

IV ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO ADMINISTRATIVO E GESTÃO PÚBLICA I

JANAÍNA RIGO SANTIN

JOSÉ SÉRGIO DA SILVA CRISTÓVAM

NEWTON CESAR PILAU

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria - CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

Diretora Executiva - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - UNIVEM/FMU - São Paulo

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa - Pará

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG - Goiás

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos - Rio Grande do Sul

Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio - Rio de Janeiro

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR - Ceará

Representante Discente: Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade - UNIMAR/FEPODI - São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - ESDHC - Minas Gerais

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM - Rio de Janeiro

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - Ceará

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR - São Paulo

Secretarias

Relações Institucionais:

Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes - UNB - Distrito Federal

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM - São Paulo

Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie - São Paulo

Comunicação:

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB - Paraíba

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC - Santa Catarina

Relações Internacionais para o Continente Americano:

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes:

Prof. Dr. José Barroso Filho - ENAJUM

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP - São Paulo

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba - Paraná

Eventos:

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec - Minas Gerais

Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC - Paraná

Profa. Dra. Livia Gaigner Bosio Campello - UFMS - Mato Grosso do Sul

Membro Nato - Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UMICAP - Pernambuco

D597

Direito administrativo e gestão pública I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Janaína Rigo Santin; José Sérgio da Silva Cristóvam; Newton Cesar Pilau – Florianópolis: CONPEDI, 2021.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-428-0

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Constitucionalismo, desenvolvimento, sustentabilidade e smart cities.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Direito administrativo. 3. Gestão pública. IV Encontro Virtual do CONPEDI (1: 2021 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



IV ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO ADMINISTRATIVO E GESTÃO PÚBLICA I

Apresentação

O IV ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI: CONSTITUCIONALISMO, DESENVOLVIMENTO, SUSTENTABILIDADE E SMART CITIES, ocorreu entre os dias 09 a 13 de novembro de 2021 pela plataforma virtual do CONPEDI, com a organização e o apoio da Universidade do Itajaí. Trata-se do quarto evento realizado pelo meio virtual e síncrono, a fim de resguardar a saúde de todos ante aos desafios ainda presentes da Covid-19. Em mais este evento foi possível constatar que as pesquisas jurídicas não pararam com a pandemia, pelo contrário, oportunizou-se em mais este evento do CONPEDI debates e discussões altamente qualificados, com a reunião de pesquisadores nacionais e internacionais na socialização do conhecimento gerado até então.

Mais uma vez o CONPEDI ofereceu aos participantes conferências, painéis e grupos de trabalho de elevadíssimo nível, os quais proporcionaram um olhar multifacetado e plural, envolvendo as mais diversas áreas do direito e ciências afins, reunidas para propor soluções criativas, holísticas e transdisciplinares aos complexos problemas da contemporaneidade.

As pesquisas e debates realizados no Grupo de Trabalho “Direito Administrativo e Gestão Pública I trouxeram um diálogo enriquecedor, com discussões abertas, horizontais e plurais, marcadas pela pertinência acadêmica e pela preocupação com os desafios do pós pandemia, com foco no Constitucionalismo, no Desenvolvimento e na Sustentabilidade.

Os artigos aqui publicados gravitam em torno das seguintes temáticas:

1. O DIÁLOGO COMPETITIVO COMO ALTERNATIVA À OPACIDADE ALGORÍTMICA DA ADMINISTRAÇÃO: UMA COMPREENSÃO DA NOVA LEI DE LICITAÇÃO À LUZ DA TEORIA DE BAUMAM
2. COMPRAS GOVERNAMENTAIS: DESENVOLVIMENTO E NOVOS MARCOS LEGAIS
3. GUIA DE UTILIZAÇÃO – UMA PROPOSTA DE RUPTURA DA DISTINÇÃO NA CLASSIFICAÇÃO DO ATO ADMINISTRATIVO SOB A ÓTICA DA RESOLUÇÃO N. 37 /2020

4. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA AMBIENTAL: ANÁLISE DO JULGAMENTO POR IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA DO EX-MINISTRO DO MEIO AMBIENTE DO ESTADO DE SÃO PAULO: RICARDO AQUINO SALLES
5. A INCIDÊNCIA DO ARTIGO 28 DA LINDB SOBRE A RESPONSABILIDADE CIVIL DO GESTOR PÚBLICO
6. INDISPONIBILIDADE CAUTELAR DE BENS EM AÇÕES CIVIS PÚBLICAS POR ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA
7. LEGALIDADE, JURIDICIDADE E AUTOTUTELA ADMINISTRATIVA NA REVISÃO DE SANÇÕES DISCIPLINARES: INAPLICABILIDADE DO ELEMENTO SUBJETIVO ANIMUS ABANDONANDI À MATERIALIDADE DA INFRAÇÃO DE INASSIDUIDADE HABITUAL
8. EFICÁCIA EXECUTIVA DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO CÍVEL: O PROBLEMA E AS SOLUÇÕES
9. O PODER DE POLÍCIA NO ESTADO CONSTITUCIONAL DE DIREITO: REPENSANDO AÇÕES PÚBLICAS PARA ENFRENTAR VULNERABILIDADES
10. OS LIMITES DA INTERVENÇÃO ESTATAL NA ECONOMIA POR MEIO DE MEDIDAS DE FOMENTO NO NOVO MARCO LEGAL DAS STARTUPS
11. ATIVISMO JUDICIAL EM POLÍTICAS PÚBLICAS E AS LIMITAÇÕES IMPOSTAS PELO PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL
12. ISONOMIA ADMINISTRATIVA NAS UNIVERSIDADES PÚBLICAS: EFETIVIDADE DE POLÍTICAS PÚBLICAS EDUCACIONAIS INCLUSIVAS ANTE A REALIZAÇÃO DO PROCEDIMENTO DE HETEROIDENTIFICAÇÃO POR COMISSÃO DE VALIDAÇÃO DE DECLARAÇÃO ÉTNICO-RACIAL
13. UMA CARTA VIVA DE DIREITOS PARA GESTÃO PÚBLICA DE CIDADES HUMANAS, INTELIGENTES E SUSTENTÁVEIS
14. SERVIÇO PÚBLICO DE LIMPEZA EM CRISE: POLÍTICA NACIONAL DE RESÍDUOS SÓLIDOS E ASPECTOS DA ECONOMIA CIRCULAR PARA A LOGÍSTICA REVERSA

15. POLÍTICA JURÍDICA COMO PROJEÇÃO DA SOCIEDADE QUE DEVE SER E DO INTERESSE PÚBLICO.

16. O SURGIMENTO DO CORREIOS DO BRASIL COM A PRIVATIZAÇÃO DA ECT

De nossa parte, estamos honrados pela participação na Coordenação desse relevante Grupo de Trabalho (GT), com o registro da satisfação em podermos debater com todos participantes e autores de artigos apresentados.

Cumprimentos à toda equipe do CONPEDI, pelo destacado empenho e a qualidade da organização de mais este evento virtual, congregando pesquisadores em torno da socialização da pesquisa científica produzida na área do Direito!

Cordial abraço e esperamos que os leitores apreciem a leitura!

De Passo Fundo (RS), Florianópolis (SC) e de Balneário Camboriú (SC), novembro de 2021.

