

ODETE MEDAUAR
VITOR RHEIN SCHIRATO
(Coordenadores)

PODER DE POLÍCIA NA ATUALIDADE

ANUÁRIO DO CENTRO DE ESTUDOS DE
DIREITO ADMINISTRATIVO, AMBIENTAL E
URBANÍSTICO – CEDAU DO ANO DE 2011

Belo Horizonte
 EDITORA
Fórum

2014

O contraponto direitos fundamentais/poder de polícia (ou seu equilíbrio) lança um desafio constante ao estudioso do direito público e ao aplicador do direito, permeando também vários âmbitos da vida coletiva. Eis outro motivo para reavivar seu estudo, como se efetua neste livro.

Odete Medauar
Vitor Rhein Schirato

PODER DE POLÍCIA

ORIGEM, EVOLUÇÃO, CRÍTICA À NOÇÃO, CARACTERIZAÇÃO

ODETE MEDAUAR

1 Introdução

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

A matéria é típica do direito público, o tema público por excelência, aquele que recebe atenção em todo 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 índole 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 contrária ao uso da expressão *poder de polícia* e contrária à 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

2.1 Nas obras de direito administrativo, o *poder de polícia* recebe tratamento sob diversas rubricas. Alguns exemplos podem ser indicados. Vem incluído entre os *modos de ação administrativa* pelos franceses Prosper Weil e Francis-Paul Benoit, em obras da segunda metade do século XX; Jacqueline Morand-Deviller¹ efetua seu estudo no âmbito dos *finis e meios da ação administrativa*. No direito italiano, na esteira de Santi Romano, Alessi enquadra seu estudo no título *As limitações administrativas e o sacrifício dos direitos*; Giulio Napolitano² insere a matéria no item dedicado às *funções de ordem pública*. García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández, no seu *Curso de derecho administrativo*, dele cuidam sob a ótica da *Criação e ampliação de situações passivas: operações de graça*.

2.2 O tema é enfocado também sob o *prisma dos direitos fundamentais*. Por exemplo, na obra *Liberdades públicas*, de 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*. No *direito inglês* é estudado no “Constitutional law”, como “legal restraints” ou “prior restraints” (assim o veem, por exemplo, Smith e Brazier, em seu *Constitutional and Administrative Law*, 1989); e também sob a rubrica “civil liberties and public order” (como em Clarke, *Constitutional and Administrative Law*, 1971). No *direito norte-americano* é tratado 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 e Dienes, *Constitutional Law*, 1986). Vinculado aos direitos fundamentais já aparecia na obra de Freund, *The Police Power, Police Power and Constitutional Rights*, de 1904.

2.3 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 para os significados que recebeu no tempo.

¹ *Direito administrativo*.

² No capítulo denominado *Funções*, no v. 1 da obra *Istituzioni di diritto amministrativo*, organizada por Cassese, Giuffrè, 2000.

A palavra *polícia* vem do latim *politia* e do grego *politeia*, ligados, como o termo *política*, ao vocábulo *polis*.

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

Na Idade Média 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 europeias, por seus administradores. Esse dado é referido: por Otto Mayer, para a Alemanha; pelo argentino Fiorini, no seu livro *Poder de polícia*, de 1957; por Etienne Picard, na sua obra *La notion de police administrative*, de 1984. Os dois últimos autores ressaltam que essa função de polícia contribuiu para fixar a raiz nascente da cidade moderna. Fiorini ressalta que, nessas comunas, a atuação prática da polícia se caracterizava e se ajustava à manutenção da ordem e tranquilidade 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. Jean Louis Mestre menciona a existência, em muitas comunas francesas, nos séculos XII e 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 noção de polícia as matérias referentes à justiça e às finanças.

Conforme Charles-Edouard Minet (2007, p. 11), o Editto de Saint-Germain-en-Laye, baixado por Luis XIV, em 15 de março de 1667, é geralmente considerado o ato de nascimento da polícia moderna, por distinguir, pela primeira vez, as funções de justiça e as funções de polícia, visando estas a “assegurar o repouso do público e dos particulares, purgar a cidade do que pode causar desordens, buscar a abundância e fazer viver cada um segundo sua condição e seu dever”.

