

**ARTIGO: PODER DE POLÍCIA – DIREITO CONSTITUCIONAL-
ATIVIDADE PREVENTIVA E REPRESSIVA - DIREITOS
FUNDAMENTAIS.**

Autores: Carlos Roberto Pegoretti Júnior, Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo/SP. Procurador do Município de Diadema/SP. E-mail do autor: carlospegoretti@ig.com.br.

Sandra Cristina Floriano Pereira de Oliveira Sanches, Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo/SP. Procuradora do Município de Diadema. E-mail da autora: florianosandra@hotmail.com

RESUMO: O termo “Poder de Polícia” foi utilizado pela primeira vez no julgamento da Corte Suprema Norte Americana. Em 1929, nos Estados Unidos, o poder de polícia passou a focar os direitos fundamentais, visando satisfazer o interesse público com atividades de natureza essencialmente preventiva e repressiva. É o Estado Democrático de Direito que fundamenta e instrumentaliza estas atividades. Contudo, vários questionamentos surgiram sobre os princípios e fundamentos constitucionais que norteiam, e inspiram o modo de agir da Administração Pública, e este é o objetivo deste estudo.

PALAVRAS CHAVES: Poder de Polícia – fundamentos – princípios constitucionais.

1. Introdução.

O poder de polícia, no direito brasileiro é a tradução de Police Power, cuja expressão ingressou pela primeira vez na terminologia legal no julgamento da Corte suprema norte-americana, no caso Brown versus Maryland, de 1827; a expressão fazia referência ao poder dos Estados-membros de editar leis limitadoras de direitos, em benefício do interesse coletivo.

A partir da crise de 1929 , nos Estados Unidos, poder de polícia se ampliou para disciplinar atividades econômicas com fundamento no bem estar comum. Desde então, o *poder de polícia* tem sido enfocado como base nos direitos fundamentais, e assim vem sendo tratado contemporaneamente.

O direito brasileiro sofreu influência francesa e alemã, em especial na obra de Aurélio Leal, publicada em 1918, “*Polícia e Poder de Polícia*”. Quando se estuda a técnica de tratamento das liberdades públicas, como sistema preventivo, pretende-se realizar os direitos fundamentais evitando que a liberdade absoluta de um reduza a liberdade de outrem.

DA ATIVIDADE DO PODER DE POLÍCIA PREVENTIVA E REPRESSIVA

A atividade do poder de polícia tem natureza preventiva e repressiva. O Estado desenvolve atividade visando satisfazer necessidades coletivas, evitando que o exercício das liberdades e dos

direitos privados produza lesões a interesses, direitos e bens alheios, públicos ou privados.

No regime de *liberdades públicas* não cabe o exercício anti-social dos direitos fundamentais. O Poder Público não pode, sob o argumento do poder de polícia, anular as liberdades públicas ou aniquilar os direitos fundamentais assegurados na constituição.

Neste sentido, há a distinção entre poderes políticos de poderes administrativos:

(...) o Estado é dotado de poderes políticos exercidos pelo Legislativo, pelo Judiciário e pelo Executivo, no desempenho de suas funções constitucionais, e de poderes administrativos que surgem secundariamente com a Administração e se efetivam de acordo com as exigências do serviço público e com os interesses da comunidade. Assim, enquanto os poderes políticos se identificam com os Poderes de Estado, e só são exercidos pelos respectivos órgãos constitucionais do Governo, os poderes administrativos se difundem por toda a administração e se apresentam como meios de sua atuação. (Meirelles, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1987, p. 92).

De acordo com mestre Hely Lopes Meirelles, o Poder de Polícia é um dos poderes administrativos. Esse poder é exercido pela Administração Pública, portanto um ato administrativo, sobre todas as atividades e bens que afetam ou possam afetar a coletividade. Destarte, o ato se subordina ao ordenamento jurídico que rege as demais atividades da Administração Pública, sujeitando-se ao controle de legalidade pelo Poder Judiciário. Neste sentido:

(...) é o modo de atuar da autoridade administrativa que consiste em intervir no exercício das atividades suscetíveis de fazer perigar interesses gerais, tendo por objetivo evitar que se produzam, ampliem ou generalizem os danos sociais que a lei procura prevenir (...) a prerrogativa do direito público que, calcada na lei, autoriza a

Administração Pública a restringir o uso e gozo da liberdade e da propriedade em favor do interesse da coletividade (CARVALHO FILHO, José dos Santos, manual de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, Lúmen Júris, 2003, p. 61).