Profa. Dra. Janaína Rigo Santin – Universidade de Passo Fundo (UPF) e Universidade de Caxias do Sul (UCS)

Prof. Dr. José Sérgio da Silva Cristóvam – Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC)

Prof. Dr. Newton Cesar Pilau – Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI)

Nota técnica: Os artigos do Grupo de Trabalho Direito Administrativo e Gestão Pública I apresentados no IV Encontro Virtual do CONPEDI e que não constam nestes Anais, foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals (<https://www.indexlaw.org/>), conforme previsto no edital do Evento, e podem ser encontrados na Revista de Direito Administrativo e Gestão Pública. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

**O PODER DE POLÍCIA NO ESTADO CONSTITUCIONAL DE DIREITO:
REPENSANDO AÇÕES PÚBLICAS PARA ENFRENTAR VULNERABILIDADES**

**THE POLICE POWER IN THE CONSTITUTIONAL STATE OF LAW:
RETHINKING PUBLIC ACTIONS TO FACE VULNERABILITIES**

Gustavo Dobler ¹

Resumo

O objetivo deste trabalho é problematizar o poder de polícia sob a perspectiva do modelo do Estado Constitucional de Direito, avaliando se é possível sua utilização para enfrentar contextos de vulnerabilidades, inclusive por determinações de caráter positivo. A pesquisa é dedutiva, qualitativa e bibliográfica. Conclui-se que a força normativa da Constituição, o protagonismo dos direitos fundamentais e a constitucionalização do Direito, traços do neoconstitucionalismo, permitem a releitura do poder de polícia para além da sua concepção tradicional, sendo útil ao enfrentamento das vulnerabilidades, pois as ações públicas devem dirigir-se à realização dos direitos fundamentais, da democracia e da dignidade humana.

Palavras-chave: Poder de polícia, Neoconstitucionalismo, Vulnerabilidades

Abstract/Resumen/Résumé

The objective of this paper is to problematize the police power from the perspective of the Constitutional Rule of Law model, evaluating whether it is possible to use it to face contexts of vulnerabilities, including by positive determinations. The research is deductive, qualitative, and bibliographic. It is concluded that the normative strength of the Constitution, the protagonism of fundamental rights and the constitutionalization of Law, traits of neoconstitucionalism, allow the re-reading of the police power beyond its traditional conception, being useful to face vulnerabilities, since public actions should be directed to the realization of fundamental rights, democracy and human dignity.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Police power, Neoconstitucionalism, Vulnerabilities

¹ Mestrando em Direito (UNILASALLE). Especialista em Direito Penal, Política Criminal, Sistema Constitucional e Direitos Humanos (UFRGS). Bacharel em Direito (UNESC).

1 INTRODUÇÃO

O Direito Administrativo é um ramo bastante tradicional do Direito Público, por englobar uma série de institutos que, de forma relativamente sistematizada, costumam constar nos clássicos da doutrina jurídica, reproduzindo-se entre as gerações. O poder de polícia, além de ser um desses institutos, constitui um dos temas mais espinhosos do Direito Administrativo na atualidade, uma vez que a mudança de paradigma dada pelo neoconstitucionalismo, com a valorização dos direitos fundamentais, questiona as bases de compreensão desse instituto, o que exige dos pesquisadores um olhar crítico para as suas novas características e potencialidades.

O presente artigo problematiza a teoria do poder de polícia sob a perspectiva dos direitos fundamentais, buscando responder ao seguinte problema: no contexto do Estado Constitucional de Direito, o poder de polícia pode ser empregado para enfrentar situações de vulnerabilidades? A hipótese é de que, embora a teoria clássica do poder de polícia se fixe em concepções coletivistas que não favorecem cenários de emancipação social, a Constituição Federal de 1988 reivindica uma releitura desse instituto no sentido da possibilidade de adoção de ações públicas diversas, inclusive de caráter positivo, para a autonomização de pessoas em contextos de vulnerabilidades, com suporte nos direitos fundamentais.

Na primeira parte, exploram-se as linhas históricas do poder de polícia, para que se possa compreender a sua origem e seu desenvolvimento em diferentes fases da história. Em seguida, apresenta-se a teoria do instituto sob a ótica do Estado Legislativo de Direito e do Estado Constitucional de Direito, com destaque para os diferentes sentidos que o poder de polícia carrega nessas duas fases do constitucionalismo. Por fim, a partir da desconstrução da supremacia do interesse público sobre o privado como justificativa *a priori* para os atos de polícia administrativa com parâmetro da Constituição Federal de 1988, levantam-se as novas possibilidades de uso do poder de polícia para superar situações de vulnerabilidade.

Nessa linha, a partir do método de abordagem dedutivo, com pesquisa qualitativa e utilização de pesquisa bibliográfica, o estudo aporta a percepção da complexidade da teoria do poder de polícia na visão do neoconstitucionalismo e da valorização dos direitos fundamentais, possibilitando a reprojecção do tradicional instituto para que seja executado com outros sentidos pela Administração Pública, de modo a satisfazer as atuais e urgentes necessidades sociais.

2 A HISTÓRIA SOCIAL DO PODER DE POLÍCIA

Desafiar-se à investigação do poder de polícia significa navegar em mares tormentosos do Direito Administrativo, sobretudo porque a noção de polícia tem sido duramente criticada por teóricos contemporâneos em razão de seu traço autoritário, relutante à ideologia garantista do Estado Democrático de Direito. As rejeições são tão acentuadas que, conforme se observará, há quem repudie por completo a teoria, propondo sua substituição por outras construções. Porém, esta pesquisa não busca rejeitar a concepção de poder de polícia, mas repensá-la sob a ótica dos direitos fundamentais, considerando o seu potencial para, através de ações positivas, superar diversas espécies de vulnerabilidades que atingem a sociedade.

O poder de polícia revela a característica autoritária do Estado na medida em que impõe limites à fruição de direitos. Trata-se de um instrumento que acompanha a própria organização das sociedades políticas, sendo aplicado, inclusive, em momento histórico anterior à formação do Direito Administrativo no Estado Moderno. Apesar de ser um tema que, no estágio atual do constitucionalismo, recebe muitas críticas, teve um valor muito grande na construção da autonomia do Direito Administrativo, estando conectado às características históricas, políticas e econômicas dos Estados Modernos (MEDAUAR, 2014).

A autoridade de limitação coercitiva empregada pela polícia, entretanto, não está historicamente condicionada à noção de reconhecimento de direitos, pois, enquanto atuação prática sobre a vida particular, a dominação já ocorria em momento histórico precedente aos Estados-Nação, ou seja, em uma época que sequer se reconheciam direitos individuais. Dessa forma, é essencial, no estudo desse tema, desenvolver as linhas históricas que basearam a sua formação, sobretudo no período precedente ao Estado Moderno, para só então esclarecer as transformações que lhe dão o sentido jurídico contemporâneo.

A expressão polícia, que advém do latim *politia* e do grego *politeia*, tem relação com a palavra *polis*, que na Antiguidade “[...] significava a *constituição do Estado ou da cidade*, isto é, o *ordenamento político do Estado ou cidade*.” (MEDAUAR, 2014, p. 15, grifo do autor). Representava, durante a Grécia Antiga, no período helenístico, a boa administração e o bom ordenamento (CRETELLA JÚNIOR, 2006). Os sentidos históricos da palavra, na realidade, são diversos, mas é observável uma conexão com as noções de política, civilidade e governo:

O grego *politéia* vem da forma *pólis*. Daí, o sentido, sempre implícito, de *cidade*, *pólis*, *governo*. Entre os variados sentidos de *politéia*, corroborados por textos de Heródoto, Tucídides, Xenofonte, Demóstenes, Aristóteles, Platão, Isócrates, selecionamos os seguintes, de acordo com o *Dicionário grego-francês* de A. Bailly: *qualidade e direitos do cidadão, direito de cidadania; modo de vida do cidadão; vida e administração de homem de Estado, participação nos negócios públicos; medidas de governo; forma de governo, regime político em geral, constituição do Estado; autogoverno dos cidadãos*. (CRETELLA JÚNIOR, 2006, p. 22, grifo do autor).