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, reunindo o conjunto dos regulamentos na matéria, vêm à luz. O mais célebre foi publicado entre 1705 e 1710, com o nome de *Traité de police*, do francês Nicolas Delamare; ele reconheceu que a assimilação da polícia ao conjunto do direito público era equivocada 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 Dufresne, *Código da polícia ou análise dos regulamentos de polícia*, de 1757. O Código Geral prussiano, de 1794, tem uma parte dedicada à polícia.

Esse momento 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. A aceção de *polícia* se restringe, principalmente sob a influência das ideias 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* – Estado de polícia; na mesma linha se expressa Otto Mayer.

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

Aos poucos caiu em desuso a utilização do vocábulo *polícia* isoladamente para designar essa parte da atividade na 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 entendida como segurança, tranquilidade e salubridade públicas, fórmula típica do direito francês, até hoje reiterada na doutrina desse país.

No âmbito germânico, Pütter, no seu *Elementa iuris publici germanici*, de 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 ideia 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 tradução de *police power*. Segundo Caio Tácito, a expressão ingressou pela primeira vez na terminologia legal no julgamento da Corte Suprema norte-americana, no caso *Brown vs. Maryland*, de 1827. Vinculava-se aí ao poder dos Estados-membros de editar leis limitadoras de direitos, em benefício do interesse público. Como contraponto ao *police power* emergiu 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, sobretudo 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 policiais*; seu art. 66 atribuía às Câmaras tudo quanto dizia respeito à polícia e economia das povoações, e arrolava essas matérias entre as quais: 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, no Brasil, 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 intervem na indústria e no comércio.

Na segunda obra *Direito administrativo brasileiro*, 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 livro *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, v. 5, 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 à noção de poder de polícia

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 tranquilidade 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 também por imposições de atuar em certa direção.

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

4.1 Na doutrina estrangeira menos recente, por exemplo, Santi Romano usa a expressão *atividade administrativa de limitação* (nos *Principii*

di diritto amministrativo italiano, 1912). De seu lado, Giannini reabilita o termo jurídico medieval *ablatio*, e adota a expressão *procedimientos ablatórios*. O alemão Hans Julius Wolff prefere a locução *administración de vigilancia*.

Tornou-se muito conhecido no Brasil o posicionamento do argentino Gordillo, em sentido contrário à presença do poder de polícia no direito administrativo, pregando sua abolição. Segundo informa em seu *Tratado de derecho administrativo* (1998, p. V-5), sustenta a eliminação da noção de poder de polícia desde artigo publicado em 1962, reiterando-a na primeira edição do seu *Tratado*, em 1974 e, ainda, nessa 3ª edição. Algumas considerações aí expostas serão transcritas:

A questão semântica tem implicações políticas e ideológicas; falar de poder de polícia é tomar como ponto de partida o poder do Estado sobre os indivíduos; pode haver limitações aos direitos individuais, mas quem explica e analisa o sistema não deve partir da limitação, mas do direito que se exerce; é criticável considerá-lo como atividade implícita na ordem jurídica; na história do poder de polícia, foi desaparecendo até chegar a nada; ao se ampliar o poder de polícia perdeu as supostas características com que no passado se pretendia conceituá-lo; não existe hoje uma noção autônoma do poder de polícia, porque essa função se distribuiu amplamente por toda a atividade estatal. (p. V-4, V-6, V-17)

Para o mesmo autor,

[...] a coação estatal sobre os indivíduos continua a ser uma realidade no mundo jurídico; não afirma que o Estado careça de faculdades para limitar os direitos fundamentais em prol do bem comum, mas, sim, que essa faculdade não podem subsumir-se num conceito comum que tenha vigência jurídica autônoma; a limitação deve basear-se em disposições legais e demais princípios jurídicos e não no poder de polícia. (p. V-17)

Informa que a doutrina da Argentina não seguiu esse posicionamento (p. V-5).

