SOCIEDADE BRASILEIRA DE DIREITO PÚBLICO – sbdp

Monografia de conclusão de curso da Escola de Formação

Poder de Polícia e Liberdades Fundamentais no Supremo Tribunal Federal:

Uma análise do MS 20258 de 1981 e da ADIN 1969 de 1999.

.

Rodrigo Vidal Nitrini

SÃO PAULO - 2002

1. Introdução

O presente trabalho possui o objetivo de desenvolver uma reflexão fundamentada na análise de dois acórdãos do Supremo Tribunal Federal, referentes a casos de restrições a liberdades fundamentais ocorridas por meio do exercício do poder de polícia.

Com efeito, os dois acórdãos selecionados são extremamente emblemáticos na medida em que caracterizam dois períodos distintos e marcantes da história brasileira: no primeiro, de 1981, ainda se faz presente de maneira muito intensa o arranjo institucional da ditadura militar iniciada em 1964; no segundo, de 1999, tem-se já consolidado em grande medida o arranjo institucional da democracia derivada da Carta de 1988.

No entanto, a escolha dos acórdãos justifica-se por um aspecto muito mais interessante: ambos os casos podem ser considerados análogos na medida em que tratam, essencialmente, de uma mesma situação: são restrições a liberdades de exercício democrático que, por serem exercidas diretamente diante de autoridades políticas, importunaram incisivamente os governos destas ocasiões. Ambas restrições se deram por intermédio do chamado poder de polícia, e cultivaram, como será visto a seguir, argumentos muito semelhantes.

Nada obstante, mesmo diante de situações tão próximas, percebe-se uma radical mudança de posicionamento do Supremo Tribunal Federal entre as duas decisões. Diante desta constatação, o presente trabalho buscará diferenciar a lógica de cada decisão, para, enfim, refletir sobre como cada posicionamento adotado é determinante sobre a sistemática da restrição discricionária de direitos fundamentais.

2. Os acórdãos analisados

2.1 – Mandado de Segurança 20258/81.

O primeiro caso a ser analisado é o Mandado de Segurança 20258 de 1981. Neste caso, professores que acompanhavam a votação de um Projeto de Emenda Constitucional de seu interesse no Congresso Nacional foram impedidos de transitar pelas Casas por meio de um ato do Presidente da instituição, o Senador Luiz Vianna Filho, que, sob o argumento de tentar preservar o bom funcionamento do Poder Legislativo, mantendo-o imune a "atentados terroristas de elementos anti-democráticos", determinou que apenas pessoas previamente autorizadas poderiam acompanhar as sessões em andamento.

A questão interessante, no entanto, é que na petição inicial **os próprios impetrantes trataram de declarar que reconheciam plenamente** a competência do Presidente do Congresso Nacional para exercer um poder fiscalizador e ordenador pelo bom funcionamento da Casa. Alegavam, porém, que o ato era arbitrário e não razoável, pois terminava por aniquilar por completo o exercício do direito de se acompanhar o funcionamento da Casa representativa do povo:

> *"Não se discute, neste mandato de (...) (**trecho ilegível**), o direito das Mesas do Congresso Nacional, do Senado Federal e da Câmara de Deputados de, através de normas, regularem as condições de entrada e permanência de qualquer um do povo, nas dependências daquelas casas. Estas normas, porém, não podem ser arbitrárias ao ponto de, na prática, impedirem, de fato, o exercício do direito de cada um do povo de ter livre acesso, seja ao citado "Salão Verde" e suas adjacências,*

seja às galerias da sala de sessões, como fez aqui o ato impugnado".

Neste sentido, fica mais do que evidente que os impetrantes acoimavam por inconstitucional o ato em questão não por vícios de ordem formal, mas sim pela latente desproporcionalidade do ato, que peremptoriamente inviabilizava o exercício do direito. No entanto, o entendimento do Supremo Tribunal Federal não privilegiou este prisma proporcional-material, negando provimento ao mandado de segurança por privilegiar o entendimento de que o exercício do poder de polícia tratava-se de uma faculdade discricionária, que no caso obedecia a todos os requisitos formais para sua validade.

