

PODER DE POLÍCIA

Marcia Walquiria Batista Dos Santos

Procuradora da USP

Doutora pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo
Professora de Direito Administrativo da Universidade Cidade de São Paulo

Introdução

O presente artigo versa sobre o Poder de Polícia, ou ainda, atribuição de polícia administrativa. Iniciaremos com algumas considerações que devem ser feitas.

A Constituição Federal de 1988 estabelece em seu artigo 5º:

“Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade (...)”.

Tal determinação constitucional denota que é de competência do Estado a garantia de todos os direitos e deveres individuais e coletivos.

O Estado no seu sentido genérico é constituído pelos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário. No entanto, surge como um complemento a esses, os poderes administrativos que se efetivaram graças às exigências do serviço público e dos interesses da comunidade, estando difundidos por toda a administração como meios de sua atuação, ou seja, como instrumentos da Administração Pública.

O Poder de Polícia destaca-se dentre os poderes administrativos cuja finalidade única e exclusiva é fiscalizar e adotar medidas para disciplinar direitos fundamentais da coletividade. Em outras palavras, é uma atividade da Administração Pública que tem por objetivo o controle dos limites a direitos e liberdades.

Os assuntos de interesse nacional ficam sujeitos à regulamentação e policiamento da União, enquanto as matérias de interesse regional submetem-se às normas e à polícia estadual. Dessa maneira, fica claro que só compete à Administração Pública de cada Estado o exercício do Poder de Polícia.

Mister se faz ressaltar que como todo ato administrativo, o ato de polícia está subordinado ao ordenamento jurídico que rege as demais atividades da Administração, destrate, sujeitando-se, inclusive, ao controle de legalidade pelo Poder Judiciário.

Histórico

A palavra polícia deriva do latim *politea* e do grego *politeo*, estando relacionada ao termo política e, conseqüentemente, ao vocábulo *polis* que corresponde à cidade. Desta maneira, a Antiguidade denotou a significação de polícia como o ordenamento político do Estado ou cidade.

Durante a Idade Média, de forma genérica, a palavra foi utilizada do mesmo modo como o foi na Antiguidade e ainda nesse período, o Poder de Polícia passou a ser visto assim como nos dias atuais.

No século XVIII, o termo polícia adquire nova conotação e esta implica no total da atividade pública interna sem a justiça e finanças, consistindo na faculdade estatal de regular tudo que se encontra no âmbito do Estado, sem exceção.

O francês Delamare publicou em 1705 e 1710, o livro "Traité de la Police" no qual reconheceu que a assimilação da polícia ao conjunto do Direito Público era equívoca e lhe deu o sentido restrito: polícia visa a ordem pública de cada cidade.

No final do período absolutista, período este marcado por forte intervenção estatal na vida dos particulares, o sentido genérico de polícia começa a se restringir baseando-se na idéias da Revolução Francesa de valorização dos direitos individuais e da concepção dos Estados de Direito e Liberal. Desse modo, surge a noção do que viria a ser uma Administração Pública.

A expressão "polícia administrativa" surgiu na França com o Código 3º Brumário, 1795, que mencionou a divisão da polícia em administrativa e judiciária, dimensionando como objetivo da primeira a ordem pública, como segurança, tranqüilidade e salubridade públicas, conceito esse, até hoje adotado pela doutrina francesa.

O ordenamento jurídico brasileiro acatou a expressão "poder de polícia", o que nada mais é que a tradução de *Police Power*. A Constituição Federal de 1824 em seu artigo 169 atribuía a uma lei disciplinar, as funções municipais das Câmaras e a formação das suas posturas policiais. Assim, a lei de 1º de outubro de 1828 foi titulada "Posturas Policiais".

O uso propriamente dito da expressão "poder de polícia" foi referido em 1915 em um parecer de Rui Barbosa. Consolida-se a expressão definitivamente com a publicação do livro "Polícia e Poder de Polícia" de Aureliano Leal em 1918.

Conceito

Amplios e diversos são os conceitos a respeito do Poder de Polícia, por este motivo, estabelecer-se-á neste artigo, o conceito prescrito no Código Tributário Nacional em seu artigo 78:

"Considera-se poder de polícia a atividade da Administração Pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à 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 e coletivos".

