

O PODER DE POLÍCIA E SEUS LIMITES

CAIO TÁCITO

Professor na Faculdade de Direito do
Rio de Janeiro

SUMÁRIO: 1 — *O poder de polícia e o liberalismo.* 2 — *Conceito clássico e moderno: a obrigação de não perturbar e a obrigação de manter a ordem social.* 3 — *O poder de polícia e a ordem econômica.* 4 — *O poder de polícia no direito francês e italiano.* 5 — *O poder de polícia no direito americano: relação entre o "police power" e o "due process of law".* 6 — *Poder de polícia e poder discricionário.* 7 — *A finalidade do ato de polícia e o desvio de poder. Outros limites ao poder de polícia.* 8 — *Polícia judiciária e polícia administrativa.* 9 — *Meios de ação de polícia.* 10 — *Contrôle jurisdicional dos atos de polícia.* 11 — *Competência de polícia.*

1 — Uma das mais árduas tarefas em Direito Público é a de conceituar, em seus exatos contornos, o poder de polícia. Sendo, embora, um "poder orgânico, elementar, fundamental, a que estão ligadas as exigências capitais de conservação da sociedade",¹ a renovação de seu conteúdo acompanha as mutações históricas do Estado. Mesmo contemporaneamente, não é pacífico o entendimento sobre o âmbito constitucional de sua atuação que traduz, em última análise, o enderêço político do Estado, reagindo às solicitações de interesses econômicos e sociais eminentes.

Etimologicamente, o vocábulo se confunde com a própria organização da comunidade. *Polícia* (do grego *políteia*, por intermédio do latim *polítia*) equivale à administração da cidade (*polis*). Historicamente, corresponde à noção de soberania dos príncipes e serve de alicerce ao absolutismo.²

1 Rui Barbosa, *Comentários à Constituição Federal Brasileira*, coligidos por Homero Pires, vol. V, p. 315.

2 *Estado absoluto fue, así, igual a Estado de policía* (Oviedo, *Derecho Administrativo*, p. 508). Sobre a formação histórica do poder de polícia, ver: Hamilton & Rodee, *Police power* — *Encyclopaedia of the Social Sciences*, vol. XII, p. 190; Otto Mayer, *Derecho Administrativo Alemán*, vol. II, p. 3/s.; Fritz Fleiner, *Les principes généraux du Droit Administratif Allemand*, p. 235.

Com a implantação do liberalismo e a subordinação do Estado ao princípio da supremacia da lei possibilita-se a consagração de direitos públicos subjetivos, reconhecidos e resguardados pela ordem jurídica. O individualismo político se caracteriza, essencialmente, pela garantia de direitos individuais inalienáveis e intangíveis, emanados da comunhão social. A revolução liberal, cristalizada nos princípios da Declaração de Independência americana e na Declaração de Direitos do Homem, é um episódio da revolta do cidadão contra o Poder, segundo a imagem célebre de Alain: a reação contra o despotismo, alicerçada no realce da personalidade humana e da Razão como centros da ordem constituída, “un mouvement puissant de rejet de toutes les dominations arbitraires, de destruction de tout pouvoir irrationnel, de toute souveraineté de droit divin, personnelle, héréditaire, patrimoniale”.³

Nesse quadro de renovação social o Estado se coloca, unicamente, como um poder de equilíbrio, prevenindo e corrigindo os entrechoques individuais, segundo a fórmula francesa, logo internacionalizada no movimento racionalista do século XIX, de que “a liberdade consiste em fazer tudo aquilo que não é nocivo aos demais”.⁴ A autoridade cabia somente um papel negativo, de evitar a perturbação da ordem e assegurar o livre exercício das liberdades públicas. À medida, porém, que se acentua, no interior da sociedade, a desigualdade entre os indivíduos, especialmente pelo abuso do poder econômico, a ação repressiva do Estado evolui no sentido do crescente intervencionismo: o princípio da autoridade se torna dinâmico, agindo, em função do interesse público, para restringir e condicionar o exercício de direitos e liberdades por indivíduos, grupos ou classes.