Assim se manifestou a Procuradoria-Geral da República, com argumentos aceitos pelo Supremo Tribunal Federal:

> *"O ato impugnado insere-se, no sentido amplo da expressão, no poder de polícia da Mesa do Congresso Nacional. No dizer de Hely Lopes Meirelles, "Direito Administrativo Brasileiro", 6ª ed., p. 104, verbis: "Poder de polícia é a faculdade de que dispõe a Administração Pública para condicionar e restringir o uso e gozo de bens, atividades e direitos individuais, em benefício da coletividade. O Poder de polícia é o mecanismo de frenagem de que dispõe a Administração Pública, para conter os abusos do direito individual (...) As condições de validade do ato de polícia são as mesmas do ato administrativo comum, ou seja, a competência, a finalidade e a forma,* **acrescidas da proporcionalidade da sanção e da legalidade dos meios empregados pela Administração" (grifo nosso)**.

Ressalta-se aqui que, apesar dos critérios por nós destacados em negrito terem sido mencionados como condições de validade do ato, nenhum deles foi sequer considerado pela decisão do Ministro-relator ou por qualquer um dos pareceres do caso, seja da Procuradoria-Geral da República ou do Presidente do Congresso Nacional.

Por sua vez, o voto do Ministro-relator Moreira Alves apenas reitera a hesitação do Supremo Tribunal Federal em analisar a adequação do ato impugnado ao texto constitucional, reverenciando a conveniência de um poder de polícia altamente discricionário do Presidente do Congresso Nacional:

> *"Como se vê das informações prestadas, o ato impugnado foi praticado por autoridade competente no exercício do poder de polícia que é inerente à Presidência do Congresso Nacional para permitir que este possa funcionar com ordem e segurança. Por outro lado, inexiste, no caso, abuso ou desvio de poder".* [1]

Como resta evidente, o acolhimento pelo Supremo Tribunal Federal da concepção clássica de poder de polícia, **essencialmente formalista e dotada de um alto grau de discricionariedade**, termina por **mitigar a força que os direitos teriam para prevalecerem** sobre o arbítrio do governo da ocasião.

2.2 – Ação Direta de Inconstitucionalidade 1969-4/99

Em contrapartida, como expoente da reversão histórica que sofreu o quadro então apontado, faremos algumas considerações acerca da ADIN 1969-

---

[1] A brevidade do trecho do voto do Ministro-relator se justifica pela extensão de seu voto, que se limitou a treze linhas.

4, de 1999. Neste acórdão [2], podemos perceber como o regime democrático e a inspiração pelo Supremo Tribunal em seus princípios mudaram radicalmente a maneira de se tratar restrições a liberdades fundamentais.

Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade impetrada pelo Partido dos Trabalhadores contra o seguinte decreto expedido pelo então Governador do Distrito Federal, Joaquim Roriz [3]:

DECRETO nº 20.098, DE 15 DE MARÇO DE 1999.

Disciplina as manifestações públicas em locais que menciona.

O Governador do Distrito Federal, no uso de suas atribuições que lhe confere o art. 100, inciso VII, da Lei Orgânica do Distrito Federal, e

Considerando que o disposto no art. 5º, inciso XVI, da Constituição Federal há que ser exercido em conjunto com a legislação infraconstitucional;

Considerando, também, que a questão da livre reunião merece um disciplinamento, de molde a que esteja sempre presente o respeito mútuo, sem que sejam agredidos postulados básicos da democracia;

Considerando, finalmente, que a utilização de carros, aparelhos e objetos sonoros nas manifestações tende a causar incômodos à população em geral, em especial àqueles que se encontram exercendo atividade laborial;

DECRETA:

Art. 1º - Fica vedada a realização de manifestações públicas, com a utilização de carros, aparelhos e objetos sonoros na Praça dos Três Poderes, Esplanada dos Ministérios e a Praça do Buriti e vias adjacentes.

Art 2º - Este Decreto entra em vigor na data de sua publicação.

Art 3º - Revogam-se as disposições em contrário.

Brasília, 15 de Março de 1999.

111º da República e 39º de Brasília

---

[3] Anteriormente, o Governador do DF já havia expedido dois decretos de parecidos teores e mesmas intenções, que, depois de sofrerem, cada um, contestações no STF e no âmbito da imprensa, resultaram na elaboração do texto final do Decreto nº 20.098.