Na Idade Média, o sentido de polícia transmutou-se para indicar “[...] a *boa ordem da sociedade civil* sob a autoridade do Estado, em contraposição à *boa ordem moral e religiosa* da competência exclusiva da *autoridade eclesiástica*.” (CRETELLA JÚNIOR, 2006, p. 22, grifo do autor). Já se percebe uma separação entre a atividade estatal, restrita à sociedade civil, e a disciplina religiosa, própria da Igreja. Assim, no contexto da Idade Média, a polícia envolvia o total das atividades dinásticas, excluía a ordem religiosa, sendo que nem o desaparecimento da *polis* grega fez com que o recurso deixasse de ser utilizado (GORDILLO, 2014). A polícia “[...] foi-se ampliando até abranger toda a atividade da Administração, quer dirigida a prevenir os males e as desordens da sociedade, quer a zelar através dos serviços públicos pelo bem-estar físico, econômico e intelectual da população.” (CRETELLA JÚNIOR, 2006, p. 22-23).

A partir do Século XVI, a polícia deixa de compreender toda a atividade estatal, separando-se das relações internacionais (GORDILLO, 2014). Excluía-se, ainda, a atividade financeira e militar (CRETELLA JÚNIOR, 2006). A disciplina da justiça também é retirada gradualmente da definição de polícia (MEDAUAR, 2014), de modo que, já no início do Século XVIII, seu objeto consiste na possibilidade de o soberano controlar tudo o que se desenvolve em seu território, excluías as relações internacionais, as finanças, a justiça e a atividade militar.

Esse período histórico, que antecede a formação dos Estados Modernos no fim do Século XVIII, coincide com o chamado Estado de Polícia, uma nomenclatura usada para representar o absolutismo que, por meio da polícia, imiscuía-se opressivamente sobre a esfera particular (MEDAUAR, 2014). O próprio nome “poder de polícia” é criticado por carregar uma reminiscência ideológica do absolutismo, precedente ao Estado de Direito, quando os poderes eram absolutos e inexistia qualquer sujeição a limites jurídicos (MELLO, 2010, p. 821):

[...] a expressão “poder de polícia” traz consigo a evocação de uma época pretérita, a do “Estado de Polícia”, que precedeu ao Estado de Direito. Traz consigo a suposição de prerrogativas dantes existentes em prol do “príncipe” e que se faz comunicar inadvertidamente ao Poder Executivo. Em suma: raciocina-se como se existisse uma “natural” titularidade de poderes em prol da Administração e como se dela emanasse intrinsecamente, fruto de um abstrato “poder de polícia”.

No Estado de Polícia, o poder de condicionamento das atividades era ilimitado, pois desempenhado à margem do Direito, sem qualquer subordinação das ações a marcos jurídicos. A vinculação da atuação estatal à noção de direitos individuais só veio a ocorrer a partir da formação dos Estados Modernos no fim do Século XVIII, razão para as críticas quanto à manutenção e ao emprego do poder de polícia nos sistemas jurídicos contemporâneos:

Autores importantes fazem críticas muito duras à expressão "poder de polícia", sendo a ideologia a base para estas posições. Segundo alguns autores, a expressão está ligada a uma ideologia ultrapassada, referindo-se ao Estado de Polícia em que a administração agia à margem do Direito; o poder de polícia não era mais do que a mera execução dos comandos normativos. No Estado de Direito, onde a função administrativa está integralmente subordinada à lei, sem um campo de ação livre, não há como sustentar o uso deste termo no sentido que tinha no passado. (MARTINS; SANTANO, 2016, p. 89, tradução nossa).¹

No período histórico do Século XVIII, representativo do Estado de Polícia, inúmeros regulamentos de polícia foram publicados por Estados Dinásticos da Europa com o fim de regular os deveres dos particulares para a garantia da ordem e da tranquilidade públicas. Podem ser citados: a) na França, o *Traité de la police*, de Nicolas Delamare, publicado entre 1705 e 1710; b) na Alemanha, os “Princípios da ciência da polícia”, de Justi, publicado em 1756; c) ainda na França, de Dufresne, o “Código da polícia ou análise dos regulamentos de polícia”, de 1757; d) o “Código Geral prussiano”, de 1794 (MEDAUAR, 2014). A polícia, assim, consistia na execução dos comandos autoritários através de uma atuação livre do Estado de Polícia, sem subordinação ao Direito; aliás, a compreensão de Estado de Direito como limitação de poder ocorre como resposta ao Estado de Polícia, de modo que a própria concepção de polícia passa a ser objeto de críticas pela doutrina:

Assim, parte da doutrina considera que o termo "poder de polícia" é dissociado da ideologia do Estado de Direito. Isto se deve a duas razões: (i) reflete o que ficou conhecido como Estado de Polícia, no qual o príncipe possuía poderes absolutos e, portanto, o Direito Administrativo não existia; (ii) enfatiza a ideia de um dever e, portanto, de uma submissão irrestrita daqueles que têm prerrogativas estatais ao sistema jurídico. (MARTINS; SANTANO, 2016, p. 89, tradução nossa).²

Bourdieu (2014) nos fornece o suporte teórico necessário para a compreensão de como um poder autoritário de condicionamentos conseguia ser exercido mesmo na ausência de uma estrutura burocrática sustentada no Direito. O sociólogo francês considera que, até meados do século XVII, não havia Estados, pois a política europeia tinha traços patrimonialistas, em que

¹ *Importantes autores hacen críticas muy duras a la expresión “poder de policía”, siendo la ideología la base de dichas posiciones. Según algunos autores, la expresión se vincula a una ideología superada, refiriéndose al Estado de Policía en el que la Administración actuaba al margen del Derecho; el poder de policía no era más que la mera ejecución de los comandos normativos. En el Estado de Derecho, donde la función administrativa se subordina integralmente al Derecho, no existiendo un campo de actuación libre, no hay como sostener la utilización de esta denominación con el sentido que tenía anteriormente.*

² *Así, parte de la doctrina considera la locución “poder de policía” disociada de la ideología del Estado de Derecho. Y esto por dos razones: (i) ella refleja lo que se quedó conocido como un Estado de Policía, en el que el príncipe poseía poderes absolutos y, por lo tanto, ni siquiera existía el Derecho Administrativo; (ii) ella da énfasis a la idea de un deber y, pues, de una irrestricta sumisión de los que tienen prerrogativas estatales al ordenamiento jurídico.*

príncipes governavam territórios com a visão de proprietários, acumulando os bens como patrimônio pessoal. A distinção entre corpo político e príncipe – qualidade principal do Estado moderno – só veio a ocorrer na França e na Inglaterra do século XVII, sendo que, no período anterior, vigorava o absolutismo – Estado Dinástico –, ainda que a expressão fosse criticada por Bourdieu, já que a figura do Estado só surgiu posteriormente.

