

A construção jurídico-dogmática do Direito Policial na Alemanha e no Brasil

Esforços teóricos sobre prevenção do perigo no século XXI

PEDRO DE OLIVEIRA ALVES

Resumo: O artigo investiga a possibilidade de reconstrução de uma dogmática jurídica especializada em medidas preventivas para a contenção de perigos aos direitos fundamentais no contexto brasileiro. O ponto de partida da abordagem é a compreensão de potencialidades do Direito Comparado para reflexões em torno da segurança pública e da atividade policial. Na primeira parte, realiza-se uma análise histórico-descritiva da teoria germânica do Direito Policial e da Ordem Pública (*Polizei- und Ordnungsrecht*), e exploram-se fatores históricos, culturais e jurídicos. Em seguida, desenvolve-se a análise crítica das experiências doutrinárias no Brasil a respeito da polícia. Desse modo, visualizam-se a formação histórica e as principais características de um ramo jurídico especializado na análise de medidas de prevenção do perigo. Entre outros resultados, o estudo contribui para a compreensão do estado da arte teórica do Direito Policial no contexto jurídico brasileiro e para a construção de um programa de pesquisa.

Palavras-chave: dogmática jurídica; Direito Policial; Direito Comparado; prevenção do perigo.

The legal construction of Police Law in Germany and Brazil: theoretical efforts about prevention of danger in the 21st century

Abstract: The article investigates the issue of a possible reconstruction of a legal dogmatics about preventive measures to contain dangers to fundamental rights in the Brazilian context. The starting point of the approach is the understanding of the potential of Comparative Law for reflections on public security and police activity. In the first part,

Recebido em 27/2/23

Aprovado em 22/5/23

a historical-descriptive analysis of the German theory of Police Law and Public Order (*Polizei- und Ordnungsrecht*) is carried out, exploring historical, cultural and legal factors. Then, it develops a critical analysis of doctrinal experiences in Brazil regarding the police. In this way, the historical formation and the main characteristics of a legal branch specialized in the analysis of danger prevention measures are visualized. Among the results, the study contributes to the understanding of the theoretical state of the art of Police Law in the Brazilian legal context and to the construction of a research program.

Keywords: legal dogmatics; Police Law; Comparative Law; prevention of danger.

1 Introdução

Em 8/1/2023, milhões de brasileiros acompanharam a invasão e a depredação das sedes dos Três Poderes. Diante do ocorrido, surgem naturalmente discussões sobre a investigação dos delitos, a persecução penal dos responsáveis e a reparação dos danos causados. No entanto, há uma questão: antes de ocorrerem a invasão e a vandalização do patrimônio público, a dogmática jurídica brasileira já forneceria fundamentos para medidas preventivas?

As respostas preliminares apontam para caminhos administrativos de precaução, de acordo com as informações disponibilizadas por órgãos de inteligência. Ou, de acordo com o caso, pelo Processo Penal, em se tratando de condutas criminosas em curso. No caso da primeira opção, há diferentes modelos estrangeiros em torno de uma questão central: compreender o que é a atividade policial em sentido material e como o Direito pode fornecer ferramentas para a orientação prática de medidas de prevenção e contenção de danos à ordem pública.

De modo mais específico, este artigo busca responder à seguinte pergunta: observando-se a prática germânica da dogmática do Direito Policial e as experiências doutrinárias no Brasil a respeito da atuação policial, é possível construir caminhos para a reelaboração da dogmática jurídica, com a finalidade de aprimorar os critérios jurídicos para medidas de prevenção a danos?

Com base na metodologia hipotético-dedutiva de Popper (1982), parte-se de um problema específico, constrói-se uma hipótese falseável que possa ser discutida e desafiada por dados e argumentos contrários.

Esse tipo de raciocínio, típico do que o filósofo chamou de *uma abordagem crítica*, tem o objetivo de reconhecer que existem problemas a serem solucionados e que o objetivo da ciência é oferecer as melhores respostas possíveis no atual estágio de conhecimento. Não são, portanto, soluções definitivas, mas cooperam para o desenvolvimento do debate.

No caso deste artigo, a hipótese que estrutura a pesquisa pode ser elaborada da seguinte forma: a construção de um Direito Policial como área jurídico-dogmática autônoma, nos moldes alemães, é inviável e incompatível com a teoria administrativista brasileira.

Essa hipótese não se confunde com a conclusão, pois é apenas ponto de partida para o debate. Ao final, poderá ser corroborada ou refutada. Entende-se que tal conjectura é refutável, pois a (in)viabilidade teórica pode ser sempre desafiada por elementos empíricos e lógicos. No caso específico, a hipótese contrasta com a teoria brasileira da polícia administrativa.

Inicialmente, o artigo oferece uma visão geral de uma problemática social: o dever estatal de garantir a segurança da ordem pública democrática, dos indivíduos, dos direitos fundamentais e dos demais bens jurídicos tutelados pelo ordenamento.

Na sequência, o estudo debruça-se sobre a dogmática germânica. O debate comparativo teuto-brasileiro pressupõe o entendimento mínimo do Direito em seu respectivo contexto histórico-cultural. Por isso, considerando que o tema ainda é pouco conhecido no Brasil, o artigo explora: (a) a formação histórica das polícias no espaço europeu (franco-germânico); (b) a diferenciação da polícia alemã por fatores histórico-culturais; e (c) a evolução histórica da dogmática jurídica especializada do Direito Policial no contexto germânico. Com isso, é possível compreender em que termos a hipótese da pesquisa é discutida.

Na terceira seção, reflete-se sobre os desafios e caminhos possíveis para a experiência brasileira, tema que se subdivide em: (a) a recepção brasileira da teoria do poder de polícia; (b) a ausência total ou parcial de dogmática jurídica do Direito Policial; e (c) tendências e desafios do Direito Policial no século XXI.

Finaliza-se com as conclusões sobre a possibilidade ou a inviabilidade de uma proposta semelhante à alemã no contexto brasileiro.

Esta pesquisa é recorte de um projeto mais amplo sobre a segurança na Teoria do Estado. Nas considerações finais, são apresentadas razões para a importância da continuação dos debates tanto no espaço acadêmico quanto em outras esferas de discussão.

2 Reflexões sobre uma problemática específica: como a dogmática jurídica pode orientar a aplicação do Direito em casos de perturbação da ordem pública e prevenção do perigo?

Nesta seção, pretende-se detalhar um pouco mais a importância da discussão em torno das funções da dogmática jurídica em face dos problemas de contenção do perigo e segurança pública.

Quando se fala em dogmática jurídica, ainda há algumas impropriedades, como se se tratasse de um saber legalista, fechado ao mundo e escravo de uma literalidade objetiva. Engländer (2017, p. 113-121) explica que, como disciplina central da ciência jurídica, a dogmática não se esgota na descrição do direito estatal, pois funciona como disciplina prática que orienta a tomada de decisão adequada dos órgãos deliberativos. Funciona, portanto, como catalisador da sistematização e desenvolvimento do Direito. Schlink (1971, p. 47) aponta que a dogmática do Direito (*Rechtsdogmatik*) se refere ao sistema

de conceitos baseado em determinado sistema jurídico positivo, de modo que se possa decidir se certo desenvolvimento teórico do conceito é adequado ou não.

Portanto, trata-se de um conhecimento prescritivo para orientar a adequada prática jurídica das autoridades competentes. Todo e qualquer problema social que passe a ser considerado relevante para o Direito positivo também deve ser objeto de discussões sobre a qualidade desse Direito. Contudo, não se trata de um exame sobre a opinião legislativa, pois as opções estão postas pela autoridade política e devem ser respeitadas na aplicação jurisdicional, uma vez que tais normas sejam material e formalmente válidas no ordenamento jurídico. No entanto, esse exame de qualidade deve ser entendido como a busca pela interpretação mais satisfatória e tecnicamente congruente às balizas jurídicas.

Em tempos de novas tecnologias de informação e comunicação, a hiperconexão entre as pessoas acarreta desafios inéditos à ordem pública democrática e à segurança dos indivíduos, das instituições estatais e dos direitos fundamentais tutelados pelo texto constitucional (POSCHER, 2016, p. 60-62). Nesse cenário, a sociedade brasileira continua acompanhando notícias diárias sobre a atividade policial, a discricionariedade estatal e, mais recentemente, sobre as ameaças aos Poderes democráticos constituídos.

Diante dessas questões, é preciso manter abertura cognitiva para observar os diferentes âmbitos da sociedade e analisar também como problemas semelhantes estão sendo solucionados em outros locais.

Merece atenção a tradição desenvolvida na Alemanha – ao menos desde o século XVIII – em relação à prevenção e à contenção do perigo à ordem pública. Argumenta-se que, com o passar do tempo, a atividade policial moderna foi ressignificada para toda e qualquer atuação de contenção de perigos à segurança, à ordem e a

bens jurídicos dos indivíduos. Aos poucos, foi construída uma dogmática jurídica especializada denominada *Direito Policial* ou *Direito Policial e Ordenador* (*Polizei- und Ordnungsrecht*). A questão ganhou tamanha relevância que se tornou disciplina autônoma e fundamental em todos os cursos jurídicos das universidades alemãs (KINGREEN; POSCHER, 2022; KUGELMANN, 2012).

