

LIMITES DO PODER DE POLÍCIA

Alvaro Lazzarini ()*

SUMÁRIO: 1. Introdução 2. Ordem Pública e Segurança Pública 3. Polícia, Poder *de* Polícia e Poder *da* Polícia 4. Bem comum e Polícia 5. Polícia Administrativa e Polícia Judiciária 6. Polícia de Manutenção da Ordem Pública e Polícia de Segurança Pública 7. Limites do Poder de Polícia 8. Conclusões.

1. INTRODUÇÃO

Conhecida e consagrada em nosso Direito é a velha fórmula de que o direito de cada um cessa onde começa o de seu vizinho.

Bem por isso avulta conhecer um dos mais importantes, senão o importantíssimo capítulo do Direito Administrativo, como alude Marcelo Caetano ("Princípios Fundamentais do Direito Administrativo", 1977, Forense, pág. 335), que é o "Poder de Polícia".

Conhecendo nos seus detalhes mais importantes, em verdade, Administração e administrado ficam em condições de saber os seus limites, ou seja, a Administração terá condições de aquilatar até onde poderá exercitar esse 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".

Lembre-se que mestre José Cretella Júnior, um dos maiores estudiosos do assunto em sua extensa obra e a quem dedicamos este trabalho, demonstra que o "Poder de Polícia" não é ilimitado, não é carta branca para a Administração Pública fazer ou deixar de fazer algo. Ele encontra barreiras ou limites que não podem ser ultrapassados, que abrigam as atividades humanas, protegendo-as dos desmandos dos governantes. Essas barreiras ou limites são de três ordens, a saber: 1) os direitos dos cidadãos;

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

2) as prerrogativas individuais; 3) as liberdades públicas garantidas pelas Constituições e pelas leis ("Lições de Direito Administrativo", José Bushatsky Editor, 2.º ed., 1972, n.º 205, pág. 229).

2. ORDEM PÚBLICA E SEGURANÇA PÚBLICA

Em um estudo sobre o "Poder de Polícia", antes mesmo de buscar o seu conceito, mister se torna examinar algo que lhe diz muito de perto que é a "ordem pública", como também um aspecto desta que é a "segurança pública".

Jean Rivero, por exemplo, 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 é o que rege a polícia administrativa, malgrado ponto de vista em contrário de ilustres publicistas (Jean Rivero, "Direito Administrativo", tradução de Rogério Ehrhardt Soares, Livraria Almedina, Coimbra, Portugal, 1981, pág. 480).

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 (Supremo Tribunal Federal, recurso extraordinário n.º 14.658, de São Paulo, "Revista dos Tribunais", v. 219, pág. 581). A noção de "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 (Supremo Tribunal Federal, acórdão na sentença estrangeira n.º 1.023, da Suíça, "Revista dos Tribunais", v. 148, pág. 771).

Atento às lições de Waline, Rivero, Paul Bernard e Vedel, José Cretella Júnior, também, 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. Bem por isso, e dizendo que a noção de "ordem pública" é básica em direito administrativo, sustenta que 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. A "ordem pública", finaliza, reveste-se também de aspectos econômicos (luta contra monopólios, açambarcamento e a carestia) e, ainda, estéticos (proteção de lugares e de monumentos) ("Dicionário de Direito Administrativo", 3.ª ed., 1978, Forense, verbete "Ordem Pública", pág. 370).

Louis Rolland, ao cuidar da política administrativa, partindo de textos legais, disse ter a polícia por objeto assegurar a boa ordem, isto

é, a tranqüilidade pública, a segurança pública, a salubridade pública, concluindo por asseverar que, assegurar a ordem pública é, em suma, assegurar essas três coisas, pois, a ordem pública é tudo aquilo, nada mais do que aquilo (“Précis de Droit Administratif”, 9.^a ed., 1947, Librairie Dalloz, Paris, França, pág. 399).

Blaise Knapp, por sua vez, assevera que a ordem pública compreende a ordem pública propriamente dita, a saúde, a segurança, a moralidade e a tranqüilidade públicas, assim como a boa fé nos negócios. E, em seguida, acrescenta que a ordem pública propriamente dita é a ausência de desordem, de atos de violência contra as pessoas, os bens ou o próprio Estado (“Précis de Droit Administratif”, Editions Helbing & Lichtenhahn, Bâle et Francfort-sur-le-Main, 1980, pág. 20).