A ausência do Estado Moderno, contudo, não impediu o exercício da autoridade, aqui representada na noção de polícia. Para Bourdieu (2014), o Estado Dinástico se constituiu pela acumulação de diferentes espécies de capital (militar, econômico, social, simbólico) em torno da mesma pessoa – o rei –, concentração que criou um metacapital de poder – o capital estatal – qualificado o suficiente para dominar todos os outros capitais:

O Estado se constrói concentrando primeiro em torno do rei – depois, é um pouco mais complicado – diferentes espécies de capital e cada uma delas. É esse duplo processo de concentração maciça de cada uma dessas espécies – poder físico, poder econômico etc. – e de concentração nas mesmas mãos das diferentes espécies – concentração e metaconcentração – que gera essa realidade absolutamente espantosa que é o Estado. (BOURDIEU, 2014, p. 354).

Assim, o “[...] Estado, à medida que acumula em grande quantidade diferentes espécies de capital, encontra-se dotado de um metacapital que permite exercer um poder sobre qualquer capital.” (BOURDIEU, 2014, p. 362). Observa-se, logo, que a autoridade do príncipe resultava da concentração, sobre ele mesmo, de diferentes espécies de capital, por criar-se um metacapital que conferia poder sobre os outros capitais. Esse processo de acumulação de capitais, ao estabelecer a percepção de autoridade absoluta do príncipe, explica como a atividade ilimitada de polícia conseguia ser exercida mesmo na ausência de um Estado de Direito.

No Estado Dinástico, não havia separação entre o público e o privado. Bourdieu (2014) deu a essa característica a denominação de “casa do rei”, na medida em que a política servia aos interesses patrimonialistas do príncipe e de sua família, configurando-se o Estado como uma propriedade pessoal, incluindo famílias e bens. Conforme afirma Ohlweiler (2018), o rei, enquanto “chefe da casa”, empregava seus poderes orientando-se por estratégias patrimoniais, utilizando a justificativa da proteção dos súditos para dominar as pessoas e suas relações. Pelo menos até o surgimento do Estado Moderno, a polícia representava esse processo de dominação justificado pela busca da felicidade e prosperidade dos súditos, com intervenções arbitrárias.

Portanto, a polícia é um recurso tão antigo quanto o Estado Moderno, uma vez que, durante a Idade Média, já se detectava o seu uso pelos administradores das comunas europeias, por intervenções nas relações pessoais com a justificativa de manutenção da ordem pública

(MEDAUAR, 2014). A legitimidade das interferências não está historicamente associada à concepção de uma ordem jurídica formadora de direitos e deveres individuais; pelo contrário, a gênese do poder de polícia está na concentração de capitais no soberano dinástico, que ascende como “chefe da casa” e se legitima a intervir nas relações particulares para a concretização dos interesses dos próprios súditos.

No Estado de Direito, a noção de polícia altera-se para a de função administrativa, ou seja, como uma parcela da atividade da Administração Pública dirigida à salvaguarda da ordem, da tranquilidade, da salubridade e do respeito à coisa pública (MEDAUAR, 2014). Nota-se, pelo menos entre o fim do Século XVIII e a primeira metade do Século XX, uma subordinação da atividade de polícia à lei, fruto do positivismo jurídico alçado pelo princípio da legalidade.

Ferrajoli (2009) elabora uma reconstrução histórica dos modelos de Estado de Direito construídos nas sociedades a partir da ascensão do constitucionalismo, dividindo-os em: a) Estado Legislativo de Direito (ou Estado de Direito em sentido amplo, fraco ou formal); b) Estado Constitucional de Direito (ou Estado de Direito em sentido forte ou substancial). Os modelos diferenciam-se especialmente pelo maior ou menor grau de vinculação dos poderes públicos à lei de modo geral, o que vem a delinear a ótica de funcionamento do poder de polícia:

Minha tese é que estes dois significados correspondem a dois modelos normativos diferentes: o modelo paleo-juspositivista do *Estado legislativo de Direito* (ou Estado legal), que surgiu com o nascimento do Estado moderno como monopólio da produção jurídica, e o modelo neo-juspositivista do *Estado constitucional de Direito* (ou *Estado constitucional*), em si mesmo produto da difusão na Europa, após a Segunda Guerra Mundial, das Constituições rígidas e do controle da constitucionalidade das leis ordinárias. (FERRAJOLI, 2009, p. 14, grifo do autor, tradução nossa).³

O Estado Legislativo de Direito corresponde ao modelo de Estado Moderno, que nasce com a afirmação do princípio da legalidade como critério de validade do Direito, cuja criação passa a ser monopólio estatal. Por esse modelo, os poderes públicos são conferidos pela lei e exercidos em obediência às formas por ela prescritas. Enquanto no contexto histórico pré-moderno, de viés jusnaturalista, o pressuposto de validade do Direito – construído pela doutrina e pela jurisprudência – era sua racionalidade e justiça, na passagem para o Estado Legislativo de Direito há uma mudança importante: a validade do Direito condiciona-se à legitimidade da autoridade que o cria, emergindo um critério formalista e não substancial (FERRAJOLI, 2009).

³ *La tesis que pretendo sostener es que estos dos significados corresponden a dos modelos normativos diferentes: el modelo paleo-iuspositivista del Estado legislativo de Derecho (o Estado legal), que surge con el nacimiento del Estado moderno como monopolio de la producción jurídica, y el modelo neo-iuspositivista del Estado constitucional de Derecho (o Estado constitucional), producto, a su vez, de la difusión en Europa, tras la Segunda Guerra Mundial, de las Constituciones rígidas y del control de constitucionalidad de las leyes ordinarias.*

Barroso (2005) afirma que, no paradigma do jusnaturalismo moderno do Século XVI, a lei aproximou-se da razão através de princípios de justiça universais, os quais orientaram as revoluções liberais clássicas e foram positivados nas respectivas Constituições escritas e nas codificações supervenientes. Porém, a busca por objetividade científica distanciou a filosofia e a moral do campo jurídico, emergindo o positivismo jurídico no fim do Século XIX, que se consolidou como pensamento jurídico dominante na primeira metade do Século XX.

Observa-se, dessa forma, a ascensão do positivismo jurídico como uma garantia de segurança individual, já que, independentemente do conteúdo, Direito válido é o Direito posto pela autoridade legítima. O princípio da legalidade, como parâmetro de reconhecimento do Direito válido, edificou barreiras à arbitrariedade, trazendo certeza e liberdade às pessoas. Por outro lado, não impediu que, em outros tempos, a mesma garantia contra a arbitrariedade fosse usada como o instrumento da arbitrariedade:

O extraordinário alcance da revolução provocada pela afirmação do princípio da legalidade como resultado do monopólio estatal da produção legal é evidente. É uma mudança de paradigma que diz mais respeito à forma do que ao conteúdo da experiência jurídica. Se compararmos o código civil de Napoleão ou o código civil italiano com as *Instituições* de Gaio, as diferenças substanciais podem parecer relativamente menores. O que muda é o título de legitimação, que não é mais a autoridade dos médicos, mas a autoridade da fonte de produção; não verdade, mas legalidade; não substância, ou seja, justiça intrínseca, mas a forma dos atos normativos. (FERRAJOLI, 2009, p. 17, grifo do autor).⁴

Há uma gradual vinculação das atividades estatais aos direitos individuais declarados nas Constituições dos Estados Modernos, fato que modificou novamente a extensão do poder de polícia: “A acepção de *polícia* se restringe, principalmente sob a influência das ideias da Revolução Francesa, da valorização dos direitos individuais e da concepção do Estado de direito e Estado liberal” (MEDAUAR, 2014, p. 16, grifo do autor). De acordo com Tácito (1952, p. 2),

Nesse quadro de renovação social o Estado se coloca, unicamente, como um poder de equilíbrio, prevenindo e corrigindo os entreschoques individuais, segundo a fórmula francesa, logo internacionalizada no movimento racionalista do século XIX, de que “a liberdade consiste em fazer tudo aquilo que não é nocivo aos demais”. À autoridade cabia somente um papel negativo, de evitar a perturbação da ordem e assegurar o livre exercício das liberdades públicas.