O poder de polícia, que é o principal instrumento do Estado no processo de disciplina e continência dos interesses individuais, reproduz, na evolução de seu conceito, essa linha ascensional de intervenção dos poderes públicos. De simples meio de manutenção da ordem pública êle se expande ao domínio econômico e social, subordinando ao controle e à ação coercitiva do Estado uma larga porção da iniciativa privada.

“C'est ici qu'apparaît le mieux — étant donnée l'atteinte directe, brutale que le pouvoir de police inflige aux libertés au nom de l'ordre public — le conflit entre les besoins de l'action administrative et le respect dû aux activités humaines ou, comme l'on dit couramment le conflit autorité-liberté”.⁵

O poder de polícia é, em suma, um instrumento de defesa social em sentido amplo, inspirando-se naquele *estado de necessidade* a que

3 Pierre Duclos, *L'évolution des rapports politiques depuis 1750*, Paris, 1950, p. 21.

4 Dispõe o artigo 1.º, alínea 4, da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão (1789): “La liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui; ainsi l'existence des droits naturels de chaque homme n'a de bornes que celles qui assurent aux autres membres de la société la jouissance de ces mêmes droits. Ces bornes ne peuvent être déterminées que par la loi”.

5 André de Laubadère, *Manuel de Droit Administratif*, 1951, p. 200.

se refere Bielsa⁶ e se dilatando na proporção em que se exacerbam as lesões efetivas ou potenciais à ordem pública ou à ordem jurídica.

2 — A concepção do poder de polícia como simples processo negativo de manutenção da sociedade contra os excessos individualistas domina a doutrina clássica e encontra seus melhores intérpretes nos autores germânicos anteriores à dominação nazista.

Otto Mayer contrapõe, expressivamente, às atividades de polícia — aplicadas à estabilização da ordem social — as manifestações propriamente sociais, enquadradas na previsão administrativa (*Pflege*). O poder de polícia consiste, em suma, na ação da autoridade estatal para fazer cumprir o dever de não perturbar a boa ordem da coisa pública (*gute Ordnung des Gemeinwesens*). E' em torno à noção dêsse dever geral de respeito à ordem coletiva que repousa toda a construção teórica da faculdade do Estado de regular a atividade individual. A sua tese se resume, nitidamente, nessa conclusão específica:

“En definitiva, el resultado de cada una de las aplicaciones del poder policial no será jamás otro que este: *que este hombre no perturbe*”.⁷

E' no mesmo dever de não perturbar que Fritz Fleiner coloca o pedestal da ação de polícia do Estado, excluindo de sua ingerência a missão de favorecimento do bem estar público, como, por exemplo, a interdição de construir emitida com o intuito de proteger a visibilidade de monumento nacional.⁸

O poder de polícia se condensava, em suma, em seu lineamento tradicional, à garantia da segurança, da tranquilidade e da salubridade públicas. Sòmente quando a atuação do Estado se endereçava a essas finalidades poder-se-ia falar em medida de polícia.⁹

3 — O conceito moderno ultrapassa, porém, as fronteiras conservadoras para reconhecer ao Estado um papel mais amplo e ativo na promoção do bem estar geral, estabelecendo não sòmente no tocante à ordem pública, mas sobretudo no sentido da ordem econômica e social, normas limitadoras da liberdade individual, que se exercem, em grande parte, por meio do poder de polícia.

Escreve, nesse sentido, Gabino Fraga:

“Pero el poder de policía adquiere una extensión cada vez mayor en los Estados modernos, en que otros intereses, distintos de los de

6 Rafael Bielsa, *Derecho Administrativo*, 1939, vol. III, p. 89 e 99. A propósito assinala Otto Mayer que “la idea de policía encierra una contradicción irreductible con el formalismo severo mediante el cual el regimen del derecho se propone proteger la libertad” (ob. cit., p. 13).