Por fim, e para não nos alongarmos ainda mais, deve ser colacionado que Paul Bernard, na sua clássica “La notion d’ordre public en Droit Administratif”, atesta ser tradicional o entendimento de que a ordem pública é a ausência de agitações, ausência de desordens (“l’absence de troubles”), noção essa que, aliás, como adverte, está se alargando, como parece consagrar a jurisprudência à vista dos três elementos citados por Louis Rolland e retro indicados (obra citada, ed. de 1962, Librarie Générale de Droit et de Jurisprudence, R. Pichon et R. Durand-Auzias, Paris, França, págs. 12 e 25).

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

Mas, se vaga é a noção de “ordem pública”, não menos é a de “segurança pública”.

A Escola Superior de Guerra do Brasil, por exemplo, diz ser a destinação principal da “segurança pública” a garantia proporcionada à Nação no que diz respeito às Seguranças Individual e Comunitária, sintetizando, após, no sentido de que “Segurança Pública é a garantia que o Estado proporciona à Nação a fim de assegurar a Ordem Pública” (Escola Superior de Guerra, “Manual Básico”, Rio de Janeiro, Ed. ESG, 1986, pág. 194).

Fiel à lição de Paul Bernard, temos entendido ser a “segurança pública” um aspecto da “ordem pública”, ao lado dos dois outros indicados por Louis Rolland, ou seja, da tranqüilidade e da salubridade públicas. Com tal sentir não concorda Diogo de Figueiredo Moreira Neto, como expressamente o diz no seu excelente trabalho apresentado ao III Congresso Brasileiro de Polícias Militares, realizado em fevereiro de 1987, em Belo Horizonte, quando discorreu sobre a “Revisão Doutrinária dos conceitos de ordem pública e segurança pública”. Disse na oportunidade não ser “segurança pública” um aspecto da ordem pública, como entendeu Paul Bernard, mas sua *garantia*. Tampouco, a “segurança pública”, no seu entender, pode ser uma “ordem pública” mais reduzida, no que disse discordar da nossa posição assumida no artigo “Polícia de Manutenção da Ordem Pública e a Justiça”, que publicamos, com outros ilustres adminis-

trativistas, dentre os quais o próprio Diogo de Figueiredo Moreira Neto e José Cretella Júnior, na obra "Direito Administrativo da Ordem Pública" (Forense, Rio de Janeiro, 1986, 1.^a ed., pág. 17).

É do entender de Diogo de Figueiredo Moreira Neto que a relação entre "ordem pública" e "segurança pública" não é de todo para parte, nem de continente para conteúdo, mas de "efeito para causa", concluindo, então, que "Segurança Pública é o conjunto de processos, políticos e jurídicos, destinados a garantir a Ordem Pública", sendo esta o objeto daquela (trabalho citado, "Polícia Militar e Constituição", Ed. Barvalle, Belo Horizonte, 1987, pág. 49).

Nisso não temos, em verdade, dissidência. A "ordem pública" é efeito da causa "segurança pública", como também, acrescentamos, é efeito da causa tranquilidade pública ou, ainda, é efeito da causa salubridade pública. Em outras palavras, cada um desses aspectos que Louis Rolland disse serem aspectos da ordem pública e teve o apoio de Paul Bernard, cada um deles, reptimos, é por si só causa do efeito ordem pública, cada um deles tem por objeto assegurar a ordem pública.

A nossa colocação do que seja "segurança pública" está restrita àquilo que Mário Pessoa diz ser "o estado antidelitual, que resulta da observância dos preceitos tutelados pelos códigos penais comuns e pela lei das contravenções", com ações de polícia repressiva ou preventiva típica ("O Direito da Segurança Nacional", Biblioteca do Exército e Revista dos Tribunais/Editores, 1971, São Paulo, págs. 7 e seguintes). Em outras palavras, e no dizer de De Plácido e Silva, "segurança pública" é o afastamento, 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 do cidadão, limitando as liberdades individuais, estabelecendo que a liberdade de cada cidadão, mesmo em fazer aquilo que a lei não lhe veda, não pode ir além da liberdade assegurada aos demais, ofendendo-a ("Vocabulário Jurídico", v. IV, 1.^a ed., 1963, Forense, verbete "Segurança Pública", pág. 1.417).

