é essa a premissa de princípio jurídico adotada por Celso Antônio Bandeira de Mello. Reforça-se a ideia: para o autor paulistano, os princípios norteiam os comandos normativos do sistema jurídico – tal como, valendo-se de uma analogia, o campo eletromagnético orienta os polos magnéticos dos corpos e objetos físicos sob

a sua influência –, harmonizando e direcionando as normas para um mesmo sentido jurídico. Portanto, a crítica apresentada por Humberto B. Ávila não desconstrói a doutrina de Celso Antônio Bandeira de Mello.

A despeito dessa incompatibilidade de premissas, o que há de ser compreendido é que a supremacia do interesse público sobre o privado se apresenta no ordenamento jurídico brasileiro com dupla natureza jurídica – ora como princípio, ora como regra jurídica –, tamanha é a sua influência no regime jurídico público-administrativo. Por isso mesmo, em que pese este estudo não se propor ao aprofundamento da discussão em tela, vale apresentar breves considerações sobre a concepção de espécie normativa de Ronald Dworkin e a teoria concretista da ponderação constitucional de Robert Alexy, fins de se compreender com maior clareza o caráter de dupla natureza normativa da supremacia do interesse público sobre o privado.

2.1.1.3. A Dupla Natureza Jurídica da Supremacia

Conforme mencionado, a supremacia do interesse público sobre o privado assume tamanha relevância para o regime jurídico público-administrativo que seu conteúdo apresenta dupla natureza normativa, podendo ser aplicada como regra jurídica, quando, no caso concreto, a aplicação do Direito depender da incidência normativa definitiva – razões definitivas das regras jurídicas – e das circunstâncias fáticas e jurídicas apresentadas caso a caso, em consonância com o interesse público em sentido amplo, ou como princípio jurídico e, neste caso, o princípio tanto pode representar uma norma jurídica que estabelece um mandamento de otimização para que seus valores ínsitos sejam devidamente concretizados pela compatibilidade, adequação e necessidade de sua aplicação com o interesse público – em sentido estrito –, verificável pela ponderação entre dois ou mais princípios em colisão uns com os outros – normas-princípio com razões *prima facie* –, ou ainda, na concepção legalista seguida por Celso Antônio Bandeira de Mello, como um princípio a representar um mandamento essencial e nuclear do sistema jurídico a nortear os comandos normativos do regime jurídico público-administrativo. Vale enfatizar que nas possibilidades anotadas a dupla natureza

jurídica da supremacia do interesse público sobre o privado está intimamente conectada com a classificação de interesse público em sentido amplo e interesse público em sentido estrito – já verificada no item 1.3.4. deste estudo.

Para a busca do interesse público em sentido amplo, portanto, a supremacia do interesse público sobre o privado assume característica de regra jurídica, já que a incidência da norma dar-se-á de forma definitiva com a prevalência de todos os interesses tutelados e protegidos pelo ordenamento jurídico, considerados “*públicos*” – que podem ser tanto o interesse geral (interesse da coletividade) quanto os interesses específicos (interesses individuais e coletivos) – em relação aos interesses não protegidos considerados “*privados*” – os interesses puros e simples e os interesses ilegítimos –, de tal sorte aos interesses tutelados pelo ordenamento apresentarem *status* de supremacia e, com isso, impedir que a administração pública deixe de atuar no cumprimento e na efetivação destes interesses protegidos, evitando-se, assim, desconformidades da atuação da administração pública com a vontade do ordenamento jurídico – condição negativa de validade.

Já no intento de se alcançar o interesse público em sentido estrito, a supremacia do interesse público sobre o privado possui caráter de norma-princípio, pois, como esta situação envolve um conflito entre interesses que são protegidos e tutelados pelo ordenamento, somente após a ponderação de valores em função das circunstâncias fáticas e jurídicas de cada caso em concreto é que será possível identificar qual interesse possui prevalência e *status* de supremacia para ser efetivamente concretizado – nestes casos a supremacia do interesse público sobre o privado atua de forma não definitiva, é saber, com razão *prima facie*, típica das normas-princípios. Nestes conflitos entre interesses protegidos, a administração pública assume a obrigação – condição positiva de validade – de verificar no caso concreto qual interesse protegido possui prevalência e supremacia para ser efetivamente cumprido e concretizado, valendo-se da teoria concretista da ponderação – a ser analisada no item 2.1.1.4.

A partir dessas duas possibilidades, a supremacia do interesse público sobre o privado desempenha naturezas jurídicas distintas e a sua aplicabilidade passa a ser realizada a depender de qual característica o comando normativo se identifica na estrutura jurídico-normativa. Com isso, o que se verifica é

que uma melhor compreensão da estrutura das normas jurídicas permitirá uma maior assimilação da dupla natureza jurídica da supremacia do interesse público sobre o privado. Nesse sentir, faz-se necessário apresentar, mesmo que de forma concisa, a divisão das duas espécies normativas idealizada por Ronald Dworkin e a aplicação da teoria da ponderação desenvolvida por Robert Alexy, consubstanciando as bases neoconstitucionais e a estrutura da norma jurídica.

2.1.1.4. Bases Neoconstitucionais – Preliminares

O presente subitem – e suas subdivisões (A. e B.) –, em que pese não fazer parte, direta e necessariamente, dos conteúdos dos primados do regime jurídico público-administrativo, foi intencionalmente incluído nesta parte do estudo dissertativo, para servir de suporte conceitual do método de interpretação e aplicação concretista das normas jurídicas constitucionais, sobretudo, para melhor se compreender as concepções neoconstitucionais das críticas firmadas por Humberto B. Ávila à posição originária legalista de Celso Antônio Bandeira de Mello em relação ao primado da supremacia do interesse público sobre o privado – apresentadas no item 2.1.1.2. supra. Além disso, este subitem também servirá como orientação preliminar para as considerações neoconstitucionais sobre a Concepção de Manutenção do Poder de Polícia – item 4.4. – que tratará da Teoria Neoconstitucional do Poder de Polícia – item 4.4.1. –, ambos na parte final do Capítulo 4 deste estudo.

Dessarte, neste item serão apresentadas as linhas gerais e basilares da interpretação e aplicação neoconstitucional do Direito, incluindo-se breves anotações sobre o *modus operandi* da teoria ou método da ponderação de Robert Alexy. Antes contudo, é importante ter em mente as origens da concepção neoconstitucional.

A concepção neoconstitucional do Direito surge, como afirma Ricardo Marcondes Martins, a partir das propostas teóricas de Ronald Dworkin e Robert Alexy como resposta doutrinária ao excesso formal que a visão legalista,

sobretudo no período do Estado Nazista na Alemanha, gerou como consequência jurídica nesse momento histórico do Direito¹⁰⁷.

Com essa nova concepção neoconstitucional do Direito, vários métodos jurídicos foram propostos visando extirpar o excesso de formalismo e o rigor da aplicação do Direito que o método de subsunção das leis abstratas exigia. Os vários métodos propostos possuíam como padrão a análise jurídica concretista – método concretista –, na qual a interpretação era realizada a partir do caso concreto e sempre considerando o texto normativo constitucional como ponto de partida e o limite da interpretação¹⁰⁸ a ser realizada. Conforme assevera Ricardo Marcondes Martins, dos métodos jurídicos de aplicação do Direito que se valeram da concepção concretista, o que mais se associa ao modelo neoconstitucional é o método da ponderação desenvolvido por Robert Alexy em que: (i) o Direito passa a ser considerado como uma ordem objetiva de valores; (ii) os fatos a serem considerados no caso concreto passam a ser subsumidos à regras jurídicas – mas as regras, por serem componentes de meio de aplicação dos princípios, também podem ser ponderados – e; (iii) há um sopesamento – ponderação – de valores para a sua efetiva concretização no caso concreto.

A partir dessas características neoconstitucionais a aplicação do Direito passa a enfatizar a concretização dos valores constitucionais positivados – expressos ou implícitos –, em função das circunstâncias de fato e de direito que cada situação apresenta, valendo-se de um método de sopesamento – ponderação

¹⁰⁷ Conforme preleciona Ricardo Marcondes Martins: “É certo que o modelo ‘neoconstitucional’ nasceu das propostas teóricas desses dois juristas (Ronald Dworkin e Robert Alexy). Todos que adotam o rótulo aceitam que, dentre os neoconstitucionalistas, encontram-se, paradigmaticamente, Dworkin e Alexy”. (MARTINS, Ricardo Marcondes. *Neoconstitucionalismo: perscrutação sobre a pertinência do prefixo*. Revista Internacional de Direito Público – RIDP, Belo Horizonte, ano 2, nº 03, jul./ dez. 2017, p. 19). Mais adiante o autor continua: “Em resumo, para o positivismo, teoria prevalente até então, a imputação normativa, regra geral, fundamentava-se em critérios formais e, dentre eles, principalmente na vontade do agente competente. A decisão deste, estabelecida em abstrato, sem atenção para as particularidades do caso concreto, deveria prevalecer. O Estado Nazista foi um Estado Legal: as leis raciais foram formalmente aprovadas no Parlamento de Nuremberg – daí serem chamadas de leis de Nuremberg – foram consideradas válidas por boa parte da doutrina e, em várias oportunidades, pela jurisprudência alemã”. (Ibid., p. 19-20).

¹⁰⁸ Na letra do Ricardo Marcondes Martins, tem-se que: “A comunidade jurídica passou, então, a não tolerar a fundamentação da imputação normativa apenas e tão somente na vontade do agente competente. (...) A aplicação proposta por Kelsen, resulta numa insegurança muito grande. Daí a elaboração dos chamados métodos concretistas, em que a solução jurídica é apresentada a partir da análise do caso concreto, sem contudo, reduzir a ele a mero ponto de vista. Todos os métodos concretistas consideram o texto normativo o ponto de partida e o limite da interpretação”. (Ibid., p. 20-21).

– dos valores constitucionais que estão em colisão no caso concreto. É a partir desse método de ponderação – ou sopesamento – que é mensurado e identificado qual o princípio – valor constitucional – de maior peso que melhor cumpre o interesse público (em sentido estrito) para ser efetivamente concretizado.

São essas as preliminares necessárias para se ter uma brevíssima noção da gênese da concepção neoconstitucional e do método da ponderação. A seguir, passa-se para a exposição da estrutura das espécies normativas de Ronald Dworkin e de um maior aprofundamento do método da ponderação e da Teoria dos Direitos Fundamentais de Robert Alexy.

A. Panorama Geral da Teoria dos Direitos Fundamentais

Inicialmente, é importante traçar um panorama geral da estrutura das normas de direitos fundamentais trazida por Robert Alexy em sua obra *Teoria dos Direitos Fundamentais*^{109 110} e concebidas na visão neoconstitucional do Direito. Essa teoria propõe tornar a racionalidade um elemento intrínseco da argumentação jurídica, de tal sorte a excluir, na maior medida possível, as subjetividades das decisões jurídicas, fixando um método de estudo analítico das circunstâncias fáticas e jurídicas de cada caso em concreto para que as decisões sejam tomadas com racionalidade, objetividade e como elemento principal na discussão científica – essa racionalidade é apresentada e amplamente discutida em outra obra do próprio

¹⁰⁹ ALEXY, 2014.

¹¹⁰ Uma imperiosa constatação do acerto da tese de dupla natureza normativa da supremacia do interesse público sobre o privado está no fato de que Robert Alexy, na elaboração de sua majestosa obra *Teoria dos Direitos Fundamentais* previu a possibilidade do duplo caráter das normas de direitos fundamentais, apresentando-o da seguinte forma: “O fato de que, por meio das disposições de direitos fundamentais, sejam estatuídas duas espécies de normas – as regras e os princípios – é o fundamento do caráter duplo das ‘disposições’ de direitos fundamentais. Mas isso não significa ainda que também as ‘normas’ de direitos fundamentais compartilhem desse mesmo caráter duplo. De início elas são ‘ou’ regras (normalmente incompletas) ‘ou’ princípios. Mas as normas de direitos fundamentais adquirem um caráter duplo se forem construídas de forma a que ambos os níveis sejam nelas reunidos. Uma tal vinculação de ambos os níveis surge quando a formulação da norma constitucional é incluída uma cláusula restritiva com a estrutura de princípios, que, por isso, está sujeita a sopesamentos”. (*Ibid.*, p. 141).

Não se está a dizer aqui que a supremacia do interesse público sobre o privado deva ser identificada com *status* de direito fundamental, mas tão-somente que é possível reconhecer essa dupla natureza normativa em determinados comandos normativos existentes no ordenamento jurídico. A própria teoria dos Robert Alexy vislumbra tal possibilidade.

Robert Alexy, denominada *Teoria da Argumentação Jurídica*¹¹¹. A teoria de Robert Alexy apresenta como pano de fundo o seguinte panorama histórico:

- (i). A teoria parte de uma orientação pós-positivista¹¹², em que a formação positivista da decisão jurídica, enquanto decisão política dentre as possíveis medidas jurídicas insertas em uma moldura (concepção positivista de Hans Kelsen¹¹³) ou, de forma análoga, enquanto discricionariedade judicial (concepção positivista de Herbert Hart¹¹⁴), não mais se apresentava suficiente, sendo necessário, um método para tornar as decisões jurídicas mais objetivas e racionais;
- (ii). O momento histórico-jurídico em que a teoria foi formulada era o pós-segunda guerra mundial, em que a comunidade jurídica passou a questionar a subsunção absoluta e irrestrita das decisões jurídicas à reserva legal das leis ordinárias;
- (iii). É uma teoria – método – concretista, na qual os textos normativos das Constituições rígidas são encarados como limite de interpretação para se concretizar os valores constitucionalmente estabelecidos – valores expressos ou implícitos – e;
- (iv). A teoria de Robert Alexy foi desenvolvida a partir dos estudos de Ronald Dworkin sobre o tema das normas jurídicas em sua obra *Levando os direitos a sério*¹¹⁵.

Sob os influxos desse panorama geral de conturbado momento histórico-jurídico a envolver o pós-positivismo, o pós-segunda guerra mundial e uma intensa busca pelo método concretista, Ronald Dworkin desenvolve e apresenta seus estudos sobre as normas jurídicas conforme se segue.

¹¹¹ ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica – A teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica*. Trad. Zilda H. S. Silva. São Paulo: Landy, 2001.

¹¹² A expressão “pós-positivista” é aqui empregada tão-somente no sentido de identificar o movimento do pensamento jurídico subsequente ao movimento positivista representado, principalmente, por Hans Kelsen e Herbert Hart. Esse movimento do pensamento jurídico pós-positivista é representado, notadamente, por Ronald Dworkin e Robert Alexy.

¹¹³ KELSEN, 2006.

¹¹⁴ HART, Herbert L. A. *O conceito de direito*. 2ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

¹¹⁵ Para uma maior compreensão da obra consultar DWORKIN, 2007.

B. Estudos Teóricos das Espécies Normativas

As proposições teóricas de Ronald Dworkin informam que a norma (*standard*) é um gênero que abrange as espécies regras e princípios. Em seus estudos, o jurista estadunidense procurou diferenciar as espécies normativas (i) regras jurídicas dos (ii) princípios jurídicos, informando que a diferença entre essas duas espécies normativas está em seu âmbito lógico¹¹⁶.

Esses diferentes direcionamentos das regras e dos princípios jurídicos respeitam diferentes lógicas que permitem considerar uma diferenciação entre esses dois tipos de normas (*standards*), quais sejam: (a) o modelo tudo-ou-nada de aplicação das regras e; (b) a dimensão de peso dos princípios.

(a) O Modelo de Tudo-ou-Nada de Aplicação das Regras

Esse modelo estabelece que a aplicação de uma regra respeita seu âmbito de validade, ou seja, uma vez observado todo o conteúdo de uma regra, inclusive seu conteúdo negativo, há de ser verificado seu âmbito lógico de validade para cada caso em concreto. Assim, quando uma regra estabelece seu comando normativo, o faz de modo a formatar todas as possibilidades de sua aplicação no sistema jurídico. No caso concreto, então, há de ser verificado todo o teor definidor desse comando, sendo necessário, inclusive, a previsão das exceções para cada caso em concreto. De uma forma resumida, ou a regra é válida, devendo ser aplicada em um caso concreto, ou inválida, não sendo possível a sua aplicação. De fato, é um modelo de tudo-ou-nada¹¹⁷ que, a partir do conteúdo disposto pela regra,

¹¹⁶ Ronald Dworkin esclarece que: “ambos os tipos de normas (*standards*) apontam para determinadas decisões sobre obrigações em circunstâncias particulares, mas diferem quanto ao caráter da direção que elas oferecem”. (DWORKIN, 2007, p. 24).

¹¹⁷ Na letra do próprio autor, tem-se que: “Regras são aplicáveis segundo um modelo de tudo-ou-nada, pois se os fatos estipulados por uma regra estão dados, então, ou a regra é válida, situação na qual a resposta que ela fornece precisa ser aceita, ou não é válida, circunstância na qual ela não contribui em nada para a decisão. Diversamente, com os princípios, em um caso concreto, a sua aplicabilidade não se apresenta de forma obrigatória, pois, nem mesmo os princípios que mais se aproximam de uma regra estipulam consequências jurídicas que se devam seguir automaticamente quando presentes as condições previstas em seu conteúdo”. (Ibid., p. 24-25).

é possível verificar se tal comando normativo é válido ou inválido para um determinado caso concreto, devendo ser aplicado ou não.

A aplicação da regra, portanto, está adstrita à verificação de sua validade em cada caso concreto. Essa verificação de validade das regras só é possível graças as suas características de especificidade que, ora as acomodam em um caso concreto – circunstâncias fáticas e jurídicas – de forma lógica e em conformidade com o ordenamento jurídico, ora as excluem, também de modo lógico e por desconformidade com o ordenamento jurídico, impossibilitando a sua aplicação no caso concreto.

No entanto, esse tudo-ou-nada, válido-ou-inválido, observável para as regras jurídicas, não se aplica aos princípios jurídicos, devendo ser observada para eles a sua dimensão de peso.

(b) A Dimensão de Peso dos Princípios

Segundo R. Dworkin, os princípios são razões para se adotar uma determinada decisão e são correlacionados não por um âmbito de validade, mas por uma análise de primazia de um princípio em detrimento de outro. Essa correlação entre os princípios é aplicada no âmbito concreto sem que um princípio seja invalidado por outro quando tais princípios possuam comandos informadores colidentes entre si. Dessa forma, diferentemente das regras jurídicas, que são válidas ou inválidas, os princípios jurídicos convivem entre si, exatamente devido ao seu alto grau de abstração e carga axiológica, importando para a devida aplicabilidade no caso concreto somente a análise de primazia que um princípio terá em relação ao outro, ou seja, o maior grau de relevância de aplicabilidade de um em relação a outro no caso concreto. Portanto, na correlação entre princípios, o que vigora é um convívio entre eles, de tal forma que, ora um princípio terá peso maior que o outro em um determinado caso concreto e sob os influxos de determinadas circunstâncias fáticas, ora o peso será menor em outro caso específico.

Essa correlação de prioridade, ou melhor, de pesos – como anota Ronald Dworkin – não exclui do sistema jurídico o princípio preterido em um caso específico. Uma pergunta importante a se fazer é: como estabelecer essa condição

de primazia de um princípio em relação a outro? Ronald Dworkin informa que sempre ocorrerão tais controvérsias, não se encontrando uma forma de solucionar objetivamente esse embate principiológico. Com isso, a partir desses estudos, Robert Alexy, jurista alemão, desenvolve a sua Teoria dos Direitos Fundamentais, apresentando o seu método concretista de ponderação como forma de estabelecer racionalmente a solução para a questão da primazia entre princípios, de tal forma a tornar o Direito uma ordem objetiva de valores que vincula racionalmente o Direito à Moral (Justiça) por meio de duas situações distintas: (a) os fatos são subsumidos às regras jurídicas e; (b) os princípios são valores que devem ser sopesados no caso concreto.

De uma forma muito resumida, essas são as bases preliminares neoconstitucionais que apresentam relevância com o tema central deste estudo e que importam, aqui, serem consideradas. O propósito e a necessidade da exposição dos trabalhos teóricos de Ronald Dworkin e Robert Alexy neste trabalho dissertativo é facilitar o entendimento da dupla natureza jurídica apresentada pela supremacia do interesse público sobre o privado, bem como, vincular cada uma das suas naturezas à respectiva espécie de interesse público – em sentido estrito ou em sentido amplo – que se apresenta no caso concreto. Além disso, servirá como base introdutória para uma melhor compreensão do item 4.4. *infra* deste estudo, referente à Teoria Neoconstitucional do Poder de Polícia. Em nenhum momento se pretendeu adentrar, ou ainda, simplificar, os densos e complexos estudos que estruturaram as teorias de bases neoconstitucionais aqui mencionadas, mas sim, registrar a possibilidade de conceber a supremacia do interesse público sobre o privado sob os influxos dessa dupla natureza jurídico-normativa, bem como, a concepção neoconstitucional do poder de polícia.

Assim, fechando o item referente à supremacia do interesse público sobre o privado, é possível inferir que este primado assume dupla natureza jurídica na aplicação da estrutura das normas jurídicas e no regime jurídico público-administrativo. A primeira natureza é a de assumir características de regra jurídica, a incidir no caso concreto como razões definitivas de prevalência dos interesses tutelados pelo ordenamento jurídico – interesse público em sentido amplo que abrange tanto o interesse geral (interesse da coletividade) quanto os interesses específicos (interesses individuais e coletivos) – sobre os interesses não albergados

e não protegidos pelo ordenamento – interesses privados que abrangem os interesses puros e simples e os interesses ilegítimos. Já a segunda natureza jurídica da supremacia do interesse público sobre o privado é a de apresentar características de norma-princípio, ou seja, princípio jurídico de terceira geração enquanto mandamento de otimização para se concretizar, na maior medida possível, aqueles interesses protegidos que representam o interesse público em sentido estrito, a ser verificado a sua prevalência – com razão *prima facie* – pelo método da ponderação para que a administração pública possa atuar no sentido de concretizar e resguardar tais valores.

Além dessa dupla natureza jurídica apresentada pela supremacia do interesse público sobre o privado, há de ser mencionada, ainda, a concepção de Celso Antônio Bandeira de Mello que parte da premissa de que a supremacia é um princípio jurídico de segunda geração e que não corresponde com a estrutura de norma jurídica, mas que assume característica de mandamento nuclear que irradia influxos aos demais comandos normativos do sistema, norteador e harmonizando todo o regime jurídico público-administrativo a tornar prevalente o interesse do todo coletivo – interesse público.

Com essa consolidação do entendimento do primado do interesse público sobre o privado, passa-se agora a delinear o conteúdo de outro relevantíssimo primado do regime jurídico público-administrativo: o primado da indisponibilidade do interesse público pela administração.

2.1.2. A Indisponibilidade do Interesse Público pela Administração

Parte-se agora para a exposição do primado da indisponibilidade do interesse público pela administração que, como dito, informa e apresenta o conteúdo da outra faceta do regime jurídico público-administrativo (regime jurídico este apresentado e estruturado neste estudo pelos primados da supremacia do interesse público sobre o privado e pelo primado ora a ser apresentado – indisponibilidade do interesse público pela administração –, seguindo a proposta doutrinária de Celso Antônio Bandeira de Mello e considerando-a como a mais acertada para o

entendimento do conteúdo do regime jurídico público-administrativo). Como não poderia deixar de ser, este primado – tal como propõe Celso Antônio Bandeira de Mello – também não se apresenta de forma unânime na doutrina, sendo certo que alguns juristas o concebem com algumas diferenciações estruturais¹¹⁸, outros juristas o concebem sem o *status* de primado jurídico¹¹⁹ e há também aqueles juristas que o consideram intrínseco aos outros princípios jurídicos¹²⁰.

Pois bem, pelo primado da indisponibilidade do interesse público pela administração, o Estado não pode se esquivar da busca por seus desideratos, isso porque, tal tarefa não é uma mera arbitrariedade sua – ou de seus órgãos e agentes –, mas sim, e acima de tudo, um dever a ser incansavelmente perseguido para a plena satisfação do interesse público. Nesse sentido, o Estado e a administração pública não possuem livre disposição para, a seu bel prazer, cumprir ou deixar de cumprir os interesses da coletividade. Sendo a administração pública o conjunto de órgãos incumbidos para exercício da função administrativa¹²¹, assume ela o dever de sempre buscar e tornar efetivo o interesse público, como verdadeira serva da vontade do ordenamento jurídico (pela concepção neoconstitucional) e da vontade e finalidade das leis (pela concepção de subsunção da legalidade estrita).

Essa intrincada relação de obrigação e dever da administração pública de realizar o interesse público independentemente de sua própria vontade advém do que a doutrina concebe como relação de administração. Pela doutrina de Ruy Cirne Lima, “*a relação de administração é a relação jurídica que se estrutura ao*

¹¹⁸ É o caso de Marçal Justen Filho, que concebe a indisponibilidade não como consequência da natureza pública de um interesse, mas como causa principal dela, como será verificado ainda neste tópico. (JUSTEN FILHO, 2013).

¹¹⁹ Um exemplo de autor que apresenta esta convicção é José dos Santos Carvalho Filho, que vincula o que ele chamada Princípio da Indisponibilidade àqueles princípios administrativos que não estão expressos na Constituição Federal (art. 37, *caput* da C.F.), mas que são princípios reconhecidos. Aliás, o autor também identifica o Princípio da Supremacia do Interesse Público como um princípio reconhecido. (CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 35ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2021).

¹²⁰ Maria Sylvia Zanella Di Pietro é uma das adeptas à concepção de que a indisponibilidade é um elemento intrínseco dos diversos princípios informadores do regime jurídico administrativo. Nesse sentido, a autora não identifica o princípio da indisponibilidade do interesse público pela administração em sua obra “Direito Administrativo”. (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 34ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2021).

¹²¹ Ver nota de rodapé nº 68 supra deste estudo.

*influxo de uma finalidade cogente*¹²². Já Celso Antônio Bandeira de Mello, seguindo a mesma linha, esclarece que: “*Nela (na relação de administração) não há apenas um poder em relação a um objeto, mas sobretudo, um dever cingindo o administrador ao cumprimento da finalidade, que lhe serve de parâmetro*”¹²³.

É exatamente no mesmo sentido de relação de administração que o primado da indisponibilidade do interesse público emana seus influxos para os comandos normativos do regime jurídico público-administrativo, firmando uma vinculação de obrigação e dever da administração pública em relação às suas atividades de sempre realizar e atingir o interesse da coletividade – interesse público. Tal entendimento advém da doutrina de Celso Antônio Bandeira de Mello que estabelece a indisponibilidade do interesse público como sendo “*interesses qualificados como próprios da coletividade e que não se encontram à livre disposição*”¹²⁴.

Importante também registrar a doutrina parcialmente divergente de Marçal Justen Filho que compreende a indisponibilidade de forma a anteceder a publicização do interesse¹²⁵, é saber, o autor verifica que a indisponibilidade é a causa da natureza pública de um interesse e não a sua consequência.

¹²² CIRNE LIMA, Ruy. *Princípios de direito administrativo*. 7ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007, p. 105. Ao longo da sua mencionada obra, o mestre gaúcho enfatiza, também quanto à relação administrativa, que “*Opõe-se a noção de administração à de propriedade, nisto que, sob administração, o bem não se entende vinculado à vontade ou personalidade do administrador, porém a finalidade impessoal a que essa vontade deve servir*” (*Ibid.*, p. 37). E arremata “*Na administração, o dever e a finalidade são predominantes, no domínio, à vontade... A relação de administração somente se nos depara, no plano das relações jurídicas, quando a finalidade a que a atividade de administração se propõe e nos aparece defendida e protegida, pela ordem jurídica, contra o próprio agente e contra terceiros*”. (*Ibid.*, p. 106).

¹²³ BANDEIRA DE MELLO, 2013, p. 74.

¹²⁴ Celso Antônio Bandeira de Mello explica a indisponibilidade do interesse público pela administração da seguinte forma: “*A indisponibilidade dos interesses públicos significa que, sendo interesses qualificados como próprios da coletividade – internos ao setor público –, não se encontram à livre disposição de quem quer que seja, por inapropriáveis. O próprio órgão administrativo que os representa não tem disponibilidade sobre eles, no sentido de que lhe incumbe apenas curá-los – o que é também um dever – na estrita conformidade do que dispuser a ‘intentio legis’*”. (*Ibid.*, p. 74).

¹²⁵ Marçal Justen Filho anota que: “*A indisponibilidade do interesse antecede a sua publicização, ou seja, um interesse deixa de ser privado quando sua satisfação não possa ser objeto de alguma transigência. Recolocando o problema em outros termos, um interesse é público por ser indisponível, e não o inverso. Por isso, é incorreto afirmar que algum interesse, por ser ‘público’, é indisponível. Esse modo de enfrentar o problema é incorreto, já que o interesse somente é qualificado como público por ser indisponível. Portanto, a indisponibilidade não é consequência da natureza pública do interesse – é justamente o contrário. O interesse é reconhecido como público*

Seja como for, se por uma relação de causa – como entende Celso Antônio Bandeira de Mello – ou por uma relação de consequência – como concebe Marçal Justen Filho –, a indisponibilidade e o interesse público são elementos que gravitam entre si em um mesmo campo jurídico, reconhecido inquestionavelmente pelo regime jurídico público-administrativo, por isso mesmo, tamanha é a relevância do princípio da indisponibilidade do interesse público na estruturação do regime jurídico público.

Além disso, e pelo o que bem se observa, há uma íntima proximidade de conteúdo entre o instituto da função pública – já analisada no item 1.4. deste estudo, em que se propõe a conceituação de função pública tendo como radical indispensável “o *dever do Estado de atender, cumprir e satisfazer o interesse de toda a coletividade*”¹²⁶ – e o primado da indisponibilidade do interesse público pela administração que, numa só frase, informa que o Estado ou, mais especificamente, a administração pública, não pode dispor de seu dever de cumprir o interesse público. Essa íntima vinculação de conteúdo não se dá por acaso; é que o primado da indisponibilidade do interesse público efetivamente informa o *modus operandi* das obrigações das atividades da administração pública, mormente as próprias características da função pública administrativa.

Há, a bem da verdade, uma conjugação dos conteúdos destes institutos jurídicos para que se mantenha forte a harmonia e a integridade do sistema jurídico do regime público-administrativo: o primado da indisponibilidade do interesse público informa e gera influxos nas características e no próprio conteúdo da função pública administrativa; e esta, a função pública, especifica e determina o dever e a incumbência da administração pública de desempenhar suas atividades sempre na persecução do interesse público, consolidando, assim, a harmonia do regime jurídico público-administrativo.

Além dessa proximidade e vinculação com o dever da administração pública de realizar as atividades da órbita da função pública administrativa, o

‘porque’ é indisponível, ‘porque’ não pode ser colocado em risco, ‘porque’ sua natureza exige que seja realizado”. (JUSTEN FILHO, 2013, p. 153).

¹²⁶ No item 1.4.1. deste estudo foi proposta a conceituação de função pública que vale ser aqui repisada como forma de facilitação da leitura desta dissertação: “*Função Pública é o dever do Estado de atender, cumprir e satisfazer o interesse de toda a coletividade – dever enquanto finalidade precípua do Estado – que se vale de poderes de autoridade e comando – poderes enquanto meio instrumental e acessório de atuação estatal – para atingir e alcançar seus fins*”.

primado da indisponibilidade do interesse público pela administração ainda emana diversos outros influxos jurídicos ao regime jurídico público-administrativo, estabelecendo um sem número de desdobramentos de ordem axiológica que, além de informar e disciplinar a atuação da administração pública, também norteia e condiciona os comandos normativos integrantes deste relevantíssimo sistema jurídico público-administrativo, tornando-o intrincado, coeso e harmônico. Tais desdobramentos principiológicos são fundamentais para se compreender o alcance e os limites de todo o regime jurídico ora em estudo.

Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, a indisponibilidade do interesse público pela administração promove consequências para todo o regime jurídico público-administrativo¹²⁷. Tais consequências nada mais são que desdobramentos advindos do primado ora em estudo, que informam e formatam toda a conduta de dever da administração pública direta e dos entes administrativos indiretos de direito público.

Assim, a doutrina de Celso Antônio Bandeira de Mello fixa 7 (sete) princípios como desdobramentos principais do primado da indisponibilidade do interesse público pela administração quais sejam: “(a) *da legalidade, com suas implicações ou decorrências; a saber: princípios da finalidade, da razoabilidade, da proporcionalidade, da motivação e da responsabilidade do Estado; (b) da obrigatoriedade do desempenho da atividade pública e seu cognato, o princípio de continuidade do serviço público; (c) do controle administrativo ou tutela; (d) da isonomia, ou igualdade dos administrados em face da Administração; (e) da publicidade; (f) da inalienabilidade dos direitos concernentes a interesses públicos e; (g) do controle jurisdicional dos atos administrativos*”¹²⁸.

Pela linha doutrinária de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, é apresentado um rol não taxativo de princípios que informam o regime jurídico-administrativo, sem, contudo, enquadrá-los como consequências ou

¹²⁷ Na letra de Celso Antônio Bandeira de Mello, tem-se que: “*exposto o conteúdo e significado da indisponibilidade do interesse público, pode-se extrair as consequências deste princípio, que se vazam no regime dito administrativo, caracterizador também da pessoa pública, autarquia*” (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *O conteúdo do regime jurídico-administrativo e seu valor metodológico*. Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura, vol. 1, abr/jun, p. 347-374, 2017).

¹²⁸ *Id.*, 2013, p. 75. Importante ressaltar que a relação de princípios e subprincípios elencados por Celso Antônio Bandeira de Mello como desdobramentos da indisponibilidade do interesse público pela administração não se apresenta como *numerus clausus*, podendo existir outros tantos princípios imanentes do primado *sub tela*.

desdobramentos do primado da indisponibilidade do interesse público pela administração – o que é possível conceber é que a indisponibilidade para ela, está intrínseca nos diversos princípios que informam o regime público administrativo. A proposta da autora paulistana é listar os principais princípios jurídicos informadores da administração pública sem, no entanto, estruturá-los como advindos de um primado ou princípio da indisponibilidade. Além dos princípios apresentados na doutrina de Celso Antônio Bandeira de Mello, Maria Sylvia Zanella Di Pietro ainda elenca: “(a) o da impessoalidade; (b) o da presunção de legitimidade ou de veracidade; (c) o da especialidade; (d) o da hierarquia; (e) o da moralidade administrativa; (f) o da eficiência e; (g) o da segurança jurídica”¹²⁹.

Nessa mesma linha, tanto Hely Lopes Meirelles quanto José dos Santos Carvalho Filho, também não identificam essa relação de desdobramento entre os princípios. Suas doutrinas apresentam, tão-somente, aqueles princípios que, segundo eles, apresentam relevância e que informam o Direito Administrativo¹³⁰.

Já na doutrina estrangeira, não poderia deixar de ser mencionado o argentino Juan Carlos Cassagne que, em uma de suas obras que trata especificamente dos princípios do Direito Público, anota diversos princípios que fazem menção aos deveres da administração pública e, nesse sentido, tratam indiretamente da indisponibilidade do interesse público pela administração, sendo importante registrar aqui os seguintes: “(a) o princípio geral da boa-fé; (b) o da confiança legítima; (c) o da moral pública; (d) o da igualdade; (e) o da concorrência; (f) o da transparência; (g) o da responsabilidade; (h) o da boa administração; (i) o da verdade material e; (j) o da oficialidade”¹³¹.

Não é a proposta deste estudo identificar todos os princípios que, pela estruturação de Celso Antônio Bandeira de Mello, são consequências ou

¹²⁹ DI PIETRO, 2021, p. 62 *et seq.*

¹³⁰ Para Hely Lopes Meirelles, os princípios informadores da administração não apresentam a relação de desdobramento com o princípio da indisponibilidade do interesse público. Além dos princípios já anotados, o autor enfatiza outros dois: “(a) da ampla defesa e; (b) do contraditório”. (MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 31ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p. 94 *et seq.*). Nessa mesma linha, José dos Santos Carvalho Filho, anota outros três princípios: “(a) continuidade dos serviços públicos; (b) segurança jurídica (proteção à confiança) e; (c) precaução”. (CARVALHO FILHO, 2021, p. 36 *et seq.*).

¹³¹ CASSAGNE, Juan Carlos. *Os grandes princípios do direito público: Constitucional e Administrativo*. Trad. Marly Peres, São Paulo: Editora Contracorrente, 2017.

desdobramentos do primado da indisponibilidade do interesse público pela administração, tampouco se pretende pormenorizar o conteúdo de todos os princípios informadores das atividades da administração pública que a doutrina nacional e estrangeira considera relevante; um conteúdo dessa monta, exigiria um trabalho específico sobre o tema dos princípios informadores da administração pública.

O que vale considerar neste estudo é que o primado da indisponibilidade do interesse público – que informa os deveres da administração pública – apresenta um conteúdo fundamental e indispensável para a sistematização do regime jurídico público-administrativo. Este primado, juntamente com o primado da supremacia do interesse público sobre o privado – que informa as prerrogativas da administração pública – estabelecem toda a estruturação necessária para a conformação de equilíbrio entre os deveres e as prerrogativas que sustentam as atividades da administração pública. Por tudo isso é que, como já mencionado anteriormente, o regime jurídico público-administrativo representa o fiel da balança onde são sopesados os deveres e as prerrogativas da administração pública, para que um ambiente jurídico íntegro, harmônico e coeso sirva de fio condutor para a indispensável persecução e atingimento do interesse público.

Até o momento, foi verificada a sistemática do ambiente jurídico – regime jurídico público-administrativo – que serve de alicerce para o desempenho das atividades públicas, especificamente para as atividades inerentes da função administrativa. Acredita-se, imperiosamente, que toda a exposição até aqui apresentada seja indispensável para a adequada compreensão do tema principal deste estudo – a crise do poder de polícia – e, por isso mesmo, foi dispendido grande esforço, cuidado e atenção para se alcançar os meandros mais relevantes do regime jurídico público-administrativo –, reservando para ele toda a Parte I deste trabalho. Não se considera, de forma alguma, toda essa preocupação e espaço reservado para a exposição do regime jurídico público-administrativo como tarefa despicienda à proposta desta dissertação; tampouco se considera todo o esforço apresentado como uma superestimação do regime jurídico tratado. É que, sem tais informações, acredita-se com inexorável certeza, não seria possível atingir o esclarecimento necessário para a compreensão do que se propõe como tema central deste estudo.

Apresentada as razões da utilização de toda a Parte I para a exposição do regime jurídico público-administrativo, parte-se agora para o desenvolvimento do tema central desta dissertação: o poder de polícia e sua crise, iniciando-se, como não poderia deixar de ser, pela gênese e pela linha histórica constituidora deste controverso instituto de direito público.

PARTE II – O PODER DE POLÍCIA, SUA CRISE E NOVAS PERSPECTIVAS

CAPÍTULO 3 – O PODER DE POLÍCIA

3.1. Considerações Preliminares

Até o momento, este estudo tratou das bases fundamentais do regime jurídico público-administrativo, pois, acredita-se de forma inarredável que a compreensão sistêmica do ambiente jurídico que dá supedâneo a todo e qualquer instituto jurídico, é condição *sine qua non* para se ter a noção jurídica da dimensão, localização e alcance que o instituto jurídico, objeto de estudo e de pesquisa, está inserido, além, é claro, da própria orientação referente às premissas de conteúdo material que o instituto jurídico se submete. Também se registrou a concepção neoconstitucional do Direito, não com a pretensão de exaurir o tema, mas, tão-somente, para se ter noções fundamentais sobre essa concepção do Direito que afeta a interpretação e a própria estrutura normativa do ordenamento jurídico que remodela, sem sombra de dúvidas, o tema do poder de polícia. Portanto, a Parte I deste estudo teve como objetivo apresentar as orientações propedêuticas para a devida compreensão do tema proposto, qual seja: o poder de polícia e sua crise.