É neste diapasão que Moreira Neto trata os princípios de Direito Público.

(...) no Estado Democrático de Direito, não há mais fundamento para sustentar-se o antigo princípio da supremacia do interesse público, que partia da existência de uma hierarquia automática entre as categorias de interesses públicos e privados. (...) quaisquer interesses só podem estar subordinados ou supraordinados, uns aos outros, conforme o disponha a lei. (Moreira Neto, Diogo de Figueiredo. Curso de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, Forense, 2005, p.87).

Resta evidente que o Estado Democrático de Direito é o instrumento mais importante para a realização dos interesses públicos. De acordo com o parágrafo primeiro do artigo 1º da Constituição Federal *Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta constituição.* Desta forma, verificamos que o interesse público é anterior a edição da lei.

“Será portanto, também no pensamento grego, que encontraremos a idéia da existência de um Direito, baseado no mais íntimo da natureza humana, como ser individual ou coletivo. Acreditavam alguns pensadores, que existe um direito natural permanente e eternamente válido, independente de legislação de convenção ou qualquer outro expediente imaginado pelo homem (Liutrento, Oliveiros Lessa, Curso De Filosofia do Direito, RJ, Ed. Rio, 1980, p31)”.

Muitas ideias começaram a ser desenvolvidas quando se questionam se existem princípios superiores válidos para todos os povos ou se a Justiça e o Direito são frutos de regras oriundas da conveniências em sociedade.

Como já aludido, o Estado contemporâneo é fragmentado de interesses. Há pluralidade e contradição entre os interesses dos diferentes integrantes da sociedade. Neste sentido:

“Justamente por isso, nem sequer há um modo prático de descobrir “o” interesse da “maioria” do povo. É que não existem maiorias permanentes, que tenham interesses comuns. Não existe um conjunto homogêneo de interesses privados ao qual se possa atribuir a condição de interesse da maioria. Na sociedade moderna, há uma pluralidade de sujeitos, com interesses contrapostos e distintos.(...) traduzidos nas palavras de cassese, no sentido de que “não existe o interesse público, mas os interesses públicos, no plural” (...) A atividade administrativa do Estado Democrático de Direito (inclui-se naturalmente a atividade ou ato de polícia) subordina-se, então a um critério fundamental que é anterior à supremacia do interesse público. Trata-se da supremacia e indisponibilidade dos direitos fundamentais. JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 43 e 45).

DOS PRINCÍPIOS E FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS

O interesse público converge a um dos principais princípios constitucionais, qual seja Princípio da Finalidade. Desta forma, o Poder de Polícia impõem obrigações positivas e negativas. Viver em sociedade acarreta uma limitação de liberdades, pois a máxima liberdade de um acarreta a redução da liberdade de outro.

Assim, a lei deve satisfazer interesse individual, ou pessoal, sobre o interesse coletivo, pois estaria-se-ia desviando a finalidade pública prevista em lei, sujeitando-se ser responsabilizada por desvio de poder ou desvio de finalidade, tornando o ato de polícia ilegal e, desta forma, passível de anulação. Anulação esta que está atrelada à responsabilidade objetiva do Estado.

Além do Princípio da finalidade outros inspiram o modo de agir da Administração pública. O artigo 37 da Constituição Federal trata da Administração Pública e fixa os princípios que devem ser observados, quais sejam: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

Os princípios otimizam as normas que ordenam algo que deve ser realizado dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes, podendo ser cumpridos em diferentes graus e que a medida devida de seu cumprimento depende não somente das possibilidades reais, mas também das jurídicas. Neste sentido:

(...) los principios son mandatos de optimización, que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no solo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas. El ámbito de las posibilidades jurídicas es determinado por los principios y reglas opuestos. (...) las reglas son normas que sólo pueden ser cumplidas o no. Si una regla es válida, entonces de hacerse exactamente lo que ella exige, ni más ni menos. (...) las reglas contienen determinaciones el ámbito de lo fáctica y jurídicamente posible. (...) la diferencia entre reglas y principios es cualitativa y no de grado. Toda norma es o bien una regla o un principio (ALEXY, Robert. Teoría de los Derechos Fundamentales. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 86).

