

REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA



SENADO FEDERAL • SUBSECRETARIA DE EDIÇÕES TÉCNICAS

OUTUBRO A DEZEMBRO 1985

ANO 22 • NÚMERO 88

Polícia e poder de polícia

J. CRETELLA JÚNIOR

Titular Unico de Direito Administrativo da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

SUMARIO

- 1 — *Segurança individual e polícia*
- 2 — *Conceito de polícia*
- 3 — *Elementos integrantes do conceito de polícia*
- 4 — *Nossa definição de polícia*
- 5 — *Análise da definição de polícia*
- 6 — *Divisão da polícia*
- 7 — *Polícia administrativa*
- 8 — *Arbitrariedade e discricionariedade da ação policial*
- 9 — *Polícia judiciária*
- 10 — *Polícia nas três esferas*
- 11 — *Ramos da polícia administrativa*
- 12 — *Incidência da ação policial*
- 13 — *Poder DE e poder DA polícia*
- 14 — *Poder de polícia na doutrina brasileira*
- 15 — *Direito positivo e jurisprudência*
- 16 — *Poder de polícia, causa, polícia, consequência*
- 17 — *Limites ou barreiras do poder de polícia*
- 18 — *Conclusão e sugestão "de lege ferenda"*

1. *Segurança individual e polícia*

A *definição de polícia* tem como pressuposto necessário a *noção de segurança do homem*, na sociedade em que vive. "Segurança", "polícia" e "poder de polícia" são conceitos estreitamente vinculados, pelo que estas três noções precisam ser esclarecidas com precisão. Afastado o *estado de guarda* interna permanente, possibilita-se a concentração de cada um no trabalho que lhe está afeto com o máximo de produtividade (cf. nosso

"Polícia administrativa", no *Tratado de Direito Administrativo*, 1968, Forense, p. 14).

Principiemos pela *noção de segurança*, que nos levará ao conceito de *polícia*.

A *segurança das pessoas e das coisas* é elemento básico das condições universais, fator absolutamente indispensável para o natural desenvolvimento da personalidade humana. Proclamada *inviolável* pelo direito, não fica, porém, livre de forças exteriores, pessoais e impessoais, que ameaçam a todo instante a paz física e espiritual dos indivíduos. Tais ameaças que se erigem em perigo contra o qual a personalidade oferece, primeiro, a própria força particular, em seguida, a *força organizada* do meio social, pelo motivo muito simples de que a ameaça dirigida a uma pessoa constitui ameaça indireta a toda a coletividade, precisam ser coibidas (cf. LORENZO STEIN, *La Scienza dell'Amministrazione*, ed. italiana de Attilio Brunialti, 1897, p. 47). Nisto é que consiste a *ordem pública*, noção chave do direito administrativo, constituída, no sentido administrativo do termo, como um certo *minimum* de condições essenciais a uma vida social conveniente (cf. VEDEL, *Droit Administratif*, 5ª ed., 1973, p. 23).

Dum modo geral, *polícia* é termo genérico com que se designa a *força organizada* que protege a sociedade, livrando-a de toda *vis inquietativa*, mas "a livre atividade dos particulares, na sociedade organizada, tem necessariamente limites, cujo traçado cabe à autoridade pública" (RIVERO, *Droit Administratif*, 9ª ed., 1980, p. 424).

Cumpro acentuar que não se trata de concepção puramente especulativa, criação do puro domínio da lógica, mas sim de real atividade do Estado, instituto da Administração (ORESTE TANELLETTI, *La Polizia di Sicurezza*, em *Primo Trattato di Orlando*, 1904, vol. IV, parte 1ª, p. 271), com maior ou menor amplitude conforme as normas legais em vigor no país que se considere.

2. Conceito de polícia

Não é, porém, tarefa isenta de dificuldades fixar o *conceito jurídico de polícia*, porque a noção e vocábulo de que tratamos sofreram evolução fértil em metamorfose, ao mesmo tempo que, em nossos dias, a palavra *polícia* é empregada, pelo menos, em três acepções diferentes, se bem que com nítidos pontos que as aproximam.

FRITZ FLEINER esclarece, por exemplo, que "a noção e o vocábulo *polícia* sofreram evolução rica em mudanças" (*Les Principes Généraux du Droit Administratif Allemand*, 1933, p. 235); VILLEGAS BASAVILBASO elucida que "a noção jurídica de *polícia* tem sido sempre indeterminada" (*Derecho Administrativo*, 1954, vol. V, p. 11) e ROGER BONNARD mostra que "a palavra *polícia* aparece numerosíssimas vezes na linguagem do direito administrativo".

Como acontece com todas as palavras muito freqüentes, a palavra "policia" foi empregada sem que se lhe agregasse significação muito precisa e sem se ter tido o cuidado de fixar convenientemente os elementos da noção que representa" (*Précis de Droit Administratif*, 1935, pp. 317-318). VEDEL assinala que "a palavra *policia* é das mais genéricas que existem. Na língua jurídica antiga, serviu para designar toda espécie de imposição destinada a concretizar os objetivos da sociedade política. Era o equivalente da organização jurídica e é nessa acepção que se fala em Estado policiado. A *policia administrativa* tem sentido muito mais restrito e, para defini-la, é preciso limitar este sentido em relação às outras acepções que pode comportar esta palavra" (*Droit Administratif*, 5ª ed., 1973, p. 789). JEAN CASTAGNÉ principia seu trabalho dizendo que "a palavra *policia* é das mais ambíguas que existem" (*Le Contrôle Juridictionnel de la Légalité des Actes de Police Administrative*, 1964, p. 17).

Pretender condensar, em proposição única, os dois ramos vastíssimos, e de contornos peculiares, em que se desdobra a *policia*, é outra causa que concorre para a mencionada dificuldade conceitual.

Numa primeira acepção, *policia* é sinônimo de *regras de policia*, conjunto de normas impostas pela autoridade pública aos cidadãos, seja no conjunto da vida normal, diária, seja no exercício de atividade específica. Desse modo, toda *regra de direito* poderia ser compreendida como *regra de policia*, no sentido mais amplo do termo. Numa segunda acepção, denomina-se *policia* o conjunto de atos de execução dos regulamentos assim feitos, bem como das leis. É nesta segunda acepção que se distingue, como veremos, a *policia administrativa* da *policia judiciária*. Numa terceira acepção, *policia* é o nome que se reserva às forças públicas encarregadas da execução das leis e regulamentos, isto é, aos agentes públicos, ao pessoal, de cuja atividade resulta a ordem pública (MARCEL WALINE, *Traité Élémentaire de Droit Administratif*, 6ª ed., 1952, pp. 272 — 273).

Em edição mais recente, o mesmo autor escreve:

"Na linguagem do direito administrativo, a palavra *policia* não tem o mesmo sentido que na linguagem corrente: é a limitação, pela autoridade pública e no interesse público, da atividade do cidadão, sem que tal atividade deixe de tornar-se privada; ela é apenas regulamentada e não continua menos livre, por isso, na medida em que não é restrita, expressamente, pelas prescrições da *policia*" (MARCEL WALINE, *Droit Administratif*, 9ª ed., 1963, p. 637).

3. Elementos integrantes do conceito de policia

Análise minuciosa das diversas noções a respeito da *policia* permite colher dados suficientes para a elaboração do conceito universal de *policia*.

O primeiro elemento, de obrigatória presença na definição de *policia*,

é o da fonte de que provém, o Estado, ficando, pois, de lado, qualquer proteção de natureza particular. Isso porque o exercício do *poder de polícia* é indelegável sob pena de falência virtual do Estado; o *segundo elemento*, o escopo, de natureza teleológica, também é essencial para caracterizar a *polícia*, ou seja, não existe o instituto se o fim que se propõe for outro que não o de assegurar a paz, a tranqüilidade, a boa ordem, para cada um e para todos os membros da comunidade; o *terceiro elemento* que não pode faltar na definição de polícia é o que diz respeito, *in concreto*, às limitações a qualquer tipo de atividade que possa perturbar a vida em comum.

Com os três elementos assinalados — o *subjetivo*, orgânico ou instrumental (Estado), o *teleológico* (segurança coletiva e individual) e o *objetivo* ou material (limitações legais à liberdade) — é possível construir definição completa que, de modo sintético, descreva do melhor modo possível o *instituto da polícia*.