A primeira semelhança que podemos apontar entre as pretensões do referido decreto e o Mandado de Segurança 20258 é o recurso ao argumento de que se trata de restrição feita por uma autoridade competente. Neste sentido, as atribuições delegadas ao Governador do DF pela Lei Orgânica do Distrito Federal lhe dão legitimidade para, enquanto autoridade discricionária, restringir uma liberdade fundamental em prol da manutenção de um interesse coletivo. Seguindo este raciocínio, o decreto é claro ao demonstrar que a proibição de manifestações públicas que se utilizem de aparelhos sonoros serve para garantir uma ordem social que favoreça a "atividade laboral" e o bom funcionamento das instituições governamentais que se encontram nos locais disciplinados .

É interessante apontar que o relatório do Ministro Marco Aurélio, quando faz menção ao similar decreto 20.010/99 – que precedeu o decreto 20.098/99 – remete à alegação dada pelo Governador do Distrito Federal de que se tratava de ato de:

> *"poder de polícia, e citando-se lição de Hely Lopes Meirelles, segundo o qual motiva-o o interesse social, encontrando fundamento na supremacia geral que o Estado exerce, no território, sobre todas as pessoas, bens e atividades. A razão de ser do Decreto nº 20.010/99 estaria na procura da "perfeita e harmônica coexistência da manifestação popular com o trabalho", evitando-se perturbações, quer considerada a atividade legiferante do Congresso Nacional, quer as sessões de julgamento desta Corte e a atividade administrativa do Poder Executivo Federal."*

Há, portanto, um alto grau de similitude entre os dois acórdãos, no que tange às pretensões dos governantes, já que se tratam de restrições a liberdades democráticas sob o argumento de manutenção das próprias instituições políticas democráticas. No entanto, o posicionamento do Supremo neste último caso veio a romper com a idéia de restrição de poder de polícia vista anteriormente.

Por votação unânime, o Plenário entendeu que era procedente a argüição de inconstitucionalidade proposta [4]. O Supremo Tribunal Federal partiu da argumentação de que o direito de reunião edificado no inciso VI do art. 5º da Constituição Federal era norma auto-aplicável, que dispensava qualquer forma de regulamentação para seu efetivo exercício - rechaçando, principalmente, aquela que traria restrições não observadas pelo texto constitucional:

> *"É desnecessária autorização, apenas limitando-se o direito quando já prevista, para o mesmo local, outra reunião. Sob o ângulo da atuação administrativa, considerado até mesmo o poder de polícia, apenas previu-se a necessidade de comunicação do intuito de realizar-se a reunião. A isto soma-se a premissa segundo a qual não cabe à autoridade local regulamentar preceito da Carta da República, muito menos a ponto de mitiga-lo, como ocorreu na espécie dos autos".*

Neste sentido, toda a argumentação do voto do Ministro relator consubstancia-se na **incompatibilidade material** do decreto em questão com o texto constitucional, por entender que aquele trazia restrições ao exercício do direito que em nenhum momento poderiam ser deduzidas do texto

---

[4] O acórdão, na verdade, tratou de deferir o pedido de medida cautelar, suspendendo a validade do decreto em questão até a decisão final da ação direta de inconstitucionalidade.

constitucional. O Supremo, portanto, não admitiu qualquer tipo de restrição que não fosse pautada pelos critérios dispostos pela própria Constituição:

> *"Sob o ângulo do poder de polícia, considerados possíveis excessos, a atuação jamais poderá ser preventiva, sob pena de intimidação incompatível com as garantias constitucionais. Há de ser acionado, isto sim, de forma repressiva apenas quando extravasados os limites ditados pela razoabilidade, vindo à balha violências contra prédios e pessoas."*

No entanto, é importante frisar que a posição do Supremo Tribunal Federal não é a de impossibilidade constitucional de qualquer restrição ao direito de reunião – o que o voto estabelece claramente é a necessidade desta restrição advir do próprio texto constitucional, e não de uma vontade infra-constitucional e discricionária. Neste sentido, o acórdão é claro ao afirmar que o direito de reunião não é um direito absoluto:

> *"No caso, a extravagância é impar, no que se cuidou de certos sítios, de locais em que situados geograficamente, sede de Poder. A proibição esvazia, assim, a garantia constitucional. Embora não se tenha direito fundamental absoluto, forçoso é concluir pela existência de limitação discrepante da Carta da República".*

Logo, concluímos que deve se admitir sim uma restrição – inclusive preventiva – ao direito de reunião, desde que dentro dos parâmetros materiais do próprio direito constitucional. Neste sentido, pode-se pensar em uma fiscalização policial exercida sobre as pessoas que participam da manifestação para a garantia de que não há pessoas armadas infiltradas na multidão. Da mesma maneira, admite-se sem qualquer problema que o direito de reunião

democrática pode ser ponderável quando parte de um conflito de direitos ou de princípios jurídicos – conforme demonstram as mais modernas teorias dos direitos fundamentais.

O que importa, e é importante ressaltar, é que mesmo reconhecendo o direito de reunião como sendo um direito não absoluto, o Supremo Tribunal Federal não se satisfez com a argumentação de que a restrição imposta trata-se de competência discricionária da autoridade do Governador Distrital, responsável pelo resguardo do interesse público; ao analisar o mérito, a Corte buscou, dentro de uma perspectiva essencialmente material, verificar a compatibilidade das restrições impostas com aquelas que decorrem do texto constitucional. Desta maneira, **mitigou-se o grau de discricionariedade da autoridade em questão** e **prestigiou-se uma perspectiva de prevalência *a priori* dos direitos fundamentais**.

3 – Uma perspectiva comparada

Analisando os acórdãos selecionados, torna-se evidente que a aplicação do conceito de poder de polícia sofreu uma evolução que acompanhou a instauração de um regime político democrático fundado na soberania, ao menos jurídica, dos direitos fundamentais. Na verdade, esta evolução vem a derrubar o clássico e tradicional conceito de poder de polícia, concebido sob a ótica estritamente formal, para dar lugar a uma idéia de restrição submetida à regra da proporcionalidade, sob o aspecto material do termo.

Quando se fala no conceito clássico e tradicional de poder de polícia, as peças-chave que sustentam esta percepção são a **discricionariedade** do administrador ou aplicador da norma jurídica e sua **submissão aos procedimentos formais necessários** para a validade de seu ato. No entanto, trata-se de uma discricionariedade de forte intensidade, pois somente os procedimentos formais servem de limites legais à expedição do ato – logo, o juízo de valor acerca de qual restrição aplicar a um direito, bem como qual a intensidade e alcance pertinente, são de total responsabilidade do aplicador. A partir do momento em que o grau de restrição torna-se altamente discricionário, não sendo minuciosamente trabalho e fundamentado em decisões do Poder Judiciário, constrói-se uma lógica pela qual os direitos se tornam muito mais frágeis e inofensivos diante da vontade daquele que possui a **competência discricionária** para limita-los.

A própria doutrina jurídica clássica demonstra de forma latente esta concepção, pois o tratamento que dispensa a este instituto jurídico se resume a ressaltar os aspectos já mencionados, valendo lembrar que autores como Hely Lopes Meirelles e Caio Tácito serviram inúmeras vezes de fundamentos para validar restrições a liberdades fundamentais concebidas sob a ótica puramente formal.

Em contrapartida, a partir da adoção de um sistema jurídico calcado na supremacia das normas de direitos fundamentais e respaldado por uma democracia institucional cada vez mais consolidada, a visão do Supremo Tribunal Federal acerca da restrição discricionária às normas jusfundamentais foi se apegando muito mais a um critério de ponderação material, submetido à regra da proporcionalidade, pela qual interessa muito mais a adequação material da restrição imposta ao núcleo do direito envolvido e seu respectivo exercício. Por esta perspectiva, prestigia-se muito mais a atuação do Poder Judiciário, que se declara competente para investigar a motivação e a adequação material dos meios empregados pela autoridade discricionária à Legalidade – o que, obviamente, **fortalece a posição de supremacia dos direitos** e **mitiga a discricionariedade** da autoridade que exerce o poder de polícia.