3. POLÍCIA, PODER DE POLÍCIA E PODER DA POLÍCIA

Como focalizado, quem assegura a "ordem pública" e, em especial, a "segurança pública" é a "polícia". E a idéia de "polícia" é inseparável da idéia de Estado, como assevera José Cretella Júnior, invocando Rafael Bielsa ("Conceituação do Poder de Polícia", "Revista do Advogado", Associação dos Advogados de São Paulo, n.º 17, abril/1985, pág. 53).

E no estudar "Polícia" não se pode prescindir do estudo do "Poder de Polícia" e 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 (“Vocabulário Jurídico”, ed. cit., v. III, verbete “Polícia”, pág. 1.174).

O que é, porém, importante é o que nos ensina José Cretella Júnior ao dizer 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 a força organizada, limitar as atividades nefastas dos cidadãos. Usando a linguagem aristotélica-tomista — continua mestre Cretella Júnior — podemos dizer que o *poder de polícia* é uma potencialidade, é algo em potência, ao passo que a *polícia* é uma realidade, é algo em ato. O poder de polícia legitima a ação da polícia e sua própria existência” (“Lições de Direito Administrativo”, pág. 229).

E José Cretella Júnior, 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”. Por sua vez, o “Poder da polícia é a possibilidade atuante da polícia, é a polícia quando age. Numa expressão maior, que abrigasse as designações que estamos esclarecendo, diríamos: em virtude do poder de polícia, o poder da *polícia* é empregado pela polícia a fim de assegurar o bem-estar público ameaçado” — (“Tratado de Direito Administrativo”, v. V, Polícia Administrativa, 1.ª ed., 1968, Forense, pág. 51).

4. BEM COMUM E POLICIA

É cediço que a idéia de Estado é inseparável da idéia de Polícia e que o fundamento da ação de polícia é o Poder de Polícia.

Numa sociedade policiada, como se dizia em português clássico e o afirma Marcelo Caetano, (“Princípios Fundamentais do Direito Administrativo”, 1977, Forense, Rio de Janeiro, pág. 335), 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.

E, realmente, assim deve ser, porque, a busca do *bem comum* é missão primordial do Estado e de ninguém mais do que o 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 (“Lições de Direito Administrativo”, ed. cit., pág. 227).

Daí por que a Polícia tem importância capital na realização do *bem comum*, cuja doutrina é destacada da Doutrina Social da Igreja. Agustín A. Gordillo, cuidando das relações da *Polícia* com o *bem comum*, observa que “promoción del bien común y prevención de peligros e perturbaciones que afectan al bien común no son, pues, términos disímiles ni mucho menos antitéticos: ambos significan exactamente lo mismo; el carácter que se imputa a la policía no tiene, pues, sentido”, porque, “al prevenir o reprimir, también (a *Polícia*) promueve el bien común” (“Estudios de Derecho Administrativo”, Editora Perrot, Buenos Aires, 1963, págs. 17 e 30).

Para preservar o *bem comum*, em verdade, o Estado deve ter a sua *Polícia*, que não cogitará, tão-só, da *sua segurança* ou da *segurança da comunidade*, como um todo, mas sim, e de modo especial, da proteção, da garantia da *segurança de cada pessoa*, abrangendo o que se denomina de *segurança pública* o sentido coletivo e o sentido individual da proteção do Estado.

Daí dizermos que o *Poder de Polícia*, que legitima o *poder da polícia* e a própria razão desta existir, é um conjunto de atribuições da Administração Pública, como poder público e indelegáveis aos particulares, 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.

5. POLÍCIA ADMINISTRATIVA E POLÍCIA JUDICIÁRIA

Essa dicotomia tem gerado confusões no legislador e disputa entre duas instituições policiais, ou seja, entre a denominada *Polícia Civil* e a *Polícia Militar*. Por isso não é demais insistir no que seja *policia administrativa* e a *policia judiciária*, principalmente, ao tratar-se dos *limites do poder de policia*.

Embora tanto uma como a outra sejam exteriorização de atividade tipicamente administrativa, ao certo a *policia administrativa* é regida pelos princípios jurídicos do Direito Administrativo e incide sobre bens, direitos ou atividades, enquanto a *policia judiciária* é regida pelas normas de Direito Processual Penal e incide sobre as pessoas.