O princípio estabelece uma direção estimativa, em sentido axiológico, de valoração, de espírito e exige que tanto a lei como os atos administrativos, incluindo, os atos de polícia, os limites. Neste sentido:

“Em verdade, os princípios são o oxigênio das Constituições na época do pós-positivismo. É graças aos princípios que os sistemas constitucionais granjeiam a unidade de sentido e auferem a valoração de sua ordem normativa (BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 6. Ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 259)”.

Outro princípio que deve nortear o Poder de Polícia é sem dúvida é o *Princípio Da Dignidade Da Pessoa Humana*, pois este indica que os interesses das pessoas devem ser respeitados quando da persecução dos interesses públicos. Este princípio, quando da prática do ato de polícia está intimamente ligado ao princípio da proporcionalidade, pois se o ato de polícia for desproporcional haverá excesso de poder, revelando-se ausente o verdadeiro interesse coletivo a ser perseguido e configurando-se ilegalidade merecedora de correção.

Quanto ao princípio de proporcionalidade, entende-se que este deriva do poder de coerção de que dispõe a Administração Pública para prática dos atos de polícia. Assim sendo, não havendo proporcionalidade entre a medida adotada e o fim a que se destina, incorrerá a autoridade administrativa em abuso de poder.

Neste contexto, o princípio da dignidade da pessoa humana se torna crucial, pois é da necessidade da imposição de força para execução de atos de polícia que se indaga sobre a relação coercitiva do poder de polícia e o respeito aos direitos fundamentais e da dignidade da pessoa humana. Esse é o cerne da questão que leva a buscar a razão de que polícia, notadamente de segurança pública, e direitos humanos são temas relevantes no direito contemporâneo.

Quando se fala em instrumentalização à proteção dos direitos fundamentais, tem-se por mira a ordem jurídica e o direito sob os aspectos contemporâneos vêm sendo apreciados por uma série de valores sob a medida do conceito de dignidade. Neste sentido:

“A dignidade é um valor de uma tal disposição de espírito e põe-na infinitamente acima de todo o preço, com o qual não pode ser confronto nem em cálculo comparativo sem um modo ou de outro ferir a sua santidade (KANT, Immanuel. Fundamentação da Metafísica dos Costumes e outros escritos. São Paulo: Martin Claret, 2003. p. 66)”.

Em razão da condição da natureza humana, a dignidade é um valor absoluto, daí um princípio merecedor de uma instrumentalização no temático poder de polícia e direitos humanos.

Desse conteúdo, o conceito de poder de polícia contemporâneo deve seguir a instrumentalização à proteção dos direitos fundamentais e a imposição de deveres de fazer. Isto porque, a promoção da ordem pública envolve deveres de colaboração ativa. A funcionalização dos direitos e garantias individuais e sociais exige que os sujeitos adotem cautelas omissivas, non facere, e também comissivas facere, sem as quais se coloca em risco a integridade alheia, um valor de dignidade humana a ser perseguido.

Exige-se, em face de objetividades jurídicas, a preservação da integridade alheia, ou da preservação da incolumidade física das pessoas, as quais são executadas através das vistorias por agentes públicos competentes que expedem laudos, atestando condições técnicas para a realização de espetáculos públicos. E isto se deve ao elevado número de registro de graves episódios dos quais resultaram mortes, lesões corporais e danos aos bens públicos e particulares.

A forma é o meio pelo qual se exterioriza a vontade do agente administrativo competente para o ato de polícia, em regra, a forma será escrita, já que a obediência à forma e ao procedimento constitui garantia jurídica para o administrado e para a própria Administração Pública com o fim de controle.

Por outro lado, principalmente no ato de polícia, há formas de conteúdo variado e são comuns formas verbais, por gestos, por apitos, sinais luminosos, permitidos, a exemplo, nas normas de trânsito.

A finalidade, elemento importante para a validade do ato de polícia, é um princípio norteador dos interesses públicos. Assim, o ato de polícia não pode ser direcionado a qualquer finalidade. Deve-se observar o que está estabelecido em lei e a existência de interesses públicos, sob pena de desvio de finalidade, tornando o ato de polícia inválido. Assim sendo, a finalidade é um modo de fixar limites à discricionariedade do poder de polícia. Este princípio está ligado intimamente com o princípio da proporcionalidade, sob pena de nulidade.

Por fim, o objeto representa o fim imediato, ou seja, o resultado prático a ser alcançado pela vontade administrativa. Se houver ilicitude do objeto, o ato de polícia o torna viciado. Isso ocorre quando a declaração de vontade constante do ato de polícia não guarda conformidade com a regra legal ou com valores e princípios por ela albergados.

