PODER DE POLÍCIA

ODETE MEDAUAR*

1. *Introdução*

Em essência, poder de polícia é a atividade da Administração Pública que impõe limites a direitos e liberdades.

O tema é típico do direito público, o tema público por excelência, aquele de que se cogite em qualquer ordenamento; isto porque, onde existe um ordenamento jurídico, este não pode deixar de adotar medidas para disciplinar direitos fundamentais de indivíduos e grupos.

Trata-se do tema que mais diretamente se insere na encruzilhada autoridade-liberdade, Estado-indivíduo, que permeia o direito administrativo e o direito público, revelando-se, pois, muito sensível à indole do Estado e às características históricas, políticas e econômicas dos países.

Por outro lado, a noção de polícia teve papel importante na história do direito administrativo, ajudando a reconhecer a este um campo próprio.

Ao se pesquisar a matéria, nota-se que há corrente doutrinária que se insurge contra a existência de uma noção jurídica de poder de polícia, pregando sua eliminação do direito administrativo.

Os aspectos acima ressaltados convidam ao estudo do tema, inclusive para verificar se a noção deve persistir, sobretudo no ordenamento pátrio.

2. *Como o tema é situado*

a) Nas obras de direito administrativo "o poder de polícia" recebe tratamento sob diversas rubricas. Por exemplo: incluído entre os modos de ação administrativa — é o caso dos *franceses Prosper Weil* e *Benoit*; vem inserido entre os *meios de ação* e aí entre os *poderes jurídicos*, como o estuda o *belga Jacques Dembour*. *Hely Lopes Meirelles*, por sua vez, dele trata no âmbito dos *Poderes administrativos*. No

* Professora Titular de Direito Administrativo da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

direito italiano, na esteira de *Santi Romano, Renato Alessi* inclui seu estudo no título "As limitações administrativas e o sacrifício dos direitos". No *direito alemão, Forthoff* o insere no capítulo sobre a "coação administrativa".

b) O tema é enfocado também *sob o prisma dos direitos fundamentais*. Por exemplo, na obra "Liberdades Públicas", dos Profs. Manoel Gonçalves Ferreira Filho, Ada Pellegrini Grinover e Anna Cândida da Cunha Ferraz, é *estudado entre as técnicas de tratamento das liberdades públicas no sistema preventivo*; o francês Jacques Robert, no seu livro "Libertés publiques", o inclui no capítulo relativo às *intervenções das autoridades administrativas no campo das liberdades públicas.*

É sobretudo sob tal prisma que vem tratado no *direito anglo-saxônico*. Assim, *no direito inglês atual* é estudado no "*Constitucional law*", como "*legal restraints*" ou "*prior restraints*" (assim o vêem, por exemplo, Smith e Brazier, em seu "Constitutional and administrative law", 1989); também sob a rubrica "*civil liberties and public order*" (como in Clarke, "Constitutional and administrative law", 1971). No *direito norte-americano atual* também é estudado no *direito constitucional*, na parte referente aos poderes do Congresso e também no título "*Individual rights and liberties*" *na parte dedicada ao* "*substantive due process*" (ex: Barron and Dienes, "Constitutional law", 1986). Vinculado aos direitos fundamentais já aparecia na obra de *Freund, "The police power — police power and constitutional rights"*, de 1904.

c) No ordenamento pátrio interessa também ao direito tributário, como um dos fatos geradores da taxa.

3. *Evolução da noção*

Um dos aspectos a salientar no estudo do poder de polícia diz respeito a sua evolução. Para traçar as linhas evolutivas da noção, torna-se necessário *atentar para o termo "polícia" e os significados que recebeu no tempo.*

A palavra *polícia* vem do *latim "politia"* e do *grego "politeo"*, ligada, como o termo *política*, ao vocábulo "*polis*".

Na *Antiguidade* significava "*constituição do Estado ou da cidade*", isto é, o *ordenamento político do Estado ou cidade*".

