LIMITES DO PODER DE POLÍCIA

ALVARO LAZZARINI*

1. Introdução — 2. Ordem Pública e Segurança Pública — 3. Poder de Polícia, Polícia e Poder da Polícia — 4. Polícia Administrativa e Polícia Judiciária — 5. Polícia de Segurança Pública e Polícia de Preservação da Ordem Pública — 6. Limites do Poder de Polícia — 7. Controle Administrativo e Judiciário do ato de polícia — 8. Conclusão

1. *Introdução*

A idéia de Estado é inseparável da idéia de Polícia, e o fundamento da ação de polícia é o Poder de Polícia. Numa sociedade policiada, como se dizia em português clássico, há de estar garantida a convivência pacífica de todos os cidadãos, de tal modo que o exercício dos direitos de cada um não se transforme em abuso e não ofenda, não impeça, não perturbe o exercício dos direitos alheios[1].

Assim deve ser, porque a busca do *bem comum* é missão primordial do Estado. Para isso ele se constituiu. É missão a ser desempenhada por meio de uma legislação adequada, instituições e serviços capazes de controlar, ajudar e regular as atividades privadas e individuais da vida nacional, fazendo-as convergir para o *bem comum*. Daí afirmar José Cretella Júnior que a segurança das pessoas e dos bens é o elemento básico das condições universais, fator absolutamente indispensável para o natural desenvolvimento da personalidade humana[2].

Bem por isso avulta conhecer o importantíssimo capítulo do Direito Administrativo que é o *Poder de Polícia*. Conhecendo-o nos detalhes essenciais, em verdade Administração Pública e administrado ficam em condições de conhecer dos seus

* Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Professor de Direito Administrativo na Academia de Polícia Militar do Barro Branco e na Escola Paulista da Magistratura.

1 CAETANO, Marcelo. *Princípios Fundamentais do Direito Administrativo*, 1ª ed., 1977, Forense, Rio de Janeiro, p. 335.

2 CRETELLA JÚNIOR, José. *Lições de Direito Administrativo*, 2ª ed., 1972, José Bushatsky Editor, São Paulo, p. 227.

limites, ou seja, a Administração terá condições de aquilatar até onde poderá exercitar este seu poder administrativo sem que ele lese o direito do administrado, enquanto que este aquilatará até que ponto deverá respeito ao ato de polícia, como tal considerado o que decorre do exercício do *Poder de Polícia.*

Para quem queira conhecê-lo nada melhor do que os estudos de José Cretella Júnior na sua vastíssima obra jurídica, em especial no seu *Tratado de Direito Administrativo*, cujo volume V está dedicado à *Polícia Administrativa*[3], bem como nos alentados *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*, onde incursionou, em mais de um dos seus nove volumes, pelos meandros do *Poder de Polícia* e de suas barreiras[4] e, ainda, em o *Direito Administrativo da Ordem Pública*, no qual lhe coube o exame do tema *Polícia Militar e Poder de Polícia no Direito Brasileiro*, oportunidade em que demonstrou a sua sensibilidade jurídica e humanística, tratando doutrinariamente da realidade policial brasileira, imprimindo ao órgão policial ostensivo e de preservação da ordem pública uma orientação firme sobre o exercício do *Poder de Polícia*[5].

O *Poder de Polícia*, por ser discricionário e não arbitrário, tem limites e deles cuidaremos, não sem antes tratarmos da *ordem pública* e seu principal aspecto que é a *segurança pública* para, em seguida, examinar ele próprio, *Poder de Polícia*, diferenciando-o do Poder *da* Polícia e a razão desta existir, como Polícia Administrativa e Polícia Judiciária, aquela com a sua modalidade Polícia de Segurança Pública a converter-se em Polícia de Preservação da Ordem Pública, na denominada *repressão imediata*, que é atividade inicial de Polícia Judiciária, quando ocorre o ilícito *penal* que não se conseguiu evitar na prevenção criminal.

2. *Ordem Pública e Segurança Pública*

O estudo dos *limites do Poder de Polícia* comporta examinar o que é *ordem pública* e o seu principal aspecto que é a *segurança pública*, locução esta que encerra todo um capítulo da Constituição da República, no qual estão previstos os órgãos policiais, ou seja, o Capítulo III do Título V, embora só integrado pelo art. 144, que define competências de tais órgãos.

Na *Enciclopédia Universal Ilustrada — Europeo/Americana*[6], no verbete *orden*, dentre outros, encontramos o significado de que "El orden consiste en la acertada disposición de las cosas. El concepto de orden, por lo tanto, importa pluralidad real o ideal de seres, partes o propriedades", razão de Santo Tomás, sob o aspecto

3 CRETELLA JÚNIOR, José. *Tratado de Direito Administrativo*, v. V, 1ª ed., 1968, Forense, Rio de Janeiro, 320 p.

4 CRETELLA JÚNIOR, José. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*, obra em nove volumes, Forense Universitária, Rio de Janeiro, 5.158 p.

5 CRETELLA JÚNIOR, José *et alii*. *Direito Administrativo da Ordem Pública*, 2ª ed., 1987, Forense, Rio de Janeiro, p. 159-203.

6 *Enciclopédia Universal Ilustrada* — Europeo/Americana, Tomo XL, Espasa-Calpe, S.A., Madrid, Espanha, verbete *orden*, p. 119-195.

teleológico, ter definido *ordem* "diciendo que *es la recta disposición de las cosas a su fin*", salientando-se após, que "Compréndese por esto que el *orden público* es la base fundamental de toda organización social y politica. Cuando aquel falte, no puede existir el Derecho ni, por lo tanto,seguridad de las personas ni de la propriedad, con lo cual faltará la tranquilidad, la paz social, y la vida de pueblos quedará a merced del mas fuerte."

Jean Rivero, porém, adverte não se poder confundir o sentido de *ordem pública* dado pelo direito privado com o sentido em matéria de polícia administrativa. As palavras são idênticas. Porém, *ordem pública*, no seu dizer, é coisa completamente diversa segundo diga respeito ao direito privado ou, então, ao direito público que rege a polícia, malgrado ponto de vista em contrário que possa existir por encerrar a locução *ordem pública* conceito jurídico indeterminado[7].

