

## BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE O PODER DE POLÍCIA

José Renato Gaziero Cella

“Os governos passam, as sociedades morrem, a polícia é eterna.”

Honoré de Balzac

### Introdução

Os conflitos que o Direito é chamado a solucionar têm distintos graus de complexidade, indo dos mais fáceis — que em geral englobam os casos corriqueiros — até os mais difíceis, sendo que em relação a estes últimos a possibilidade de se chegar, pela via da racionalidade objetiva, a uma solução correta dentre as várias possíveis é problemática.

Com efeito, enquanto nos casos corriqueiros se exige apenas um raciocínio lógico-dedutivo a justificar a solução dada para pôr termo ao conflito respectivo, vez que em casos tais as premissas postas são acatadas sem maiores problemas, nos casos complexos, ao contrário, as premissas a ser utilizadas para se chegar a uma solução para o conflito necessitam de justificação: a denominada justificação externa.

Vale dizer que os argumentos necessários para justificar a aplicação de uma premissa em detrimento das várias passíveis de ser invocadas nem sempre decorrem de um juízo objetivo, sendo que muitas vezes a tentativa de usar apenas a razão parece impossível.

Essa situação contribui para a confirmação daquilo que muitos teóricos passaram a qualificar como “a crise da razão”. No entanto, será que a razão é deficiente justamente nos casos em que mais se necessita de seu auxílio? Ora, os casos difíceis invariavelmente requerem, para a solução de conflitos, a opção dentre dois ou mais valores caros à sociedade, os quais são em geral especialmente tutelados pelos ordenamentos jurídicos existentes.

Por exemplo, quando direitos fundamentais entram em conflito, com a exigência da aplicação de uns em detrimento de outros, está-se diante de um caso difícil que certamente exigirá uma justificação externa pelo órgão que tem o dever de resolver o problema. E, na linha das observações acima, justamente nesses casos, que são os mais importantes e polêmicos em face dos interesses em jogo, a razão se torna insuficiente?

Com relação aos casos jurídicos que envolvem conflitos entre particulares e a administração em face da utilização, por esta, de seu poder de polícia, quase sempre o julgador fica diante de uma situação de difícil solução, nos moldes acima exemplificados.

Isso porque invariavelmente as questões travadas nesse campo se enquadram na já clássica antinomia liberdade/segurança, garantias essas que no Brasil (e em várias outras nações) estão asseguradas em nível constitucional.

Com efeito, enquanto que, por um lado, a liberdade (que tem como pressuposto o direito de propriedade) é algo expressamente reconhecido como garantia fundamental dos cidadãos, por outro lado a segurança — elemento essencial da vida em sociedade — implica a restrição do exercício da liberdade, sobretudo com relação à forma como a propriedade é utilizada.

O meio por excelência através do qual o Estado procura garantir a segurança de seus súditos é mediante a regulação das atividades privadas, o que se dá, na prática, principalmente mediante o exercício do denominado poder de polícia, cuja conceituação e limites serão abordados sucintamente no desenvolver do presente trabalho.

### Poder de Polícia e suas Limitações

A partir do exposto na introdução, vê-se que o fundamento principal da ação de polícia — que é o modo pelo qual o poder de polícia é exercido — é assegurar a convivência pacífica de todos os cidadãos.

Interessante salientar que a conceituação do poder de polícia por vários autores, tanto nacionais quanto estrangeiros, não oferece muitas discrepâncias de conteúdo — sendo raras as exceções (das quais se falará adiante) — valendo iniciar pela definição legal contida no artigo 78 da Lei Federal nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 (Código Tributário Nacional):

“Art. 78. Considera-se poder de polícia 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. Parágrafo único. Considera-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.”

Embora o texto esteja regulado no âmbito tributário, o dispositivo é aplicável ao exercício do poder de polícia pela administração em todos os âmbitos.