Não se parte aqui do pressuposto de que em qualquer sociedade humana exista um modelo “perfeito” de defesa e proteção social, mas sim de que modelos jurídicos melhores podem ser buscados. Como todas as instituições, esses modelos sempre estarão abertos à crítica (ALBERT, 2013, p. 89). Nesse cenário busca-se compreender melhor os pressupostos teóricos e jurídicos dessa formulação.

Em caminho diferente, os franceses desenvolveram a importante distinção entre polícia administrativa e polícia judiciária, de modo a facilitar a visualização de diferentes modalidades e poderes policiais de acordo com seu caráter preventivo ou repressivo (REGO, 1857, p. 103). Conforme será discutido mais à frente, grande parte dos autores franceses influenciou o pensamento jurídico brasileiro na época do Império, durante as primeiras décadas do ensino jurídico nacional. E isso repercute em muitas questões nacionais sobre como o Direito brasileiro trata a atividade policial. No entanto, a teoria do poder de polícia (*police power*), influenciada pelas discussões inglesas e consolidada na jurisprudência norte-americana, alterou substancialmente o debate nacional ao longo do século XX (MEDAUAR, 1995).

O primeiro desafio deste artigo é compreender melhor a linha evolutiva dos argumentos germânicos e o modo de “composição” da literatura nacional, de maneira que seja possível comparar as duas construções e refletir sobre as potencialidades de medidas para a contenção

de riscos à democracia e aos direitos fundamentais. Pretende-se explorar a evolução histórica e doutrinária do Direito Policial na tradição alemã, assim como compreender, de modo mais detalhado, a construção brasileira da teoria do poder de polícia, especialmente no que se refere às influências francesa e norte-americana.

A comparação é crucial para a reflexão sobre os problemas nacionais, o que não significa perda de autonomia do Direito brasileiro ou algum tipo de “colonização” do conhecimento. Desde já, estabelece-se a premissa de que os distintos ordenamentos jurídicos não devem ser vistos como superiores ou inferiores, mas como formas diversas de lidar com problemas semelhantes. Ao conhecer tais experiências, podemos compreender melhor a formação das ideias jurídicas nacionais (quando há uma influência histórica identificável) e avaliar criticamente novas potencialidades da dogmática jurídica nacional.

3 A dogmática germânica do Direito Policial como resposta ao problema da vigilância de riscos à ordem pública

3.1 A formação histórica das polícias no continente europeu

As palavras *polícia* e *política* originam-se do grego *politeia*, no latim *politia*. Um relevante conceito formal de *polícia* é relativo à institucionalização de órgãos policiais, suas competências e seus poderes, assim como também há um importante conceito material da atividade policial, um dos principais temas enfocados neste artigo. Na atualidade, afirma-se que o conteúdo e a finalidade material da atividade policial estão ancorados na tarefa de evitar e conter perigos ou ameaças aos bens jurídicos tutelados pelo Estado, qualquer que seja a área social em perigo (KUGELMANN, 2012, p. 30). Todavia, como essa concepção foi construída na história europeia?

Segundo Jellinek (1931, p. 423), é possível encontrar, no final da Idade Média, a palavra francesa *police* e depois a palavra alemã *Polizey* relacionadas à boa ordem a ser administrada pelas autoridades políticas. Naquele período histórico, havia a ideia de que o Príncipe deveria usar todos os meios possíveis para o bem-estar do público em geral e dos indivíduos, de modo que o conceito de polícia se expandia quase incomensuravelmente para todos os setores administrativos. Assim, falava-se em *ius polittiae*, Direito Policial (*Polizeirecht*). Inicialmente, apenas as relações exteriores (segurança externa) e, mais tarde, o judiciário, as finanças e o exército foram excluídos do conceito. Assim, o termo era tão amplo que não se

limitava à manutenção da ordem, mas incluía também todo o sistema de assistência social e organização da comunidade.

Kugelmann (2012, p. 23-24) aponta que, no contexto germânico da segunda metade do século XVI, surgiram significativos regulamentos da polícia imperial em 1530, 1548 e 1577. Eles normatizavam áreas muito amplas da segurança pública e do bem-estar; incluíam regras sobre monopólios, direitos alfandegários, preços e interesses econômicos, bem como regulamentos sobre o exercício de profissão, religião e moralidade. Esses antigos regulamentos policiais germânicos do século XVI tratavam, nas palavras de Kingreen e Poscher (2022, p. 1-3), de todas as áreas da vida social (*alle Lebensbereiche*). Até mesmo assuntos de Direito privado, como propriedade e Direito Sucessório. Desse modo, o Estado tinha também o papel social de promover o bem-estar de todos, e isso repercutiu fortemente na função policial.

Ao final da Idade Média, a configuração política do Estado (absoluto) era de um Estado policial (*Der Staat war Polizeistaat*). Posteriormente, com a concepção liberal, o Estado policial transformou-se num “Estado vigia noturno” – responsável pela vigilância e segurança da comunidade. Era uma mudança contextualizada nos movimentos iluministas europeus que pugnavam pela limitação do poder estatal. A tarefa das polícias não seria mais coordenar a vida social, mas garantir a segurança interna e externa (KUGELMANN, 2012, p. 23-24).

Ao analisar as obras de Otto Mayer e Jean-Louis Mestre, Medauar (1995) registrou dados semelhantes: nas antigas comunas europeias da Idade Média já se organizavam polícias nas atividades de comércio, nas regras sanitárias, no exercício de profissões, além das licenças de construção e várias outras situações relacionadas à ordem pública. É exatamente por

isso que se fala em “Estado policial” no início dos Estados nacionais europeus, pois o mundo administrativo girava em torno da atividade policial. Aliás, a expressão *Estado de Direito* (*Rechtstaat*) – defendida por Robert von Mohl (1833) e por Otto Mayer (1895) – é construída justamente nesse contexto de repulsa ao antigo Estado policial (*Polizeistaat*).

Com base em *Elementa iuris publici Germanici*, de Johann Stephan Pütter, sustentou-se que a atividade policial não deveria lidar com temas de atuação social (*Wohlfahrtswesen*) (PÜTTER, 1754). O papel da polícia seria negativo: evitar o caos, o perigo, a desordem. Pütter também defendeu a diferenciação entre Direito Constitucional e Direito Administrativo, e foi uma das principais influências para a *Lei Geral de Terras* da Prússia, de 1794, uma das primeiras a apresentar uma concepção restrita da atividade policial. Houve, portanto, um processo histórico de limitação das autoridades policiais às tarefas relativas à garantia da segurança e da ordem.

Apesar de restrita à garantia da segurança e da ordem, a atuação policial ainda é muito ampla, abrangendo setores diversos, como vigilância florestal, controle de pragas, construção e urbanismo (incluindo demolições e licenças administrativas), desastres naturais, trânsito, controle de doenças, inspeção de alimentos, caça e pesca, sistema médico-hospitalar, entre outros, e até a polêmica polícia moral (*Sittenpolizei*) com atuação em jogos lúdicos, embriaguez e práticas sexuais inapropriadas (JELLINEK, 1931, p. 431-500). Por isso, a divisão entre polícia de segurança (reunião, imprensa) e polícia da administração (florestas, trilhas). Se há risco a bens jurídicos, haverá a possibilidade de ação policial.

O julgamento do caso *Kreuzberg* pelo Tribunal Superior Administrativo da Prússia em 14/6/1882 é paradigmático no cenário alemão (KUGELMANN, 2012, p. 25; KINGREEN; POSCHER, 2022, p. 5). No caso concreto,

discutia-se a possibilidade de atuação policial para recusar a licença de construção de um edifício residencial que restringia a visibilidade de um importante monumento histórico. Visto que não se tratava da tarefa de “contenção do perigo”, mas apenas de uma questão regulatória social relacionada à estética do ambiente urbano, o Tribunal entendeu que a atividade policial não teria tal poder. Com efeito, as questões típicas de cuidados sociais (*Wohlfahrtspflege*) foram excluídas do Direito Policial. Nesse contexto, o Tribunal da Prússia também desenvolveu os limites da atuação policial de acordo com o critério da proporcionalidade (KINGREEN; POSCHER, 2022, p. 5).

Com o passar do tempo, surgem formulações como a de Otto Mayer, que entende o poder de polícia relacionado a um “dever” dos indivíduos: não perturbar a ordem pública. Mayer (1895, p. 245-247) descreve a polícia como uma atividade administrativa especial, e o poder de polícia – ou a violência policial (*Polizeigewalt*) – como a manifestação do poder público peculiar dessa atividade. Após o advento do sistema constitucional de Estado de Direito, a polícia recebeu um sentido mais específico.