A noção de *ordem pública* só pode ser nacional. Ela, reconhecidamente, é por demais incerta, porque varia no tempo e no espaço, de um para outro país e, até mesmo, em um determinado país de uma época para outra[8]. A *ordem pública*, em verdade, é mais fácil de ser sentida do que definida e resulta, no dizer de Salvat, de um conjunto de princípios de ordem superior, políticos, econômicos, morais e algumas vezes religiosos, aos quais uma sociedade considera estreitamente vinculada à existência e conservação da organização social estabelecida. A noção obedece a um critério contingente, histórico e nacional[9].

Daí por que, atento às lições de Waline, Rivero, Paul Bernard e Vedel, José Cretella Júnior anota que a noção de *ordem pública* é extremamente vaga e ampla, não se tratando apenas da manutenção material da ordem na rua, mas também da manutenção de uma certa ordem moral, o que é básico em direito administrativo, porque, como sustentou com rigor científico, a *ordem pública* é constituída por um mínimo de condições essenciais a uma vida social conveniente, formando-lhe o fundamento à segurança dos bens e das pessoas, à salubridade e à tranqüilidade, revestindo, finalmente, aspectos econômicos (luta contra monopólios, açambarcamento e a carestia) e, ainda, estéticos (proteção de lugares e de monumentos)[10].

Ao cuidar da Polícia Administrativa, partindo de textos legais franceses, Louis Rolland afirmou ter a polícia por objeto assegurar a boa ordem, isto é, a *tranqüilidade pública*, a *segurança pública*, a *salubridade pública*, concluindo, então, que assegurar a *ordem pública* é, em suma, assegurar essas três coisas, pois a *ordem pública* é tudo aquilo, nada mais do que aquilo[11].

Blaise Knapp, por sua vez, assevera que a *ordem pública* compreende a ordem

7 RIVERO, Jean. *Direito Administrativo*, tradução de Rogério Ehrhardt Soares, Livraria Almedina, Coimbra, Portugal, 1981, p. 480.

8 Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário nº 14.658, de São Paulo, *Revista dos Tribunais*, v. 219, p. 581.

9 Supremo Tribunal Federal, Sentença Estrangeira nº 1.023, da Suiça, *Revista dos Tribunais*, v. 148, p. 771.

10 CRETELLA JÚNIOR, José. *Dicionário de Direito Administrativo*, 3ªed.,1978,Forense,verbete *Ordem Pública*, p. 370.

11 ROLLAND, Louis. *Précis de Droit Administratif*, 9ª ed., 1947, Librairie Dalloz, Paris, França, p. 399.

pública propriamente dita, a saúde, a segurança, a moralidade e a tranqüilidade públicas, assim como a boa-fé nos negócios, concluindo, em seguida, que a *ordem pública propriamente dita*, é a ausência de desordem, de atos de violência contra as pessoas, os bens ou o próprio Estado[12].

Por fim, e para não nos alongarmos mais, deve ser colacionado que Paul Bernard, na sua clássica *La notion d'ordre public en Droit Administratif*, confirma ser tradicional o entendimento de que a *ordem pública* é a ausência de agitações, ausência de desordens, noção essa que está se alargando, como parece consagrar a jurisprudência à vista dos três elementos citados por Louis Rolland, retroindicados[13].

A *ordem pública*, assim, é uma situação de fato oposta à desordem, sendo, portanto, essencialmente de natureza material e exterior, como sustentou Louis Rolland, invocando a autoridade científica de Hauriou.

Quanto à *segurança pública*, fiel às lições retroindicadas, em especial à de Paul Bernard, temos entendido ser ela um aspecto da *ordem pública*, ao lado da *tranqüilidade* e da *salubridade públicas*.

A *ordem pública*, bem por isso, é efeito da causa *segurança pública* ou, ainda, é efeito da causa *tranqüilidade pública* ou, ainda, é efeito da causa *salubridade pública*. Cada um desses aspectos é, por si só, a causa do efeito *ordem pública*, cada um deles tem por *objeto* assegurar a *ordem pública*.

Segurança pública, aspecto dos mais polêmicos, em verdade é um *estado antidelitual*, que resulta da observância dos preceitos tutelados pelos códigos penais comuns e pela lei das contravenções penais, com ações de polícia preventiva e repressivas imediatas típicas[14], afastando-se, assim, por meio de organizações próprias, de todo perigo, ou de todo mal que possa afetar a *ordem pública*, em prejuízo da vida, da liberdade ou dos direitos de propriedade das pessoas, limitando as liberdades individuais, estabelecendo que a liberdade de cada pessoa, mesmo em fazer aquilo que a lei não lhe veda, não pode ir além da liberdade assegurada aos demais, ofendendo-a[15].

Em outras palavras, como afirma Diogo de Figueiredo Moreira Neto, *segurança pública* é o conjunto de processos, políticos e jurídicos, destinados a garantir a *ordem pública*, sendo esta o objeto daquela[16].

A *segurança pública* é dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, sendo exercida para a preservação da *ordem pública* e, assim, da incolumidade das pessoas e do patrimônio, conforme texto do art. 144, *caput*, da Constituição da

12 KNAPP, Blaise. *Précis de Droit Administratif*, Editions Helbing & Lichtenhahn, Bâle et Francfort-sur-le-Main, Suíça, 1980, p. 20.

13 BERNARD, Paul. *La notion d'ordre public en Droit Administratif*, 1962, Librairie Génerale de Droit et de Jurisprudence, R. Pichon et R. Durand-Auzias, Paris, França, p. 12 e 25.

14 PESSOA, Mário. *O Direito da Segurança Nacional*, Biblioteca do Exército e Revista dos Tribunais/Editores, 1971, São Paulo, p. 7 e ss.