4. Nossa definição de polícia

Conjugando-se os elementos que, obrigatoriamente, devem estar presentes na estruturação conceitual — o Estado, detentor único do poder de polícia, a *tranqüilidade pública*, condição indispensável para que os agrupamentos humanos progridam, às *restrições jurídicas à liberdade*, necessárias para que a ação abusiva de um não cause embaraços à ação de outro —, é possível atingir-se a seguinte definição jurídica de polícia: *conjunto de poderes coercitivos exercidos pelo Estado sobre as atividades do cidadão mediante restrições legais impostas a essas atividades, quando abusivas, a fim de assegurar-se a ordem pública.*

5. Análise da definição de polícia

A análise de nossa *definição de polícia* revela o ângulo que nos situamos ao conceituar, ou seja, aceitamos a colocação material ou concreta, que vê, na organização policial, pessoas e meios que atuam, *in concreto*, na prática, para atingir fins de segurança coletiva.

Como Administração organizada, a *polícia* é relativamente moderna. No início, quase inexistente, de tal modo que em vão se procurariam traços do instituto, na França, nas leis sálicas, nas Capitulares de Carlos Magno e, mesmo, no regime feudal, a *polícia* aparece tão logo se vai formando a unidade nacional que prepara a divisão dos poderes. Sob o feudalismo, a divisão dos feudos é exclusiva da lei comunal, da unidade política, da organização judiciária. O senhor feudal julga, governa, administra, exerce todos os direitos de soberania, sem oposição, nem contrasteamento. Ainda na França, a *polícia* tem dupla origem: dum lado, a libertação das Comunas, doutro, a vitória dos reis sobre os grandes reinos. A Carta da emancipação das Comunas, ponto de partida da unidade política da França, data de Luís, o Gordo, no século XII. Pode-se

colocar, nesta época, a criação da polícia francesa, no início do âmbito apenas comunal, tendo entrado pouco a pouco no sistema de centralização que muito preocupou os reis, principalmente a partir de Luís XI. Até o século XVII, aliás, a *polícia* era ainda a Justiça e os mesmos magistrados representavam uma e outra (LÉON AMELINE, *Ce qu'il Faut Connaitre de la Police et de ses Mystères*, 1926 pp. 8 a 14).

Quando o vocábulo *polícia* passou para a Alemanha, tinha o sentido de "bom estado da coisa comum" (Guter Stand des Gemeinwessens), da *res publica*, que é o fim que deve ter em mira a autoridade pública.

No advento da época moderna, escreve OTTO MAYER, a *polícia* desempenha relevante papel, chegando até a caracterizar o Estado em todas as relações que assume para com o súdito: o exército e a justiça permanecem de lado; *tudo* aquilo que fora deles pode fazer-se para fortalecer a ordem interna e consolidar a *coisa comum* pertence à *polícia*, a qual se mostra sempre infatigável na tarefa de preparar novos recursos e deixar-se guiar pela luz da economia política, ciência que acaba de desenvolver-se. Ademais, *tudo* o que a autoridade julga saudável a *polícia* pode agora realizar e, em caso de necessidade, mediante o emprego de força (*Derecho Administrativo Alemán*, 1950, vol. II, pp. 3 e segs.).

6. Divisão da polícia

A polícia pode ser considerada sob diversos prismas, daí advindo esta ou aquela divisão. Nesse particular, tornou-se clássica a *divisão da polícia* em três ramos principais: a *polícia administrativa* ou *preventiva*, a *polícia repressiva* ou *judiciária* e a *polícia mista*.

Cada uma dessas espécies intervém em determinados momentos e tem os respectivos raios de ação.

A *polícia* pode ainda ser dividida em urbana, rural, municipal, secreta, política.

De qualquer modo, entretanto, a classificação que permanece, sempre, é a tradicional, em dois ramos, a *polícia administrativa* e a *polícia judiciária*.

Polícia administrativa, objeto particular de nosso estudo, é a que tem por objetivo tomar providências e fazer respeitar todas as medidas necessárias para a manutenção da ordem, da segurança e da salubridade pública (WALINE, *Droit Administratif*, 9ª ed., 1963, p. 639).

Há autores que preferem dividir a *polícia* em duas classes, *polícia de segurança* e *polícia administrativa*, entendendo-se pela primeira denominação a que tem por objetivo defender imediatamente os direitos dos indivíduos e do Estado, sendo administrativa a polícia que tutela a boa ordem da coisa administrativa. O serviço público constitui o objeto *primordial e direto* desta espécie de *polícia*. Divide-se, por sua vez, a *polícia administrativa*, em tantos ramos quantos sejam os da Administração.

É corrente dividir a *polícia de segurança* em *alta* e *baixa*, segundo defenda a segurança pública ou a dos particulares, mas esta classificação é desprovida de interesse científico, pois não é diverso o conteúdo de cada uma delas. A *polícia de segurança* teria triplíce objetivo: ordem, segurança e tranqüilidade (GARCÍA OVIEDO—MARTINEZ USEROS, *Derecho Administrativo*, 9ª ed., 1968, vol. IV, p. 43).

7. *Polícia administrativa*

Polícia política, administrativa e jurídica é a classificação tripartida, conhecida há mais de um século, na França e em Portugal (cf. VIVIEN, *Études Administratives*, 3ª ed., 1899, pp. 112-192-201-218; e JUSTINO ANTÔNIO DE FREITAS, *Instituições de Direito Administrativo Português*, 2ª ed., 1861, pp. 192-193).

O Código dos Delitos e das Penas, de 3 brumário do ano IV, já definia:

“A *polícia administrativa* tem por objeto a manutenção habitual da ordem pública em cada lugar e em cada parte da Administração geral. Tende, principalmente, a prevenir os delitos” (Código dos Delitos e das Penas, art. 19).

A *polícia administrativa*, esclarecia DE GÉRANDO, tem por finalidade fazer com que todos os habitantes, nas necessidades comuns da vida civil, desfrutem de todas as regalias que não poderiam proporcionar-se a si mesmos através de esforços individuais. Cabe-lhe procurar, declarar e proporcionar a *utilidade pública* (cf. *Institutes du Droit Administratif Français*, 2ª ed., 1842, vol. I, p. 49). Consiste em assegurar o repouso do público e dos particulares, purgar a cidade de todo aquele que pode causar desordem, proporcionar a abundância, e fazer com que cada um viva segundo suas condições e dever (Preâmbulo do edito de 15 de março de 1967, na França). Difere essencialmente da *polícia judiciária* (cf. DE GÉRANDO, *Institutes*, vol. I, p. 49), mas empresta todo concurso à autoridade judiciária e desta recebe apoio (DE GÉRANDO, *Institutes*, vol. I, p. 49).

A *polícia administrativa* é também denominada *polícia preventiva*. Exerce atividade *a priori*, antes dos acontecimentos, procurando evitar que as perturbações se verifiquem.

A *polícia administrativa* tem por escopo impedir as infrações da lei (sendo nesta parte *preventiva*) e sustentar a ordem pública em cada lugar, bem como em toda a parte do Reino (JUSTINO ANTÔNIO DE FREITAS, *Instituições de Direito Administrativo Português*, 2ª ed., 1861, p. 192), assegurar a ordem e segurança públicas, a proteção dos direitos concernentes à liberdade, à vida e à propriedade, e, bem assim, a prevenção dos delitos, por meio de ordens e determinações a tal fim dirigidas. A *polícia*

administrativa ou *preventiva* incumbe, em geral, a vigilância, a proteção da sociedade, a manutenção da ordem e tranqüilidade públicas, bem assim, assegurar os direitos individuais e auxiliar a execução dos atos e decisões da Justiça e da Administração (MATOS DE VASCONCELOS, *Direito Administrativo*, 1936, vol. I, pp. 224-225).

A atividade da *polícia administrativa* é multiforme, imprevisível, não podendo estar limitada em todos os setores em que deve desdobrar-se. Sendo infinitos os recursos de que lança mão o gênero humano, a polícia precisa intervir *sem restrições*, no momento oportuno, pois que *sua ação é indefinida como a própria vida, não sendo possível aprisioná-la em fórmulas*, motivo por que certa *flexibilidade* ou a *livre escolha dos meios* é inseparável da *polícia* (VIVEIROS DE CASTRO, *Tratado de Ciência da Administração e Direito Administrativo*, 3ª ed., 1914, p. 150 e PORTO CARREIRO, *Lições de Direito Administrativo*, 1918, p. 328).

No conceito de *polícia administrativa*, está presente a noção de *ordem pública*, não a de *infração*. Tem por finalidade a polícia administrativa a manutenção da ordem pública, independentemente da repressão das infrações (cf. VEDEL, *Droit Administratif*, 5ª ed., 1973, p. 780).