7 Otto Mayer, ob. cit., p. 35.

8 Fleiner, ob. cit., p. 239.

9 Oviedo, ob. cit., p. 511; Justino Antônio de Freitas, *Instituições de Direito Administrativo Português*, 1861, p. 192; Vicente Pereira do Rêgo, *Compêndio ou repetições escritas sobre os elementos de Direito Administrativo*, 3.^a edição, 1877, p. 106.

orden, seguridad y salubridad, van desarrollándose y en que, por lo tanto, es indispensable conciliarlos con los intereses individuales.

“De esta manera, el régimen de policía que, en un sentido restringido, sólo comprende los tres intereses primarios a que nos hemos referido, va extendiéndose para proteger los nuevos intereses que reclaman satisfacción en estados sociales más avanzados”.¹⁰

Já, entre nós, Rui Barbosa, em trabalho de 1915, se referia, sob a invocação de Freund, à dilatação do território afeto ao poder de polícia:

“Pràticamente, os interêsses, em que consiste o bem público, bem geral, ou bem comum, *public welfare*, cometido à discríção do poder de polícia, abrangem duas grandes classes: os interêsses econômicos, menos diretos, menos urgentes, menos imperiosos, mais complexos, e os interêsses concernentes à segurança, aos bons costumes, à ordem, interêsses mais simples, mais elementares, mais preciosos, mais instantes em qualquer grau de desenvolvimento social nas coletividades organizadas e policiadas”.¹¹

A passagem do tempo sòmente terá modificado o pronunciamento do grande mestre no sentido de nivelar, em suas repercussões sociais, as duas categorias de interêsses protegidos pelo poder de polícia: é que o fenômeno econômico assumiu relêvo mais urgente, colocando-se sob a proteção especial do Estado. Aliás, a rigor, mesmo no conceito clássico de estrita manutenção da ordem, da segurança e da tranquilidade públicas caberia a disciplina da atividade econômica, desde que, pela sua agudeza e hipertrofia, ela se convertesse em ameaça à paz social e à estabilidade coletiva.

4 — E' curioso anotar, no entanto, que a doutrina francesa se mantém, via de regra, dentro do limitado conteúdo de defesa da ordem pública, da segurança e da salubridade.¹² E' que influi, decisivamente, nesse sentido, a manifestação expressa do legislador, fixando, como objeto da competência da autoridade municipal em matéria de polícia, “*assurer le bon ordre, la sûreté et la salubrité publiques*”.¹³ A própria lei, no entanto, tem ampliado, largamente, os poderes gerais de polícia, criando as chamadas polícias especiais.¹⁴ Por outro lado, a teoria dos poderes de guerra elaborada pelo Conselho de Estado, a propósito do conflito de 1914-1918 e revivida, recentemente, em tórno à última conflagração mundial, admite agravações excepcionais do poder de polícia, mesmo sem prévia autorização legal.¹⁵

10 Gabino Fraga, *Derecho Administrativo*, p. 557.

11 Rui Barbosa, ob. cit., p. 319.

12 Roger Bonnard, *Précis de Droit Administratif*, p. 319; Berthélemy, *Traité élémentaire de Droit Administratif*, p. 268; Waline, *Traité élémentaire de Droit Administratif*, p. 266; Rolland, *Précis de Droit Administratif*, p. 399; Laubadère, *Manuel de Droit Administratif*, p. 197.

13 Lei de 5 de abril de 1884, art. 97 (*Code Administratif* Dalloz, p. 135).

14 Waline, ob. cit., p. 256.

15 Laubadère, ob. cit., p. 87/89 e 206; Waline, ob. cit., p. 281.

Também na Itália, inspirando-se em quadro legal semelhante, a doutrina tem conceituado a polícia administrativa em termos muito aproximados do figurino gaulês. Com poucas variações, menos de conteúdo do que de latitude de ação, poderemos encontrar em Ranelletti, Santi Romano, D'Alessio ou Zanobini¹⁶ a vinculação das atividades de polícia à preservação da ordem, salubridade e segurança públicas.