Assim como outros, o conceito de atuação policial sofreu obviamente transformações no decorrer da história. Como visto, no século XIX houve um esforço para reduzir essa atuação às tarefas de contenção do perigo, excluindo-se outras demandas sociais. Contudo, não bastaria a alegação dos propósitos de defesa, pois seria relevante também o exame criterioso dos meios necessários para o enfrentamento do perigo (KINGREEN; POSCHER, 2022, p. 4-5).

É frequente a associação entre polícia e seara criminal. De fato, toda ofensa ao Direito Penal é também uma perturbação da “boa ordem”, e o papel da polícia é evitar perigos. No entanto, a atuação policial vai muito além do campo penal. Em razão de estrutura política peculiar,

os franceses desenvolveram a diferença entre os conceitos de *polícia judiciária* e *polícia administrativa* (MAYER, 1895, p. 255). Entre eles, ficou famoso o tripé da preservação da ordem pública: segurança, tranquilidade e salubridade. Para preservar essa ordem, autores como Jean Rivero entendem que há um conjunto de intervenções administrativistas, inclusive de coação, que disciplinam a liberdade dos particulares (FILOCRE, 2017).

Na moderna reformulação, mais estreita, a polícia é a atividade estatal que busca evitar distúrbios da ordem pública dentro do Estado (JELLINEK, 1931, p. 424). Ou, nas palavras de Mayer (1895, p. 245-247), a força policial destina-se a proteger de perigos a comunidade e o cidadão individual, separando-se, pois, da administração do bem-estar social.

Tanto as autoridades policiais como as autoridades administrativas ordenadoras (*Ordnungsbehörden*) são responsáveis por evitar perigos a bens jurídicos protegidos pelo sistema legal. Ambas atuam em caráter preventivo. Dependendo da lei estadual, elas são chamadas de autoridades de segurança (por exemplo, na Baviera: *Sicherheitsbehörden*), autoridades de prevenção de perigo (por exemplo, em Hesse) ou autoridades administrativas (por exemplo, na Baixa Saxônia: *Verwaltungsbehörden*) (KUGELMANN, 2012, p. 6).

3.2 A diversidade histórico-cultural como fator para a diferenciação das polícias alemãs

Há um sentido material capaz de sistematizar a compreensão de todas as atuações policiais: o dever de conter o perigo. Ou, como afirmava Mayer (1895, p. 273), a atuação policial estaria baseada no “dever geral dos súditos” de evitar qualquer tipo de perturbação e risco à boa ordem da comunidade. No entanto, o Direito Policial somente se aplicaria na medida em que

os indivíduos fossem exigidos pelo ordenamento jurídico. Como toda atividade estatal, o poder policial está sujeito às condições do Estado Constitucional de Direito.

Segundo Kingreen e Poscher (2022, p. 7-8), por bastante tempo a Alemanha conviveu com tradições muito distintas da atividade policial. Catalisada pela prática judicial prussiana, em sua região norte construiu-se uma tradição policial de cláusulas gerais com análise da estrita necessidade de intervenção estatal; na região sul, porém, havia a prática de relacionar os poderes especiais da polícia às legislações penais de cada ente local. Somente após 1949, com o advento da Lei Fundamental de Bonn, Kingreen e Poscher (2022, p. 5-6) entendem que houve uma espécie de fusão das duas tradições nas novas leis policiais. Apesar dessa fusão no aspecto material, muitas diferenças permaneceram ou modificaram-se no decorrer dos anos, principalmente do ponto de vista formal e institucional.

Kugelmann (2012, p. 28) menciona que o cenário do segundo pós-guerra também influenciou na diferenciação, principalmente porque os vitoriosos tinham a preocupação em desnazificar, descentralizar e reformar o aparato policial do antigo *Reich*. A preocupação era justificável: na ascensão de Adolf Hitler, foi crucial para a consolidação do regime a coordenação das forças policiais e do Ministério do Interior, na época chefiado por Wilhelm Frick.

Nas áreas de ocupação e influência britânica e norte-americana, as autoridades policiais perderam a responsabilidade de lidar com diversas atividades, como construção, saúde ou polícia comercial. Assim, o Direito regulatório da Ordem Pública – ou ordenador – separou-se do Direito Policial em muitos lugares como a Baviera, Berlim, Hamburgo, Hesse, a Baixa Saxônia, a Renânia do Norte-Vestfália e Schleswig-Holstein (KUGELMANN, 2012). Por isso, no idioma alemão é comum a ênfase

em *Direito Policial e Ordenador (Polizei- und Ordnungsrecht)*.

Por outro lado, foi estabelecida uma administração policial amplamente uniforme em locais sob a influência francesa. Em face desse cenário, houve o esforço político de maior padronização nacional do Direito Policial a partir do final dos anos 1970.

Todos esses pontos levam à conclusão de que especialmente as questões formais e institucionais podem variar muito segundo o contexto histórico-social de cada realidade local. Esclarecidas essas questões, é possível analisar a formação histórica da dogmática jurídica no contexto alemão.

3.3 A formação histórica de uma dogmática jurídica específica para o Direito Policial

3.3.1 Formação de um campo de pesquisa próprio

Compreendida a evolução da atividade policial no contexto alemão, resta explorar alguns aspectos de sua respectiva dogmática jurídica. O primeiro ponto a ser destacado é a formação de uma área autônoma para o Direito Policial.

Uma das características do Direito Administrativo é sua profunda relação com a tradição nacional e com a forma construída para lidar com a autoridade pública no decorrer de sua história (CASSESE, 2014, p. 24-27). Diante da complexidade da atividade administrativa, diversos campos específicos de estudo podem surgir, entre eles a discussão sobre uma dogmática jurídica policial.

Embora existam trabalhos mais antigos sobre a polícia e a ciência policial, reconhece-se que a primeira tentativa de ampla sistematização do Direito Policial foi realizada por Johann Heumann von Teutschenbrunn em obra que ganhou ampla repercussão no século

XVIII – *Initia iuris polítiae Germanorum* (TEUTSCHENBRUNN, 1757). A partir de então, o Direito Policial passou a ser disciplina do currículo em diversas universidades. Outros continuaram o esforço dessa obra nos anos seguintes: Johann Bernhard Hoffer (1764), o barão von Hohenthal (1776) e Friedrich Christoph Jonathan Fischer (1785).

Entre 1799 e 1809, Günther von Berg desenvolveu o seu *Manual de Direito Policial* em sete volumes; logo no início do quarto volume, alerta para o problema da confusão entre o Direito Policial e a Ciência Policial em geral. Argumenta que direitos especiais surgem quando os princípios jurídicos de cada área são agrupados e tratados sistematicamente em conjunto. Se isso for feito em relação à polícia, surge um corpo especial de Direito: o Direito Policial (*Polizeirecht*). Quanto maior o alcance e mais importante o conteúdo dos princípios legais relativos à polícia, maior a possibilidade de formação desse corpo especial. Desde o início, nota-se a forte preocupação com um tratamento especificamente jurídico da atuação policial (BERG, 1804, p. 1-6).

Com a evolução dos debates, o Direito Policial estruturou-se com fundamento na contenção do perigo (*Gefahrenabwehr*): para prevenir danos aos indivíduos, é preciso combater o perigo e proteger os bens jurídicos. Então, dois desdobramentos específicos surgem: (a) a apuração e o tratamento das informações; e (b) a intervenção das autoridades competentes. Em sentido amplo, esse Direito Policial pode ser vislumbrado tanto numa perspectiva material como formal: materialmente, lida com as discussões sobre as tarefas e os poderes estatais para a contenção do perigo; formalmente, preocupa-se em sistematizar a estrutura orgânica policial, as competências e formas de atuação (KUGELMANN, 2012, p. 2).

Em sentido puramente formal, o Direito Policial seria o conjunto de todas as normas jurídicas que organizam, autorizam ou obrigam as autoridades policiais. No entanto, conforme discutido neste artigo, a acepção material da atividade policial exige um enfrentamento dogmático distinto para os cenários de perigo e dano a bens jurídicos. Considerando também a visão material de polícia, a dogmática jurídica passa a lidar com todo tipo de perigo relacionado a construção, incêndio, enchentes, mercado, moral da sociedade, estrangeiros, assim como a qualquer outra questão que possa trazer riscos à ordem pública. Uma das relevâncias da distinção é observar que outras autoridades administrativas também lidam com a prevenção e contenção do perigo (KINGREEN; POSCHER, 2022, p. 8-9).

No curso do desenvolvimento da legislação alemã, diversas leis relativas à defesa social foram elaboradas. Isso pressionou a doutrina para o reconhecimento da diferença entre um Direito Policial Geral e áreas ou sub-ramos especializados do Direito Policial, como o Direito de reunião

(com legislação própria: *Versammlungsgesetz*), o Direito dos riscos de construção (regulamentado pelos *Länder: Landesbauordnungen*) e o Direito dos riscos ambientais (com legislação própria: *Bundes-Immissionsschutzgesetz*) (KUGELMANN, 2012, p. 2).