Diógenes Gasparini explica o conceito de forma clara: "O ordenamento jurídico confere aos administrados uma série de direitos relacionados com o uso, gozo e disposição da propriedade e com exercício da liberdade, a exemplo do que está consignado nos incisos IV, XIII, XV e XXII, do artigo 5º da Constituição da República. O exercício desses direitos, apesar disso, não é ilimitado. Ao contrário, deve ser compatível com o bem-estar

social ou com o próprio interesse do Poder Público, não podendo, assim, constituir obstáculo à realização dos objetivos do Estado ou da sociedade. Esse condicionamento da liberdade e da propriedade dos administrados aos interesses públicos e sociais é alcançado pela *atribuição de polícia administrativa*, ou, como é comumente designado, *poder de polícia*.¹

“A atividade estatal de condicionar a liberdade e a propriedade ajustando-as aos interesses coletivos designa-se “poder de polícia”. A expressão, tomada nesse sentido amplo, abrange tanto atos do Legislativo quanto do Executivo. Refere-se, pois, ao complexo de medidas do Estado que delinea a esfera juridicamente tutelada da liberdade e da propriedade dos cidadãos.”²

Odete Medauar expõe a definição de Caio Tácito a respeito de Poder de Polícia: “é o conjunto de atribuições concedidas à Administração para disciplinar e restringir, em favor do interesse público adequado, direitos e liberdades individuais”.³

A Constituição Federal e as leis vigentes dão ao cidadão uma série de direitos que devem ser compatíveis com o bem-estar social. Em outras palavras, é necessário que o uso da liberdade e da propriedade esteja relacionado com a utilidade coletiva, de tal modo que não implique em barreira à realização dos objetivos públicos.

A cerca disso, Celso Antônio Bandeira de Mello se pronuncia: “Por vezes, os direitos individuais encontram-se já plena e rigorosamente delineados na lei, outras vezes, dentro dos limites legais, incumbe à Administração Pública reconhecer, averiguar, no caso concreto, a efetiva extensão que possuam em face do genérico e impreciso controle legal a que lhes tenha sido dado”.⁴

Por último e, não menos importante, Hely Lopes Meirelles conceitua Poder de Polícia: “É o mecanismo de frenagem de que dispõe a Administração pública, para conter abusos do direito individual. Por esse mecanismo, que faz parte de toda a Administração, o Estado detém a atividade dos particulares que se revela contrária, nociva ou inconveniente ao bem-estar social, ao desenvolvimento e à segurança nacional”.⁵

Ressalta-se a distinção entre polícia administrativa geral e polícia administrativa especial, sendo que a primeira cuida genericamente da segurança, salubridade e moralidade pública e a segunda, de setores específicos da atividade humana que afetem bens de interesse coletivo, tais como a construção, a indústria de alimentos, o comércio de medicamentos, o uso das águas, a exploração das florestas e das minas, para as quais há restrições próprias e regime jurídico peculiar.

¹ In, *Direito Administrativo*, 4ª edição, São Paulo, Saraiva, 1995, Pág. 108.

² CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, in, *Curso de direito Administrativo*, 10ª edição, São Paulo, Malheiros, 1998, Pág. 514.

³ ODETE MEDAUAR, in, *Direito Administrativo Moderno*, 3ª edição, São Paulo, *Revista dos Tribunais*, 1999, Pág. 367. (citação de Caio Tácito, *O poder de Polícia e seus Limites*, *Direito Administrativo*, 1975)

⁴ In, *ob.cit.* Pág. 512.

⁵ In, *Direito Administrativo Brasileiro*, 12ª edição, São Paulo, *Revista dos Tribunais*, 1986, Pág. 93.

Razão e distinção dos tipos de polícia

A Constituição Federal estrutura o Poder de Polícia no decorrer dos incisos do artigo 5º in, *Direito Administrativo Brasileiro*, 12ª edição, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1986, Pág. 93.

O inciso IV é inerente à manifestação do pensamento: “É livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato”.

No mesmo artigo, inciso VI, o direito das liberdades pessoais é adquirido: “É inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e suas liturgias”.

O inciso XIII dispõe sobre as profissões: “É livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer”.

Ainda no artigo 5º, o inciso XVI determina o direito de reunião: “Todos podem reunir-se pacificamente, sem armas, em locais abertos ao público, independentemente de autorização, desde que não frustrem outra reunião anteriormente convocada para o mesmo local, sendo apenas exigido prévio aviso à autoridade competente”.

Por último, o inciso XXII assegura o direito de propriedade: “É garantido o direito de propriedade”.