5 — Profundamente diverso se apresenta o sentido do poder de polícia da doutrina e na jurisprudência americanas. Enquanto nos países europeus a sua caracterização se limita apenas àquelas formas de limitação de direitos individuais emanadas da Administração (e, portanto, sujeita ao princípio da anterioridade legal), nos Estados Unidos o *police power* se apresenta, sobretudo, em referência ao exercício da função legislativa. Daí o seu deslocamento, em grande parte, para a esfera do Direito Constitucional, onde tem sido intensa e variável a construção, especialmente na jurisprudência da Suprema Corte, das grandes linhas do instituto.

A expressão *police power* surge, pela primeira vez, em 1827, utilizada por Marshall no caso *Brown v. Maryland*, voltando, dez anos mais tarde, a ser usada no caso *Mayor of New York v. Miln*, tornando-se, pouco a pouco, de emprêgo comum. Em uma das primeiras definições, no caso *Commonwealth v. Alger* (1853), dizia o Chief Justice Shaw, depois de aludir à relatividade dos direitos de propriedade, subordinados aos demais interesses individuais e aos da coletividade:

“The power we allude to is rather the police power, the power vested in the legislature by the Constitution to make, ordain, and establish all manner of wholesome and reasonable laws, statutes, and ordinances, either with penalties or without, not repugnant to the Constitution, as they shall judge to be for the good and welfare of the Commonwealth, and of the subjects of the same”.¹⁷

Tendo como origem os poderes residuais constitucionalmente atribuídos aos Estados, o *police power* passou a corresponder, no sentido mais amplo, à competência legislativa estadual para regular os direitos privados em benefício dos interesses coletivos. A sua latitude alcançava não somente os casos de segurança, moralidade ou salubridade públicas, mas tôdas as iniciativas visando à conveniência pública ou à prosperidade geral (casos *C. B. & Q. R. R. Co. v. Grimwood*; *Bacon v. Walker*; *Eubank v. Richmond*), ou, como ficou dito no caso *Noble Bank v. Haskell*: “It may be said in a general way that the police power extends to all the great public needs”.¹⁸

16 Ranelletti, *La polizia di sicurezza* no *Trattato di Diritto Amministrativo*, de Orlando, vol. IV, p. 207/s.; Santi Romano, *Principii di Diritto Amministrativo Italiano*, p. 193; D'Alessio, *Diritto Amministrativo*, vol. II, p. 128; Zanobini, *Corso di Diritto Amministrativo*, vol. V, p. 17.

17 Willoughby, *Principles of the Constitutional Law of the United States*, 2.^a edição, 1935, p. 763.

18 Willoughby, *ob. cit.*, p. 766.

O poder de polícia subordina, por essa forma, todos os direitos individuais à regra do bem comum, aplicando a máxima *sic utere tuo ut alienum non laedas*".¹⁹ Em sua extrema expressão, conduziria, como salientou Mathews, ao abandono da filosofia individualista do *laissez faire* e a aproximação do coletivismo.²⁰

Surge, porém, na jurisprudência americana um retrocesso no alcance do *police power* dos Estados em relação aos grandes interesses econômicos de âmbito interestadual e nacional. Calcado, de início, na liberdade de comércio interestadual (*interstate commerce clause*) e de contrato (*contract clause*), mas, sobretudo, no requisito do processo legal próprio (*due process of law*) o interesse privado poderosamente constituído pela prosperidade da indústria e do comércio combateram, repetidamente, a aplicação do *police power* pelos Estados.