⁴ *Se evidencia el extraordinario alcance de la revolución producida con la afirmación del principio de legalidad por efecto del monopolio estatal de la producción jurídica. Se trata de un cambio de paradigma que atañe a la forma, más que al contenido de la experiencia jurídica. Si comparamos el código civil de Napoleón o el código civil italiano con las Instituciones de Gayo, las diferencias sustanciales pueden parecer relativamente escasas. Lo que cambia es el título de legitimación, que ya no es la autoridad de los doctores, sino la autoridad de la fuente de producción; no la verdad, sino la legalidad; no la sustancia, es decir, la intrínseca justicia, sino la forma de los actos normativos.*

Diante do reconhecimento de direitos individuais no Estado Legislativo de Direito, o poder de polícia precisou ser reprojeto para não enfraquecer seu traço autoritário. Daí emergir a sempre lembrada associação entre o poder de polícia e a supremacia do interesse público sobre os privados, a justificar as intervenções do Estado sobre a esfera particular. Ou seja, ainda que não se negue a existência de direitos e interesses individuais, o poder de polícia justifica-se, na doutrina tradicional, pela supremacia que o interesse público tem sobre os interesses privados.

3 NEOCONSTITUCIONALISMO E PODER DE POLÍCIA: NOVAS LEITURAS

A análise realizada até o momento evidencia, inicialmente, como o poder de polícia é suscetível às variações históricas e políticas dos Estados. Enquanto no período da Antiguidade e da Idade Média, até meados do Século XV, a polícia alcançava o total das atividades estatais, ou seja, um absoluto domínio das estruturas de poder, a partir do Século XVI até o fim do Século XVIII ocorre uma progressiva restrição do campo de incidência da polícia, que passa a ser vista como uma função dirigida à garantia da ordem, da tranquilidade e da salubridade. A Declaração de Direitos de Virgínia (1776) e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789) trouxeram, ainda, novas sujeições a esse poder no paradigma do Estado de Direito, vinculado então aos direitos individuais e ao liberalismo.

O discurso da supremacia do interesse público sobre o interesse privado, um elemento ainda utilizado em muitos manuais de Direito Administrativo para delimitar o regime jurídico administrativo, é reproduzido intensamente como uma razão para validar o caráter autoritário do poder de polícia, o que, atualmente, é objeto de severas críticas pela doutrina sustentada nos direitos fundamentais. Neste momento, busca-se apresentar a teoria do poder de polícia sob a ótica tradicional em contraposição à versão alternativa iluminada pelos direitos fundamentais, destacando-se os sentidos distintos que o instituto carrega nas duas fases do constitucionalismo.

3.1 O poder de polícia na visão tradicional do Direito Administrativo

As obras clássicas do Direito Administrativo, que formaram e ainda formam os juristas brasileiros, assentam inúmeros de seus institutos sobre o primado da supremacia do interesse público sobre o interesse privado, elemento que, aliás, representa um dos pilares sustentadores da disciplina, conforme a doutrina tradicional, ao lado da indisponibilidade do interesse público.

Renomado administrativista, Mello (2010, p. 60, grifo do autor) refere que o interesse público é “[...] a *dimensão pública dos interesses individuais*, ou seja, dos interesses de *cada indivíduo enquanto partícipe da Sociedade (entificada juridicamente no Estado)*”. O jurista não concebe o interesse público como um interesse constituído autonomamente e desmembrado dos interesses individuais, mas como uma projeção coletiva dos interesses individuais, tomados estes enquanto pertencentes a pessoas que compõem a sociedade.

Obviamente, é possível haver um determinado interesse individual contraposto ao interesse público, a exemplo do interesse de alguém em preservar o seu direito de propriedade contra o interesse público em desapropriar um imóvel para a abertura de vias, espaços ou obras de serviços públicos. Mas esse interesse público não é tomado autonomamente aos interesses individuais, nem representa só o interesse do Estado: é “[...] *resultante do conjunto de interesses que os indivíduos pessoalmente têm quando considerados em sua qualidade de membros da Sociedade e pelo simples fato de o serem.*” (MELLO, 2010, p. 61, grifo do autor).

A concretização do interesse público é o fim último da Administração Pública e, para tanto, a doutrina tradicional confere um sentido de supremacia desse interesse público em face dos interesses individuais contrapostos. Consoante preconiza Binenbojm (2014, p. 89),

A doutrina e a jurisprudência brasileiras, de forma expressivamente majoritária, sustentam a existência de um princípio de supremacia do interesse público sobre o privado, implícito no texto constitucional. Os publicistas de modo geral enfrentam a temática com grande naturalidade, prevalecendo o panorama de um pensamento jurídico pacificado, para o qual a existência do princípio em comento não ensejaria qualquer contestação.

O administrativista clássico Meirelles (2013) invoca o fundamento da supremacia do interesse público sobre o particular na teoria do poder de polícia para justificar a validade das ações coercitivas impostas aos direitos de propriedade e de liberdade. Tal como constituído no seu sentido clássico, o poder de polícia não é fundado na base dos direitos fundamentais, mas no domínio que o Estado opera sobre o seu povo:

A *razão* do poder de polícia é o interesse social e o seu *fundamento* está na supremacia geral que o Estado exerce em seu território sobre todas as pessoas, bens e atividades, supremacia que se revela nos mandamentos constitucionais e nas normas de ordem pública, que a cada passo opõem condicionamentos e restrições aos direitos individuais em favor da coletividade, incumbindo ao Poder Público o seu policiamento administrativo. (MEIRELLES, 2013, p. 141, grifo do autor).

Meirelles (2013, p. 139-140, grifo do autor) deixa bastante clara, em sua doutrina, a característica negativa do poder de polícia enquanto autoridade para determinar limitações aos direitos individuais:

Poder de polícia é a faculdade de que dispõe a Administração Pública para condicionar e restringir o uso e gozo de bens, atividades e direitos individuais, em benefício da coletividade ou do próprio Estado.

Em linguagem menos técnica, podemos dizer que o poder de polícia é o mecanismo de frenagem de que dispõe a Administração Pública para conter os abusos do direito individual. Por esse mecanismo, que faz parte de toda Administração, o Estado detém a atividade dos particulares que se revelar contrária, nociva ou inconveniente ao bem-estar social, ao desenvolvimento e à segurança nacional.

Pelo espectro negativo, o Estado detém as atividades contrárias e inconvenientes ao interesse público, condicionando-as ao atendimento do bem-estar da coletividade. No entanto, há que se atentar para o fato de que essa concepção limitada e reduzida de poder de polícia pode contribuir para o aprofundamento de contextos de vulnerabilidades, distanciando-se da própria finalidade de defesa do interesse público (OHLWEILER, 2018).