Nota-se, pois, a ausência de uma unidade regulatória monolítica. Apesar da variedade regulatória, todas essas questões estão relacionadas ao dever de evitar danos, prevenir o perigo e lidar adequadamente com as situações para evitar maior lesividade social: o conceito alemão de *Gefahrenabwehr*. Por isso, as peculiaridades da contenção do perigo permitem sistematizar um campo autônomo de pesquisa e construção dogmática.

3.3.2 Distinção entre Direito Policial e outros ramos jurídicos

Por envolver diretamente a atividade administrativa que regula a ordenação da vida social, é comum a confusão entre o Direito Administrativo Sancionador e o Direito Policial; por envolver a atuação policial e suas medidas de intervenção, também é frequente confundi-lo com o Direito Penal e o Processual Penal.

Segundo Kugelman (2012, p. 7-8), o Direito Policial tem sempre o objetivo de evitar o perigo; por outro lado, o Direito Processual Penal está relacionado com medidas relativas à possível persecução penal. A diferença não é meramente teórica, mas principalmente de aplicação prática porque o sistema alemão trabalha com leis diferentes para as duas situações. No processo criminal, a polícia trabalha em conjunto com o Ministério Público, que dirige a investigação (§ 161 StPO (DEUTSCHLAND, [2022b])). É necessária uma ordem judicial para a execução de medidas particularmente drásticas. No Direito Policial, não existe indício de crime, pois o fato criminoso ainda não aconteceu.

Portanto, a distinção depende da finalidade: se serve à persecução penal, é atuação repressiva processual penal (caso a conduta seja tipificada como crime); se serve para afastar o perigo, é atuação preventiva do Direito Policial. Além da finalidade, o critério cronológico também tem sido utilizado: em regra, basta verificar se a lesão a bens jurídicos já ocorreu ou se está prestes a ocorrer. Medidas policiais para investigar e processar crimes são repressivas; portanto, típicas do Processo Penal. Contudo, a própria dogmática alemã reconhece exceções, de modo que o critério da finalidade é o mais seguro (KUGELMANN, 2012, p. 11-12).

Se não se trata de fato tipificado como crime, mas tão somente infração administrativa, o mesmo raciocínio se aplica em relação ao Direito Administrativo Sancionador, que é repressivo, pois a sanção somente se dá de forma posterior à violação de alguma regra. Em regra, a atuação

preventiva ocorre antes da violação da lei. Assim, o Direito Policial é predominantemente preventivo. No entanto, mesmo no curso da ação penal é possível a aplicação de medidas preventivas no Processo Penal, de modo que é preciso analisar caso a caso. Na Alemanha, os parâmetros legais tornam mais nítida a diferenciação.

A visualização de exemplos práticos pode tornar mais didática a distinção (KUGELMANN, 2012, p. 11):

Cenário A (aplicação do Processo Penal): com base na suspeita inicial, uma medida de busca e apreensão no interior de uma residência será considerada repressiva quando há presunção de que se trata de pessoa suspeita de ter cometido um roubo e podem existir armas ilegais e produtos obtidos de forma criminosa naquele local. Nos termos da legislação alemã (§§ 102, 105(1) StPO (DEUTSCHLAND, [2022b])), o Ministério Público requer uma ordem judicial (mandado de busca), que constitui a base legal específica para a busca.

Cenário B (aplicação do Direito Policial): com base nas informações de autoridades policiais, uma medida de busca e apreensão no interior de uma residência será considerada preventiva quando se suspeita da presença de armas de fogo em determinado domicílio e do uso dessas armas para intervir violentamente em reunião pública e manifestações a serem realizadas no dia seguinte. A base legal alemã é o dispositivo jurídico da Lei de Polícia do Estado (por exemplo, § 31 PolG BW (BADEN-WÜRTTEMBERG, 2020); § 41 PolG NW (NORDRHEIN-WESTFALEN, [2022])). Ainda assim, a decisão policial deve ser confirmada por ordem judicial. Portanto, os critérios do controle judicial são fundamentais para diminuir a discricionariedade e proteger a liberdade individual.

Por fim, cabe notar que a dogmática germânica lida necessariamente com o vínculo da atuação estatal aos direitos fundamentais; e, como afirmam Kingreen e Poscher (2022, p. 13), não só se aplicam à defesa contra a interferência do Estado mas também impõem deveres ao Estado para proteger tais direitos. Por conseguinte, o Direito Policial lida com a tutela adequada dos direitos fundamentais.

Nesses termos, todas as ações da polícia e das autoridades reguladoras devem ser proporcionais. O princípio da proporcionalidade aplica-se não apenas quando os direitos fundamentais são restringidos, mas para todas as medidas – afinal, trata-se de intervenção policial para situações graves (KUGELMANN, 2012, p. 266).

Kugelmann (2012, p. 100-101) alerta para a construção da proporcionalidade no Direito Policial: a relevância do potencial dano é inversamente proporcional à probabilidade de ocorrência do dano. Por exemplo: quando existem evidências de que uma usina nuclear explodirá (dano muito grave), as autoridades devem intervir mesmo que a probabilidade

seja mínima. Afinal, o risco é extremamente sério. Por outro lado, se forem insignificantes as ameaças, deve ser exigida uma alta probabilidade de ocorrência do dano.

Quanto à metodologia da análise jurídica no Direito Policial, Kingreen e Poscher (2022, p. 78-89) enfatizam critérios gerais para o exame da atuação policial: (a) fundamento de autorização (*Ermächtigungsgrundlage*); (b) exame da legalidade formal (competência, procedimento e forma); e (c) legalidade material (risco ou perigo a bens protegidos). Ao final, a medida só se justifica se não consistir em intervenção desproporcional e desnecessária. No caso da legislação alemã, é bastante clara a diferença entre os poderes policiais conferidos por cláusulas gerais e os que são positivados de modo específico. De todo modo, esse crivo é indispensável. Além da proporcionalidade, os autores falam em dever de certeza e clareza normativas (KINGREEN; POSCHER, 2022, p. 169-179).

Essa construção dogmática foi tão relevante para o Estado de Direito alemão que autores como Kingreen e Poscher (2022, p. 5-6, tradução nossa) chegam a falar, talvez com algum exagero, que “os franceses invadiram a Bastilha, os alemães inventaram a jurisdição administrativa e o princípio da proporcionalidade”.

3.4 Relevância da discussão jurídico-dogmática em torno do conceito de perigo

Nas subseções anteriores, foi possível entrever os principais elementos da evolução histórica da atividade policial no contexto europeu e a construção de uma dogmática jurídica especializada na área de Direito Policial. Conforme se viu, diante da restrição do sentido material da atuação policial, o Direito Policial também passa a ter como núcleo central a ideia de *perigo*. Consideradas as possíveis contribuições ao debate comparativo no Brasil, passa-se a refletir

brevemente sobre a complexidade do conceito de *perigo* e algumas de suas principais discussões no contexto alemão.

Kugelmann (2012, p. 95) advoga que o objetivo da condição de *perigo* é dar um escopo de responsabilidade às autoridades policiais e reguladoras, uma vez que elas só podem intervir quando há perigo, e sua responsabilidade expira tão logo o perigo deixe de existir. Nesses termos, *perigo* é a probabilidade suficiente de ocorrência de dano a um interesse protegido pela polícia. E esse perigo deve ser *concreto* e real.

Sempre haverá algum grau de incerteza, pois o dano não ocorreu, mas é nisso que consiste a atuação preventiva como prognóstico diante de um perigo iminente. O prognóstico de risco consiste na percepção dos fatos e, com base nisso, na previsão das consequências dos fatos, ou seja, um elemento de conhecimento empírico em relação aos desenvolvimentos futuros (KUGELMANN, 2012, p. 98-99).

À primeira vista, essa discussão parece abrir margem para a discricionariedade judicial; de fato, o risco existe. Por isso, a importância de uma sistematização legislativa e do esforço dogmático para orientar a aplicação da lei. Para facilitar a compreensão desse prognóstico policial, são apresentados dois breves exemplos baseados em Kugelmann (2012, p. 97-100).

No primeiro, policiais estão patrulhando determinada região e deparam-se com uma discussão ruidosa entre um homem e uma mulher na mesa de um café de rua. Pode ser uma crise de relacionamento, uma disputa entre empresários ou uma discussão futebolística de irmãos. Mesmo que o litígio se revele inofensivo no futuro, a intervenção não é necessariamente ilícita, pois o que importa é se o prognóstico no momento da intervenção policial é justificável. Ao analisar as ações policiais, os tribunais não devem, pois, recorrer a um prognóstico *ex post* que, em retrospectiva, se baseia no curso real

dos eventos. Daí, a importância de uma adequada construção dogmática para fornecer balizas para um “observador objetivo” (*objektiven Beobachters*), de acordo com o cenário *ex ante*.