Na Idade Média também foi usado nesse sentido amplo, mas no *século XI* retira-se da noção de polícia o aspecto referente às *relações internacionais.*

Nesse traçado evolutivo, deve ser lembrado que, *ainda na Idade Média*, já se detecta o exercício de poder de polícia, tal como hoje considerado, no âmbito das comunas européias, por seus administradores. Esse dado é referido por *Otto Mayer*, para a Alemanha; pelo *argentino Fiorini*, no seu livro "*Poder de Polícia, 1957*; por *Etienne Picard*, no seu "*La notion de police administrative*", 1984. Os dois últimos autores ressaltam que essa *função de polícia* contribuiu para fixar a *raiz nascente* da cidade moderna. E *Fiorini* ressalta que nessas comunas a *atuação prática* da polícia se carecterizava e se ajustava à manutenção da ordem e tranqüilidade públicas; por isso, aí estão os antecedentes da concepção hodierna de poder de polícia e não nos sempre invocados regulamentos policiais do Código geral prussiano, de 1794.

E *Jean Louis Mestre, no seu "Introduction historique au droit administratif français"*, menciona a existência em muitas comunas francesas, nos séculos XII a XV, de *licenças edificandi, alinhamentos nas construções, polícia das profissões como proteção dos consumidores e a polícia sanitária.*

Aos poucos também saem do âmbito da polícia as matérias relativas à justiça e às finanças.

Assim, nos primórdios do século XVIII polícia designa o total da atividade pública interna, sem a justiça e as finanças. E consiste na faculdade estatal de regular tudo o que se encontra no âmbito do Estado, sem exceção.

Vários repertórios sobre polícia vem à luz. O primeiro foi publicado entre *1705 e 1710,* intitulado "Traité de la police", do francês Delamare; ele reconheceu que a *assimilação da polícia ao conjunto do direito público era equívoca* e lhe deu sentido restrito: polícia visa à ordem pública de cada cidade.

Outras obras sobre a polícia surgiram nesse período. Por exemplo, na Alemanha, a de Justi, "*Princípios da ciência da polícia*", de 1756. Na França, a de Dufrensne, "*Código da polícia ou análise dos regulamentos de polícia*", de 1757. O Código Geral prussiano, 1794, tem uma parte dedicada à polícia.

Esse momento de apogeu coincide com o chamado "*Estado de polícia", no fim do período absolutista*, Estado esse que realizava intromissão opressiva na vida dos particulares. *A partir daí, o sentido amplo de polícia começa a dar lugar à noção de Administração Pública.* O sentido de polícia então se restringe, principalmente sob influência das idéias da Revolução Francesa, da valorização dos direitos individuais e da concepção do Estado de direito e Estado liberal.

Aliás o primeiro autor alemão a formular a teoria do Estado de direito, Von Mohl, contrapõe Estado de Direito a "Polizestaat", assim como Otto Mayer.

Polícia passa a ser vista como uma parte da atividade da Administração, destinada a manter a ordem, a tranqüilidade, a salubridade e o uso livre das coisas públicas.

Aos poucos deixou-se de usar o vocábulo polícia isoladamente para designar essa parte da atividade da Administração.

Surgiu primeiro a expressão "*polícia administrativa*" na França, quando o *Código do 3 Brumário do ano IV (1795)* mencionou a divisão da polícia em *polícia administrativa* e *polícia judiciária.* E deu como objeto da primeira a ordem pública como segurança, tranqüilidade e salubridade públicas, fórmula típica do direito francês, até hoje reiterada na doutrina desse país.

No âmbito germânico, o que se pode salientar é que Pütter, no seu "Elementa iuris publici germanici", 1754, sustentou que a *prosperidade não era matéria própria da polícia*, sendo seu papel só negativo, o que foi durante muito tempo reiterado pela doutrina posterior. Segundo Otto Mayer, no direito alemão vigorou a idéia do fundamento do poder de polícia num "dever preexistente do indivíduo de não perturbar a boa ordem da coisa pública; o poder de polícia concretiza esse dever, segundo essa concepção. A respeito do direito alemão, pode-se dizer ainda que aí se formulou a divisão entre *polícia de segurança* (ex.: reunião, imprensa) e *polícia da Administração* (caminhos, florestas), depois adotada pela doutrina italiana.

Quanto à expressão "*poder de polícia*", vigente no ordenamento brasileiro, é a tradução de "*police power*". Segundo o Prof. Caio Tácito, a expressão ingressou

pela primeira vez na terminologia legal no julgamento da Corte Suprema norte-americana, no caso Brown x Maryland, de 1827.

A expressão vinculava-se aí ao poder dos Estados-membros de editar leis limitadoras de direitos, em benefício do interesse público. Como contraponto ao "police power" construiu-se a cláusula do "*substantive due process of law*", com *o fim de refrear o poder estatal que pudesse incidir sobre direitos fundamentais.* E refreou. Mas, a *partir da crise de 1929,* o "police power" se ampliou nos Estados Unidos, para disciplinar atividades econômicas, com fundamento no bem-estar comum.