Destarte, a toda e qualquer violação de um direito individual expresso ou implícito, corresponde equivalente poder de polícia administrativa. Cabe a este poder proteger a coletividade em relação ao direito do indivíduo que dela faz parte.

“A polícia pode ser encarada sob diversos prismas, daí advindo esta ou aquela divisão. Neste particular, tornou-se clássica a divisão da polícia em três ramos principais: **a)** polícia administrativa ou preventiva; **b)** polícia repressiva ou judiciária; **c)** polícia mista.

Cada uma dessas espécies intervém em determinados momentos e tem seus respectivos raios de ação”.⁶

Nos dias atuais, a polícia é comumente dividida em polícia administrativa e polícia judiciária como demonstra Celso Antônio Bandeira de Mello: “Costuma-se mesmo afirmar que se distingue a polícia administrativa da polícia judiciária com base no caráter preventivo da primeira e repressivo da segunda. Esta última seria a atividade desenvolvida por organismo - o da polícia de segurança - que cumulária funções próprias da polícia administrativa com a função de reprimir a atividade dos delinquentes através da instrução policial criminal e captura dos infratores da lei penal, atividades que qualificariam a polícia judiciária. Seu traço característico seria o cunho repressivo em oposição ao preventivo, tipificador da polícia administrativa”.⁷

“Em alguns ordenamentos (por exemplo: o francês), o poder de polícia recebe o nome de polícia administrativa. Tornou-se clássico distingui-lo da chamada polícia judiciária.

⁶ JOSÉ CRETELLA JÚNIOR, in, *Direito Administrativo*, 1ª edição, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1962, Pág. 310

⁷ In, ob. cit. Pág. 520.

Em essência, a polícia administrativa ou poder de polícia, restringe o exercício de atividades lícitas, reconhecidas pelo ordenamento como direito dos particulares, isolados ou em grupo. Diversamente, a polícia judiciária visa a impedir o exercício de atividades ilícitas, vedadas pelo ordenamento; a polícia judiciária auxilia o Estado e o Poder Judiciário na prevenção e repressão de delitos; e auxilia o Judiciário no cumprimento de suas sentenças (v. Constituição Federal, art 144, incisos e parágrafos).⁸

Outras distinções ainda poderão ser feitas, no entanto, dar-se-á primeiro, a fundamentação de polícia administrativa.

Fundamento

“O fundamento da atribuição de polícia administrativa está centrado num vínculo geral, existente entre a Administração Pública e os administrados, que autoriza o condicionamento do uso, gozo e disposição da propriedade e do exercício da liberdade em benefício ao interesse público ou social (...)”.⁹

Em palavras simplificadas, o poder de polícia tende a proporcionar a convivência social mais harmoniosa possível, para evitar ou atenuar conflitos existentes no exercício dos direitos e atividades dos indivíduos entre si e ante o interesse da população.

Competência e limitação do poder de polícia

Diógenes Gasparini nos ensina que o exercício da atribuição de Poder de Polícia é de competência da entidade a quem a Lei Maior outorga a competência para legislar. Dessa maneira, cabe à União o exercício dessa atribuição no que diz respeito à naturalização, ao exercício das profissões e à entrada, extradição, expulsão de estrangeiros (CF, art. 22). Ao Município compete o exercício da polícia administrativa em tudo que for de interesse local, como por exemplo, o loteamento de áreas. Por último, ao Estado-Membro cabe o desempenho dessa atividade em relação às matérias remanescentes, em face do que sobre elas pode legislar (CF, art. 30,I).¹⁰

A respeito dos limites do Poder de Polícia, Hely Lopes Meirelles esclarece: “são demarcados pelo interesse social em conciliação com os direitos fundamentais do indivíduo assegurados na Constituição. Do absolutismo individual evoluímos para o relativismo social. Os Estados democráticos como o nosso inspiram-se nos princípios de liberdade e nos ideais de solidariedade. Daí o equilíbrio a ser procurado entre a fruição dos direitos de cada um e os interesses da coletividade, em favor do bem comum”.¹¹

O autor português Marcello Caetano expõe seu entendimento a respeito da limitação do Poder de Polícia: “O primeiro corolário a tirar do princípio de que a Polícia só