Dissemos anteriormente (“Direito Administrativo da Ordem Pública” ed. cit., p. 36) ser *preventiva* a *policia administrativa*, sendo *repressiva* a *policia judiciária*. A primeira desenvolve a sua atividade, procurando evitar a ocorrência do ilícito e daí ser denominada *preventiva*. A segunda é repressiva, porque, atua após a eclosão do ilícito penal, funcionando apenas como *auxiliar* do Poder Judiciário na repressão criminal. Inexistindo ilícito penal, como o demonstra Diogo de Figueiredo Moreira Neto, pode ocorrer a *repressão administrativa*, quando rompida a boa ordem por uma atividade irrefreada do ser humano. Essa *repressão*, então, será atividade de *policia administrativa*, pois, a Administração Pública tem a tutela imediata da ordem pública que, uma vez perturbada em uma avaliação discricionária, gera um procedimento *de fato* ou procedimento administrativo que tem por objeto a eliminação dessa perturbação, discricionariamente considerada (“Curso de Direito

Administrativo”, 4.^a ed., 1983, Forense, pág. 280; idem quadro inédito sobre “Atividade Repressiva do Estado”, 1985).

Mas, o mesmo órgão policial pode ser eclético, porque, age *preventiva* e *repressivamente*. Explicando melhor, o mesmo órgão policial que está exercendo *atividade de polícia preventiva* (polícia *administrativa*), automática e imediatamente, passa ao exercício da *atividade de polícia repressiva* (polícia *judiciária*), porque ocorreu o ilícito penal, que não conseguiu evitar.

Isso está a demonstrar que a *linha de diferenciação* entre o que seja polícia *administrativa* e polícia *judiciária* é bem precisa, porque sempre será a ocorrência ou não de um ilícito penal.

Bem por isso, como já sustentamos no citado “Direito Administrativo da Ordem Pública” ao discorrermos sobre “Polícia de Manutenção da Ordem Pública e a Justiça” (ed. cit., pág. 37), a qualificação do órgão policial em civil ou militar não implica necessariamente no exercício de atividade de polícia *judiciária* ou atividade de polícia *administrativa*. Ainda, não será o título universitário do agente público que pode qualificar a atividade policial desenvolvida. O que a qualificará em polícia *administrativa* ou polícia *judiciária* (isto é, *preventiva* ou *repressiva*) será, e isto sempre, a *atividade de polícia* desenvolvida em si mesma.

Outra, aliás, não é a lição de Jean Rivero, que observa não ser conveniente entenderem-se as noções de *prevenção* e *repressão* num sentido demasiado restrito, insistindo que a polícia *judiciária* não tem uma missão diretamente repressiva, pois, só prepara a repressão penal, sendo que, quanto à polícia *administrativa*, a sua ação prossegue, para restabelecer a ordem, depois de se terem verificado os desordens que quer evitar. Na prática, continua o mestre francês, a distinção é muitas vezes delicada, desde logo por causa de uma certa *identidade de pessoal*. Na realidade do dia a dia, ora estão estreitamente confundidas, como, no exemplo, do agente que dirige o trânsito, ao aplicar uma multa, passa da polícia *administrativa* para a polícia *judiciária*, o mesmo acontecendo com a polícia de viação, consoante socorra um automobilista em dificuldade ou proceda à verificação de um acidente (Jean Rivero, “Direito Administrativo”, tradução e ed. cits., pág. 479).

No mesmo sentido os ensinamentos de André de Laubadère, quando trata de diferenciar a polícia *administrativa* da polícia *judiciária* e exemplifica com a situação de o agente de polícia estabelecer a mão única de direção de veículos em uma rua e a dele próprio verificar a infração que um automobilista pratica ao circular no sentido proibido. Na primeira hipótese, ele realizou atividade de polícia *administrativa*; na segunda, ele participou de atividade de polícia *judiciária*, diante da infração cometida. E conclui que, na realidade das coisas, a distinção não é simples, porque, a operação em causa guarda a sua própria natureza, independentemente de seu autor e também por certos funcionários e autoridades possuem dupla qualidade e agem tanto na qualidade de autoridade administrativa, como ainda na qualidade de oficial de polícia *judiciária* (André de Laubadère, “Manual de Droit Administratif Spécial”, Presses Universitaires de France, Paris, 1977, pág. 86/87).

Insistimos, assim, não ser o órgão público que deve qualificar a atividade de polícia como sendo de polícia *administrativa* ou de polícia *judiciária*. O mesmo órgão público exercerá polícia *administrativa* ou polícia *judiciária*, diante da atividade de polícia em si mesma desenvolvida. Antes do ilícito penal, na *atividade preventiva*, estará exercendo polícia *administrativa*; com o insucesso da prevenção, ocorrendo o ilícito penal, passará a exercer polícia *judiciária*, passando a atuar nos moldes previstos na legislação processual penal para o sucesso da persecução criminal, como *auxiliar* do Poder Judiciário, isto é, da Justiça Criminal.