No direito brasileiro, a Constituição de 1824, no art. 169, atribuiu a uma lei disciplinar as funções municipais das Câmaras e a formação das suas posturas policiais; a lei de 1º de outubro de 1928, denominada "*Primeiro Regulamento das Câmaras Municipais*", tinha, assim, título denominado "*Posturas políciais*". *O art. 66* atribuía às Câmaras tudo quanto dizia respeito à polícia e economia das povoações, e arrolava tais matérias entre as quais, por exemplo, alinhamento de ruas; vozerias nas ruas em horas de silêncio; fiscalização da limpeza da carne; salubridade de todos os mantimentos, abstendo-se de taxar os preços dos gêneros que compete a seus donos.

Na *doutrina, a primeira obra de direito administrativo*, de autoria de *Pereira do Rego*, de 1857, utiliza o termo "*polícia*" para tratar do tema, dividindo-a em *polícia administrativa* e *polícia judiciária*, sob nítida influência francesa; diz que polícia é uma *instituição* encarregada de manter a ordem pública, a liberdade, a propriedade e a segurança dos cidadãos; e afirma, já nessa época, que a *polícia também intervém na indústria e no comércio.*

Na *segunda obra de direito administrativo*, de *Veiga Cabral*, editada em 1859, há um capítulo para a *polícia do Estado*, dividida também em *polícia administrativa* e *polícia judiciária. Em 1910, Alcides Cruz, no seu "Noções de direito administrativo brasileiro", usa ainda o vocábulo polícia.*

Em 1915, Ruy Barbosa, em parecer depois incluído nos Comentários à Constituição brasileira, coligidos por Homero Pires, vol. 5º, utiliza a expressão *poder de polícia* e já menciona o *âmbito dos interesses econômicos*, incluído no bem comum, cometido à atividade do poder de polícia.

Aurelino Leal publica, em 1918, o livro "Polícia e poder de polícia"; conceitua poder de polícia como "*a manifestação do poder público tendente a fazer cumprir o dever geral do indivíduo*". Evidente aí a influência alemã, pela obra de Otto Mayer.

A partir de Ruy Barbosa e Aurelino Leal, firma-se no direito pátrio a expressão "*poder de polícia*".

4. *Crítica. Contestação à crítica*

Como se viu, no século XIX e primórdios do século XX, vinculado à concepção de Estado liberal, o poder de polícia se colocava como fator negativo de manutenção da sociedade, para garantir a segurança, a tranqüilidade e a salubridade públicas.

Com a ampliação das funções do Estado, aumentou o campo do poder de polícia,

para atuar também na ordem econômica e social e *não somente mediante restrições, mas ainda por imposições.*

Esse fato contribuiu para o surgimento de linha doutrinária adversa à preservação da noção de poder de polícia no direito administrativo.

Uma corrente mais suave troca o título da matéria; por ex.: *Santi Romano* usa a expressão "Atividade administrativa de limitação" (nos Principi 1912); *Giannini* reabilita o termo jurídico medieval "ablatio", e adota a expressão "procedimentos ablatórios"; o *alemão Hansjulius Wolff* prefere a locução "administração de vigilância".

Não parece adequado alterar o título de noções jurídicas consolidadas, mesmo que seu conteúdo sofra evolução. A mudança dificulta a pesquisa nas obras e dificulta pesquisa jurisprudencial. E também impede a percepção clara da linha evolutiva da figura.

Outra corrente prega a eliminação da noção de poder de polícia do direito administrativo. Dentre seus representantes encontra-se o *argentino Gordillo.* Para ele, não existe noção autônoma de poder de polícia; a noção não teria sustentáculo jurídico, afirma esse autor.

Uma das justificativas dessa idéia está na ampliação do campo do poder de polícia; ampliando-se, perdeu as características do modelo clássico; assim, a função se distribuiu por toda a atividade estatal e se diluiu. Haveria, assim, uma crise, fundada na modificação ocorrida no campo de ação e nos meios da atividade de polícia.

A essa justificativa pode-se contra-argumentar que ocorreu, isso sim, *evolução e expansão*, em decorrência das necessidades e do desenvolvimento geral da vida em sociedade dos nossos dias. Exemplo muito claro está no amplo exercício do poder de polícia no campo da poluição, algo impensável no estágio de desenvolvimento econômico e social do século XIX e primórdios do século XX.