A partir de agora, será apresentado o instituto do poder de polícia, com suas feições históricas, características essenciais e conceituações doutrinárias. Logo a seguir, será desenvolvida a temática referente a sua crise, é saber, a crise do poder de polícia na ótica doutrinária de um dos maiores críticos desse instituto jurídico, Agustín A. Gordillo. Além disso, para uma mais clara aferição da discussão promovida pela crise do poder de polícia, serão apresentadas duas visões doutrinárias que antagonizam entre si o tema: a primeira, que concebe a crise dentro de uma perspectiva conceitual do instituto do poder de polícia e; a segunda, que concebe a manutenção do instituto do poder de polícia e que propõe uma reformulação, tendo-se a noção neoconstitucional do Direito como premissa norteadora. Por fim, será apresentada uma proposta que identifica como uma nova perspectiva, ou mesmo, como uma hodierna continuidade e extensão do debate sobre a mencionada crise do poder de polícia, a discussão a envolver a regulação administrativa nos âmbitos do Estado-Regulador e do Estado-Prestador de Serviço.

Pois bem, apresentar o instituto do poder de polícia não é uma tarefa simples, haja vista este instituto jurídico já ter sido analisado e apresentado a partir de diversos vieses. Dentre os doutrinadores brasileiros que buscaram disseminar com maiores minúcias o instituto do poder de polícia, destacam-se: Clovis Beznos, com sua obra “*Poder de Polícia*” de 1979¹³²; Celso Antônio Bandeira de Mello em seu “*Curso de Direito Administrativo*” a partir de 1980¹³³; Heraldo Garcia Vitta, com a sua obra “*Poder de Polícia*” de 2010¹³⁴ e; Edson José Travassos Vidigal, com sua obra também de mesmo nome “*Poder de Polícia*”, publicada em 2012¹³⁵. Outros nomes de escol também não podem deixar de ser citados, é o caso de Caio Tácito¹³⁶ de 1952, bem como, Hely Lopes Meirelles¹³⁷ a partir de 1964.

Das mencionadas doutrinas, sem desprestigiar qualquer uma delas, considera-se a de Clovis Beznos a que melhor apresenta o tema do poder de polícia, vez que desenvolve um raciocínio de sistema jurídico e, a partir dessa noção sistêmica do ordenamento jurídico, acondiciona o instituto do poder de polícia como um elemento imperioso e imprescindível para a harmonia, coesão e integração do conjunto normativo constituidor do regime jurídico público-administrativo.

Conforme visto no item 1.2. deste estudo, é por meio dos sistemas jurídicos que os elementos que se identificam entre si por aspectos de compatibilidade de conteúdo e finalidade alocam-se *pari passu* uns com os outros, de tal forma a integrar os comandos normativos em um conjunto harmonioso, coeso e coordenado. Contudo, Clovis Beznos identifica, trazendo os ensinamentos de Tércio Sampaio Ferraz, que todo o sistema aberto¹³⁸ apresenta um certo limite de

¹³² BEZNOS, 1979.

¹³³ Em 1980, Celso Antônio Bandeira de Mello publica a sua obra “*Elementos de Direito Administrativo*”. A partir da 4ª edição, em 1993, o autor decide alterar o nome da obra para “*Curso de Direito Administrativo*”. (BANDEIRA DE MELLO, 2013).

¹³⁴ VIDIGAL, Edson José Travassos. *Poder de polícia: uma leitura adequada ao estado democrático de direito*. Brasília: Penélope Editora, 2012.

¹³⁵ VITTA, Heraldo Garcia. *Poder de polícia*. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

¹³⁶ TÁCITO, Caio. *O poder de polícia e seus limites*. Revista de Direito Administrativo, vol. 27, jan. / mar. 1952.

¹³⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 1ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1964.

¹³⁸ Clovis Beznos apresenta os ensinamentos de Tércio Sampaio Ferraz informando que: “*Um sistema pode ser aberto ou fechado. Um sistema é fechado quando a introdução de um novo elemento dentro dele, implica na alteração de suas regras. (...) Existem, por outro lado, sistemas abertos, que são aqueles, cujas regras não se alteram pela introdução de um novo elemento*”.

abertura de introdução de novos elementos e, uma vez excedido tal limite, o próprio sistema passa a ruir, a se desorganizar, desconfigurando as suas características maiores de harmonia, coesão e coordenação dos elementos que o compõe. Por isso, a fim de manter a sua sobrevivência, os sistemas – e aqui se inclui os sistemas jurídicos – apresentam uma característica que é a da entropia¹³⁹ negativa, é saber, é a capacidade dos sistemas de evitar a sua ruína e a sua desorganização, de tal forma a evitar a sua própria morte¹⁴⁰.

Juridicamente falando, e isso é o que importa no presente estudo, o sistema jurídico exige que seus comandos e elementos estejam positivados no ordenamento jurídico, conferindo aos administrados e aos indivíduos em geral, um arranjo harmônico e coordenado de valores jurídicos e direitos individuais. De uma forma muito geral, a ordem jurídica dispõe sobre os direitos e garantias dos indivíduos por meio da competência constituinte – com os já editados princípios e regras constitucionais –, e por meio da competência legislativa – na elaboração de leis, via de regra, gerais e abstratas.

Contudo, na práxis do dia-a-dia das circunstâncias fáticas e jurídicas dos mais diversos casos concretos que ocorrem simultaneamente na sociedade, alguns desses comandos e elementos normativos podem se colidir, gerando atritos que consomem a harmonia de toda a ordem jurídica. Assim, se faz necessária a regulação da ordem jurídica, que se dá ou pela Teoria da Regulação¹⁴¹ com sua

Tércio Sampaio Ferraz introduziu filosoficamente a ideia de entropia negativa anotando o seguinte: “*Além disso, o sistema tem em geral, aquilo que, na Teoria Geral dos Sistemas, se chama de entropia negativa. A ideia é a seguinte: A morte é por assim dizer, o elemento mais certo da vida. Todo o sistema que está vivo tende a morrer – e a vida é um contínuo lutar contra a morte – tem que ter capacidade de fugir da morte*”. (FERRAZ, Tércio Sampaio. *Sistema jurídico e teoria geral dos sistemas*, Publicação da Associação dos Advogados de S. Paulo, 1973, *apud* BEZNOS, 1979, p. 65).

¹³⁹ Em termos físicos, entropia é uma grandeza termodinâmica que mede o grau de desordem ou de aleatoriedade de um sistema físico. (<https://brasilecola.uol.com.br/o-que-e/fisica/o-que-e-entropia.htm>).

¹⁴⁰ Assevera Clovis Beznos que: “*Importa, pois, ao examinar-se um sistema jurídico, ter em conta o que ele é, e o que ele alberga dentro de si mesmo como estrutura. Os elementos que compõe o repertório de um sistema jurídico são as normas positivas desse sistema. De outra parte, o sistema jurídico, como sistema vivo que é, tende para a morte. Assim, deve o sistema ser dotado de entropia negativa, para a sua sobrevivência*”. (BEZNOS, *op. cit.*, p. 66-67).

¹⁴¹ A Teoria da Regulação é apresentada por Carlos Ari Sundfeld da seguinte forma: “*A regulação é característica de um certo modelo econômico, aquele em que o Estado não assume diretamente o exercício da atividade empresarial, mas intervém enfaticamente no mercado utilizando instrumentos de autoridade. Assim, a regulação não é própria de certa família jurídica, mas sim de uma opção de política econômica*”. (SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo econômico – Introdução às agência reguladoras*, 1ª ed., 3ª tir., São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p. 23).

teoria do Estado-Regulador, é saber, um Estado minimamente interventor no bem estar social, ou pela teoria da Regulação Administrativa¹⁴², valendo-se da concepção de um Estado com maior capacidade de ingerência na coisa pública e no bem estar social – um Estado-Prestador de Serviços e que atua por meio de uma regulação legislativa por ordenação, fomento ou participação direta ou, ainda, por uma das atividades da função administrativa de imposição de abstenções aos cidadãos – o poder de polícia administrativa. Tais teorias serão melhor abordadas no item 4.5.3.

Seja qual for a teoria da regulação adotada, o que importa considerar neste breve introito sobre o poder de polícia é que, para evitar os desajustes do sistema jurídico, o próprio sistema suscita uma regulação tal que o impeça de ruir e, como é impossível prever todas as possibilidades de situações e relações jurídicas, impossível também será realizar legislativamente todas as prescrições positivas das atuações humanas, logo, a entropia negativa do sistema encontrou na forma de prescrição negativa¹⁴³, é saber, a regulação a partir de prescrições proibitivas e abstenções do comportamento humano que, muito embora, também seja impossível prescrever negativamente todas as condutas e atuações humanas, é a forma mais eficaz de manter a harmonia, coesão e coordenação do sistema jurídico. Por esse arranjo, o sistema jurídico confere aos administrados e indivíduos em geral a permissão de realizar tudo aquilo que a Lei (na concepção legalista do Direito) não proíba; já a administração pública, por outro lado, por cumprir uma função pública e, portanto, não possuir liberdade de atuação, deve

¹⁴² A Teoria da Regulação Administrativa é uma atividade finalística do Estado brasileiro, que apresenta fundamentação normativa o disposto no art. 174 da C.F. apresentando a seguinte redação: “art. 174 - Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado”.

A doutrina de Ricardo Marcondes Martins esclarece de forma pedagógica a essência da Teoria da Regulação Administrativa, anotando que: “A ‘regulação administrativa’, prevista nesse dispositivo (art. 174 da C.F.), é a atividade que se define pela ‘finalidade’, e não pelo meio de atuação: consiste na intervenção da Administração na atividade econômica dos particulares mediante direção (regulação por ordenação), indução (regulação por fomento) ou participação (regulação por exploração direta)”. (MARTINS, 2015, p. 454-455). Para um maior aprofundamento sobre o tema da regulação administrativa, recomenda-se fortemente a leitura da tese de doutoramento de Ricardo Marcondes Martins (MARTINS, Ricardo Marcondes. *Regulação administrativa à luz da constituição federal*. São Paulo: Malheiros Editores, 2011).

¹⁴³ Assim é o entendimento de Clovis Beznos: “Dessa forma, se o ideal de um ordenamento jurídico é o de criar possibilidades à mais ampla forma possível de atuação humana, outra alternativa não resta que a da prescrição negativa, limitando o homem apenas àquilo que for proibido.” (BEZNOS, 1979, p. 68).

atuar rigorosamente de acordo com as prescrições positivas da Lei¹⁴⁴, com o princípio da legalidade, bem como, com a observância dos métodos de regulação por ordenação e por prescrição de abstenções às condutas das pessoas privadas.

Ora, com a prescrição negativa, o próprio sistema se preordena para determinar em quais circunstâncias haverá proibições e imposição de abstenções aos administrados, ou seja, em quais situações serão impostas limitações aos indivíduos a fim de resguardar e salvaguardar a ordem jurídica e o bem estar social. Importante considerar, contudo, como preleciona Clovis Beznos, que tais limitações não promovem o sacrifício dos direitos positivados no ordenamento jurídico, mas tão-somente delimita os contornos desses direitos¹⁴⁵.

Com isso verifica-se que na configuração atual do Estado Social e Democrático de Direito, a atuação estatal de limitar os comportamentos dos indivíduos a fim de determinar os contornos dos direitos individuais resguardados na ordem jurídica para manter o sistema jurídico íntegro, vivo e harmônico, é o que configura a noção de Poder de Polícia do Estado.

Como será oportunamente apresentado, essa noção de poder de polícia – que limita a atuação dos indivíduos para manter a harmonia do sistema jurídico – pode ocorrer, por um lado, pela função legislativa e, por outro, pela função administrativa estatal, o que permite a classificação desse instituto jurídico em sentido amplo e em sentido estrito. Porém, antes mesmo de apresentar a classificação do instituto do poder de polícia em sentido amplo e estrito, cumpre

¹⁴⁴ Na concepção Legalista, somente as regras jurídicas (Constitucionais e Infraconstitucionais – Leis abstratas) apresentam conteúdo normativo e são consideradas normas jurídicas. Portanto, somente tais comandos normativos são hábeis a fundamentar a validade de uma norma hierarquicamente inferior.

Já na concepção Neoconstitucional, os valores constitucionais (leia-se princípios constitucionais) são considerados normas jurídicas e apresentam conteúdo normativo que informam, fundamentam e validam as normas hierarquicamente inferiores, de tal forma à legalidade não ocorrer pela subsunção das leis (infraconstitucionais), mas pela conformidade de todo ordenamento jurídico e o Direito globalmente considerado.

¹⁴⁵ Clovis Beznos esclarece que: “a necessidade de sobrevivência dos sistema jurídico, impõe uma limitação a toda atuação humana, que lhe seja atentatória. Tal limitação, entretanto, não implica em sacrificar-se direitos, pois os direitos albergados no sistema são tais como o sistema os concebe. (...) É evidente que o dispositivo constitucional (art. 5º, inciso II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei) outorgou ao legislador a faculdade de dizer aquilo que se pode ou que se não pode fazer, atendidos os limites a ele impostos pela Constituição, ou, por outro lado, outorgou a Constituição, competência ao legislador para traçar o contorno positivo dos direitos assegurados pelo sistema”. (BEZNOS, 1979, p. 68).

firmar uma breve digressão no tempo para se ter o devido embasamento da evolução histórica do termo “polícia”.

A evolução histórica do termo “polícia” aqui proposta, além de vincular o seu sentido em função do tempo e de cada período histórico, será imperiosa para a compreensão do conceito clássico do poder de polícia firmado já no período do Estado Moderno, mais precisamente sob os influxos do Estado Liberal. Portanto, a linha histórica ora proposta busca, exatamente, ter uma noção do conceito clássico de poder de polícia para, logo após, ser possível apresentar as características contemporâneas da ideia de polícia e, com isso, consolidar uma compreensão atual do instituto jurídico *sub examine*.

3.2. Linha Histórica do Termo Polícia

Uma vez apresentada as considerações iniciais sobre o instituto do poder de polícia, cumpre, a partir de agora, traçar a linha histórica deste instituto jurídico para se ter uma noção geral de como o termo “polícia” se desenvolveu ao longo do tempo. Essa breve noção histórica é importantíssima não só para contextualizar o sentido do termo “polícia” nos diversos períodos em que a atuação do Estado se fez presente na vida cotidiana da sociedade, mas também para se identificar de uma forma mais embasada como o instituto do poder de polícia alcançou seus contornos tal como se conhece nos dias de hoje.

Nesse sentido, será apresentada a linha histórica do termo polícia a partir de sua gênese no Período Clássico da Grécia antiga, passando pelo Período Feudal em que vigorava o Estado de Polícia, seguido pelo Período Moderno do Estado de Direito – Estado Liberal e Estado Social – até os dias atuais.

3.2.1. Gênese do Termo Polícia na Grécia

A gênese do termo “polícia”, definitivamente, não é nova. De acordo com a maioria das doutrinas que se propõe a realizar um estudo sobre o instituto do

poder de polícia¹⁴⁶, o termo “polícia” possui uma origem na organização e cultura grega. A rica e desenvolvida cultura grega foi uma inesgotável fonte inspiradora de cultura e organização política para toda a cultura ocidental. De acordo com os ensinamentos de Edson José Travassos Vidigal, o termo “polícia” é utilizado de forma ampla na cultura ocidental e é derivado do grego “*Politeia*” (Πολιτεία ou Πολίτευμα – que significa política, administração de Estado, constituição de Estado, Estado), e que possui o radical “*Polis*” (Πόλις – que significa cidade, intermediações da cidade, região habitada)¹⁴⁷ e que possui uma semântica que orbita a ideia de cidade-estado e constituição do Estado. Nesse sentido, a origem do termo “polícia” advém de uma percepção grega de organização político-social, em que a cidade-estado era a identificação maior para as atividades ali desempenhadas. Nessa mesma linha é a orientação de Agustín Gordillo, enfatizando que o termo “polícia” na organização grega da “*polis*” indica atividade pública ou estatal¹⁴⁸.

A partir dessas informações, portanto, verifica-se que a origem do termo “polícia” remete a uma forma de organização das cidades-estados gregas, e apresenta como característica essencial a coletividade social em detrimento da individualidade dos cidadãos. De fato, a figura individualizada do cidadão não apresentava nenhuma relevância nas atividades das cidades-estados; a própria percepção de ser humano, individualmente considerado, não apresentava nenhuma relevância para aquela organização social. O ser humano era identificado como parte do Estado e tudo o que lhe incumbia era em função da organização da “*polis*”: o sentimento humano, a vida privada, os interesses e bens privados e, até mesmo, a própria prole dos cidadãos eram elementos constitutivos e pertencentes à sociedade

¹⁴⁶ Entre os brasileiros, destacam-se Clovis Beznos, Caio Tácito, Heraldo Garcia Vitta, Luis Manuel Fonseca Pires dentre outros, e no direito estrangeiro Agustín Gordillo, Manuel María Díez, Bartolomé Fiorini, Fritz Fleiner, Miguel Marienhoff dentre outros.

¹⁴⁷ Na prelação de Edson José Travassos Vidigal: “A palavra ‘polícia’, amplamente utilizada no ocidente, no inglês ‘police’, no alemão ‘polizei’, no italiano ‘polizia’, no francês ‘police’, no espanhol ‘policia’, etc.), deriva do grego *politeia* (Πολιτεία – direito de cidadão, modo de vida do cidadão, política, administração do Estado, constituição do Estado, Estado, democracia), que por sua vez deriva da palavra ‘polis’ (Πόλις – cidade, imediações da cidade, região habitada, reunião dos cidadãos, cidade, Estado, democracia). Ou seja, a palavra ‘polícia’ tem como origem a própria ‘polis’ grega, de onde deriva também a nossa palavra ‘política’, e, dentre tantas outras, a palavra latina ‘politia’ (Organização política, governo, sistema governativo)”. (VIDIGAL, 2012, p. 29-30).

¹⁴⁸ Agustín Gordillo esclarece que: “Desde la edad antigua hasta el siglo XV, ‘policía’ designaba el total de las actividades estatales; en la organización griega de la ‘polis’ (ciudad-Estado), el término significaba actividad pública o estatal se mantuvo en esa significación a pesar de la desaparición de la ‘polis’”. (GORDILLO, 2014, p. 208-209).

e à organização da “*polis*”¹⁴⁹. Por isso mesmo é que nesse período da antiguidade clássica – na estrutura organizacional das cidades-estado da Grécia antiga –, era inconcebível toda e qualquer percepção de liberdade, de independência e de direitos individuais. Em suma, toda a concepção de individualidade era inexistente; a “*polis*” era a razão de existência do cidadão e este vivia em função dela. Clovis Beznos também esclarece que o pensamento filosófico e econômico das cidades-estado gregas se pautava na ideia de: (i) preponderância do geral sobre o particular; (ii) igualdade e; (iii) desprezo da riqueza com a ênfase da virtude como característica promotora da felicidade.

Dessa forma, o que há de ser enfatizado é que o termo “*polícia*” advém e possui como gênese o resquício semântico das expressões gregas “*polis*” e “*politeia*” que apresentavam um contexto político, social e cultural de absoluta inexistência da individualidade, da liberdade e da própria vida privada dos cidadãos gregos naquele vetusto período da antiguidade clássica, tampouco se identificava qualquer traço de natureza jurídica. Dessarte, fica evidente que a noção jurídica de *polícia* e poder de *polícia* – em sentido amplo ou em sentido estrito – não se vinculam em conteúdo ou mesmo em contexto às disposições político-sociais das cidades-estado gregas que, tão-somente, influenciaram a partir das expressões “*polis*” e “*politeia*” a formação lexical do termo “*polícia*”¹⁵⁰.

¹⁴⁹ Nessa mesma linha anota Clovis Beznos, enfatizando a inexistência do caráter individual na organização da “*polis*” grega: “*Na verdade, desconhecia o antigo grego o sentido da liberdade individual. De fato, é da religião que deriva a fundação da Cidade grega. Pode-se dizer mesmo, que a própria cidade era constituída como se fosse uma igreja, resultando daí a sua força e onipotência e o império absoluto da religião sobre seus membros. Em sociedade organizada sobre tal base, é certo não se poder vislumbrar a liberdade individual*”. Logo a seguir da exemplos pedagógicos da inexistência da concepção de individualidade nas cidades-estado grega: “*O homem grego nada conhecia que fosse independente da própria cidade, seu próprio corpo pertencia ao Estado, e era voltado à sua defesa. Apenas para se ter uma ideia da dedicação ao Estado que se impunha ao indivíduo, considere-se que em Atenas e em Esparta era o serviço militar obrigatório por toda a vida; os bens dos habitantes da Cidade-Estado estavam sempre à disposição da Polis, e se a cidade necessitasse de dinheiro, podia ordenar às mulheres lhe entregassem suas jóias, aos credores que abrissem mão de seus créditos, aos possuidores de oliveiras que cedessem, gratuitamente, o azeite fabricado. (...) A própria vida privada não ficava imune às ingerências absolutas do Estado (...) as cidades gregas proibiam o celibato, (...) determinavam aos cidadãos o vestuário (...) o Estado tinha direito de proibir a existência de cidadãos disformes e monstruosos, (...) até sobre os sentimentos das pessoas podia determinar o Estado*”. (BEZNOS, 1979, p. 2-3).

¹⁵⁰ Nesse mesmo sentido preleciona Edson José Travassos Vidigal: “*Do exposto, conclui-se que, de sua origem grega, restou como legado ao termo ‘polícia’ apenas a sua relação com o Estado (...), com a boa constituição e o bom ordenamento Estatal, não se podendo a ele atribuir nenhuma outra característica advinda da cultura helênica.*” (VIDIGAL, 2012, p. 34-35). Também Clovis Beznos arremata o tema de forma consonante: “*Vê-se, pois, que o grego da Cidade-Estado não*

Apresentadas as breves considerações sobre a gênese do termo “polícia” na Grécia, o próximo passo é investigar o surgimento da noção político-jurídica de polícia no período do Império Romano.

3.2.2. Período Romano e o Surgimento da Noção de Polícia

Do auge da cultura helênica – séc. VIII a.C.¹⁵¹ – até os primeiros influxos do alvorecer da organização da sociedade romana – séc. I a.C.¹⁵² –, há um hiato temporal de aproximadamente 8 (oito) séculos. Nesse ínterim, muitas concepções político-sociais foram sendo gradativamente modificadas, umas de forma mais discreta e outras de forma mais intensa. Certamente a percepção de importância da individualidade e das relações privadas foi um fator preponderante de diferenciação entre a sociedade helênica e a sociedade romana.

Como assevera Edson José Travassos Vidigal, essa importância à esfera privada promovida pela expansão do Império Romano, possibilitou um acúmulo de riqueza, concentração de bens materiais e escravos que geraram na sociedade romana a necessidade de proteção e resguardo da propriedade privada¹⁵³ e, com isso, a separação do direito público e do direito privado. Nessa mesma linha Clovis Beznos preleciona que a atividade de Roma de obter riquezas e escravos dos povos conquistados, promoveu o desdobramento da unidade do direito em direito privado e direito público¹⁵⁴.

tinha, efetivamente, a menor noção da liberdade individual, donde se conclui ser inconcebível em tal época a noção jurídica de polícia administrativa, como hoje a compreendemos. Com efeito, inexistindo liberdade individual, inexistiu, ‘ipso facto’, a necessidade de harmonizá-la ao bem-estar da coletividade”. (BEZNOS, 1979, p. 6).

¹⁵¹ Informações gerais obtidas na página eletrônica: <https://brasilescola.uol.com.br/historiag/formacao-polis-grega.htm>.

¹⁵² Informações gerais obtidas na página eletrônica: <https://brasilescola.uol.com.br/historiag/imperio-romano.htm>.

¹⁵³ Edson José Travassos Vidigal anota que: “*Em Roma, a expansão do império e seu consequente acúmulo de riquezas acarretou o desenvolvimento da concepção de propriedade privada, dos institutos de regulamentação das relações privadas, e da separação entre direito público e direito privado.*” (VIDIGAL, 2012, p. 35).

¹⁵⁴ Na letra de Clovis Beznos tem-se que: “*A princípio são semelhantes as situações de Roma antiga com a dos povos gregos. Entretanto, a magnífica atividade de Roma em relação aos povos conquistados, fonte de enormes riquezas e de escravos, trouxe como consequência o desdobramento da primitiva unidade do direito, em direito privado, ‘jus privatus’, e direito público,*

Surge a partir disso dois diferentes aspectos jurídicos que regulavam, cada qual, situações e relações distintas que cada vez mais eram presentes na sociedade romana. Cria-se a partir dessa necessidade cotidiana dois regimes jurídicos distintos: o regime jurídico público, que tratava de todas as atividades inerentes ao império, coletivas e organizacionais, e; o regime jurídico privado, incumbido de regular as atividades das pessoas privadas, mormente as relações de direito de propriedade privada.

A organização e sistematização das regulações de propriedade privada, agora firmadas por um regime jurídico próprio da esfera privada, passou a crescer e se desenvolver intensamente, estabelecendo obrigações e deveres aos cidadãos, fixando direitos e desenvolvendo e ampliando conceitos¹⁵⁵, sobretudo para equilibrar os interesses e as relações de propriedade privada que, conforme enfatiza Edson José Travassos Vidigal, passaram a gerar constantes colisões de interesses dos cidadãos, permitindo assim a imposição de limites aos interesse envolvidos para harmonizá-los em prol do bem coletivo¹⁵⁶.

Algumas espécies de propriedade privada romana resultante do desenvolvimento das regulações de domínio de propriedade que poderiam gerar colisão de interesses privados são apresentadas na doutrina de Alexandre Correia e Gaetano; são elas exemplificativamente: (i) *dominium ex iure quiritium* – é a propriedade reconhecida pelo *ius civile*, não limitada pela ordem jurídica propriamente dita; (ii) a propriedade provincial – é o uso e o gozo, quase sem limitações de terrenos pertencentes aos Estados romanos, como ocupação de guerra e; (iii) a propriedade pretoriana ou domínio bonitário (*in bonis habere*) – se desenvolveu pela jurisdição do pretor, que protegia o adquirente de uma *res Mancipi*

'jus publicus'. Tal divisão do direito tornou-se necessária quando se reconheceu a existência a favor do Estado de um setor que compreendia bens humanos e patrimoniais, distinto daquele que dizia respeito aos particulares". (BEZNOS, 1979, p. 6).

¹⁵⁵ Nesse sentido é a doutrina de Clovis Beznos que anota: "A elasticidade do conceito de propriedade impõe então, restrições ao seu exercício. Tais restrições podiam ser ditadas em razão do interesse público ou do privado e ser impostas pela moral e pela autoridade pública ou ainda, pela autoridade jurisdicional". (*Ibid.*, p. 8).

¹⁵⁶ Quanto à imposição de limites para salvaguardar os interesses de propriedade na sociedade romana, anota Edson José Travassos Vidigal que: "A existência de uma colisão entre tais interesses (interesses privados de propriedade) é essencial ao desenvolvimento do termo polícia. De tal conflito surge a necessidade de se impor limites a cada um desses interesses, de forma a harmonizá-los, permitindo a paz social e a consequente coexistência humana em um ordenamento estatal. Da exigência de se impor restrições ao exercício de determinados direitos a fim de que estes não entrem em choque com os interesses da coletividade como um todo é que surge a acepção política do termo polícia". (VIDIGAL, 2012, p. 36-37).

contra quem não a tinha transferido mediante o ato formal hábil a operar a transferência reconhecida pelo *ius civile*¹⁵⁷.

Nesse contexto de promover a harmonia ao interesse coletivo e de evitar possíveis colisões de interesses concernentes à propriedade privada é que as limitações e as restrições a tais interesses passaram a ser implementadas na sociedade romana, sendo tal movimento impulsionado, conforme preconiza Clovis Beznos, a partir da influência de princípios cristãos de que o dono de uma propriedade poderia exercer seus direitos enquanto não lesasse o direito alheio¹⁵⁸. Assim surge a noção jurídica de polícia administrativa como forma de resguardar o bem comum na sociedade romana.

Em que pese esse período áureo da sociedade romana representar o berço do desenvolvimento das relações privadas, é importante registrar que após essa fase, novas e distintas tendências comportamentais de âmbito político-social e de gestão pública passaram a ser adotadas. Essa mudança na condução do Estado romano ocorreu, em grande medida, por um desprendimento coletivo da necessidade de promover a harmonia dos interesses individuais e coletivos, para priorizar a busca por riqueza e poder. Assim, a sociedade romana que outrora se viu no ímpeto de harmonizar a coletividade com métodos de polícia administrativa para proporcionar o bem comum, passou a conduzir a coisa pública de forma arbitrária e despótica¹⁵⁹, acelerando assim o seu declínio.

A arbitrariedade e o despotismo nos estertores do Império Romano foram um presságio clarividente dos métodos de condução da coisa pública que passariam a ser implementados no período feudal com o Estado de Polícia. A

¹⁵⁷ CORREIA, Alexandre; SCASCIA, Gaetano. *Manual de direito romano*, 4ª ed., vol. I, p. 20 *apud* BEZNOS, 1979, p. 7, nota de rodapé nº 14 da obra).

¹⁵⁸ Clovis Beznos anota o tema da seguinte forma: “*Finalmente no Direito justiniano, a propriedade conhece uma série de limitações, impostas em razão do interesse coletivo: fixa-se, por influência dos princípios cristãos que o dono pode exercer seus direitos enquanto não lesar o direito alheio e dentro dos limites em que descubra qualquer utilidade própria. Vê-se, destarte, que a noção de polícia administrativa já se fazia sentir no Império Romano*”. (*Ibid.*, p. 9).

¹⁵⁹ Nesse mesmo sentido é a doutrina de Bartolomé A. Fiorini que, com pena de ouro anota o seguinte: “*Bajo Constantino, el ciudadano romano, al igual que, el extranjero, soportó el despotismo más arbitrário: no habia orden, justo o injusto, el único poder era el capricho y la arbitrariedad del déspota. Había desaparecido la esfera del derecho privado, y en la del derecho público sólo proyectábase la arbitrariedad erigida en autoridad suprema*”. (FIORINI, Bartolomé A. *Poder de policía*. 2ª ed., Buenos Ayres: Editorial Alfa, 1962, p. 32 *apud* BEZNOS, 1979, p. 11).

seguir, serão apresentadas as principais características desse período na linha histórica evolutiva do poder de polícia.

3.2.3. Período Feudal e Estado de Polícia

Dando continuidade à evolução da linha histórica do termo “polícia”, chega-se ao período feudal. O ambiente social desse período era caracterizado por um sentimento de medo e insegurança da população devido aos constantes ataques dos exércitos mercenários que saqueavam os vilarejos locais. A busca da população por proteção e segurança foi um fator decisivo na organização social desse período, exatamente porque foi nas grandes propriedades dos senhores feudais que a população encontrou a proteção e a segurança que buscavam. Em troca, a população, constituída basicamente de pequenos camponeses que viviam de suas plantações e do trabalho na terra, passaram a compensar a proteção obtida dos senhores feudais prestando serviços e pagando com parte daquilo que produziam, fazendo surgir uma relação social de vassalagem da população pautada em cobranças cada vez mais abusivas e de concentração de riqueza pelos senhores feudais. Nesse mesmo sentido é a lição de Manuel Maria Diez¹⁶⁰.

A desproporcional relação senhor feudal X vassalos fez surgir a figura do príncipe que, gradativamente, passou a concentrar poderes tanto de ordem econômica, para determinar e impor tributos para população, quanto de ordem política, para determinar tudo aquilo que ele próprio achava necessário para a boa ordem pública e social, fazendo surgir o *ius policei*¹⁶¹. O *ius policei* configurou

¹⁶⁰ A doutrina de Manuel Maria Diez informa que: “*El pequeño propietario o labriego de esa época se confiaba a un señor lo suficientemente fuerte como para protegerlo. Se obligaba a prestar servicios a cambio de su protección y le entregaba la nuda propiedad de su tierra, convirtiéndose en vasallo. El poder del señor se engrandecía y le valía al vasallo tener tras sí un patrono poderoso cuyo interés y obligación consistían en protegerlo. La relación poder-sociedad, o mejor señor-vasallo se configuraba como un entrecruzamiento mutuo de derechos y obligaciones nacidos del pacto de vasallaje*”. (DIEZ, Manuel María. *Derecho administrativo*. Tomo IV, Buenos Aires: Bibliográfica Omeba, 1969, p. 19 *apud* BEZNOS, 1979, p. 13).

¹⁶¹ Clovis Beznos professa na mesma linha, anotando que: “*Tinha o príncipe nessa época poderes, e, entre eles, o de arrecadar tributos condicionados à aprovação das cortes. Começa a tomar corpo, então, entre os seus poderes, o chamado ‘ius policei’, que se apresentava como aquilo que era necessário na busca da boa ordem da coisa pública. Caracterizava-se esse conceito por não depender de qualquer pacto anterior com o povo, e, por consequência, não ensejar a suposição*

verdadeiro marco nesse período, estabelecendo uma ordem política que conferia ao príncipe um ilimitado poder e plena autoridade para determinar e decidir todo e qualquer assunto referente à vida civil na sociedade. Em verdade, informa Clovis Beznos que o poder era estabelecido tendo-se dois polos de atuação: o primeiro, que se referia à “polícia”, legitimava o príncipe – autoridade do Estado – a decidir sobre os assuntos atinentes à boa ordem da sociedade civil e; o segundo que legitimava as autoridades eclesiásticas a decidirem sobre os assuntos de ordem moral e religiosa¹⁶². Nessa mesma linha é a doutrina de Fernando Garrido Falla¹⁶³, enfatizando que a partir da Idade Média o poder do príncipe passou a ser empregado para todos os atos referentes à boa ordem da sociedade civil – com o diferencial de utilizar a locução *jus politiae*, ao invés de *ius policei* – e os assuntos inerentes à ordem moral e religiosa pela autoridade eclesiástica.

O que se verifica é que o termo “polícia” – *ius policei* e *jus politiae* – já era um termo recorrente no século XIV e fundamentava um amplo poder do príncipe para atuar nas questões de ordem civil, de tal forma que, na França, o termo era utilizado de uma forma estrita para designar os fins e a boa organização do Estado promovidos pelas atividades determinadas pelo príncipe. Bartolomé A. Fiorini enfatiza que essas atividades – concebidas como atividades de polícia – eram realizadas com o desejo de promover a felicidade dos súditos¹⁶⁴ e, como anota Edson José Travassos Vidigal, o termo polícia já havia incorporado a antiga ideia grega de boa constituição e organização; a concepção de restrição de direitos

de qualquer obrigação recíproca do príncipe para com o povo, e nem tampouco qualquer limitação ou condição ao seu exercício”. (BEZNOS, 1979, p. 13).

¹⁶² Na letra de Clovis Beznos tem-se que: “Referia-se a polícia, nesse período, à boa ordem da sociedade civil, que deve ser presidida pela autoridade do Estado, enquanto a boa ordem moral ou religiosa ficava sob incumbência da autoridade eclesiástica”. (*Ibid.*, p. 14).

¹⁶³ Anota Fernando Garrido Falla: “Na Idade Média, o termo ‘*jus politiae*’ passou a significar o poder para toda e qualquer ação do príncipe, necessária à ‘boa ordem da sociedade civil’, sob a autoridade do Estado, em contraposição à ‘boa ordem moral e religiosa’, essa na esfera de competência da autoridade eclesiástica.”. (FALLA, Garrido Fernando, *Las transformaciones del régimen administrativo*. 2ª ed., Madri: Instituto de Estudios Políticos, 1962, p. 110).

¹⁶⁴ Conforme informa Bartolomé A. Fiorini: “El príncipe como custodio de los bienes comunes era dueño y señor; cualquier acto que realizara debía ser considerado como tocado por el deseo de hacer la felicidad de sus súditos”. (FIORINI, Bartolomé A. *Poder de policía*. 2ª ed., Buenos Ayres: Editorial Alfa, 1962, p. 37).

individuais para harmonizá-los em um interesse coletivo da sociedade romana e; a limitação de seu alcance para a esfera da vida civil da Idade Média¹⁶⁵.

Já na Alemanha do século XV, influenciada pela percepção francesa de organização estatal, o termo polícia – *policei* ou *politiae* – passou a ser utilizado, conforme preleciona Otto Mayer, em um sentido mais amplo, indicando a totalidade das atividades estatais para realização do bom estado da coisa comum – *guter stand des gemeinwese* –, e como um fim que a autoridade deveria perseguir¹⁶⁶. Como consequência gradual dessa concepção ampla da atuação do Estado, o príncipe, com seu amplo poder, passou a atuar de forma ilimitada na esfera da vida privada dos súditos, além de concentrar também os poderes de ordem moral, religiosa e espiritual¹⁶⁷, passando a ser considerado, conforme preleciona Clovis Beznos, um representante divino, eleito por Deus para governar a terra e decidir o destino individual dos homens. Estabeleceu-se, então, o Estado de Polícia germânico caracterizado pelo poder absoluto do príncipe, instrumentalizado pelo uso ostensivo da coação, mas reconhecido como poder divino, soberano e de características absolutistas.

A partir do século XVI, conforme anota Agustín Gordillo, o conceito de polícia se separa das atividades internacionais e, já no século XVIII, as atividades inerentes à justiça e às finanças também deixam de ser objeto da atuação de polícia¹⁶⁸. Com isso, a noção de polícia, já completamente distinta de sua origem

¹⁶⁵ Na letra de Edson José Travassos Vidigal: “Neste ponto, pode-se dizer que o termo ‘polícia’ já havia agregado, como características, a sua aceção de boa constituição e boa administração do Estado (oriunda da Grécia), a necessidade de harmonizar os interesses individuais aos interesses da coletividade, por meio da restrição de direitos (oriunda do Império Romano), e a limitação de seu alcance, restrito aos assuntos civis (não religiosos)”. (VIDIGAL, 2012, p. 38).

¹⁶⁶ Otto Mayer informa que: “Nos fins do século XV a Alemanha adota o vocábulo (polícia) que então significava ‘o bom estado da coisa comum (*Guter stand des gemeinwesens*) que é o fim que deve perseguir a autoridade pública. (MAYER, 1949, p. 3).

¹⁶⁷ Esse é o entendimento de Fernando Garrido Falla, que anota a ideia da seguinte forma: “Entretanto, cumpre registrar que, na Alemanha, em fins do século XV, o ‘*jus politiae*’ volta a significar, para todas as atividades do Estado, os poderes amplos de que dispunha o príncipe de ingerência na vida privada dos cidadãos, mesmo em sua vida espiritual ou religiosa, alicerçado, porém, na pretensa finalidade de buscar a segurança e o bem estar coletivo”. (FALLA, 1962, p. 127). Nessa mesma linha anota Onofre Alves Batista Júnior: “(...) na Alemanha, depois da Reforma, os príncipes passaram a ter simultaneamente poderes temporais e espirituais”. (BATISTA JÚNIOR. Onofre Alves. *O poder de polícia fiscal*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001, p. 29).

¹⁶⁸ Informa Agustín Gordillo que: “En el siglo XVI se separa del concepto de policía todo lo referente a las relaciones internacionales; sucesivas restricciones hacen que en el siglo XVIII estén excluidas del concepto también la justicia y las finanzas. En ese momento ‘policía’ designa el total de la

grega e romana, passa a configurar um Estado absolutista, de características opressivas e despóticas, que se valia da coação para impor os desejos do príncipe soberano na justificativa de oferecer a segurança e a felicidade dos súditos. Dessa forma, estabeleceu-se o Estado de Polícia, e pela doutrina de Edson José Travassos Vidigal, configurou o Estado Absoluto que, a pretexto de promover a segurança coletiva, se autoatribuiu características (coativas, despóticas e soberanas) de qualquer forma de discricionariedade, para fazer cumprir as vontades do príncipe¹⁶⁹. Essa configuração político-social se manteve até o início do Estado Moderno que, com o advento do movimento iluminista e do liberalismo, fez surgir uma nova concepção de Estado e de atuação nas atividades de polícia. É o que será apresentado a seguir.