⁸ ODETE MEDAUAR, *in, ob.cit.* Pág. 368-369

⁹ DIOGENES GASPARINI, *in, ob. cit.* Pág. 109

¹⁰ *In, ob.cit.* Pág. 110

¹¹ *In, ob.cit.* Pág. 96

diz respeito aos danos sociais de caráter público, é o de que não deve intervir no âmbito da vida privada dos indivíduos. Este princípio desdobra-se em duas regras: 1ª) A Polícia não pode ocupar-se de interesses particulares; 2ª) A Polícia tem de respeitar a vida íntima e o domicílio dos cidadãos. (...) O segundo corolário a tirar dos fins da atividade policial é o de que a polícia deve atuar sobre o perturbador da ordem e não sobre aquele que legitimamente use o seu direito. (...) O terceiro corolário é o de que os poderes de polícia não devem ser exercidos de modo a impor restrições e a usar de coação além do estritamente necessário. A ação da polícia deve medir a sua intensidade e extensão pela gravidade dos atos que ponham em risco a ordem social. Assim, os poderes de polícia hão de dispor sobre formas de exercício diversas e graduadas numa escala de rigor desde as mais benévolas às mais drásticas. O emprego imediato de meios extremos contra ameaças hipotéticas ou mal desenhadas constitui abuso de autoridade. Tem de existir proporcionalidade entre os males, a evitar e os meios a empregar para a sua prevenção".¹²

Objetivo e finalidade

"O objetivo da atividade de polícia é, em geral, todo tipo de relações sobre as quais se funda a convivência dos homens no Estado e toda a espécie de atos que ameçam ou perturbam esta ordem. Garante a polícia o Estado e os demais entes públicos, coletividade, os indivíduos; tutela os interesses ideais e os bens materiais. E, assim, para os indivíduos tutela o corpo para que tenha saúde, protege a integridade, a vida, a honra, a liberdade, o patrimônio e, em geral, todos os direitos e interesses que na sociedade são considerados como dignos de respeito e que pertencem aos homens não apenas como particulares, mas também como parte da referida coletividade ou ente público. Para o Estado e para os entes públicos concebidos em sua personalidade jurídica, a polícia tutela a livre função dos órgãos públicos, a honra, o patrimônio e todos os demais direitos e interesses respeitáveis, ao mesmo tempo que garante, principalmente, a própria existência do estado e de sua forma de governo (Ranelletti)".¹³

A finalidade do Poder de Polícia é em poucas palavras, a proteção do interesse público em sentido amplo. O interesse superior da comunidade refere-se, não só a valores materiais, mas também ao patrimônio moral e espiritual do povo, expresso na tradição, nas instituições e nas aspirações nacionais da maioria que sustenta o regime político adotado na Constituição Federal e na ordem jurídica vigente.

¹² In, *Princípios Fundamentais do Direito Administrativo*, 1ª edição, Coimbra, Livraria Almedina, 1996, Pág. 276-278.

¹³ JOSÉ CRETELLA JÚNIOR, *in, ob.cit*, Pág. 309.

Discricionariedade, coercibilidade e auto-executoriedade

A discricionariedade é o contrário da arbitrariedade, pois a primeira é a liberdade de agir dentro dos limites legais, ao passo que a segunda é o desvio de poderes, fora ou às margens da lei. Por discricionariedade entende-se a livre escolha da Administração na proteção de algum interesse público.

Celso Antônio bandeira de Mello, a respeito da discricionariedade do Poder de Polícia: “Em rigor, no Estado de Direito inexistente um poder, propriamente dito, que seja discricionário fruível pela Administração Pública. Há, isto sim, atos em que a Administração Pública pode manifestar competência discricionária e atos a respeito dos quais a atuação administrativa é totalmente vinculada. Poder discricionário abrangendo toda uma classe ou ramo de atuação administrativa é coisa que não existe”.¹⁴

Já Diógenes Gasparini afirma: “A atividade de polícia ora é discricionária, a exemplo do que ocorre quando a Administração Pública outorga a alguém autorização para portar arma de fogo, ora é vinculada, nos moldes de que acontece quando a Administração Pública licencia uma construção (alvará ou licença de construção)”.¹⁵

A coercibilidade é um outro atributo imperativo ao Poder de Polícia que tem por objetivo a coerção estatal independentemente da autorização judicial. Destarte, admite-se, caso se faça necessário, o emprego da força pública (policial para o seu cumprimento quando este for resistido pelo administrado).