No segundo exemplo, um homem, nitidamente bêbado, caminha em direção a um carro, com chaves de carro na mão. Um policial que está fazendo a patrulha depara-se com esse cenário. É possível que o homem esteja apenas indo buscar um item no interior do carro, mas também é possível que ele pretenda dirigir o veículo. Existe, portanto, o risco de violar o sistema legal e a segurança pública (não é permitido, em estado alcoolizado, dirigir veículos automotores – § 316 StGB (DEUTSCHLAND, [2022a])). Aí está o perigo concreto. Se perceber esse perigo, o policial pode agir enquanto ele existir. Por exemplo, pode abordar e dialogar com o homem e apreender a chave do carro se necessário. Não basta um risco geral para justificar a atuação policial; é preciso haver o perigo concreto.

Nesses dois exemplos percebem-se algumas características desse prognóstico policial para a intervenção: deve ser justificado diante de um perigo concreto, conforme as informações disponíveis *ex ante* e o estado de conhecimento.

Todavia, nem sempre um perigo é tão evidente. Em muitos casos, a autoridade enfrenta um perigo aparente (*Anscheinsgefahr*). Parece ser um cenário de perigo à ordem pública, mas não era. Contudo, é importante destacar que a avaliação da medida policial pode ter sido correta, mesmo que se trate de um perigo aparente. Por exemplo, quando um proprietário de apartamento esquece a chave da porta e entra pela janela: a informação disponível no momento em que a decisão foi tomada estava incompleta. Nesse caso, não havia informação suficiente, mas a previsão de risco estava correta (KUGELMANN, 2012, p. 102-107).

Ocorre situação diferente quando há suspeita de perigo (*Gefahrenverdacht*) – não se diagnostica um cenário de perigo, mas apenas de suspeita. Nesse caso, há indícios de perigo, mas a autoridade está ciente de que a situação concreta está sujeita a incertezas e não permite um prognóstico confiável da ocorrência de danos. Ainda não é possível afirmar que há um cenário de risco de perigo. Em geral, as intervenções a serem tomadas são as medidas preliminares para aprofundar a investigação dos fatos e preparar a prevenção final do perigo (KUGELMANN, 2012, p. 102-107).

Em algumas situações, é possível falar em “perigo abstrato”. Na verdade, são medidas abstratas e gerais, baseadas em diagnóstico razoável sobre um dano potencial: não requer circunstâncias de caso individual. Por exemplo: em vários pontos do litoral de Pernambuco, os tubarões oferecem risco aos banhistas. Seria um esforço enorme tentar proteger

de forma abrangente todo e qualquer indivíduo, em todos os horários e locais. A autoridade reguladora competente emite uma normativa que estabelece a proibição ou recomendação negativa de banho naquelas áreas. Placas de informação apropriadas são erguidas e mantidas nesses locais (KUGELMANN, 2012, p. 108).

Por fim, cabe visualizar a situação de equívoco policial diante de um *perigo putativo* ou *falso perigo* (*Putativgefahr* ou *Scheingefahr*). Nesse cenário, a autoridade policial decidiu agir, mas não havia perigo real, de acordo com as informações daquele momento e também as posteriores. Houve, portanto, avaliação equivocada dos fatos *ex ante*. Assim, a medida policial foi ilegítima, e os cidadãos poderão ser indenizados (KUGELMANN, 2012, p. 107-108).

Esses diferentes cenários de atuação preventiva policial demonstram também a riqueza dos detalhes dogmáticos que consistentemente podem auxiliar na orientação prática da aplicação das leis.

4 Desafios e caminhos possíveis na experiência brasileira

4.1 Recepção da teoria do Poder de Polícia

Afinal, como a polícia foi estudada no Brasil? Em análise elaborada sobre a evolução do assunto no Brasil, Medauar (1995, p. 90-92) constata a forte influência inicial francesa no Brasil do século XIX e início do século XX, oriunda principalmente das obras de Vicente Pereira do Rego (1857) e Prudêncio Giraldes Veiga Cabral (1859). No entanto, a formulação francesa foi alterada por outras influências teóricas estrangeiras.

Utilizando como base a análise do francês Paul Pradier-Fodéré, a primeira obra administrativista brasileira conceitua a polícia como “instituição encarregada de manter a ordem pública, a liberdade, propriedade e segurança dos cidadãos”. Em seguida, afirma que seu caráter principal é a vigilância. E alerta: quem deseja estudar a polícia em todos os seus campos de atuação deve analisar todas as áreas da administração. Num sentido mais específico, defende que a polícia está restrita: (a) à segurança do Estado; (b) à proteção das pessoas; e (c) à salubridade pública. Assim, também está presente no campo privado do comércio e das indústrias (REGO, 1857, p. 103-104). Conforme a prática francesa, Rego (1857, p. 105-106) entende que a polícia administrativa – urbana (municipal) ou rural – seria essencialmente preventiva: manter a ordem pública e evitar a criminalidade; por sua vez, a polícia judiciária seria responsável por investigar delitos e auxiliar na persecução penal, de modo que sua atuação seria essencialmente repressiva.

Entre as atribuições da polícia administrativa durante o Império, incluem-se ações preventivas, como o recolhimento de informações sobre novos habitantes de determinado distrito, se desconhecidas do público ou suspeitas; a destruição de quilombos; e a inspeção de teatros, espetáculos públicos e prisões públicas (REGO, 1857, p. 107-109).

Com base na literatura e na jurisprudência norte-americana, Ruy Barbosa usa a expressão *poder de polícia* em parecer jurídico produzido em 1915 e posteriormente incluído em seus *Comentários à Constituição brasileira*. Nesse parecer menciona o âmbito dos interesses econômicos como pertencente à ordem pública e ao bem comum; portanto, também relacionado à atividade do poder de polícia (MEDAUAR, 1995, p. 92). Os argumentos já estavam presentes, por exemplo, na obra do norte-americano Freund (1904, p. 5-9).

O termo *power police*, traduzido como poder de polícia, foi estabelecido no julgamento da Suprema Corte norte-americana, no caso *Brown vs. Maryland*, de 1827, e desde então desenvolvido pela jurisprudência no *commom law*. No sistema norte-americano, a partir da crise de 1929, o *police power* ganhou alcance social ainda maior, com fundamento no bem-estar comum.

Para demonstrar a atualidade da discussão sobre o poder de polícia no mundo anglófono, Medauar (1995, p. 90) observa que o Direito inglês compreende a discussão no âmbito do Direito Constitucional – como *legal restraints* ou *prior restraints* – nas obras de Stanley De Smith e Rodney Brazier (*Constitutional and administrative law*, 1989); ou como *civil liberties and public order* na obra de Henri Walter Clarke (*Constitutional and administrative law*, 1971). Algo semelhante ocorre no Direito norte-americano, especialmente nas discussões sobre os direitos fundamentais de liberdade e o devido processo substantivo, *substantive due process*, na obra de Barron e Dienes (*Constitutional law*, 1986). O vínculo com os direitos fundamentais já aparecia também na obra de Ernst Freund, *The police power: public policy and constitutional rights*, de 1904.

Apesar da leitura de Odete Medauar, é possível observar que autores britânicos como De Smith (1977, p. 370-371) relacionam a polícia aos deveres especiais do *commom law* de manutenção da lei e da ordem. Desse modo, a infração legal pelos indivíduos é uma violação desses deveres. A construção do raciocínio, portanto, é diferente e não se confunde com a discussão de restrição de liberdades pela Administração Pública no século XX. Por outro lado, na construção franco-germânica não há necessariamente essa violação ao ordenamento jurídico.

Na Alemanha, alguns discutem a segurança pública como uma área jurídica do Direito Constitucional Especial, mas a posição dominante a considera uma área do Direito Administrativo (POSCHER, 2016, p. 60-61).

A tradição norte-americana, em grande parte adotada no Brasil, pode ser sintetizada em algumas palavras do prefácio de Freund (1904, p. iii-v, tradução nossa), professor de Direito Público da Universidade de Chicago: “O poder de promover o bem-estar público (*public welfare*) restringindo e fiscalizando o uso da liberdade e da propriedade”. São excluídas desse conceito questões como justiça civil e criminal, tributação, benfeitorias e serviços públicos. Trata-se, portanto, de “interesses sociais primários” como a proteção da segurança, da ordem, da moral e da saúde pública.

Apesar das influências francesa e norte-americana, Aurelino Leal publicou, em 1918, a obra *Polícia e poder de polícia*, conceituando *poder de polícia* como “a manifestação do poder público tendente a fazer cumprir o dever geral do indivíduo” (LEAL, 1918, p. 79). Segundo análise de Medauar (1995), observa-se um significativo traço da influência alemã, especialmente por meio da obra de Otto Mayer. De certo modo, isso denotaria o caráter sincrético da cultura jurídica brasileira – o que pode ser saudável se utilizado como forma de diálogo entre as diferentes visões, mas pode trazer prejuízos quando não compreendidas as diferenças entre elas.