3.2.4. Período Moderno e Estado de Direito

O Estado absolutista – Estado de Polícia – se manteve vigoroso em suas características de coação, despotismo e ilimitação de poderes do príncipe até o final do século XVII quando um movimento filosófico-intelectual passou a permear a Europa e gerar um sentimento de inquietação e conturbação na ordem social e política: o Iluminismo¹⁷⁰. Esse importante movimento trouxe para a sociedade uma percepção de racionalidade científica em que a soberania divina e ilimitada do príncipe passou a ser questionada.

actividad administrativa interna – con exclusión de las finanzas – y consiste en la facultad estatal de reglar todo lo que se encuentra en los limites del Estado". (GORDILLO, 2014, p. 209).

¹⁶⁹ Nestes termos arremata Edson José Travassos Vidigal: "*Dá-se o nome de Estado Polícia a este Estado absoluto justamente por sua fundamentação, baseada na ideia de um Estado que, buscando a segurança e o bem estar coletivo, se auto-atribui as prerrogativas necessárias a este fim, incluindo nestas qualquer forma de discricionariedade considerada (pelo príncipe) necessária a esta consecução*". (VIDIGAL, 2012, p. 41).

¹⁷⁰ De uma forma muito resumida, "o Iluminismo foi um movimento intelectual que defendeu a valorização da razão em detrimento da fé como forma de entender o mundo e os fenômenos da natureza. Defendeu o desenvolvimento científico e acreditava que este levaria ao progresso da humanidade e à formação de uma sociedade sem injustiças e sem tirania. O iluminismo surgiu no século XVIII, fazendo este ser conhecido como o 'século das luzes'. Os iluministas eram contrários ao absolutismo e à concentração do poder real, defendiam as liberdades individuais, eram críticos do mercantilismo e propunham o liberalismo enquanto alternativa econômica". (Para maiores esclarecimentos sobre o período Iluminista, consultar <https://brasilecola.uol.com.br/historiag/iluminismo.htm>).

Como informa Clovis Beznos, a figura do ser humano passou a ser intensamente valorizada, passando a ser identificado como um ser detentor de direitos naturais desejados por Deus, mormente a liberdade e a segurança, para a própria felicidade do ser humano¹⁷¹. Nesse sentido, pode-se considerar que o movimento iluminista foi o alvorecer do Estado Liberal, pautado na racionalidade humana e na busca pela liberdade individual e segurança do ser humano. Nessa mesma linha é a doutrina de Edson José Travassos Vidigal ao enfatizar que no Estado Liberal não mais eram suportados os excessos de discricionariedade do príncipe e que a liberdade dos indivíduos deveria ser pautada por lei¹⁷², em um Estado de Direito.

O Estado de Polícia foi gradativamente se enfraquecendo de tal forma a ceder espaço para o Estado de Direito, pautado nas leis que resguardavam os direitos e garantias do indivíduo. A atuação de polícia do Estado passou a ser restringida para salvaguardar, conforme preleciona Agustín A. Gordillo, a segurança, a salubridade e a moralidade pública¹⁷³, deixando os indivíduos cuidarem, por si sós, de sua felicidade e de seu bem estar.

Aqui vale reforçar essa ideia: a noção de polícia estatal passou a abranger tão-somente as questões inerentes à segurança, à salubridade e moralidade pública; o Estado não mais interferia nos direitos e garantias individuais do ser humano, já que tais direitos, em especial o direito à liberdade, eram considerados de ordem natural outorgados por Deus ao ser humano¹⁷⁴. A noção de polícia se restringiu, como muito bem resume Edson José Travassos Vidigal, às

¹⁷¹ Clovis Beznos destaca que: *“Marca-se o Estado Liberal pela valorização do homem, no sentido de que o mesmo é concebido como detentor de direitos naturais emanados de uma ordem providencial, isto é, desejada por Deus, para felicidade dos homens”*. (BEZNOS, 1979, p. 16).

¹⁷² Assim anota Edson José Travassos Vidigal: *“No Estado Liberal, não mais seriam suportados os excessos de discricionariedade do príncipe. Não mais se admitiria a insegurança jurídica dos indivíduos frente a seu governante. (...) A liberdade dos indivíduos ganha respaldo por meio da ascensão do princípio da legalidade – a lei se torna o limite da Administração. A interferência nos direitos dos indivíduos passa a ter um caráter excepcional, devendo se constituir apenas em exceção”*. (VIDIGAL, 2012, p. 44).

¹⁷³ Agustín Gordillo apresenta a noção de polícia no Estado Liberal como: *“a facultad de imponer limitaciones y restricciones a los derechos individuales, con la finalidad de salvaguardar solamente la seguridad, salubridad y moralidad públicas contra los ataques y peligros que pudieran acecharla”* (GORDILLO, 2014, p. 210).

¹⁷⁴ Esse é o entendimento de Clovis Beznos, que anota: *“Assim, nessa época a liberdade era algo imanente à condição humana. O direito de liberdade tinha seu respaldo numa ordem natural outorgada por Deus aos homens”*. (BEZNOS, *op. cit.*, p. 17).

questões relativas à segurança e à defesa do indivíduo, à proteção da liberdade, da propriedade e da segurança individual, a evitar perturbações da ordem pública, bem como, garantir o exercício dos direitos individuais¹⁷⁵. Nessa mesma linha é a doutrina de José Maria Pinheiro Madeira ao informar que somente a segurança e a defesa eram reservadas à atuação da polícia estatal no Estado Liberal¹⁷⁶.

Dessa forma, com o Estado pela primeira vez pautado em uma ordem jurídica e com os influxos racionais do movimento iluminista urgindo pela proteção da liberdade individual e da segurança e defesa do bem estar social trazidas pelo Estado Liberal, surge uma primeira conceituação – a noção clássica – do poder de polícia, proposta por Otto Mayer, anotando o seguinte: “*A polícia é a atividade do Estado que tem por fim a defesa da boa ordem da coisa pública, mediante os recursos do poder de autoridade, contra as perturbações que as existências individuais possam ocasionar*”¹⁷⁷.

A ideia essencial trazida pela conceituação clássica é a de que este instituto buscava a defesa da boa ordem da coisa pública em face das perturbações que as atividades privadas pudessem gerar, é saber, de que não houvesse a perturbação do bem estar geral pelos particulares. Caio Tácito consolida o entendimento enfatizando que o poder de polícia em sua concepção clássica concentrava-se na garantia da segurança, da tranquilidade e da salubridade públicas¹⁷⁸ e que, só a partir da conceituação moderna do poder de polícia o Estado

¹⁷⁵ Anota Edson José Travassos Vidigal: “*Restringia-se o poder de polícia às ações relativas à segurança e à defesa; proteger a liberdade, a propriedade, e a segurança individual; evitar as perturbações da ordem pública e garantir o exercício dos direitos de cada um*”. (VIDIGAL, 2012, p. 45).

¹⁷⁶ José Maria Pinheiro Madeira informa que: “*A princípio, a ideia não era somente a de que a polícia fosse conservadora, mas também perfeccionista, pois o bem-estar social era o seu propósito, mas tal entendimento acabou sofrendo grandes restrições com o advento do Estado Liberal. Desde então defendeu-se que o Estado não deveria intervir na liberdade individual com o fito de promover o bem-estar. E não seria este o papel estatal porque ao indivíduo foram reconhecidos direitos decorrentes diretamente da natureza humana. Portanto, ao Estado deveria ser reservada apenas a polícia pertinente à segurança e à defesa*”. (MADEIRA, José Maria Pinheiro. *Reconceituando o poder de polícia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000, p. 30).

¹⁷⁷ Optou-se por apresentar a conceituação clássica de poder de polícia proposta pelo jurista Otto Mayer pela sua importância ao estudo do poder de polícia, bem como, pela compatibilidade da conceituação determinada pelo jurista alemão ao momento histórico que a Europa vivenciava com o Estado Liberal. Em relação à conceituação de poder de polícia mencionada, consultar MAYER, 1949, p. 11.

¹⁷⁸ Caio Tácito enfatiza sobre a conceituação clássica do poder de polícia o seguinte: “*O poder de polícia se condensava, em suma, em seu lineamento tradicional, à garantia da segurança, da*

passou a ter uma atuação mais ampla e ativa na promoção do bem estar geral, abrangendo, além da ordem pública, a ordem econômica e social por meio de normas limitadoras da liberdade individual¹⁷⁹.

Com a anotação do conceito clássico de poder de polícia supramencionado, chega-se ao objetivo proposto para este item do estudo: o de apresentar os primórdios de uma estruturação conceitual de poder de polícia pautada no Direito enquanto ordem jurídica previamente estabelecida. O que ocorre a partir daí é uma intensa evolução da sociedade, não só em relação ao Direito, mas também, e especialmente, em relação ao papel social do Estado que, já no período contemporâneo, é saber, no Estado Social de Direito, assume funções mais amplas, com deveres intransferíveis de resguardar os interesses privados tutelados pela ordem jurídica e da manutenção da ordem e do bem estar social, conforme anotado por Caio Tácito. Nesse ambiente de intenso desenvolvimento jurídico e social, o instituto do poder de polícia vai se tornando cada vez mais elaborado, notadamente com a identificação e o amadurecimento das especificidades conceituais da separação de competências legislativa e administrativa dos órgãos de poder estatal – legislativo e executivo, respectivamente – no cumprimento da atividade de polícia: desenvolve-se novos conceitos de poder de polícia e estabelece-se classificações para a melhor compreensão do instituto. O conceito contemporâneo e as especificidades de classificação do poder de polícia, são os assuntos a serem abordados ao que se segue.

3.3. Conceito Contemporâneo de Poder de Polícia

Sob a égide do Estado Social e Democrático de Direito, a proteção das liberdades individuais e a garantia dos direitos fundamentais passam a ser, teleologicamente, um dever estatal, uma verdadeira obrigação de tutelar os direitos

tranquilidade e da salubridade públicas. Somente quando a atuação do Estado se endereçava a essas finalidades poder-se-ia falar em medida de polícia.” (TÁCITO, 1952, p. 3).

¹⁷⁹ Arremata Caio Tácito anotando o seguinte sobre a ampliação do papel do Estado para a concepção moderna do poder de polícia: “O conceito moderno ultrapassa, porém, as fronteiras conservadoras para reconhecer ao Estado um papel mais amplo e ativo na promoção do bem estar geral, estabelecendo não somente no tocante à ordem pública, mas sobretudo no sentido da ordem econômica e social, normas limitadoras da liberdade individual, que exercem, em grande parte, por meio do poder de polícia”. (*Ibid.*, p. 3).

e interesses de toda a coletividade, bem como, resguardar a segurança e o bem-estar social. Para tal desiderato, conforme já se anotou no item 1.4. deste estudo, o Estado se vale de prerrogativas de autoridade e comando como meio, não mais para impor as vontades e discricionariedades ilimitadas do príncipe, mas para atender e cumprir a sua árdua tarefa de persecução do interesse público. Nesse sentido, o instituto do poder de polícia, passa a ser utilizado como um meio de entrosar o exercício da liberdade e da propriedade dos particulares com a ordem pública e o bem-estar social, conforme anota Celso Antônio Bandeira de Mello¹⁸⁰.

Para uma considerável parcela da comunidade jurídica, os valores constitucionais da liberdade e da propriedade necessitam ser delimitados por normas legislativas para conformar a anatomia legal desses direitos na ordem jurídica, permitindo, posteriormente, que a administração pública edite atos administrativos para harmonizar a efetiva execução e concretização desses direitos pelos particulares com os demais bens jurídicos tutelados pela ordem jurídica. Essa atividade estatal de limitar ou condicionar a liberdade e a propriedade visando harmonizar e ajustar o exercício desses direitos com a ordem pública corresponde à noção de poder de polícia ou, como informa Celso Antônio Bandeira de Mello, limitação ao exercício da liberdade e da propriedade¹⁸¹.

Enquanto a concepção clássica do poder de polícia estabelece uma ideia de defesa da boa ordem da coisa pública contra danos e perturbações dos comportamentos dos particulares, a concepção contemporânea vislumbra condicionar o exercício da liberdade e da propriedade para harmonizar a ordem pública e salvaguardar os bens jurídicos tutelados pelo ordenamento. Além disso a concepção contemporânea se desenvolve com produções normativas mais elaboradas, envolvendo, em um primeiro momento, a edição de normas legislativas pelo órgão legislativo competente e, em um segundo momento, a produção de atos

¹⁸⁰ Nas preleções de Celso Antônio Bandeira de Mello tem-se que: “*Através da Constituição e das leis os cidadãos recebem uma série de direitos. Cumpre, todavia, que o seu exercício seja compatível com o bem-estar social. Em suma, é necessário que o uso da ‘liberdade’ e da ‘propriedade’ esteja entrosado com a utilidade coletiva, de tal modo que não implique uma barreira capaz de obstar à realização dos objetivos públicos*”. (BANDEIRA DE MELLO, 2013, p. 836).

¹⁸¹ A doutrina de Celso Antônio Bandeira de Mello esclarece que: “*Portanto, as limitações ao exercício da liberdade e da propriedade correspondem à configuração de sua área de manifestação legítima, isto é, da esfera jurídica da liberdade e da propriedade tutelada pelo sistema*”. (*Ibid.*, p. 838). Importante ainda é observar que Celso Antônio Bandeira de Mello identifica as mencionadas limitações não como uma atividade pontual e estanque do Estado, mas como um elemento integrante de todo o sistema jurídico e do regime jurídico público.

administrativos em conformidade com as previsões legais, para a plena e efetiva aplicação no caso concreto, o que configura a atuação tanto do órgão legislativo quanto do órgão executivo, cada qual na atuação de seu respectivo âmbito de competência.

Casos haverá em que o delineamento realizado pelas normas legislativas fixará integralmente toda a anatomia do direito, proporcionando ao particular o pleno exercício do direito sem que haja a necessidade de atuação da administração pública. Entretanto, outros casos existirão nos quais as normas legislativas fixarão prescrições imprecisas ou genéricas, sendo imprescindível, nestes casos, a atuação da administração pública para determinar o completo delineamento do direito a ser efetivado. Nesse sentido informa Heraldo Garcia Vitta que a administração pública se incumbe de identificar e aplicar a efetiva extensão dos direitos quando ocorrer generalidade ou imprecisão nas normas legislativas¹⁸².

A partir desse entendimento, é importante conceber uma diferenciação entre o poder de polícia realizado pelo conjunto das atividades funcionais do legislativo e do executivo, e o poder de polícia promovido tão-somente pela atividade administrativa exercida pelo órgão competente do poder executivo: aquele é classificado como poder de polícia em sentido amplo e; este é classificado como poder de polícia em sentido estrito¹⁸³. Vale apresentar de forma breve cada uma dessas espécies que indicam a classificação do instituto do poder de polícia, sendo certo, porém, que o objeto central deste estudo é o poder de polícia em sentido estrito, ou polícia administrativa, o qual terá uma atenção especial, principalmente no sentido de se anotar algumas de suas conceituações doutrinárias mais relevantes.

¹⁸² Heraldo Garcia Vitta preleciona sobre o tema da seguinte forma: “Com efeito, os direitos individuais por vezes já se encontram delineados, em toda a sua extensão, pela lei; no entanto, outras vezes, dentro dos limites legais, ‘incumbe à Administração Pública reconhecer, averiguar, no caso concreto, a efetiva extensão que possuam em face do genérico e impreciso contorno legal que lhes tenha sido dado’”. (VITTA, 2010, p. 78).

¹⁸³ Em que pese Luis Manuel Fonseca Pires optar pelo uso da expressão “limitação administrativa à liberdade e à propriedade, o autor é taxativo ao informar a existência da classificação em sentido amplo e em sentido estrito: “(...) é comum à doutrina em geral distinguir ‘poder de polícia’ em sentido amplo (ou simplesmente ‘poder de polícia’) de ‘poder de polícia’ em sentido estrito (ou ‘polícia administrativa’), sendo o primeiro a manifestação do Poder Legislativo por meio de leis que restringem a liberdade e a propriedade, e o segundo a ação do Poder Executivo (...)”. (PIRES, 2006, p. 178).

3.3.1. Poder de Polícia em Sentido Amplo

Conforme mencionado, o poder de polícia em sentido amplo é a atividade estatal ampla que conjuga as atividades tanto do órgão legislativo quanto do órgão executivo na tarefa de condicionar a liberdade e a propriedade para delinear ou estabelecer os contornos dos direitos dos particulares para positivá-los na ordem jurídica e entrosá-los de forma harmônica aos demais bens jurídicos tutelados no ordenamento jurídico e, com isso, salvaguardar a ordem pública, o bem-estar social e, principalmente, os direitos individuais.

Celso Antônio Bandeira de Mello identifica o poder de polícia em sentido amplo da seguinte forma:

*A atividade estatal de condicionar a liberdade e a propriedade ajustando-as aos interesses coletivos designa 'poder de polícia'. A expressão, tomada neste sentido amplo, abrange tanto atos do legislativo quanto do Executivo. Refere-se, pois, ao complexo de medidas do Estado que delineia a esfera juridicamente tutelada na liberdade e da propriedade dos cidadãos.*¹⁸⁴

Nesse mesmo sentido é o entendimento de Heraldo Garcia Vitta sobre o poder de polícia em sentido amplo, ou simplesmente, poder de polícia:

*Poder de polícia compreende 'leis', elaboradas pelo Legislativo, na função legislativa, bem como 'atos e comportamentos', referentes à função administrativa. Assim, no conceito de 'poder de polícia' enquadram-se duas categorias jurídicas: 'legislativa' e 'administrativa'.*¹⁸⁵

Para o âmbito da doutrina do Direito Administrativo, bem com, para a proposta deste estudo, o que é relevante sobre o poder de polícia em sentido amplo é exatamente essa conjugação de atividades legislativas e administrativas no sentido de condicionar a liberdade e a propriedade para concretizar e harmonizar o

¹⁸⁴ BANDEIRA DE MELLO, 2013, p. 840.

¹⁸⁵ VITTA, 2010, p. 21-23.

exercício do direito da liberdade e da propriedade dos particulares e salvaguardar o bem-estar social e a ordem pública. Parte-se, agora, para a espécie da classificação de poder de polícia de maior relevância para este estudo: poder de polícia em sentido estrito ou, simplesmente, polícia administrativa.

3.3.2. Poder de Polícia em Sentido Estrito

Conforme já exposto, o poder de polícia em sentido estrito ou, simplesmente, polícia administrativa, é o campo de atuação da função administrativa em que há a aplicação de medidas que visam a conformação dos valores concernentes à liberdade e à propriedade para delimitar e estabelecer a anatomia dos direitos à liberdade e à propriedade dos particulares, harmonizando esses direitos com os demais bens jurídicos tutelados na ordem jurídica, bem como, com o bem-estar social.

Tais medidas administrativas que poderão ser, como informa Celso Antônio Bandeira de Mello, gerais e abstratas – como os regulamentos – ou, concretas e específicas – como as autorizações e licenças –¹⁸⁶, serão imprescindíveis quando as normas legislativas, *per se*, promoverem prescrições genéricas e imprecisas, de tal forma a não ser possível identificar os contornos jurídicos dos mencionados valores da liberdade e da propriedade. Nesse escopo, o legislador ao editar normas genéricas e imprecisas, atribui à administração pública o papel de configurar com maior precisão no caso concreto, os contornos jurídicos dos valores da liberdade e da propriedade, e sempre nos limites legais¹⁸⁷.

¹⁸⁶ Como anota Celso Antônio Bandeira de Mello: “A expressão ‘poder de polícia’ pode ser tomada em sentido mais estrito, relacionando-se unicamente com as intervenções, quer gerais e abstratas, como os regulamentos, quer concretas e específicas (tais as autorizações, as licenças, as injunções), do Poder Executivo destinadas a alcançar o mesmo fim de prevenir e obstar ao desenvolvimento de atividades particulares contrastantes com os interesses sociais. Essa acepção mais limitada responde à noção de polícia administrativa”. (BANDEIRA DE MELLO, 2013, p. 840).

¹⁸⁷ Nessa mesma linha preleciona Heraldo Garcia Vitta: “Noutros caos, contudo, o legislador atribui à Administração averiguar, ‘nos termos legais’, perante o caso concreto, a esfera ou fisionomia jurídica da propriedade e liberdade dos particulares. Nesse âmbito, a Administração elabora atos e pratica comportamentos; estar-se-á diante da polícia administrativa”. (VITTA, 2010, p. 23).

A conceituação da polícia administrativa não é estabelecida de forma unânime da doutrina, mas é certo, porém, que algumas características¹⁸⁸ dessa atividade administrativa são com frequência encontradas no contexto das descrições conceituais propostas pela doutrina. Vale anotar duas importantes conceituações sobre o tema.

A primeira importante conceituação do instituto do poder de polícia administrativa ou polícia administrativa é a de Celso Antônio Bandeira de Mello que propõe o seguinte:

*A atividade da Administração Pública, expressa em atos normativos ou concretos, de condicionar, com fundamento em sua supremacia geral e na forma da lei, a liberdade e a propriedade dos indivíduos, mediante ação ora fiscalizadora, ora preventiva, ora repressiva, impondo coercitivamente aos particulares um dever de abstenção (“non facere”) a fim de conformar-lhes os comportamentos aos interesses sociais consagrados no sistema normativo.*¹⁸⁹

A outra conceituação, não menos importante para a inteligência do instituto da polícia administrativa, é firmada por Clovis Beznos, que anota o seguinte:

*Polícia administrativa é a atividade administrativa, exercitada sob previsão legal, com fundamento numa supremacia geral da Administração, e que tem por objeto ou reconhecer os confins dos direitos, através de um processo, meramente interpretativo, quando derivada de uma competência vinculada, ou delinear os contornos dos direitos, assegurados no sistema normativo, quando resultante de uma competência discricionária, a fim de adequá-los aos demais valores albergados no mesmo sistema, impondo aos administrados uma obrigação de não fazer.*¹⁹⁰

Por certo tantas outras conceituações doutrinárias sobre a polícia administrativa podem ser encontradas em obras bibliográficas disponibilizadas nos

¹⁸⁸ As principais características da polícia administrativa serão melhor apresentadas no item 3.4. deste estudo. Por ora, registra-se apenas que as características do instituto do poder de polícia administrativa são 4 (quatro): imposição de obrigações de não-fazer (abstenções), relações de sujeição geral, indelegabilidade da competência e, executoriedade ou autoexecutoriedade.

¹⁸⁹ BANDEIRA DE MELLO, 2013, p. 855.

¹⁹⁰ BEZNOS, 1979, p. 76.

diversos centros acadêmicos e na comunidade jurídica em geral, entretanto, foge à proposta deste estudo apresentar diversificações do conceito ora apresentado. O que é relevante deixar aqui registrado e, principalmente, o que não se pode perder de vista, são as principais características apresentadas pelo instituto do poder de polícia administrativa. E é exatamente neste sentido que se propõe, ao que se segue, um aprofundamento maior sobre as características identificadas nas conceituações anotadas.

3.4. Características do Poder de Polícia Administrativa

Por tudo aquilo que se verificou no item 3.2. deste estudo, referente à linha histórica do termo “polícia” desde a sua gênese na Grécia antiga até a conceituação clássica proposta pelo jurista Otto Mayer, bem como, pelas especificidades das conceituações apresentadas no item 3.3., tem-se que a noção de polícia não é algo estático. O poder de polícia, tanto no sentido amplo quanto no sentido estrito, assume características que se amoldam, não só à percepção de Direito vivenciada nas sociedades, mas também aos influxos político-sociais inerentes de cada momento histórico. Nesse sentido, tendo-se como referência a hodierna conjuntura do Estado Social e Democrático de Direito, do moderno desenvolvimento da ciência jurídica na elaboração de técnicas de interpretação e dogmática, bem como, dos conceitos doutrinários que, inclusive, estabeleceram um padrão sistemático e rigoroso de regime jurídico público-administrativo, a noção de poder de polícia passa a dialogar e a se harmonizar com tais características.

Com efeito, hoje se vive em um consolidado Estado de Direito onde, em que pese ainda haver distorções na condução da gestão pública e, muitas vezes, com o malbaratamento dos valores jurídicos imanentes da hodierna ordem jurídica, há um certo consenso¹⁹¹ de que o regime jurídico público-administrativo é o ambiente jurídico hábil a regular o comportamento estatal e, principalmente, a

¹⁹¹ Nunca é demais registrar que esse consenso não se dispõe de forma unânime e que, especialmente após o conturbado período dos anos 90 no Brasil em que a ideologia neoliberal encampou e conduziu a gestão da coisa pública na busca pelo ideário do esvaziamento estatal e da política de intervenção mínima do Estado, ainda há forte resistência para conceber o regime jurídico público-administrativo como o ambiente jurídico hábil a regular o comportamento estatal e a gestão da coisa pública.

gestão da coisa pública. Além disso, o avançado estágio de desenvolvimento da ciência jurídica possui um fértil ambiente acadêmico onde são teorizadas novas e modernas concepções de Direito que permitem a melhoria dos métodos hermenêuticos da ordem jurídica, produção normativa e embasamento doutrinário. Para o caso da aplicação da noção de polícia e poder de polícia, as já mencionadas Teorias do Estado-Regulador e da Regulação Administrativa, são bases doutrinárias consistentes o bastante para evitar que um regresso ao Estado absolutista ocorra nos dias de hoje.

Dessa forma, é de suma importância a verificação das características que o instituto ora em estudo passa a apresentar na ordem jurídica contemporânea. Além disso, vale informar que as características a serem apresentadas a partir de agora, não são referentes ao poder de polícia em sentido amplo, mas à polícia administrativa – poder de polícia em sentido estrito –, atividade essa inerente da função administrativa e balizada no regime jurídico público-administrativo. Esclarecer tais características da polícia administrativa é o que se pretende ao que se segue.

3.4.1. Imposição de Abstenção

A primeira importante característica que a polícia administrativa apresenta é a de imposição de abstenções às condutas dos indivíduos para que suas atividades particulares, no caso concreto, não perturbem outros bens jurídicos tutelados no ordenamento jurídico. Alguns doutrinadores¹⁹² identificam a polícia administrativa como um instituto utilizado para evitar um dano à coletividade¹⁹³, à

¹⁹² Dentre os doutrinadores que identificam o poder de polícia como uma atividade negativa, destacam-se os franceses Paul Duez e Guy Debeyre, o italiano Oreste Ranelletti e o próprio alemão Otto Mayer. Para uma verificação mais específica dos doutrinadores que professam esse entendimento, consultar BEZNOS, 1979, p. 20-24.

¹⁹³ Celso Antônio Bandeira de Mello identifica na Itália conceituações que consideram o poder de polícia uma atividade destinada a impedir um dano para a coletividade; um dano ao exercício da liberdade e da propriedade. Anota o autor paulistano: “*Na Itália, as conceituações, de modo geral, ressaltavam a ideia de que o poder de polícia se destina a impedir um dano para a coletividade, que poderia resultar do exercício da liberdade e da propriedade se uma e outra não fossem contidas em limites estabelecidos à vista do propósito de harmonizá-las com os interesses da coletividade.*” (BANDEIRA DE MELLO, 2013, p. 841).

ordem pública e ao interesse geral e, nesse sentido, seria uma atividade ou uma atitude negativa da administração.

No entanto, Celso Antônio Bandeira de Mello esclarece que o caráter negativo da polícia administrativa não está no fato de se evitar um dano à coletividade, tal como é anotado na conceituação clássica do poder de polícia de Otto Mayer, mas no sentido de que essa atividade impõe aos administrados uma abstenção em suas condutas, uma obrigação de não fazer – *non facere* –, uma limitação de comportamento aos particulares¹⁹⁴. Nessa mesma linha de raciocínio preleciona Clovis Beznos que as normas de polícia têm o condão de evitar que os particulares perturbem a ordem jurídica com comportamentos que firam outros valores também tutelados no ordenamento jurídico¹⁹⁵.

Também entre os doutrinadores brasileiros que concebem ser característico da atividade de polícia administrativa a imposição de abstenções aos administrados está Ricardo Marcondes Martins, inclusive defendendo tal ideia na concepção neoconstitucional do Direito. Ele esclarece que a teoria da regulação administrativa, atuando por meio da ordenação, permite à administração pública impor atos comissivos, é saber, obrigações de fazer aos administrados pois, a regulação por ordenação é realizada somente nos casos em que houver uma previsão legal¹⁹⁶ – regra constitucional ou legislativa abstrata – determinando tal atuação da administração – seja por competência vinculada ou discricionária. Por sua vez, o poder de polícia administrativa, diferente da regulação administrativa por ordenação, permite à administração pública a imposição de abstenções ou

¹⁹⁴ Celso Antônio Bandeira de Mello professa o tema anotando o seguinte: “O poder de polícia tem, contudo, na quase totalidade dos casos, um sentido realmente negativo, mas em acepção diversa da examinada. É negativo no sentido de que através dele o Poder Público, de regra, não pretende uma atuação do particular, pretende ‘uma abstenção’ Por meio dele normalmente não se exige nunca um ‘facere’, mas um ‘non facere’”. (BANDEIRA DE MELLO, 2013, p. 848).

¹⁹⁵ Informa Clovis Beznos que: “Na verdade, o poder de polícia impõe, sempre uma obrigação de não fazer. Com efeito, a finalidade que o Poder Público tem em mira com as normas de polícia é a de que os administrados não perturbem, com o exercício de suas atividades, os demais valores acolhidos pelo sistema normativo”. (BEZNOS, 1979, p. 24).

¹⁹⁶ Na concepção neoconstitucional do Direito, as normas legislativas são o primeiro passo para se concretizar os princípios jurídicos constitucionais. Nesse sentido, as normas legislativas são meios para se concretizar os princípios constitucionais; são, pela descrição de Robert Alexy, princípios formais que dão primazia às decisões do agente legislativo competente visando a ponderação dos princípios materiais envolvidos e a concretização do princípio material de maior peso. Para um maior entendimento sobre o tema, consultar o item 2.1.1.4. deste estudo, notas de rodapé nº 48 e 232 e as obras: (MARTINS, 2016); (MARTINS; BACELLAR FILHO, 2022, p. 66-67) e; (ALEXY, 2014).

imposição do dever de suportar aos administrados quando, excepcionalmente, não havendo previsão legal, a fundamentação jurídico-normativa advenha diretamente da Constituição Federal para que a concretização de um princípio constitucional referente a um direito fundamental seja realizada no caso concreto¹⁹⁷.

Dessa forma, uma parte considerável da doutrina¹⁹⁸ fixa o entendimento de que uma das características da atividade de polícia administrativa é a de ser exercida por meio de prescrições de imposição de abstenções ou imposição de dever de suportar aos administrados quando, excepcionalmente, pela ausência de previsão legal, a administração pública tiver que concretizar diretamente os princípios constitucionais para harmonizar os bens jurídicos envolvidos no caso concreto.

3.4.2. Relação de Sujeição Geral

A hodierna conjuntura estatal é estabelecida imperiosamente sob a égide do Estado Social e Democrático de Direito, isso quer dizer que o Estado enquanto ente responsável por tutelar o interesse de toda a coletividade¹⁹⁹ apresenta todo o seu campo de atuação submetido aos domínios do Direito e da ordem jurídica. Nada, absolutamente nada que advenha da composição, estrutura e atuação do Estado pode ser concebido fora daquilo que estabelece o Direito e o ordenamento jurídico, especialmente no que diz respeito às situações e relações

¹⁹⁷ Ricardo Marcondes Martins, esclarece a característica de imposição de abstenções do poder de polícia da seguinte forma: “O exercício do poder de polícia (que por si é excepcional) dá-se pela ‘imposição de abstenções’: excepcionalissimamente, pela imposição do dever de suportar, mas jamais pela imposição de dever de fazer. Trata-se de conclusão de fundamental importância: no atual estágio da Ciência do Direito admite-se que excepcionalmente a Administração imponha aos administrados com base diretamente na Constituição, sem o arrimo na lei, obrigações de não fazer ou de suportar, mas não se admite a imposição de obrigações de fazer. (...) A imposição de deveres comissivos, de obrigações de fazer, é incompatível com o ‘poder de polícia’”. E logo adiante arremata: “A imposição de obrigações de fazer pela Administração restringe-se ao campo da ‘Administração Ordenadora’”. (MARTINS, 2015, p. 486).

¹⁹⁸ É o caso da doutrina esposada por Clovis Beznos que anota, inclusive, que a natureza negativa da atuação dos legisladores e dos administradores públicos, possui relevância de ordem política para o sistema jurídico: “Conclui-se, assim, que ambas as situações, legislativa e executiva supra-referidas (é saber, atividades de polícia legislativa e executiva) são elementos entrópicos negativos do sistema jurídico, e nesse sentido, de suma importância política para o sistema”. (BEZNOS, 1979, p. 71).

¹⁹⁹ Consultar o item 1.4. deste estudo, referente à função pública.

jurídicas firmadas entre o Estado – mais especificamente a administração pública – e os administrados. Nesse sentido, a segunda relevante característica da atividade de polícia administrativa é a de ser oriunda das relações de sujeição geral.

O que se verifica a partir dessa relação geral é que a administração somente pode atuar valendo de suas prerrogativas de comando e autoridade em face dos administrados quando houver disposição legal que fundamente e possibilite a sua atuação: essa é a chamada relação de sujeição geral ou relação de supremacia geral que fundamenta as atividades da administração pública e, em especial, as atividades de polícia administrativa.

A doutrina em geral²⁰⁰, notadamente a doutrina de Celso Antônio Bandeira de Mello²⁰¹, compreende que a administração pública pode apresentar dois tipos de vínculos com os administrados: (i) o vínculo de sujeição geral, aquele que emana da lei e do próprio ordenamento jurídico – o qual abrange as atividades de polícia administrativa – e; (ii) o vínculo de sujeição especial, que advém de uma relação mais estrita e específica entre a administração pública e determinados sujeitos²⁰².

Assim, é possível fixar duas importantes premissas quanto às espécies de vínculo de sujeição da administração pública e a atividade de polícia administrativa. A primeira delas é que a atividade de polícia administrativa não se vincula a nenhuma relação de sujeição especial²⁰³ entre administração pública e os

²⁰⁰ O que se quer dizer com “doutrina em geral” é que há um certo consenso doutrinário na comunidade jurídica, tanto nacional quanto alienígena, em relação à existência de duas possíveis relações entre a administração pública e os administrados: (i) a relação de sujeição geral ou supremacia geral da administração – firmada em função do ordenamento jurídico e; (ii) a relação de sujeição especial ou supremacia especial da administração – firmada por situações específicas.

²⁰¹ Celso Antônio Bandeira de Mello disserta sobre esse entendimento doutrinário geral quanto às duas espécies de sujeições entre a administração pública e os administrados anotando o seguinte: “O poder, pois, que a administração exerce ao desempenhar seus encargos de polícia administrativa repousa nesta, assim chamada ‘supremacia geral’, que no fundo, não é senão a própria supremacia das leis em geral, concretizadas através de atos da Administração. Os doutrinadores italianos distinguem – com proveitosos resultados – esta ‘supremacia geral’ da ‘supremacia especial’, que só estará em causa quando existam vínculos ‘específicos’ travados entre o Poder Público e determinados sujeitos”. (BANDEIRA DE MELLO, 2013, p. 841).

²⁰² Alguns exemplos de vínculos de sujeição especial podem ser facilmente encontradas nas relações entre a administração pública e seus servidores públicos, na relação encontrada nos hospitais públicos e seus pacientes, em prisões (no Brasil sempre) públicas e seus detentos, nas bibliotecas públicas e seus usuários, etc.

²⁰³ As relações de sujeição especial no entendimento de Carlos Ari Sundfeld são apresentadas da seguinte forma: “A Administração exerce poder especial quando um vínculo específico a une ao particular. (...), tal vínculo ocorre quando este se torna integrante da Administração, recebe

administrados para ser executada. Nos casos de sujeição especial, a administração pública dispõe de maior autonomia²⁰⁴ para intervir, gerir e controlar tais vínculos especiais, podendo inclusive editar atos administrativos comissivos, é saber, impondo obrigações de fazer²⁰⁵. A segunda é que para as relações de sujeição geral, as quais encontram-se as atividades de polícia administrativa, a subordinação direta ao ordenamento jurídico é o que determina o regramento normativo, cabendo à administração tão-somente impor condutas de abstenções e obrigação de suportar aos administrados, conforme verificado no item anterior – item 3.4.1. deste estudo.

Nessa mesma linha de raciocínio está a compreensão de Ricardo Marcondes Martins, no sentido de que a noção de poder de polícia – polícia administrativa – é adequada com a supremacia geral (relação de sujeição geral) e estranha à supremacia especial (relação de sujeição especial)²⁰⁶. Também em consonância a esta linha de pensamento espousa Clovis Beznos, enfatizando que a

delegação de atividade estatal, contrata com a Administração, utiliza serviço público ou se beneficia de uso especial de bem público. Em outros termos, o vínculo específico surge quando o particular ingressa no setor estatal de atividades". (SUNDFELD, Carlos Ari. Direito administrativo ordenador. São Paulo: Malheiros Editores, 1993, p. 30). Vale registrar apenas como acréscimo, que nada obsta que a administração pública possua outros vínculos com os administrados que não os vínculos de sujeição especial, é o caso do instituto que efetivamente importa neste estudo, o instituto do poder de polícia, que vige sob a égide das relações de sujeição geral – relação de supremacia geral.

²⁰⁴ Em que pese essa maior autonomia da administração pública na gestão e controle das relações especiais de sujeição, sempre deverá encontrar fundamento no ordenamento jurídico. Nesse sentido dispõe Celso Antônio Bandeira de Mello que para o exercício das atividades administrativas nas relações especiais de sujeição deve-se observar que *"tenham que encontrar seu fundamento último em lei que explícita ou implicitamente, confira aos estabelecimentos e órgãos públicos em questão atribuições para expedir ditos regramentos, os quais consistirão em especificações daqueles comandos". (BANDEIRA DE MELLO, 2013, p. 845).*

²⁰⁵ Esse entendimento é seguido por Ricardo Marcondes Martins: *"Nas relações especiais de sujeição a ingerência Administrativa é maior, a especialidade da supremacia especial em relação à geral está na intensidade da ingerência estatal. Vale dizer: a relação específica é associada a um 'vínculo específico' – vínculo, esse, justificador de competências administrativas estranhas à supremacia geral. Mais precisamente: a Administração, titular do serviço público, diante da ponderação de princípios realizada no caso concreto, pode impor ao concessionário obrigações de fazer não discriminadas na lei; do mesmo modo, pode impor aos detentos num presídio, aos militares, aos estudantes de escola pública, obrigações de fazer não especificadas na lei. Enfim: a ponderação efetuada no 'caso concreto' pode justificar no âmbito da 'supremacia especial' a imposição de obrigações de fazer. Isso jamais ocorre no âmbito da 'supremacia geral'". (MARTINS, 2015, p. 488).*

²⁰⁶ Na letra de Ricardo Marcondes Martins extrai-se que: *"A noção de 'poder de polícia' aqui apresentada está em perfeita consonância com a afirmação doutrinária de que ele é consentâneo com a chamada 'supremacia geral' da Administração e estranho à 'supremacia especial'. Há uma relação de sujeição decorrente da simples condição de pertencer ao Estado e da submissão à ordem jurídica deste. Há, ademais, relações de sujeição específicas decorrentes de relações especiais travadas com o Estado: trata-se do que ficou conhecido como 'relações especiais de sujeição'. O 'poder de polícia' é decorrência da 'sujeição geral', da situação de sujeição ao ordenamento jurídico estatal". (Ibid., p. 487).*

polícia administrativa encontra fundamento jurídico em uma supremacia geral, em que a administração possui superioridade em relação aos administrados pelo fato de tutelar os interesses públicos que o sistema define²⁰⁷, é saber, a ordem jurídica.