Por outro lado, o próprio Gordillo afirma, no mesmo capítulo do seu "Tratado", que essas faculdades de limitar direitos fundamentais, em prol do bem comum, existem; e diz mais: a coação estatal sobre os particulares para consecução do bem comum continua sendo uma realidade no mundo jurídico.

Então, não houve quebra jurídica do conceito de poder de polícia. Este adquiriu novos matizes na atualidade.

Parece que o ponto fundamental desse argumento, tal como deflui do pensamento de Gordillo e de Garcia de Enterria (outro integrante dessa corrente) é a preocupação com um poder de polícia indeterminado, independente de fundamentação legal, *baseado num suposto dever geral dos indivíduos de respeitar a ordem.* O argentino *Escola*, no vol. II do seu Compendio, de 1990, expressa também esse ponto, ao sugerir que a noção de polícia *retornaria ao seu alcance originário, ao ser relacionada com a totalidade do agir estatal.*

Esta preocupação louvável, no entanto, perde consistência ante a realidade presente, de mais solidez na concepção de Estado de Direito, ante a idéia da legalidade regendo a Administração e a maior valoração dos direitos fundamentais.

E como bem ensina o *Prof. Oscar Dias Correa*, no seu livro, "A Constituição de 1988", pág. 40, "Não pode haver estado de direito onde não se conciliem o

exercício das liberdades do homem com a necessária regulação das normas de coexistência em sociedade; nem onde estas impeçam o normal, regular e harmônico exercício daquelas".

Outra justificativa para a rejeição: a atividade do poder de polícia, sobretudo no tocante à *coação e à prevenção de perturbações*, não é diferente da atividade geral da Administração, porque o poder do *Estado é único.*

É principalmente em Rui Barbosa que se encontra a resposta. Segundo Rui Barbosa, no mencionado parecer de 1915, "aqui o vocábulo poder *não significa órgão especial da soberania... É a um complexo de funções que a palavra aqui se refere* funções, que sendo entre si congêneres, se distribuem entre os diferentes membros do organismo do Estado. Categorias de funções há que, pela sua homogeneidade, constituem gêneros distintos, embora separados e dispersos na distribuição constitucional dos poderes".

É possível, então, cogitar de *complexos unitários do poder estatal, o que facilita sua consideração, estudo* e *regulação normativa adequada. É o que ocorre com a noção de poder de polícia.*

A noção de poder de polícia permite expressar a realidade de um poder da Administração de limitar, de modo direto, liberdades fundamentais em prol do bem comum. Essa realidade inquestionável é reconhecida pelos próprios autores que pregam a eliminação do conceito. Portanto, a noção de "poder de polícia" *é a expressão teórica* de um dos modos mais importantes de atuação administrativa, devendo ser mantida. Sobretudo no ordenamento pátrio, em que o poder de polícia é mencionado na Constituição Federal, na legislação, na doutrina e na jurisprudência.

5. *Caracterização do poder de polícia?*

Como caracterizar o poder de polícia?

Segundo Caio Tácito, no clássico "O poder de polícia e seus limites", "e o conjunto de atribuições concedidas à Administração para disciplinar e restringir, em favor do interesse público adequado, direitos e liberdades individuais".

O Código Tributário Nacional, no art. 78, traz o seguinte conceito: "poder de polícia é 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 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".

Na lição de *Themistocles Brandão Cavalcanti*, no seu "*Tratado*", *vol. III*, ed. 1956, "o poder de polícia constitui limitação à liberdade individual, mas tem por fim assegurar esta própria liberdade e os direitos essenciais do homem".

Manoel Gonçalves Ferreira Filho, por sua vez, *nos comentários à Constituição, edição de 1977*, lembra que "no exercício do poder de polícia o Estado autoriza, controla e fiscaliza a atividade do particular".