Por sua vez, o alemão Harmut Maurer, na obra *Direito administrativo alemão*, utiliza os termos *administración ordenadora*, lançando o conceito seguinte: “conjunto de medidas administrativas que, impondo ônus, constituem uma ingerência nos direitos dos cidadãos” (p. 17), empregando, ainda, a expressão *administración sob a forma de ingerência* (p. 16): “é destinada a assegurar a manutenção da segurança e da ordem pela prevenção de riscos que as ameacem”, incluindo-se aí a disciplina da circulação nas estradas, o controle das atividades profissionais, a luta contra as epidemias.

Em seu *Curso de derecho administrativo*, os espanhóis García de Enterría e Ramón Fernández, no capítulo XVII, denominado “A incidência da ação administrativa sobre as situações jurídicas dos administrados”, inserem o item III, sob o nome “Criação e ampliação de situações jurídicas: operações de gravame”, dizendo que o tema era antes tratado com o nome comum de polícia (p. 104); citem-se alguns trechos do referido item III:

Agora se fala como um conceito geral para a atividade interventora da Administração de Administração ordenadora, de inspiração alemã, no sentido genérico de ordenação das atividades privadas; dada a multivocidade e mudança sucessiva de sentidos que o termo polícia teve através de longo transcurso histórico, não parece aconselhável dar agora um sentido novo para dita expressão, já suficientemente torturada, a qual se revela escassamente útil; é útil manter a expressão de Santi Romano, *actividade administrativa de limitação de direitos*;

e utilizam esses termos para intitular um subitem no âmbito do citado item III (p. 105-106), afirmando que essa incidência sobre as faculdades de exercício dos direitos é determinada pela necessidade de coordená-los, seja com os direitos ou interesses de outros sujeitos, seja com os direitos ou interesses da comunidade (p. 108). Informam que o “uso de qualificar como polícia toda a atividade administrativa de limitação de direitos se manteve vivo na Espanha” (p. 105).

Outro espanhol, Juan Alfonso Santamaría Pastor, na sua obra *Principios de derecho administrativo*, no capítulo XVII emprega os termos *actividade ordenadora*, no sentido de atividade com incidência forte nas atuações privadas tanto em sentido positivo como negativo (p. 256); observa ser conhecida como atividade de polícia (p. 257), tendo sobrevidido à noção de polícia no Estado constitucional espanhol; invoca o perigo de contaminação semântica acarretado pelo uso do conceito de polícia para englobar um conjunto inorgânico de atividades administrativas de limitação; um conceito que gera uma tendência a supor a existência de poderes interventores onde não há, que legitima a criação de poderes implícitos ou “naturais”, onde não há... Por isso, preferimos o emprego de um nome mais neutro, como *actividade de ordenação*, que é um rótulo sistemático sob o qual se examinam diferentes técnicas de intervenção sobre a conduta dos cidadãos... (p. 261).

4.2 Na doutrina brasileira, Carlos Ari Sundfeld, no livro *Direito administrativo ordenador*, menciona ser impossível fugir da carga negativa dos termos poder de polícia (p. 12), sendo necessário descartá-los e “enviar para o museu não só a expressão poder de polícia como a noção que recobre” (p. 13, 16); afirma ser necessário elaborar sistematização ampla e nova de todas as atividades de regulação administrativa da vida privada (p. 15); propõe a expressão *administración ordenadora*, oriunda do direito alemão, para congregar essas atividades; em lugar de *poder de polícia*, utiliza *condicionamientos administrativos de derechos* (p. 27, 53), assim conceituando:

São as situações subjetivas passivas, impostas por lei e controladas pela Administração (ou impostas pela Administração com base em lei, e por ela controladas), aos titulares de direitos, para definir seu campo de legítimo exercício, traduzidas em deveres de não fazer (limites do direito), fazer (encargos do direito) ou suportar (sujeições).