Feitas estas considerações, um aspecto essencial deve ser ressaltado. Quando falamos aqui em duas concepções ou maneiras de se aplicar o conceito de poder de polícia, ressaltamos na verdade quais são os **critérios considerados predominantes** pelo Supremo Tribunal Federal para julgar a favor ou contrariamente a prevalência do exercício de um direito. Com efeito, vimos que a própria concepção aqui tida como formalista também leva em conta o que chama de "proporcionalidade da sanção e legalidade dos meios empregados". Embora estes critérios apontem para uma necessidade da observação judicial da adequação dos meios empregados dentro de uma perspectiva material, verifica-se que há uma timidez muito maior para com estes critérios do que com aqueles de ordem formal. Da mesma maneira, quando se falar ou observar o uso do conceito de poder de polícia sob uma perspectiva essencialmente material, não se desconsidera os aspectos formais e discricionários, apenas se constata o menor peso destes na *ratio decidendi.*

4- Conclusão

É natural, para qualquer sistema jurídico, que haja restrições aos direitos por ele edificados. Seja por conta da necessidade de se harmonizar o chamado "interesse coletivo" com os direitos individuais, ou seja por conta da necessidade de resolução de casos onde haja conflitos de direitos ou de princípios jurídicos, o fato é que é próprio da estrutura de um sistema de direitos que estes não podem ser tomados como sendo absolutos – sendo certo que caberá, sempre, a possibilidade jurídica de incidir sobre eles uma restrição.

Na verdade, a restrição de um direito é um processo pelo qual se determina se, em uma determinada situação, ainda vale o mandamento de um direito ou se, por conta de outros fundamentos jurídicos, este terá que ter sua prevalência afastada no âmbito da decisão. Daí que se pode dizer que a restrição de um direito termina por definir qual o limite da prevalência deste direito sobre outros fundamentos jurídicos.

A importância desta concepção se justifica para manifestar de forma bem clara que **o conceito de "poder de polícia" não é um fundamento jurídico próprio**, mas sim um conceito usado retoricamente para fazer referência ao processo de restrição ou ponderação de direitos. Isto significa que uma decisão discricionária que restrinja direitos não pode ser fundamentada no poder de polícia em si, pois na verdade este termo apenas se refere a um conceito instrumental de ponderação: a restrição será sempre com base no próprio direito ou na ponderação de direitos empregados ao caso. **O conceito de poder de polícia, portanto, é meramente instrumental, possuindo mera força retórica para designar um processo de restrição de direitos – sem, no entanto, ser capaz de determinar de fato quais as possibilidades jurídicas de uma determinada decisão.**

Esta relativização do peso do termo "poder de polícia" deve ser apontada com ênfase, pois percebeu-se, no primeiro acórdão apresentado, que o conceito serviu como justificativa para o indeferimento do mandado de segurança. Daí que se pode criticar o acórdão por não apresentar qualquer fundamentação jurídica pertinente. Não é o que se percebeu no segundo acórdão apresentado, onde a retórica do termo poder de polícia não foi tomada pelo Supremo Tribunal Federal como justificadora por si só da restrição; buscou-se, como vimos, uma fundamentação jurídica material embasada no texto constitucional.

É evidente que a diferença entre as posturas adotadas pelo Supremo Tribunal Federal têm estreita ligação com o sistema político vigente à época. Em um período marcado pela supremacia da ditadura militar, não era de se esperar que o Supremo Tribunal Federal julgasse procedente o mandado de segurança contra ato do presidente do Congresso Nacional, já que é sabido que o Tribunal nunca se caracterizou como um foco de resistência ao regime imposto pelos militares. Da mesma maneira, a declaração de inconstitucionalidade do decreto do Governador do Distrito Federal só se tornou possível com a crescente consolidação institucional da democracia observada na década seguinte à promulgação da Carta de 1988.

No entanto, por mais que os dois acórdãos analisados constituam de maneira muito clara retratos de momentos diversos da história brasileira, buscou-se demonstrar como a lógica e os critérios das decisões do Supremo Tribunal Federal podem privilegiar ou mitigar a prevalência de direitos fundamentais em um sistema jurídico, conforme haja ou não uma apreciação judicial da motivação de uma restrição discricionária e de sua adequação material ao parâmetro constitucional.