15 DE PLÁCIDO E SILVA. *Vocabulário Jurídico*, v. IV, 1ª ed., 1963, Forense, Rio de Janeiro, verbete *Segurança Pública*, p. 1.417.

16 FIGUEIREDO MOREIRA NETO, Diogo de. "Revisão Doutrinária dos Conceitos de Ordem Pública e Segurança Pública", *Anais do III Congresso Brasileiro de Polícias Militares*, fevereiro/1987, Belo Horizonte, Ed. Barvalle, p. 49.

República, que gera graves conseqüências em relação aos limites da competência dos órgãos policiais que enumera, bem como destes em relação ao direito e responsabilidade de todos, pois há aqueles que entendem de exercer *Poder de Polícia*, porque a norma constitucional assegura ser de responsabilidade de todos a prevenção e repressão de infrações penais.

3. *Poder de polícia, polícia e poder da polícia*

Quem assegura a *ordem pública* e, em especial, a *segurança pública* é a *polícia*. A idéia de *polícia* é inseparável da idéia de Estado, como afirma José Cretella Júnior, invocando o magistério de Rafael Bielsa[17]. Atribui-se, aliás, a Honoré de Balzac a afirmação de que "os governos passam, as sociedades morrem, *a polícia é eterna*"[18]. Ela o é porque, na realidade, as nações podem deixar de ter as suas forças armadas. Nunca, porém, podem prescindir da sua força pública, isto é, da sua polícia[19].

E no estudar *Polícia* e os *limites da sua atividade* não se pode deixar de lado o estudo do Poder *de* Polícia e o do Poder *da* Polícia.

Em sentido estrito, no dizer de De Plácido e Silva, *Polícia* designa o conjunto de instituições, fundadas pelo Estado, para que, segundo as prescrições legais e regulamentares estabelecidas, exerçam vigilância para que se mantenham a *ordem pública*, a moralidade, a saúde pública e se assegure o bem-estar coletivo, garantindo-se a propriedade e outros direitos individuais[20].

Importante é, no entanto, o ensinamento de José Cretella Júnior no sentido de que "ao passo que a *polícia* é algo em concreto, é um conjunto de atividades coercitivas exercidas na prática dentro de um grupo social, o *poder de polícia* é uma *facultas*, uma faculdade, uma possibilidade, um direito que o Estado tem de, através da *polícia*, que é uma força organizada, limitar as atividades nefastas dos cidadãos. Usando a linguagem aristotélica-tomista" — continua José Cretella Júnior —, "podemos dizer que o *poder de polícia* é uma potencialidade, é alto em potência, ao passo que a *polícia* é uma realidade, é algo em ato. O *poder de polícia* legitima a *ação da polícia* e a sua própria existência", concluiu, com exatidão científica, o festejado mestre[21].

Ele, aliás, com a sua percuciente visão, em outra de sua vasta obra jurídico-administrativa, justamente no seu *Tratado de Direito Administrativo*, acrescenta que "Se a *polícia* é uma atividade ou aparelhamento, o *poder de polícia* é o *princípio jurídico* que informa essa atividade, justificando a *ação policial*, nos *Estados de Direito*", continuando por afirmar que, por sua vez, o "Poder *da* polícia é a possibilidade atuante da polícia, é a polícia quando age. Numa expressão maior, que

17 CRETELLA JÚNIOR, José. *Conceituação do Poder de Polícia*, "Revista do Advogado", Associação dos Advogados de São Paulo, nº 17, abril/1985, p. 53.

18 Revista *Super Interessante*, Ano 2, nº 5, maio de 1988, Editora Abril, São Paulo, p. 82.

19 LAZZARINI, Alvaro *et alii*. *Direito Administrativo da Ordem Pública*, 2ª ed., 1987, Forense, Rio de Janeiro, p. 19.

20 DE PLÁCIDO E SILVA. *Vocabulário Jurídico*, ed. cit., v. III, verbete *Polícia*, p. 1.174.

21 CRETELLA JÚNIOR, José. *Lições de Direito Administrativo*, ed. cit., p. 229.

abrigasse as designações que estamos esclarecendo" — insiste José Cretella Júnior —, "diríamos: em virtude do poder *de* polícia o poder *da* polícia é empregado pela polícia a fim de assegurar o bem-estar público ameaçado"[22].

Como poder administrativo, assim, o *Poder de Polícia*, que legitima o poder *da* polícia e a própria razão dela existir, é um conjunto de atribuições da Administração Pública, como *poder público* e indelegáveis aos entes particulares, embora possam estar ligados àquela, tendentes ao controle dos direitos e liberdades das pessoas, naturais ou jurídicas, a ser inspirado nos ideais do bem comum, e incidentes não só sobre elas, como também em seus bens e atividades.

4. *Polícia administrativa e polícia judiciária*

Há, no *Poder de Polícia*, uma dicotomia, pois, ele se concretiza através de duas atividades, ou seja, a de Polícia *Administrativa* e a de Polícia *Judiciária*. A dicotomia, no entanto, tem gerado confusões no legislador, disputas entre órgãos policiais, que não se acomodam aos limites legais de suas competências institucionais e, assim, aos *limites do Poder de Polícia*, tudo em prejuízo do administrado que, quase sempre, acaba por aceitar abusos de autoridade, por excesso de poder ou desvio de poder.

Ambas, sabemos, são exteriorização de *atividade tipicamente administrativa*, malgrado uma delas ser denominada de *judiciária*.

A Polícia *Administrativa*, propriamente dita, é *preventiva*, regida pelas normas e princípios jurídicos do Direito Administrativo, enquanto que a Polícia *Judiciária* é *repressiva*, exercendo atividade administrativa de *auxiliar da repressão criminal*. A Polícia *Judiciária*, necessário é insistir, não é órgão, nem administrativo, do Poder Judiciário. Este Poder da Soberania Nacional, num *Estado Democrático de Direito*, detém o *monopólio da jurisdição* e, bem por isso, é ele que procede a *repressão criminal*, sendo auxiliado pelo órgão do Poder Executivo que exerce a atividade de Polícia *Judiciária* e que, assim, deve observar as normas e princípios do Direito Processual Penal.