Nesse sentido, consolida-se o entendimento de que uma das características ou fundamento da polícia administrativa está, não nos vínculos especiais de sujeição com os particulares, mas nas relações de sujeição geral com os administrados – relação de supremacia geral –, vez que tais sujeições advêm de relações decorrentes da submissão direta com a ordem jurídica e o ordenamento jurídico.

3.4.3. Indelegabilidade da Competência

A terceira importantíssima característica da atividade de polícia administrativa é a sua indelegabilidade de competência aos particulares. Conforme identificado no item anterior, a atividade de polícia administrativa advém de uma relação de submissão ao ordenamento jurídico e à ordem jurídica – relação de sujeição geral ou supremacia geral – na qual a administração pública dispõe de um reduzido poder de ingerência que a permite editar normas administrativas de imposição de abstenções ou de suportar, pois a sua competência restringe-se a evitar violações da ordem jurídica e da ordem pública, é saber, é uma atividade de tutela do interesse alheio – o interesse da coletividade – e, por isso mesmo é inerente do cumprimento da função pública administrativa que, como visto no item 1.4., prevê uma relação de exorbitância de comando e autoridade a qual é indelegável aos particulares.

Nessa mesma linha, Ricardo Marcondes Martins, com sua percepção neoconstitucional do Direito, professa que a administração pública não pode delegar a sua competência de ponderação dos princípios materiais incidentes

²⁰⁷ O entendimento de Clovis Beznos é estabelecido da seguinte maneira: “O fundamento jurídico da polícia administrativa repousa em uma supremacia geral da Administração, frente aos administrados, indistintamente, ou seja, na posição de superioridade que a Administração tem em relação aos administrados, pela razão de caber a ela, a tutela dos interesses públicos que o sistema define. Não se confunde essa supremacia geral com as supremacias específicas, que a Administração tem em relação aos administrados, resultantes de relações ou títulos específicos instaurados entre Poder Público e particular.” (BEZNOS, 1979, p. 76).

no caso concreto às pessoas privadas, a fim de evitar violações aos princípios constitucionais²⁰⁸. Também de forma harmoniosa a esse entendimento é a doutrina de Luis Manuel Fonseca Pires que, além de jungir a atividade de polícia administrativa às relações de sujeição geral, entende que tais atividades de supremacia geral, por serem relações típicas e ínsitas do poder estatal, não são delegáveis às pessoas privadas, contudo, salienta Luis Manuel Fonseca Pires, citando as preleções de Celso Antônio Bandeira de Mello, que algumas atividades materiais prévias, sucessivas ou contemporâneas ao ato jurídico declaratório de polícia administrativa, por serem atividades instrumentais de mera preparação ou mesmo de mensuração da aplicação do ato jurídico de polícia, estas sim podem ser delegadas²⁰⁹.

O que importa considerar, portanto, é que as atividades de polícia administrativa, como visto no item anterior deste estudo, são oriundas das relações de sujeição geral – supremacia geral – na qual o próprio ordenamento jurídico é o elemento vinculador que determina a relação de sujeição da administração pública e os administrados e, por não possuir nenhuma outra sujeição específica que possa conferir maiores autonomias de controle e cumprimento da função pública administrativa, não podem ser delegadas aos administrados e às pessoas privadas. As atividades de polícia administrativa possuem, por isso mesmo, a característica da indelegabilidade da competência.

²⁰⁸ Ricardo Marcondes Martins é enfático ao afirmar que: “*Outro atributo do poder de polícia é a sua ‘indelegabilidade’. A Administração Pública não pode delegar aos particulares sua competência para, à luz do caso concreto, sem arrimo numa relação especial, ‘ponderar’ os princípios incidentes e, dependendo das circunstâncias, evitar a violação dos princípios constitucionais mediante a imposição de deveres de não fazer e de suportar – vale dizer: dos deveres de se abster de determinada conduta ou de suportar a conduta de outrem*”. (MARTINS, 2015, p. 488).

²⁰⁹ Na letra de Luis Manuel Fonseca Pires é apresentada a noção de indelegabilidade das atividades de relação de supremacia geral da seguinte maneira: “*O Administrado, nas relações de supremacia especial em que adere espontaneamente, entretém com o Estado um vínculo específico, portanto, justificam-se os ‘poderes implícitos’, mas ‘desde que se observem os direitos e garantias fundamentais para a realização das finalidades públicas relacionadas com a específica relação jurídica. O poder de império, típico e ínsito ao próprio conceito de Estado, por ser imprescindível à sua própria existência, não pode nunca, sob exceção alguma, ser delegado a pessoas jurídicas de direito privado no que se refere aos ‘atos declaratórios’ que consubstanciam a manifestação do poder. O que admitimos, de acordo com a precisa e linear exposição de Celso Antônio Bandeira de Mello (...) é a delegação de ‘atividades materiais: a) atividades materiais precedentes à expedição de ato jurídico de limitação administrativa; b) atividades materiais sucessivas a atos jurídicos de limitação administrativa; e c) atividades materiais contemporâneas à expedição de ato jurídico de limitação administrativa’*” (PIRES, 2006, p. 241).

3.4.4. Executoriedade ou Autoexecutoriedade

A executoriedade ou, como alguns doutrinadores costumam nominar, autoexecutoriedade, é a quarta característica relevante que, dentro da proposta deste estudo, torna identificável o ato ou a atividade da polícia administrativa. Conforme já se registrou no item 2.1.1.²¹⁰ deste estudo, a executoriedade é a característica que um ato administrativo possui de ser exigível e executável pela administração pública valendo-se do uso de coação material do administrado sem que seja necessário recorrer ao judiciário. Para esta característica, será adotada uma análise, inicialmente, a contrário sensu das relações especiais de sujeição, para, logo após, firmar considerações em relação aos vínculos de sujeição geral, as quais englobam os atos de polícia administrativa propriamente dito e seu caráter de executoriedade.

Vale, antes de mais nada, enfatizar que para muitos doutrinadores de escol a autoexecutoriedade não é um atributo identificado como exclusivo das atividades de polícia administrativa, *exempli gratia*, Clovis Beznos que entende ser esta característica não peculiar da atividade da polícia administrativa, sendo identificável também em diversas outras atividades da administração pública²¹¹. Nessa mesma linha de raciocínio é o entendimento de Luis Manuel Fonseca Pires que apresenta como referência diversos autores que ele mesmo anota em sua obra²¹², os quais enfatizam que a característica da autoexecutoriedade somente deve ser atribuída ao ato administrativo e, especificamente, à atividade de polícia administrativa – ou, como o próprio autor prefere nominar, “limitação administrativa à liberdade e à propriedade” – de forma excepcional, quando: (i) houver expressa

²¹⁰ Os atributos do ato administrativo foram apresentados na nota de rodapé nº 86 deste estudo, abordando o tema pelo viés doutrinário de Celso Antônio Bandeira de Mello e Ricardo Marcondes Martins.

²¹¹ Nesse sentido anota Clovis Beznos: “De outra parte, a executoriedade não é monopólio das medidas da polícia administrativa. De fato, encontramos em outras atividades da Administração tal característica. Basta citar-se como exemplo, a atuação da polícia judiciária quando promove o aprisionamento de delinquentes, em flagrante delito”. (BEZNOS, 1979, p. 39).

²¹² Luis Manuel Fonseca Pires deixa claro que o seu entendimento segue a doutrina de diversos juristas de inquestionável conhecimento jurídico, elencando os seguintes nobres juristas: “Celso Antônio Bandeira de Mello, Maria Sylvia Zanella di Pietro, Carlos Ari Sundfeld, Celso Ribeiro Bastos, Lúcia Valle Figueiredo, Diógenes Gasparini, José Maria Pinheiro Madeira e no direito estrangeiro Roberto Dromi, Agustín Gordillo, Maria da Assunção Andrade Esteves, Jean Rivero, Georges Vedel, Juan Francisco Linhares e Ernest Forsthoff”. (PIRES, 2006, p. 212).

previsão legal ou; (ii) a situação no caso concreto for de tamanha urgência a não ser possível a busca pela tutela jurisdicional para resolver a questão em tempo hábil²¹³.

Pois bem, é importante não perder de vista que a característica da executoriedade ou autoexecutoriedade é mais comum nas atividades inerentes das relações especiais de sujeição, exatamente porque essas relações permitem à administração pública maior autonomia de intervenção, gestão e controle da atividade, sujeitando as pessoas privadas que aderem, em regra, espontaneamente a esse vínculo especial, a uma maior amplitude de ingerência da administração pública sem a obrigatoriedade de uma determinação legislativa. Essa maior autonomia de intervenção nas relações especiais permite à administração pública editar atos administrativos exigíveis e executáveis aos administrados envolvidos nesse vínculo especial sem a necessidade de recorrer às vias judiciais. Nesse sentido também é o entendimento de Ricardo Marcondes Martins²¹⁴.

Contudo, no que tange às atividades de polícia administrativa, conforme verificado no item 3.4.2. deste estudo, não há que se falar em sujeição especial, mas em relações gerais de sujeição – relações de supremacia geral –, que em casos excepcionais, podem apresentar a característica da executoriedade. Nesse sentido, o que vale considerar é que a característica de executoriedade somente estará presente na atividade da administração pública vinculada a uma relação geral de sujeição quando: a atuação imediata da administração pública for imprescindível ao resguardo de um bem jurídico tutelado constitucionalmente²¹⁵ e; não houver previsão normativa legislativa abstrata para regular a atuação da

²¹³ Preleciona Luis Manuel Fonseca Pires anotando que: “*Mas em nosso entendimento (...) só se admite a ‘auto-executoriedade’ do ato administrativo se presente uma das seguintes hipóteses: a) quando a lei o prevê expressamente; b) quando for necessário à realização do interesse público, assim se entendendo nos casos em que não há disponibilidade temporal de tentar previamente a obtenção de um provimento jurisdicional*”. (PIRES, 2006, p. 212).

²¹⁴ Ricardo Marcondes Martins anota que: “*Em todas as ‘relações especiais de sujeição’, como regra geral, os atos administrativos gozam de executoriedade, ainda que não haja previsão legal. A administração não precisa recorrer ao Judiciário para intervir numa concessionária de serviço público, nem para demitir ou suspender um servidor. Enfim, nas relações especiais de sujeição a executoriedade é a regra, existe independentemente de previsão legal*”. (MARTINS, 2015, p. 489).

²¹⁵ A atuação da administração pública terá natureza de polícia administrativa se este bem jurídico for constitucionalmente tutelado e não houver previsão legal para a mencionada tutela. Nestes casos, a administração restringe-se à edição de atos de abstenção – *non facere* – ou de suportar aos administrados – atos de polícia administrativa. Havendo previsão legal, configurar-se-á atividade da administração ordenadora, ficando a administração pública adstrita ao conteúdo da disposição legal, sendo possível, inclusive, a edição atos administrativos comissivos aos administrados, se a previsão legal assim dispuser.

administração pública, já que, nestes casos, a administração atuará diretamente com fundamentação constitucional. Está-se, assim, diante de uma atividade de polícia administrativa.

Nessa mesma linha é o raciocínio de Ricardo Marcondes Martins, no qual, havendo previsão normativa legislativa abstrata para disciplinar a atividade administrativa, estar-se-á diante de uma atividade da regulação administrativa ordenadora e não de uma atividade típica de polícia administrativa: esta pressupõe a inexistência de previsão legislativa e que, pela urgência da atuação administrativa, é imprescindível que a característica da autoexecutoriedade esteja presente; aquela, somente é firmada sob a égide de regras legislativas abstratas²¹⁶. Logo, o caráter de urgência das atividades de polícia administrativa impõe a autoexecutoriedade para que a administração cumpra efetivamente o seu dever de atender o interesse público.

Com isso, conclui-se a apresentação das características ínsitas da atividade de polícia administrativa que devem ser consideradas, de acordo com a proposta deste estudo, como as mais relevantes. Isso não quer dizer que as características anotadas sejam as únicas identificáveis na atividade de polícia administrativa, tampouco, sejam elas um notório consenso na comunidade jurídica. A proposta aqui é, tão-somente, apresentar as características mais relevantes para que a atividade de polícia administrativa, ora em estudo, seja melhor identificada.

Dessa forma, uma vez apresentada a linha histórica do termo “polícia”, as conceituações mais marcantes sobre o poder de polícia em sentido amplo e em sentido estrito, bem como, as características preponderantes da polícia administrativa – cerne deste estudo –, acredita-se ser possível, a partir de agora, dar um passo adiante na proposta deste estudo que é a identificação da existência ou não de uma crise no instituto do poder de polícia administrativa. Sendo assim, partir-se-á para a análise específica da crise na visão de Agustín Gordillo.

²¹⁶ Assim anota Ricardo Marcondes Martins: “Consoante se disse, o ‘poder de polícia’ só existe quando haja necessidade de imediata tutela de um valor constitucional e não houver lei, quer dizer: quando a ponderação administrativa no caso concreto exigir uma atitude da Administração para salvaguarda de um valor constitucional e inexistir prévia legislação que dê supedâneo a essa atuação. Se houver ‘regra legislativa’ não haverá exercício do ‘poder de polícia’, mas da ‘Administração Ordenadora’. Essa é a diferença entre poder de polícia e ordenação: aquele é a concretização administrativa de ‘princípios constitucionais’, esta é a execução administrativa de ‘regras abstratas’: o poder de polícia surge quando inexistente lei; a ordenação administrativa pressupõe a existência de lei”. (MARTINS, 2015, p. 490).

CAPÍTULO 4 – A CRISE DO PODER DE POLÍCIA

4.1. Considerações Preliminares

Preliminarmente cumpre informar que a proposta deste capítulo não é esmiuçar em detalhes todas as feições, posicionamentos doutrinários e os mais diversos vieses da, cada vez mais propagada e difundida, crise do poder de polícia. A preocupação maior aqui é, tão-somente, informar que há, e não é de hoje, um movimento crítico ao instituto do poder de polícia que apresenta diversos tentáculos, seja apresentando uma percepção de ordem institucional da crise e que propõe a sua exclusão institucional, seja apresentando um viés que indica uma crise de âmbito conceitual, com a proposta de substituição da expressão “poder de polícia” para outro termo que, segundo essa proposta, melhor se adequa à essência do regime jurídico público-administrativo.

Esclarece-se, desde logo, que este capítulo não será desenvolvido no intento de apresentar profunda e diversificada pesquisa doutrinária para a questão referente à crise do poder de polícia, mas para compreender com maior clareza uma das mais enfáticas linhas críticas deste instituto: aquela que, talvez, esteja a influenciar boa parte da doutrina que hoje levanta voz contra o instituto do poder de polícia. Além disso, busca-se, também, complementar essa linha doutrinária com outros dois aspectos sobre a crise que, certamente, tem gerado constantes discussões na comunidade jurídica: um aspecto favorável à existência de uma crise do poder de polícia e outro que concebe a manutenção do instituto, mas com uma reformulação neoconstitucional no tratamento do Direito.

Nesse sentido, esta parte final da exposição busca firmar uma análise doutrinária da crise do poder de polícia, anotando suas incompatibilidades institucionais e jurídicas com o regime jurídico público-administrativo. Em seguida, serão apresentadas como complemento, e *en passant*, dois posicionamentos doutrinários do início do século XXI, divergentes entre si, que aprofundam e intensificam o debate sobre a crise do poder de polícia e que são fundamentais para a compreensão dos rumos e do alcance que esta crise vem adquirindo ao longo do tempo, com possibilidades, inclusive, de assumir novas perspectivas dentro da

atuação da administração pública, como será verificado na parte final – item 4.5. –, deste estudo. De toda a forma, os dois posicionamentos doutrinários reforçam as linhas argumentativas de cada um dos lados do debate sobre a crise do poder de polícia: um lado aderente à crise e que propõe a substituição da expressão “poder de polícia” e; um outro lado contrário à crise e favorável à manutenção do instituto jurídico *sub examine*, mas com uma nova reformulação. Com essa apresentação doutrinária dicotômica, pretende-se ampliar os horizontes do tema referente à crise do poder de polícia, para consolidar e melhor esclarecer o diálogo na comunidade jurídica entre aqueles que aderem à concepção da crise, propondo substituições ou mesmo alterações no mencionado instituto e aqueles que discordam da concepção de crise e que defendem, no todo ou em parte, a manutenção do instituto do poder de polícia.

Tendo-se em mente essas considerações preliminares, este capítulo final será estruturado e desenvolvido em 4 (quatro) passos, quais sejam: o primeiro passo – item 4.2. – será apresentar a crise em seu âmbito institucional, tendo como premissa a visão doutrinária de, talvez, um dos maiores críticos do instituto do poder de polícia, Agustín Alberto Gordillo, que explora a crise em função dos preceitos institucionais do regime jurídico público-administrativo; o segundo passo – item 4.3. – será apresentar a concepção teórica que recepciona o movimento crítico do poder de polícia e que vislumbra uma crise conceitual do instituto, propondo a definitiva inutilização da expressão “poder de polícia”, substituindo-a pelo termo “limitação administrativa à liberdade e à propriedade”, proposta por Luis Manuel Fonseca Pires; o terceiro passo – item 4.4. – será apresentar uma percepção doutrinária mais receptiva ao instituto do poder de polícia e que concebe a sua manutenção, mas propõe, no entanto, uma reformulação do instituto com a visão neoconstitucional de Direito como referência, proposta por Ricardo Marcondes Martins; por fim, o quarto e último passo – item 4.5. – será apresentar uma proposta que identifica a continuidade e extensão da discussão sobre a crise do poder de polícia, sob uma nova perspectiva, mais ampla e abrangente, a envolver outros institutos do Direito Administrativo, notadamente, a regulação administrativa e o próprio papel estatal no âmbito do Estado-Regulador ou do Estado-Prestador de Serviço.

Conforme mencionado, e vale mais uma vez enfatizar, este estudo não propõe a pormenorização de cada uma das concepções que serão

apresentadas neste capítulo, seja a concepção aderente à crise institucional do poder de polícia, seja a que envolve uma crise conceitual, com a proposta de substituição do termo, ou ainda, a concepção que vislumbra a manutenção do instituto, com a proposta de reformulação a partir da visão neoconstitucional do Direito. Isso porque, tanto a análise doutrinária de crise institucional quanto ambas as posições a serem apresentadas – a favor e contra a crise – exigem densa e profunda pesquisa acadêmica para serem, cada uma delas, exauridas. A preocupação aqui é, tão-somente, apresentar os contornos mais relevantes de cada concepção para se ter uma ideia geral do alcance e da abrangência da discussão sobre a crise do instituto do poder de polícia.

4.2. Exposição Doutrinária da Crise

Não é de hoje que a crise da noção de “polícia” e “poder de polícia”²¹⁷ é um dos temas sensíveis do Direito Administrativo e que causa grande preocupação não só para os administrativistas como também na comunidade jurídica como um todo, especialmente nos grandes polos acadêmicos de matriz romano-germânica ao redor do mundo, responsáveis pelo estudo e difusão dos conceitos de Direito Público. Desse grande grupo de notáveis publicistas, um dos pioneiros e que mais se destaca à crítica da noção de polícia e poder de polícia é o argentino Agustín Alberto Gordillo que, já em 1960, publica uma de suas primeiras obras dedicadas ao tema, de título *“La crisis de la noción de poder de policía”*²¹⁸.

Desde então, a sua obra doutrinária tornou-se cada vez mais intensa e ávida de demonstrar juridicamente as incompatibilidades que a noção de polícia ou poder de polícia – seja no sentido amplo ou no sentido estrito – apresentam em relação ao regime jurídico público-administrativo, bem como, às liberdades públicas e aos direitos individuais. Segundo o seu entendimento, o instituto do poder de

²¹⁷ Para o fim de se resguardar a identidade dos argumentos trazidos por Agustín Gordillo, optou-se por manter neste item 4.2. a expressão “noção de polícia e poder de polícia” utilizada pelo próprio autor para identificar o instituto jurídico do poder de polícia.

²¹⁸ GORDILLO, Agustín. *La crisis de la noción de poder de policía*. Buenos Aires: Universidad Austral, 1960.

polícia promove verdadeira ruptura ao regime jurídico público-administrativo²¹⁹, e o próprio Direito Administrativo passa a inverter suas mais mezinhas referências jurídicas²²⁰ – ao invés das liberdades públicas e dos direitos individuais, prioriza o poder estatal, degradando a própria essência jurídica do sistema estabelecido pelo regime jurídico público-administrativo. É o que se verá pela análise do entendimento de Agustín A. Gordillo.

4.2.1. Análise da Doutrina de Agustín A. Gordillo

4.2.1.1. Concepção Legalista do Direito

Inicialmente, é muito importante ter em mente que toda a construção doutrinária de Agustín A. Gordillo apresenta uma concepção legalista do Direito, tendo como forte referência a subsunção dos comandos normativos²²¹ – regras jurídicas – e a formalidade do princípio da legalidade como referência intransponível para a persecução do interesse público e toda a orientação do regime jurídico

²¹⁹ Não foi por acaso a escolha do título deste trabalho de dissertação: “*A Crise do Poder de Polícia no Regime Jurídico Público-Administrativo*”. Ora, só é possível adotar uma percepção crítica do instituto do poder de polícia, se se concebê-lo inserido em um regime jurídico que lhe dá sustentação jurídica e que esteja, de alguma forma, degradando ou gerando desconformidades a esse regime – no caso, o regime jurídico público-administrativo.

²²⁰ Na visão de Agustín Gordillo, a noção de polícia e poder de polícia promove inversão na concepção do próprio Direito Administrativo em relação às bases constitucionais modernas. Na sua letra tem-se que: “*Al haber incluido las convenciones de derechos humanos en el art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional (Constituição da Argentina), no pueden sus juristas partir del poder del Estado como noción fundante de un sistema. Deben partir de las libertades públicas y derechos individuales, es el derecho positivo vigente*” (GORDILLO, 2014, p. 205). E logo em seguida, ao pontuar que modernamente as searas do Direito, em especial os direitos humanos e o direito constitucional, estão a enfatizar as liberdades públicas e os direitos individuais em detrimento das limitações aos direitos, o Direito Administrativo, com a noção de “polícia” inverte essa lógica. O autor anota em conclusão que: “*¿Cómo hacer lo contrario en derecho administrativo? El derecho constitucional también enseña, en su parte dogmática, los derechos individuales y sus limitaciones. ¿Qué tiene que hacer el derecho administrativo, a contramano de los demás derechos, teorizando a partir de las limitaciones? Solamente puede hacerlo si se define al derecho administrativo como el derecho de la administración y no el de los administrados, si se piensa que la administración necesita más poder y los individuos menos, si se cree que el fundamento del sistema constitucional argentino es éste, si se olvida que estamos sometidos a un orden jurídico internacional de los derechos humanos*”. (*Ibid.*, p. 206).

²²¹ A concepção legalista do Direito não concebia os princípios como normas jurídicas autônomas, ficando restrita ao entendimento de que os comandos normativos, ou seja, os comandos que apresentavam conteúdo normativo, eram as regras jurídicas, a serem aplicáveis ou não ao caso concreto – subsunção normativa.

público-administrativo. É nessa concepção de Direito que Agustín Gordillo desenvolve a sua intensa crítica à noção de polícia e poder de polícia, sempre pautado na ciência jurídica e no plano deôntico do que o Direito Administrativo “deve ser” de acordo com a concepção legalista do Direito. Nesse sentido, os argumentos apresentados indicam, na maioria das vezes, uma contraposição do que o Direito Administrativo deve buscar com o que é efetivamente realizado ao se valer da noção de poder de polícia, o que faz indicar uma crise institucional no regime.

4.2.1.2. Incompatibilidade com o Regime Jurídico Público-Administrativo

(i) Poder e Autoridade X Função e Liberdade Individuais

Nessa análise de contraposição, a crítica evidencia que a noção de poder de polícia promove um distanciamento das finalidades da administração pública, identificando as dicotomias “poder” X “função” e “autoridade” X “liberdade”, sendo “poder” e “autoridade” as expressões que se referem às características de maior relevância do uso do poder de polícia no Direito Administrativo, de tal forma a romper a harmonia do dever-poder jurídico que assume a administração pública em sua tarefa de persecução do interesse público; e “função” e “liberdade individual”²²² como as expressões que devem conduzir a atuação da administração pública, é saber, com o dever de satisfazer o interesse de toda a coletividade, sendo certo que a satisfação desse interesse parte da possibilidade de permitir a liberdade individual dos administrados.

É de se observar que na dicotomia “autoridade” X “liberdade” apresentada por Agustín Gordillo, o termo “liberdade” não faz menção à livre permissão de atuação estatal, mas sim à “liberdade” dos administrados – as liberdades individuais –, referência maior dos direitos e garantias das constituições

²²² Em relação ao termo liberdade, Agustín Gordillo se refere não à possibilidade de liberdade da administração pública de forma independente e autônoma ao princípio da legalidade, é saber, não no sentido de permitir que a administração pública atue sem a observância das leis e dos comandos normativos legislativos, mas sim, no estrito dever de promover e realizar as liberdades dos administrados e os direitos individuais.

locais e dos acordos internacionais, como a Convenção Americana de Direitos Humanos. A administração pública, como já observado na Parte I – referente ao regime jurídico público-administrativo deste estudo –, não possui liberdade e está adstrita ao dever de cumprir a sua função pública, logo, Agustín Gordillo questiona a priorização do uso da autoridade em detrimento da liberdade dos administrados. A noção de polícia ofusca o “dever” enquanto “função” pública e enaltece a ideia de “poder”²²³ estatal enquanto força arbitrária que: (a) enfraquece a “liberdade” dos administrados e; (b) fortalece a “autoridade” impositiva do uso do poder, que deve ser utilizado não pela justificativa de necessidade e urgência, senão como meio ancilar, razoável e não excessivo de atingimento dos deveres estatais.

Além disso, conforme o próprio Agustín Gordillo adverte, o poder de polícia tampouco pode ser erigido como se um poder estatal autônomo fosse: é que pela tripartição de poderes, o poder uno do povo se divide nas funções administrativa, legislativa e judiciária – conforme já se anotou no item 1.4.2.1. deste estudo –, e também não se confunde com os respectivos órgãos de competência – executivo, legislativo e judiciário. Tais justificativas para o uso do poder de polícia, acrescenta Gordillo, não apresentam fundamentação jurídica, mas sim, uma notória interferência político-ideológica no comportamento estatal da gestão da coisa pública.

O que é importante considerar para este primeiro item de análise da visão de Agustín Gordillo é que não estão sendo questionadas as características de prevenção e repressão de autoridade coatora que possam estar presentes na noção de polícia, mas sim, que a autoridade estatal, valendo-se de sua possibilidade de coação, não pode se valer dessa prerrogativa estatal com prevalência às liberdades privadas dos administrados, é saber: o que pauta o dever estatal de persecução do interesse público é a satisfação e dos direitos e interesses das pessoas privadas, sendo certo que a autoridade estatal, enquanto recurso de poder e possibilidade de

²²³ No que tange à ênfase do termo “poder” na condução dos atos de polícia, Agustín Gordillo anota com a explicação devida sobre “polícia” e “poder de polícia” que: *“El derecho administrativo repite la tónica de abuso semántico del lenguaje en favor del poder de turno. Pero el tema reaparece siempre bajo nuevos vocabúlos, nuevos capítulos, nuevas cabezas de hidra: necesidad y urgencia, delegación legislativa, etc. Es la eterna lucha contra el poder incondicionado que deben librar los pretenden vivir en un estado democrático de derecho. El aditamento de “Poder” es inexacto: el poder estatal es uno sólo. La llamada división de “poderes” consiste en una división de “funciones” (legislativa, administrativa, jurisdiccional) y de órganos (legislativo, administrativo y jurisdiccional). La policía o el “poder de policía” no son órganos del Estado, sino una parte de alguna de las funciones mencionadas”*. (GORDILLO, 2014, p. 204).

coação, será sempre ancilar e instrumental, adequado e necessário, razoável e proporcional à conduta lesiva dos administrados.

Nesse sentido, a crítica de Agustín Gordillo, é aderente à percepção de autoridade estatal com coação preventiva e repressiva, contudo, não se justifica a utilização da noção de polícia e poder de polícia como forma de trazer à tona, prioritariamente, este tipo de método de atuação estatal em detrimento dos direitos, interesses e liberdades dos administrados. Além disso, informa que tanto a coação preventiva, identificada também por coação potencial, quanto a repressiva, identificada por coação atual, não advém de uma noção autônoma de polícia, senão da própria atuação do Estado na edição de atos administrativos com atributos específicos da natureza pública das atividades funcionais estatais²²⁴.

Até mesmo Clovis Beznos, que sustenta uma linha contrária a de Agustín Gordillo sobre a crise do poder de polícia – é saber, de defesa da manutenção da noção de polícia e poder de polícia –, entende que os atributos da autoexecutoriedade e coatividade não são peculiaridades próprias da atividade de polícia administrativa, por serem tais atributos comuns a toda atividade estatal²²⁵, não restando dúvidas sobre a abrangência desses atributos para toda a atividade estatal e não somente para as atividades de polícia. Portanto, para Agustín Gordillo, ou a noção de polícia e poder de polícia é despicienda por não advir dela a noção de autoridade e comando estatal, mas sim da própria essência do Estado, ou a noção de polícia e poder de polícia é arbitrária por buscar uma fundamentação autônoma do uso do poder – autoridade e comando – no âmago da noção deste instituto jurídico.

Em suma, neste tópico Agustín Gordillo apresenta a sua noção de crise institucional levando-se em conta os seguintes aspectos: (i) no que se refere ao uso das prerrogativas de autoridade e comando, é despicienda a noção de polícia e poder de polícia, pois, tais prerrogativas são inerentes do Estado e devem ser

²²⁴ Para uma maior compreensão dos atributos gerais dos atos administrativos, ver nota de rodapé nº 86 supra.

²²⁵ E sua primorosa obra sobre o poder de polícia, após densa pesquisa doutrinária em consonância às visões de Adolf Merkl, José Guimarães Menegale e Agustín A. Gordillo, Clovis Beznos conclui da seguinte forma em relação aos atributos da autoexecutoriedade e da coatividade serem ou não peculiaridades da atividade de polícia: “(...) *Conclui-se, portanto, ser inadequada a inclusão da auto-executoriedade e da coatividade, como características próprias da atividade de polícia*”. (BEZNOS, 1979, p. 40).

utilizadas como meio instrumental, ancilar e proporcional ao fim de se atingir a satisfação do interesse da coletividade e sempre sob a égide da legalidade; (ii) o uso da noção de polícia e poder de polícia promove inversão dos valores que balizam o regime jurídico público-administrativo, ou seja, ao invés de se priorizar os interesses e liberdades individuais, prioriza-se o uso do poder, da força e da coação e; (iii) não se coaduna com os preceitos do regime jurídico público-administrativo uma noção de polícia e poder de polícia como um instituto hábil a fundamentar, de forma autônoma e independente, o uso das prerrogativas do poder estatal – autoridade e comando.

(ii) *Atribuição X Serviço Público*

Outra dicotomia utilizada por Agustín Gordillo para apontar a incompatibilidade da noção de polícia e poder de polícia com o regime jurídico público-administrativo é a “atribuição” X “serviço público”. Deveras, da mesma forma que o nobre jurista argentino enfatiza que a noção de polícia e poder de polícia não se identifica com o conceito de órgão estatal, tampouco há de ser confundido com os “serviços públicos” que eventualmente presta, eis que estes serviços públicos devem ser entendidos como, segundo a doutrina de Celso Antônio Bandeira de Mello, atividades específicas que promovem algum tipo de utilidade material ou mesmo comodidade fruível pelos administrados, prestada direta ou indiretamente pelo Estado, sob a égide de um regime jurídico público²²⁶.

²²⁶ Na letra de Celso Antônio Bandeira de Mello tem-se que: “*serviço público é a atividade material que o Estado assume como pertinente a seus deveres em face da coletividade para a satisfação de necessidades ou utilidades públicas singularmente fruíveis pelos administrados cujo desempenho entende que deva se efetuar sob a égide de um regime jurídico outorgador de prerrogativas capazes de assegurar a preponderância do interesse residente no serviço e de imposições necessárias para protegê-los contra condutas comissivas ou omissivas de terceiros ou dele próprio gravosas a direitos ou interesses dos administrados em geral e dos usuários do serviço em particular*”. (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Serviço público e concessão de serviço público*. São Paulo: Malheiros Editores, 2017, p. 81). A conceituação de serviço público de Celso Antônio Bandeira de Mello apresenta muita semelhança com o que Ruy Cirne Lima já dispunha na metade do século passado, anotando que: “*serviço público é todo o serviço existencial, relativamente à sociedade, ou, pelo menos, assim havido num momento dado, que por isso mesmo tem de ser prestado aos componentes daquela, direta ou indiretamente, pelo Estado ou outra pessoa administrativa*”. (CIRNE LIMA, 2007, p. 54).

Nesse sentido, mesmo que a atividade de “serviço público” e a noção de “poder de polícia” apresentem algumas características em comum, como por exemplo, a de serem realizadas pelo Estado e estarem sob a égide do regime jurídico público-administrativo, entre si não se identificam sequer quanto a sua natureza jurídica, sendo o serviço público, conforme enfatiza Agustín Gordillo, uma atividade estatal de prestação e a noção de poder de polícia uma faculdade ou atribuição do Estado de limitação e restrição para regradar e controlar as atuações privadas²²⁷ nas atividades de monopólio outorgadas pelo Estado²²⁸, ou ainda, diretamente nas atividades privadas para o resguardo da ordem pública, ou seja, a noção de polícia ou poder de polícia envolve o regramento daquilo que se encontra nos limites do Estado.

No item 3.4.1. deste estudo, anotou-se que o poder de polícia apresenta a característica de ser uma atividade que impõe abstenções ou obrigações de suportar – nesse sentido podem ser consideradas atividades negativas. É importante mais uma vez registrar que essa característica negativa da noção de polícia e poder de polícia não se vincula ao fato dessa atividade evitar algum tipo de dano ou mesmo algum mal à ordem pública, mas sim pelo fato dessa atividade determinar, quase na maioria das vezes, um comportamento de *non facere*, é saber, de abstenção dos administrados, visando a harmonia da ordem pública. Celso Antônio Bandeira de Mello registra que essa abstenção de comportamento imposta aos administrados pela noção de polícia e poder de polícia apenas indiretamente promove efeitos de salvaguardar a ordem pública²²⁹, o que

²²⁷ Agustín Gordillo preleciona que: “No debe confundirse el poder de policía con un órgano del Estado, como no debe confundírselo con los servicios públicos que presta. Afirmar que es ‘el conjunto de los servicios públicos’, es incongruente con decir luego que una especie de la policía (o sea, una especie de los servicios públicos) sea ‘policía del servicio público’, pues habría allí un servicio público del servicio público.

Servicio público es en todo caso una actividad monopólica de un concesionario o licenciataria particular o privado que ejerce un privilegio otorgado por el Estado; poder de policía, una facultad o atribución del Estado, que entre otras cosas se supone que limita y controla ese poder monopólico que ha concedido”. (GORDILLO, 2014, p. 207).

²²⁸ Neste particular, discorda-se de Agustín Gordillo. As atividades de monopólio outorgadas pelo Estado às pessoas privadas são oriundas de uma relação especial de sujeição e, por isso mesmo, permitem à administração pública uma maior ingerência nas atividades que, inclusive, mantém o Estado como seu titular. Portanto, as mencionadas atividades de monopólio outorgadas pelo Estado não se caracterizam como atividades de polícia administrativa já que estas, dentre outras características, advêm das relações gerais de sujeição – relações de supremacia geral.

²²⁹ Celso Antônio Bandeira de Mello anota com pena de ouro que: “O poder de polícia tem, contudo, na quase totalidade dos casos, um sentido realmente negativo, mas em acepção diversa da examinada (concernente a evitar ou não um mal à ordem pública). É negativo no sentido de que

difere da atividade de prestação de serviço público, vez que, esta, se acondiciona a uma busca direta por melhorias da ordem pública por meio do oferecimento de uma comodidade ou utilidade pública. Portanto, nítida é a diferenciação entre a atribuição de abstenção aos administrados advinda da noção de polícia e poder de polícia e a prestação de serviços que visam uma comodidade ou uma utilidade pública: a primeira promove a salvaguarda da ordem pública de modo indireto; a segunda de forma direta.

Além dessa visível diferenciação, há algo ainda mais grave. É que, como assevera Agustín Gordillo, a noção de “atribuição” estatal do poder de polícia não pode ser concebida sem uma fundamentação jurídica – advinda do próprio ordenamento jurídico – que permita o uso do poder estatal – *potestades públicas* – da forma e nos moldes em que são usualmente realizados no poder de polícia. Para Agustín Gordillo, torna-se ilegítima a atribuição estatal da noção de polícia e poder de polícia, pois tal atribuição de “poder” advém de uma preconcepção da própria natureza do Estado e, sendo assim, fundamenta-se por concepções metajurídicas²³⁰ – advindas das vetustas convicções do Direito Natural e não mais coincidentes com

através dele o Poder Público, de regra, não pretende uma atuação do particular, pretende ‘uma abstenção’. Por meio dele normalmente não se exige nunca um ‘facere’, mas um ‘non facere’. Por isso mesmo, antes de afirmar o seu caráter negativo, no sentido que usualmente se toma – o que é falso –, deve-se dizer que a utilidade pública é, no mais das vezes, conseguida de modo indireto pelo poder de polícia, em contraposição à obtenção direta de tal utilidade, obtida através dos ‘serviços públicos’. E logo na sequência, Celso Antônio Bandeira de Mello arremata apresentado os casos excepcionalíssimos em que o poder de polícia determina aos administrados uma obrigação de *facere*: “Convém dizer, entretanto, que há uma ordem de casos em que se excepciona esta característica do poder de polícia. É a que respeita ao ‘condicionamento do uso da propriedade imobiliária’ a fim de que se conforme ao atendimento de sua função social. Enquadram-se na caracterização de leis de polícia as que imponham ao proprietário uma ‘atuação em prol de ajustar o uso de sua propriedade à função social’. Isto decorre não apenas do art. 5º, XXIII, da Constituição, mas, sobretudo, do art. 182, § 4º incluso no Capítulo ‘Da Política Urbana’ referentes ao parcelamento e a obrigação de edificação em áreas incluídas no Plano Diretor do Município que estiverem subutilizadas ou não utilizadas – Estatuto das Cidades – Lei Federal (10.257/2001). (BANDEIRA DE MELLO, 2013, p. 848-849).

²³⁰ Em sua linha crítica do poder de polícia como atribuição estatal, Agustín Gordillo enfatiza que: “*También es criticable considerarlo (o poder de policía) como una atribución implícita em el orden jurídico, una atribución metajurídica que el Estado tiene a su disposición por su naturaliza o esencia. (...) Ello se vincula con toda una concepción del derecho administrativo que parte de la premisa de que tales ‘potestades’ pueden existir. Es así frecuente en el derecho administrativo encontrar autores que tratan de determinadas ‘potestades’ que suponen apriorísticamente pertenecientes al Estado, antes o por encima de un orden jurídico positivo. Esto constituye un error de interpretación del sistema, nacido al amparo de prejuicios que otorgaban al Estado determinadas prerrogativas, propias del soberano o monarca absoluto, no sometido a ley alguna; su soberanía absoluta e ilimitada, como es obvio, es totalmente contrapuesta con cualquier noción de régimen de estado de derecho democrático contemporáneo, en el cual los únicos poderes que el Estado tiene son los que el orden jurídico le otorga em forma expresa o razonablemente implícita*”. (GORDILLO, 2014, p. 207-208).

a atual ordem jurídica – que ferem a legalidade do regime jurídico público-administrativo e causam verdadeira crise institucional.