Para Hely Lopes Meirelles “poder de polícia é a faculdade de que dispõe a Administração Pública para condicionar e restringir o uso e gozo de bens, atividades e direitos individuais, em benefício da coletividade e do próprio Estado”<sup>1</sup>.

Meirelles distingue três formas de exercício do poder de polícia: a polícia administrativa, a polícia judiciária e a polícia de manutenção da ordem pública, sendo que “a polícia administrativa incide sobre os bens, direitos e atividades, ao passo que as outras atuam sobre as pessoas, individualmente ou indiscriminadamente. A polícia administrativa é inerente e se difunde por toda a Administração Pública, enquanto que as demais são privativas de determinados órgãos (polícias civis) ou corporações (polícias militares).”<sup>2</sup>

A distinção acima mencionada é acatada pela jurisprudência brasileira, que assim tem entendido:

“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 (arts. 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.”<sup>3</sup>

Antes de prosseguir, vejamos ainda mais algumas definições de poder de polícia:

“O poder de polícia (*police power*), em seu sentido amplo, compreende um sistema total de regulamentação interna, pelo qual o Estado busca não só preservar a ordem pública, senão também estabelecer para a vida de relações dos cidadãos aquelas regras de boa conduta e de boa vizinhança que se supõem necessárias para evitar conflito de direitos e para garantir a cada um o gozo ininterrupto de seu próprio direito, até onde for razoavelmente compatível com o direito dos demais” (COOLEY).

“O poder de polícia é, em suma, o conjunto de atribuições concedidas à Administração para disciplinar e restringir, em favor do interesse público adequado, direitos e liberdades individuais” (CAIO TÁCITO).

“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” (DE PLÁCIDO E SILVA).

“Polícia administrativa é a atividade administrativa, exercida sob a previsão legal, com fundamento numa supremacia geral da Administração, e que tem por objeto ou reconhecer os confins dos direitos, através de um processo, meramente interpretativo, quando derivada de uma competência vinculada, ou delinear os contornos dos direitos, assegurados no sistema normativo, quando resultante de uma competência discricionária, a fim de

---

<sup>1</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. **O poder de polícia, o desenvolvimento e a segurança nacional.** in *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro: FGV, vol. 125, JUL/SET 1976, págs. 1 a 14.

<sup>2</sup> op. cit. pág. 2.

<sup>3</sup> Ac. un. da 1ª Câm. Cív. do TJSP, na ap. cív. 128.875-1-SP, j. 26.2.91, in *Jurisprudência do Tribunal de Justiça, São Paulo: LEX, ano 27, AGO.93, vol. 147, págs. 137 a 142.*

adequá-los aos demais valores albergados no mesmo sistema, impondo aos administrados uma obrigação de não fazer" (CLÓVIS BEZNOS).

Pode-se dizer a partir dos conceitos expostos acima, que o que se procura, em última análise, é o equilíbrio entre a fruição dos direitos de cada um e os interesses da coletividade, em favor do bem comum, ou, em outras palavras, busca-se a harmonia necessária para assegurar a coexistência da liberdade individual e o Poder Público, coexistência essa que torna necessário o respeito à referida liberdade, porém assegurando a ordem social.

Em síntese, o que todos os teóricos assinalam uniformemente, afirma Meirelles, "é a faculdade que tem a administração Pública de ditar e executar medidas restritivas do direito individual em benefício do bem-estar da coletividade e da preservação do próprio Estado"<sup>4</sup>.

O poder de polícia, que tem como razão o interesse social e como fundamento a supremacia geral exercida pelo Estado em seu território, opõe condicionamentos e restrições a direitos individuais em favor da coletividade, restrições essas realizadas pelo Poder Público mediante o seu policiamento administrativo, o que se dá, por exemplo, nos casos elencados no artigo 78 do Código Tributário Nacional (transcrito acima).

"Onde houver interesse relevante da coletividade ou do próprio Estado, haverá, correlatamente, igual poder de polícia administrativa para a proteção desses interesses. **É a regra sem exceção**"<sup>5</sup>, diz Meirelles.