8. *Arbitrariedade e discricionariiedade da ação policial*

A legislação que pretendesse regular de antemão todos os atos da polícia seria impraticável e desastrosa. Esse *arbitrio*, sem dúvida, não é absoluto; move-se no quadro das leis e a *polícia* não deve lesar ou violar *direitos adquiridos*, sem que haja verdadeira necessidade (VIVEIROS DE CASTRO, *Tratado*, 3ª ed., 1914, p. 150).

Note-se, entretanto, que a *atividade da polícia não é arbitrária*, mas *discricionária*, isto é, sujeita a limites jurídicos intransponíveis. Não se trata, pois, de "arbitrio", mas de "discrção". Esta é a colocação da doutrina, reforçada pela jurisprudência, que conclui: "o *poder de polícia* não é discricionário, arbitrário ou caprichoso: ele está sujeito às regras legais ou regulamentares, dentro de cujos limites se exercita" (TJSP, em RDA, 111.297).

ÁLVARO LAZZARINI acentua que o atributo do poder de polícia é a discricionariiedade dos atos de polícia administrativa ou preventiva (cf. Do poder de polícia na identificação de transeuntes, na *Revista de Jurisprudência do TJSP*, vol. 83, São Paulo, 1983, p. 16, Lex Editora).

BRANDÃO CAVALCANTI esclarece com precisão: "Por isso mesmo que revestidos de caráter discricionário, as medidas de polícia não precisam estar predeterminadas pela lei. Elas se compreendem perfeitamente dentro de uma certa maneira de agir, limitada apenas pelos direitos e garantias assegurados expressamente pela legislação" (*Tratado de Direito Administrativo*, 4ª ed., 1956, vol. III, p. 10).

9. Polícia judiciária

"A polícia judiciária investiga os delitos que a polícia administrativa não conseguiu evitar que se cometessem, reúne as respectivas provas e entrega os autores aos tribunais encarregados pela lei de puni-los" (Lei de 3 brumário, ano IV, art. 20 e Código de Instrução Criminal, arts. 8 a 11).

A *polícia judiciária* é também denominada *repressiva*, nome que merece reparo porque ela não "*reprime*" os delitos, mas *auxilia* o Poder Judiciário, nesse mister. *Polícia auxiliar* é, porém, expressão correta.

JUSTINO ANTÔNIO DE FREITAS entende a "*polícia judiciária* como a que procura as provas dos crimes e contravenções e se empenha em descobrir os seus autores, cujo caráter se torna, por isso, essencialmente repressivo" (*Instituições de Direito Administrativo Português*, 2ª ed., 1861, p. 192).

"Em rigor", escreve RUI CIRNE LIMA, "*a polícia judiciária* — destinada, na definição da antiga lei rio-grandense, "*a promover a repressão dos crimes e contravenções*" (Lei gaúcha nº 11, de 4 de janeiro de 1896, art. 2º) — deve reputar-se ramo da *polícia administrativa*, dita de segurança. A *polícia judiciária* é, na verdade, meramente a ordenação, necessitada pelo processo judiciário penal, da atividade administrativa da polícia de segurança, à qual, de alguma forma, se superpõe, ao invés de afastá-la" (*Princípios de Direito Administrativo Brasileiro*, 4ª ed., 1964, p. 112).

"A *polícia judiciária* tem por fim efetuar a investigação dos crimes e descobrir os seus agentes, procedendo à instrução preparatória dos respectivos processos e organizar a prevenção da criminalidade habitual" (cf. Decreto-Lei de Portugal nº 35.042, de 20 de outubro de 1945, art. 1º, apud MARCELO CAETANO, *Manual de Direito Administrativo*, 4ª ed., 1956, p. 638, nº 1).

Embora não seja denominação corrente nos autores especializados, denominamos *polícia mista* ao organismo estatal que acumula ou exerce, sucessiva ou simultaneamente, as duas funções, a *preventiva* e a *repressiva*, como é o caso da polícia brasileira em que o mesmo agente previne e reprime.

Criticando a divisão da polícia em "*de segurança*" e "*administrativa*", BRANDÃO CAVALCANTI mostra que "*a divisão, embora aceita pela generalidade dos autores, merece ser criticada, porque dificilmente será possível estabelecer distinção perfeita entre as duas categorias de polícias. A verdade é que, mesmo dentro de determinada manifestação do poder de polícia, a medida pode revestir-se ou de caráter administrativo, ou puramente policial, quer a sua finalidade seja a tranquilidade pública, quer o cumprimento de um regulamento administrativo. A classificação interessa, por conseguinte, mais à natureza da medida, do que propriamente à esfera dentro da qual deve agir a autoridade*" (*Tratado de Direito Administrativo*, 4ª ed., 1956, vol. III, pp. 10-11).

No Brasil, a distinção da *polícia em judiciária e administrativa*, de procedência francesa e universalmente aceita, menos pelos povos influenciados pelo direito inglês (Grã-Bretanha e Estados Unidos), defeituosa e arbitrária (ALCIDES CRUZ, *Direito Administrativo Brasileiro*, 2ª ed., 1914, pp. 163-164), não tem integral aplicação, porque a nossa *polícia é mista*, cabendo ao mesmo órgão, como dissemos, atividades preventivas e repressivas.

RIVERO mostra com grande propriedade a identificação, no mesmo agente, de atividades administrativas e judiciárias, de tal modo que se percebem os traços típicos das duas modalidades de polícia, a *polícia administrativa* e a *polícia judiciária*:

“Na prática, a distinção é muitas vezes delicada, primeiro, em razão de certa identidade pessoal: as autoridades encarregadas da polícia administrativa participam, às vezes, do exercício de polícia judiciária. Por exemplo, o agente que dirige o trânsito passa da *polícia administrativa* à *polícia judiciária*, no instante em que lavra o auto de contravenção. Assim também a *polícia rodoviária*, conforme presta assistência a automobilistas em dificuldades ou toma providência depois de acidente” (*Droit Administratif*, 9ª ed., 1980, pp. 413-414).

A *polícia judiciária* é exercida pelas autoridades policiais no território das respectivas jurisdições e tem por fim a apuração das infrações penais e da correspondente autoria. A competência definida neste artigo não excluirá a de autoridades administrativas, a quem por lei seja cometida a mesma função (Código de Processo Penal, Decreto-Lei nº 3.931, de 10 de dezembro de 1941, art. 4º e parágrafo).

Significa isso, acentua RUI CIRNE LIMA, comentando este dispositivo do nosso Código de Processo Penal, que entre a *atividade da polícia judiciária* e a *atividade administrativa*, equipolente da *polícia de segurança*, há unicamente diversidade de ordenação: ali, a ordenação é de natureza processual; aqui, de natureza administrativa. Mas significa, por igual, que a atividade da qual se cuida é fundamentalmente a mesma, embora diversamente ordenada, segundo propósitos diversos (RUI CIRNE LIMA, *Princípios de Direito Administrativo Brasileiro*, 4ª ed., 1964, p. 112).

Entre nós, a *polícia administrativa*, que é o poder de regulamentar e coagir, exerce a priori sua função em graus que correspondem à nossa divisão administrativa, classificando-se em federal, estadual e municipal.

10. Polícia nas três esferas

O poder de polícia federal é exercido pelo Presidente da República, bem como pelos Ministros de Estado; o poder de polícia estadual é exercido pelo Governador, bem como pelo Secretário de Estado através do Comandante-Geral da Polícia Militar; o poder de polícia municipal é

exercido pelo Prefeito, auxiliado, em alguns casos, pelo Secretário da Prefeitura.

No entanto, em cada grau, as ordens emanadas concretizam-se por intermédio dos delegados administrativos ou policiais do poder superior.

Há que considerar, repetimos, nas Federações, as expressões "policia federal" e "policia estadual". Há ainda o *poder de policia* exercido pelo Município.