A revolução industrial exigia do Estado uma atitude de abstenção: a de não interferir em seu extraordinário desenvolvimento e na conseqüente concentração de poder nas grandes indústrias. A doutrina dos *vested rights*, segundo a qual certos direitos fundamentais estavam acima do contróle do Govêrno, servia a êsse propósito e, embora derrotada na primeira metade do século XIX pelo princípio da soberania popular, viria a ressurgir, na segunda metade dêle, pela construção da cláusula do *due process of law* como um antídoto ao *police power* estadual.

Alfred H. Kelly e Winfred A. Harbison, em notável estudo sobre as origens e o desenvolvimento da Constituição americana, evidenciam o alcance pragmático dessa tendência:

"What business needed was a means whereby the prevailing doctrine of *laissez-faire* economic theory could be written into constitutional law as a positive protection against "unreasonable" legislation".²¹

O caminho para a interpretação individualista da Constituição foi aberto pela invocação da regra consagrada, desde 1791, na 5.^a Emenda e reproduzida, em 1868, na 14.^a Emenda como limitação à competência estadual:

"No State shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States; nor shall any State deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law".

A história da 14.^a Emenda comprova que o seu enderêço era, estritamente, o de assegurar a todos garantias processuais idôneas: era, em suma, uma regra de puro teor adjetivo e assim a entendeu, inicialmente, a Suprema Côrte, que nos *Slaughterhouse Cases* e nos *Granger Cases*, recusou a concepção substantiva da *due process clause*. A partir de 1877, a jurisprudência cede terreno, porém, à pressão dos inte-

19 Willoughby, ob. cit., p. 767.

20 Mathews, *The American Constitutional System*, 1940, p. 456.

21 Alfred H. Kelly & Winfred A. Harbison, *The American Constitution. Its Origins and Development*, 1948, p. 498.

rêsses dominantes e à noção capitalista do papel de neutralidade do Estado.

A época áurea do capitalismo americano, com a correspondente prosperidade nacional, encontra na simpatia dos tribunais um aliado poderoso. O Judiciário assume a supremacia política e se inicia a fase do “*governo dos juizes*”.

Roger Pinto, em livro recente, no qual atestou a extinção do mito judiciário americano, assinala:

“Ainsi fut consacrée dans les années 90 l’alliance du juge et du capitaliste sous les auspices des grands avocats du temps. La Cour Suprême devient la gardienne de l’orthodoxie économique”.²²

O largo e indefinido conteúdo da *judicial review*, que dominou o cenário americano no primeiro quartel do século atual, colocou o Supremo Tribunal, por meio do seu poder de veto aos atos legislativos, como “a king of *negative third chamber* both to the state legislature and to Congress”.²³

Due process e *state police power* tornaram-se, assim, expressões antinômicas, como símbolos da oposição da iniciativa privada e do interesse público.²⁴ E nesse antagonismo visceral cabia sempre ao Poder Judiciário a opção definitiva: “The Supreme Court became, in great detail, the arbiter of what the states might do”.²⁵

Cessa, porém, gradualmente, o prestígio incontestado do capitalismo, a auréola quase romântica dos capitães de indústria; os conflitos sociais dia a dia mais agudos, o fortalecimento da classe operária por meio da organização sindical e os primeiros sintomas da crise econômica, afinal desencadeada em 1929, vão fortalecendo o sentido intervencionista do Estado, já então no âmbito federal. Firma-se um novo *federal police power* que serve de vanguarda à futura reforma do *New Deal*, todo êle concebido dentro do espírito de rigorosa regulamentação da iniciativa privada.

