

OS LIMITES DO PODER NORMATIVO DE POLÍCIA ADMINISTRATIVA*

9 de abril de 2018.

Azor Lopes da Silva Júnior**

O problema de pesquisa e as hipóteses.

Definir com precisão os limites do poder de produção de atos administrativos normativos é uma árdua tarefa por conta de, senão outros, ao menos três fatores que o dificultam no sistema jurídico brasileiro: a falta de codificação do direito administrativo, o arranjo federativo e o modelo de jurisdição una.

Se a doutrina tradicional do direito administrativo brasileiro é sólida e clara ao estabelecer que os atos administrativos, inclusive os normativos, têm requisitos (*competência, finalidade, forma e motivo*) e atributos (*presunção de legitimidade, imperatividade, auto-executoriedade e exigibilidade*) indispensáveis a sua validade e, bem por isso, recorrentemente abordados pelos doutrinadores e articulistas, o mesmo não acontece quando de fala de seus limites; em regra os trabalhos tautologicamente apontam como limite aquele ponto em que não se supera a legalidade e a razoabilidade, avançando para a ilegalidade ou o abuso de poder.

Ao apontarmos a falta de codificação do direito administrativo brasileiro o fazemos porque, sendo nosso sistema de adepto do direito continental positivado e não aquele de tradição consuetudinária, a norma escrita e – preferencialmente – aquela codificada conforme seu ramo jurídico é nossa fonte primária e mais clara do direito. Não havendo um código administrativo, tal como existem os estatutos de direito material e instrumental civil, penal, eleitoral, trabalhista etc., resta imprecisa e dispersa a produção de atos normativos administrativos nas três planos da divisão orgânica e da divisão especial do poder, gerando difícil o controle de legalidade e de

constitucionalidade desses atos administrativos normativos.

Igualmente, o arranjo federativo brasileiro é outro fator de complexidade (MORIN, 1999). O país quando proclamou sua opção pela forma republicana e formulou, em 1891, uma carta constitucional inspirada no federalismo norte-americano com acentuada autonomia dos estados-membros; entretanto, as constituições que se seguiram (1934, 1937, 1946, 1967, 1969 e 1988) que se seguiram concentraram a maior parcela da competência legislativa nas mãos da União (artigo 22), em detrimento da autonomia dos estados que detém competência residual (artigo 29, § 1º) e, para acentuar esse cenário, reservou-se aos municípios expressa autonomia e competência legislativa para assuntos de interesse local (artigo 30, I).

Dissemos que o cenário fora acentuado ao nos referirmos aos municípios, porque considerável parcela dos fatores que refletem diretamente na segurança, salubridade e tranquilidade públicas acham-se diretamente nas chamadas “posturas” e são ou deveriam se cuidadas pelos “códigos de posturas” que, por sua vez, inserem-se no campo das matérias de interesse local, daí porque de competência legislativa municipal.

O último dos três fatores que elencamos como complicadores do sistema brasileiro é o fato de que nosso direito administrativo não adotou o modelo de jurisdição dual¹, apesar de ser inspirado na

* Este artigo foi produzido a partir da palestra apresentada pelo autor no “Seminário Nacional de Oficiais Militares Estaduais e VII Encontro de Oficiais Militares Estaduais”, promovido pela Associação dos Oficiais de Oficiais da Polícia Militar e do Corpo de Bombeiros Militar de Santa Catarina “Capitão Osmar Romão da Silva” (ACORS), no Oceania Convention Center (Praia dos Ingleses) nos dias 05 e 06 de abril de 2018.

doutrina francesa – que se irradiou pela Europa e, particularmente nas terras de nossos colonizadores lusos – mas, num sincretismo jurídico, assumiu o modelo de jurisdição una de inspiração norteamericana.

Aqui, tal como nos Estados Unidos da América, nenhuma lesão ou ameaça a direito pode ser excluída da apreciação do Poder Judiciário (artigo 5º, XXXV), que pode avaliar e anular um ato administrativo que entenda ilegal ou abusivo; nos países de jurisdição dual – como é o caso de França e Portugal, entre outros – há uma jurisdição

administrativa que é a única capaz de aferir a validade de um ato administrativo de qualquer natureza, não se permitindo à jurisdição civil fazê-lo.

É dessa origem histórica de adoção da doutrina francesa de jurisdição dual distintamente competentes (administrativa e civil) que trazemos os conceitos de “polícia administrativa” e de “polícia judiciária”, respectivamente *longa manus* da magistratura administrativa e da magistratura civil, obviamente, pelas razões expostas, inócuos na estrutura orgânica do estado brasileiro.

Vencidas essas questões, no plano normativo vigente, veja-se que nossa Constituição Federal assentou que “*A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio*” (artigo 144) e, mais ainda, fez definir qual órgão responsável: “*Às polícias militares cabem a polícia ostensiva e a preservação da ordem pública*” (artigo 144, § 5º); mais que isso, no nível infraconstitucional foi recepcionada a definição normativa de “ordem pública”², “manutenção da ordem pública”³ e “perturbação da ordem”⁴ assinalada no Decreto nº 88.777, de 1983, que já atribuía às polícias militares estaduais essa atividade de proteção social.