5 Contestação à crítica

5.1 Na obra *La intervención administrativa*, o argentino Juan Carlos Cassagne, manifesta-se no sentido da possibilidade de continuar o uso, na ciência jurídica, da expressão poder de polícia para referir-se ao tema da limitação dos direitos privados (p. 62); e afirma “não ser conveniente abandonar totalmente as categorias tradicionais derivadas da interpretação constitucional, sem prejuízo de incorporar na sua problemática as novas técnicas, mecanismos e princípios que regem a atividade interventora”; e menciona a metodologia remocada para tratar os mecanismos da ação interventora do Estado (p. 68).³

Assiste razão a Cassagne. Os autores citados supra, que exemplificam a doutrina contrária à noção de poder de polícia, tratam da atividade administrativa de limitação ou disciplina do exercício de direitos e atividades dos particulares, afirmando a existência dessa atuação estatal. Não parece adequado alterar o título de noções jurídicas consolidadas, mesmo que seu conteúdo sofra evolução. A mudança do nome dificulta a pesquisa nas obras doutrinárias e dificulta a pesquisa jurisprudencial. Por isso, os críticos da noção, ao utilizar outros vocábulos para denominar essa atividade, mencionam o poder de polícia, seja no sumário dos livros, seja na parte em que explicam a troca de nome, pois se assim não fosse dificilmente se saberia qual a matéria tratada. E a abolição da expressão também impede o conhecimento da linha evolutiva da figura.

Acrescente-se que muitas figuras clássicas do direito administrativo foram se alterando com o tempo, sem que se pregasse sua extinção ou mudança do nome. Como exemplo, pode-se indicar o poder discricionário, antes visto como poder livre, hoje cercado de vários parâmetros; e o poder disciplinar, antes insuscetível de controle e por vezes exercido sem observância da ampla defesa e, hoje, sujeito a esta, ao contraditório, ao princípio de proporcionalidade etc.

5.2 Uma das justificativas da corrente contrária à noção 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. Daí o advento de 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 houve, 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. 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, por exemplo, do pensamento de Gordillo, 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 Héctor Escola, no v. 2 do seu *Compendio de derecho administrativo*, de 1990, expressa também esse ponto, ao sugerir que a noção de polícia, desse modo, 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 ideia da legalidade regendo a Administração e a maior valoração dos direitos fundamentais.

5.3 Outra justificativa para a rejeição emerge na linha seguinte: 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 Ruy Barbosa que se encontra a resposta. Segundo esse autor, no mencionado parecer de 1915,

[...] aqui o vocábulo poder não significar 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 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.

6 Caracterização do poder de polícia

Como caracterizar o poder de polícia?

Segundo Caio Tácito, no clássico *O poder de polícia e seus limites*, “é o conjunto de atribuições concedidas à Administração para disciplinar e

³ Tais considerações são reiteradas no seu *Curso de derecho administrativo*. 10. ed. 2011, v. 2, no capítulo denominado “A atividade interventora e sua incidência sobre os direitos privados”, p. 132, 137.

restringir, em favor do interesse público adequado, direitos e liberdades individuais". De seu lado, Jean Rivero (1983, p. 434) emitiu o conceito a seguir: "o conjunto das intervenções da administração que tendem a impor à livre ação dos particulares a disciplina exigida pela vida em sociedade".

O *Código Tributário Nacional*, no art. 78, assim conceitua:

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 tranquilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos.

O respectivo parágrafo único explicita algumas condições do exercício do poder de polícia, para ser considerado regular: "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".

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

Por sua vez, André Saddy (2011), afirmando que o poder de polícia é o instrumento mais característico da intervenção imperativa, traz o seguinte conceito:

É a faculdade da Administração Pública de disciplinar e restringir atividades, o uso e gozo de bens e de direitos, bem como as liberdades dos administrados, em benefício do coletivo, por meio de atos de comando, consentimento, fiscalização e sanção...