Importante observar que pela percepção de Agustín Gordillo, essas concepções metajurídicas ou, por suas próprias palavras, “*pseudopotestades públicas*” passou-se a criar um instituto autônomo – conforme visto no item anterior este estudo –, com existência própria e independente da ordem jurídica, sem qualquer vínculo de fundamentação no sistema jurídico positivo. Aliás, essa conformação ilegítima de autonomia e sem fundamentação na ordem jurídica é característica de um período do desenvolvimento da noção de polícia e poder de polícia, uma vez que, já no século XVII, Juan Esteban Pütter sustenta a noção de polícia como uma “*suprema potestade que se exerce para evitar os males futuros no estado da coisa pública interna e que a promoção do bem comum não pertence à esfera da polícia*”²³¹, ou seja, sob a justificativa de evitar os males futuros, a necessidade e a urgência das circunstâncias fáticas, legitimariam o uso de tal “suprema potestade” para manter o estado da coisa pública.

Vale notar que essa percepção da noção de polícia e poder de polícia do século XVII já apresenta certa semelhança com a conceituação clássica de poder de polícia de Otto Mayer – apresentada no item 3.4. deste estudo – em que se anota a finalidade de defesa da boa ordem da coisa pública pelo uso do poder de autoridade contra perturbações que os indivíduos possam ocasionar²³². Otto Mayer, como será melhor apresentado no item 4.4.1., fundamenta a utilização do seu conceito de poder de polícia pelo “dever geral” dos súditos em relação à administração e à coletividade²³³. Ora, a fundamentação do conceito de poder de polícia de Otto Mayer pelo “dever geral” dos súditos, é exatamente uma das noções metajurídicas criticadas e denunciadas por Agustín Gordillo como ofensiva à

²³¹ A citação apresenta tradução livre da indicação apresentada por Agustín Gordillo: “*En el siglo XVII JUAN ESTEBAN PÜTTER sostiene que la policía es la ‘suprema potestade que se ejerce para evitar los males futuros en el estado de la cosa pública interna’ y que ‘la promoción del bien común no pertenece a la esfera de la policía’*”. (GARCIA OVIEDO, García. *Derecho administrativo*. Tomo II, 6ª ed. Madrid, 1957, p. 400 e TUREGG, Kurt Egon. *Lehrbuch des verwaltungsrechts*. 3ª ed. Berlin, 1950, p. 281 *apud* GORDILLO, 2014, p. 209).

²³² Para facilitar a leitura, o conceito clássico de poder de polícia de Otto Mayer será aqui novamente anotado: “*A polícia é a atividade do Estado que tem por fim a defesa da boa ordem da coisa pública, mediante os recursos do poder de autoridade, contra as perturbações que as existências individuais possam ocasionar.*” (MAYER, 1949, p. 18)

²³³ Ver também notas de rodapé nº 286 e nº 288 *infra* deste estudo.

legalidade e ao regime jurídico público-administrativo, uma vez que não apresenta fundamentação na ordem jurídica.

Dessa forma, segundo a visão de Agustín Gordillo, a noção de polícia e poder de polícia não se confunde com os serviços públicos: aquela é uma faculdade ou atribuição estatal para a limitação das liberdades públicas e direitos individuais, visando a ordem pública e; esta é uma prestação de atividade material de comodidade ou utilidade pública. Contudo, mesmo muito bem aclarada a concepção de atribuição ou faculdade da noção de polícia e poder de polícia, esta não se coaduna com o regime jurídico público-administrativo por advir de concepções metajurídicas, estranhas à ordem jurídica e aos preceitos do Estado Social e Democrático de Direito.

(iii) A noção de poder de polícia não pode ser considerada incompatível com a promoção do bem estar social

Conforme já se observou na evolução histórica do instituto do poder de polícia – item 3.2. deste estudo –, a atual noção de polícia e poder de polícia não mais corresponde ao que dantes se propunha: esse é um aspecto vigoroso da crítica de Agustín Gordillo ora analisada e deve ser bem aclarado.

A linha histórica do poder de polícia evidencia que, ao longo do tempo, o objeto desse instituto administrativo tem sido constantemente moldado à realidade político-social do Estado e, por isso mesmo, torna dificultosa a identificação de um objeto estaticamente definido, de contornos e conteúdo previamente demarcados e possíveis de serem fixados como o real objeto da noção de polícia e poder de polícia. A própria evolução desse instituto no tempo já promove uma flexibilização de seu objeto em função das características político-sociais vivenciadas na coletividade e nas imposições, ora advindas de um poder despótico e opressivo do Estado de Polícia, ora advindas das características de uma ordem jurídica em desenvolvimento do Estado de Direito, até os dias de hoje.

Conforme aponta o próprio Agustín Gordillo, da idade antiga até o século XV, a percepção de polícia e seu objeto englobava todas as atividades

estatais²³⁴, tanto assim o é que a sociedade grega com uma organização pautada estritamente na *Polis* – Cidades-Estado –, compreendia o conceito e o objeto de polícia vinculando-os às atividades públicas e estatais. Nesse mesmo sentido, o jurista argentino Bartolomé A. Fiorini enfatiza que a noção de polícia nas cidades gregas estava vinculada ao sentimento de necessidade da coletividade como “um todo único e sem desintegração”²³⁵. Portanto, até o século XV, amplíssimas eram as atividades estatais que se pautavam com fundamento na noção de polícia e poder de polícia. A bem da verdade, de acordo com as doutrinas de Agustín Gordillo e Bartolomé Fiorini, até século XV a noção de polícia fundamentava todas as atividades estatais, como um todo único.

Somente a partir do século XVI é que, com as transformações sócio-políticas do Estado e as novas percepções das relações da coletividade, a noção de polícia passa a sofrer restrições em seu conteúdo, de tal forma a não mais fundamentar as atividades de âmbito internacional. Nesse momento histórico do desenvolvimento da noção de polícia e poder de polícia, como assevera Agustín Gordillo, somente as atividades de âmbito interno dos Estados eram consideradas atividades dessa natureza²³⁶, com isso, todas as atividades referentes às relações internacionais deixaram de ser fundamentadas pela noção de polícia e poder de polícia.

Após essa primeira restrição no conteúdo da noção de polícia e poder de polícia, novas restrições em pleno período medieval passam a ser feitas a partir do século XVII, quando as atividades relacionadas às finanças e, mais tarde, à justiça, deixam de ser fundamentadas por essa noção. Neste período a noção de polícia e poder de polícia era concebida como uma faculdade do Estado de regar

²³⁴ Agustín Gordillo assevera que: *Desde la edad antigua hasta el siglo XV, ‘policía’ designaba el total de las actividades estatales; en la organización griega de la ‘polis’ (ciudad-Estado), el término significaba actividad pública o estatal y se mantuvo en esa significación a pesar de la desaparición de la ‘polis’*. (GORDILLO, 2014, p. 208-209). Sobre os esclarecimentos de semântica do termo polícia na organização grega ver o item 3.2.1. deste estudo e a nota de rodapé nº 148 que indica a mesma citação.

²³⁵ Conforme preleciona o jurista argentino Bartolomé A. Fiorini, “*A polícia referia-se às necessidades que sentia a coletividade como um todo único e sem desintegração. A coletividade era a Cidade, o grego não tinha personalidade, era antes de tudo ateniense, espartano, filho da ‘Polis’, mais que indivíduo. As necessidades que deveriam ser satisfeitas e reguladas não eram as do indivíduo, e sim, da cidade*”. (FIORINI, 1962, p. 24-25 *apud* BEZNOS, 1979, p. 2).

²³⁶ Agustín Gordillo anota que: “*Em siglo XVI se separa del concepto de policía todo lo referente a las relaciones internacionales*”. (GORDILLO, *op. cit.*, p. 209).

suas atividades internas, ou seja, todas as atividades administrativas internas, excluindo-se aquelas atividades referentes às finanças e à justiça.

A partir dessas restrições, a percepção da noção de polícia ainda mantém suas características de poder coator e despótico do período feudal, mas passa a ser reconhecida como um meio de evitar qualquer tipo de mal à coisa pública interna e, nesse sentido, a noção de polícia é desvinculada das atividades estatais diretas e positivas hábeis a promover o bem comum: a noção de polícia e poder de polícia passa a ser entendida como forma de evitar as perturbações à boa ordem da coisa pública. Essa nova percepção passou a impossibilitar o Estado de atuar com seu poder de polícia em todos os campos da sociedade indiscriminadamente: somente as atividades que promovessem perigo ou perturbações à boa ordem do bem comum poderiam ser combatidas pela noção de polícia do Estado²³⁷.

Com o enfraquecimento do Estado de Polícia no século XVIII devido à forte influência do Iluminismo²³⁸, culminando na Revolução Francesa, uma nova concepção sócio-política é erigida na sociedade, estabelecendo as balizas do Estado de Direito, principalmente no que se refere à defesa das liberdades individuais, o liberalismo econômico e a racionalidade humana. Assim, o Estado passa a adotar uma atuação mais restrita, considerando que os interesses e as vontades individuais deveriam ser buscados livremente pelos próprios particulares, sem a intervenção estatal, estabelecendo-se, com isso, o Estado Liberal. Nesse período, a noção de polícia e poder de polícia é ainda mais restringida, de tal forma a reduzir substancialmente os campos em que o Estado poderia atuar, condensando e direcionando a sua atuação repressiva de polícia nos campos da segurança, da salubridade e da moralidade públicas²³⁹.

²³⁷ Nesse sentido, arremata Agustín Gordillo: *“Esta formunación (de que o bem comum não pertence ao âmbito do poder de polícia) fue rápidamente aceptada en doctrina, legislación (particularmente en el Código Civil prusiano) y jurisprudencia; el Estado no debería ya intervenir doquiera con su poder de policía, sino solamente allí donde el buen orden de la comunidad estuviera en peligro”*. (GORDILLO, 2014, p. 209).

²³⁸ Para uma maior compreensão sobre o Iluminismo, ver nota de rodapé nº 170 supra deste estudo.

²³⁹ Agustín Gordillo esclarece que: *“Esse objeto, la lucha contra los peligros que amenazan el buen orden de la comunidad (o, según algunos autores, la seguridad, salubridad y moralidad públicas), elimina la promoción del bien común, las acciones positivas tendientes a mejorar lo existente, no simplemente a mantenerlo estático. Estas nuevas ideas contrarias al ‘Polizeistaat’ significaron la*

Firmou-se, portanto, a noção liberal de poder de polícia, conforme anota Agustín Gordillo como *“la facultad de imponer limitaciones y restricciones a los derechos individuales, con la finalidad de salvaguardar solamente la seguridad, salubridad y moralidade públicas contra los ataques y peligros que pudieran acecharla”*²⁴⁰. Essa noção liberal de poder de polícia apresenta três características principais: (i) a limitação ou restrição promovida pela noção de polícia somente é possível ser realizada para salvaguardar estes três campos de atuação – segurança, salubridade e moralidade públicas; (ii) somente será justificado o uso do da noção de polícia e poder de polícia para evitar ataques, danos ou perturbações a um desses três campos acima descritos e; (iii) a noção de polícia impõe obrigações negativas aos particulares e, ao fazê-lo, estabelece limitações e restrições às liberdades individuais dos cidadãos.

Com o estabelecimento da noção liberal de reduzir o campo de atuação do Estado e permitir que os particulares buscassem seus interesses e sua própria felicidade, passou-se a gerar imensa concentração de capital e desigualdade social. Assim, a partir do início do século XX, nova modificação da concepção sócio-política toma forma com o Estado Social. Agustín Gordillo enfatiza que nesse momento histórico, há novamente um aumento da quantidade de bens jurídicos e dos campos de atuação a serem protegidos pelo Estado por meio das limitações e restrições dos direitos individuais dos cidadãos²⁴¹.

restricción de los fines del Estado, y por ende, del alcance del poder estatal, que se estrechaba ahora em esta nueva noción de policía.

Esas ideas expresaban que el Estado sólo estaba llamado a asegurar la protección de la libertad y la seguridad y que sólo para el cumplimiento de tales finalidades podría usar su poder coaccionador y ordenador. Las preocupaciones acerca de conseguir la felicidad y el bienestar de los ciudadanos debía dejárselas a ellos mismos; y si se le ocurriera ocuparse de ellas, que lo hiciera al menos sin el uso de la coacción. Se llega, pues, al concepto del Estado Liberal”. (GORDILLO, 2014, p. 209-210).

²⁴⁰ *Ibid.*, p. 210.

²⁴¹ Na letra de Agustín Gordillo verifica-se que: *“Aquella noción y conceptualización sobre qué era qué alcances tenía el poder de policía de Estado no se ha mantenido. Incluso, cuando a fines del siglo XX se produce un retorno a la privatización y desregulación, no se desanda todo el camino del intervencionismo, solamente parte de él. Por de pronto, es evidente que los bienes jurídicos que el Estado protege a través de limitaciones y restricciones a los derechos individuales, lejos de restringirse a esos três (seguridad, salubridad y moralidad públicas), se multiplican y es así que aparecen.”* (*Ibid.*, p. 211). Como arremate, Agustín Gordillo apresenta, de forma exemplificativa, os bens jurídicos e os diversos campos que o Estado e seu poder de polícia, passou a atuar: *“(a) La tranquilidad públicas; (b) La confianza pública; (c) La economía pública; (d) La estética pública; (e) El decoro público; (f) La seguridad social; (g) La protección de la minoridad contra la explotación; (h) La diversión y el entretenimiento públicos, etc.*

Com o Estado Social, abandona-se a percepção liberal de que o Estado deve intervir tão-somente em casos estritamente específicos (segurança, salubridade e moralidade públicas) para ampliar o leque de possibilidades de ingerência estatal, sendo possível determinar uma atuação estatal com um alcance genérico, como pode ser apontado pelo uso de expressões mais amplas como “a ordem pública”, “o bem comum” e “o bem estar social”. Portanto, por toda essa flexibilidade apresentada ao longo do tempo, a noção de polícia ou poder de polícia, na crítica de Agustín Gordillo, não pode ser incompatibilizada com as genéricas expressões de bem estar social, bem comum e ordem pública, exatamente porque a partir do Estado Social, a atividade de polícia atua em um sem número de campos e bens jurídicos, o que faz promover diretamente todo o espectro dessas expressões genéricas – bem estar social, bem comum, ordem pública, etc.

Ora, o que Agustín Gordillo quer dizer é que, a própria noção de polícia e poder de polícia passou a não ter mais sentido isolado, apresentando intrinsecamente uma contradição em termos, pois, de acordo com o conceito clássico de poder de polícia, esta se refere à atividade estatal de prevenir perigos e danos contra o bem comum, firmados por imposições negativas de limitar ou restringir as liberdades individuais, no entanto, a própria prevenção a perigos e danos já é, em si, uma atuação positiva e direta em prol do bem comum²⁴². A noção ou função de polícia passou a se confundir com a própria função do Estado que, como visto na Parte I deste estudo, nada mais é do que a promoção do bem comum e a persecução do interesse público e, portanto, a finalidade da função de polícia dissolveu-se na própria finalidade da função do Estado²⁴³.

²⁴² Agustín Gordillo preleciona que: “*Si se afirma que el orden surge ‘automaticamente’ en la sociedad cuando no hay perturbaciones o peligros y que si existen perturbaciones no hay orden, entoces también el eliminar los peligros y perturbaciones es necesariamente crear el orden. En realidad, si el orden no fuera sino ausencia de perturbaciones (...), es ilógico considerar que prevenir o reprimir peligros no sea crear o promover el orden*”. (GORDILLO, 2014, p. 216). E arremata logo a seguir: “*Promoción del bien común y prevención de peligros o perturbaciones que afecten al bien común no son, pues, términos dissimiles ni mucho menos antitéticos: ambos significan exatamente lo mismo: el carácter que se imputa al ‘poder de policía no tiene, pues, sentido’*”. (Ibid., p. 216).

²⁴³ Esse mesmo entendimento é compartilhado pelo jurista Adolfo Merkl, anotando que: “*el concepto de ‘policía’ precisamente abarca lo opuesto a policía, es decir, los fines de política cultural de la administración, la llamada asistencia y casi se identifica con toda la administración imperativa. De este modo escapa el concepto a todo sentido racional*”. (MERKL, Adolfo. *Teoría general del derecho administrativo*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1935, p. 327).

(iv) *A crise institucional do poder de polícia*

A partir das desconformidades anotadas²⁴⁴ e identificado que, ao longo do tempo, a noção de polícia e poder de polícia foi-se modificando ao ponto de, já no século XX, perder as suas peculiaridades características e, com isso, ser confundido com a própria essência do Estado, mais especificamente com a função executiva e com a administração pública, não há mais que se falar, segundo a doutrina de Agustín Gordillo, em uma noção autônoma de polícia e poder de polícia que já não seja identificada e fundamentada nas atividades estatais informadas pelo regime jurídico público-administrativo²⁴⁵. Portanto, a coação estatal, – a prerrogativa de comando e autoridade do Estado²⁴⁶ – seja ela preventiva ou repressiva, continua a ser um meio hábil para a busca da finalidade e do devido cumprimento da função pública estatal, mas sempre e, acima de tudo, com a devida fundamentação legal do ordenamento jurídico; em contrapartida, toda e qualquer coação estatal, comando e autoridade, que advenha de noções metajurídicas estranhas à ordem jurídica, como é o caso da noção de polícia e poder de polícia – segundo concebe Agustín Gordillo –, deve ser considerada ilegítima, antijurídica e, por isso mesmo, promove notória crise institucional no regime jurídico público-administrativo e no Estado Social e Democrático de Direito.

A partir dos apontamentos referentes à crise institucional trazidos à baila na doutrina de Agustín Gordillo, outros juristas passaram a conceber as críticas à noção de polícia e poder de polícia como referência em seus estudos e preleções

²⁴⁴ Os itens apresentados neste estudo não constituem todos os argumentos que Agustín Gordillo desenvolve para demonstrar a incompatibilidade da noção de polícia e poder de polícia aos regime jurídico público-administrativo, mas representam os pontos essenciais de sua doutrina que aponta para uma grave e preocupante crise institucional no regime jurídico público.

²⁴⁵ Agustín Gordillo é taxativo: “No existe hoy en día una ‘noción’ autónoma y suficiente de ‘poder de policía’; no existe porque esa función se ha distribuido ampliamente dentro de toda una actividad estatal. La coacción estatal sigue siendo una realidad en el mundo jurídico, pero no lo es que haya una parte de esa coacción, una parte de esos órganos y una parte de esos objetos, que se encadenen entre sí diferenciándose del resto de la acción estatal e institucionalizándose en el mentado ‘poder de policía’ (...) Por lo tanto, nuestro planteo tiende a demostrar que es errado fundar una limitación a un derecho individual tan sólo en ese concepto, pues él a su vez es inexacto: La limitación deberá, pues, fundarse concretamente en la disposiciones legales o constitucionales y demás principios jurídicos aplicables, pero no en esa ‘noción’ de ‘poder de policía’”. (GORDILLO, 2014, p. 217).

²⁴⁶ Conforme já se registrou da doutrina de Celso Antônio Bandeira de Mello. Consultar item 1.4. deste estudo.

doutrinárias. Nesse sentido, novas concepções aderentes à crise e novas frentes de questionamentos passaram a ser elaboradas, dentre elas a de uma crise conceitual do poder de polícia. Nessa nova abordagem, uma das propostas para se resolver a questão da crise é a da substituição do termo “poder de polícia” para o termo “limitações administrativas à liberdade e à propriedade”. Este é o assunto a ser verificado a seguir.

4.3. Concepção Aderente à Crise do Poder de Polícia

Apresentada a análise doutrinária de Agustín A. Gordillo que expõe as incompatibilidades da utilização da noção de polícia e poder de polícia sob a égide do regime jurídico público-administrativo, de tal forma a promover uma verdadeira crise institucional do poder de polícia, passa-se agora para a exposição de uma concepção aderente à análise da crise do instituto em estudo. Esta concepção, preliminarmente adotada por Manuel Maria Diez²⁴⁷ e, entre os autores brasileiros, Lúcia Valle Figueiredo²⁴⁸ e seguida por Luis Manuel Fonseca Pires, apresenta uma crise conceitual do poder de polícia, propondo a substituição da locução “poder de polícia”²⁴⁹, geradora de influências autoritárias e desconformes ao regime jurídico público-administrativo, para a expressão “limitação administrativa à liberdade e à propriedade”.

4.3.1. Limitação Administrativa à Liberdade e à Propriedade

Luis Manuel Fonseca Pires, influenciado pelas doutrinas de Manuel Maria Diez e de Lúcia Valle Figueiredo e estimulado a aprofundar seus estudos

²⁴⁷ DIEZ, Manuel María. *Derecho administrativo*. Tomo IV, Buenos Aires: Bibliográfica Omeba, 1969.

²⁴⁸ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de direito administrativo*. 9ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

²⁴⁹ Para este item do estudo, optou-se por manter inicialmente a utilização da expressão “poder de polícia”, exatamente porque a crítica conceitual a ser analisada origina-se a partir do uso dessa expressão. Posteriormente, com a devida apresentação da proposta de substituição do *nomen iuris* “poder de polícia” para “limitação administrativa à liberdade e à propriedade”, evitar-se-á a utilização da mencionada expressão em respeito e consideração à linha doutrinária do autor dessa proposta crítica.

sobre a crise conceitual do poder de polícia que, segundo tais doutrinadores, afeta a higidez do regime jurídico público-administrativo e, via de consequência, do Estado Social e Democrático de Direito, identificou a partir de seus estudos de pesquisa acadêmica²⁵⁰, que um movimento de sufocamento do regime jurídico público vem sendo, diuturnamente, realizado por juristas e operadores do direito em geral, promovendo, de fato, a tão amplamente mencionada²⁵¹ crise do poder de polícia, possivelmente não de modo direto e intencional, mas por influência do histórico de forte carga absolutista e autoritária que este instituto carrega de seu passado.

Como foi observado no item 3.2. supra – que tratou da linha histórica do instituto jurídico ora em estudo e que agora pede-se *venia* para revolver em brevíssima digressão, mas agora com enfoque na proposta de Luis Manuel Fonseca Pires para fundamentar o seu raciocínio –, a expressão “poder de polícia” traz consigo desde o período feudal, uma densa experiência absolutista, com a imposição de condutas pela força física e coação das individualidades dos súditos pela simples manifestação de vontade do príncipe em seu *ius policei*²⁵² e sem qualquer apego à legalidade normativa, exatamente porque, neste vetusto período do feudalismo, a concentração de poderes para a manutenção da boa ordem da sociedade civil ocorria quase integralmente na figura do príncipe, sendo a ordem moral e religiosa direcionada ao controle das autoridades eclesiásticas²⁵³.

A amálgama do poder de polícia ao autoritarismo, à imposição física e à coação das individualidades do povo pelo poder vigente da Idade Média, não se restringiu ao período absolutista feudal – Estado de Polícia –, mas se mostrou presente também no período subsequente no qual se instaurou o Estado Liberal –

²⁵⁰ PIRES, 2006.

²⁵¹ Conforme já mencionado, um dos maiores críticos e divulgadores da noção de crise do poder de polícia foi Agustín Gordillo. Nesse sentido, consultar o item 4.2. deste estudo.

²⁵² Quanto à concepção do *ius policei*, ver nota de rodapé nº 161 supra deste estudo. Nessa mesma linha, embasado nos ensinamentos de Clovis Beznos, Luis Manuel Fonseca Pires descreve a exata dimensão da imposição da vontade do príncipe à época do período feudal: “No período feudal, o príncipe concentra poderes sem qualquer compromisso de representação do povo, portanto, sem condicionamentos ou restrições, e entre suas forças encontrava-se, o ‘ius policei’ que se destinava a estabelecer a ordem da sociedade – concebida, esta ‘ordem da sociedade’, à luz do ponto de vista particular, e tantas vezes excêntrico, do monarca”. (PIRES, *op. cit.*, p. 136).

²⁵³ Quanto à identificação palavra “polícia” em relação à distribuição do controle da ordem social e da ordem moral do período feudal, Clovis Beznos esclarece que: “Referia-se a polícia, nesse período, à boa ordem da sociedade civil, que deve ser presidida pela autoridade do Estado, enquanto a boa ordem moral ou religiosa ficava sob a incumbência da autoridade eclesiástica”. (BEZNOS, 1979, p. 13-14).

ambos os períodos constituíram, na divisão histórico-cronológica proposta por Luis Manuel Fonseca Pires, o Estado Moderno²⁵⁴. Na primeira parte do período do Estado Moderno, estabeleceu-se o Estado de Polícia, em que o rigor opressivo do sistema monárquico ainda se mantinha enraizado no cotidiano social, com o uso da força pela força²⁵⁵, despotismo e poderes ilimitados do príncipe. Já na segunda parte desse período, com o Estado de Direito e suas primeiras emanações dos valores de liberdade do ser humano advindas do Estado Liberal, firmou-se um período em que, conforme assevera Clovis Beznos, o Estado se despojou da arbitrariedade do príncipe para atuar através das normas jurídicas em uma intensa manutenção da ordem e da segurança²⁵⁶; o poder de polícia no período passou a ser identificado como um meio de atuação repressivo estatal para resguardar a segurança, a salubridade e a moralidade públicas²⁵⁷.

Em que pese a notória evolução do Estado Liberal em firmar a ordem jurídica como estabelecadora da vontade do povo por meio de leis elaboradas pelo poder legislativo – constituído por representantes do povo –, aos poucos a vontade de uma minoria burguesa que detinha o controle do comércio e da produção manufatureira, se sobrepôs à vontade e aos anseios da grande massa populacional, formada basicamente por pequenos agricultores e camponeses.

²⁵⁴ Luis Manuel Fonseca Pires considera o Estado Moderno o período que abrange tanto o Estado de Polícia quanto o Estado de Direito. O autor esclarece que: “O *‘Estado Moderno’*, assim, apresenta-se por duas espécies bem distintas entre si e que se sucedem cronologicamente: a) o *‘Estado de Polícia’*, cuja forma de Governo é a monarquia absoluta, e duas ideias marcavam este Estado: a *‘soberania’* e a *‘polícia’*; b) o *‘Estado de Direito’*: a Administração passa a sofrer – ao menos em parte – condicionamentos impostos por lei”. (PIRES, 2006, p. 137).

²⁵⁵ Pede-se *venia* para a utilização da precisa expressão utilizada por Luis Manuel Fonseca Pires para designar as características da manifestação do Estado de Polícia em relação aos súditos, registrando-a na seguinte frase: “A *‘polícia’*, no Estado de Polícia, era a manifestação da *‘força pela força’*”. (*Ibid.*, p. 139).

²⁵⁶ Os esclarecedores ensinamentos de Clovis Beznos são anotados da seguinte forma: “Nesse tempo (Estado Liberal) o poder central do Estado se despoja da arbitrariedade do príncipe, para somente atuar, através de normas jurídicas, declarando, ao mesmo tempo, que a inviolabilidade de certos direitos o impede de intervir no âmbito íntimo dos mesmos. Assim, reduz-se ao mínimo, a ingerência estatal na esfera privada dos direitos individuais. A ordem jurídica então, não só não faculta ao Estado a intervenção na órbita dos direitos privados, mas também, impede tal ingerência. O único bem comum a ser perseguido é aquele que diz respeito à segurança dos direitos adquiridos. Resume-se a atividade policial do Estado à manutenção da ordem e da segurança”. (BEZNOS, 1979, p. 16).

²⁵⁷ Agustín Gordillo descreve as características do poder de polícia no Estado Liberal da seguinte forma: “En esa vieja noción liberal se caracterizaba al poder de policía que competía al Estado, como la facultad de imponer limitaciones y restricciones a los derechos individuales, con la finalidad de salvaguardar la seguridad, salubridad y moralidad públicas contra los ataques y peligros que pudieran atacarla”. (GORDILLO, 2013, p. 376).

Assim, o controle político da sociedade passou a ser estabelecido pela burguesia detentora dos meios de produção e do comércio, e o Estado Liberal, pautado na liberdade, fez gerar grande desigualdade no seio social, inclusive promovendo imensa concentração de renda em benefício da minoria burguesa²⁵⁸.

Por fim, na parte final do período do Estado Moderno, sob os influxos do Estado Social, ao detectar a crescente desigualdade em que a intervenção mínima do Estado Liberal provocou na população, o Estado passou a perquirir métodos de redução desse distanciamento social gerado por grandes desequilíbrios na distribuição de renda da população que se aglutinava desigualmente em distintos segmentos sociais, de tal forma a induzir o Estado a interferir de modo ativo na ordem social e na ordem econômica, o que fortaleceu o Poder Executivo, sobretudo, no papel de prestador de serviços públicos, para a promoção da justiça social, do bem comum e da persecução do interesse público, como preleciona Maria Sylvia Zanella Di Pietro²⁵⁹.

Contudo, no afã do Estado Social intervir nas mais diversas atividades e nos diversos campos de atuação da sociedade, seja como prestador de serviços públicos ou na realização da atividade econômica como agente indutor da produção fabril, o Poder Executivo, no intento de legitimar normativamente seus atos, passou a extrapolar na edição de normas administrativas e, como anota Luis

²⁵⁸ A transferência do poder político do príncipe no Estado de Polícia para a burguesia detentora do comércio e dos meios de produção no Estado Liberal é apresentada de forma clara e pedagógica na letra de Paulo Bonavides: *“No momento em que se apodera do controle político da sociedade, a burguesia já se não interessa em manter na prática a universalidade daqueles princípios, como apanágio de todos os homens. Só de maneira formal os sustenta, uma vez que no plano de aplicação política eles se conservam, de fato, princípios constitutivos de uma ideologia de classe”*. (BONAVIDES, Paulo. *Do estado liberal ao estado social*. 8ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007, p. 43).

²⁵⁹ Na letra de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, tem-se que no Estado Social: *“Não mais se pressupõe a igualdade entre os homens; atribui-se ao Estado a missão de buscá-la; para atingir essa finalidade, o Estado deve intervir na ordem econômica e social para ajudar os menos favorecidos; a preocupação maior desloca-se da liberdade para a igualdade”*. (DI PIETRO, Maria Sylvia. *Discricionariedade administrativa na constituição de 1988*. 2ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2001, p. 29). E adiante arremata seu raciocínio anotando que: *“Com as transformações sociais iniciadas em fins do século XIX e provocadas pelos resultados negativos do individualismo exagerado instaurado a partir da Revolução Francesa, O Estado teve que abandonar sua posição ativa e começar a atuar no âmbito das atividades antes exercidas exclusivamente por particulares; isso tinha que trazer repercussões sobre o Direito, que passou a ter notável desenvolvimento no ramo publicístico e com reflexos também no direito privado e seus princípios fundamentais, dando início ao que se chama publicização do direito civil. O fato é que se substituiu a ideia do homem como fim único do direito civil. O fato é que substituiu a ideia do homem como fim único do direito pelo princípio que hoje serve de fundamento a todo o direito público: o de que os interesses públicos têm supremacia sobre os individuais”*. (Ibid., p. 29-30).

Manuel Fonseca Pires, o princípio da legalidade sofreu forte abalo²⁶⁰, passando a existir apenas em sentido formal. Essa conclusão reforça que a linha histórica do instituto do poder de polícia é intrincada de eventos ofensivos ao regime jurídico público-administrativo e ao próprio Estado Social e Democrático de Direito.

Concluída esta brevíssima digressão da linha histórica do instituto do poder de polícia, é possível constatar que a percepção de Luis Manuel Fonseca Pires em relação à carga opressora e de intenso autoritarismo advindo do tormentoso histórico desse instituto jurídico, se comprova²⁶¹. A expressão “poder de polícia” – tanto em seu sentido amplo quanto em seu sentido estrito – carrega consigo notórios resquícios de incivilidade obtidos ao longo de toda a sua evolução histórica: seja no vetusto período feudal em que o absolutismo, com seus métodos coativos pautados na vontade manifesta do príncipe, conformava uma sociedade de plena injustiça e exacerbada violência; seja em períodos em que, apesar da ordem jurídica passar a ser referência disciplinadora dos direitos do ser humano – notadamente o direito natural à liberdade proveniente das convicções liberais do Estado Liberal –, a sociedade se apresentava extremamente instável, ainda sob os pesares do uso da coação estatal para resguardar a manutenção da segurança, salubridade e moralidade públicas; ou ainda em períodos mais recentes – Estado Social –, em que o uso exacerbado da competência administrativa de editar atos de autolegitimação da atuação do Poder Executivo nos mais diversos campos da

²⁶⁰ Luis Manuel Fonseca Pires é taxativo ao enfatizar que: *“Parece-nos que neste contexto o princípio da legalidade sofre profundo abalo, ao perder o Legislativo a posição de prestígio. A própria lei – mormente quando se trata de ato do Executivo que guarda este caráter –, em muitos casos, perde em abstração e impessoalidade, passando a existir apenas em sentido formal”*. (PIRES, 2006, p. 149).

²⁶¹ Em sua obra, Luis Manuel Fonseca Pires fartamente demonstra que suas percepções quanto à efetiva crise conceitual do poder de polícia é real e gera forte influência no intérprete e nos operadores do direito, criando assim intensa instabilidade no regime jurídico público-administrativo. Na letra do próprio autor, é possível constatar essa assertiva: *“No entanto, por tudo quanto desenvolvemos sob este tópico e ainda no precedente, pelas considerações feitas a respeito da evolução do princípio da legalidade em relação à Administração Pública, acreditamos que a carga histórica da expressão ‘poder de polícia’, normalmente remetida a uma ‘discricionariedade’ que ora beirou a arbitrariedade (a vinculação negativa, durante o Estado Liberal), ora se sujeitou a expressões eminentemente formais cujo sentido reduzia-se à vontade do Executivo (no Estado Social), acreditamos que por tudo isto é necessário estudar a ação do Poder Público de conformar as normas jurídicas restritivas da liberdade e da propriedade, as ações de fiscalizar e recompor a ordem jurídica, sem a influência de um termo que decerto traz consigo características que não mais se amoldam à realidade da Constituição em vigor, mas que equivocadamente influencia e induz o intérprete e o cientista do direito a falsos sentidos”*. (Ibid., p. 153-154).

atividade social, gerava grave ofensa à ordem jurídica, mais especificamente ao princípio da legalidade, por restringi-lo a uma condição puramente formal.

Nesse sentido, de acordo com o entendimento de Luis Manuel Fonseca Pires, a carga histórico-valorativa da expressão “poder de polícia” – seja ela adotada em sentido amplo, estrito, ou ainda, no uso da expressão reduzida “polícia administrativa” –, toma uma conotação antagônica aos preceitos mais comezinhos do regime jurídico público-administrativo, podendo gerar graves ilegalidades na aplicação de medidas que visem à conformação dos valores concernentes à liberdade e à propriedade dos administrados para delimitar os contornos dos direitos positivados, como já se observou no item 3.3. deste estudo.

Devido a esse resquício histórico que, direta ou indiretamente, influencia negativamente os operadores do direito a jungir seus atos com aquelas características desconformes de ação de “polícia” – atos de opressão, de autoritarismo e de coação contra os administrados – e que faz incandescer, ainda mais, o cadinho da crise no bojo dos preceitos do atual regime jurídico público-administrativo, propõe Luis Manuel Fonseca Pires a substituição do uso da expressão “poder de polícia” para a expressão “limitações administrativas à liberdade e à propriedade”²⁶², visando o resguardo dos direitos e garantias fundamentais da Constituição Federal, a harmonia do regime jurídico público-administrativo e a manutenção da robustez do próprio Estado Social e Democrático de Direito.

A bem da verdade, como Luis Manuel Fonseca Pires anota, está-se diante de uma *crise conceitual* do poder de polícia, mas suas emanações vão muito além dos meios acadêmicos, induzindo os operadores do direito a trilhar, muitas vezes, comportamentos ilegais, opressivos e autoritários por influência histórica do instituto ora em comento²⁶³. Assim, pela sua proposta, faz-se imperiosa a utilização

²⁶² Luis Manuel Fonseca Pires é taxativo ao propor a substituição da expressão “poder de polícia” por “limitações administrativas à liberdade e à propriedade”, enfatizando o seguinte: “*Por tudo isto, acreditamos ser devidamente fundada e legítima a crise da noção de ‘poder de polícia’, como cremos ser melhor acolher, em prestígio aos direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição, a substituição à expressão ‘poder de polícia’ pelo termo ‘limitações administrativas à liberdade e à propriedade’, configurando, assim uma nova abordagem e um novel conceito ao tema*”. (PIRES, 2006, p. 155).

²⁶³ Nos dizeres de Luis Manuel Fonseca Pires tem-se que: “*O que nos parece certo, e insistimos, é que o debate não se confina nos meios acadêmicos, como se não houvesse utilidade prática em sua discussão, pois o reflexo da inteligência que se tem desta expressão – ‘poder de polícia’ – para*

da expressão “limitação administrativa à liberdade e à propriedade” ao invés da maculada expressão “poder de polícia” ou “polícia administrativa”. Mas, o que vem a ser, precisamente, a limitação administrativa à liberdade e à propriedade? Essa é uma questão que deve ser aprofundada para melhor se compreender a proposta de substituição da expressão.

De toda a sorte, preliminarmente, Luis Manuel Fonseca Pires anota que “poder de polícia” pode ser compreendido como a manifestação de leis ou atos administrativos que restringem a liberdade e a propriedade, podendo ser classificado em poder de polícia em sentido amplo – no qual a restrição é firmada pela manifestação do Poder Legislativo por meio de leis – e em sentido estrito – no qual a restrição é firmada por atos do Poder Executivo²⁶⁴.

Dessas preliminares, extrai-se um primeiro ponto relevante, qual seja: a ideia de “restringir a liberdade e a propriedade”. Assim, o conceito de restrição pode ser melhor esclarecido pela teoria da restrição aos direitos fundamentais. Essa teoria busca compreender os possíveis vínculos existentes entre o conceito de direito e o conceito de restrição dos direitos, de tal forma a determinar o conteúdo e a extensão de cada um deles²⁶⁵, ou ainda, os conceitos de ambos integralizados em um só instituto²⁶⁶. Em outras palavras, esta teoria trabalha a relação entre o direito e suas restrições e apresenta duas concepções distintas: (i) a

estigmatizar o instituto jurídico conduz o operador do direito por sendas enodoadas que comprometem outros direitos conquistados ao longo dos anos. (PIRES, 2006, p. 153).

²⁶⁴ Em sua obra “Limitações Administrativas à Liberdade e à Propriedade”, Luis Manuel Fonseca Pires antes mesmo de apresentar a sua conceituação do instituto, já indica o sentido e a abordagem do tema, anotando, também a classificação em sentido amplo e em sentido estrito. Na dicção do autor, tem-se que: “*Portanto, enquanto é comum à doutrina em geral distinguir ‘poder de polícia’ em sentido amplo (ou simplesmente ‘poder de polícia’) de ‘poder de polícia’ em sentido estrito (ou simplesmente ‘polícia administrativa’), sendo o primeiro a manifestação do Poder Legislativo por meio de leis que restringem a liberdade e a propriedade, e o segundo a ação do Poder Executivo, substituiremos, a partir deste instante, a primeira categoria por limitações administrativas à liberdade e à propriedade em sentido amplo e a segunda por limitações administrativas à liberdade e à propriedade em sentido estrito, ou, para simplificar a exposição, apenas limitações administrativas à liberdade e à propriedade, ou até simplesmente limitações administrativas*”. (*Ibid.*, p. 178-179).

²⁶⁵ A concepção de separação dos conceitos de direito e de restrição advém da teoria externa das restrições aos direitos fundamentais, sendo a restrição um advento externo ao próprio direito.

²⁶⁶ Já para a teoria interna das restrições aos direitos fundamentais, os conceitos de direito e de restrição estão imbricados, de tal forma a não ser possível um instituto ser analisado de forma isolada do outro. A restrição – ou, no caso, a limitação – dos direitos é internalizada no próprio conceito de direito.

teoria interna aos direitos fundamentais e; (ii) a teoria externa aos direitos fundamentais.