Identificar claramente a teoria brasileira do poder de polícia é tarefa difícil. Na verdade, houve diferentes influências que permitiram o debate sobre as características e os limites desse poder. Não houve a sistematização de um Direito Policial nos moldes alemães e, apesar da influência norte-americana em torno do *power police* os debates brasileiros também não acompanharam a análise de casos e precedentes desse sistema.

Contudo, seria realmente necessário manter a expressão *poder de polícia* e sua confusa formulação teórica “híbrida” no Brasil?

Medauar (1995, p. 93) lembra que diferentes doutrinadores já defenderam termos mais “suaves”: Santi Romano, a expressão *atividade administrativa de limitação* (1912); Giannini, o retorno do termo medieval *ablatio* e a expressão *procedimentos ablatórios*; e o alemão Hans Julius Wolff, *administração de vigilância*. No entanto, a autora esclarece que, quando os termos já são consolidados, eventuais mudanças de nomenclatura podem dificultar a pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, além de impedir uma melhor compreensão da evolução histórica dos institutos.

Para uma visão mais atual do entendimento brasileiro, pode-se considerar o conceito de Meirelles e Burle Filho (2016, p. 151-153): 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 ou do próprio Estado”. Em sentido idêntico e também de forma genérica, Medauar (1995, p. 89-90) aponta que, entre os poderes administrativos, o poder de polícia seria o exercido contra atividades dos particulares que se revelem contrárias, nocivas ou inconvenientes ao bem-estar social, ao desenvolvimento e à segurança

nacional. Tal conceito é apenas uma tradução preliminar da versão norte-americana, com influência francesa.

É curioso notar que Meirelles e Burle Filho (2016, p. 151-153) distinguem a polícia administrativa, foco de sua análise, da polícia judiciária e da polícia de manutenção da ordem pública. A diferença básica seria que a polícia administrativa incidiria sobre os bens, direitos e atividades, ao passo que as outras atuariam sobre as pessoas. Citando os franceses Georges Vedel e Jean Rivero, os autores diferenciam a polícia administrativa geral da polícia administrativa especial: a primeira cuidaria de questões gerais de segurança, salubridade e moralidade públicas; a segunda seria voltada para áreas específicas da atividade humana que afetam bens de interesse coletivo, “tais como a construção, a indústria de alimentos, o comércio de medicamentos, o uso das águas, a exploração das florestas e das minas” (MEIRELLES; BURLE FILHO, 2016, p. 154).

Uma vez que a extensão do poder de polícia seria muito ampla – desde os bons costumes até a segurança nacional –, há um poder de polícia equivalente para cada restrição de direito individual, que deve ser efetivada pela Administração Pública. Portanto, como “objeto do poder de polícia”, estará qualquer “bem, direito ou atividade individual que possa afetar a coletividade ou pôr em risco a segurança nacional”. Por isso, justifica-se a regulamentação, o controle e a contenção pelo Poder Público. Assim, a Administração é legitimada para condicionar o exercício de direitos individuais, delimitar a execução de atividades e condicionar o uso de bens que afetem a coletividade e a ordem jurídica (MEIRELLES; BURLE FILHO, 2016, p. 156-157).

Apesar da influência francesa inicial, argumentos norte-americanos e outras influências estrangeiras moldaram a visão dos administrativistas brasileiros sobre a polícia. Todavia, constata-se que o estudo passou a enfocar basicamente o condicionamento de direitos pela Administração. Por outro lado, afastou-se das discussões iniciais sobre vigilância e prevenção de perigos e passou a formular um “poder administrativo policial” para qualquer interesse público.

4.2 Ausência de uma dogmática brasileira do Direito Policial

No Brasil é quase impossível encontrar um curso nacional sobre Direito Policial. Por razões históricas e culturais, não há tradição dogmática nem é fácil encontrar campos de estudos e disciplinas nas faculdades. Apenas recentemente, Britto (2022) publicou um *Curso de Direito Policial*, com importantes reflexões sobre a polícia administrativa e a judiciária, que apenas de modo muito fragmentado são analisadas pelos administrativistas e pelos processualistas penais.

Lazzarini, Tácito, Moreira Neto, Meirelles, Cretella Júnior e Ferreira (1987) organizaram uma coletânea, *Direito Administrativo da Ordem Pública*, cujo escopo poderia auxiliar na concepção de uma dogmática específica para essas questões, uma vez que consideram que a ordem pública abrange a segurança e a proteção contra diversos tipos de desordem. Aproximadamente quatro décadas depois, a terminologia parece não ter sido replicada de forma ampla.

Também em língua portuguesa, é possível encontrar alguns trabalhos pela Editora Almedina, como os de Filocre (2010, 2017), *Direito de Segurança Pública e Direito Policial Moderno: Polícia de Segurança Pública no Direito Administrativo Brasileiro*; e de Valente (2019), *Teoria Geral do Direito Policial*.

Aliás, há um Direito Administrativo Ordenador, que dá título a uma significativa obra de Sundfeld (1997) e seria relativo à atividade administrativa que disciplina comportamentos dos particulares em sua atividade privada, com base na autorização legal do ordenamento jurídico. Na prática, a formulação desse campo de estudo está associada à teoria do poder administrativo de polícia comentada na seção anterior. No entanto, não consegue abarcar ou igualar-se à discussão do Direito Policial porque a ênfase está na possibilidade de um poder de coerção da Administração Pública para condicionar liberdades particulares em prol de interesses tutelados pelo sistema jurídico (SUNDFELD, 1997).

Por se consubstanciar também em medidas de vigilância, fiscalização e de prevenção, o Direito Policial não “ordena” necessariamente a vida social, e sim realiza o devido “policiamento” para a salvaguarda dos bens jurídicos diante de perigos reais. De toda forma, como afirmou Medauar (1995), a recusa pelos termos originais também apresenta desvantagens.

Um dos motivos por que se deve ter evitado a expressão *Direito Policial* é certamente a repetição – nem sempre crítica – da teoria do poder de polícia pelos administrativistas. Outro provável fator é de ordem cultural: no cotidiano, a referência à polícia é muito marcada por uma imagem bélica, sobretudo no contexto histórico brasileiro. Aliás, mesmo no Império, Rego (1857, p. 103-104) já reconhecia uma “injuriosa significação” no cenário político, mas a verdade é que todos os governos “policiam” os indivíduos. Quando “contida em justos limites”, a atividade de policiamento “é tutelar, e vela sobre a sociedade”; quando exercida com violência, incute o terror e é cúmplice do mais detestável despotismo.

No Brasil, o termo *polícia* perdeu seu sentido na teoria do poder de polícia. Afinal, tratava-se de *policiar* no sentido de informar-se e agir para evitar danos à segurança, à ordem, à saúde e a bens jurídicos em geral. No entanto, a teoria do poder de polícia, especialmente no Brasil,

passa a incluir a discussão sobre as possibilidades de a Administração Pública restringir e condicionar direitos em nome do interesse público. Contudo, não há um foco maior sobre a gravidade empírica do perigo. O foco no interesse público acaba gerando um sentido muito amplo de ordem pública, que pode justificar quase todo tipo de propósito da Administração Pública.

Em breve busca nos textos constitucionais, é perceptível que a palavra *perigo* aparece nas sete Constituições. De fato, há situações que podem coincidir com o chamado Direito Administrativo Ordenador – como no caso do art. 5º, XXV, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB), que trata da possibilidade de requisição de propriedade particular em face de “imminente perigo público” e mediante indenização posterior (BRASIL, [2022]). No entanto, as formulações teóricas não coincidem, ainda que exista uma zona de intersecção.

4.3 Reconstrução dogmática do Direito Policial: tendências e desafios

Com base no que já foi analisado, passa-se a examinar algumas questões que podem contribuir para a discussão acadêmica brasileira. Num primeiro momento é preciso ter em vista a própria ressignificação das polícias no ambiente jurídico-dogmático.

Na atualidade, Valente (2010, p. 17) tem defendido um novo formato para as polícias no Brasil e em Portugal. O autor parte do pressuposto de que a prevenção criminal em sentido amplo compreende “actos materiais e jurídicos de Polícia destinados a prevenir o perigo e, quando este se verificar, a prevenir o dano e evitar que o mesmo provoque elevada lesividade social”. Desse modo, justifica que a polícia no século XXI não aparece mais como “as mãos da organização da cidade (*politeia*)” nem como “as mãos e braços do rei ou do imperador”. Muito menos pode ser “instrumento mecanizado de opressão política”.

Em sua *Teoria geral do Direito Policial*, Valente (2019, p. 253-263) aponta que uma das principais missões da ciência jurídica policial é compreender e sistematizar os fundamentos e limites da atuação policial – entre eles, a clássica fórmula jurídica da proibição do excesso como princípio da intervenção policial. Assim, se a polícia deve atuar para conter o perigo e os possíveis danos à sociedade, é preciso compreendê-la como atividade de “salvaguarda dos cidadãos mesmo contra o poder instituído” (VALENTE, 2010, p. 17). Por isso, todos os requisitos e critérios formulados pelo Estado Constitucional de Direito e as exigências do Direito Internacional dos Direitos Humanos devem refletir-se na construção dogmática do Direito Policial.