** Doutor Sociologia pela Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho” (2010-2014). Mestre em Direito pela Universidade de Franca (2002-2004). Especialista em Direito pela Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”/Fundação de Apoio à Pesquisa e Extensão de São José do Rio Preto (1997-1998). Especialista em Segurança Pública pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (2006-2007). Especialista em “Estratégias em Segurança Pública” pela Universidade Federal do Paraná/Academia Policial Militar do Guatupê (2008). Doutor (2008), Mestre (2005) e graduado (1982-1984) em “Ciências Policiais de Segurança e Ordem Pública” pelo sistema de ensino Militar (Art. 83 da LDB; Lei Complementar (SP) nº 1.036, de 11 de janeiro de 2008, Art. 5º, IV, “c”). Professor Universitário do curso de Direito no Centro Universitário de Rio Preto (1999- ...) e na Faculdade de Educação, Ciências e Artes Dom Bosco de Monte Aprazível (2009-2015). Professor no Centro de Altos Estudos em Segurança Pública “Coronel Nelson Freire Terra” (2005-2013). Tutor de Ensino à Distância SENASP/Ministério da Justiça (2010- ...). Membro de corpo editorial na Revista do Laboratório de Estudos da Violência e Segurança (ISSN: 1983-2192) e na Revista Brasileira de Estudos de Segurança Pública (ISSN: 2175-053X). Autor de “Teoria e Prática Policial Aplicada aos Juizados Especiais Criminais”. 2. ed. São Paulo: Suprema Cultura, 2008; Constituição Federal Interpretada. (Costa Machado, A.C. [Org.]). 8. ed. Barueri: Manole, 2010 ... 2017; Fundamentos Jurídicos da Atividade Policial. São Paulo: Suprema Cultura, 2010. 143p; Direito e Literatura: confluências e afinidades. (Faria, G. [Org.]). São Paulo: Cultura Acadêmica, 2015. Atualmente é Coronel da Reserva da Polícia Militar do Estado de São Paulo, Professor Universitário de Direito e Advogado. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/6088271460892546>. É Fundador e Presidente do IBSP na gestão 2017-2019.

¹ Sobre esse tema recomendamos a leitura de nossa pesquisa publicada: SILVA JÚNIOR, Azor Lopes da. **Fundamentos Jurídicos da Atividade Policial**. São Paulo: Suprema Cultura, 2010. 143p.

² DECRETO Nº 88.777, DE 30 DE SETEMBRO DE 1983. Conjunto de regras formais, que emanam do ordenamento jurídico da Nação, tendo por escopo regular as relações sociais de todos os níveis, do interesse público, estabelecendo um clima de convivência harmoniosa e pacífica, fiscalizado pelo poder de polícia, e constituindo uma situação ou condição que conduza ao bem comum.

³ DECRETO Nº 88.777, DE 30 DE SETEMBRO DE 1983. É o exercício dinâmico do poder de polícia, no campo da segurança pública, manifestado por atuações predominantemente ostensivas, visando a prevenir, dissuadir, coibir ou reprimir eventos que violem a ordem pública.

⁴ DECRETO Nº 88.777, DE 30 DE SETEMBRO DE 1983. Abrange todos os tipos de ação, inclusive as decorrentes de calamidade pública que, por sua natureza, origem, amplitude e potencial possam vir a comprometer, na esfera estadual, o exercício dos poderes constituídos, o cumprimento das leis e a manutenção da ordem pública, ameaçando a população e propriedades públicas e privadas.

Também recepcionado pela carta constitucional vigente, o Código Tributário Nacional é, enquanto lei sob os aspectos formal e material que estabelece, no plano nacional, normas gerais sobre direito tributário, o único estatuto normativo que definiu o “poder de polícia”, dizendo:

“Considera-se poder de polícia atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranquilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos” (artigo 73, grifos nossos).

Os termos e vocábulos que destacamos em grifos no artigo 73 do Código Tributário Nacional evidenciam que o exercício do poder de polícia inclui o de disciplinar – noutra palavra: de *normatizar* – posturas potencialmente impactantes na segurança, na salubridade e na tranquilidade públicas, em síntese: *na ordem pública*.