O mesmo órgão policial, nos *limites do Poder de Polícia*, que a Constituição da República impõe, vinculando a sua atividade, pode ser eclético, porque age *preventiva* e *repressivamente*, ou seja, passa necessária e automaticamente, da *atividade policial preventiva* para o exercício da *atividade policial repressiva*, dado que ocorreu o ilícito que não conseguiu evitar. Quando o ilícito não for administrativo (infrações de normas do Código de Trânsito, do de Obras etc.) e sim penal, teremos, então, *atividade de polícia judiciária* consubstanciada na denominada *repressão imediata* por parte do órgão policial exercente da *atividade de polícia preventiva*.

Não é o *rótulo do órgão policial* que, aliás, qualifica a atividade de polícia. O que a qualifica em Polícia *Administrativa* (preventiva) ou em Polícia *Judiciária* (repressiva ou auxiliar) será, e isto sempre, a *atividade de polícia em si mesma desenvolvida*.

Isto está a demonstrar que a *linha de diferenciação* entre o que seja Polícia

22 CRETELLA JÚNIOR, José. *Tratado de Direito Administrativo*, v. V, *Polícia Administrativa*, ed. cit., p. 51.

Administrativa (preventiva) ou Polícia *Judiciária* (repressiva ou auxiliar) é bem precisa, porque sempre será a ocorrência ou não de um ilícito penal[23], posição nossa acolhida por Maria Sylvia Zanella Di Pietro[24].

A *repressão administrativa* a ilícitos *não* penais, ou seja, a ilícitos administrativos *não é atividade de polícia judiciária* e, bem por isso, não pode ser exercida por quem só detenha competência de Polícia *Judiciária*, sob pena de extrapolar os *limites de seu poder de polícia*[25]. A *competência*, sabemos, é elemento vinculante do ato de polícia. A *repressão administrativa*, assim, é típica manifestação de *atividade de polícia administrativa*. O posicionamento ora colocado é importante em termos de *controle jurisdicional do ato de polícia*, em Estados Federados e no Distrito Federal, como também em nível de Justiça Federal. *Ato de polícia judiciária*, por envolver matéria criminal, só deve ser controlado pela Justiça Criminal, de primeiro ou segundo graus de jurisdição, enquanto que o *ato de polícia administrativa* o será, nos mesmos graus de jurisdição, controlados pelos órgãos competentes que detenham a jurisdição da fazenda Pública, tudo conforme as respectivas leis de organização judiciária. Assim, por exemplo, a apreensão de um veículo, em um inquérito policial por furto, roubo, estelionato etc., será apreciada pela Justiça Criminal, enquanto que a apreensão de um veículo por infração administrativa ao Código Nacional do Trânsito e seu regulamento deverá ser apreciada pelo órgão competente da Justiça Cível[26].

5. *Polícia de segurança pública e polícia de preservação da ordem pública*

Polícia *Judiciária*, outrossim, não se confunde com Polícia *de Segurança Pública*, ou, simplesmente, Polícia *de Segurança*.

José Cretella Júnior, com efeito, após examinar as lições de Ranelletti e Gui-

23 LAZZARINI, Alvaro *et alii*. *Direito Administrativo da Ordem Pública*, ed. cit. p. 37.

24 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*, Editora Atlas, São Paulo, 1990, p. 90.

25 "A autoridade policial civil é incompetente para apenar aqueles que, eventualmente, tenham praticado só ilícito administrativo de trânsito, dado que a sua competência é para só apurar infrações penais, no regular exercício de polícia judiciária, única atividade que lhe foi conferida pelas Constituições da República e Estadual (artigos 144, § 4º, e 140, respectivamente)", razão de "Infração de trânsito — Apreensão da Carteira Nacional de Habilitação por autoridade policial civil — Inadmissibilidade — Ato de polícia administrativa e não de polícia judiciária — Inobservância — Abuso de autoridade caracterizado — Segurança concedida — Sentença confirmada" (acórdão unânime da Primeira Câmara Civil do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, na apelação cível nº 128.875-1, de São Paulo, julgada em 26 de fevereiro de 1991, *in* "Jurisprudência do Tribunal de Justiça", Editora Lex, São Paulo, ano 27, agosto de 1993, v. 147, p. 137-142).

26 "*COMPETÊNCIA RECURSAL* — Mandado de segurança — Impetração contra ato de autoridade policial que, em diligência, apreendeu cilindros de gases nobres, visando à preservação da materialidade dos delitos — Atividade policial-judiciária, auxiliar da Justiça Criminal — Competência do Tribunal de Alçada Criminal — Remessa determinada — Não conhecimento" (acórdão unânime da Primeira Câmara Civil do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, na apelação cível nº 111.058-1, de São Paulo, julgada em 19 de setembro de 1989, *in* "Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo", Editora Lex, São Paulo, ano 23, março/abril de 1990, v. 123, p. 30-31; no mesmo sentido está anotado o julgamento, pela mesma Câmara Civil no mandado de segurança nº 101.705-1, de São Paulo, e no agravo de instrumento nº 108.179-1, de São Paulo).

marães Menegale, concluiu, cientificamente, que a polícia *de segurança* tem por objeto *prevenir a criminalidade* em relação à incolumidade pessoal, à propriedade, à tranqüilidade pública e social[27]. Esse conceito é o que aceitamos, recordando o que dissemos anteriormente a respeito de *ordem pública* e de *segurança pública*, esta considerada um *estado antidelitual* que tem por objeto a *ordem pública*.

A Polícia *de Segurança*, portanto, tem por objeto *prevenir a criminalidade*, isto é, procurar evitar, pelos meios legais ao seu alcance, dentro da *realidade* e do que seja *razoável*, a prática de infrações *penais*, nos moldes apontados por José Cretella Júnior.