Na construção permanente de uma tradição brasileira, o Direito Policial não pode ser apêndice do Direito Administrativo ou do Processo Penal. Conquanto também possam ser discutidas suas características naquelas áreas, não se deve perder de vista a dimensão transdisciplinar da polícia estruturada pelo dever de proteção dos bens jurídicos e pela busca de evitar perigos e danos.

O objetivo do esforço teórico deve ser muito claro: sistematizar, refletir criticamente e orientar a prática jurídica policial, enfatizando-se sempre que não se trata de um olhar para a organização policial em si, mas para a atividade de policiamento no Estado de Direito, que tem fundamento constitucional, pois é a aplicação das normas constitucionais pela atividade estatal. A prática policial decorre da própria “cláusula geral de bem-estar” (*general welfare clause*) – presente em diversos textos constitucionais, inclusive no art. 3º, IV, da CRFB (BRASIL, [2022]). Como promover o “bem comum” ou o “bem-estar de todos” sem a adequada atuação policial para a proteção dos indivíduos e de seus direitos fundamentais?

A atuação policial deve compreender não apenas a prevenção de perigos, mas também os danos e a lesividade social. Trata-se de rediscutir as balizas jurídicas do sistema de segurança pública e defesa social civil, o que pode ter repercussões diversas, como gerar novos artigos científicos e debates públicos e acadêmicos em diferentes formatos. Se a atividade policial é a coleta de informações, o prognóstico e a adoção de medidas para a contenção do perigo, o rol das organizações policiais previsto na CRFB não pode ser exaustivo. Por exemplo: ainda que exista um setor da Polícia Militar especializado na proteção ambiental, os diferentes entes políticos da Federação podem promover outros tipos de policiamento para fortalecer medidas de fiscalização e proteção jurídica.

Assim, para a proteção da Amazônia, reservas florestais e biomas diversos, a Administração Pública pode criar polícias ambientais locais (“polícia verde”) a fim de evitar crimes e mitigar prejuízos. Do mesmo modo, é possível conceber programas de policiamento para a proteção de minorias ou em função de estatísticas que apontem maior probabilidade de delitos em determinadas áreas. Em sentido próximo, estaria também o fortalecimento das Guardas Municipais para a proteção do patrimônio público – embora, diante da Lei nº 13.022/2014, surjam desdobramentos específicos nesse setor.

Além de oferecer maior segurança jurídica e auxiliar na construção dogmática nacional, a organização da atividade policial administrativa deveria ser valorizada por um marco legal atualizado e sistemático. De todo modo, ao menos exigências constitucionais, como a proteção da igualdade, a impessoalidade e a tutela do interesse público, devem guiar os futuros regulamentos. Dada a inexistência de um marco legal mais vasto, a

possibilidade permanece e pode ser corroborada e refinada por critérios jurídico-dogmáticos. Desse modo, abre-se caminho para um campo de pesquisa que pode ser bastante promissor.

Trurnit (2014, p. 486) oferece um exemplo significativo. Na vigilância e patrulha de reuniões e aglomerações urbanas, a atividade policial requer balizas normativas fortes para evitar discricionariedades abusivas. Mencionando a prática alemã – especialmente após a sistematização da *Lei Federal de Reunião* (VersG), de 1953 –, o autor entende haver ali uma especialização do Direito Policial e da Ordem Pública. Lembrando os argumentos de Schlink, Pieroth e Kniessel, afirma que a tarefa policial é não só evitar os perigos à segurança e à ordem pública relacionados às reuniões mas também proteger o exercício desse direito fundamental.

Apesar da Lei nº 1.207/1950 sobre o direito de reunião, nunca houve regulamentação nacional adequada sobre os procedimentos e os poderes policiais no contexto de reuniões, manifestações e aglomerações. Essa temática tem-se tornado cada vez mais necessária, principalmente depois da ocorrência da vandalização das sedes dos Três Poderes no Oito de Janeiro.

Afinal, o sistema legal é formado pelas circunstâncias sociais e normativas sob as quais os órgãos governamentais protegem e garantem as posições jurídicas dos cidadãos. O ponto de partida e o ponto de ancoragem do Direito Policial e Ordenador é a proteção dos bens jurídicos individuais. Kugelmann (2012, p. 1-3) aponta duas novas tendências extremamente significativas na área do Direito Policial, a internacionalização e as novas tecnologias; dentre elas, as relacionadas à informação e comunicação e à necessidade de proteger dados pessoais sensíveis exigem novas reflexões sobre a realidade social do século XXI. Poscher (2016, p. 62-68) acrescenta a centralização (pelo menos no caso alemão), a expansão dos poderes policiais e a

maior articulação entre polícias, militares e serviços de inteligência.

A segurança civil tem girado em torno de análises de risco e tecnologias da segurança. Com a velocidade das transformações tecnológicas – a internet das coisas, os carros autônomos ou a indústria 4.0 –, as sociedades tornam-se abertas e susceptíveis a possíveis ameaças. Assim, as cidades inteligentes não serão apenas altamente interconectadas e eficientes como também altamente vulneráveis (POSCHER, 2016, p. 60-61). Portanto, a noção de perigo – central no Direito Policial – passa pelos riscos criados pela tecnologia. Assim, podem-se pensar formas de vigilância com base em normas de segurança direcionadas às companhias que gerenciam serviços de água, eletricidade e comunicação.

Ao defender um campo jurídico autônomo para a segurança pública civil, Poscher (2016, p. 62) acredita que a dogmática pode compreender tanto a regulação da atividade policial e dos serviços de inteligência quanto legislações a respeito de desastres e situações de emergências.

Contudo, deve-se observar que experiências totalitárias como o nazismo, o contexto histórico da unificação alemã e os efeitos da ocupação no pós-guerra são fatores sociais que distanciam a realidade brasileira da alemã. Assim, o Direito Policial como campo jurídico autônomo não pode ser simplesmente transplantado de outro país para o Brasil como se isso resolvesse todos os seus problemas relativos à autoridade policial.

Muitos campos de pesquisa são possíveis acerca da atividade policial: teoria sociológica ou política do funcionamento policial, filosofia policial (fundamentos de justificação da lógica e atuação policial), entre vários outros. É também possível uma ciência jurídica policial, consubstanciada em uma dogmática especializada.

Os efeitos das novas tecnologias e a internacionalização da segurança pública tornam inadiável a discussão do tema. Um caminho

possível – talvez o ideal – é a adoção de um marco legal amplo e sistemático, que respeite as competências dos entes federativos, mas siga um padrão conferido pelo próprio constituinte derivado. A boa hermenêutica e a construção de uma dogmática jurídica crítica para a orientação da prestação jurisdicional podem resolver muitas dificuldades.

Sem dúvida, a recente criação de um Sistema Único de Segurança Pública (Susp) e as tentativas de aprimoramento do Ministério de Justiça e da Segurança Pública oferecem novos quadros normativos que devem ser “monitorados” pela academia. No caso da ciência jurídica, a reunião de informações empíricas e a análise crítica acadêmica podem oferecer caminhos de reflexão e eventualmente sugerir intervenções. Além de não ser escrava da legislação, a academia pode reformular suas áreas de conhecimento para auxiliar os futuros legisladores a alcançar os propósitos do Estado Constitucional e promover as liberdades fundamentais.

5 Considerações finais

Este artigo explorou as características e peculiaridades da construção germânica jurídico-dogmática do Direito Policial e as influências teóricas no desenvolvimento da análise brasileira sobre a atuação policial. Discutiram-se as potencialidades da dogmática para o aprimoramento dos critérios jurídicos para as medidas de prevenção a danos.

A hipótese inicialmente desafiada, relacionada à inviabilidade e incompatibilidade entre a dogmática alemã e a teoria administrativa brasileira, possibilitou discutir os limites da atuação policial preventiva para a contenção de perigos.

Inicialmente, a análise centrou-se na compreensão da tradição alemã que tem influenciado novos debates em diferentes países. Observaram-se fatores específicos e princípios estruturais na evolução histórica tanto da atividade policial como do respectivo campo de estudo jurídico especializado.

Em acordo com a abordagem crítica sustentada por Karl Popper, a pesquisa considera que existem problemas a serem solucionados (o aperfeiçoamento das medidas para contenção de riscos e danos) e que o objetivo da ciência é oferecer as melhores respostas possíveis no atual estágio de conhecimento. Reconhece também que a perspectiva comparativa pode desafiar a prática e oferecer olhares novos, que contribuam para o desenvolvimento do debate.

Na segunda parte da pesquisa, analisou-se a “recepção” (reformulação) da teoria administrativista do poder de polícia no Brasil, de modo a compreender como o Direito brasileiro entende essa temática. Nesse cenário,

constatarem-se aproximações e distanciamentos entre a experiência brasileira – em geral, com forte influência francesa e norte-americana – e os *insights* conjecturados com base no debate teuto-brasileiro.