Depois de resistências iniciais, a Suprema Côrte abdica de sua predominância política e se submete à nova era de fortalecimento do Poder Executivo. O “governo dos juizes” agoniza lentamente. Os votos vencidos de Holmes e Brandies, na Côrte conservadora, são o espelho e a bússola da nova Côrte Suprema. A presença constante do Estado na disciplina das liberdades individuais tornou-se não somente aceita, mas desejada, porque, conforme o lúcido diagnóstico de Swisher, formara-se a convicção de que a escolha não era entre os conceitos de liberdade e autoridade, mas entre o contrôle público e o privado:

22 Roger Pinto, *La crise de l’Etat aux États-Unis*, 1951, p. 121.

23 Kelly & Harbison, ob. cit., p. 539.

24 Rodolfo Bledel, *Introducción al estudio del Derecho Público Anglo-sajon*, 1947, p. 120.

25 Carl Brent Swisher, *American Constitutional Development*, 1943, p. 813. No mesmo sentido, ver Kelly & Harbison, ob. cit., p. 522.

“... our economic system being what we have made it or permitted it to become, the choice of the American people is not between genuine freedom, on the one hand, and submission to governmental control, on the other. The choice rather is, in a high degree, one between control by government, on the one hand, and control by the business instruments of our economy, on the other”.²⁶

O papel desempenhado pela cláusula do *due process of law* como força de repressão ao poder de polícia perde, assim, o seu objetivo, ficando relegado ao “museu das antiguidades constitucionais” (Roger Pinto). O princípio conserva, somente, sua importância como garantia da regularidade processual, especialmente em matéria penal.²⁷

A concepção peculiar ao direito público americano do *police power* como processo legislativo de limitação dos direitos e liberdades individuais transporta-o, como vimos, para o campo mais largo do Direito Constitucional. Paralelamente, contudo, se assinala, também, na ação propriamente administrativa a faculdade de regular, dirigir e coordenar as atividades individuais, de acordo com o interesse público. Entre as formas do poder administrativo (*administrative powers*) se colocam as várias modalidades do poder de polícia, no sentido atribuído à expressão pelo Direito Administrativo. Seja pelo poder regulamentar (*rule-making power*) como pela faculdade de ordenar ou executar (*directing* ou *summary powers*) não são estranhos à doutrina americana os processos de ação da polícia administrativa.²⁸

6 — O poder de polícia é, em suma, o conjunto de atribuições concedidas à administração para disciplinar e restringir, em favor de interesse público adequado, direitos e liberdades individuais. Essa faculdade administrativa não violenta o princípio da legalidade porque é da própria essência constitucional das garantias do indivíduo a supremacia dos interesses da coletividade. Não há direito público subjetivo absoluto no Estado moderno.²⁹ Todos se submetem, com maior ou menor intensidade à disciplina do interesse público, seja em sua formação ou em seu exercício. O poder de polícia é uma das faculdades discricionárias do Estado, visando à proteção da ordem, da paz e do bem-estar sociais.³⁰

Não se confunde o poder discricionário com o arbítrio irresponsável. A capacidade de auto-determinação naqueles setôres em que a lei não vinculou o procedimento do administrador se executa apenas no tocante a determinados elementos do ato administrativo, num sis-

26 Carl Brent Swisher, *The growth of Constitutional Power in the United States*, p. 166.

27 Roger Pinto, ob. cit., p. 131; Swisher, *The growth of Constitutional Power*, p. 124/125.

28 Freund, *Administrative power over persons and property*, p. 59/s.; James Hart, *An introduction to Administrative Law*, 1950, p. 309/s.

29 Ver, a propósito, Seabra Fagundes, *Direitos públicos subjetivos do indivíduo e sua proteção jurisdicional*, *Revista Forense*, vol. 96, p. 35.

30 Seabra Fagundes, *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*, p. 306, nota 12-A.

tema por assim dizer de liberdade vigiada, porque, como fixou modularmente Seabra Fagundes, “no que concerne à competência, à finalidade e à forma o ato discricionário está tão sujeito aos textos legais como qualquer outro”.³¹

O poder discricionário é, afinal, a faculdade concedida à administração para apreciar o *valor dos motivos* e determinar o *objeto* do ato administrativo, quando não o preestabeleça a regra legislativa. Ele se submete não somente a limites externos (que Vitor Nunes Leal³² chamou, simbolicamente, de *horizontais*), como sejam a competência, a forma e a existência material dos motivos, como também a limites internos (que se poderiam descrever como *verticais*), que dizem respeito à observância da finalidade legal.