Carlo Consonni Folcieri, no verbete *Polícia Judiciária*, que escreveu para o *Novissimo Digesto Italiano*, distingue-a da polícia *de segurança*, porque, "enquanto compreensiva de toda atividade discricionária de prevenção no resguardo de qualquer lei limitadora da liberdade e penalmente sancionada, a polícia *em sentido lato* tem sempre caráter de atividade administrativa, pelo qual é pleonasticamente a qualificação de *polícia administrativa*, constantemente usada. Ao lado do esboçado conceito de polícia *administrativa*, em sentido genérico, deve-se ter presente um outro que se pode dizer da polícia *em sentido estrito* e que, compreendendo apenas a *atividade de prevenção* referente às leis administrativas sancionadas penalmente, divide-se em tantas partes quanto são as leis a que serve de atuação. *A principal das referidas partes é a polícia de segurança, orientada a proteger os bens supremos de ordem pública, da paz e da tranqüilidade social; considerada a sua importância preponderante entre os vários ramos da polícia administrativa muitas das suas normas contêm uma série de princípios gerais aplicáveis a qualquer outro ramo* (polícia sanitária, polícia industrial, polícia comercial)", acrescentando, então, que a polícia *de segurança* tem por objeto "uma atribuição complexa geral e opera *uma vasta atividade de observação e de coerção* para garantir a conservação do direito, dos bens e das instituições sociais. Ela é mantida pelo uso de meios de execução e *opera com procedimentos e métodos dinâmicos* e com *amplos poderes discricionários*, pois age para *impedir a violação da ordem e da segurança pública*. A polícia *judiciária* — acrescenta Folcieri —, ao invés, tendo finalidade específica atinente à reintegração do direito violado, desenvolve de regra atividade preordenada àquela do órgão jurisdicional e é *vinculada* no exercício das suas funções à observância das rígidas normas estabelecidas pela lei processual penal. À função de polícia *judiciária* que se concretiza em uma atividade voltada para a realização do escopo processual, bem que seja de natureza administrativa — *não se pode, portanto, recusar uma qualificação processual*. De fato a dita polícia é ligada à *administração da justiça penal*, de modo a constituir uma direta emanação dela, indiscutivelmente coordenada à esfera jurisdicional", concluiu Carlo Consonni Folcieri[28].

27 CRETELLA JÚNIOR, José. *Enciclopédia Saraiva do Direito*, Edição Saraiva, São Paulo, 1981, verbete *Polícia Administrativa*, p. 183-185.

28 CONSONNI FOLCIERI, Carlo. *Novissimo Digesto Italiano*, v. XIII, verbete *Polícia Judiciária*, tradução do Desembargador Geraldo Arruda, *in* "Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo", Lex Editora, São Paulo, ano 18, julho/agosto de 1984, v. 89, p. 34-37.

A Polícia *de Segurança*, portanto, nada mais é do que uma parte da Polícia *Administrativa*, como sustenta, também, Aldo M. Sandulli[29].

A Constituição de 1988, quando trata *Da Segurança Pública*, no art. 144, § 5º, diz caber às polícias Militares a polícia *ostensiva* e a *preservação da ordem pública.*

Ela, ao certo, prevê que a Polícia Militar, como polícia ostensiva, tem a competência constitucional inarredável de Polícia *de Preservação da Ordem Pública* (*de manutenção da ordem pública*, na semântica constitucional anterior), de que é parte a Polícia *de Segurança*, exteriorização da Polícia *Administrativa* na exata medida em que *previne* a desordem, mantendo a *ordem pública* nas suas múltiplas facetas e procurando evitar que haja prática delituosa em sentido amplo (crimes e contravenções penais), no que exercita, então, a indicada atividade de polícia *de segurança pública*, sendo, igualmente, exteriorização de Polícia *Judiciária*, quando cuida da *repressão delitual*, como *auxiliar* da Justiça Criminal, sob regência das normas de Direito Processual Penal e, assim, controlada e fiscalizada pela autoridade judiciária competente, sem embargo do controle externo do Ministério Público (art. 129, VII, da Constituição da República, sem que tenha natureza jurisdicional a sua atividade, devendo, pois, fornecer à autoridade judiciária competente, na *repressão imediata*, um primeiro material de averiguação e exame.

Bem por isso, como Polícia *de Preservação da Ordem Pública*, à Polícia Militar não só cabe o exercício da Polícia *Ostensiva*, como também cabe-lhe a *competência residual* de exercício de toda atividade policial de segurança pública não atribuída aos demais órgãos elencados taxativamente no art. 144 da Constituição de 1988, o que engloba, inclusive, a competência específica de tais órgãos policiais, no caso de falência operacional deles, a exemplo de suas greves ou outras causas, que os tornem inoperantes ou ainda incapazes de dar conta, eficazmente, de suas atribuições constitucionais. A Polícia Militar, como força pública que é, constitui o órgão de *preservação da ordem pública* para todo o universo da atividade policial em tema de *ordem pública* e, especificamente, de *segurança pública*, cabendo-lhe, inclusive, a *investigação policial militar preventiva*, conforme concluiu o Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, pela sua Colenda Quarta Câmara Criminal, ao referendar a missão que policial militar desenvolvia, em trajes civis, e que culminou na prisão de traficantes de entorpecentes[30].

6. *Limites do poder de polícia*

Podemos examinar, agora, o tema a que se refere o título deste trabalho, ou seja, das barreiras ao *Poder de Polícia.*

29 M. SANDULLI, Aldo. *Manuale di Diritto Amministrativo*, XII ed., 1974, Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, Napoli, Itália, p. 675.

30 Acórdão unânime da Quarta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, na apelação criminal nº 58.497-3, de Itanhaém, julgada em 21 de dezembro de 1987, *in* "Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo", Editora Lex, São Paulo, ano 22, março/abril de 1988, v. 111, p. 477-479.

Dissemos que o exercício desse *poder administrativo* deve buscar os ideais do *bem comum*, isto é, deve ter em vista, e sempre, o supremo objetivo de fazer concretizar o *bem comum* da coletividade administrada, embora em certos países, como a Suíça por exemplo, admita-se, *excepcionalmente* advirta-se, a não submissão do *ato de polícia* ao princípio da legalidade, conforme esclarece Blaise Knapp[31].