Assim, é possível arrolar algumas notas características fundamentais:

a) é atividade administrativa, isto é, conjunto de atos, fatos e procedimentos realizados pela Administração. Há autores, como o argentino Escola, que inspirados no ato norte-americano vêem o poder de polícia como atividade do Poder Legislativo; mas no Brasil, poder de polícia é, sobretudo, atividade administrativa;

b) portanto, é atuação subordinada à ordem jurídica, ou seja, não é eminente, nem superior, mas regida pelo ordenamento vigente, sobretudo pelos princípios constitucionais da legalidade, impessoalidade, moralidade;

c) acarreta *limitação direta* a direitos reconhecidos aos particulares;

d) pelo poder de polícia a Administração enquadra uma atividade do particular, da qual o Estado não assume a responsabilidade;

e) o limite ao direito do particular, de regra, significa um obstáculo ao seu exercício pleno, ou a retirada de uma faculdade pertinente ao conteúdo do direito ou uma obrigação de fazer. Em virtude do poder de polícia há, portanto, uma disparidade entre o conteúdo abstrato do direito em sentido absoluto e a possibilidade de seu exercício concreto, como bem nota *Virga*, no seu livro *"La potestà de polizia"*, *1954;*

f) na atual configuração da Administração Pública, dividida entre uma face de autoridade e uma face de prestadora de serviços, o poder de polícia se situa precipuamente na face autoridade. Atua assim por meio de *prescrições*, diferente da atuação de serviço público, que opera por meio de prestações;

g) abrange, também, o controle da observância das prescrições e a imposição de sanções em caso de desatendimento.

6. *Regime jurídico no direito pátrio*

Alguns aspectos relevantes do regime jurídico do poder de polícia no ordenamento pátrio podem ser apontados:

a) poder de polícia é atuação administrativa sujeita precipuamente ao direito público;

b) é regida pelos princípios constitucionais que orientam a Administração genericamente: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade.

c) sobre tal atuação incidem também outros preceitos;

c1) princípios do *"favor libertatis"* ou *"pro libertate"*, pois o regime de polícia não pode significar proibição geral e absoluta, que impediria o exercício efetivo do direito. Por outro lado, o preceito obriga a resolver em favor da liberdade qualquer dúvida sobre a maior ou menor extensão da medida ou sobre a possibilidade da medida limitativa;

c2) doutrinadores franceses, espanhóis e alemães utilizam o nome *proporcionalidade* e doutrinadores argentinos e norte-americanos preferem o termo *razoabilidade*, para afirmar que as medidas de limitação de direitos devem ser congruentes com os motivos e fins que a justifiquem;

c3) a limitação deve ser motivada;

c4) em parecer publicado na Revista de Direito Administrativo, nº 132, de 1978,

o Prof. José Afonso da Silva chama a atenção para um elemento fundamental ao exercício do poder de polícia, mencionado no parágrafo único do art. 78 do Código Tributário Nacional: é a *observância do devido processo legal*;

d) ainda no aspecto do regime jurídico cabe notar o seguinte: com a finalidade de defesa do Estado e das instituições democráticas, a Constituição Federal possibilita a *extensão excepcional do poder de polícia*, como decorrência da decretação do estado de defesa e do estado de sítio.

No *estado de defesa, conforme o art. 136, inciso I,* há possibilidade de restrições aos *direitos de reunião, sigilo de correspondência, sigilo de comunicações telegráficas e telefônicas.*

No *estado de sítio*, segundo o art. 139, incisos III, IV e VI, além dessas, decorrem restrições à *liberdade de imprensa, radiodifusão e televisão e restrições à inviolabilidade de domicílio.*

Conforme bem nota o *Prof. Araújo Cintra*, no seu livro "Motivo e motivação do ato administrativo", os atos praticados nessas circunstâncias continuam submetidos ao direito, *o direito da crise*; e observa que, em qualquer circunstância, os direitos fundamentais do homem devem ser respeitados.

Com efeito, a Constituição menciona "restrições" e não abolição; e prevê a formação de Comissão de parlamentares para fiscalizar a execução das medidas, assim como a responsabilização dos executores pelos ilícitos cometidos.

8. *Conclusão*

Os aspectos evocados no presente estudo não esgotam o rico e sempre atual temário a respeito do poder de polícia, noção que encontra abrigo no ordenamento pátrio, tanto na doutrina como na legislação e na jurisprudência.

Se a noção de poder de polícia provoca em alguns uma impressão mais ou menos consciente de desconfiança e reticência, no seu paradoxo de limitadora de liberdade com o fim de assegurar a própria liberdade, aí justamente a razão pela qual seu estudo deve ser impulsionado.

Pois é, indubitavelmente, nesse diálogo de princípio, nesse contraponto de princípios e sua adaptação aos fatos, que Direito encontra sua ordem e sua vida.