7 — O respeito ao fim expresso ou implícito na regra de competência constitui condição essencial à validade dos atos administrativos. A faculdade de agir outorgada ao administrador não é construída no vácuo, mas em função de determinados objetivos sociais, que não podem ser ignorados ou subvertidos pelo agente. Não é lícito à autoridade pública atuar senão para o fim previsto na lei. A substituição do interesse público especificamente considerado na regra de competência por um interesse privado ou por outro interesse público estranho à finalidade legal vicia, irremediavelmente, o ato administrativo pela figura do desvio de poder (*détournement de pouvoir*).³³

E', sobretudo, em relação aos atos de polícia, por sua natureza discricionária, que o controle da legalidade do fim objetivado na ação administrativa adquire relêvo especial. Ele corresponde à eliminação dos processos maliciosos e subreptícios (e, por isso mesmo, socialmente mais nocivos) de arbítrio administrativo acobertado pelo aparente respeito à lei.

O exercício do poder de polícia pressupõe, inicialmente, uma autorização legal explícita ou implícita atribuindo a um determinado órgão ou agente administrativo a faculdade de agir. A *competência* é sempre condição vinculada dos atos administrativos, decorrentes necessariamente de prévia enunciação legal. A sua verificação constitui, portanto, outro limite à latitude da ação de polícia que somente poderá emanar de autoridade legalmente habilitada.

Na escolha dos meios de ação administrativa, ou seja, no tocante ao objeto, está igualmente limitado o poder de polícia. Embora decidindo discricionariamente da oportunidade ou conveniência das medidas administrativas ou mesmo da forma de sua materialização, deve a autoridade se utilizar de meios compatíveis com a lei: “en matière de police — destaca Roger Bonnard — la fin ne justifie pas tout moyen”.

31 Seabra Fagundes, voto na apelação cível n. 1.422, in *Revista de Direito Administrativo*, vol. 14, p. 58.

32 Vitor Nunes Leal, *Poder discricionário e ação arbitrária da Administração*, *Revista de Direito Administrativo*, vol. 14, p. 65.

33 Sôbre a caracterização do desvio de poder e sua aplicação no direito brasileiro, ver minha tese de concurso *Desvio de poder em matéria administrativa*, Rio de Janeiro, 1951.

O objeto do ato de polícia deve ser não somente lícito, mas idôneo e proporcional à ameaça à ordem jurídica.

Importando, via de regra, o poder de polícia em restrições a direitos individuais, a sua utilização não deve ser excessiva ou desnecessária, de modo a não configurar um abuso de poder.³⁴ Não basta que a lei possibilite a ação coercitiva da autoridade para justificação do ato de polícia. E' necessário, ainda, que se objetivem condições materiais que solicitem ou recomendem a sua inovação.

A coexistência da liberdade individual e do poder de polícia repousa na conciliação entre a necessidade de respeitar essa liberdade e a de assegurar a ordem social. O requisito de conveniência ou de interesse públicos é, assim, um pressuposto necessário à limitação dos direitos do indivíduo.³⁵

8 — O poder de polícia é, essencialmente, preventivo.³⁶ E' necessário distingui-lo daquela atividade preliminar à repressão penal também exercida pelas autoridades policiais. A doutrina francesa criou, como critério diferenciador, a separação entre a polícia judiciária e a polícia administrativa. A primeira, de natureza repressiva, incumbida de apurar a responsabilidade e de encaminhar à justiça os autores de infrações penais. A segunda, de finalidade preventiva, votada à manutenção da segurança, ordem e tranquilidade públicas como meio de resguardar o meio social de ofensas potenciais.