Ao final, refutou-se a ideia de inviabilidade da proposta de um Direito Policial brasileiro, na medida em que se demonstrou que a “teoria brasileira” da polícia administrativa não abrange esse campo de estudo nem com ele se confunde. Contudo, observa-se que no Brasil, além da formulação teórica confusa – principalmente pela miscelânea entre as literaturas francesa e norte-americana –, a discussão ainda se encontra em fase muito inicial.

O transplante da dogmática alemã para o Brasil não é útil nem possível, em razão das peculiaridades histórico-culturais de cada país. Todavia, isso não significa que a experiência alemã deva ser ignorada. Muito ao contrário: especialmente as ferramentas dogmáticas para a orientação da prática jurídica policial podem ser objeto de reflexão crítica para a construção de critérios de fundamentação da dogmática jurídica brasileira.

Ao colocar em pauta temas relevantes mas ainda pouco discutidos no cenário nacional, a presente pesquisa busca colaborar para o aperfeiçoamento do sistema de proteção dos bens jurídicos constitucionalmente tutelados.

Sobre o autor

Pedro de Oliveira Alves é doutor em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE), Recife, PE, Brasil; professor de Direito Constitucional e Teoria do Estado na UFPE (2021-2023), Recife, PE, Brasil; professor de Teoria do Direito e Hermenêutica Jurídica na Uninassau, Recife, PE, Brasil; coordenador adjunto do Observatório de Justiça Constitucional da Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, RN, Brasil; advogado, membro da Comissão de Estudos Constitucionais e Cidadania da OAB/PE.

E-mail: pedro.oalves@ufpe.br

O presente trabalho foi realizado com apoio da Fundação de Amparo à Pesquisa e Inovação do Espírito Santo (Fapes) em nível de Pós-doutorado.

Como citar este artigo

(ABNT)

ALVES, Pedro de Oliveira. A construção jurídico-dogmática do Direito Policial na Alemanha e no Brasil: esforços teóricos sobre prevenção do perigo no século XXI. *Revista de Informação Legislativa*: RIL, Brasília, DF, v. 60, n. 239, p. 65-89, jul./set. 2023. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/60/239/ril_v60_n239_p65

(APA)

Alves, P. de O. (2023). A construção jurídico-dogmática do Direito Policial na Alemanha e no Brasil: esforços teóricos sobre prevenção do perigo no século XXI. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, 60(239), 65-89. Recuperado de https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/60/239/ril_v60_n239_p65

Referências

ALBERT, Hans. *O direito à luz do racionalismo crítico*. Tradução e estudo preliminar de Günther Maluschke. Brasília, DF: Universa: Ed. UnB, 2013.

BADEN-WÜRTTEMBERG. *Polizeigesetz (PolG)*. [Stuttgart]: Landesrecht BW Bürgerservice, 2020. Disponível em: <https://www.landesrecht-bw.de/jportal/?quelle=jlink&query=PolG+BW&psml=bsbawueprod.psm1&max=true&zaiz=true>. Acesso em: 25 maio 2023.

BERG, Günther Heinrich von. *Handbuch des Teutschen Policeyrechts*. Hannover: Gebrüder Hahn, 1804. v. 4.

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, [2022]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 25 maio 2023.

BRITTO, Aldo Ribeiro. *Curso de direito policial*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2022.

CASSESE, Sabino. *Derecho administrativo: historia y futuro*. Sevilla: Global Law Press, 2014. (Serie Blanca. Libros de Pensamiento).

DE SMITH, Stanley A. *Constitutional and administrative law*. This ed. rev. by Harry Street, Barbara De Smith and Rodney Brazier. 3rd ed. London: Penguin Books, 1977. (Foundations of Law).

DEUTSCHLAND. *Strafgesetzbuch (StGB)*. [Berlin]: Bundesministerium der Justiz, [2022a]. Disponível em: <https://www.gesetze-im-internet.de/stgb/>. Acesso em: 25 maio 2023.

_____. *Strafprozeßordnung (StPO)*. [Berlin]: Bundesministerium der Justiz, [2022b]. Disponível em: <https://www.gesetze-im-internet.de/stpo/index.html>. Acesso em: 25 maio 2023.

ENGLÄNDER, Armin. Kritischer Rationalismus und die Jurisprudenz. In: HILGENDORF, Eric (hrsg.). *Kritischer Rationalismus und Einzelwissenschaften: Zum Einfluss des Kritischen Rationalismus auf die Grundlagendebatten*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2017. p. 111-125.

FILOCRE, Lincoln D'Aquino. *Direito de segurança pública: limites jurídicos para políticas de segurança pública*. Coimbra: Almedina, 2010.

_____. *Direito policial moderno: policia de segurança pública no direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Almedina, 2017. (Coleção Manuais Universitários).

FREUND, Ernst. *The police power: public policy and constitutional rights*. Chicago: Callaghan & Company, 1904.

JELLINEK, Walter. *Verwaltungsrecht*. 3. Aufl. Berlin: Julius Springer, 1931.

KINGREEN, Thorsten; POSCHER, Ralf. *Polizei- und Ordnungsrecht: mit Versammlungsrecht*. 12. Aufl. München: C. H. Beck, 2022. (Grundrisse des Rechts).

KUGELMANN, Dieter. *Polizei- und Ordnungsrecht*. 2. Aufl. Berlin: Springer, 2012.

LAZZARINI, Álvaro; TÁCITO, Caio; MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo; MEIRELLES, Hely Lopes; CRETELLA JÚNIOR, José; FERREIRA, Sérgio de Andrea. *Direito administrativo da ordem pública*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

LEAL, Aurelino. *Polícia e poder de polícia*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1918. Disponível em: <https://bibliotecadigital.stf.jus.br/xmlui/handle/123456789/671>. Acesso em: 25 maio 2023.

MAYER, Otto. *Deutsches Verwaltungsrecht*. Leipzig: Duncker & Humblot, 1895. v. 1. (Systematisches Handbuch der Deutschen Rechtswissenschaft, Abt. 6).

MEDAUAR, Odete. Poder de polícia. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 199, p. 89-96, jan./mar. 1995. DOI: <https://doi.org/10.12660/rda.v199.1995.46490>. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/46490/46697>. Acesso em: 25 maio 2023.

MEIRELLES, Hely Lopes; BURLE FILHO, José Emmanuel. *Direito administrativo brasileiro*. Com a colaboração de Carla Rosado Burle. 42. ed. atual. até a Emenda Constitucional 90, de 15.9.2015. São Paulo: Malheiros, 2016.

NORDRHEIN-WESTFALEN. *Polizeigesetz (PolG)*. [Düsseldorf]: Ministerium des Innern des Landes Nordrhein-Westfalen, [2022]. Disponível em: https://recht.nrw.de/lmi/owa/br_text_anzeigen?v_id=3120071121100036031. Acesso em: 25 maio 2023.

POPPER, Karl R. *Conjecturas e refutações*. Tradução de Sérgio Bath. 2. ed. Brasília, DF: Ed. UnB, 1982. (Coleção Pensamento Científico, 1).

POSCHER, Ralf. Tendencies in public civil security law. *European Journal for Security Research*, [s. l.], v. 1, n. 1, p. 59-76, 2016. DOI: <https://doi.org/10.1007/s41125-016-0003-3>.

PÜTTER, Johann Stephan. *Elementa iuris publici Germanici*. Göttingen: Sumtibus Victorini Bossigellii, 1754.

REGO, Vicente Pereira do. *Elementos de direito administrativo brasileiro: comparado com o direito administrativo francez, segundo o methodo de P. Pradier-Foderé*. Recife: Typographia Universal, 1857. t. 1. Disponível em: <https://bibliotecadigital.stf.jus.br/xmlui/handle/123456789/1215>. Acesso em: 25 maio 2023.

SCHLINK, Bernhard. On a principle of contradiction in normative logic and jurisprudence. *Theory and Decision*, [s. l.], v. 2, n. 1, p. 35-48, 1971. DOI: <https://doi.org/10.1007/BF00133137>.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo ordenador*. São Paulo: Malheiros, 1997.

TEUTSCHENBRUNN, Johann Heumann von. *Initia iuris politiae Germanorum*. Nürnberg: Johann Georg Lochner, 1757.

TRURNIT, Christoph. Grundfälle zum Versammlungsrecht. *JURA – Juristische Ausbildung*, Berlin, v. 36, n. 5, p. 486-496, 2014. DOI: <https://doi.org/10.1515/jura-2014-0057>.

VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. A cientificidade da actuação policial como garante dos direitos humanos. *Revista Brasileira de Ciências Policiais*: RBCP, Brasília, DF, v. 1, n. 1, p. 13-20, jan./jun. 2010. DOI: <https://doi.org/10.31412/rbcp.v1i1.25>. Disponível em: <https://periodicos.pf.gov.br/index.php/RBCP/article/view/25>. Acesso em: 25 maio 2023.

_____. *Teoria geral do direito policial*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2019. (Coleção Manuais Universitários).