A auto-executoriedade é o exercício de uma das atribuições da Administração e consiste na faculdade de decidir e executar diretamente a sua decisão utilizando-se de meios próprios, não havendo intervenção do Poder judiciário.

Campo de atuação do poder de polícia

“O âmbito de incidência do poder de polícia mostra-se bem amplo. Vai desde os aspectos clássicos da segurança de pessoas e bens, saúde e tranqüilidade públicas, até a preservação da qualidade do meio ambiente natural e cultural, o combate ao abuso do poder econômico, a preservação do abastecimento de gêneros alimentícios”.¹⁶

Diógenes Gasparini classifica os campos de atuação do poder de polícia citando a polícia de caça e pesca, destinada à proteção da fauna terrestre e aquática; polícia de diversões públicas, que destina-se à defesa dos valores sociais; polícia florestal, com finalidade de proteger a flora; polícia de pesos e medidas, volvida ao controle e fiscalização de pesos e medidas; polícia de trânsito e tráfego, destinada a garantir a segurança e a ordem nas estradas; polícia sanitária, que se preocupa com a proteção da saúde pública; polícia de água, destinada a vedar sua poluição; polícia da atmosfera,

¹⁴ In, ob.cit. Pág. 522

¹⁵ In, ob.cit. Pág. 112

¹⁶ ODETE MEDAUAR, in ob.cit. Pág. 371

preocupada em evitar a deterioração do ar; polícia edilícia, que se ocupa da disciplina das construções; polícia funerária, voltada ao transporte e enterramento de cadáveres”.¹⁷

Jurisprudência

A seguir complementaremos este artigo com uma jurisprudência a respeito da atuação do Poder de Polícia.

“Poder de Polícia – Construção – Imóvel urbano em péssimo estado de conservação – Demolição pela Administração, em virtude de ausência de providências pelo proprietário – Admissibilidade diante do risco à coletividade.

Ementa Oficial: A demolição de obra em ruína, ou que ofereça perigo, compete em geral à Administração Pública, e em especial à Prefeitura, quando se tratar de construção urbana que ponha em risco a coletividade ou seus moradores, sem que o proprietário tome as providências necessárias. A ação demolitória, vale dizer, o ato administrativo de demolir, materializa o exercício do poder de autotutela ou auto-executoriedade como forma de exteriorização do poder de polícia da administração pública. Não é relevante o fato de imóvel pertencer a particular ou a qualquer órgão público. Sobreleva o interesse público, diante do risco à coletividade ou aos cidadãos individualmente considerados.”¹⁸

Sanções decorrentes do poder de polícia

As sanções estão norteadas pela legalidade das medidas punitivas ressaltando-se que deve ser assegurado ao sujeito, contraditório e ampla defesa, como prevê a Constituição Federal.

Algumas das sanções: **a) formais**, como a cassação da licença; **b) pessoais**, como a quarentena; **c) reais**, como a apreensão e destruição de gêneros alimentícios deteriorados, guinchamento de veículos; **d) pecuniárias**; **e) impedimentos temporários ou definitivos de exercício de atividades** como demolição de obra e fechamento de estabelecimentos.

¹⁷ In *ob.cit.* Pág. 113.

¹⁸ Revista dos Tribunais/ 759, Janeiro de 1999, 88º Ano, Pág 404.

Conclusão

Ante as considerações expostas, podemos entender que, além de coibir atividades dos particulares, o Poder de Polícia limita a Administração Pública em sua atuação para que não sejam atingidos os direitos individuais do administrado.

Convém ainda mencionar que o Poder de Polícia seria ineficiente se não fosse coercitivo, ou seja, se e o mesmo não utilizasse da força em potência, podendo esta ser aplicada caso haja desobediência da parte do administrado em relação à ordem legal da autoridade competente.

Destarte, a Administração Pública promove a ordem e traz a tranquilidade e a segurança para seus administrados.

Bibliografia

CAETANO, Marcello. *Princípios Fundamentais do Direito Administrativo*, 1ª edição, Coimbra, Livraria Almedina, 1996.

CAVALCANTI, Themistocles Brandão. *Curso de Direito Administrativo*, 8ª edição, São Paulo, Freitas bastos S.A, 1967.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Direito Administrativo*, 1ª edição, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1962.

MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*, 3ª edição, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1999.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito Administrativo*, 10ª edição, São Paulo, Malheiros, 1998.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*, 12ª edição, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1986.

GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*, 4ª edição, São Paulo, Saraiva, 1995.