Na expressão *policia federal*, considere-se, primeiro, o elemento "policia" e depois o elemento "federal". O segundo elemento "federal" contrapõe esse tipo de policia à "policia estadual", ao policiamento exercido pelo Estado-Membro. O *poder de policia*, "facultas" do Estado, em sentido amplo, de restringir a atividade nefasta do cidadão, quando esta prejudica outro cidadão, vários cidadãos ou a coletividade, é concretizado na "policia", força organizada que atua, na prática, fundamentada no "poder de policia". Como se sabe, as atividades ou funções do Estado são duas, a *função jurídica* e a *função social* (cf. nosso *Tratado de Direito Administrativo*, 1966, vol. I, p. 181). A *atividade jurídica* compreende a atuação do Estado em torno da "tutela do direito", desdobrando-se em vários desempenhos, a "criação ou elaboração do direito", a "aplicação do direito ao caso particular", a "defesa contra o inimigo externo", a "manutenção da ordem interna". A "defesa do país contra o inimigo externo", invasões ou guerras, cabe às Forças Armadas, à Marinha, ao Exército, à Aeronáutica. Resta a "manutenção da ordem interna", também de competência da policia. A *policia* pode ser *preventiva* ou *administrativa*, quando age "a priori", antes que ocorram as perturbações, ou *judiciária*, quando age *a posteriori*, depois que o delito ocorreu, também se denominando, sem rigor técnico, de "repressiva", ao invés de "auxiliar", denominação mais correta. A *manutenção da ordem pública interna* é, primeiro, de competência do Estado-Membro, mediante a ação da Policia Militar. Entretanto, para dar unidade à Federação, principalmente quanto à *segurança nacional*, ou quando o Estado-Membro se revela impotente na manutenção da ordem, competem à União vários setores sobre os quais recai o *poder de policia*. Todas as Constituições federais refletem a preocupação de reservar à União algumas tarefas do setor policial, como a de 1934, art. 5º, XI (prover aos serviços de policia marítima e portuária, sem prejuizo dos serviços policiais dos Estados), a de 1937, art. 15, IV (organizar a defesa externa, as forças armadas, a policia e segurança das fronteiras). A Constituição de 1946, art. 5º, VII (superintender, em todo o território nacional, os serviços de policia marítima, aérea e de fronteira), ao contrário da de 1934 e da de 1937, outorgava à União a superintendência, a fiscalização, a supervisão, dos serviços mencionados, ficando, assim, bem claro, que era dos Estados-Membros a competência para manter a ordem pública. A União mantinha o Departamento Policial de Segurança Pública para o desempenho de serviços policiais limitados ao Distrito Federal, tais como

ilícitos fazendários e censura de diversões públicas. Hoje, esse Departamento está transformado no Departamento de Polícia Federal, subordinado ao Ministério da Justiça. Em síntese, nas Federações, a regra científico-jurídica é atribuir as funções policiais aos Estados-Membros, constituindo exceção a polícia federal, a quem a Lei Maior deve limitar as atribuições, casuística e taxativamente enumeradas, uma a uma, competência a que se deve dar interpretação restrita, pelo que é flagrantemente inconstitucional atribuir à *polícia federal* quaisquer atividades extrapoladoras do rol preciso de tarefas capitulado pela Constituição.

Todo e qualquer comentário à Constituição Federal deverá elucidar, com precisão, clareza e profundidade, algumas noções básicas, a saber, a noção de polícia, bem como a de polícia administrativa e a de polícia judiciária.

11. Ramos da polícia administrativa

Tarefa cheia de dificuldades é assinalar, dentro de sistema harmônico e cientificamente desdobrável, os vários ramos em que se reparte a *polícia administrativa*.

A dificuldade maior não está em enfileirar uma série de capítulos seguidos, cada um dos quais referente a um campo da *polícia administrativa*, mas sim em descobrir *critério seguro*, que permita estruturar classificação sistemática e suficiente para abranger todas as *espécies* cabíveis no grande gênero que estamos estudando.

Em primeiro lugar, divide-se a *polícia administrativa* em dois ramos: a *geral* e a *especial*.

Polícia administrativa geral é a que tem por objetivo a consecução direta de certos fins preventivos, que não estão ligados a nenhum outro serviço público, como a polícia de jogos. *Polícia administrativa especial* é a que aparece como acessória a outros serviços públicos, como, por exemplo, a polícia ferroviária.

Divide-se a *polícia geral* em dois ramos: *polícia de segurança e polícia de costumes*. A primeira tem por objeto prevenir a criminalidade em relação à incolumidade pessoal, à propriedade, à tranquilidade pública e social. Nela se incluem a de roubos, a de estrangeiros, a do exercício de profissões. A segunda abrange várias modalidades, como as relativas a jogos, a diversões, ao lenocínio, à prostituição, ao alcoolismo, aos entorpecentes, à mendicância.

As modalidades da *polícia especial* são inúmeras, e se desdobram de acordo com o desenvolvimento dos serviços públicos em cada país. As principais são a mortuária ou dos cemitérios, a do trânsito, a ferroviária, a portuária, a aduaneira, a edilícia (MÁRIO MASAGÃO, *Curso de Direito Administrativo*, 5ª ed., 1974, p. 169).

GEORGES VEDEL, que aceita a divisão da *polícia administrativa* em *geral* e *especial*, assinala que a primeira "compreende tudo que está abran-

gido nos três termos “segurança”, “tranquilidade” e “salubridade” e a segunda tem dois sentidos, compreendendo o primeiro “as atividades de polícia cujos fins não são diferentes daqueles que a polícia geral persegue, mas que são submetidos a regime particular”, abrangendo o segundo, “que é mais característico, as polícias que visam a objetivos que não figuram no conteúdo normal da *polícia geral*, como, por exemplo, a polícia de estética, a quem não cabe zelar pela segurança, nem pela tranquilidade, nem pela salubridade” (VEDEL, *Droit Administratif*, 3ª ed., 1954, pp. 568-569, 4ª ed., 1968, pp. 664-666; 5ª ed., 1973, p. 783), mas pela conservação dos lugares, paisagens e monumentos”.

Na realidade, a *polícia administrativa* exerce atividades que incidem sobre as mais diversas manifestações do cidadão e como tais manifestações variam de país a país, impossível até a simples enumeração taxativa e uniforme dos setores em que se desdobra a ação preventiva policial.

12. Incidência da ação policial

No direito administrativo pátrio, a *ação policial*, fundamentada no *poder de polícia*, pode recair sobre a *locomoção*, sobre a *manifestação do pensamento*, sobre a *reunião* e a *associação*, sobre a *consciência e culto*, sobre a *propriedade*, sobre as *construções*, sobre a *higiene*, sobre o *trânsito*, sobre os *estrangeiros*, sobre as *profissões*, sobre os *costumes* e sobre o *comércio*, pelo que estes desdobramentos da *polícia administrativa* serão examinados a seguir.

A *ação policial* manifesta-se por meio de *atos administrativos*. O *ato de polícia*, como ato administrativo, é dotado de auto-executoriedade, podendo ser executado direta e imediatamente pela Administração, sem recorrer a qualquer outro Poder (TJSP, em RDA, 93:188).

Todas as considerações, acima feitas, somente podem ser bem compreendidas, se relacionarmos a *ação policial* com o *poder de polícia*, motivo por que vamos conceituar esta “*facultas*” do Estado.

A *ação policial* é *atividade concreta*, fundamentada no *poder de polícia*. Utilizando a terminologia aristotélico-tomista, podemos dizer que *poder de polícia* é algo *in potentia*; é a *facultas* do Estado de direito. A *atividade policial* é algo *in actu*, que se projeta no mundo jurídico, transformando a *potencialidade* em *realidade*.

A *conceituação do poder de polícia* inscreve-se como tema dos mais relevantes, no setor do direito público, em decorrência, de um lado, da tendência intervencionista do Estado moderno que procura, em nome do *princípio da legalidade*, limitar as atividades do cidadão, de outro lado, da conscientização que o homem, em sociedade, tem do rol dos direitos de que é detentor e da infinidade de instrumentos jurídicos que pode invocar para a proteção e garantia desses mesmos direitos.

Este assunto básico guarda relação íntima com as *liberdades públicas*, com os *direitos do cidadão*, e com as *prerrogativas individuais*, precisamente as três barreiras de bronze que se erguem contra o *poder de polícia*, quando este, por exceção, se torna arbitrário, ultrapassando ou tentando ultrapassar aquele campo sagrado dos direitos subjetivos públicos garantidos pela Carta Magna e pelas leis fundamentais.

Realmente, a livre atividade do particular, nas sociedades organizadas, tem necessariamente de circunscrever-se a certos limites, fixados pelo poder público que os assinala, em lei. Ao mesmo tempo, as garantias fundamentais são conferidas aos cidadãos para o exercício das liberdades públicas, do direito de cada um e das prerrogativas que emanam do *status* em que se integra o cidadão. “Cabe ao Poder Executivo precisar e completar as prescrições essenciais, assegurando-lhes a aplicação concreta e, de um modo mais geral, prevenir desordens de qualquer natureza” (RIVERO, *Droit Administratif*, 9ª ed., 1980, p. 424).