O poder de polícia, no sentido que lhe atribui o Direito Administrativo, é peculiar, unicamente, à polícia administrativa: "sólo la policía administrativa (afirma Otto Mayer, citando Loening e Von Sarwey) es verdaderamente policía".³⁷ No mesmo sentido se manifesta, ainda mais expressivamente, Roger Bonnard:

"On a cru ainsi qu'il y avait deux polices alors qu'en réalité il n'y a qu'une police, la police administrative; l'autre, la police judiciaire n'étant dénommée police que par abus de langage. Sous le nom de police il ne sera question ici que de la police administrative".³⁸

Se a distinção diminui de importância naqueles países, como o nosso, em que se duas modalidades de polícia se confundem no mesmo órgão,³⁹ nem por isso, no plano da natureza intrínseca da função, deixa de se estabelecer uma sensível diversidade entre a ação policial repressiva e o poder de polícia do Estado.

34 Roger Bonnard, ob. cit., 321; Alibert, *Le controle juridictionnel de l'Administration*, p. 247; Waline, ob. cit., p. 267; Marcelo Caetano, *Manual de Direito Administrativo*, p. 390; Guimarães Menegale, *Direito Administrativo e Ciência da Administração*, vol. III, p. 23.

35 A propósito do equilíbrio entre as liberdades individuais e o poder de polícia, ver a excelente decisão do Conselho de Estado francês, comentada por Marcel Waline (*Revue du Droit Public et de la Science Politique*, ano LXVII, n. 4 (outubro-dezembro de 1951, p. 1098/s.))

36 Bielsa, *Derecho Administrativo*, vol. III, p. 89.

37 Otto Mayer, ob. cit., p. 16.

38 Roger Bonnard, ob. cit., p. 318.

39 Guimarães Menegale, ob. cit., p. 26; Bielsa, ob. cit., p. 88.

9 — O poder de polícia se manifesta por intermédio de regulamento de atos administrativos. Aquêles estabelecem condições gerais de exercício de direitos ou interesses legítimos e disciplinam o modo de atuação das autoridades administrativas. Os últimos concretizam a relação jurídica administrativa, quer permitindo ou limitando a atividade privada (autorizações, permissões, licenças), quer determinando a conduta individual (ordens administrativas).

As decisões de polícia são, por natureza, executórias. A administração tem a faculdade de recorrer a meios coercitivos para compelir ao cumprimento de suas determinações. A coação administrativa, desde que exercida moderadamente e dentro nos quadros legais, é meio essencial à realização do poder de polícia.⁴⁰

10 — A legalidade da ação de polícia é fiscalizada mediante o controle jurisdicional da Administração, cabendo ao Poder Judiciário declarar a nulidade dos atos administrativos viciados de excesso ou abuso de poder (Constituição, art. 141, §§ 4.º, 23 e 24). Por meio de *habeas-corpus* ou mandado de segurança, nos casos de certeza e liquidez do direito violado ou ameaçado e, nos demais casos, por meio de ação cominatória ou anulatória ou, ainda, pelos remédios possessórios, possibilita-se a garantia jurisdicional contra a ilegalidade administrativa.⁴¹

11 — A competência de polícia pertence, segundo a matéria, à esfera federal, estadual ou municipal, podendo ser concorrente ou exclusiva. Nas hipóteses legais (como por exemplo nos casos dos arts. 18, § 3.º e 153, § 3.º da Constituição) poderá, ainda, ser delegada ou transferida. Dependerá sempre, no entanto, de determinação legal específica ou genérica, não podendo ser presumida ou deduzida por analogia ou extensão.

40 Sobre os meios diretos ou indiretos de coerção administrativa, ver: Seabra Fagundes, *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*, p. 253.

41 Ver: Seabra Fagundes, *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário e Da proteção do indivíduo contra o ato administrativo ilegal ou injusto*; Ranelletti, *Le gaurentigie della giustizia nella pubblica amministrazione*; Hart, *An introduction to Administrative Law* (parte I — Modes of judicial control).