José dos Santos Carvalho Filho (2012, p. 75) assim conceitua: "a prerrogativa de direito público que, calcada na lei, autoriza a Administração Pública a restringir o uso e o gozo da liberdade e da propriedade em favor do interesse da coletividade".

Assim, é possível arrolar algumas notas características do poder de polícia:

- a) é atividade administrativa, sobretudo, isto é, um conjunto de atos e procedimentos realizados pela Administração;
- b) portanto, é atuação subordinada à ordem jurídica, ou seja, não é emite, nem superior, mas regida pelo ordenamento vigente, sobretudo pelos princípios constitucionais da legalidade, impessoalidade, moralidade; e pelo princípio da proporcionalidade/razoabilidade;

- 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.

7 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 princípios e outros preceitos:
 - c.1) 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 dos direitos ou da liberdade qualquer dúvida sobre a maior ou menor extensão da medida ou sobre a possibilidade da medida limitativa;
 - c.2) 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 justificam, sem excesso; na doutrina pátria, Gustavo Binbenbom (2008, p. 118) ressalta que as restrições a direitos devem ser vistas como emanações do sistema de valores e princípios constitucionais, que admite a

restrição de direitos individuais em prol de outros direitos e interesses, também de natureza individual ou metaindividual, utilizando-se a técnica da ponderação guiada pelo postulado da proporcionalidade;

c.3) a limitação deve ser motivada;

c.4) em parecer publicado na *Revista de Direito Administrativo*, José Afonso da Silva (1978) chama a atenção para um elemento fundamental ao exercício do poder de polícia, mencionado no parágrafo único do art. 78 do Código Tributário Nacional: 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 Araújo Cintra, em seu livro *Motivo e motivação do ato administrativo*, os atos praticados nessas circunstâncias continuam submetidos ao direito, o *direito da crise*; e observa: 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 desconfiância e reticência, no seu paradoxo de limitadora de liberdade com o fim de assegurar a própria liberdade, aí se encontra a razão pela qual seu estudo deve ser impulsionado.

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

Referências

- BARBOSA, Ruy. *Comentários à Constituição brasileira*. Coligidos e ordenado por Homero Pires. São Paulo: Saraiva, 1932-1934. v. 5.
- BARRON, Jerome A.; DIENES, C. Thomas. *Constitutional Law*. St. Paul, Minn.: West Pub., 1986.
- BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- CABRAL, Prudencio Giraldes Tavares da Veiga. *Direito administrativo brasileiro*. Rio de Janeiro: Lammert, 1859.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012.
- CASSAGNE, Juan Carlos. *Curso de derecho administrativo*. 10. ed. Buenos Aires: La Ley, 2011. v. 2.
- CASSAGNE, Juan Carlos. *La intervención administrativa*. 2. ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1994.
- CAVALCANTI, Themistocles Brandão. *Tratado de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1956. v. 3.
- CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. *Motivo e motivação do ato administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979.
- CLARKE, H. W. *Constitutional and Administrative Law*. London: Sweet & Maxwell, 1971.
- CRUZ, Alcides. *Noções de direito administrativo brasileiro*. Porto Alegre: G. Gundlach, 1910.
- ESCOLA, Héctor Jorge. *Compendio de derecho administrativo*. Buenos Aires: Depalma, 1990. v. 2.
- FERRERA FILHO, Manoel Gonçalves; GRINOVER, Ada Pellegrini; FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Liberdades públicas*. São Paulo: Saraiva, 1978.
- FIORINI, Bartolomé A. *Poder de polícia*. Buenos Aires: Alfa, 1957.
- PREUND, Ernst. *The Police Power, Police Power and Constitutional Rights*. Chicago, Callaghan & Co., 1904.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de derecho administrativo*. 7. ed. 2000. v. 2.
- CORDILLO, Agustín. *Tratado de derecho administrativo*. 3. ed. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 1998. t. II.
- MAURER, Hamut. *Direito administrativo alemão*. Trad. francesa da ed. de 1992, por Michel Fromont. Paris: LGDJ, 1994. Título original: *Droit administratif allemand*.
- MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
- MIESTRE, Jean Louis. *Introduction historique au droit administratif français*. Paris: PUF, 1985.
- MINET, Charles-Edouard. *Droit de la police administrative*. Paris: Montchrestien, 2007.
- MORAND-DEVILLER, Jacqueline. *Droit administratif*. 12^e éd. Paris: Montchrestien, 2011.
- PICARD, Etienne. *La notion de police administrative*. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1984.
- PÜTTER, Johann Stephan. *Elementa iuris publici germanici*. Francofurti ad Moenum, 1754.
- REGO, Pereira do. *Elementos de direito administrativo brasileiro comparado com o direito administrativo francês segundo o método de p. pradier-fodere*. Recife: Typographia Universal, 1857.
- RIVERO, Jean. *Droit administratif*. 10^e éd. Paris: Dalloz, 1983.
- ROBERT, Jacques. *Libertés publiques*. São Paulo: Dalloz, 1972.
- SADDY, André. *Intervenção imperativa e seu instrumento característico: a polícia administrativa*. *Boletim de Direito Administrativo*, v. 27, n. 4, p. 448-461, abr. 2011.
- SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. *Principios de derecho administrativo*. 2. ed. Madrid: Iustel, 2009. v. 2.