Dum lado, o cidadão procura expandir-se ao máximo, pensando, exteriorizando o pensamento, reunindo-se, associando-se, praticando cultos religiosos, construindo moradia, caminhando dum lado para outro, dentro do país, ou ultrapassando-lhe as fronteiras, exercendo profissões, dedicando-se ao comércio.

De outro lado, a Administração analisa cada um dos atos dos cidadãos, verificando até que ponto as atividades desenvolvidas se harmonizam entre si e com o poder público, de tal maneira que a tranqüilidade geral permita aos agrupamentos humanos coexistência de opiniões e de movimentos com o mínimo de prejuízos para a coletividade.

Mediante o *exercício do poder de polícia*, o Estado toma uma série de providências que recaem sobre os administrados, garantindo-lhes o bem-estar, mediante o policiamento da conduta exorbitante de cada um dos componentes do grupo.

O *poder de polícia geral* sempre existiu no Estado, qualquer que tenha sido a natureza e funções, no que diz respeito aos fins da sociedade a ele referida, quer tenha tido caráter amplo de polícia interna (concepção originária da polícia como governo), quer tenha sido concebido como instituição essencialmente administrativa ou como administração jurídica, ou administração social do Estado. A *idéia de Estado* é inseparável da *idéia de polícia* (RAFAEL BIELSA, *Ciencia de la Administración*, 2ª ed., 1955, p. 349). E o “*poder de polícia*” é o fundamento da “*ação da polícia*”!

No entanto, a expressão técnica “*poder de polícia*” é bastante moderna, tendo nascido em país de língua inglesa e, logo depois, acolhida pelos cultores do direito público de todo o mundo.

Sob o aspecto da técnica jurídica, a mencionada expressão é imperfeita, sendo passível de profundos reparos, no que se patenteiam mais

uma vez as dificuldades experimentadas pelo direito administrativo no terreno terminológico (VILLEGAS BASAVILBASO, *Derecho Administrativo*, 1954, vol. V, p. 97).

Desde que surgiu, na primeira metade do século XIX, a expressão "poder de polícia" tem sido entendida de diversas maneiras, porque os elementos vocabulares integrantes da denominação, por sua vez, são suscetíveis de significados diferentes. Contudo, a expressão "poder de polícia" foi universalmente aceita e é empregada em todas as obras especializadas de direito público que versam este complexo tema. O que se não pode negar, no mundo fático, é a existência, na face da terra, de um organismo repressivo, de uma força organizada — a *polícia*. Cabe ao *direito* indagar em que se baseia esse organismo.

A expressão *poder de polícia*, de origem jurisprudencial, teve nascimento no direito norte-americano, criada por eminentes Ministros da Corte Suprema daquele país, cuja repercussão se estendeu até nossos dias.

Em 1827, no caso *Brown versus Maryland*, o Ministro Marshall, Presidente da Corte Suprema dos Estados Unidos, trata do *poder de polícia*, se bem que a expressão integral, estereotipada — "police power" — ainda não lhe tivesse ocorrido, na mente, de modo nítido, tanto assim que, em seu voto, nada menos que 19 vocábulos se interpõem entre os termos constitutivos da denominação. Pela importância de que se reveste, o texto jurisprudencial merece fiel transcrição. Assim: "The POLICY and consequent practice of levying or securing the duty before, or on entering the port, does not limit the POWER to that state of things, nor consequently, the prohibition, unless the true meaning of the clause so confines it" (A *polícia* — ou *política* — e a consequente prática de lançar ou assegurar o imposto antecipadamente ou a entrar no porto, não restringe o *poder* a esse estado de coisas, nem, conseqüentemente, a proibição, a não ser que o verdadeiro significado da cláusula assim o delimite.) (cf. VILLEGAS BASAVILBASO, *Derecho Administrativo*, 1954, vol. V, p. 89, nº 1).

O mesmo juiz, em caso anterior (1824), *Gibbons versus Ogden*, empregara os mesmos vocábulos, também afastados, não constituindo ainda a expressão técnica, que hoje conhecemos. Assim: "The acknowledged POWER of a State to regulate its POLICE, its domestic trade, and to govern its own citizens, may enable it to legislate on this subject to a considerable extent" (O reconhecido *poder* do Estado de regular a *polícia*, o comércio interno e o de governar os próprios cidadãos pode credenciá-lo a legislar nesse assunto em considerável extensão) (cf. VILLEGAS BASAVILBASO, *Derecho Administrativo*, 1954, vol. V, p. 90, nº 1).

Em 1853, no caso *Commonwealth versus Alger*, o juiz Shaw, depois de fazer alusão à relatividade dos direitos de propriedade, subordinados aos demais interesses particulares e coletivos, empregou a expressão plena, escrevendo: "The power we allude to is rather the POLICE POWER,

the power vested in the legislature by the Constitution to make, of wholesome and reasonable laws, statutes, and ordinances, either with penalties or without, not repugnant to the Constitution, as they shall judge to be for the good and welfare of the Commonwealth, and of the subjects of the same." (O poder a que aludimos é mais o poder de polícia, poder investido na legislatura pela Constituição para fazer, ordenar e estabelecer todas as modalidades de leis íntegras e razoáveis, estatutos e ordenanças, com ou sem sanções, não repugnando à Constituição, conforme julguem ser para o bem-estar da "Commonwealth" e para súditos) (ver: CAIO TÁCITO, O poder de polícia e seus limites, em RDA, 27:5).

No caso *Noble Bank versus Haskell*, a expressão, *poder de polícia*, agora para sempre consagrada, aparece, pela segunda vez, na íntegra, formando o conjunto "police power": "It may be said in a general way that the POLICE POWER extends to all the great public needs." (Dum modo geral, pode-se dizer que o *poder de polícia* se estende a todas as grandes necessidades públicas). (Ver: CAIO TÁCITO, O poder de polícia e seus limites, em RDA, 27:5).

Da jurisprudência norte-americana a denominação *police power* passa para os trabalhos doutrinários, norte-americanos e ingleses, tendo sido aceita, em breve, pelos juristas de todos os países em que se cultivava o direito público.

Tarefa das mais difíceis, em direito público, é realmente a de conceituar nos exatos contornos, o *poder de polícia* (CAIO TÁCITO, O poder de polícia e seus limites, em RDA, 27:1), sendo sempre mais fácil indagar se determinado caso concreto está dentro do alcance daquela definição abstrata, *in genere*, que compreenda todos os casos (CAMPBELL BLACK, *Handbook of American Constitutional Law*, 3ª edição, 1910, p. 387, apud VILLEGAS BASAVILBASO, *Derecho Administrativo*, 1954, vol. V, p. 48, nº 110). Não se pode, pois, defini-lo de maneira rígida, o que é reconhecido pelos autores que mais profundamente versaram o tema (BRANDÃO CAVALCANTI, *Tratado de Direito Administrativo*, 4ª ed., 1956, vol. III, p. 5).

Concorre, para dificultar o assunto, a dualidade reconhecida de concepções a respeito existentes, distinguindo-se a chamada *concepção européia continental*, bem distinta da *concepção norte-americana*.

Na França, por exemplo, predomina a idéia de *proteção imediata da ordem pública*, resolvendo-se, pois, a *ação policial*, em atividade administrativa assecuratória daquela ordem, no sentido de ordem exterior dos fatos, mais do que do direito, pois o conceito de *ordem pública*, referente aos limites da atividade jurídica dos indivíduos, é noção distinta. Esta *ordem pública*, por exemplo, existe sobre o direito privado, limitando a liberdade de contratar especialmente em certas esferas (trabalho, serviços públicos). Não é a esta *ordem pública* que se refere a *polícia administrativa*. Ordem pública é o mínimo de condições necessárias a uma vida social tranqüila, conveniente, sem convulsões.

Nos Estados Unidos, o *poder de polícia* tem considerável extensão, não se limitando à segurança pessoal contra as *vias de direito*, nem à *salubridade* e à *moralidade pública*, mas compreendendo também os meios protetores da condição econômica e social dos indivíduos no fomento do bem-estar da comunidade e na regulamentação de sua vida econômica (BIELSA, *Ciencia de la Administración*, 2ª ed., 1952, p. 351).