Pela teoria externa das restrições aos direitos fundamentais, o conceito de “direito” e o conceito de “restrição” dos direitos não apresentam relação necessária entre si²⁶⁷. As restrições surgem de forma externa independentemente do conceito de direito, no entanto, para que uma restrição seja aplicada, deve-se observar uma condição lógica: a da pré-existência do direito a “ser restringido”. Nesse compasso, a teoria externa é adotada na concepção neoconstitucional do Direito²⁶⁸, em que os valores positivados – princípios jurídicos – são admitidos como normas jurídicas autônomas que estabelecem direitos independentemente de qualquer restrição, além disso, possuem uma razão *prima facie*²⁶⁹, ou seja, normas abstratas que apresentam características de aplicação relativa, na maior medida e abrangência possível. Por tais características, a teoria externa das restrições aos direitos fundamentais não se aplica à concepção de “limitação administrativa à liberdade e à propriedade” proposta por Luis Manuel Fonseca Pires, mas sim, a teoria interna.

Pela teoria interna das restrições aos direitos fundamentais – a qual o constitucionalista alemão Peter Häberle²⁷⁰ é um dos principais expoentes –, o

²⁶⁷ Nessa mesma linha anota Robert Alexy sobre a teoria externa das restrições aos direitos fundamentais: “Por isso, segundo a teoria externa, entre o conceito de direito e o conceito de restrição não existe nenhuma relação necessária. Essa relação é criada somente a partir da exigência, externa ao direito em si, de conciliar os direitos de diversos indivíduos, bem como direitos individuais e interesses coletivos”. (ALEXY, 2014, p. 277).

²⁶⁸ A noção do poder de polícia na concepção neoconstitucional do Direito e seu vínculo com a teoria externa das restrições dos direitos fundamentais será analisada no item 4.4.1. deste estudo.

²⁶⁹ O conceito de razão *prima facie*, elaborado por Robert Alexy, já foi abordado neste estudo – ver nota de rodapé nº 88 – No entanto, devido a sua importância para o entendimento da teoria das restrições aos direitos fundamentais, vale anotar a abordagem de ‘posição *prima facie*’ firmada pelo jurista alemão ao apresentar o conceito de restrição a direitos fundamentais: “Uma vez que se tenha estabelecido que – e em qual sentido – se pode falar em ‘restrição a direitos fundamentais’, é necessário indagar o que são essas restrições. Restringíveis são os bens protegidos por direitos fundamentais (liberdades / situações / posições de direito ordinário) e as posições ‘*prima facie*’ garantidas por princípios de direitos fundamentais. Entre esses dois objetos de restrições há relações estreitas. Princípios de direitos fundamentais exigem a proteção mais abrangente possível dos bens protegidos, como por exemplo a proteção mais ampla possível da liberdade geral de ação, da integridade física ou da competência para alienar a propriedade. Por isso, uma restrição a um bem protegido é sempre também uma restrição a uma posição ‘*prima facie*’ garantida por um princípio de direito fundamental”. (ALEXY, *op. cit.*, p. 281).

²⁷⁰ O jurista constitucionalista Peter Häberle concebe a teoria interna das restrições aos direitos fundamentais anotando que: “Por boas razões não se fala de ‘barreiras’ (Schränken) imanentes, mas de ‘limites’ (‘Grenzen’, fronteiras) imanentes dos direitos fundamentais: deve afastar-se toda reminiscência à ideia de que os limites admissíveis impõem-se aos direitos fundamentais ‘desde

conceito de direito e o conceito de restrição – restrição imanente – são concebidos de forma una, não separados um do outro; estão, portanto, internalizados no sistema como uma só coisa²⁷¹. Um direito fundamental passa a surgir na ordem jurídica quando um valor “metajurídico” constitucional é restringido, é saber, limitado²⁷², conformando, assim, o conteúdo do direito fundamental na ordem jurídica.

O que é importante ressaltar é que, enquanto na teoria externa das restrições aos direitos fundamentais os direitos são concebidos por princípios considerados normas “jurídicas” e que possuem razão *prima facie* a serem concretizadas na maior medida possível, na teoria interna, os direitos fundamentais advém de uma configuração ou conformação jurídica de seu conteúdo, sendo tais direitos identificáveis tão-somente nas normas jurídicas que possuem razão definitiva de aplicação – regras jurídicas.

É nesse sentido que Luis Manuel Fonseca Pires é taxativo ao enfatizar que a limitação não se dá nos direitos, mas sim, nos valores efetivamente caros à sociedade²⁷³, como é o caso da liberdade e da propriedade. Deveras, tais observações estão em consonância com a teoria interna das restrições aos direitos fundamentais: a expressão “limitação administrativa à liberdade e à propriedade” faz

fora’. Na doutrina e na jurisprudência se fala, evidentemente em relação aos limites imanentes dos direitos fundamentais, não somente ‘barreiras’, mas, também, de restrições ou constrições”. (HÄBERLE, Peter. *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*. Trad. Joaquín Brage Camazano, Madri: Dykinson, 2003, p. 56-57 *apud* MARTINS, 2015, p. 459).

²⁷¹ Em que pese o jurista alemão Robert Alexy adotar a teoria externa das restrições aos direitos fundamentais, seus apontamentos referentes à teoria interna são apresentados da seguinte forma: “Um cenário completamente diferente (à teoria externa) é a base de sustentação da teoria interna. Segundo ela, não há duas coisas – o direito e sua restrição –, mas apenas uma: o direito com um determinado conteúdo. O conceito de restrição é substituído pelo conceito de limite. Dúvidas acerca dos limites do direito não são dúvidas sobre quão extensa pode ser sua restrição, mas dúvidas sobre seu conteúdo. Quando eventualmente se fala em ‘restrições’ no lugar de ‘limites’, então se fala em ‘restrições imanentes’”. (ALEXY, 2014, p. 277-278).

²⁷² Para a teoria interna, a ideia de restrição perde espaço para a concepção de limitação de direitos, exatamente porque, é pela conformação ou limitação dos valores metajurídicos constitucionais que os direitos fundamentais passam a ter conteúdo – substância e abrangência – positivado no ordenamento jurídico.

²⁷³ Na letra de Luis Manuel Fonseca Pires: “Decerto, o corte metodológico – o que pertence ao direito e apresenta-se como objeto de estudo da ciência jurídica e o que se encontra fora dele – é insuperável: não se limitam os direitos porque estes, como direitos que são, não são absolutos nem respondem necessariamente às acepções que se têm na coletividade ou noutras ciências do conhecimento humano; os direitos são a conformação que um dado ordenamento jurídico emprega a um valor conhecido e caro à sociedade, e tal como o define, o delinea, da maneira como traça e colore este valor, assim é tido como um direito; portanto, a certo valor relevado pelo direito tem-se a revelação deste mesmo valor na forma e nos limites que lhe são impressos pelo direito, o que nem sempre coincide com o que este valor comporta fora do âmbito jurídico”. (PIRES, 2006, p. 109).

menção à configuração ou conformação do conteúdo do direito na ordem jurídica a partir dos valores metajurídicos de liberdade e propriedade; já a expressão “poder de polícia” ou “polícia administrativa” – que conforma as normas jurídicas restritivas da liberdade e da propriedade –, além de impregnada da mácula histórica do instituto, não promove a devida garantia de que os atos administrativos de poder de polícia em sentido estrito – polícia administrativa – estarão subsumidos e fundamentados em uma norma jurídica de aplicação definitiva, conforme preceitua a teoria interna das restrições aos direitos fundamentais e a concepção legalista do Direito, podendo gerar graves ofensas ao princípio da legalidade e ao regime jurídico público-administrativo.

O que se verifica, portanto, é que a proposta de Luis Manuel Fonseca Pires – de limitações administrativas à liberdade e à propriedade – que reconhece os direitos individuais a partir de conformações e limitações de valores constitucionais sob a ótica da concepção legalista do Direito²⁷⁴ e, também, embasada na teoria interna das restrições aos direitos fundamentais, ressalta a ideia de crise conceitual do instituto do poder de polícia, seja em seu sentido amplo ou mesmo em seu sentido estrito. Dessarte, cumpre apresentar o conceito de “limitações administrativas à liberdade e à propriedade” – para ser possível, inclusive, firmar um contraponto com o conceito de “poder de polícia” apresentado no Capítulo 3 deste estudo²⁷⁵ –, bem como, consolidar as principais características apresentadas.

²⁷⁴ Nunca é demais reforçar a ideia de que na concepção legalista do Direito, os valores constitucionais não apresentam conteúdo normativo, logo, tais valores para se tornarem positivados na ordem jurídica necessitam de regras jurídicas legislativas para restringi-los e conformá-los em direitos positivados. Daí a íntima e robusta dependência da relação de subsunção às normas definitivas para que as atividades estatais – legislativas e administrativas, sobretudo as atividades de poder de polícia – sejam consideradas harmônicas ao princípio da legalidade e compatíveis com o regime jurídico-público administrativo.

²⁷⁵ Em que pese o conceito e as características principais do instituto do poder de polícia em sentido estrito – ou polícia administrativa – já terem sido apresentadas no item 3.3.2. deste estudo, para facilitar a comparação deste instituto com o instituto da limitação administrativa à liberdade e à propriedade em sentido estrito – anotado a seguir –, opta-se por reapresentar o conceito de Clovis Beznos nesta nota de rodapé: “*Polícia administrativa é a atividade administrativa, exercida sob previsão legal, com fundamento numa supremacia geral da Administração, e que tem por objeto ou reconhecer os confins dos direitos, através de um processo, meramente interpretativo, quando derivada de uma competência vinculada, ou delinear os contornos dos direitos, assegurados no sistema normativo, quando resultante de uma competência discricionária, a fim de adequá-los aos demais valores albergados no mesmo sistema, impondo aos administrados uma obrigação de não fazer.*” (BEZNOS, 1979, p. 76).

(a) *Conceito*

Convém informar que a conceituação proposta por Luis Manuel Fonseca Pires trata das especificidades inerentes da função administrativa, portanto, dizem respeito às conformações das normas administrativas limitadoras da liberdade e da propriedade das pessoas privadas, ou seja, conceitua a limitação administrativa à liberdade e à propriedade em sentido estrito. O conceito é apresentado da seguinte maneira:

Limitação administrativa à liberdade e à propriedade é, em sentido estrito, uma das formas de exteriorização da função administrativa, em relações de supremacia geral, que tem por finalidade realizar o interesse público com a ordenação da liberdade e da propriedade por meio da concreção da norma jurídica restritiva destes valores, o que ocorre por declarações jurídicas gerais ou concretas, de competência privativa de pessoas jurídicas de direito público e exercida por titular de cargo público, ou, em decorrência destas declarações, por atos materiais de fiscalização, outros congêneres e, eventualmente, de recomposição da ordem jurídica, o que neste caso (quanto à recomposição da ordem jurídica) deve ocorrer mediante ordem judicial como regra geral, ou excepcionalmente por auto-executoriedade com fundamento ou em expressa lei, ou numa situação de urgência na qual não exista tempo hábil a buscar uma tutela jurisdicional de urgência, mas sempre condicionada a ação à subordinação às normas constitucionais que protegem os direitos e garantias fundamentais.²⁷⁶

(b) *Características Principais*

Do conceito de limitação administrativa à liberdade e à propriedade em sentido estrito proposto por Luis Manuel Fonseca Pires, extrai-se as seguintes características principais deste instituto: (a) é uma atividade advinda da função administrativa; (b) que envolve o dever geral de observância da ordem jurídica em

²⁷⁶ PIRES, 2006, p. 294-295. Importante observar que Luis Manuel Fonseca Pires utiliza diversos conceitos que são inerentes dos atos administrativos em geral, mormente a observação de competência privativa de pessoas jurídicas de direito público e exercida por titular de cargo público e a observação de excepcionalidade do atributo da autoexecutoriedade: ambas as observações, registra-se, são influxos do regime jurídico público-administrativo, como não poderia deixar de ser, haja vista o instituto da limitação administrativa à liberdade e à propriedade – assim como o próprio poder de polícia administrativa – fazer parte do sistema jurídico do regime público-administrativo e, por isso mesmo, com ele deve harmonizar-se.

relações de supremacia geral; (c) que utiliza a competência da administração ordenadora para configurar e conformar os valores constitucionais da liberdade e da propriedade a fim de satisfazer o interesse público; (d) que esteja sempre subordinada às normas constitucionais e infraconstitucionais – princípio da legalidade material e; (e) que tal competência seja indelegável às pessoas privadas, vez que a sua competência é privativa das pessoas jurídicas de direito público (entes da administração pública direta e as autarquias e fundações públicas da administração pública indireta).

Também é oportuno reforçar, como forma de consolidação da taxonomia das limitações administrativas à liberdade e à propriedade proposta por Luis Manuel Fonseca Pires, que este instituto segue uma classificação análoga ao do poder de polícia – apresentado no item 3.3. deste estudo. Assim, as limitações administrativas podem ser classificadas da seguinte forma: (a) em sentido amplo – são aquelas atividades advindas do Poder Legislativo que conformam os valores constitucionais da liberdade e da propriedade, tornando-os direitos positivados dos administrados e; (b) em sentido estrito – são as atividades advindas de atos administrativos que conformam e delineiam os contornos dos valores da liberdade e da propriedade, sempre na observância e subsunção das normas legislativas abstratas, positivando e tornando concretos os direitos jurídicos dos administrados.

De uma forma bastante sintética e resumida, são essas as considerações sobre a limitação administrativa à liberdade e à propriedade que enfatizam e apresentam convergência com a percepção de crise do poder de polícia – notadamente identificada como crise conceitual do poder de polícia –, e que propõe a substituição da locução “poder de polícia” para a expressão “limitação administrativa à liberdade e à propriedade”, como forma de extirpar do sistema jurídico e, via de consequência, do regime jurídico público-administrativo os influxos negativos de arbitrariedade, despotismo e ilegalidade que o instituto do poder de polícia carrega em seu âmago devido a sua linha histórico-evolutiva.

A seguir, o próximo item a ser tratado diz respeito à concepção que, de certa maneira, se contrapõe à ideia de crise do poder de polícia e à proposta de substituição da expressão “poder de polícia” para defender a manutenção desse instituto, mas propondo uma reformulação tendo-se em vista a concepção neoconstitucional do Direito. A partir dessa nova percepção do Direito – teoria

neoconstitucional do poder de polícia – a crise do poder de polícia é rechaçada para que este instituto jurídico seja utilizado em paralelo com a teoria da ordenação administrativa.

4.4. Conceção de Manutenção do Poder de Polícia

Até o momento neste capítulo foi investigada a percepção doutrinária de Agustín A. Gordillo sobre a crise institucional do poder de polícia sob a égide do regime jurídico público-administrativo e, logo em seguida, foi enfatizada essa posição doutrinária anotando a proposta de Luis Manuel Fonseca Pires de substituição da expressão “poder de polícia”, maculada, segundo ele, pelo próprio histórico despótico e opressivo do instituto, pela expressão “limitação administrativa à liberdade e à propriedade”, afirmando ser mais apropriada para os contornos hodiernos do regime jurídico público-administrativo.

Concluindo esse capítulo de verificação da crise do poder de polícia, faz-se necessário, a partir de agora, apresentar um ponto de vista que diverge da ideia de crise até agora exposta. Esse contraponto de opiniões e de concepções doutrinárias é de suma importância para se construir um rico debate acerca da crise do poder de polícia, instigando juristas, operadores e estudiosos do Direito, a compreender, ao menos, as premissas básicas que cada concepção traz para o debate. Dessarte, passa-se para a teoria neoconstitucional do poder de polícia.

4.4.1. Teoria Neoconstitucional do Poder de Polícia

Conforme antecipado no item 2.1.1.4. deste estudo, a concepção neoconstitucional, trouxe uma nova percepção do Direito, tendo como premissa fundamental a concretização do texto normativo constitucional – método concretista – a partir da análise do caso concreto. O método concretista, vale recordar, traz consigo a imperiosidade de sempre ter a Constituição e seus valores positivados como limite de interpretação na busca incessante de efetivação – concretização – desses valores. Daí a nova percepção do Direito: enquanto na concepção legalista

há um apego ao formalismo de subsumir, como regra, os atos da função administrativa às normas jurídicas abstratas – leis ordinárias²⁷⁷ –, na concepção neoconstitucionalista há uma busca pela concretização de valores constitucionais na maior medida possível – princípios jurídicos expressos ou implicitamente positivados – ao caso concreto. Em uma só frase, significa dizer: deixar de assumir como prioridade a vontade do corpo legislativo – formalizada juridicamente em leis, que podem estar ou não em conformidade com o espírito do ordenamento jurídico como um todo –, para priorizar os valores jurídicos maiores, constitucionais, constituidores da essência do ordenamento jurídico, concretizando-os e tornando-os efetivos para o pleno gozo dos detentores dos direitos – os administrados e a coletividade como um todo.

Os direitos fundamentais da pessoa humana são típicos exemplos de valores jurídicos maiores positivados na Constituição Federal. É em função destes valores “maiores” – princípios materiais²⁷⁸ que devem ser concretizados na maior medida possível – que o Direito passa a se articular para torná-los efetivos: essa é a nova concepção do Direito trazida pelo neoconstitucionalismo e que segue a já explicitada teoria externa das restrições aos direitos fundamentais²⁷⁹. Contudo, isso não quer dizer que a concepção neoconstitucional despreza os comandos legais abstratos²⁸⁰, ou ignora a reserva legal e o princípio da legalidade. Este

²⁷⁷ E a concepção legalista do Direito é assim porque os princípios, até a elaboração da concepção neoconstitucional, não eram considerados normas jurídicas autônomas. Logo, para que a atuação da administração pública fosse considerada válida, era necessário que seus atos administrativos estivessem sob a égide de alguma norma jurídica, é saber: as regras jurídicas legislativas abstratas – leis ordinárias.

²⁷⁸ Os princípios materiais podem se referir aos direitos individuais ou aos bens coletivos. Para maiores informações sobre os princípios materiais e a classificação sob a ótica neoconstitucionalista de Robert Alexy, ver nota de rodapé nº 65 deste estudo e, sobretudo, consultar a obra do autor: ALEXY, 2014.

²⁷⁹ Sobre a teoria externa das restrições aos direitos fundamentais, consultar item 4.3.1. deste estudo, bem como, a nota de rodapé nº 267 supra.

²⁸⁰ Deveras, os comandos normativos legislativos – leis em abstrato – não são desprezados na aplicação do Direito na concepção neoconstitucional. Conforme explicitado na nota de rodapé nº 65 supra, os princípios formais são aqueles que dão primazia às decisões de cumprimento do agente competente, podendo ser decisões dos agentes constituintes, legislativos ou administrativos. As decisões de cumprimento dos agentes legislativos são, exatamente, as leis ordinárias, a serem consideradas na fórmula de aplicação do método da ponderação de Robert Alexy. O que deve ser reforçado é que os comandos legislativos abstratos – leis ordinárias, é saber, princípios formais legislativos – são importantes variáveis que dão peso aos princípios materiais que a eles estão vinculados para a concretização dos valores constitucionais – que os princípios materiais representam –, em outras palavras, as leis em abstrato – princípios formais legislativos – atribuem cargas valorativas aos princípios materiais.

princípio, aliás, como visto no item 2.1.2., é uma indispensável orientação sistêmica do regime jurídico público-administrativo que confere à administração pública o dever de legitimar a sua atuação no cumprimento das normas jurídicas²⁸¹.

É importante reforçar essa observação de vínculo jurídico sistêmico entre: (i) a concepção do Direito – que aplica o Direito de tal ou qual maneira²⁸² –; (ii) o regime jurídico público-administrativo – que norteia e congrega os comandos normativos com conteúdo, natureza e finalidade compatíveis – e; (iii) os institutos jurídicos propriamente ditos – que dispõe sobre as especificidades jurídicas de cada instituto sob a luz do regime jurídico disciplinador –, pois justifica toda a importância dada aos esclarecimentos apresentados na Parte I deste trabalho – referentes ao regime jurídico público-administrativo e seus fundamentos balizadores –, vez que só é possível o adequado entendimento do instituto do poder de polícia ora em análise, se houver a prévia compreensão do regime jurídico que o disciplina.

De toda a sorte, e retornando ao cerne do assunto deste item, a teoria neoconstitucional do poder de polícia baliza-se nessa nova concepção do Direito – uma concepção que busca concretizar, na maior medida possível, os valores jurídicos informados na Constituição Federal, sobretudo, os valores jurídicos referentes aos direitos fundamentais e os demais princípios materiais. Contudo, antes de adentrar à percepção neoconstitucional do poder de polícia, vale rememorar o conceito clássico de poder de polícia proposto por Otto Mayer – apresentado no item 3.2.4. deste estudo.

Conforme já discutido, o jurista alemão Otto Mayer concebe a ideia de polícia como a atividade do Estado que visa a defesa da boa ordem contra as perturbações que os particulares possam ocasionar²⁸³. Ricardo Marcondes Martins

²⁸¹ O princípio da legalidade, como visto na Parte I deste estudo, é um desdobramento do primado da indisponibilidade do interesse público pela administração, o qual informa e disciplina todo o regime jurídico público-administrativo, integrando-o, harmonizando-o e tornando-o coeso.

²⁸² A concepção do Direito, sendo legalista, neoconstitucionalista ou qualquer outra, é um importante elemento caracterizador da aplicação do Direito. A partir das características de cada concepção do Direito, ocorre a ênfase e o direcionamento da aplicação do Direito para uma determinada característica. No caso da concepção neoconstitucional, a aplicação do Direito é enfatizada e direcionada para a concretização de valores jurídicos constitucionais, ou seja, de princípios jurídicos expressos ou implícitos na Constituição.

²⁸³ Nunca é demais rememorar o conceito de polícia proposto por Otto Mayer: “A polícia é a atividade do Estado que tem por fim a defesa da boa ordem da coisa pública, mediante os recursos do poder de autoridade, contra as perturbações que as existências individuais possam ocasionar.” (MAYER, 1949, p. 18).

ênfatisa que o conceito de poder de polícia proposto de Otto Mayer tem por finalidade evitar os perigos à prosperidade e à segurança dos cidadãos. Nesse sentido, o poder de polícia é exercido para evitar danos aos bens jurídicos tutelados e não para a concretização de direitos sociais²⁸⁴.

Dois pontos extremamente importantes devem ser extraídos do conceito de Otto Mayer: (i) que o poder de polícia tem como finalidade a defesa da boa ordem da coisa pública para evitar as perturbações e os danos aos bens tutelados e; (ii) uma vez que o poder de polícia tem a finalidade de evitar danos e perturbações aos bens jurídicos tutelados, a coletividade possui um “dever geral” de não perturbar a boa ordem e de não promover danos a quem quer que seja.

O primeiro ponto – (i) defesa da boa ordem para se evitar perturbações e danos aos bens tutelados –, deixa claro que a atividade de poder de polícia não se presta a concretizar valores, mas sim, para evitar que os valores já concretizados sejam deteriorados, perturbados ou danificados. Em outras palavras o poder de polícia atua como uma forma de reação às ações dos particulares e da coletividade como um todo, impondo obrigações negativas – de *non facere* ou de suportar – àqueles que deixam de respeitar o dever geral de não perturbar e de não promover danos. Nesse sentido, ênfatisa Ricardo Marcondes Martins que o poder de polícia aguarda que ocorra uma ação danosa e ilícita para impor uma ação de não fazer ou de suportar²⁸⁵.

Já o segundo ponto – (ii) “dever geral” que a coletividade apresenta de não perturbar e não promover danos – é extraído de forma indireta do conceito proposto por Otto Mayer. Ora, se a administração pública por meio do poder de polícia atua contra as perturbações que os particulares e a coletividade em geral possam ocasionar à ordem jurídica e aos bens tutelados, por um raciocínio lógico e

²⁸⁴ Tecendo comentários sobre o conceito de poder de polícia de Otto Mayer, Ricardo Marcondes Martins anota o seguinte: “*Afirmou o célebre jurista (Otto Mayer) que o poder de polícia tem por finalidade ‘evitar’ os perigos à prosperidade e à segurança dos cidadãos: não tem em mira o aumento da prosperidade. Ele é exercido para ‘evitar danos’ aos bens jurídicos tutelados: não para concretizar os direitos sociais, mas para evitar o descumprimento das concretizações já existentes no plano abstrato*”. (MARTINS, 2015, p. 478).

²⁸⁵ Na letra de Ricardo Marcondes Martins, tem-se: “*o signo ‘polícia’, liga-se a uma atitude de expectativa, a administração aguarda o ‘descumprimento’ da ordem jurídica, a violação, dos princípios constitucionais, e só age quando essa violação, esse descumprimento, ocorrer. Trata-se sempre de uma reação a comportamentos ilícitos. Por isso, pelo poder de polícia jamais são impostas obrigações de fazer*”. (Ibid., p. 485).

inverso, os particulares e a coletividade em geral possuem o “dever geral” de não importunar, não perturbar e de não promover danos a quem quer que seja²⁸⁶. É saber, esse ato de perturbar e de promover danos aos bens tutelados será considerado um ato ilegal, já que não se cumpriu o dever geral – ou dever jurídico genérico – de não perturbar e de não promover dano. Ricardo Marcondes Martins, muito bem observa esse dever geral – ou dever jurídico genérico – para o resguardo dos direitos fundamentais – que nada mais são do que valores jurídicos constitucionais que devem ser respeitados por toda a coletividade –, e anota que há um dever jurídico genérico, que abrange também os particulares, de respeitar os direitos fundamentais²⁸⁷. Além disso, o próprio Otto Mayer enfatiza a existência dos deveres da coletividade – deveres gerais – em relação ao poder de polícia, e que tais deveres são válidos e existem mesmo antes de sua regulação pelo direito positivo²⁸⁸.

Essa vinculação de toda a coletividade a um “dever jurídico genérico” é muito importante para a compreensão do conceito de poder de polícia proposto por Otto Mayer. Em seu conceito, ele não defende uma ideia autoritária de poder de polícia, ou algo que esteja impregnado do despotismo e do abuso do Poder de Império do Estado ocorrido em período da história já ultrapassado e que não mais se coaduna com a realidade do Estado contemporâneo que, este sim, finca seus alicerces nos valores sociais, na democracia e na ordem jurídica. O que Otto Mayer vislumbra é a vinculação de toda a coletividade a um dever jurídico genérico

²⁸⁶ Esse raciocínio de Otto Mayer de que há um dever geral dos administrados de não perturbar a boa ordem da coisa pública sofreu e ainda sofre muitas críticas, veja, por exemplo, a doutrina de Carlos Ari Sundfeld que não admite a ideia de dever geral preexistente: “*A autoridade genérica da Administração não se confunde com um pretensão poder que lhe resultaria do ‘dever geral preexistente’ de os particulares ‘não perturbarem a boa ordem da coisa pública’*. Esse dever inexistente num Estado de Direito, onde os indivíduos só são obrigados a fazer ou deixar de fazer alguma coisa em virtude de lei. A ‘boa ordem da coisa pública’ só pode consistir na ordem estabelecida pelas normas legais”. (SUNDFELD, 1993, p. 31).

²⁸⁷ Ricardo Marcondes Martins esclarece que: “*Prevalece na doutrina que os ‘direitos fundamentais’ se aplicam também aos particulares, e, por isso, há sim um dever jurídico genérico de respeito aos direitos fundamentais*”. (MARTINS, 2015, p. 480).

²⁸⁸ O jurista Otto Mayer anota o seguinte: “*Fala-se, em geral, tanto na legislação como nos atos das autoridades, de deveres para com a polícia, deveres que se consideram juridicamente definidos e válidos mesmo antes que o direito positivo os regule de alguma maneira. (...) A reserva constitucional exige que haja um fundamento legal para cada restrição à propriedade ou à liberdade, mas não é necessário tal fundamento para rechaçar diretamente pela força o transtorno causado à boa ordem*”. (MAYER, 1949, p. 11-12). Em que pese a expressa menção de Otto Mayer de “*não ser necessário um fundamento legal para se rechaçar diretamente pela força o transtorno causado à boa ordem*”, esse seu entendimento foi amplamente questionado pela doutrina em geral, de tal forma a não apresentar consenso na comunidade jurídica.

de não perturbar a ordem da coisa pública e de não promover danos a quem quer que seja – dever esse que, ao não ser cumprido, legitima a administração pública a atuar na defesa desses valores independentemente de subsunção das leis.

No entanto, a sua concepção de dever geral – ou dever jurídico genérico – que, caso não seja cumprido, confere legitimidade ao exercício do poder de polícia independentemente da observância das leis – ficou muito marcada na comunidade jurídica como ofensiva à reserva legal e ao princípio da legalidade, especialmente, em um período de forte influência legalista do Direito – início do século XX –, sendo duramente questionada pela doutrina até os dias de hoje, inclusive insuflando em muitos doutrinadores a ideia de crise do poder de polícia administrativa, já verificada no item 4.2. deste estudo.

Ora, mas com a nova concepção neoconstitucional do Direito, não mais se pode afirmar que a legitimação da atividade do poder de polícia independentemente da subsunção a um comando normativo legislativo é algo ofensivo ao Estado Social e Democrático de Direito: (i) porque o Direito passa a ser aplicado em função da concretização dos valores jurídicos constitucionais, e não mais a partir da subsunção das regras legislativas; (ii) as regras legislativas ainda desempenham a sua função – mantendo-se a necessidade do cumprimento e observância do princípio da legalidade²⁸⁹ –, contudo, elas passam a ser consideradas meios de concretização dos valores jurídicos constitucionais e deixam de ser um fim em si – o de que a administração pública deve subsumir seus atos às leis legislativas pura e simplesmente; (iii) as decisões *contra legem* obtidas da ponderação administrativa no caso concreto serão, em última análise, excepcionálíssimas, mantendo-se, como regra, a plena observância das leis em abstrato – princípios formais – que atribuirão um peso ao princípio material a ser concretizado no caso concreto; (iv) o poder de polícia administrativa, é saber, a

²⁸⁹ No que diz respeito à abrangência que o princípio da legalidade deve alcançar na ordem jurídica, Carlos Ari Sundfeld anota de forma esclarecedora que: “*Tal (a observância da lei e da legalidade) não significa a afirmação de um legalismo estrito. A Administração não age apenas de acordo com a lei; subordina-se ao que se pode chamar de ‘bloco da legalidade’. Não basta a existência de autorização legal: necessário atentar à moralidade administrativa, à boa-fé, à igualdade, à boa administração, à razoabilidade, à proporcionalidade – enfim, aos princípios que adensam o conteúdo das imposições legais*”. (SUNDFELD, 1993, p. 32). Importante é essa observação, vez que condiciona o princípio da legalidade à observância de um “bloco da legalidade”, é saber: um sistema jurídico integrado, coeso e harmônico (noção de sistema jurídico), que busca uma só vontade, a vontade extraída da ordem jurídica, do ordenamento jurídico e do Direito globalmente considerado (noção neoconstitucional do Direito).

ponderação administrativa para a defesa da boa ordem contra as perturbações à liberdade e à propriedade no caso concreto, será realizada, como regra, na ausência de normas legislativas, o que em nada afetará a competência decisória do corpo legislativo.

Essas características que inovam e reformulam a aplicação do instituto do poder de polícia administrativa é defendida na doutrina de Ricardo Marcondes Martins que, categoricamente, afirma:

“O poder de polícia diz respeito à competência administrativa de impor, na falta de lei, restrições à propriedade e à liberdade, em concretização dos princípios mais pesados no caso concreto. Restringe-se aos casos excepcionais em que o princípio formal que dá primazia à ponderação legislativa (a aplicação da regra legislativa ou, na falta de regra legislativa, a omissão administrativa) é afastado. Trata-se de um poder (dever-poder) correlato ao dever dos administrados de respeitarem os princípios constitucionais (tanto os princípios relativos a direitos individuais como os princípios relativos a bens coletivos)”.²⁹⁰

Nesse sentido, portanto, observa-se que é possível para uma parcela da doutrina resguardar o instituto do poder de polícia administrativa, de tal sorte a desconsiderar que haja a efetiva crise do instituto do poder de polícia, desde que, seja reconfigurada a aplicação do Direito para a concepção neoconstitucional. É exatamente por essa novel forma de aplicação do Direito e da priorização dos valores jurídicos constitucionais que o instituto do poder de polícia administrativa passa a se harmonizar com os alicerces do Estado Social e Democrático de Direito. Segundo seus adeptos, é essa nova visão neoconstitucional da concepção do Direito e, via de consequência, com a reformulação da aplicação do instituto do poder de polícia, que permite extirpar as chagas e os estigmas trazidos do histórico arbitrário e despótico deste instituto que tanto o macularam e comprometeram, não só conceitualmente o seu *nomen iuris*, mas também toda a sua aplicação institucional, gerando crises, intensas críticas e descontentamentos doutrinários na sua aplicação, sobretudo, no que diz respeito à integralidade, coesão e harmonia de seu conteúdo à essência insubstituível do regime que o disciplina – o regime jurídico público-administrativo.

²⁹⁰ MARTINS, 2015, p. 482).

4.5. A Crise do Poder de Polícia sob uma Nova Perspectiva: Regulação

Pelo o que se verificou até o momento, é possível visualizar o poder de polícia administrativa por duas facetas interpretativas distintas: a primeira derivada de uma concepção legalista²⁹¹ que aplica o Direito sob o influxo formalista de subsunção das normas administrativas às normas legislativas, de tal forma a identificar que o princípio da legalidade somente será atendido se a atividade da administração pública – mais especificamente, a atividade do poder de polícia administrativa – estiver fundamentada em uma regra legislativa abstrata que confira à administração pública uma atuação, vinculada ou discricionária, para realizar o delineamento dos contornos dos direitos resguardados no ordenamento jurídico e harmonizá-los com os demais bens jurídicos tutelados na ordem jurídica e; a segunda faceta, que advém que uma novel²⁹² percepção interpretativa do Direito, a concepção neoconstitucional, que vislumbra o cumprimento do princípio da legalidade não pela subsunção rígida e formal das normas administrativas às legislativas, mas pela fiel observância e atendimento da vontade sistêmica extraída do ordenamento jurídico e na conformidade do Direito globalmente considerado pela ordem jurídica²⁹³.

²⁹¹ E aqui o que se quer dizer com concepção legalista do Direito é a tentativa de se resgatar uma aplicação do Direito – estritamente formal – oriundo do regime jurídico utilizado no período do Estado Liberal, para questionar e criticar o *modus operandi* da atividade do poder de polícia administrativa contemporânea.

Ora, o regime jurídico público-administrativo que hoje se adota é muito mais denso e complexo, o que exige uma interpretação dogmática mais moderna e sistemática da ordem jurídica que, diferentemente do que ocorria com o regime jurídico próprio do Estado Liberal, enseja uma aplicação do Direito que permita maior aproximação da atuação da administração pública às efetivas concretizações dos direitos fundamentais tutelados na Constituição Federal. Logo, o rigor formalista de aplicação da legalidade de outrora não mais se adequa às necessidades de satisfação, realização e concretização dos direitos fundamentais que a administração pública contemporaneamente passou a assumir.

²⁹² É importante destacar que quando se diz que a concepção neoconstitucional é uma “novel” forma interpretativa de aplicação do Direito, não se está a dizer que é uma ideia ou criação jurídica atualíssima – até porque, as suas origens já remetem à metade do século passado –, mas sim, e tão-somente, pelo fato de trazer uma percepção distinta da tão consolidada concepção legalista do Direito. Portanto, a concepção neoconstitucional é apresentada neste estudo como “novel” por introduzir uma distinta e inovadora forma de se interpretar e aplicar o Direito, diversa da convencional concepção legalista.

²⁹³ Esse embate é identificado de forma similar na doutrina de Vladimir da Rocha França: “Nesse quadro, há uma tensão entre legalidade e as demandas socioeconômicas pela expansão das competências normativas da Administração Pública. De um lado, reivindica-se que a intervenção estatal nos direitos fundamentais somente seja admitida se houver base legal; do outro, que essa intervenção seja ágil e possa adequar-se às intensas transformações socioeconômicas e

Em todo o momento deste estudo verificou-se que o embate interpretativo do Direito promovido por essas duas distintas concepções e que envolve o cumprimento ou não do princípio da legalidade, é o fator preponderante que mantém aceso o debate sobre a existência de uma crise do poder de polícia administrativa. Cada um dos lados dessa discussão apresenta uma justificativa jurídica que adequa, a sua maneira, a aplicação do instituto do poder de polícia administrativa na abordagem interpretativa do Direito que concebe, bem como, pela afinidade com a teoria interna ou externa das restrições aos direitos fundamentais que adota. Esta foi a configuração da crise do poder de polícia até o final do século passado e início deste século.

Todavia, passados quase um quarto de século das observações jurídicas doutrinárias aqui apresentadas sobre o poder de polícia administrativa e sua crise, é possível constatar relevantes transformações na dinâmica da sociedade, a permitir a investigação da crise de outrora sob uma nova perspectiva a envolver um novo e atual tema do Direito Administrativo que orbita e, sob determinados aspectos, até mesmo, engloba a questão do poder de polícia administrativa, sem que a ele se confunda. É o caso da competência regulatória administrativa que apresenta certa proximidade com a competência de polícia administrativa e que, pela proposta ora apresentada, pode ser identificada como uma nova perspectiva da crise do poder de polícia administrativa. Antes de apresentar esse novo viés de crise entre esses dois institutos jurídicos, é relevante apresentar breves considerações sobre essa proposta.

4.5.1. Breves Considerações sobre a Proposta

Para se ter uma maior compreensão da proposta que ora se toma forma, é relevante esclarecer alguns aspectos elementares e conceituais dos institutos jurídicos do poder de polícia administrativa e da regulação administrativa para, só então, traçar um paralelo entre eles. Inicialmente, serão apresentados 3

tecnológicas que influenciam as metas constitucionais de justiça social". (FRANÇA, Vladimir da Rocha. *Princípio da legalidade administrativa e competência regulatória no regime jurídico-administrativo brasileiro*. Revista de Informação Legislativa, Brasília, ano 51, nº 202, p. 7-29, abr./jun. 2014).

(três) aspectos relevantes que apresentam as peculiaridades de cada um dos institutos jurídicos, permitindo demonstrar que o critério de identidade entre os institutos não é o fator preponderante da proposta que aponta a regulação administrativa como uma nova perspectiva da crise do poder de polícia administrativa.

Em primeiro lugar, registra-se que não se está aqui a misturar ou confundir o conceito de poder de polícia administrativa com o conceito de regulação administrativa. O primeiro – poder de polícia administrativa – é estabelecido no sentido de conformar os valores de liberdade e propriedade para harmonizar o exercício dos direitos respectivos (de liberdade e de propriedade) dos particulares aos demais direitos tutelados pela ordem jurídica. Já o segundo – regulação administrativa – legitima a administração pública a disciplinar as atividades econômicas da iniciativa privada e dos particulares para promover a eficiência e a equidade do sistema econômico.

Em segundo lugar, não se confundem as finalidades dos institutos jurídicos administrativos *sub examine*. Enquanto a finalidade do poder de polícia administrativa é promover a harmonia do exercício dos direitos a liberdade e a propriedade dos particulares para resguardar as condutas privadas e a boa ordem da vida em sociedade²⁹⁴, a finalidade da regulação administrativa é o equilíbrio do sistema econômico a ser estabelecido pela eficiência econômica e pela equidade econômica²⁹⁵.

E em terceiro, verificam-se distintas as formas de atuação da competência de polícia administrativa e da competência regulatória administrativa. A competência de atuação da polícia administrativa se dá por meio de imposição de abstenções – ou seja, obrigações de não fazer –, ou de suportar, quando, na falta de

²⁹⁴ Em que pese ter sido apresentada a finalidade do instituto do poder de polícia administrativa em função da conceituação apresentada no item 3.3.2. deste estudo, Ricardo Marcondes Martins informa que algumas atividades administrativas são definidas pelo meio de realização, dentre elas o poder de polícia, anotando que: “o poder de polícia consiste na atividade administrativa impositiva de restrições aos particulares”. (MARTINS, 2011, p. 121).