6. POLÍCIA DE MANUTENÇÃO DA ORDEM PÚBLICA E POLÍCIA DE SEGURANÇA PÚBLICA

Hely Lopes Meirelles, em recentes edições do seu “Direito Administrativo Brasileiro”, a par da polícia *administrativa* e da polícia *judiciária*, disse existir, também, uma polícia *de manutenção da ordem pública*, salientando que “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)” (obra citada, 11.^a ed., 1985, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, pág. 92).

Disso dissentimos, pois, como acima exposto, não é o órgão público, e a corporação policial militar é um órgão público, a exemplo da polícia civil, que qualifica a atividade de polícia. O que deve qualificá-la, reiteramos, é a atividade de polícia em si mesma desenvolvida.

Isso reconheceu Hely Lopes Meirelles ao escrever sobre “Polícia de Manutenção da Ordem Pública e suas Atribuições”, tema que lhe coube e consta do “Direito Administrativo da Ordem Pública” (ed. cit., pág. 154). Reconheceu, com efeito, que as Polícias Militares brasileiras têm dignidade constitucional, sendo a sua missão mais importante a de “manutenção da ordem pública”, em policiamento ostensivo, com elementos fardados que, pela sua presença, como força dissuasiva, *previne* ou *reprime* movimentos perturbadores da tranquilidade pública, desempenhando função de polícia *judiciária*, quando na *perseguição* e *detenção de criminosos*, apresentando-os à Polícia Civil, para o devido inquérito a ser remetido, oportunamente, à Justiça Criminal. Nessas missões, continua, a Polícia Militar pratica atos discricionários, de execução imediata, determinados pela *autoridade competente*, que, em tais casos, será o comandante da unidade ou o oficial designado para essa missão. Daí dizer que a *polícia de manutenção da ordem pública* é a que se destina a impedir os atos individuais ou coletivos que atentem contra a segurança interna, as atividades lícitas, os bens públicos ou particulares, a saúde e o bem-estar das populações e a vida dos cidadãos, mantendo a situação de garantia e normalidade que o Estado assegura, ou deva assegurar, a todos os membros da sociedade.

Carlos Siqueira Netto sustentou que a chamada *Polícia de Manutenção da Ordem Pública* incide sobre pessoas, sendo privativa de certas corporações (Polícias Militares), havendo, muitas vezes, confusão de funções, *polícia*

judiciária e manutenção da ordem pública, nos mesmos órgãos, integrando, em distinção didática, a *Polícia de Segurança*, nitidamente administrativa (Conferência na Escola Superior de Guerra — ESG, em 26 de junho de 1978, Rio de Janeiro, “Convívium”, Ano XVII, 1978, v. 21, pág. 596). Diogo de Figueiredo Moreira Neto, por sua vez, com precisão, diz distinguir-se “uma Polícia Administrativa no sentido estrito, da Polícia de Segurança, ramo especificamente voltado à prevenção da criminalidade e perseguição dos delinqüentes. Observa-se, assim, que a Polícia de Segurança se exerce predominantemente sobre as *pessoas*, relacionada de modo especial com a *liberdade de ir e vir*, enquanto a Polícia Administrativa, em geral, atua em todos os demais campos e disciplina todas as demais manifestações de liberdade e direitos individuais” (“Curso de Direito Administrativo”, ed. cit., pág. 279).