Mas, pelo óbvio, o *Poder de Polícia* não é ilimitado, não é carta branca para quem exerce atividade de Administração Pública fazer ou deixar de fazer alguma coisa arbitrariamente.

A Lei federal nº 5.172, de 25 de outubro de 1966, conhecida como *Código Tributário Nacional*, no seu art. 78, parágrafo único, na redação dada pelo Ato Complementar nº 31, de 28 de dezembro de 1966, sob o prisma legal, diz considerar-se *"regular o exercício do poder de polícia quando desempenhado pelo órgão competente nos limites da lei aplicável, com observância do processo legal e, tratando-se de atividade que a lei tenha como discricionária, sem abuso ou desvio de poder"*.

Como se verifica a própria lei, embora cuide do *sistema tributário nacional*, impõe barreiras ou limites intransponíveis, que abrigam as atividades humanas, protegendo-as contra os desmandos dos governantes e administradores, barreiras ou limites esses que são de três ordens, pelo magistério escorreito de José Cretella Júnior: "os direitos dos cidadãos; as prerrogativas individuais; as liberdades públicas garantidas pelas Constituições e pelas leis"[32].

José Cretella Júnior, apresentando os seus *Comentários à Constituição Brasileira de 1988* a que já nos referimos, asseverou: "Evitamos o 'talvez', preferindo, sempre, dar nossa interpretação, dizendo 'sim' ou 'não'. É melhor o *erro*, que permitirá pronta crítica, ou correção, do que a semiverdade, que encobre a análise objetiva dos fatos".

Honestidade intelectual vemos nesta assertiva e podemos afirmar que José Cretella Júnior *não errou* quando, abordando o tormentoso tema dos *limites ou barreiras do Poder de Polícia*, observou, com acuidade ímpar e coragem moral, que o *Poder de Polícia* deve ser *discricionário* e não arbitrário, mas, fixado o conceito, ficamos diante do mais crucial, relevante e moderno problema do direito público: "onde termina o *discricionário*? onde principia o *arbitrário*?"[33].

Essa, na realidade do dia-a-dia, a tormentosa questão com que se defrontam os operadores do direito público, sejam juristas ou simples policiais que desempenham suas ingratas missões na rua, fora do recesso dos gabinetes e dos manuais de Direito

31 KNAPP, Blaise. Obra e ed. cits., nº 88, p. 21. Blaise Knapp afirma: "Si elles doivent strictement respecter les autres principes généraux du droit public, les décisions de la police administrative ne sont qu'en principe soumises au principe de la légalité. En effet, *exceptionnellement, en cas de danger sérieux, direct et imminent pour l'ordre public (ATF 103 Iª 312 'Rassemblement jurassien et Unité juraissienne'), le Tribunal Fédéral admet que l'autorité executive prenne des décisions ou desmesures, voire même adopte des règlements, même sans base legale ou constitucionnelle expresse, pour protéger l'ordre public contre telles atteintes qui 'compromettent la réalisation d'une tâche étatique fondamentale', en se fondant sur la clause générale de police*".

32 CRETELLA JÚNIOR, José. *Lições de Direito Administrativo*, ed. o. p. citadas.

33 CRETELLA JÚNIOR, José. *Polícia e Poder de Polícia*, "Revista de Direito Administrativo", Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, v. 162, p. 30.

Administrativo ou de Direito Processual Penal e, muitas vezes, devendo decidir diante de normas jurídicas amplas e vagas, na dinâmica do cumprimento da missão policial, da qual não pode fugir do estrito cumprimento do dever legal de, em defesa da cidadania, fazer aquelas escolhas críticas em questão de fração de segundo, a que alude George L. Kirkham, ilustre Professor da Universidade da Flórida, Estados Unidos da América, em artigo intitulado *De Professor a Policial*[34], crítica escolha que será sempre tomada com aquela incômoda certeza de que outros, *aqueles que tinham tempo de pensar*, estariam prontos para julgar e condenar aquilo que fizeram ou aquilo que não tinham feito.

Não resta dúvida, no entanto, e todos sabem, que a ação administrativa de polícia está demarcada pela norma jurídica, está sujeita aos princípios da legalidade e da moralidade administrativa, devendo respeitar os *direitos do cidadão*, as *prerrogativas individuais* e as *liberdades públicas*, não se confundindo, porém, como nô-lo demonstra José Cretella Júnior à vista da lição de Vedel, *atividades*, que constituem *meras faculdades*, com as *verdadeiras liberdades públicas* garantidas pela lei, mas *faculdades concedidas* aos cidadãos[35].

A própria liberdade de ação do órgão policial, hoje, está adstrita à sua competência legal, isto é, cada órgão policial tem o exercício do *Poder de Polícia* limitado à sua esfera de competência, porque, "A primeira condição de legalidade é a competência do agente. Não há, *em direito administrativo, competência geral ou universal*: a lei preceitua, em relação a cada função pública, a forma e o momento do exercício das atribuições do cargo. *Não é competente quem quer, mas quem pode, segundo a norma de direito. A competência é, sempre, um elemento vinculado, objetivamente fixado pelo legislador*", no dizer, sempre lembrado de Caio Tácito[36].

Deve, portanto, ficar assentado que o *Poder de Polícia, forçosamente, deve sofrer limitações*, como, por exemplo, as previstas na Constituição da República e relativas às liberdades pessoais, à manifestação do pensamento e à divulgação pela imprensa, ao exercício das profissões, ao direito de reunião, aos direitos políticos, à liberdade do comércio etc. O Código Civil, igualmente, cuida de limitar o exercício dos direitos individuais, quando o condiciona ao seu *uso normal*, proibindo, no seu art. 160, o seu *abuso*, o *abuso do direito*.