O princípio do ato administrativo que está em evidencia neste estudo é o da auto-executoriedade, a qual consiste na aptidão jurídica,

reconhecida à Administração, de deflagrar a aplicação executiva, imediata, direta e concreta da vontade contida na lei, empregando seus próprios meios executivos, até mesmo a coerção, quando se faça necessária e com a devida proporcionalidade.

Desta forma, o Poder Público pode tomar as providências que modifiquem imediatamente a ordem jurídica, criando obrigações aos particulares, para atender o interesse público. Essa prerrogativa de praticar atos e colocá-los em imediata execução, sem dependência à manifestação judicial, representa a auto-executoriedade. Verificada a presença dos pressupostos legais do ato, a Administração Pública pratica-o imediatamente e o executa de forma integral. Quando a lei autoriza o exercício do poder de polícia com auto-executoriedade, é porque se faz necessária a proteção de determinado interesse coletivo. Confira-se:

A Administração Pública pode promover as medidas concretas e materiais necessárias à satisfação das determinações impostas. Admite-se que o ato administrativo já nasça com esse grau de eficácia máximo, em vista da urgência ou gravidade da situação a ser atendida. Assim, a Administração pode promover a apreensão de medicamentos deteriorados, simplesmente por descobrir que se encontram à venda. (JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 395).

Assim sendo, essa característica é a que se trata de auto-executoriedade, ou seja, não há necessidade de a Administração Pública recorrer ao Judiciário para impor a produção dos efeitos jurídicos dos atos produzidos unilateralmente, como se tem demonstrado. Neste sentido:

(...) não há como se desassociar de três hipóteses: expressa autorização legal; a urgência da medida para a defesa do interesse público que não comporta delongas para manifestação judicial sem o sacrifício ou risco para a coletividade; e inexistência de outra via de direito capaz de assegurar a satisfação do interesse público que a Administração está obrigada a defender em cumprimento à medida de polícia. (MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 408),

Da auto-executoriedade decorre, no campo do Poder de Polícia, o exercício da coerção administrativa, que é o ato de polícia no sentido imperativo para o administrado. A coercibilidade possibilita ao agente público adotar todas as medidas cabíveis para a realização do que decidiu, sem se descuidar dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, diante da realidade do caso concreto. Neste sentido:

“É intrínseco a essa característica o poder que tem a Administração de usar a força, caso necessário para vencer eventual recalcitrância. É o que sucede, por exemplo, quando, em regime de greve, operários se apoderam manu militari da fábrica e se recusam a desocupá-la na forma da lei (CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 72).”

A utilização de força material para constranger fisicamente os cidadãos só é admitida quando expressamente autorizada em lei ou quando configurar, em vista do princípio da proporcionalidade, como a única alternativa apta a evitar o sacrifício dos direitos fundamentais ou da convivência democrática. Confirma-se.

“Considera-se poder de polícia a atividade da Administração Pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato de 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 das atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranquilidade pública ou respeito à propriedade e aos direitos individuais e coletivos (art.78 do Código Tributário Nacional).”

Em suma podemos dizer que a polícia sempre existiu de alguma forma na relação humana, ora com o condão de se estabelecer uma autoridade que persuadia aqueles que viviam na polis delimitados por critérios filosóficos, ora com a necessidade da coerção para se estabelecer a segurança e a paz entre os homens. Para este fim, a polícia deve exercer sua autoridade, essa é a sua razão de ser, pois seu exercício deve ser de conhecimento de todos que vivem em sociedade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BALESTRERI, Ricardo Brisolla. Treze reflexões sobre polícias e direito humanos. *Força Policial*, São Paulo, n. 28, p. 73-79, out./dez. 2000,
- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. 14. ed. Rio de Janeiro: Campos, 1992,
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1996,
- BOLZAN DE MORAES, José Luis. *As crises do Estado e da Constituição e a Transformação Espacial dos direitos humanos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002,
- BRASIL. *Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil*. São Paulo: IMESP, 2000,
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003,
- COSTA, Arthur Trindade Maranhão. *Entre a Lei e a Ordem- violência e reforma na polícia RJ e NY*, (Fev/2004),
- CONCEIÇÃO, Selma Regina de Souza Aragão. *Direitos humanos: do mundo antigo ao Brasil de todos*. Rio de Janeiro: Forense, 1990,
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2005,
- GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2004,
- JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005,
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987,

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Forense, 2005,