A distinção, ao certo, é dificultosa, como atesta Themistocles Brandão Cavalcanti (“Tratado de Direito Administrativo”, v. III, 5.^a ed., 1964, Livraria Freitas Bastos S.A., Rio de Janeiro/São Paulo, pág. 10). José Cretella Júnior, aliás, assegura que “fixar o conceito de *polícia de segurança* é tarefa das mais discutidas e incertas (Ranelletti, Oreste, “La polizia di sicurezza”, “apud” Orlando, F. 18 “Primo trattato”, volume 4, Parte 1, página 299), aumentando as dificuldades quando se procura cotejá-la com a *polícia administrativa*, “lato sensu”, já mencionada. Ao passo que a *polícia administrativa*, que é gênero, se refere à *noção de ordem pública*, visando à *manutenção desta ordem*, independentemente da repressão das infrações (Vedel, “Droit Administratif”, 3. ed., 1964, pág. 566). Uma das espécies desse gênero, a “*polícia de segurança*”, ramificação da *polícia administrativa*, equipara-se a uma tutela dos *direitos individuais*, em oposição à tutela dos bens ou coisas, objeto de outra espécie de polícia (Guimarães Menegale, “Direito Administrativo e Ciência da Administração”, 3. ed., 1957, pág. 543), agindo contra todos os fatos que ameaçam a vida, a liberdade, a propriedade, assegurando aos súditos posição de equilíbrio diante de todo ataque violento e ilícito à pessoa, à honra, aos direitos, ao patrimônio; garantindo tanto a existência do Estado quanto a ordem pública e a segurança geral das pessoas e da propriedade dos cidadãos (Ranelletti, op. cit., pág. 301). Em suma — conclui mestre Cretella Júnior —, a *polícia de segurança* tem por objeto prevenir a criminalidade em relação à incolumidade pessoal, à propriedade, à tranquilidade pública e social. Nela se incluem a polícia de roubos, a de estrangeiros, a do exercício de profissões (José Cretella Júnior, “Enciclopédia Saraiva do Direito”, v. 59, Edição Saraiva, 1981, verbete “Polícia Administrativa”, pág. 183/185).

Esse o conceito de *polícia de segurança* que aceitamos, recordando o que dissemos no infra n.º 2 a propósito de “ordem pública” e “segurança pública”, oportunidade na qual consideramos “segurança pública” como um estado antidelitual que é aspecto do conceito maior de “ordem pública”. A *polícia de segurança*, bem por isso, tem por objeto prevenir a criminalidade nos moldes apresentados por José Cretella Júnior e acima transcritos.

Por sua vez, Carlos Consonni Folcieri, no verbete “Polícia Judiciária” que escreveu para o “Novíssimo Digesto Italiano”, distingue-a da *Polícia de*

Segurança, porque, no seu dizer autorizado, “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 quantas 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 segurança geral, da moralidade pública, da paz e da tranqüilidade social; considerada a sua importância preponderante entre 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*)” (obra cit., v. XIII, verbete “Polícia Judiciária”, tradução do Desembargador Geraldo Amaral Arruda, “Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo”, Lex Editora S.A., v. 89, pág. 34/37).

Dissemos anteriormente que a *polícia judiciária* é a atividade policial que se desenvolve após a eclosão da infração penal, com o objetivo de *auxiliar a Justiça Criminal*, na atividade-fim desta, ou seja, na aplicação da lei penal. Daí o acerto de Carlo Consonni Folcieri quando, para distinguir a *polícia judiciária* da *polícia de segurança*, sustenta que esta tem por objeto uma atribuição complexa geral e opera com 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*, 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 da *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 emanção dela, indiscutivelmente coordenada à esfera jurisdicional. Todavia, várias considerações de ordem geral induzem a excluir que a atividade que ela desenvolve tenha natureza jurisdicional, em desconformidade com a opinião de alguns autores, e registrar, ao invés, que tem natureza processual porque disciplinada pelo Código Processual Penal, controlada pela autoridade judiciária e dirigida a fornecer a esta um primeiro material de averiguação e de exame (Carlo Consonni Folcieri, obra, tradução e publicação cit.).

Por não compreender só a *polícia de segurança*, que é exercida pelas autoridades de segurança pública e está a garantir a preservação da ordem pública, sustenta Aldo M. Sandulli ser a *polícia de segurança* nada

mais do que uma parte da *polícia administrativa* (“La polizia di sicurezza non è che una parte della polizia amministrativa”. “La polizia amministrativa non comprende dunque soltanto la polizia di sicurezza — que è quellà esercitata dall’autorità di pubblica sicurezza ed è volta a garantire la preservaçãoe dell’ordine pubblico, e cioè dell’ordine sociale così come risulta fissato dal diritto ...” (Aldo M. Sandulli, “Manuale di Diritto Amministrativo”, XII ed., 1974, Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, Napoli, Italia, p. 675).