Em verdade, como lembrou Hely Lopes Meirelles, "*Os limites do poder de polícia administrativa* são demarcados pelo interesse social em conciliação com os direitos fundamentais do indivíduo assegurados na Constituição da República (...). 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 humana. Daí o equilíbrio a ser procurado entre a fruição dos direitos de cada um e os interesses da coletividade, em favor do bem comum. Em nossos

34 KIRKHAM, George L. *De Professor a Policial*, "Seleções do Reader's Digest", março de 1975, Brasil, p. 84.

35 CRETELLA JÚNIOR, José. *Polícia e Poder de Polícia*, publicação cit., p. 31.

36 TÁCITO, Caio. *O Abuso de Poder Administrativo no Brasil — Conceito e Remédios*, edição do Departamento Administrativo do Serviço Público e Instituto Brasileiro de Ciências Administrativas, Rio de Janeiro, 1959, p. 27.

dias e no nosso País predomina a idéia da relatividade dos direitos, porque, como bem adverte RIPERT, 'o direito do indivíduo não pode ser absoluto, visto que absolutismo é sinônimo de soberania. Não sendo o homem soberano na sociedade, o seu direito é, por conseqüência, simplesmente relativo' (*O Regime Democrático e o Direito Civil Moderno*, Ed. Saraiva, 1937, p. 233)"[37].

Daí ser correto o raciocínio de José Cretella Júnior ao sustentar que "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 o *poder público* repousam na conciliação entre a necessidade de respeitar essa liberdade e a de assegurar a ordem social. O requisito da conveniência ou do interesse público é, assim, pressuposto necessário à limitação dos direitos do indivíduo. 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 excepcional importância, são declarados na própria Constituição'"[38].

Daí por que é possível distinguir, com Diogo de Figueiredo Moreira Neto, três sistemas de limites ao exercício da discricionariedade no poder de polícia, em especial o de segurança pública: a *legalidade*, a *realidade* e a *razoabilidade*, sendo que "A *legalidade* conforma o primeiro e o mais importante dos sistemas de limite; é a moldura normativa dentro da qual deve-se conter o exercício do poder de polícia de segurança", certo que "não obstante, mesmo que a ilegalidade não possa ser *diretamente* aferida, mediante simples contrasteamento com o comando legal, ainda será possível, mediante os dois outros sistemas de limites, submeter o exercício de poder de polícia de segurança pública, como, de resto, qualquer ato discricionário, a uma tutela indireta ou oblíqua da ilegalidade. A *realidade* é o segundo sistema. Não basta — continua Diogo de Figueiredo Moreira Neto — que estejam diretamente observados os parâmetros legais. É preciso que os pressupostos de fato do exercício do poder de polícia de segurança pública sejam *reais*, bem como realizáveis as suas conseqüências. A vigência do direito não comporta fantasias. O irreal tanto não pode ser a fundamentação como tampouco pode ser o objeto de um ato do Poder Público. Enquanto limite, a *realidade* também resulta óbvia, pois o mediano bom senso pode detectar a inconsistência da atuação policial se não se manifestam como *reais* ou

37 LOPES MEIRELLES, Hely. *Poder de Polícia e Segurança Nacional*, Imprensa Oficial do Estado, São Paulo, 1972, p. 11; *idem, Direito Administrativo Brasileiro*, 18ª ed., 1993, atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho, Malheiros Editores, São Paulo, p. 119.

38 CRETELLA JÚNIOR, José. *Polícia e Poder de Polícia*, publicação cit., p. 31-32.

realizáveis os motivos e objetos considerados, respectivamente, como fundamentos e resultados visados. A *razoabilidade*, por fim, é o terceiro sistema de limite, que modernamente pode-se estabelecer para distinguir a discrição do arbítrio. Seu envolvimento mais recente deixa patente sua maior sofisticação, a começar do referencial, que é o de mais difícil trato doutrinário e o mais elusivo na prática operativa: a *finalidade*. De modo amplo, a *razoabilidade* é uma relação de coerência que se deve exigir entre a manifestação da vontade do Poder Público e a finalidade expecífica que a lei lhe adscreve"[39].

Diogo de Figueiredo Moreira Neto, na sua monografia sobre *Legitimidade e Discricionariedade*, em novas reflexões sobre os limites e controle da discricionariedade, afirma que a sua sistematização parte de *dois princípios* que ao tempo de Forsthoff não tinham curso e que hoje ganham os mais sérios tratamentos de doutrina e ascendem até aos projetos constitucionais, ou seja, "São dois *princípios técnicos* que não existem autonomamente mas servem de instrumentos para que se afirmem os *princípios substantivos*: são eles o *princípio da realidade* e o *princípio da razoabilidade*"[40].

O *princípio da razoabilidade*, aliás, foi expressamente acolhido pela Constituição Paulista de 1989, no seu art. 111, que o tornou obrigatório ao lado daqueles outros enunciados na Constituição da República de 1988, isto é, os da *legalidade, impessoalidade, moralidade* e *publicidade*.

Ao certo, como se verifica e, também, afirma Maria Sylvia Zanella Di Pietro, "A discricionariedade não é mais a liberdade de atuação limitada pela *lei*, mas a liberdade de atuação limitada pelo *Direito*. ... À medida que o *princípio da legalidade* adquire conteúdo material antes desconhecido, aos limites puramente formais à discricionariedade administrativa, concernentes à *competência* e à *forma*, outros foram sendo acrescentados principalmente pela jurisprudência dos países em que o papel do Poder Judiciário não se resume à aplicação pura e simples da *lei formal*, mas se estende à tarefa de *criação do direito*"[41].

7. *Controle administrativo e judiciário do ato de polícia*

Os órgãos superiores ao que praticou o ato de polícia devem considerar o quanto exposto na *fiscalização* desse ato de modo a lhe garantir a sua legalidade e conveniência, devendo ser lembrado que dentro do *Poder Hierárquico*, o superior funcional tem o dever legal de, *ordinariamente*, proceder o controle *preventivo* ou *sucessivo* do ato de seu subordinado para verificar de sua *legalidade*, ou seja, a sua conformação

39 FIGUEIREDO MOREIRA NETO, Diogo de. *Considerações sobre os limites da discricionariedade do exercício do Poder de Polícia de segurança pública*, "Intervenção em Painel sobre o Tema, no 1º Congresso Brasileiro de Segurança Pública, Fortaleza, Ceará, maio de 1990.