Mello (2010, p. 837, grifo do autor) também apresenta uma definição de poder de polícia que contempla tão somente possibilidades de ações públicas que imponham deveres de abstenção aos particulares:

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

O neoconstitucionalismo, como se verá mais adiante, reaproximou o Direito da Moral e trouxe novas funções ao Estado na área da polícia administrativa, até então circunscrita como um poder de equilíbrio das distorções dos interesses particulares frente ao interesse público concretizado na ordem pública, na tranquilidade e na segurança nacional. Esse novo paradigma possibilita que o Estado utilize o poder de polícia para determinar obrigações de fazer aos particulares com o fim de autonomizar pessoas em contextos de vulnerabilidade.

Segundo Ferrajoli (2009), os Estados de Direitos são todos os ordenamentos jurídicos modernos em que os poderes públicos têm uma fonte e uma forma legal. A visão tradicional de polícia como instrumento de restrições negativas é embasada no Estado Legislativo de Direito, em que os poderes públicos são conferidos pela lei e exercidos de acordo com as formas legais,

ou seja, a vinculação das ações do poder de polícia ao Direito dá-se apenas em sentido fraco e formal nessa primeira fase do constitucionalismo.

O neoconstitucionalismo, que Ferrajoli (2009) identifica como o paradigma do Estado Constitucional de Direito, traz uma nova perspectiva para as ações públicas, já que a vinculação dos poderes públicos se dá em sentido forte ou substancial, com a supremacia das Constituições rígidas, alicerçadas nos direitos fundamentais e na dignidade humana. Conforme se observará a seguir, a perspectiva neoconstitucional propicia a remodelagem do poder de polícia para que se constitua como instrumento de superação de contextos de vulnerabilidades.

3.2 A ruptura da tradição: o poder de polícia no neoconstitucionalismo

A Segunda Guerra Mundial representou um divisor de águas no Direito Constitucional. Isso porque os regimes nazista e fascista promoveram a barbárie sob o véu da legalidade durante a primeira metade do Século XX, dado que o Direito se afastou de qualquer discussão filosófica ou moral para adquirir caráter científico. Com isso, a superação do jusnaturalismo e a afirmação do positivismo jurídico viabilizaram a existência de regimes destrutivos da humanidade, porém alicerçados no Direito.

Até esse momento, a Constituição não era vista como norma jurídica, mas como um documento político enunciativo de diretrizes e valores buscados pelo legislador, não aplicáveis diretamente pelos juízes. A função da Constituição, portanto, consistia em orientar a ação do Poder Legislativo na criação das leis, não lhe sendo atribuídas as características de cogência e imperatividade hoje indubitáveis (BARROSO, 2005). Tal concepção corresponde ao chamado “legicentrismo”, que coloca a lei como representação da vontade soberana do povo e promove uma visão estrita do princípio da separação de poderes, no sentido de que aos juízes cabe tão somente exprimir as palavras da lei, sem atividade criativa do Direito (BINENBOJM, 2014).

O término da Segunda Guerra Mundial trouxe novos ares ao Direito Constitucional, proporcionando uma releitura do papel das Constituições nos ordenamentos jurídicos. É nesse momento histórico que se instaura o movimento do neoconstitucionalismo, o qual equivale, para Luigi Ferrajoli, ao modelo do Estado Constitucional de Direito, em que os poderes públicos não só emanam e se exercem conforme os procedimentos legais, mas criam uma vinculação substancial com a Constituição, a partir do edifício normativo dos direitos fundamentais e da dignidade humana. O neoconstitucionalismo iniciou-se na Alemanha e na Itália, disseminando-se por outros Estados europeus ao longo do Século XX:

A principal referência no desenvolvimento do novo direito constitucional é a Lei Fundamental de Bonn (Constituição alemã), de 1949, e, especialmente, a criação do Tribunal Constitucional Federal, instalado em 1951. A partir daí teve início uma fecunda produção teórica e jurisprudencial, responsável pela ascensão científica do direito constitucional no âmbito dos países de tradição romano-germânica. A segunda referência de destaque é a da Constituição da Itália, de 1947, e a subsequente instalação da Corte Constitucional, em 1956. Ao longo da década de 70, a redemocratização e a reconstitucionalização de Portugal (1976) e da Espanha (1978) agregaram valor e volume ao debate sobre o novo direito constitucional. (BARROSO, 2005, p. 3).

O Estado Constitucional de Direito funda-se filosoficamente no pós-positivismo, fruto do pensamento jurídico que une o positivismo ao jusnaturalismo, operando-se pela leitura moral do Direito, isto é, pela interpretação das leis positivadas de acordo com os valores e princípios constitucionais (BARROSO, 2005). Para Binbenjamen (2014, p. 49-50), com a virada *kantiana*, ocorre “[...] uma reaproximação entre ética e direito, com o ressurgimento da razão prática, da fundamentação moral dos direitos fundamentais e do debate sobre a teoria da justiça fundado no imperativo categórico”, transpondo-se elementos filosóficos para o campo do Direito.

Ferrajoli (2009) identifica quatro mudanças de paradigma provocadas pelo Estado Constitucional de Direito comparativamente ao modelo do Estado Legislativo de Direito: a) subordinação da legalidade ao conteúdo das Constituições rígidas, que se tornam normas de reconhecimento da validade das leis, de modo que, além da seu modo de criação, as leis só são válidas se coerentes com os princípios constitucionais; b) as potenciais divergências entre as leis e a Constituição devem ser tratadas com um sentido crítico e não meramente explicativo, pois a Constituição traz proibições e obrigações de conteúdo, vinculadas, respectivamente, aos direitos de liberdade e aos direitos sociais, a serem necessariamente respeitados; c) a jurisdição transforma-se para abranger o crivo de constitucionalidade das leis antes de sua aplicação prática, sendo de responsabilidade dos juízes afastá-las quando dissonantes com o sentido constitucional; d) a subordinação das leis aos princípios constitucionais introduz uma dimensão substancial à democracia, representando um limite aos poderes da maioria, que seriam absolutos na falta dessa vinculação.

A partir disso, é possível referendar que os direitos fundamentais são os elementos condicionantes da democracia, na medida em que esta só se perfaz com a garantia de tratamento igualitário entre todas as pessoas, não lhe sendo suficiente o processo majoritário. Em outras palavras, o poder das maiorias só será democrático se estiver voltado à realização dos direitos fundamentais. A relação estreita entre democracia e direitos fundamentais também é tratada por Binbenjamen (2014, p. 55), segundo o qual:

[...] uma democracia só pode ser verdadeiramente considerada o governo segundo a vontade do povo se os cidadãos são tratados como agentes morais autônomos, tratados com igual respeito e consideração. As "condições democráticas" são, assim, os direitos fundamentais, reconhecidos pela comunidade política sob a forma de princípios, sem os quais não há cidadania em sentido pleno, nem verdadeiro processo político deliberativo. Os direitos fundamentais são, portanto, uma exigência democrática antes que uma limitação à democracia.