- SILVA, José Afonso. Poder de polícia. *Revista de Direito Administrativo*, v. 132, p. 241-255, abr./jun. 1978. Parecer.
- SMITH, S. A. De; BRAZIER, Rodney. *Constitutional and Administrative Law*. London, England: Penguin Books, 1989.
- SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo ordenador*. São Paulo: Malheiros, 2003.
- TÁCITO, Caio. *O poder de polícia e seus limites*. São Paulo: Saraiva, 1975.
- VIRGA, Pietro. *La potestà de polizia*. Milano: Giuffrè, 1954.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

MEDAUAR, Odete. Poder de polícia: origem, evolução, crítica à noção, caracterização. In: MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Vitor Rhein (Coord.). *Poder de polícia na atualidade*. Anuário do Centro de Estudos de Direito Administrativo, Ambiental e Urbanístico – CEDAU do ano de 2011. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 13-26. ISBN 978-85-7700-815-5.

O PODER DE POLÍCIA É DISCRICIONÁRIO?

VITOR RHEIN SCHIRATO

1 Introdução – O direito administrativo brasileiro e seus folclores

O direito administrativo brasileiro é tão rico quanto seu folclore. Assim como no folclore autores do calibre de Monteiro Lobato alimentaram o imaginário das pessoas com personagens lendários como a mula sem cabeça, o saci-pererê, o curupira, o boi da cara preta, entre tantos outros, a doutrina — e não raro a jurisprudência — brasileira alimenta o imaginário dos aturantes no campo do direito administrativo com algumas lendas. Tanto quanto no folclore, as lendas criadas fixam-se e custam muito a sair, fazendo com que as mesmas verdades absolutas sejam repetidas insistentemente.

Na obra proveniente do anuário do Centro de Estudos de Direito Administrativo, Ambiental e Urbanístico (CEDAU) do ano de 2010, tivemos a oportunidade de analisar uma das lendas do direito administrativo brasileiro: os atributos do ato administrativo.¹ Como todas as figuras de nosso folclore, eles não existem (ao menos como costumeiramente descritos), mas muitos daqueles que militam no campo do direito administrativo juram que eles existem e que têm uma determinada feição. Trata-se de verdadeiro lobi-somem da ciência jurídica brasileira — inclusive com relação a seu potencial de causar males aos cidadãos — cuja inexistência esperamos ter comprovado.

Um ano mais se passou. Novos estudos advieram e eis que nos depa-ramos com outra lenda a desmistificar: o caráter discricionário do poder de

¹ Veja-se o nosso Repensando a pertinência dos atributos dos atos administrativos. In: MEDAUAR et al. (Coord.). *Os caminhos do ato administrativo*, p. 89 et seq.