Já a caminho do arremate de nossa tese é momento de trazer dentre tantos respeitados administrativistas o escólio do professor José Cretella Júnior que, ao contrário de outros teóricos, afirma que dentre as espécies de atos administrativos normativos a “portaria” é veículo legítimo de normatização detalhada de posturas⁵; isso o renomado autor deixou em seu famoso tratado de 1966 e, como se já não bastasse,

⁵ “Na órbita exterior, dirigindo-se ao público, reúne a portaria traços de generalidade e coatividade, mas não de novidade. Portaria não inova, não cria, não extingue direitos, não modifica, por si, qualquer impositivo da ordem jurídica em vigor. Não dispõe *contra legem*, mas atua *secundum legem*. Interpreta o texto legal com fins executivos, desce a minúcias não explicitadas em lei. Pela portaria, por exemplo, disciplina-se o trânsito, indicando as mãos, os estacionamento, desviando-se os movimentos de pedestres e veículos, em casos de festas, comícios, incêndios. Também pela portaria fixam-se preços a gêneros alimentícios, impõe-se um teto para serviços particulares prestados ao público”. (CRETELLA JÚNIOR, José. **Tratado de direito administrativo**. 1966. v. 2, p. 137.).

insistiu na mesma tese em minucioso artigo, publicado quase uma década após, para atribuir a essa forma de ato administrativo normativo, a capacidade de operar efeitos não somente *interna corporis* nos órgãos da administração pública, mas dotá-los de legitimidade e generalidade a reger posturas *externa corporis*, dirigidas assim ao público administrado não integrante da estrutura da Administração (a sociedade civil)⁶.

Considerações conclusivas: a tese.

Expostas não só as peculiaridades que levam à certa nebulosidade no plano do direito administrativo do sistema jurídico brasileiro, mas também o fundamento constitucional, legal e regulamentar que garante a fixação de competências aos órgãos da estrutura da Administração, bem como das formas de exercício do poder de polícia, destacando-se a espécie definida como *Portaria*, é possível arrematar algumas conclusões neste ensaio teórico.

Uma *primeira conclusão* é de que, sempre respeitada a supremacia da norma constitucional e os princípios por ela adotados (GOLDSTEIN, 2003), podem as autoridades administrativas regular posturas por meio de portarias, cuja validade jurídica se assentará em lei ou, na falta de “lei” em sentido estrito ou de “lei” em sentido amplo (decretos, resoluções, instruções normativas etc.), na própria Constituição Federal ou alguma das Constituições Estaduais que

⁶ “A portaria é um ato administrativo especial, ou seja, ‘declaração concreta de vontade, de opinião, de juízo, de ciência, de um órgão administrativo do Estado ou de outro sujeito de direito público administrativo no desdobramento da atividade de administração’ (Ranelletti, Oreste. *Teoria degli atti amministrativi speciali*. 7. ed. 1945. p. 3). Há, entretanto, a portaria geral, que consiste em declaração dirigida, de modo abstrato, a situações ou pessoas indeterminadas, impessoais, não concretas, não-identificadas. Dirige-se a um conjunto de administrados, funcionários ou não”. (CRETELLA JÚNIOR, José. Valor jurídico da portaria. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, 117:447-459, jul. set. 1974).

haja regrado o tema dentro de sua competência legislativa residual.

Uma segunda conclusão é de que as polícias militares – sendo os órgãos com investidura constitucional e regulamentar com atribuição de promover a preservação da ordem pública – por suas autoridades nos variados níveis organizacionais de gestão e competência, podem suprir aparentes lacunas normativas editando regras de posturas em matéria de segurança, salubridade e tranquilidade públicas na forma de *portarias*.

A última conclusão vem do devido respeito ao arranjo federativo e à competência legislativa dos municípios em matéria de interesse local; de plano temos por indefensável eventual conflito de competência normativa entre autoridades policiais militares estaduais e autoridades municipais quando se trate de matéria de típico interesse local e já regradada pelo município; nessa hipótese, até por força do princípio da cooperação – *que é marca do moderno federalismo* – vem em socorro a figura do convênio, por meio do qual pode o município delegar poder e competência às autoridades estaduais em matéria de segurança, salubridade e tranquilidade públicas já regradadas por normas jurídicas locais.

Referências bibliográficas

CRETELLA JÚNIOR, José. **Tratado de direito administrativo**. 1966. v. 2, p. 137.

_____. Valor jurídico da portaria. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, 117:447-459, jul. set. 1974.

GOLDSTEIN, Herman. **Policiando uma sociedade livre**. São Paulo: EdUSP, 2003.

MORIN, Edgar. Por uma reforma do pensamento complexo. In: PENA-VEJA, Alfredo; ALMEIDA, Elimar Pinheiro de. (Org.). Tradução Márcia Cavalcanti Ribas. **O pensar complexo: Edgar Morin e a crise**

da modernidade. Rio de Janeiro: Garamond, 1999, p. 21-34.

SILVA JÚNIOR, Azor Lopes da. A segurança como meio de eficácia dos direitos fundamentais. Dissertação (Mestrado em Direito). Orientador: Prof. Dr. Ibrahim Hadad. **Universidade de Franca**. 2005.

_____. Fundamentos Jurídicos da Atividade Policial. São Paulo: Suprema Cultura, 2010. 143p

_____. O modelo brasileiro de segurança pública e a 1ª Conferência Nacional de Segurança Pública. Tese (Doutorado em Sociologia). Orientadora: Profa. Dra. Maria Teresa Miceli Kerbauy. **Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”** (UNESP). 2014.