A partir de tais referenciais teóricos, as características do neoconstitucionalismo ou do modelo de Estado Constitucional de Direito podem ser assim sistematizadas: a) advento de Constituições rígidas com força normativa vinculante aos poderes estatais; b) expansão da jurisdição constitucional, com técnicas específicas de interpretação; c) vinculação formal e substancial das leis à Constituição, que devem passar pelo crivo de constitucionalidade como condição de sua validade; d) protagonismo dos direitos fundamentais, cuja defesa transforma-se em imperativo categórico jurídico; e) força normativa dos princípios constitucionais, que migram do plano filosófico para o campo jurídico; f) constitucionalização do Direito, isto é, a irradiação da Constituição por todo o ordenamento jurídico, em seus diversos ramos, estando a interpretação das normas legais vinculada aos valores e princípios constitucionais.

A constitucionalização do Direito, ao contrário do que aparenta, não significa incluir normas de ramos diversos na Constituição, mas interpretar o direito infraconstitucional e os poderes públicos à luz dos valores e dos princípios constitucionais. Dito de outro modo, para Barroso (2005, p. 12-13):

A idéia de constitucionalização do Direito aqui explorada está associada a um efeito expansivo das normas constitucionais, cujo conteúdo material e axiológico se irradia, com força normativa, por todo o sistema jurídico. Os valores, os fins públicos e os comportamentos contemplados nos princípios e regras da Constituição passam a condicionar a validade e o sentido de todas as normas do direito infraconstitucional.

O efeito expansivo das normas constitucionais condiciona não só o conjunto de leis positivadas em um sistema jurídico, mas sobretudo os poderes empregados pelo Estado para o atendimento do interesse público, que passam a estar inspirados pelos direitos fundamentais, pelos valores constitucionais e pela dignidade humana:

É neste quadro geral que se fala em um processo da constitucionalização do direito. Este não se esgota na mera disciplina, em sede constitucional, de questões outrora reguladas exclusivamente pelo legislador ordinário. Ele implica, mais que isso, no reconhecimento de que toda a legislação infraconstitucional tem de ser interpretada e aplicada à luz da Constituição, que deve tornar-se uma verdadeira bússola, a guiar o intérprete no equacionamento de qualquer questão jurídica. Tal concepção, que vem sendo rotulada como neoconstitucionalismo, impõe aos juristas a tarefa de revisitar os conceitos de suas disciplinas, para submetê-los a uma releitura, a partir da ótica constitucional. Trata-se de realizar uma verdadeira filtragem constitucional do direito,

de modo a reinterpretar os seus institutos, buscando-se não só evitar conflitos com a Lei Maior, mas também potencializar os valores e objetivos que esta consagra. (BINENBOJM, 2014, p. 65).

Por esse motivo, é de grande relevância reposicionar a teoria do poder de polícia sob a perspectiva da constitucionalização do Direito, a fim de que sejam superados alguns dogmas tradicionais e, especialmente, sejam captadas novas potencialidades de aplicação do instituto. Na doutrina contemporânea, já existem vozes que trazem o enfoque constitucional para o poder de polícia, reconhecendo uma intensificação das possibilidades de emprego do instituto pela Administração Pública, vertente à qual nos filiamos.

O renomado administrativista Justen Filho (2013, p. 589, grifo do autor) defende: “*O poder de polícia administrativa é a competência para disciplinar o exercício da autonomia privada para a realização de direitos fundamentais e da democracia, segundo os princípios da legalidade e da proporcionalidade.*” Nota-se, já na primeira leitura, a projeção constitucional que o jurista confere ao poder de polícia sob a égide da Constituição Federal de 1988, no sentido de que o instrumento está a serviço da realização dos direitos fundamentais e da democracia, o que desperta oportunidades novas para a execução de ações de polícia.

Ohlweiler (2018, p. 109) refere que o norte dos direitos fundamentais e da dignidade da pessoa humana permite repensar o poder de polícia para ser empregado em contextos de vulnerabilidade:

A partir de tal pressuposto, é possível repensar o próprio conceito de poder de polícia para lidar com situações de vulnerabilidade, compreendendo-o no horizonte de sentido dos direitos fundamentais e da dignidade humana. Tal prerrogativa, que, como aludido, caracteriza-se mais por um campo de dever, pode transformar-se em instrumento de superação das vulnerabilidades, mas desde que compreendido na órbita da concretização das próprias políticas sociais.

Com efeito, mesmo que tradicionalmente o poder de polícia seja compreendido como um instrumento de restrições de liberdades para a concretização de interesses coletivos, tidos como superiores aos interesses individuais, a constitucionalização do Direito provoca novas perspectivas para as ações de polícia, desconstruindo algumas das concepções comuns da teoria, tais como a de que não possibilitaria a imposição de obrigações de fazer e a de que o interesse coletivo seria, aprioristicamente, sempre superior aos interesses individuais.

Sobre a questão da natureza das imposições exequíveis com base no poder de polícia, Justen Filho (2013) assevera que, no paradigma do Estado Legislativo de Direito, isto é, na concepção clássica de polícia, as ordens de abstenção da autonomia privada bastavam para a preservação da ordem pública, cujo conteúdo abrangia a defesa da segurança, da tranquilidade

e da saúde públicas. Com a transformação do modelo de constitucionalismo para o Estado Constitucional de Direito, muda também o enfoque das ações de polícia, dado que a ordem pública passa a ser ligada à concretização dos direitos fundamentais e à defesa da democracia. Assim, tal transição alterou as possibilidades de providências instrumentalizadas pelo poder de polícia, não sendo suficientes os meros deveres negativos:

A promoção da ordem pública e a realização dos direitos fundamentais envolvem também deveres de colaboração ativa por parte de todos os integrantes da comunidade. A funcionalização dos direitos e garantias individuais e sociais exige que os sujeitos adotem cautelas omissivas e também não omissivas, sem as quais se coloca em risco a integridade alheia. (JUSTEN FILHO, 2013, p. 594).

Para a administrativista Di Pietro (2014), já antes do Século XX, durante o Estado Social, houve a progressiva ampliação do campo de aplicação do poder de polícia em função da própria evolução do conceito de ordem pública; se, no Estado Liberal, ela abrangia apenas a segurança necessária ao exercício livre da autonomia, no Estado Social incorporou a ordem econômica e social, incluindo a regulação das comunicações e dos mercados, o exercício de profissões, a defesa do meio ambiente, da saúde, do patrimônio histórico e artístico, entre outras matérias. Tal evolução da abrangência ampliou, ainda, as possibilidades de ordens exequíveis, admitindo-se a imposição de obrigações de fazer, como o cultivo da terra, o aproveitamento do solo e o comércio de produtos, além de outras providências positivas.

Também por esse ângulo, Ohlweiler (2018, p. 139-140) afirma que, apesar de haver críticas quanto à manutenção do poder de polícia nos sistemas jurídicos, diante de seu viés autoritário, pode-se empregá-lo para o enfrentamento de vulnerabilidades sociais, desde que as medidas estejam alinhadas ao prisma constitucional:

[...] o poder de polícia caracteriza-se como forma tradicional de atuação do Estado. Muito embora sujeito a diversas críticas doutrinárias, em virtude do caráter de autoridade que carrega, tal competência administrativa pode ser útil relativamente à superação de situações de vulnerabilidade social, mas desde que se insira no âmbito da concretização das próprias políticas sociais, a partir de um enfoque sociojurídico.

Por tais referenciais teóricos, constata-se que o poder de polícia possui potencialidades de aplicação muito amplas no modelo neoconstitucionalista, uma vez que a força normativa da Constituição, o protagonismo dos direitos fundamentais e a constitucionalização do Direito, ao promoverem a releitura de sua teoria, favorecem sua incidência para combater vulnerabilidades, com um conjunto de atividades materiais que se funcionalizam para a realização dos direitos fundamentais, da dignidade humana e da democracia.