Ao passo que, na França, seguida de perto pela Itália, a defesa da *ordem pública*, da *segurança*, da *salubridade*, é o objetivo preciso do *poder de polícia*, na jurisprudência e doutrina norte-americanas, aquele *poder* transcende às formas construtivas de direitos individuais, promanadas da Administração para estender-se, principalmente, até o exercício da função legislativa.

Sustentou-se — e esta foi a tese que prevaleceu — que os Estados podiam editar legislação de tipo econômico-social, fundados no *poder de polícia*. Este, até então, tinha sido o direito dos Estados particulares de restringirem a *atividade* ou o *direito de propriedade* dos indivíduos na salvaguarda da segurança, salubridade e moralidade da coletividade (RODOLFO BLEDEL, *Introducción al Estudio del Derecho Público Anglosajón*, 1947, p. 118). Mais tarde, para fundamentar a nova legislação, que regularia os serviços públicos ferroviários, foi ampliado o *conceito do poder de polícia*, considerado também como o que tem por fim promover o bem-estar coletivo, assegurando a *ordem pública*.

Criada, em 1887, a Comissão de Comércio Interestadual, desenvolveu-se novo *conceito de poder de polícia* (RODOLFO BLEDEL, *Introducción al Estudio del Derecho Público Anglosajón*, 1947, pp. 118-119). Se *polícia* é espécie de *atividade administrativa*, *poder de polícia* é a manifestação do poder público próprio de tal atividade (OTTO MAYER, *Derecho Administrativo Alemán*, vol. II, p. 3).

A *noção de polícia* é menos ampla do que a de *poder de polícia*. Esta é a manifestação do poder público tendente a fazer executar o dever geral do súdito (OTTO MAYER, *Derecho Administrativo Alemán*, vol. II, p. 14). Consiste o *poder de polícia* na ação da autoridade para fazer cumprir o dever, que se supõe geral, de não perturbar, de modo algum, a boa ordem da coisa pública (OTTO MAYER, *Derecho Administrativo Alemán*, vol. II, p. 19).

O *poder de polícia*, ensina LAUBADÈRE, define-se pelo *fim* que tem em mira e que é o de assegurar a tranquilidade (ausência de riscos de desordem), a segurança (ausência de riscos de acidentes) ou a salubridade pública (ausência de riscos de moléstias) (cf. *Traité Élémentaire de Droit Administratif*, 1953, p. 539, cf. 3ª ed., 1963, vol. I, p. 506).

WALINE, depois de mostrar que a palavra *polícia* é suscetível de vários significados, entre os quais “o conjunto de regras impostas pela autoridade pública aos cidadãos” (*Traité Élémentaire de Droit Administratif*,

6ª ed., 1952, p. 272), denomina *poder de polícia* o direito de impor essas regras e a medida em que determinada autoridade administrativa pode impô-las (*Traité Élémentaire de Droit Administratif*, 1952, p. 272).

O *poder de polícia* é para alguns a *potestas* legislativa, reguladora dos direitos reconhecidos pela lei fundamental (VILLEGAS BASAVILBASO, *Derecho Administrativo*, 1954, vol. V, p. 97), ou, em consagrada definição: “potestade legislativa que tem por objeto a promoção do bem-estar geral, regulando para esse fim os direitos individuais, expressa ou implicitamente reconhecidos pela lei fundamental” (VILLEGAS BASAVILBASO, *Derecho Administrativo*, 1954, vol. V, p. 103).

GABINO FRAGA ressalta que o *poder de polícia* do Estado é entendido, dentro do direito positivo de muitos países, como o conjunto de atribuições que lhe correspondem para promover o bem-estar geral por meio de restrições e regulamentações dos direitos do indivíduo, de tal forma que possam prevenir-se ou acautelar-se das conseqüências prejudiciais que sua disposição, em termos absolutos, acarretaria para a vida em comum (GABINO FRAGA, *Derecho Administrativo*, 12ª ed., 1968, p. 456).

Para precisar o conceito do *poder de polícia*, é indispensável, portanto, definir o que deve entender-se por *bem-estar público*, que se decompõe em grande variedade de interesses que compreendem os interesses fundamentais da ordem, segurança e salubridade públicas, chegando até a abranger os interesses de natureza econômica (GABINO FRAGA, *Derecho Administrativo*, 12ª ed., 1968, p. 456).

Se bem que a conceituação do vocábulo *polícia*, como vimos, tenha sido motivo de constante indagação por parte de nossos autores, mesmo os antigos, a expressão *poder de polícia* só em época bastante recente recebeu o desenvolvimento que merece.

13. Poder “DE” e poder “DA” polícia

Cumpre, antes de tudo, fazer uma observação à expressão *poder “de” polícia*, a qual não se confunde com outra semelhante *poder “da” polícia*, porque, se a *polícia* tem as possibilidades de agir, em concreto, pondo em atividade todo o aparelhamento de que dispõe, isso se deve à *potestas* que lhe confere o *poder de polícia*.

O *poder “de” polícia* é que fundamenta o *poder “da” polícia*. Este sem aquele seria o arbítrio, verdadeira *ação policial* divorciada do *Estado de direito*.

14. Poder de polícia na doutrina brasileira

Em 1918, AURELINO LEAL empregava, em alentada, mas criticável monografia, a expressão *poder de polícia*, aceitando a definição de OTTO MAXER, já corrente e divulgada, entre nós: “manifestação do poder público

tendente a fazer cumprir o dever geral do indivíduo" (*Polícia e Poder de Polícia*, 1918, p. 79).

MATOS DE VASCONCELOS entende como *poder de polícia* "a faculdade ou poder jurídico de que se serve a Administração para limitar coercitivamente o exercício da atividade individual, em prol do benefício coletivo, assecuratório da estabilidade social" (*Direito Administrativo*, 1936, vol. I, p. 218).

BRANDÃO CAVALCANTI, depois de assinalar que, em sentido lato, a expressão *poder de polícia* deve ser entendida como o "exercício do poder sobre as pessoas e as coisas, para atender ao interesse público", explica que "aquela designação não comporta definição rígida, mas inclui todas as restrições impostas pelo poder público aos indivíduos em benefício do interesse coletivo, saúde, ordem pública, segurança, e, ainda mais, os interesses econômicos e sociais". E conclui: "*Poder de polícia* é a faculdade de manter os interesses coletivos de assegurar os direitos individuais, feridos pelo exercício de direitos individuais de terceiros". "*O poder de polícia visa*", continua, "à proteção dos bens, dos direitos, da liberdade, da saúde, do bem-estar econômico. Constitui limitação à liberdade individual, mas tem por fim assegurar esta própria liberdade e os direitos essenciais do homem" (*Tratado de Direito Administrativo*, 4ª ed., 1956, vol. III, p. 7).

Examinando com muita acuidade o problema, nos mais importantes de seus aspectos, GUMARÃES MENEGALE mostra, com apoio em FREUND, que o *poder de polícia* se discrimina como o *poder* que tem, por imediato objeto, promover o bem comum subordinado a ele, restringindo, em seu benefício, os direitos privados (*Direito Administrativo e Ciência da Administração*, 3ª ed., 1957, p. 521) para mostrar, depois, que "o *poder de polícia* pressupõe a existência de direitos individuais, que se vêm a restringir, na prática, em benefício da ordem coletiva" (*Direito Administrativo e Ciência da Administração*, 3ª ed., 1957, p. 529).

A autoridade de CAJO TÁCITO define o *poder de polícia* como "o conjunto de atribuições concedidas à Administração para disciplinar e restringir, em favor de interesse público adequado, direitos e liberdades individuais" ("O poder de polícia e seus limites", em *RDA*, 27:8 e *RF*, 144:23-28). Essa *faculdade administrativa* não violenta o *princípio da legalidade*, porque é da própria essência constitucional das garantias do indivíduo a supremacia dos interesses da coletividade. Não há *direito público subjetivo* absoluto no Estado moderno. Todos se submetem, com maior ou menor intensidade, à disciplina do interesse público, seja em sua formação ou em seu exercício ("O poder de polícia e seus limites", em *RDA*, 27:8). O *poder de polícia* é uma das faculdades discricionárias do Estado, visando à proteção da ordem, da paz e do bem-estar social (SEABRA FAGUNDES, *O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*, 5ª ed., 1979, p. 256, nº 18, Cf. 6ª ed., Saraiva, 1984). Textualmente: "No uso do *poder de polícia* (expressão em que se costuma sinte-

tizar a competência discricionária da Administração, para quanto concerne à segurança, à ordem, à saúde e ao sossego públicos), impõe a autoridade administrativa uma série de restrições à liberdade de comércio, de profissão, de residência, de reunião.”

CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO conceitua o *poder de polícia*, em sentido amplo, como a atividade estatal de condicionar a *liberdade* e a *propriedade*, ajustando-a aos *interesses coletivos* (cf. *Elementos de Direito Administrativo*, 1980, p. 167). Substituindo-se *interesses coletivos* por *interesse público e propriedade* por *individual e coletivo*, poderíamos aceitar a definição proposta.

O *exercício do poder de polícia* pressupõe, inicialmente, autorização legal explícita, atribuindo a determinado órgão, ou *agente administrativo*, a faculdade de agir (CAIO TÁCITO, “O poder de polícia e seus limites”, em *RD*, 27:9). Por isso, é essencialmente *preventivo* (TJSP, em *RD* 54:310). Na escolha dos meios da ação administrativa, ou seja, no tocante ao objeto está igualmente limitado o *poder de polícia* (CAIO TÁCITO, “O poder de polícia e seus limites”, em *RD*, 27:9. Ver *RD*, 4:178. A jurisprudência também definiu o *poder de polícia*).

Estamos agora em condições de estruturar *definição universal do poder de polícia*, mediante o qual os *Estados de direito*, de nossos dias, satisfazem a tríplice objetivo, qual seja, o de assegurar a *tranquilidade*, a *segurança*, a *salubridade*, mediante uma restritiva série de medidas, traduzidas, na prática, pela *ação policial*, que se propõe a atingir tal *desideratum*.

Relembrando tradicional divisão de KANT a respeito de *direito natural* e da *legislação positiva*, quando aquele pensador mostra que ambos não se confundem, mas que o primeiro, “noumenos”, é o conjunto de princípios que informam e que dão nascimento à *legislação positiva*, o “fenômeno”, que é a legislação, varia de sistema para sistema, de época para época. O *direito natural*, em si, “noumenos”, é imutável, atravessando os séculos. Podemos, relativamente ao “poder de polícia” e à “polícia”, dizer que o *poder de polícia*, condição *sine qua non* para a existência dos agrupamentos humanos, é o “noumenos” kantiano ou a *potestas aristotélica*, que paira acima dos aparelhamentos policiais dos diversos povos, assentando em *postulados da razão prática* e que a *polícia* é o “fainômenos” a que se refere KANT, variando de Estado a Estado. A aplicação do “poder de polícia”, na prática, constitui a “polícia”.

15. *Direito positivo e jurisprudência*

Podem variar as “aplicações” do *poder de polícia*, de sistema para sistema, de direito para direito, de governo para governo, mas a *potestas politiae* é imutável, de nada depende, porque é princípio que se exaure em si mesmo, pondo-se como pedra angular do mundo jurídico, fiel da balança que impede a confusão entre o *arbitrário* e o *discricionário*, autorizando

a ação policial, mas limitando-a, permitindo que a atividade do particular se desenvolva no mais alto grau, sem que interfira em outro particular ou na coletividade, de tal modo que se concilie o arbítrio de um com o arbítrio de outro, numa expressão total de esforços disciplinados.

O Ato Complementar nº 31, que incorporou o Imposto sobre Circulação de Mercadorias, da esfera municipal à dos Estados (alterou o Código Tributário, ou seja, a Lei nº 5.172, de 26 de outubro de 1966), define o poder de polícia no art. 7º, que substitui o art. 79 do CTN:

“Considera-se *poder de polícia* a atividade da Administração Pública que, limitando ou disciplinando o direito, interesse ou liberdade, regula a *prática de ato ou abstenção de fato* em razão de interesse público, concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranqüilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos.”

Significativo julgado de prestigiado Tribunal brasileiro definiu o *poder de polícia* como “o conjunto de limitações a que estão sujeitos os cidadãos para assegurar-se a paz e a segurança sociais” (TJSP, em RDA, 49:178).

Outras decisões assinalaram que “o *poder de polícia* é essencialmente preventivo e comporta ampla dose de discricionariedade” (TJSP, em RDA, 54:310), ressaltando que “o ato de polícia, como ato administrativo, pode ser executado direta e imediatamente pela Administração, sem recorrer a qualquer outro Poder” (TJSP, em RDA, 93:188).

16. *Poder de polícia, causa; polícia, consequência*

O *poder de polícia* é a causa, a condição, o fundamento; a *polícia* é a *consequência*. Para usar a linguagem aristotélico-tomista, diremos que o *poder de polícia* é algo *in potentia*, traduzido, *in actu*, pela ação policial.

O *poder de polícia* é a faculdade discricionária da Administração de limitar a liberdade individual, ou coletiva, em prol do interesse público.

Não se confundem, repetimos, as realidades descritas pelas expressões *polícia*, *poder “da” polícia* e *poder “de” polícia*.

Polícia, numa primeira acepção, é o modo de dizer *regras de polícia*, complexo de preceitos que impõem determinada conduta ao cidadão, ou na conjuntura da vida corrente, ou no exercício de determinada atividade. Toda *regra de direito* poderia ser assim compreendida como *regra de polícia*, no sentido lato do termo. Nesse sentido, é que a palavra *polícia* era entendida, antigamente, como se pode ler, por exemplo, em MONTAIGNE, para quem *polícia* e *direito* designam a mesma realidade. Numa segunda acepção, *polícia* é o conjunto dos atos de execução dos regulamentos assim feitos, bem como as leis, sendo, neste sentido, que se distingue a *polícia administrativa* da *polícia judiciária* (WALINE, *Traité Élémentaire de Droit Administratif*, 6ª ed., 1952, pp. 272-273).

Polícia ainda pode ser compreendida como as forças públicas, a força policial, os agentes, os inspetores de polícia, isto é, todo o aparelhamento policial, o pessoal, a repartição, o instrumental, a rede. *Polícia* no Brasil, é a Polícia Militar organização a quem cabe manter a ordem pública no Estado-Membro.

Poder “da” polícia é a possibilidade atuante da *polícia*, quando age.

Em expressão global e maior, que abrigasse as designações que estamos esclarecendo, diríamos: em virtude do poder “de” polícia o poder “da” polícia é empregado “pela” polícia, a fim de assegurar o bem-estar público ameaçado.

Se a *polícia* é atividade ou aparelhamento, o *poder de polícia* é o princípio jurídico que informa essa atividade, justificando a ação policial nos Estados de direito.

17. *Limites ou barreiras do poder de polícia*

Nos Estados absolutistas, o *poder de polícia* é ilimitado, conferindo, por isso, à *polícia*, a faculdade de investir contra as *liberdades públicas*. No regime de *legalidade*, o *poder de polícia* é limitado, pela barreira legal, exercendo-se em esfera que o direito assinala.

A *faculdade* — poder de polícia — atribuída pela Constituição ao Poder Legislativo de regulamentar os direitos individuais, promovendo o bem-estar geral, embora tenha contornos indeterminados, estende-se para qualquer setor em que a tranqüilidade individual ou pública se encontre ameaçada, afastando o interesse privado diante dos interesses superiores da comunidade, garantidos pelas normas constitucionais vigentes. A *polícia*, ao contrário, tem conteúdo específico, porque objetiva a proteção da integridade das pessoas, coisas, da moral pública, impedindo que a *vis inquietativa* perturbe as atividades dos particulares e dos agentes públicos (VILLEGAS BASAVILBASO, *Derecho Administrativo*, 1964, vol. V, p. 115).

O *poder de polícia* deve ser *discricionário*, não arbitrário.

Fixada a definição, estamos diante do mais crucial, relevante e moderno problema do direito público. Onde termina o “discricionário”? Onde principia o “arbitrário”?

Como toda ação da Administração, o *exercício do poder de polícia* é submetido ao *princípio da legalidade* e ao controle jurisdicional (RIVERO, *Droit Administratif*, 9ª ed., 1980, p. 419) porque, se por um lado, cabe mesmo à Administração o papel de regulamentar a atividade do particular, não há dúvida de que tal regulamentação não admite poder absoluto sobre o administrado (VEDEL, *Droit Administratif*, 5ª ed., 1973, p. 790). “Os limites do poder de polícia se resumem nisto: respeito à legalidade.” (WALINE, *Traité Élémentaire de Droit Administratif*, 6ª ed., 1952, p. 286.)

Em que momento a ação administrativa se deterá diante das *faculdades* ou *liberdades* que pertencem aos indivíduos? A que área se circuns-

creve a ação administrativa, detendo-se a fim de não ultrapassar os direitos do administrado?