No nosso entender, já reproduzido na obra “Direito Administrativo da Ordem Pública” (ed. cit., p. 50), a denominada *polícia de manutenção da ordem pública*, de que faz parte a polícia de segurança pública, é exteriorização da *polícia administrativa* na exata medida em que *previne* a desordem, mantendo a ordem pública nas suas múltiplas facetas e procurando evitar a prática delituosa em sentido amplo (crimes e contravenções penais), no que se exercita a atividade de *polícia de segurança pública*. É, também, exteriorização de *polícia judiciária*, quando cuida da repressão delitual, como *auxiliar* da Justiça Criminal, sob a regência das normas de Direito Processual Penal e, assim, controlada e fiscalizada pela autoridade judiciária competente, a quem, sem que tenha natureza jurisdicional a sua atividade, deve fornecer um primeiro material de averiguação e exame.

7. LIMITES DO PODER DE POLÍCIA

Podemos, agora, cuidar da temática a que se refere o título deste trabalho, ou seja, das barreiras ao Poder de Polícia.

Dissemos que o exercício do Poder de Polícia deve buscar os ideais do *bem comum*, isto é, deve ter em vista, e sempre, o seu supremo objetivo de fazer concretizar o *bem comum* da coletividade administrada. Para tanto, em outros países como a Suíça por exemplo, admite-se, excepcionalmente, a não submissão do *ato de polícia* ao *princípio da legalidade*. Nesse sentido Blaise Knapp lembra que “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 la 312 *Rassemblement jurassien et Unité jurassienne*), le Tribunal Fédéral admet que l’autorité exécutive prenne des décisions ou des mesures, voire même adopte des règlements, même sans base légale ou constitutionnelle expresse, pour protéger l’ordre public contre telles atteintes qui compromettent la réalisation d’une tâche étatique fondamentale” em se fondant sur la clause générale de police” obra e edição cit., n.º 88, p. 21).

Mas, pelo óbvio, o Poder de Polícia não é ilimitado, não é carta branca para a Administração Pública fazer ou deixar de fazer alguma coisa. Ele encontra barreiras ou limites intransponíveis, que abrigam as atividades humanas, protegendo-as contra os desmandos dos governantes, barreiras ou limites esses que são de três ordens, no dizer sempre sábio de José Cretella Júnior: “os direitos dos cidadãos; as prerrogativas individuais; as liberdades

públicas garantidas pelas Constituições e pelas leis” (obra, edição e página cit. no infra n.º 1).

Aliás, o festejado mestre, recentemente, abordando o tormentoso tema dos limites ou barreiras do Poder de Polícia, observou com grande acuidade que o *poder de polícia* deve ser *discricionário*, 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”? (José Cretella Júnior, “Polícia e Poder de Polícia”, “Revista de Direito Administrativo”, v. 162, p. 30).

Essa, na realidade do dia-a-dia, a tormentosa questão com que se defrontam em especial aqueles agentes de polícia que desempenham suas árduas missões na rua, fora do recesso dos gabinetes e dos manuais de Direito Administrativo ou de Direito Processual Penal.

Não resta dúvida, sabem todos, que a ação administrativa de polícia está demarcada pela norma jurídica, está sujeita ao princípio da legalidade, devendo ser respeitados os “direitos do cidadão”, as “prerrogativas individuais” e as “liberdades públicas”, não se confundindo, como nô-lo diz José Cretella Júnior à vista da lição de Vede, *atividades, que consituem meras faculdades*, com as *verdadeiras liberdades públicas* garantidas pela lei, mas *faculdades concedidas* aos cidadãos (“Polícia e Poder de Polícia”, publicação cit., p. 31).

Mas, apesar de toda a dificuldade, deve ficar assentado que o Poder de Polícia deve sofrer limitações, como, por exemplo, as previstas na Constituição Federal vigente e relativas às liberdades pessoais (art. 153, §§ 5.º e 6.º), à manifestação do pensamento e à divulgação pela imprensa art. 153, § 22), ao exercício das profissões (art. 153, § 23), ao direito de reunião (art. 153, § 27), aos direitos políticos (art. 154), à liberdade do comércio (art. 160).

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*. Limita, também, o direito de construir, condicionando-o ao respeito aos regulamentos urbanos e ao direito de vizinhança arts. 554, 572 e 578). O Código de Águas, o Código de Mineração, o Código Florestal, o Código de Caça e Pesca, entre outros estatutos, são, também, exemplos vivos de leis que cominam *restrições de polícia*, com o objetivo de proteger os interesses da coletividade contra os abusos do direito individual, mas, também, impõe à Polícia a limitação do poder que lhe é inerente, o Poder de Polícia.