É relevante destacar que, embora o Estado tenha a faculdade de condicionar o exercício de direitos ao atendimento do interesse público, tais restrições devem basear-se nas disposições e nos princípios constitucionais, e não em um conceito abstrato de poder de polícia. A propósito do assunto, Binenbojm (2014, p. 106-107, grifo do autor) revela que o seu fundamento basilar – a supremacia *a priori* do interesse público sobre os interesses privados – não sobrevive no modelo de Estado Constitucional de Direito:

O reconhecimento da centralidade do sistema de direitos fundamentais instituído pela Constituição e a estrutura *maleável* dos princípios constitucionais inviabiliza a determinação *a priori* de uma regra de supremacia absoluta do coletivo sobre o individual. A fluidez conceitual inerente à noção de interesse público, aliada à natural dificuldade em sopesar quando o atendimento do interesse público reside na própria preservação dos direitos fundamentais, e não na sua limitação em prol de algum interesse contraposto da coletividade, impõe ao legislador e à Administração Pública o dever jurídico de *ponderar* os interesses em jogo, buscando a sua concretização até um grau máximo de otimização.

O interesse público apresenta-se não somente como o interesse da coletividade, mas como produto da ponderação entre interesses coletivos e individuais, não se podendo colocar alguns como aprioristicamente superiores aos outros. É a partir da técnica da ponderação que o administrador público verifica qual interesse prevalece na colisão entre os direitos fundamentais conflitantes, encontrando o interesse público a ser promovido pelo exercício das competências administrativas. Isso ocorre porque, no modelo constitucionalista, não existe uma prevalência automática dos interesses coletivos, desfrutando os interesses individuais do mesmo destaque no plano abstrato (BINENBOJM, 2014).

Como observa Wacheleski (2016, p. 309), “O critério da proporcionalidade permite a verificação da compatibilidade entre o interesse público buscado pelo poder de polícia e os limites impostos pelos direitos fundamentais”. A aplicação do postulado da proporcionalidade no caso concreto é muito importante para que sejam adequadamente definidos os limites das ações de polícia, já que o interesse público perseguido pela Administração Pública nada mais é senão que o próprio produto da ponderação exercida sobre os direitos fundamentais.

Não há, dessa forma, uma supremacia *a priori* do interesse coletivo sobre os interesses particulares. A supremacia é da Constituição, animada pelo famigerado discurso dos direitos fundamentais e funcionalizada pela técnica da ponderação, que estabelece o sentido de interesse público segundo as específicas circunstâncias dos casos concretos, a emergir a necessidade de projetar o poder de polícia segundo a ótica dos direitos fundamentais, aplicando-o também em contextos de vulnerabilidades, visando autonomizar os cidadãos em desvantagens sociais.

4 CONCLUSÃO

O poder de polícia é um instrumento de ação tradicional da Administração Pública, com origem em tempos pré-modernos e comumente associado à existência de um interesse coletivo a ser assegurado e de uma autoridade legitimada a impor restrições ao exercício da autonomia privada. Nessa visão, o Estado pode limitar liberdades impondo condicionamentos às liberdades em direção ao atendimento do interesse público. Tal é a compreensão clássica de poder de polícia que, inclusive, é a que continua presente na doutrina administrativista.

Porém, a mudança de paradigma constitucional ocorrida a partir da metade do Século XX ressignificou o papel das Constituições nos sistemas jurídicos, movimento que se inaugurou na Itália (1947) e na Alemanha (1949), passou por Portugal (1976), pela Espanha (1978) e se disseminou por inúmeros Estados, eclodindo no Brasil com a Constituição de 1988. Por esse novo modelo constitucional, os poderes públicos ficam sujeitos não só à disciplina formal da Constituições, mas sobretudo ao conteúdo material por ela revelado, com o protagonismo dos direitos fundamentais e a expansão da jurisdição constitucional, responsável pela interpretação do Direito segundo os valores e princípios constitucionais (“constitucionalização do Direito”).

Essa nova referência passa a inspirar os próprios poderes instrumentais do Estado, no sentido de que os direitos fundamentais se transformam no combustível da ação administrativa, possibilitando uma releitura das potencialidades de aplicação do poder de polícia. Com efeito, compreendendo-se adequadamente que os direitos fundamentais permitem superar dogmas clássicos da teoria do poder de polícia – o da impossibilidade de impor obrigações de fazer e o da primazia do interesse coletivo sobre os interesses individuais –, pode-se conceber o poder de polícia como um forte instrumento para o combate de contextos de riscos e vulnerabilidades, pois o dever de ponderação das ações públicas justifica que, pela proporcionalidade, o interesse público possa representar interesses individuais de sujeitos fragilizados pelas estruturas sociais. Assim, compreende-se que o paradigma neoconstitucionalista torna aplicável o poder de polícia para o enfrentamento das vulnerabilidades, já que as ações públicas se guiam, em última análise, à realização da dignidade da pessoa humana, dos direitos fundamentais e da própria democracia.

REFERÊNCIAS

- BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 240, p. 1-42, abr. 2005. ISSN 2238-5177. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43618>. Acesso em: 02 set. 2021.
- BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.
- BOURDIEU, Pierre. **Sobre o Estado**. São Paulo: Schwarcz, 2014.
- CRETELLA JÚNIOR, José. **Tratado de Direito Administrativo**. 2. ed., v. 5. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014.
- FERRAJOLI, Luigi. Pasado y futuro del Estado de derecho. In: CARBONELL, Miguel (ed.). **Neoconstitucionalismo(s)**. 4. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2009. p. 14-29.
- GORDILLO, Agustín. **Tratado de derecho administrativo y obras selectas**. Tomo 2 – La defensa del usuario y del administrado. Buenos Aires: F.D.A., 2014. Disponível em: <https://www.gordillo.com/tomo2.php>. Acesso em: 08 set. 2021.
- JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- MARTINS, Ricardo Marcondes; SANTANO, Ana Cláudia. Una lectura neoconstitucional de la teoría del poder de policía. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, v. 3, n. 2, p. 87-114, maio/ago. 2016. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/rinc/article/view/47575>. Acesso em: 05 set. 2021.
- MEDAUAR, Odete. Poder de polícia: origem, evolução, crítica à noção, caracterização. In: MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Vitor Rhein (org.). **Poder de polícia na atualidade: anuário do Centro de Estudos de Direito Administrativo, Ambiental e Urbanístico – CEDAU do ano de 2011**. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 13-26.
- MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 39. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.
- OHLWEILER, Leonel Pires. **Direito Administrativo e vulnerabilidades: diálogos sociojurídicos das ações públicas no estado constitucional**. Canoas: Unilasalle, 2018.
- TÁCITO, Caio. O poder de polícia e seus limites. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 27, p. 1-11, jan. 1952. ISSN 2238-5177. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/12238>. Acesso em: 03 set. 2021.

WACHELESKI, Marcelo Paulo. A discricionariedade do poder de polícia administrativa e os limites impostos pelo critério da proporcionalidade a partir dos direitos fundamentais. **Pensamiento Jurídico**, Bogotá, n. 44, p. 291-312, jul./dez. 2016. Disponível em: <https://revistas.unal.edu.co/index.php/peju/article/view/60964/pdf>. Acesso em: 06 set. 2021.