40 FIGUEIREDO MOREIRA NETO, Diogo de. *Legitimidade e Discricionariedade*, 1ª ed., 1989, Editora Forense, Rio de Janeiro, p. 37.

41 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988*, Editora Atlas, São Paulo, 1991, p. 171.

com o *princípio da legalidade*, isto é, com a *lei*, bem como a sua *conveniência* quanto aos efeitos do ato e quanto aos meios empregados para a sua execução[42].

Falhando o *controle administrativo*, porque o superior, por ação ou omissão, fez perpetrar o abuso de autoridade do seu subordinado, restará, então, ao administrado que se sinta prejudicado a busca do *controle jurisdicional do ato de polícia*. Esse *controle judiciário*, como se sabe, é sempre feito *a posteriori*, através das ações adequadas previstas no ordenamento processual brasileiro, como o *habeas-corpus*, o *mandado de segurança* e, quando não haja violação ao direito de locomoção e nem *direito líquido e certo, procedimento sumaríssimo* ou *procedimento ordinário*, quando será, então, possível a ampla dilação probatória para demonstrar, cabalmente, a ilegitimidade do ato de polícia, que, como qualquer outro ato administrativo goza de *presunção de verdade e de legitimidade*, que só será informada por prova cabal em contrário.

Merece destaque a propósito, por correta que é, a lição de José Cretella Júnior no sentido de que "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", pois, "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*"[43].

Em outras palavras, no dizer de Cândido Rangel Dinamarco, o Poder Judiciário é que, em última análise, faz a *Justiça do caso concreto*, pois, o Juiz é o artífice dessa *Justiça*, diante do caso concreto, devendo construí-la com mãos habilidosas, tendo a lei como instrumento e os seus sentimentos como fonte de inspiração[44], sentimentos esses, acrescento, que naturalmente estarão voltados à plena realização do Direito, na busca do *bem comum*.

8. *Conclusão*

O *Poder de Polícia* é um poder instrumental da Administração Pública, para que ela possa realizar os seus fins. É, portanto, um *poder administrativo*.

O *Poder de Polícia*, bem por isso, só pode ser exercido pela Administração Pública, enquanto *poder público*, sendo, assim, *indelegável* a qualquer ente privado, seja ele pessoa natural ou pessoa jurídica de direito privado, embora da administração indireta, estando aí uma importante limitação ao exercício do *Poder de Polícia*, pois diz respeito à *competência* para a prática do *ato de polícia*.

O *Poder de Polícia* se concretiza em *ato de polícia* que só pode ser praticado

42 MASAGÃO, Mário. *Curso de Direito Administrativo*, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 5ª ed., 1974, nº 151-154, p. 63-64.

43 CRETELLA JÚNIOR, José. *Polícia e Poder de Polícia*, publicação cit., p. 32.

44 RANGEL DINAMARCO, Cândido. *Discurso de posse no Primeiro Tribunal de Alçada Civil do Estado de São Paulo no cargo de Juiz*, "Julgados dos Tribunais de Alçada Civil de São Paulo", Lex Editora, São Paulo, v. 65, p. 280.

por quem, efetivamente, detenha a *competência* para a sua realização. O *ato de polícia* é *ato administrativo*. É, regra geral, *ato discricionário*, sujeito, pois, aos *princípios da legalidade, realidade e razoabilidade*.

Será *arbitrário* o *ato de polícia* que desatender tanto a lei, como também estiver desconforme à *realidade* e à *razoabilidade*. Mesmo que o *ato de polícia* não possa ter a sua *ilegalidade* aferida *diretamente* pela sua comparação com o comando constitucional ou infraconstitucional, é possível submetê-lo aos dois outros princípios, objetivamente, quanto ao da *realidade* e, subjetivamente, quanto ao da *razoabilidade*, com o que haverá uma *tutela indireta ou oblíqua da ilegalidade*.

Seja, porém, por que motivo for a *arbitrariedade*, quem a cometer sujeita-se às sanções penais, administrativas e civis por *abuso de poder*, quer este ocorra por *excesso* ou *desvio de poder*. O *abuso de autoridade*, a *prevaricação*, a *usurpação de função pública*, a *condescendência criminosa*, seja qual for o ilícito penal ou administrativo, não podem ser tolerados em relação a quem use de *arbítrio* no exercício do *Poder de Polícia*, quer quem praticou o ato, quer quem o aprovou, expressa ou tacitamente.

O *Poder de Polícia*, em outras palavras, tem os seus limites ou barreiras na legislação de regência da atividade policiada e, em especial, na Constituição da República, não se descartando o exame da *realidade* e se a ordem de polícia é *razoável*.

Compete à própria Administração Pública, pelos seus órgãos superiores, fiscalizar, preventiva ou sucessivamente, o ato de polícia, controlando, assim, eventual *abuso de poder* por parte do órgão que está subordinado. Esse controle cuidará, portanto, dos aspectos de legalidade e conveniência do ato de polícia quanto aos seus efeitos.

Quem se sinta prejudicado com o ato de polícia, também, pode pedir ao Poder Judiciário que proceda ao controle jurisdicional do mesmo ato, quando, então, *a posteriori*, fixar-se-á, em Juízo, os *limites do Poder de Polícia* exercido para o *caso concreto*, sendo o Juiz o construtor da *Justiça do caso concreto*, que lhe é levado pelo administrado e pela Administração Pública.

De qualquer modo, para conhecer os seus limites, mister se torna conhecer a doutrina do *Poder de Polícia*. Só assim a Administração Pública saberá o que exigir legitimamente do administrado, e este saberá até que ponto deve obediência ao *ato de polícia*, como exteriorização do *Poder de Polícia*.