²⁹⁵ Na letra de Ricardo Marcondes Martins, a finalidade da regulação administrativa deve ser compreendida da seguinte forma: “A ‘regulação jurídica’, em sentido estrito, é uma atividade externa: restringe-se à atividade econômica, à dizer: a regulação jurídica tem por objeto o ‘sistema econômico’. Busca, precipuamente, a manutenção do equilíbrio do sistema econômico – a correção das chamadas ‘falhas de mercado’ – a ‘eficiência econômica’ e a modificação do sistema econômico – a realização da ‘justiça social’ –, a ‘equidade econômica’”. (Ibid., p. 119).

previsão legal, a administração pública estabelece a restrição dos direitos fundamentais da liberdade e da propriedade diretamente das normas constitucionais – em outras palavras, a competência da atividade de polícia administrativa ocorre na ausência de previsão normativa legislativa e, por isso mesmo, em regra, a forma de atuação é firmada por imposição de abstenções (obrigação de não fazer). Já a competência regulatória administrativa ocorre tanto por meio da imposição de obrigações de fazer, quanto por obrigações de não fazer e de suportar, mas sempre sob a égide de previsão normativa legislativa. Este terceiro aspecto pode ser resumido da seguinte forma: na ausência de previsão legal, a administração pública é legitimada a atuar por meio de sua competência de polícia administrativa impondo obrigações de não fazer ou de suportar aos comportamentos dos administrados; havendo previsão legal, é a competência regulatória administrativa a ser legitimada a disciplinar as atividades econômicas dos particulares por meio da imposição de obrigação de fazer, de não fazer ou de suportar.

Pois bem, uma vez anotados os 3 (três) principais aspectos diferenciadores dos institutos da polícia administrativa e da regulação administrativa, verifica-se, como dito anteriormente, que não é a identidade entre os institutos examinados que caracteriza a regulação administrativa como a nova perspectiva da crise do poder de polícia administrativa. O que permite tal entendimento é a análise comparativa de similaridade, não dos institutos em si, mas das discussões que permeiam a legitimidade de aplicação desses institutos jurídicos: antes, a discussão abordava a legitimidade ou ilegitimidade da aplicação do poder de polícia administrativa e a sua conformidade com o regime jurídico público-administrativo; hoje, a discussão é pautada na legitimidade ou ilegitimidade da adoção de um fator ideológico²⁹⁶ na aplicação do método regulatório da Administração Ordenadora que conduz a uma mudança de paradigma do programa constitucional ordinário para transformar o Estado brasileiro em um Estado-Regulador. Nas próprias palavras de Carlos Ari Sundfeld é informada a existência de um fator ideológico “*não própria de*

²⁹⁶ A existência de uma justificativa ideológica que separa a doutrina em dois grupos distintos não retira deste estudo o seu caráter científico, pautado na ciência jurídica. A ideologia aqui mencionada é um elemento subjetivo identificado, principalmente, na teoria do Estado-Regulador, que conduz, impreterivelmente, seus seguidores a interpretar o Direito Público com um viés de Estado-Mínimo, no intento de se resgatar as origens clássicas do poder de polícia do período do Estado Liberal.

*certa família jurídica, mas sim de uma opção de política econômica*²⁹⁷, é saber, um critério subjetivo e não jurídico a balizar a Administração Ordenadora. Nesse contexto, a discussão sobre a legalidade e a conformidade do poder de polícia administrativa ao princípio da legalidade se converte, por extensão e similaridade da controvérsia, à discussão sobre a conformidade da adoção de um fator ideológico a estabelecer um Estado-Regulador – um Estado de intervenção mínima – ao arripio, notadamente, do art. 3º, inciso III da Constituição Federal²⁹⁸ que estabelece o Estado brasileiro como um Estado Social, é saber: que possui como um de seus objetivos fundamentais “*erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais*”.

Ganha destaque em simpósios, seminários e em conferências jurídicas no Brasil e no mundo o debate sobre o Estado-Regulador, enquanto ente passivo e permissivo de uma postura estatal antagônica à construção de uma sociedade pautada na justiça; na solidariedade; e na redução das desigualdades sociais. Ao menos no ordenamento jurídico brasileiro, essa tentativa de modificação do papel estatal e da administração pública, configura ofensa aos princípios fundamentais insculpidos no Título I – Dos Princípios Fundamentais da República Federativa do Brasil, uma vez que esses dispositivos irradiam de forma sistêmica aos demais comandos normativos de todo o ordenamento jurídico uma atuação estatal efetiva na busca da ordem social e do bem-estar da sociedade. Além disso, e em que pese o Direito operativo hodierno e boa parte da doutrina acadêmica serem, majoritariamente, adeptos à atuação ideologizada de um Estado-Regulador, tal condição não retira da discussão a possível ilegalidade que essa inserção ideológica produz na modificação das diretrizes fundamentais do Estado Social e Democrático

²⁹⁷ Anota Carlos Ari Sundfeld que: “*A regulação (e a teoria da Administração Ordenadora que ele adota) é – isso, sim – característica de um certo modelo econômico, aquele em que o Estado não assume diretamente o exercício de atividade empresarial, mas intervém enfaticamente no mercado utilizando instrumentos de autoridade. Assim, a regulação não é própria de certa família jurídica, mas sim de uma opção de política econômica*”. (SUNDFELD, 2006, p. 23).

²⁹⁸ Consultar art. 3º da Constituição Federal:

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II - garantir o desenvolvimento nacional;

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

de Direito e do próprio programa constitucional originário rigidamente determinado na Constituição Federal.

Portanto, a tentativa de estabelecer um Estado-Regulador, por meio de uma visão ideológica que é identificada no método da Administração Ordenadora, representa a continuidade e a extensão de uma crise que discute, ou continua a discutir, a legitimidade e a legalidade de um instituto jurídico que aborda a ingerência administrativa de um lado e a atuação mínima da administração de outro em relação aos comportamentos dos particulares... Eis aí a nova perspectiva da crise sob a rubrica da regulação a ditar os novos rumos da administração pública.

4.5.2. A Discussão sobre a Nova Perspectiva de Crise

Ao longo deste trabalho, foi dito que a crise do poder de polícia administrativa criou uma celeuma no interior da comunidade jurídica administrativa separando-a em dois grupos: um grupo que identificava ilegalidades na atuação da administração pública ao se valer da competência de polícia administrativa e; um outro grupo que identificava uma finalidade sistêmica do instituto do poder de polícia administrativa, concebendo a sua conformidade com o regime jurídico público-administrativo.

A partir do final do século passado, como não poderia deixar de ser, a sociedade continuou o seu ritmo de mudanças e transformações de ordem política, social e jurídica. De lá para cá, especificamente um relevante movimento de cunho ideológico passou a influenciar não só o comportamento político-social da sociedade, como também, a própria produção acadêmica da ciência do Direito, fazendo surgir uma nova abordagem da antiga discussão sobre a crise do poder de polícia administrativa, ampliando-a para uma discussão sobre a competência geral da administração pública – competência regulatória – em disciplinar os comportamentos dos particulares. Nesse sentido, até mesmo elaboradas teorias jurídicas passaram a ser desenvolvidas no intento de construir uma metodologia hábil a estabelecer critérios de atuação da administração pública com o fim de disciplinar as atividades dos administrados, é o caso, de um lado, da teoria do Estado-Regulador, com a sua Administração Ordenadora e, de outro, da teoria do

Estado-Prestador de Serviço ou Estado-Providência, por meio da Regulação Administrativa, ambas a representar uma parte da função administrativa que tem a finalidade de disciplinar os comportamentos e as atividades dos particulares, mas em vieses diferentes: a primeira voltada para uma atuação indireta da administração pública, firmada em uma mínima intervenção e com a proposta de tornar a atividade estatal um instrumento gerencial e empresarial a serviço da economia e do mercado, e mantendo uma postura de efetiva negação da legalidade da atividade de polícia administrativa; já a segunda, busca um Estado mais forte, com maior atuação e ingerência nas atividades dos particulares, com vistas na melhoria da ordem pública e do bem-estar social e adepta à atividade de polícia administrativa, por entender que tal atividade está em conformidade com o regime jurídico público-administrativo e com os predicados do Estado Social e Democrático de Direito.

A discussão ou embate²⁹⁹ entre Estado-Regulador (Administração Ordenadora) *versus* Estado-Prestador de Serviço (Regulação Administrativa) representa, contemporaneamente, uma nova perspectiva da crise do poder de polícia administrativa, evidentemente com um objeto³⁰⁰ mais amplo, que a comunidade jurídica em geral, passou a assumir na abrangência da expressão “Regulação” ou “Agente Regulador”. Nesse sentido, com a justificativa de promover a regulação das atividades econômicas privadas, um certo contingente doutrinário passou a camuflar o papel imperativo do Estado de agente indutor do bem-estar e da ordem social para um agente meramente regulador, é saber, que não atua de forma direta, mas que, tão-somente, estabelece o controle da atividade privada³⁰¹, distanciando as atividades estatais de suas finalidades sociais. Portanto, a perspectiva da crise do poder de polícia administrativa, que antes emergia dos contrastes e das diferentes concepções interpretativas do Direito e da própria

²⁹⁹ Esse embate, agora com abordagem focada na regulação, não se apresenta de forma tão explícita quanto o embate sobre a crise do poder de polícia administrativo se apresentava no primeiro quarto do século passado. Entretanto, seus efeitos e consequências são muito mais profundos na estrutura do Direito Administrativo, vez que não se discute, tão-somente, a legalidade e a conformidade de um instituto jurídico administrativo em relação ao seu regime jurídico, mas, para além disso, envolve o direcionamento de toda a atuação regulatória da administração pública para uma finalidade diversa à definida na Constituição Federal.

³⁰⁰ A ampliação do objeto, de fato, existe porque inicialmente o objeto de análise era o instituto do poder de polícia, contemporaneamente, o objeto passou a ser toda a competência regulatória que disciplina as atividades econômicas das pessoas privadas.

³⁰¹ Nesse sentido é a doutrina de Marçal Justen Filho: “*No modelo regulatório, o Estado restringe sua atuação direta e as necessidades coletivas são satisfeitas pela atuação apenas dos próprios particulares*”. (JUSTEN FILHO, 2013, p. 653).

essência da aplicação do princípio da legalidade, hoje toma uma conotação ideológica que busca determinar qual é o comportamento que o Estado deve assumir: um agente meramente regulador e controlador das atividades da iniciativa privada – na figura das Agências Reguladoras³⁰² – ou; pelo outro viés, um agente regulador, mas responsável pela transformação da ordem social – com a atuação direta do próprio Estado, notadamente, a administração pública.

Antes de adentrar nas concepções e na estruturação das atividades da Administração Ordenadora e da Regulação Administrativa, é importante tecer algumas palavras sobre “Regulação”, vez que, conforme mencionado, o termo tem sido utilizado, intencionalmente ou não, com certa atecnicidade, o que acaba gerando ainda mais confusão sobre o tema.

Pois bem, no significado comum, a palavra “regulação” advém do verbo “regular”, que significa (i) “*estar de acordo com as regras, firmar regras, as normas, o costume*”; (ii) “*de conformação harmoniosa*”³⁰³. No entanto, a própria Constituição Federal traz o termo “regulador” expresso em alguns de seus dispositivos, dentre eles, destaca-se o art. 174, *caput*³⁰⁴, devendo ser extraído o seu significado específico, é saber: “disciplinar”. Já para o entendimento doutrinário, a locução “regulação administrativa”, no que diz respeito ao sentido técnico, remete ao próprio exercício da função administrativa. Nesse mesmo sentido é o entendimento de Vladimir da Rocha França, ao conceber que a regulação administrativa abrange tanto as normas jurídicas administrativas quanto a criação delas no âmbito do exercício da função administrativa, não só para a efetivação de políticas públicas,

³⁰² As Agências Reguladoras são “*entidades administrativas independentes*” que significa, conforme Ricardo Marcondes Martins: “*Esse qualificativo (de entidades administrativas independentes das Agências Reguladoras) significa isenção da influência do governo e imunidade à tutela da Administração. Os dirigentes dessas entidades deveriam ter mandatos fixos, não passíveis de livre exoneração pelo chefe do Executivo*”. (MARTINS, 2011, p. 183).

³⁰³ O termo “regular”, possui diversos significados e foi aqui empregado, conforme já anotado, nos seguintes sentidos: “1. *Que está de acordo com as regras, firmar regras, as normas, o costume*; 3. *De conformação harmoniosa*”. (Consultar dicionário brasileiro da língua portuguesa – Michaelis On-line – <https://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/regular/>).

³⁰⁴ Consultar Constituição Federal, art. 174, *caput*:

Art. 174 – Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.

Em função do termo “regulador” extraído do mencionado dispositivo constitucional, Ricardo Marcondes Martins define o sentido do termo “regular” da seguinte forma: “*Regular é, nesse dispositivo (art. 174, caput, da Constituição Federal) para fins constitucionais, efetuar ponderações no plano concreto*”. (MARTINS, *op. cit.*, p. 106).

mas também para o domínio econômico e o domínio social, servindo como normas complementares das leis e da Constituição Federal³⁰⁵. Vale enfatizar 2 (dois) aspectos relevantíssimos do entendimento de Vladimir da Rocha França para o propósito deste estudo:

- (i). a regulação administrativa se confunde com a própria função administrativa. Nesse sentido, a concepção de regulação não pode ser restringida ao “controle” indireto das atividades econômicas dos particulares, limitando a competência de atuação da administração pública às competências das Agências Reguladoras, entidades essas importadas para o Brasil principalmente na década de 90 quando um forte movimento neoliberal passou a nortear a atuação da administração pública federal. Ao contrário disso, a regulação administrativa, enquanto parte da função administrativa, há de efetivar as transformações da ordem social e do próprio bem-estar público, garantindo não só o exercício dos direitos individuais e os direitos fundamentais dos administrados e das pessoas privadas em geral, como resguardar toda a dimensão político-jurídica do Estado Social e Democrático de Direito;
- (ii). a competência regulatória promove a edição de normas administrativas que são complementares não só à lei – entenda-se normas legislativas –, mas também às normas da própria Constituição. Esse entendimento faz menção à aplicação sistemática do princípio da legalidade, não se restringindo à subsunção formal das normas legislativas – interpretação típica da concepção legalista do Direito.

É de se observar que esse último aspecto (ii) da concepção de Vladimir da Rocha França, adota a noção neoconstitucional de interpretação e aplicação do Direito, uma vez que permite que as ponderações firmadas pela função administrativa sejam realizadas de forma direta às normas – regras ou princípios – constitucionais, quando, excepcionalmente, não existir previsão legal para o caso concreto. Neste caso, não havendo previsão legal, a administração pública atuará não por meio de sua competência regulatória administrativa, mas por sua

³⁰⁵ Vladimir da Rocha França descreve regulação da seguinte forma: “*Opta-se aqui por empregar ‘regulação’ para abranger tanto a estática jurídica (as normas jurídicas), como a dinâmica jurídica (a criação e a aplicação das normas jurídicas) pertinentes ao exercício da função administrativa, quando trata da efetivação de políticas públicas no domínio econômico ou no domínio social. Como atividade administrativa, a regulação encontra-se integralmente subordinada ao regime jurídico-administrativo. Isso significa dizer que as normas editadas pelo Estado no exercício de competências regulatórias são normas complementares à lei (ou à própria Constituição), sujeitas ao controle jurisdicional e voltadas à harmonização dos interesses públicos com os direitos fundamentais*”. (FRANÇA, 2014, p. 21).

competência de polícia administrativa, estabelecendo obrigações de não fazer – imposição de abstenção ou de suportar – aos administrados quando, no exercício de seus direitos, ocorrer conflito de interesses e de direitos fundamentais tutelados pelas próprias normas constitucionais. Essa dinâmica “regulação administrativa” e “polícia administrativa” será melhor explicitada ao que se segue.

4.5.3. Administração Ordenadora X Regulação Administrativa

Chega-se, por fim, ao ponto de intersecção no qual será possível constatar que a concepção adotada de interpretação e aplicação do Direito – concepção legalista ou concepção neoconstitucional –, vinculada à forma de aplicação do princípio da legalidade, bem como, à ideologia que cada doutrinador, direta ou indiretamente, assume, representa hodiernamente a continuidade da discussão sobre a existência ou não da crise do poder de polícia administrativa, agora sob uma nova perspectiva que envolve a competência regulatória da administração pública firmada pela teoria do Estado-Regulador, identificada, essencialmente, na Administração Ordenadora, ou pela teoria do Estado-Prestador de Serviço (identificada na Regulação Administrativa).

4.5.3.1. Estado-Regulador – Administração Ordenadora

A Administração Ordenadora é uma complexa e elaborada teoria jurídica, proposta por Hans Julius Wolff³⁰⁶, que foi sistematizada na Espanha por Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández³⁰⁷ e, no Brasil, por Carlos

³⁰⁶ A teoria da Administração Ordenadora – inicialmente introduzida como Administração de ordenação – proposta por Hans Julius Wolff é conceituada da seguinte forma: “A *Administração de Ordenação* [*Ordnungsverwaltung u ordenenden Verwaltung*] cuida da boa ordem na coletividade, ao limitar – regulamentando – a prossecução de interesses dos subordinados ao poder. A Administração de ordenação é especialmente a Administração de ingerência, que, com o auxílio de reservas de autorização, de ordens e, se necessário, de coacção, interfere no livre arbítrio das pessoas”. (WOLFF, Hans Julius; BACHOF, Otto; STÖBER, Rolf. *Direito Administrativo*. Vol. I, Trad. de António F. de Sousa, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2006, p. 55-56 – esclarecimento MARTINS, Ricardo Marcondes *apud* MARTINS, 2011, p. 122).

³⁰⁷ ENTERRIA, Eduardo García; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de direito administrativo*, 8ª ed., vol. II, Madrid: Civitas, 2002, XVII, p. 101-161.

Ari Sundfeld³⁰⁸. Inicialmente, na sua idealização, denominada “Administração de Ordenação”, propunha a ingerência da administração pública para limitar os interesses privados para cuidar da boa ordem da coletividade. Com a sistematização da teoria firmada no Brasil, é estabelecida uma proposta de disciplinar a parcela da função administrativa que envolve os comportamentos das pessoas privadas nas atividades que lhes são correlatas³⁰⁹. A sistematização da Administração Ordenadora proposta no Brasil assenta-se em dois pilares relevantes: o primeiro, jurídico, de obediência irrestrita ao princípio da legalidade e à subsunção da atividade administrativa à lei e; o segundo, que apresenta um viés ideológico, no qual, a atuação do Estado, notadamente, da administração pública, deve interferir minimamente nos comportamentos privados, para que estes atuem livremente na condução das atividades econômicas e que eles próprios estabeleçam uma ordem socioeconômica na sociedade.

O primeiro pilar finca as bases da Administração Ordenadora no princípio da legalidade. Pelo entendimento do autor sistematizador da teoria, a partir da implantação do Estado de Direito, especificamente, no Estado Liberal até os dias de hoje, não há qualquer espaço de atuação estatal e, contemporaneamente, da administração pública, sem que suas atividades estejam pautadas em lei. Essa orientação advém de uma importante concepção legalista do Direito, na qual busca extirpar do campo de atuação da administração pública toda e qualquer tentativa de autoritarismo e abuso de poder³¹⁰ que possa tolher os direitos fundamentais e os interesses juridicamente tutelados das pessoas privadas. Nesse sentido, não há dúvidas que a teoria da Administração Ordenadora propõe retirar da atuação contemporânea da administração pública, todo e qualquer resquício de um período

³⁰⁸ SUNDFELD, 1993.

³⁰⁹ Carlos Ari Sundfeld conceitua a Administração Ordenadora da seguinte forma: “A administração ordenadora é a parcela da função administrativa, desenvolvida com o uso do poder de autoridade, para disciplinar, nos termos e para os fins da lei, comportamentos dos particulares no campo de atividades que lhes é próprio”. (*Ibid.*, p. 20).

³¹⁰ O que se verifica na verdade é que na justificativa de não se adotar uma conduta autoritária e impositiva de poder, o autor simplesmente renega a atuação hodierna de polícia administrativa, certamente em virtude do histórico deste instituto jurídico que remete ao vetusto período anterior ao Estado de Direito, onde sequer havia uma ordem jurídica posta. Ocorre, porém, que a atuação da polícia administrativa não mais representa a vontade ilimitada de um príncipe; hodiernamente, para a atuação da polícia administrativa, também se faz necessária a observância do princípio da legalidade e de sua plena conformidade com o regime jurídico público-administrativo.

anterior ao Estado de Direito, onde imperava de forma ilimitada a vontade do príncipe³¹¹.

Em que pese a submissão das atividades da administração pública ao princípio da legalidade não ser uma novidade advinda da teoria da Administração Ordenadora, fato é que toda a construção jurídica dessa teoria apresenta como condição *sine qua non* a plena observância do art. 5º, inc. II da Constituição Federal, que dispõe: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. Assim, uma vez que a finalidade da Administração Ordenadora é a de disciplinar os comportamentos dos particulares, toda a atividade administrativa inerente dessa competência deve apresentar fundamento de validade em um dispositivo normativo legislativo, o que demonstra a adesão da teoria à concepção legalista de Direito com sua formalidade de subsunção às normas legislativas.

Já o segundo pilar, como dito, é de cunho ideológico. É introduzida nesta teoria um elemento subjetivo ideológico e não jurídico que propõe uma atuação estatal voltada para um modelo econômico empresarial de resultados advindo de um Estado-Regulador³¹², que se exime de atuar como um agente indutor social para não influenciar nas transformações de ordem social, deixando para a autonomia da vontade e da livre iniciativa das pessoas privadas a determinação das questões de bem-estar social. Em verdade, como enfatiza Carlos Ari Sundfeld, esta foi uma opção de ordem política econômica, não própria de uma certa família jurídica³¹³, que condensou toda a atuação de regulação estatal, especialmente, a que envolve a função administrativa, em uma condição de controlador “indireto” dos comportamentos dos particulares por meio das Agências Reguladoras, que

³¹¹ Marcante é a ênfase anotada por Carlos Ari Sundfeld em relação à atuação da administração pública sob a égide das leis: “O administrador, ao atuar, apenas aplica a lei, apenas realiza concretamente uma vontade geral, sem que a sua própria interfira no processo. A atividade pública não é propriedade de quem a exerce, significando apenas o exercício de dever-poder, indissoluvelmente ligado a finalidade estranha ao agente. Ademais, ninguém exercerá autoridade pública que não emane da lei. Só a lei pode definir e limitar o exercício dos direitos individuais. O interesse individual só cede ante interesses públicos e estes são estabelecidos pela lei, não pela vontade isolada do príncipe”. (SUNDFELD, 1993, p. 29).

³¹² Conforme analisa Ricardo Marcondes Martins: “Aqueles que adotam essa concepção (de Estado-Regulador) partem de um pressuposto ideológico: o Estado não deve atuar diretamente na ordem social, deve limitar-se a ‘regular’, vale dizer, a ‘controlar’ a atividade privada; deve empreender contínua e permanente disciplina da conduta dos particulares. Aniquila-se o Estado-Prestador de Serviços, que deixa de explorar a atividade econômica (...). O Estado apenas disciplina, controla e fomenta a iniciativa privada”. (MARTINS, 2011, p. 452).

³¹³ SUNDFELD, 2006, p. 23 e nota de rodapé nº 297 deste estudo.

apresentam regime especial com mandatos fixos aos seus dirigentes, no intento concentrar a disciplina e o controle regulatório das atividades econômicas em si próprias, tornando-as mais independentes e com maior isenção e imunidade à tutela da administração pública.

Não é de se estranhar que toda essa construção teórica de Estado-Regulador e Administração Ordenadora no Brasil seja avessa às atividades de polícia administrativa³¹⁴: a noção de polícia administrativa orbita um campo restrito das atividades da administração pública em que, na ausência de previsão legal, é legitimado à administração impor, com fundamentação na Constituição Federal, limites (obrigações de não fazer) ou sujeições (obrigações de suportar) aos administrados que apresentem relação geral de sujeição com a administração pública.

É importante constatar que o Estado-Regulador busca deslegitimar a atividade da polícia administrativa – alegando retorno ao autoritarismo, despotismo, ilegalidade e desconformidade ao princípio da legalidade – para incorporar esse específico campo de atuação “negativa”³¹⁵ da administração ao método peculiar proposto pela Administração Ordenadora e, assim, concentrar toda a competência reguladora administrativa, é saber, a atividade de disciplinar os comportamentos dos particulares, nas Agências Reguladoras “independentes, isentas e imunes à tutela direta da administração pública”. Com isso, retira-se do Estado e da administração pública a sua capacidade de atuar com a necessária ingerência os comportamentos dos particulares e, a consequência disso, é a redução do alcance estatal de

³¹⁴ Carlos Ari Sundfeld é taxativo ao estabelecer a substituição do poder de polícia administrativa pela Administração Ordenadora: *“A substituição do ‘poder de polícia’ pela ‘administração ordenadora’ não é mera troca de rótulos. Claro, há também a eliminação de expressão inconveniente, porque ligada à realidade jurídica que não mais vigora. Porém, o que há, principalmente, é a substituição da postura metodológica.*

Desde logo, é importante a questão do rótulo. Não convém falar em ‘poder de polícia’ porque ele: a) remete a um poder – o de regular autonomamente as atividades privadas – de que a Administração dispunha antes do Estado de Direito e que, com sua implantação, foi transferido para o legislador; b) está ligada ao modelo do Estado liberal clássico, que só devia interferir na vida privada para regulá-la negativamente, impondo deveres de abstenção, e, atualmente, a Constituição e as leis autorizam outros gêneros de imposição; c) faz supor a existência de um poder discricionário implícito para interferir na vida privada que, pode existir em matéria de ordem pública – campo para o qual o conceito foi originalmente cunhado – não existe em outras, para as quais a doutrina transportou-se acriticamente, pela comodidade de seguir usando velhas teorias”. (SUNDFELD, 1993, p. 17).

³¹⁵ Para um melhor entendimento do qualificativo de atuação “negativa” da polícia administrativa, consultar item 3.4.1. e nota de rodapé nº 194 supra deste estudo.

promover as importantes transformações da ordem social e do bem-estar da vida em sociedade.

Não é objeto desse estudo minuciar toda a elaborada construção que envolve a Administração Ordenadora. Todavia, vale apresentar, *en passant*, a estrutura principal que adensa essa teoria, dada a relevância de seu teor e de sua matiz gerencial e empresarial de resultados para o Direito operativo contemporâneo. A teoria da Administração Ordenadora apresenta uma divisão tripartite que engloba 3 (três) campos de atuação da administração pública: (i) Administração de gestão – é a atividade da administração pública que gere a prestação de serviços públicos e as atividades de serviços sociais diretamente prestadas pelos administrados e pela iniciativa privada; (ii) Administração fomentadora – é a atividade da administração pública que induz, por meio de incentivos e estímulos, o comportamento dos particulares e; (iii) Administração ordenadora – já apresentada com maiores detalhes acima – é a atividade da administração pública responsável por disciplinar os comportamentos dos particulares nas atividades econômica que lhes são pertinentes.

A Administração Ordenadora atua valendo-se de 4 (quatro) possíveis técnicas: A) constrição de direitos privados por atos administrativos, que podem ocorrer por meio das licenças ou das autorizações; B) condicionamentos administrativos de direitos, que podem ser de 3 (três) espécies: b1) limites do direito, com a imposição de obrigações de não fazer; b2) encargos do direito, com a imposição de obrigações de fazer e; b3) sujeições do direito, com a imposição do dever de suportar; C) sacrifícios de direito, firmados por meio das desapropriações e; D) prestações dos particulares em favor da administração³¹⁶.

Em rápido esboço é essa a estrutura proposta pela teoria da Administração Ordenadora. Para o presente estudo, o que efetivamente importa considerar é que essa teoria estabelece um rigor formal para a aplicação do princípio da legalidade nas atividades da administração pública; a teoria é elaborada em função da opção ideológica de se construir um Estado-Regulador, é saber, que se propõe, tão-somente, a disciplinar e controlar as condutas dos administrados e das pessoas privadas em geral, sem a pretensão de intervir diretamente na ordem

³¹⁶ SUNDFELD, 1993, p. 38 *et seq.*

social e no bem-estar da vida em sociedade e; propõe a substituição das atividades de polícia administrativa por uma atividade mais gerencial de condicionamentos administrativos via limitações (obrigações de não fazer), encargos (obrigações de fazer) e, sujeições (deveres de suportar), sempre com previsão normativa legislativa abstrata que lhe dê fundamentação para atuação.

Este é um dos lados da discussão que se adensa a partir do início do século XXI e que se apresenta, de acordo com a presente proposta, como a continuidade e extensão do antigo debate sobre a existência de uma crise do poder de polícia administrativa, porém, com um viés mais alargado, já que os defensores do Estado-Regulador – teoria da Administração Ordenadora –, além de manterem o questionamento sobre a legalidade do instituto do poder de polícia administrativa em relação ao regime jurídico público-administrativo, buscam, também, a partir da nova perspectiva da discussão e por meio da introdução de um fator subjetivo ideológico, reduzir o campo de atuação da competência regulatória do Estado, notadamente da administração pública, para um mero expectador das Agências Reguladoras que, com sua autonomia, imunidade à tutela da administração pública e, o que é ainda pior, vínculo de interesses com as entidades reguladas, abre espaço para uma atividade econômica privada desmedida, sem controle e sem qualquer preocupação com o interesse público, com a ordem social e com o bem estar da vida em sociedade.

4.5.3.2. Estado-Prestador de Serviço – Regulação Administrativa

Por fim, a teoria do Estado-Prestador de Serviço que, ao contrário do Estado-Regulador, estabelece um papel de relevância social do Estado e, mais especificamente, da administração pública, que deve atuar como agente transformador da ordem social e do bem-estar de toda a coletividade. Trata-se de uma teoria que busca não só “disciplinar” as atividades econômicas das pessoas privadas, mas, para além dessa conformação estanque e indireta, atenta para o dever efetivo da administração pública de atuar diretamente na concretização dos valores objetivamente estabelecidos na Constituição Federal e no ordenamento

jurídico como um todo, além de contribuir para a promoção dos elementos basilares do Estado Social e Democrático de Direito.

A Regulação Administrativa foi densa e profundamente tratada na obra de Ricardo Marcondes Martins³¹⁷ que buscou um sentido de regulação administrativa à luz da Constituição Federal e, por isso mesmo, é uma teoria que melhor se adequa à realidade política, jurídica e social do Brasil. Devido aos seus alicerces estarem fincados nos valores constitucionais, ou princípios jurídicos constitucionais, a teoria da Regulação Administrativa não faz uso de fatores ideológicos externos à Constituição Federal como instrumento de substituição, ou mesmo, de modificação das diretrizes que norteiam todo o programa constitucional originário. Na verdade, o que a teoria da Regulação Administrativa almeja é identificar o conteúdo ideológico da própria Constituição Federal para, a partir dessa pré-compreensão ideológica³¹⁸, interpretar o texto constitucional da forma mais adequada e fidedigna possível à essência valorativa constitucional e, com isso, aplicar o instituto da regulação na plena conformidade da ordem jurídica brasileira. O que se verifica com a Regulação Administrativa, portanto, é a retirada das influências ideológicas externas à Constituição Federal – identificadas no Estado-Regulador –, para firmar uma interpretação conforme aos ditames constitucionais, é saber: extirpar as interferências ideológicas externas e estranhas à ordem jurídica brasileira e, assim, fazer idônea e verdadeira ciência jurídica na busca pela adequada interpretação das normas constitucionais para concretizar os valores normativos mais elementares da Constituição Federal.

Além dessa notória preocupação com a ciência jurídica, a teoria da Regulação Administrativa também se demonstra absolutamente íntegra com a tecnicidade dos conceitos utilizados, não só em relação à esfera jurídica, mas também para as outras ciências e outros campos do saber humano. Nesse sentido, a teoria conceitua “Regulação” extraindo os conhecimentos da cibernética e da economia: *“Regulação é toda intervenção estatal destinada a promover a eficiência e a equidade econômicas – solver as falhas do mercado em prol da perfeita*

³¹⁷ MARTINS, 2011.

³¹⁸ Informa Ricardo Marcondes Martins que o processo de interpretação exige do intérprete o esforço de identificar a ideologia do texto normativo. Nesse sentido anota Ricardo Marcondes Martins: *“Há uma ‘ideologia do texto normativo’ que muitas vezes não coincide com a ‘ideologia do intérprete’. É impossível interpretar despido de sua própria ideologia, mas interpretar é compreender a ideologia do objeto interpretado”*. (Ibid., p. 53).

competitividade e realizar justiça social”³¹⁹ – esse entendimento representa um conceito finalístico intrínseco tecnicamente à noção de regulação e que se coaduna com a noção do Estado-Prestador de Serviço. Também importa considerar outra relevante característica trazida por essa teoria: conforme enfatiza Ricardo Marcondes Martins, a regulação é uma atividade externa³²⁰, realizada por uma entidade – agente regulador – que promove uma intervenção na atividade de outrem – agente regulado. Nesse sentido, a própria noção técnica do termo regulação já indica uma forte intervenção do Estado nas atividades externas, é saber, nas atividades econômicas das pessoas privadas, logo, por uma interpretação lógica, regulação estatal e intervenção mínima, proposta pelo Estado-Regulador, são noções antagônicas entre si³²¹. Esse entendimento é de extrema relevância, vez que permite corrigir ou, ao menos, apontar alguns equívocos técnicos que a prática da regulação administrativa brasileira, sob influência ideológica do Estado-Regulador, vem acometendo nas últimas 3 (três) décadas, institucionalizando a nova perspectiva da crise na roupagem da “regulação”.

Apenas como registro exemplificativo, é possível citar: (i) as atividades de regulação realizadas em serviços públicos³²² – neste caso, mesmo que a prestação do serviço público seja realizada por pessoa privada por meio de outorga de concessão³²³ da prestação de serviço, não há que se falar em regulação

³¹⁹ MARTINS, 2011, p. 97.

³²⁰ Conforme anota Ricardo Marcondes Martins: “A regulação ‘jurídica’, em sentido estrito, é uma atividade externa: restringe-se à atividade econômica, à esfera de liberdade dos particulares enquanto agentes econômicos”. (*Ibid.*, p. 119).

³²¹ Sobre esse tema, vale também anotar importante distinção entre regulação e intervenção firmada por Ricardo Marcondes Martins: “Cumpra distinguir: toda regulação é uma intervenção na ordem econômica, mas nem toda intervenção na ordem econômica é uma regulação. (...) a regulação é um conceito finalístico: define-se pela busca de equidade ou eficiência econômica nas atividades econômicas comuns e pela tutela do bem jurídico protegido nas atividades econômicas especiais”. (*Ibid.*, p. 133). Em suma, a intervenção estatal será uma regulação se e somente se tiver a finalidade de atender a equidade econômica ou a eficiência econômica nas atividades econômicas comuns e na tutela de bem jurídico protegido nas atividades econômicas especiais.

³²² Observe a distinção e a noção antagônica existente entre a teoria do Estado-Regulador adotada na Administração Ordenadora e a teoria do Estado-Prestador de Serviços verificada na Regulação Administrativa: enquanto na primeira a regulação em atividades de prestação de serviço público por intermédio das pessoas privadas é totalmente concebível e sistematizado (no caso em tela, a Administração Ordenadora adota a regulação do tipo (i) Administração de gestão); já para a segunda (Estado-Prestador de Serviços concebido na Regulação Administrativa), as atividades de prestação de serviço público são incompatíveis com o instituto da regulação, uma vez que são atividades internas de titularidade do Estado.

³²³ Em relação ao instrumento de outorga da permissão, também expressamente disposto no *caput* do art. 175 da Constituição Federal, optou-se por suprimi-lo dos argumentos apresentados nesse

da atividade, vez que, havendo ou não a outorga de concessão, a atividade continua a ser de titularidade do Poder Público, conforme estabelece o *caput* do art. 175 da Constituição Federal³²⁴. Logo, não se configura uma atividade externa hábil a ser regulada pela administração pública e; (ii) a regulação das atividades de monopólios do Estado³²⁵, dispostas em *numerus clausus*, no caso da União, nos 5 (cinco) incisos do art. 177 da Constituição Federal³²⁶ – aqui, pela mesma razão, independentemente da atividade de exploração ter sido outorgada ou não para uma pessoa privada, a atividade continua a ser um legítimo monopólio do Estado, razão pela qual, não é possível promover a regulação desse tipo de atividade por ser ela de natureza interna, é saber, atividade de competência do Estado.

Seguindo a mesma lógica do que foi apresentado para a teoria da Administração Ordenadora, vale aqui também traçar breves comentários sobre como a Regulação Administrativa é estruturada, sem perder de vista, reforça-se, que não é o objeto deste estudo entrar nos pormenores das mencionadas teorias aqui

estudo. Isso porque, a permissão é um ato administrativo precário, o qual a administração pública apresenta disponibilidade, por competência discricionária, a qualquer tempo para elidir o vínculo com o administrado. Por isso, entende-se que o instrumento de outorga da permissão não é aplicável às prestações de serviço público, mas, tão-somente, a concessão. Nessa mesma linha é a doutrina de Ricardo Marcondes Martins: “O signo ‘permissão’ refere-se ao ‘ato administrativo unilateral’, próprio do exercício de competência ‘discricionária’, que possibilita ao administrado, de modo ‘precário’, a realização de conduta estranha à esfera privada, como o uso de um bem público. É incompatível com a outorga de serviço público: ‘permissão de serviço público é contrafação de concessão’”. (MARTINS, 2011, p. 356).

³²⁴ Consultar Constituição Federal, art. 175, *caput*:

Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

³²⁵ As atividades de monopólio de cada ente federativo estão expressamente dispostos: (i) atividades de monopólio da União – Constituição Federal; (ii) atividades de monopólio do Estado – Constituição do respectivo Estado e; (iii) atividades de monopólio do município – Lei Orgânica do respectivo município.

³²⁶ Consultar Constituição Federal, art. 177, *caput* e seus incisos:

Art. 177. Constituem monopólio da União:

I - a pesquisa e a lavra das jazidas de petróleo e gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos;

II - a refinação do petróleo nacional ou estrangeiro;

III - a importação e exportação dos produtos e derivados básicos resultantes das atividades previstas nos incisos anteriores;

IV - o transporte marítimo do petróleo bruto de origem nacional ou de derivados básicos de petróleo produzidos no País, bem assim o transporte, por meio de conduto, de petróleo bruto, seus derivados e gás natural de qualquer origem;

V - a pesquisa, a lavra, o enriquecimento, o reprocessamento, a industrialização e o comércio de minérios e minerais nucleares e seus derivados, com exceção dos radioisótopos cuja produção, comercialização e utilização poderão ser autorizadas sob regime de permissão, conforme as alíneas b e c do inciso XXIII do *caput* do art. 21 desta Constituição Federal.

apresentadas. Portanto, serão apresentados, tão-somente, os contornos gerais e perfunctórios da teoria da Regulação Administrativa.

Como já mencionado anteriormente, a Regulação Administrativa concebe tecnicamente o conceito finalístico de regulação que, nunca é demais repetir: regulação é uma atividade administrativa – intervenção estatal – que busca promover a equidade econômica (realizar a justiça social) ou a eficiência econômica (resolver possíveis falhas do mercado econômico) das atividades econômicas das pessoas privadas. Essa intervenção finalística da administração pública pode se dar por 3 (três) formas distintas: (i) por direção, ou regulação por ordenação – é a forma de regulação mais comum, na qual a administração disciplina e estabelece determinadas ações, impondo condicionamentos na atividade econômica privada; (ii) por indução, ou regulação por fomento – é a forma de regulação que intervém no domínio econômico das pessoas privadas promovendo estímulos ou desestímulos, incentivos ou desencorajamentos³²⁷ e; (iii) por participação, ou regulação por exploração direta – é a forma de regulação na qual o Estado atua diretamente na exploração da atividade econômica³²⁸.