Por isso lembra Hely Lopes Meirelles que a cada restrição de direito individual — expressa ou implícita na norma legal — corresponde equivalente *Poder de Polícia Administrativa* à Administração Pública, para tomá-la efetiva e fazê-la obedecida. Mas, adverte que, sob a invocação do Poder de Polícia, não pode a autoridade anular as liberdades fundamentais do indivíduo, asseguradas na Constituição. Em verdade, os *limites do Poder de Polícia* são demarcados pelo interesse social em conciliação com os direitos

fundamentais do indivíduo, assegurados na Constituição da República, em especial do art. 153 da vigente. 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 dias e no nosso País predomina a idéia da *relatividade dos direitos*, porque, como 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 consequência, simplesmente relativo” (“O Regime Democrático e o Direito Civil Moderno”, Editora Saraiva, 1937, pág. 233).

Em outras palavras e como consta do infra n.º 1, o direito de cada um vai até onde começa o direito de outrem.

Daí ser correto o raciocínio de José Cretella Júnior quando sustenta 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 do *poder público* repousa 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” (“Polícia e Poder de Polícia”, publicação cit., p. 31/32).

Tudo isso deve ser considerado pelos órgãos superiores, na *fiscalização* dos atos de polícia de seus subordinados, fazendo o controle de sua legalidade e conveniência. Lembre-se que é atributo do Poder de Polícia a *auto-executoriedade* de seus atos, isto é, a desnecessidade de prévia intervenção do Poder Judiciário para autorizar a execução do ato de polícia. Aliás, o Tribunal de Justiça de São Paulo, de modo predominante, tem negado prévio controle da atividade de polícia, quando pedido pela própria Administração Pública. Seu controle é *a posteriori* e desde que provocado pelo destinatário do ato de polícia que com ele se sinta prejudicado. Bem

por isso deve a autoridade administrativa superior, ordinariamente, proceder à *fiscalização preventiva ou sucessiva* sobre os atos do agente de polícia que lhe seja subordinado, coibindo abusos de poder, quer por excesso de poder, quer por desvio de poder.

Se tal inoquer, ou melhor, se por ação ou omissão da autoridade administrativa competente perpetrar-se o abuso de poder, restará então o controle jurisdicional do ato de polícia que ultrapassou os limites do Poder de Polícia, merecendo destaque, por correta que é, a afirmação 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*” (“*Polícia e Poder de Polícia*”, publicação cit., pág. 32).

Em outras palavras, o Poder Judiciário faz o que Cândido Rangel Dinamarco diz ser a “*Justiça do caso concreto*”, ou seja, o Juiz é o artífice da “*Justiça do caso concreto*”, que ele há de construir com mãos habilidosas, tendo a lei como instrumento e os seus sentimentos como fonte de inspiração (“*Julgados dos Tribunais de Alçada Civil de São Paulo*”, Lex Editora S.A., v. 65, pág. 280).

8. CONCLUSÕES

O Poder de Polícia só pode ser exercido pela Administração Pública, enquanto poder público, sendo, bem por isso, indelegável a particulares, sejam eles pessoas naturais ou pessoas jurídicas de direito privado, estando aí limitação ao exercício do Poder de Polícia.

O ato de polícia é ato administrativo. É, regra geral, *ato discricionário*, sujeitando-se, pois, ao *princípio da legalidade*. Não pode, assim, ser *arbitrário*, isto é, desconforme à lei, seja por que motivo for, pena de sujeitar o agente de polícia às sanções legais por *abuso de poder*, quer este ocorra por *excesso* ou *desvio de poder*.

O *Poder de Polícia*, em outras palavras, tem seus limites ou barreiras na legislação em geral que cuide da atividade policiada e, em especial, na Constituição da República.

Cabe à própria Administração Pública, pelos seus órgãos superiores, fiscalizar, preventiva ou sucessivamente, a observância dos limites do Poder de Polícia, exteriorizado no ato de polícia de seus órgãos subordinados, cuidando do controle dos aspectos de legalidade e de sua conveniência quanto aos efeitos.

O prejudicado com o ato de polícia, também, pode pedir ao Poder Judiciário que proceda ao controle jurisdicional do ato de polícia, quando, então, *a posteriori*, fixar-se-ão, em juízo, os limites do Poder de Polícia exercido para o *caso concreto*, sendo o Juiz o artífice da “Justiça do caso concreto”, que ele construirá, tendo a lei como instrumento e os seus sentimentos — ele sente o caso como lhe é levado pelas partes (administrado e Administração Pública) — como fonte de inspiração.

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.