Partindo-se da premissa de que toda decisão administrativa, em matéria de polícia, como em qualquer outro setor, é informada pelo *princípio da legalidade*, é bem de ver-se que a Administração tem a faculdade de intervir apenas no âmbito demarcado pela norma jurídica. Qualquer medida administrativa tem de estar de acordo com a lei, "*secundum legem*".

Um segundo aspecto da questão ainda existe, precisando ser levado em conta. Em que medida a *liberdade do cidadão* pode ser reduzida — e, até, em certos casos, suprimida — pela regulamentação policial? Abre-se aqui extenso campo para o direito público, quer constitucional, quer administrativo, mas o problema se simplifica, quando se analisam os sentidos precisos das expressões "direitos do cidadão", "prerrogativas individuais" e "liberdades públicas". Não se confundam *atividades*, que constituem *meras faculdades*, com as verdadeiras *liberdades públicas*. VEWEL mostra que "há atividades que não constituem *verdadeiras liberdades públicas* garantidas pela lei, mas *faculdades concedidas* aos cidadãos. Assim, desfiles e cortejos nas vias públicas. Nenhum texto reconhece, verdadeiramente falando, a *liberdade de manifestação, na rua*, o que se compreende porque as ruas são feitas para o trânsito normal e não para exprimir opiniões, o que se verifica em matéria como a das profissões". (*Droit Administratif*, 3ª ed., 1964, p. 575). Asseguradas pela Constituição e pelas leis, as três expressões — liberdades públicas, direitos do cidadão e prerrogativas individuais — resumem as três barreiras intransponíveis que abrigam as atividades humanas, protegendo-as contra o *arbitrio* das autoridades.

Do mesmo modo que os *direitos individuais* são relativos, assim também acontece com o *poder de polícia* que, longe de ser onipotente, incontrolável, é circunscrito, jamais podendo pôr em perigo a liberdade e a propriedade. Importando, regra geral, o *poder de polícia* restrições a direitos individuais, a sua utilização não deve ser excessiva ou desnecessária, para que não se configure o "abuso de poder". Não basta que a lei possibilite a ação coercitiva da autoridade para justificação do *ato de polícia*. É necessário, ainda, que se objetivem condições materiais que solicitem ou recomendem a sua inovação. A coexistência da *liberdade individual* e do *Poder Público* repousa na conciliação entre a necessidade de respeitar essa liberdade e a de assegurar a ordem social. O requisito de conveniência ou de interesse público é, assim, pressuposto necessário à limitação dos direitos do indivíduo (CAIO TÁCITO, "O poder de polícia e seus limites", em *RDA*, 27:10). Escreve MÁRIO MASAGÃO:

"Pode a *polícia preventiva* fazer tudo quanto se torne útil a sua missão, desde que com isso não viole direito de quem quer que seja. Os direitos que principalmente confinam a atividade da polícia administrativa são aqueles que, por sua exceção-

nal importância, são declarados na própria Constituição" (*Curso de Direito Administrativo*, 5ª ed., 1974, p. 167).

Se as barreiras assinaladas para o campo do exercício do poder de polícia são ultrapassadas, temos o "desvio", ou "abuso" ou o "excesso de poder".

Julgando embora *casos concretos*, o Poder Judiciário tem assinalado, de modo genérico, os *limites do poder de polícia*, sob a forma de regra ou princípio, decidindo que as barreiras ao exercício desse poder se encontram na sua própria finalidade, que é a promoção do bem público (TJSP, em RDA, 39:243).

Com efeito, o *poder de polícia* entra no conceito da defesa dos direitos e dos interesses sociais do Estado, cabendo aos Tribunais dizer dos limites em que aquele exercício deve conter-se (TJSP, em RDA, 39:258).

Comportando ampla dose de *discricionariedade*, o *poder de polícia* é essencialmente preventivo (TJSP, em RDA, 54:310).

Como ato administrativo, o *ato de polícia* é dotado de *auto-executoriedade*, podendo ser executado, de imediato e diretamente, pela Administração que, para isso, não precisa recorrer a qualquer outro Poder (TJSP, em RDA, 93:188). "Omnis executio sine titulo", ao contrário do que ocorre no processo civil "nulla executio sine titulo".

De modo genérico, o respeito à legalidade, à Constituição, às leis vigentes são as barreiras intransponíveis, que se erguem contra o exercício arbitrário do poder de polícia, concretizado na ação policial. Em uma só palavra: a *legalidade* é o limite ou barreira da ação policial. De modo específico, os "direitos do cidadão", privados ou públicos, as "prerrogativas individuais" e as "liberdades públicas". São os três limites ou barreiras do poder de polícia. Se a *força policial*, com base no *poder de polícia*, exceder essas barreiras, configura-se a arbitrariedade, passível de controle pelo Poder Judiciário, nos Estados de direito, em que vigora o princípio da legalidade.

18. Conclusão e sugestão "de lege ferenda"

Com apoio no direito positivo, na doutrina e na jurisprudência, chegamos às seguintes conclusões, como rematamos este trabalho:

1ª) A segurança individual e coletiva é problema dos mais relevantes do Estado.

2ª) Polícia é a força organizada que protege a sociedade, livrando-a de toda *vis inquietativa*, que pretenda perturbar-lhe a normal evolução.

3ª) A *polícia* desempenha atividades legais, fundadas no *poder de polícia*.

4ª) Os três elementos constantes da *definição de polícia* são: a) o Estado, elemento subjetivo, orgânico, instrumental, fonte de onde provém toda organização que deve manter a ordem, b) a *finalidade*, elemento teleológico, que é a manutenção da ordem, da segurança individual e

coletiva, c) o conjunto de restrições ou limitações legais à expansão individual ou coletiva que traga perturbações à sociedade.

5ª) Polícia é o conjunto de limitações legais, exercidas pelo Estado sobre as atividades do cidadão, quando abusivas, a fim de assegurar a ordem pública.

6ª) Classifica-se a polícia em administrativa, judiciária e mista; de segurança, alta e baixa; federal, estadual e municipal.

7ª) A atividade policial deve ser discricionária, balizada pela lei, jamais arbitrária.

8ª) Poder de polícia, fundamento jurídico da ação policial, é toda *facultas*, garantida pelo Estado, tendente a limitar a atividade abusiva do cidadão.

9ª) Os limites ou barreiras do poder de polícia são três: a) os direitos do cidadão, b) as prerrogativas individuais, c) e as liberdades públicas, previstas em dispositivos constitucionais e nas leis.

10ª) O controle jurisdicional incide sobre toda atividade da polícia, que ultrapasse os limites dentro dos quais deve exercitar-se o poder de polícia.

11ª) No Estado-Membro, ao Comandante-Geral da Polícia Militar, subordinado ao Chefe do Executivo estadual ou ao Secretário de Segurança, conforme o que disponha dispositivo expresso da lei local, e detentor, no mais alto grau, do poder de polícia, estão, por sua vez, subordinados os diversos Comandantes de Unidades Operacionais, cada um, por sua vez, detentor de parcela do poder de polícia, sempre limitada à sua competência.

12ª) Em todo o edifício da grande pirâmide da organização da Polícia Militar, do vértice (Comandante-Geral) passando pelos altos escalões (Comandantes das Unidades Operacionais), até a base (autoridades policiais), está concentrado o poder de polícia do Estado que é um todo indiviso, apenas parcelado ou fragmentado para efeitos didáticos.

13ª) A nosso ver, contrariando a opinião emitida pelo eminente cultor do Processo Penal, HÉLKO TORNAGHI, em longo parecer, "todo policial qualquer que seja o grau que ocupa na pirâmide da Polícia Militar, e no estrito cumprimento do dever legal, é detentor do poder de polícia, podendo agir, discricionariamente, embora não arbitrariamente, na manutenção da ordem pública. Se "omnis civis est miles", a *fortiori*, todo policial é autoridade no sentido técnico jurídico do termo.

14ª) De lege ferenda, o art. 8º, XVII, a, parágrafo único, deve passar ao § 2º com a seguinte redação, na futura Constituição da Nova República: "CABE AO ESTADO-MEMBRO, AO DISTRITO FEDERAL E AOS TERRITÓRIOS LEGISLAR SOBRE COMPETÊNCIA DAS RESPECTIVAS POLÍCIAS MILITARES NO QUE SE REFERE A MANUTENÇÃO DA ORDEM PÚBLICA, OBSERVADOS OS PRINCÍPIOS DA LEGISLAÇÃO FEDERAL".