Em relação às técnicas utilizadas na regulação por direção – ou regulação por ordenação –, são utilizadas as mesmas técnicas observadas na sistematização da Administração Ordenadora. Assim, em brevíssimo escorço, as seguintes técnicas são possíveis de serem utilizadas na regulação por direção ou ordenação: A) constituição de situações jurídicas ativas (licenças e autorizações); B) constrições de situações jurídicas passivas (limitações, encargos e sujeições); C) imposição de sacrifícios de direitos (desapropriações) e; D) imposição de deveres autônomos. A única observação a ser feita é que, conforme pontua Ricardo Marcondes Martins, todas essas técnicas de atuação administrativa pressupõe prévia ponderação constitucional ou legislativa, ou seja, não é adotada a concepção legalista de subsunção exclusiva das normas legislativas, mas a concepção

³²⁷ Ricardo Marcondes Martins preleciona que: “A palavra ‘incentivo’ deve ser tomada no sentido amplo: incentivo para fazer algo ou para não fazer algo. Noutras palavras, abrange o incentivo propriamente dito e o desencorajamento. O fomento pode dar-se, assim, por estímulos ou desestímulos”. (MARTINS, 2011, p. 129).

³²⁸ Nestes casos de regulação por participação, vale recordar: o Estado não atua com a mesma finalidade de lucro das pessoas privadas, mas com a finalidade de buscar o equilíbrio do mercado para realizar a equidade econômica ou a eficiência econômica, até que o desequilíbrio econômico identificado seja resolvido.

neoconstitucional que permite, também, a atuação administrativa diretamente dos comandos constitucionais, sem que haja qualquer ofensa ao princípio da legalidade.

O que bem se observa nesta teoria é que tanto a regulação administrativa quanto o poder de polícia administrativa são institutos jurídicos não antagônicos e que são possíveis de ser concebidos de forma harmônica e concomitantes um com o outro. Para tanto, é importante observar que, muito embora sejam ambas intervenções estatais, cada qual apresenta a sua característica que indicará, no caso concreto, qual deles deverá, em regra, ser adotado: (i) se for uma atuação administrativa sob a égide de previsão legislativa e que possui a finalidade de buscar a equidade econômica – justiça social – ou a eficiência econômica – resolver falhas de mercado – para promover o equilíbrio na atividade econômica das pessoas privadas, a administração pública deverá atuar com sua competência regulatória; (ii) mas, se for uma situação de urgência a envolver conflitos no exercício dos direitos à liberdade e a propriedade e que, para o caso concreto não houver ponderação legislativa em abstrato, é saber, não existir previsão legal em abstrato aplicável ao caso concreto, a administração pública deverá se valer da sua competência de polícia administrativa para concretizar diretamente as normas constitucionais e harmonizar os direitos envolvidos em relação aos demais bens jurídicos tutelados pelo ordenamento jurídico.

A bem da verdade, e por tudo o que se verificou da teoria da Regulação Administrativa, esta representa o outro lado da discussão que, de acordo com a presente proposta, promove a continuidade e a extensão do debate sobre a existência, ou não, de uma crise do poder de polícia administrativa e que, contemporaneamente, passa a alcançar novos temas, institutos jurídicos e conceitos ideológicos a interferir na atividade da administração pública e na aplicação do Direito Administrativo. De um lado, um grupo que questiona a legalidade do instituto do poder de polícia e que, ideologicamente, propõe um Estado-Regulador para reduzir as interferências do Estado na esfera privada e de outro, um grupo que concebe a existência harmônica e concomitante do instituto do poder de polícia administrativa e do instituto da regulação administrativa como forma de reforçar o papel de um Estado-Prestador de Serviço como agente indutor da ordem social e do bem estar da vida em sociedade. A discussão sobre a crise do poder de polícia administrativa e regulação administrativa toma, a partir dessa configuração, nova

perspectiva a ser debatida com seriedade, bom senso e objetividade na ciência jurídica.

Finalmente, para conclusão deste estudo, vale enfatizar que a teoria da Regulação Administrativa, ao contrário do que é feito na Administração Ordenadora, constrói toda a sua sistematização de regulação em função da concepção neoconstitucional do Direito. A relevância disso é que fica notória a proximidade e a afinidade das concepções e da aderência dos argumentos daqueles que, até o final do século passado, adotavam a linha de defesa do instituto do poder de polícia administrativa, com aqueles que, contemporaneamente, apoiam a aplicação dos métodos da Teoria da Regulação Administrativa e do Estado-Prestador de Serviço; e isso não é mera coincidência. Ora, ambos os grupos apresentam uma peculiar característica de aplicar o princípio da legalidade de uma forma mais abrangente e sistêmica em relação ao ordenamento jurídico e ao regime jurídico público-administrativo. Nesse sentido, dispersa-se o rigor de formalidades excessivas oriundas do método de subsunção das normas legislativas abstratas, para compor uma harmonia sistêmica do que será aplicado com a vontade mais íntima da ordem jurídica posta. Essa vontade do ordenamento, de fato, não é simples de ser identificada, entretanto, é somente do âmago sistêmico do ordenamento jurídico e do Direito globalmente considerado que serão extraídas as orientações normativas hábeis a proporcionar a ótima atuação da administração pública, fazendo cumprir o seu dever funcional de sempre atender o interesse público.

CONCLUSÃO

Por todo o exposto na Parte I deste estudo e à guisa de consolidação dos temas abordados, tem-se que:

Capítulo 1 – O Regime Jurídico de Direito Público

1.1. Devido às complexidades apresentadas nas mais diversas relações das sociedades contemporâneas, não é possível conceber um regime jurídico geral hábil a disciplinar, ao mesmo tempo, todas as diferentes possibilidades de situações e relações jurídicas existentes na sociedade. Atenta a essa situação político-social, a Constituição Federal determina a existência de uma estrutura jurídica que separa o Direito em dois regimes jurídicos distintos: (i) o regime jurídico de direito privado e; (ii) o regime jurídico de direito público.

1.2. A noção de sistema jurídico é imprescindível para a plena compreensão da inteireza e integralidade de todo e qualquer regime jurídico. Nesse sentido o sistema jurídico promove a integração de elementos que apresentem similaridades entre si e estabelece a aglutinação dos elementos semelhantes em um conjunto unitário, íntegro e coeso. Com isso, o sistema jurídico promove a pré-ordenação valorativa dos elementos que o integra e, também, delimita os comandos normativos que são utilizados no cumprimento das mais diversas diretrizes sistêmicas, constituindo verdadeiros regimes jurídicos.

1.3. O interesse público é um conceito jurídico de inestimável importância para a compreensão do regime jurídico público, vez que, é a partir dele que se estabelece a finalidade, as funções e a própria razão de ser do Estado. Nesse sentido, o interesse público é um conceito chave que orienta, sistemática e teleologicamente, todo o regime jurídico público, sendo, inclusive, o alicerce fundamental para diversos conceitos de outros elementos e institutos jurídicos que integram o regime.

O interesse público não pode ser considerado um interesse autônomo que se contrapõe ao interesse privado, isso porque, é ele constituído da conjugação dos interesses privados para formar um interesse amplo, social e

coletivo. Nesse sentido, o interesse público constitui o resultado dos interesses dos cidadãos enquanto partícipes da sociedade, podendo apresentar duas facetas ou dimensões distintas: (i) a dimensão privada que corresponde aos interesses individuais dos cidadãos e; (ii) a dimensão pública que congrega os interesses privados em uma composição social e coletiva. Além disso, não se pode compreender o interesse público como um interesse individual do Estado, exatamente por ser ele composto pelos diversos interesses individuais existentes na coletividade, devendo ser entendido, portanto, como a dimensão pública do interesse privado.

1.3.1. A noção de interesse público é elaborada a partir dos estudos de Celso Antônio Bandeira de Mello e sua ideia central orbita na interação do conjunto social disposto coletivamente, é saber, na acepção do interesse do todo coletivo.

1.3.2. Para Ricardo Marcondes Martins, a conceituação de interesse público é extraída, basicamente, de duas percepções principais. A primeira refere-se à percepção de dupla dimensão do interesse privado, quais sejam: (i) a dimensão privada do interesse privado e; (ii) a dimensão pública do interesse privado. Já a segunda, advém de uma percepção neoconstitucional do Direito, de tal forma a estabelecer que o Direito globalmente considerado é constituído de um sistema integrado e coerente de valores positivados e que, a partir deles, se estabelece uma vontade própria. Essa vontade própria do ordenamento jurídico, sistematicamente estabelecido, constitui o interesse público.

1.3.3. O interesse público primário deve ser entendido como o interesse do todo social e coletivo, é saber, o conjunto dos interesses dos particulares que representa o interesse da coletividade – dimensão pública do interesse privado; já em uma noção neoconstitucional, interesse público primário representa a vontade do ordenamento jurídico enquanto diretriz de concretização dos valores constitucionais. Por sua vez, interesse público secundário é a individualidade dos interesses singulares das pessoas privadas a representar o interesse íntimo da esfera jurídica de cada pessoa, física ou jurídica, podendo representar, inclusive, o interesse individual do Estado enquanto pessoa jurídica.

1.3.4. Conforme a classificação de Daniel Wunder Hachem o interesse público apresenta dupla noção jurídica e pode ser classificado de duas

formas: (i) interesse público em sentido amplo – trata da abrangência do interesse público em relação a todos os interesses que o ordenamento jurídico tutela, tanto o interesse geral, quanto os interesses específicos e; (ii) interesse público em sentido estrito – a ser identificado no caso concreto quando a administração pública realizar uma ponderação para obter uma decisão ótima sobre qual o interesse, dentre dois ou mais que estão em colisão no caso concreto, mais se aproxima da essência do interesse do todo coletivo e que deve ser efetivado.

1.3.5. A concepção de interesse público não é unânime na doutrina, notadamente no que diz respeito à noção social e coletiva que agrega os interesses individuais em um conjunto amplo do todo social e coletivo – dimensão pública do interesse privado. Nesse sentido é a contraposição de Marçal Justen Filho que questiona a própria existência de um conteúdo do interesse público por não considerar o fator social um elemento integrador dos interesses privados. Para ele, o que deve nortear a atividade estatal é o cumprimento dos interesses privados não egoísticos indisponíveis pela administração pública e a efetivação dos direitos fundamentais. Afirmou-se que a concepção de interesse público adotada neste estudo é a linha doutrinária de Celso Antônio Bandeira de Mello, Ricardo Marcondes Martins e Daniel Wunder Hachem.

1.4. A função pública deve ser entendida, essencialmente, como o dever que o Estado possui de cumprir e perseguir o interesse público, é saber, de tutelar o interesse alheio – interesse da coletividade. A função pública apresenta um conceito que se contrapõe à autonomia da vontade das pessoas privadas, vez que o Estado não possui autonomia, nem liberdade, para perseguir outra coisa senão o interesse público, identificado no interesse do todo coletivo e na vontade do ordenamento jurídico.

1.4.1. O conceito de função pública envolve a compreensão de duas noções importantes: a dicotomia do dever-poder estatal e a relação de hierarquia que existe entre o dever e o poder do Estado, sendo o dever a finalidade maior a ser perseguida e o poder, o meio, instrumental e ancilar, para que o Estado consiga cumprir seus desideratos. Assim, o conceito de função pública pode ser estabelecido como o dever que o Estado possui de cumprir e satisfazer o interesse da coletividade, atuando com poderes instrumentais e acessórios para alcançar seus fins.

1.4.2. A função pública apresenta características que são ínsitas da noção de dever-poder estatal e do regime jurídico de direito público. As características da função pública são apresentadas da seguinte forma: (i) são ínsitas das relações jurídicas entre o Estado e os particulares; (ii) apresentam exorbitância e verticalidade em suas relações jurídicas; (iii) apresentam prerrogativas de autoridade e comando estatal; (iv) não se concebe a liberdade nem a autonomia da vontade nessas relações estatais e; (v) a sua competência é indelegável.

Além das características ínsitas da função pública, este instituto jurídico de direito público pode ser dividido, orgânica e funcionalmente, em três núcleos de competências principais, as quais se incumbem do exercício da função legislativa, da função executiva ou administrativa e da função jurisdicional, e vincula cada uma dessas funções a uma unidade orgânica estatal, respectivamente, a legislativa, a executiva ou administrativa e a judiciária.

1.5. O conceito de regime jurídico de direito público deve ser extraído da compreensão dos institutos caracterizadores do regime jurídico especial que disciplinam as situações e relações jurídicas que o Estado estiver envolvido e que determinam e informam a atuação estatal, sendo os seguintes institutos os mais relevantes: sistemas jurídicos, interesse público e função pública.

Nesse sentido, foi proposto neste estudo um conceito de regime jurídico de direito público, nos seguintes termos: *“Regime Jurídico de Direito Público é o conjunto normativo sistêmico que disciplina, integra e torna coeso os diversos comandos normativos que possuem similaridades e características que se harmonizam pela própria vontade do ordenamento jurídico, para informar a atuação estatal que se vale de prerrogativas de autoridade e comando para a efetiva concretização e cumprimento dos interesses de toda a coletividade, interesses esses constituídos pelo conjunto dos interesses dos indivíduos enquanto partícipes da sociedade”*.

Capítulo 2 – O Regime Jurídico Público-Administrativo

2.1. O Regime Jurídico Público-Administrativo é o campo do Direito Público que informa e disciplina, especificamente, a função administrativa e os agentes e órgãos que a exercem.

Seguindo a sistemática de Celso Antônio Bandeira de Mello, o regime jurídico público-administrativo é estruturado por dois primados que qualificam, essencialmente, todo o regime: (i) o primado da Supremacia do Interesse Público sobre o Privado e; (ii) o primado da Indisponibilidade do Interesse Público pela Administração.

2.1.1. O primado da supremacia do interesse público sobre o privado deve ser identificado como um comando normativo, uma diretriz fundamental que informa a maior parte das disposições jurídicas do regime jurídico especial, de tal forma a representar o ponto gravitacional de todo o regime jurídico público-administrativo que é: o de determinar e legitimar um ambiente jurídico especial e sistêmico; o de fixar a obrigação de dever do Estado de tutelar os interesses alheios e de estabelecer a finalidade de persecução do interesse público e; de fundamentar e legitimar o uso de um meio, instrumental e ancilar, hábil a possibilitar que a administração pública atinja suas finalidades de cumprir a vontade do ordenamento jurídico.

2.1.1.1. A posição originária de Celso Antônio Bandeira de Mello identifica e reconhece ao primado da supremacia do interesse público sobre o privado uma importância de verdadeiro alicerce nuclear do regime jurídico público-administrativo, bem como, de ser um pressuposto da ordem social a permitir estabilidade e o convívio harmônico de todos coletivamente, isso porque, este primado corresponde a uma diretriz axiológica que legitima o uso das prerrogativas estatais ao ente administrativo para gerir e administrar a coisa pública.

Além disso, este posicionamento advém de uma concepção legalista do Direito, de tal forma a este primado ser aplicado como um mandamento nuclear que irradia orientações valorativas a todo o sistema jurídico, sem, contudo, apresentar conteúdo normativo autônomo na ordem jurídica.

2.1.1.2. Humberto B. Ávila apresenta forte crítica à posição originária de Celso Antônio Bandeira de Mello em relação à supremacia do interesse público sobre o privado, alegando que: (i) não é possível concebê-la como norma-princípio; (ii) não pode ser considerada um princípio imanente do sistema jurídico brasileiro; (iii) o interesse público e o interesse privado não podem ser dissociados; (iv) não pode ser considerada como um postulado explicativo do Direito Administrativo e; (v) não pode ser descrita como um princípio abstrato por depender das situações

concretas de cada caso, apresentando características de regras condicionais concretas de prevalência.

É importante considerar que a visão de Humberto B. Ávila advém de uma concepção neoconstitucional do Direito que estabelece a estrutura normativa em regras e princípios jurídicos. Além disso, o jurista gaúcho concebe a supremacia do interesse público sobre o privado como uma regra de prevalência, a ser aplicada tão-somente, a depender das circunstâncias de fato e de direito de cada caso concreto. Eis aí a discrepância de seu posicionamento em relação à visão de Celso Antônio Bandeira de Mello.

2.1.1.3. A supremacia do interesse público sobre o privado apresenta tamanha relevância ao regime jurídico público-administrativo que sua aplicação pode se dar de duas formas distintas, ou seja, dupla natureza jurídico-normativa. Ela pode ocorrer tanto como uma regra jurídica – com razões definitivas de aplicação –, quanto como um princípio jurídico, com razões *prima facie* de aplicação.

2.1.1.4. A concepção neoconstitucional do Direito é introduzida no mundo jurídico a partir dos estudos teóricos de Ronald Dworkin e Robert Alexy, tendo-se como referência o método concretista de aplicação do Direito em que a interpretação é realizada a partir do caso concreto e sempre considerando o texto normativo constitucional como ponto de partida e o limite da interpretação a ser realizada. Nessa concepção, o Direito passa a ser uma ordem objetiva de valores que deve ser concretizada a depender das circunstâncias de fato e de direito apresentados no caso concreto, utilizando um método de ponderação que decide qual o valor constitucional melhor cumpre o interesse público em sentido estrito.

A partir desse entendimento, o Direito passou a ser estruturado por duas espécies normativas que apresentam características distintas: (i) as regras jurídicas – que apresentam razões definitivas e que respeitam o método de tudo-ou-nada e; (ii) os princípios jurídicos – que apresentam razões *prima facie*, com aplicação a depender de uma ponderação firmada a partir das circunstâncias de fato e de direito e de pesos atribuídos aos princípios que estão em colisão no caso concreto.

2.1.2. Já o outro importante primado estruturante do regime jurídico público-administrativo é identificado como o primado a indisponibilidade do interesse público pela administração. Este primado estabelece que a administração pública possui deveres que, independentemente de sua vontade, devem ser diuturnamente perseguidos e cumpridos sem qualquer margem de negociação. O cumprimento desses deveres, especialmente o da persecução do interesse público, é uma imposição intransferível que a administração pública deve sempre estar atenta e apta a realizar.

Pela análise comparativa dos posicionamentos doutrinários apresentados na Parte II deste estudo e à guisa de conclusão do tema, tem-se que:

1. O poder de polícia é um instituto jurídico já amplamente estudado pela doutrina nacional e estrangeira e que apresenta, essencialmente, a finalidade de conformar e estabelecer a anatomia dos direitos à liberdade e à propriedade para que tais direitos fundamentais sejam harmonizados aos demais bens jurídicos tutelados no ordenamento jurídico e, assim, promover a boa ordem jurídica e o bem estar social.

2. A expressão “polícia” e, posteriormente, o instituto do “poder de polícia” atravessou um longo período histórico e, durante toda a sua existência, serviu como instrumento de atuação estatal no desempenho de finalidades diversas, caracterizadas a depender do momento histórico que estiver sendo analisado. Em que pese a notória evolução desse instituto ao longo da história, o momento mais marcante de sua existência ocorreu no período do Estado absolutista, incorporando ao instituto um estigma negativo de opressão, autoritarismo e coação física. Já no período do Estado Liberal, assumiu uma característica de defesa da boa ordem pública contra os comportamentos de perturbação que as pessoas privadas pudessem apresentar.

3. Já a partir da metade do século passado, com a plena consolidação do Estado Social e Democrático de Direito, um relevante movimento de grandes juristas, passou a identificar no instituto do poder de polícia uma desconformidade com o princípio da legalidade e com o regime jurídico de direito

público e, assim, a crise do poder de polícia passou a ser disseminada criando-se um intenso debate sobre o tema.

4. Neste estudo dissertativo verificou-se, a partir das doutrinas analisadas, que a crise do poder de polícia, mais especificamente, do poder de polícia administrativa, não advém de deficiências técnico-jurídicas identificadas no conteúdo ou na própria essência do instituto, a promover desconformidades com o regime a ele afeto. Identificou-se, em verdade, que a discussão a envolver a crise do poder de polícia administrativa advém das diferentes concepções de Direito, afinidades a determinadas teorias jurídicas e, até mesmo, visões ideológicas de mundo a fundamentar e a justificar a aderência do pensamento do jurista ou operador do Direito a um dos lados da discussão apresentada.

5. Identificou-se 3 (três) aspectos principais que geram o debate sobre a crise e que promovem a divergência na percepção de conformidade do instituto do poder de polícia administrativa em relação ao princípio da legalidade, ao ordenamento jurídico pátrio e ao regime jurídico público-administrativo.

5.1. O primeiro aspecto é inerente à concepção do Direito assumida pelo jurista ou operador do Direito, que permite variações na forma de interpretação e aplicação das normas jurídicas e dos influxos axiológicos do sistema jurídico no caso concreto. As concepções identificadas neste estudo são: (i) a concepção legalista do Direito e; (ii) a concepção neoconstitucional do Direito.

5.1.1. A concepção legalista do Direito promove um apego aos rigores formais de aplicação das normas jurídicas, principalmente devido ao método de subsunção hierárquica das normas administrativas às normas legislativas. Nesse sentido, é mais propenso ao jurista acreditar que existe uma ofensa ao princípio da legalidade quando a administração pública, na ausência de previsão legislativa abstrata, busca solucionar conflitos de interesses e direitos fundamentais diretamente das normas constitucionais, utilizando a sua competência de polícia administrativa para conformar os direitos ali envolvidos. Para aqueles que entendem dessa forma, a atuação da administração pública, na ausência de norma legislativa abstrata, configura notória ilegalidade e, por isso, entendem que o poder de polícia administrativa promove uma crise institucional no regime jurídico público-administrativo.

5.1.2. Para a concepção neoconstitucional do Direito, a aplicação do princípio da legalidade é tão importante quanto para a concepção legalista, todavia, a concepção neoconstitucional compreende o Direito e a aplicação do princípio da legalidade de uma forma mais abrangente, é saber, na obediência, não de normas consideradas hierarquicamente superiores, mas da vontade sistêmica do ordenamento jurídico e do Direito globalmente considerado. Com isso, dentro da concepção neoconstitucional do Direito, é possível considerar a conformidade da competência de polícia administrativa aos ditames do princípio da legalidade, quando, na ausência de prescrição legal, a administração pública atuar diretamente nos comandos constitucionais para concretizar os valores ali existentes e promover as restrições nos direitos da liberdade e da propriedade para harmonizá-los com o ordenamento jurídico.

5.2. O segundo aspecto, que inclusive está vinculado ao primeiro, diz respeito à afinidade do jurista ou aplicador do Direito à teoria constitucional das restrições aos direitos fundamentais, que se subdivide em: (i) teoria interna das restrições aos direitos fundamentais e; (ii) teoria externa das restrições aos direitos fundamentais.

5.2.1. Observou-se que, em regra, a teoria interna das restrições aos direitos fundamentais apresenta compatibilidade com a concepção legalista do Direito, uma vez que tanto em uma, quanto em outra, é necessária a existência de uma norma legislativa abstrata a limitar os valores “metajurídicos” constitucionais (sem conteúdo normativo autônomo) para estabelecer os contornos dos direitos à liberdade e à propriedade no ordenamento jurídico. Frisa-se: este é um posicionamento doutrinário que adota, na discussão sobre a crise do poder de polícia administrativa, a defesa da existência de uma crise conceitual do instituto e que propõe a substituição do *nomen iuris* “poder de polícia administrativa” para “limitação administrativa à liberdade e à propriedade”.

5.2.2. Registrou-se que a teoria externa das restrições aos direitos fundamentais é aplicável a partir da concepção neoconstitucional do Direito, isso porque, para esta teoria, o surgimento e a efetiva positivação dos direitos prescinde de uma norma legislativa abstrata para conformar os valores de liberdade e propriedade na ordem jurídica. A teoria externa das restrições segue o entendimento de que os princípios jurídicos – que são uma espécie normativa na concepção

neoconstitucional –, já apresentam conteúdo normativo autônomo e, nesse sentido, já constituem, *per se* e sem necessidade de restrições ou limitações, os direitos positivados no ordenamento jurídico. Portanto, as restrições são possíveis de serem firmadas pela competência de polícia administrativa em momento posterior, ou “externo”, ao surgimento do próprio Direito, a depender, evidentemente, da circunstância de urgência dos fatos apresentados no caso concreto. A aplicação da teoria externa dos direitos fundamentais alinha-se, de forma lógica, ao grupo que se posiciona favoravelmente à legalidade da aplicação do instituto do poder de polícia administrativa.

5.3. Por fim, o terceiro aspecto, que influencia as divergências doutrinárias e que gera a discussão sobre a crise, refere-se à maneira como o instituto do poder de polícia administrativa é analisado em relação ao sistema jurídico e ao regime jurídico público-administrativo que esse instituto integra. Há doutrinas que promovem uma análise pontual, isolada e individualizada do instituto do poder de polícia administrativa e existem outras doutrinas que analisam o seu contexto sistêmico.

5.3.1. Constatou-se que quando o instituto do poder de polícia administrativa é analisado de forma estanque, em separado de seu contexto sistêmico, passa-se a considerar suas características peculiares como autônomas e independentes do resto do sistema jurídico que faz parte e, com isso, passa-se a questionar o instituto por utilizar as prerrogativas estatais como se dele, autonomamente, fosse e, assim, cria-se uma celeuma de uso indevido das prerrogativas estatais, abuso de poder e arbitrariedades. Isso ocorre especialmente com o instituto do poder de polícia administrativa devido as suas peculiaridades de intensa intervenção na esfera privada, a se valer, de acordo com a necessidade, adequação e proporcionalidade, do atributo da autoexecutoriedade e coação material – o que, em si, não aponta para qualquer ilegalidade. Fato é que, se o instituto da polícia administrativa for analisado isoladamente, subsistirá a falsa impressão de extrapolação de suas finalidades e, via de consequência, desconformidades com o princípio da legalidade e com o regime jurídico público-administrativo.

5.3.2. De forma diversa, existem doutrinas que concebem a necessidade de analisar o instituto do poder de polícia administrativa não como um

instituto isolado, mas como um elemento integrante de um sistema amplo e abrangente, e que a sua finalidade ou função sistêmica, é fator preponderante para a harmonia, coesão e unidade do sistema jurídico ao qual faz parte. Verificou-se que o instituto da polícia administrativa possui a inarredável função sistêmica de entropia negativa que restringe os excessos colidentes dos interesses particulares, tutelados no ordenamento jurídico, para harmonizá-los e compatibilizá-los com a ordem jurídica e com o bem estar da vida em sociedade, além de manter a higidez e o bom funcionamento de todo o sistema do regime jurídico público-administrativo.

6. Pela análise comparativa dos posicionamentos doutrinários referentes à crise do poder de polícia administrativa e a constatação de seus 3 (três) aspectos principais, é possível identificar as características mais relevantes de cada posicionamento na controvérsia que envolve o instituto *sub examine*.

De um lado, encontra-se a posição doutrinária contrária a manutenção e à existência do instituto do poder de polícia administrativa que, no geral e em regra: adota a concepção legalista de interpretação e aplicação do Direito; segue a teoria interna das restrições aos direitos fundamentais e; analisa, individual e isoladamente, o instituto sem maiores considerações sobre a sua função sistêmica precípua.

De outro, encontra-se a posição doutrinária que defende a manutenção e a existência do instituto do poder de polícia administrativa devido ao fato de, em regra: adotar a concepção neoconstitucional de interpretação e aplicação do Direito; seguir a teoria externa das restrições aos direitos fundamentais e; analisar o instituto de forma sistêmica e integrada aos demais elementos do regime jurídico público-administrativo.

7. A proposta final apresentada neste estudo indica que a crise do poder de polícia administrativa ainda é uma celeuma que está longe de ser encerrada. Há, hodiernamente, uma nova perspectiva de continuidade e extensão da discussão sobre a mencionada crise a envolver outros institutos do Direito Administrativo, notadamente, a regulação administrativa das atividades econômicas das pessoas privadas. Nesse novo contexto da discussão, fatores ideológicos afetam, sobremaneira, a atuação estatal e, mais especificamente, a administração pública, de tal forma a manter viva a crise do instituto do poder de polícia administrativa e, ao mesmo tempo, ampliar a crítica a partir do tema sobre a

ingerência da regulação para buscar uma atuação estatal e administrativa que não interfira na ordem social e no bem estar da coletividade.

Essa nova perspectiva mantém o debate da crise dividido em dois posicionamentos distintos: o primeiro a negar a legalidade do instituto do poder de polícia administrativa e por estabelecer uma sistemática de Estado-Regulador, com uma intervenção mínima da administração pública e com a concentração da competência regulatória nas Agências Reguladoras – autônomas e independentes das inferências jurídico-políticas estatais – e; o segundo a conceber a manutenção do instituto do poder de polícia administrativa e estabelecer forte intervenção regulatória estatal, em conformidade com a teoria do Estado-Prestador de Serviço e atento às finalidades de equidade e eficiência econômica das atividades econômicas privadas para promover as transformações da ordem social disciplinadas no programa originário da Constituição Federal.

8. Finalmente é possível responder à problematização apresentada na parte introdutória deste estudo: o instituto do poder de polícia administrativa, concebido na visão legalista e na visão neoconstitucional do Direito, apresenta desconformidade com o regime jurídico público-administrativo de tal forma a gerar uma crise do instituto?

Tendo-se em vista que a crise do poder de polícia administrativa é um debate que abrange não apenas o instituto jurídico em questão, mas, para além dele, de todo um raciocínio e exegese jurídica que depende de uma intrincada e complexa análise de posicionamentos a envolver (i) a concepção de Direito adotada, (ii) a afinidade com diversas teorias jurídicas e (iii) a análise, individualizada ou sistêmica, do instituto, conclui-se que o instituto do poder de polícia administrativa, *per se*, não apresenta desconformidade com o regime jurídico público-administrativo.

9. Como esclarecimento final, urge anotar, despretensiosamente, que o posicionamento a defender a conformidade do instituto do poder de polícia administrativa com o regime jurídico público-administrativo, apresenta-se como o mais adequado, haja vista a sua proximidade com a novel concepção neoconstitucional do Direito e pela importância de se estabelecer uma análise jurídica sistemática e abrangente a envolver, não só o instituto do poder de polícia administrativa, mas também, os predicados constitucionais de ingerência estatal para as transformações de ordem social e do bem estar da vida em sociedade, o

contexto sistêmico do ordenamento jurídico e o Estado Social e Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AFONSO DA SILVA, José. *Curso de direito constitucional positivo*. 38ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2014.
- ALESSI, Renato. *Principi di diritto amministrativo. tomo I: I soggetti attivi e l'esplicazione dela funzione amministrativa*. 4ª ed., Milano: Giuffrè, 1978.
- ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica - A teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica*. Trad. Zilda H. S. Silva. São Paulo: Editora Landy, 2001.
- _____. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2014.
- ANDRADE, Leticia Queiroz. *Regulação e poder de polícia – distinções conceituais juridicamente relevantes*. In: PIRES, Luis Manuel Fonseca; Zockun, Maurício (coords.). *Intervenções do Estado*. São Paulo: Editora Quartier Latin, 2008.
- ARAÚJO, Luiz David e NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*. 11ª ed., São Paulo: Editora Saraiva, 2007.
- ATALIBA, Geraldo. *República e constituição*. 2ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 1998.
- _____. *Sistema constitucional tributário brasileiro*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1968.
- ÁVILA, Humberto. *Repensando o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular*. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 11, set/out/nov, 2007.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 31ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2013.
- _____. *O conteúdo do regime jurídico-administrativo e seu valor metodológico*. Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura, vol. 1, abr/jun, p. 347-374, 2017.
- _____. *Serviço público e concessão de serviço público*. São Paulo: Malheiros Editores, 2017.
- BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. São Paulo: Editora Saraiva, 1996.
- _____. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)*. In SOUZA Neto, Cláudio Pereira, SARMENTO, Daniel (orgs.). *A constitucionalização do direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e interpretação constitucional*. 3ª ed., São Paulo: Celso Bastos Editora, 2002.

- BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. *O poder de polícia fiscal*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001.
- BERCOVICI, Gilberto. *Soberania e constituição*. 2ª ed., São Paulo: Editora Quartier Latin, 2013.
- BEZNOS, Clovis. *Poder de polícia*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1979.
- BISPO DOS SANTOS, Kleber. *Improbidade administrativa e atentado aos princípios da Administração Pública*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011.
- BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Trad. Maria Celeste C. L. dos Santos, 10ª ed., Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999.
- BONAVIDES, Paulo. *Do estado liberal ao estado social*. 8ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.
- BRITTO, Carlos Ayres. *A constituição e o monitoramento de suas emendas*. coord. Paulo Modesto e Oscar Mendonça, Direito do Estado: Novos Rumos, tomo 1. São Paulo: Editora Max Limonad, 2001.
- _____. *O regime jurídico das emendas à constituição*. São Paulo, 1999. 388 p. Tese (Doutorado em Direito Constitucional), PUC-SP - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.
- _____. *Teoria da constituição*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2003.
- CAMMAROSANO, Márcio. *O princípio constitucional da moralidade e o exercício da função administrativa*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011.
- CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. 3ª ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.
- CARRAZZA, Roque Antônio. *Curso de direito constitucional tributário*. 21ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2005.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 35ª ed., São Paulo: Editora Atlas, 2021.
- CASSAGNE, Juan Carlos. *Os grandes princípios do direito público: Constitucional e Administrativo*. Trad. Marly Peres, São Paulo: Editora Contracorrente, 2017.
- CIRNE LIMA, Ruy. *Princípios de direito administrativo*. 7ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2007.
- CRETELLA JÚNIOR, José. *Do poder de polícia*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1999.
- DALARI, Dalmo de Abreu. *Elementos da teoria do estado*. 24ª ed., São Paulo: Editora Saraiva, 2003.
- DIEZ, Manuel María. *Derecho administrativo*. Tomo IV, Buenos Aires: Bibliográfica Omeba, 1969.

- DIMOULIS, Dimitri. *Neoconstitucionalismo e moralismo jurídico*. In: Daniel Sarmento. (Org.). *Filosofia e teoria constitucional contemporânea*. vol. I, 1ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 34ª ed., São Paulo: Editora Atlas, 2021.
- _____. *Discrecionalidade administrativa na constituição de 1988*. 2ª ed., São Paulo: Editora Atlas, 2001.
- DUGUIT, Léon. *Traité de droit constitutionnel*. vol. II, 2ª ed., vol. II, Paris: Ancienne Librairie Fontemoing & Cie. Éditeurs, 1923.
- DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. 2ª ed., São Paulo: Editora Martins Fontes, 2007.
- ENTERRIA, Eduardo García; FERNANDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de direito administrativo*. 8ª ed., vol. II, Madrid: Civitas, 2002.
- FALLA, Garrido Fernando, *Las transformaciones del régimen administrativo*. 2ª ed., Madri: Instituto de Estudios Políticos, 1962.
- FALZONE, Guido. *Il dovere di buona amministrazione*. Milão: Giuffrè, 1953.
- FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de direito administrativo*. 9ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2008.
- FIORINI, Bartolomé A. *Poder de policía*. 2ª ed., Buenos Ayres: Editorial Alfa, 1962.
- FLEINER, Fritz. *Instituciones de derecho administrativo*. Trad. Sabino A. Gendin, 8ª ed., Barcelona: Editorial Labor, 1933.
- FRANÇA, Vladimir da Rocha. *Princípio da legalidade administrativa e competência regulatória no regime jurídico-administrativo brasileiro*. Revista de Informação Legislativa, Brasília, ano 51, nº 202, p. 7-29, abr./jun. 2014.
- GORDILLO, Agustín. *La crisis de la noción de poder de policía*. Buenos Aires: Universidad Austral, 1960.
- _____. *Tratado del derecho administrativo y obras selectas: La defensa del usuario y del administrado*. Tomo 2, Sección III, Capítulo V, 10ª ed. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2014.
- _____. *Tratado del derecho administrativo y obras selectas: Teoría general del derecho administrativo: El poder de policía*. Tomo 8, Sección III, Capítulo X, 2ª ed. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2013.
- HACHEM, Daniel Wunder. *Princípio constitucional da supremacia do interesse público*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011.
- HART, Herbert L. A. *O conceito de direito*. 2ª ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.
- HAURIOU, Maurice. *Précis de droit administratif*. 4ª ed., Paris: Sirey, 1938.

- HOBBS, Thomas. *O leviatã – ou matéria, forma e poder de uma república eclesiástica e civil*. Trad. João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2003.
- JÈZE, Gaston. *Les principes généraux du droit administratif*. 3ª ed., vol. I, Paris: Marcel Giard, 1930.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 9ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.
- KANT, Immanuel. *Crítica da pura razão*. Trad. J. Rodrigues de Menege, 2ª ed., 1787, p. 860. Versão eletrônica homepage: <http://br.egroups.com/group/acropolis>.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. João Batista Machado, 7ª ed., São Paulo: Editora Martins Fontes, 2006.
- MADEIRA, José Maria Pinheiro. *Reconceituando o poder de polícia*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2000.
- MARTINS, Ricardo Marcondes. *As alterações da LINDB e a ponderação dos atos administrativos*. A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, ano 20, n. 79, p. 259-284, jan./ mar. 2020.
- _____. *Efeito dos vícios do ato administrativo*. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.
- _____. *Neoconstitucionalismo: perscrutação sobre a pertinência do prefixo*. Revista Internacional de Direito Público – RIDP, Belo Horizonte, ano 2, nº 03, p. 19-37, jul./ dez. 2017.
- _____. *Regulação administrativa à luz da constituição federal*. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.
- _____. *Teoria dos princípios formais. Interesse público – IP*, Belo Horizonte, ano 18, n. 98, p. 65-94, jul./ago., 2016
- _____. *Teoria neoconstitucional do poder de polícia – Estudos de direito administrativo neoconstitucional*. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.
- _____. ; BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Tratado de direito administrativo, Volume 5 – Ato administrativo e procedimento administrativo*. 3ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2022.
- MAYER, Otto. *Derecho administrativo alemán*. tomo II. Trad. Horácio H. Heredia e Ernesto Krotoschin, Buenos Aires: Depalma, 1949.
- MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 22ª ed., São Paulo: Editora Fórum, 2020.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 31ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2006.
- MERKL, Adolfo. *Teoría general del derecho administrativo*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1935.

MONTESQUIEU. *O espírito das leis*. 2ª ed., Trad. Cristina Murachco. São Paulo: Editora Martins Fontes, 1996.

OSÓRIO, Fábio Medina. *Existe uma supremacia do interesse público sobre o privado no direito administrativo brasileiro?* Revista Trimestral de Direito Público, vol. 28, 1999, pp. 32-65.

PIRES, Luis Manuel Fonseca. *A propriedade privada em área de proteção ambiental: limitações ou restrições administrativas?* In: PIRES, Luis Manuel Fonseca; Zockun, Maurício (coords.). *Intervenções do Estado*. São Paulo: Editora Quartier Latin, 2008.

_____. *Limitações administrativas à liberdade e à propriedade*. São Paulo: Editora Quartier Latin, 2006.

_____; MARTINS, Ricardo Marcondes. *Um diálogo sobre a justiça: a justiça arquetípica e a justiça deontica*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012.

ROCHA, Silvio Luís Ferreira da. *Função social da propriedade pública*. 1ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo econômico – Introdução às agência reguladoras*. 1ª ed., 3ª tir., São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

_____. *Direito administrativo ordenador*. São Paulo: Malheiros Editores, 1993.

TÁCITO, Caio. *O poder de polícia e seus limites*. Revista de Direito Administrativo, vol. 27, jan. / mar. 1952.

TAUGER, Mark B. *Agriculture in world history*. 2nd edition, Routledge, 2020.

VALIM, Rafael. *O princípio da segurança jurídica no direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

VIDIGAL, Edson José Travassos. *Poder de polícia: uma leitura adequada ao estado democrático de direito*. Brasília: Penélope Editora, 2012.

VITTA, Heraldo Garcia. *Poder de polícia*. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.