Pode-se dizer que o poder de polícia tem atributos específicos e peculiares, quais sejam a discricionariedade, a auto-executoriedade e a coercibilidade.

O tema da discricionariedade está longe de ser pacificado e, também no que tange ao poder de polícia esse atributo é bastante discutido, talvez até se possa dizer que é o ponto em que surgem as discrepâncias doutrinárias mencionadas acima.

Neste sentido destaca-se o pensamento de Augustín A. Gordillo, que entre nós é seguido por Lúccia Valle Figueiredo. Segundo este autor o termo poder de polícia é ambíguo e só fazia sentido no passado, quando estava ligado à idéia de limitações ou restrições à liberdade e à propriedade.

Atualmente, no entanto, não haveria uma utilidade prática em se falar em poder de polícia, sobretudo porque aquela idéia de exercício do poder de polícia implicando tão-só uma obrigação/atividade de não fazer não se coaduna com a atividade da Administração Pública:

"De imediato, é de lembrar que o aditamento de 'poder' é equivocado porquanto o poder estatal é um só, e já se viu que a chamada divisão de três 'poderes' consiste, por um lado, em uma divisão de 'funções' (funções legislativa, administrativa, jurisdicional), e por outro em uma separação de órgãos (órgãos legislativo, administrativo e jurisdicional). Em tal sentido o 'poder de polícia' não seria em absoluto um órgão do Estado, mas na verdade uma espécie de faculdade ou melhor uma parte de alguma das funções mencionadas."

O pensamento acima, muito embora tenha o mérito de derrubar aquela noção antiga de que o poder de polícia referia-se tão só à atividade de não fazer<sup>6</sup>, deixa de ser útil quando tenta inserir a atividade de polícia somente como algo factual subsumível às funções e órgãos do Estado.

---

<sup>4</sup> op. cit. pág. 3.

<sup>5</sup> op. cit. pág. 5, grifo nosso.

<sup>6</sup> "E que a atividade policial seja somente proibitiva é uma concepção sem uso, atualmente: as obrigações de fazer instalações de segurança contra acidentes, de primeiros auxílios, etc.; a obrigação de vacinar-se, de pôr silenciadores nos escapamentos de veículos, de construir muros, de expor ao público listas de preços, de colocar no comércio chapas com identificação do ramo e do proprietário, de uso de aventais, etc. são todas obrigações policiais positivas e não meras proibições. Logo, também desapareceu esta característica de polícia."

Isso porque, em especial no que tange ao atributo da discricionariedade, que "se traduz na livre escolha, pela Administração, da oportunidade e conveniência de exercer o poder de polícia, bem como de aplicar as sanções e empregar os meios conducentes a atingir o fim colimado, que é a proteção de algum interesse público"<sup>7</sup>, vê-se que a noção de poder de polícia como um campo distinto de estudo, que contém peculiaridades próprias, não pode ser abandonado pelas razões sustentadas por Gordillo.

Por fim vale dizer que as condições de validade dos atos de polícia seguem as mesmas regras do ato administrativo (competência, finalidade e forma) acrescentadas de mais dois requisitos: a proporcionalidade da sanção e a legalidade dos meios empregados pela Administração.

### **Conclusão**

De tudo o que foi visto, é possível concluir que a idéia de polícia, dada a sua importância no papel de assegurar e garantir a ordem pública, é inseparável da idéia de Estado, pois "numa sociedade há de se 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"<sup>8</sup>.

---

<sup>7</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. **O poder de polícia, o desenvolvimento e a segurança nacional.** in *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro: FGV, vol. 125, JUL/SET 1976, pág. 6.

<sup>8</sup> LAZZARINI, Álvaro. **Limites do poder de polícia.** in *Direito administrativo na década de 90: estudos em homenagem ao prof. J. Cretella Junior*, coord. por ARAÚJO, Edmar Netto de; TELLES, Antonio A. Queiroz, São Paulo: RT, 1997, págs. 193 a 211.