

# As Guardas Municipais e o Poder de Polícia sob a Ótica do Estado de Direito e da Constituição Federal

*Marilda Watanabe de Mendonça<sup>1</sup>*

## O Estado de Direito e o poder de polícia

O poder de polícia das Guardas Municipais há muito vem sendo discutido pela sociedade, mormente no meio jurídico, entre os profissionais que trabalham diretamente com questões atinentes à segurança.

Destaque-se que em capitais com dimensões metropolitanas, mais do que a discussão neste âmbito, há todo um clamor social por segurança.<sup>2</sup> A mídia noticia diariamente fatos que evidenciam uma crise no setor, em face de sua estreita relação com direitos fundamentais como a vida e a integridade física da população. Há, pois, a necessidade de uma análise científica sobre a questão.

Toma-se, então, como ponto de partida para este estudo, o exercício do poder de polícia à luz do Estado Democrático de Direito. Assim,

---

<sup>1</sup> Pós-graduada em Direito Constitucional pela Escola Superior de Direito Constitucional, mestranda em Direito, Procuradora do Estado de São Paulo, Consultora Jurídica da Secretaria do Estado da Administração Penitenciária, São Paulo, Brasil.

<sup>2</sup> FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **O direito de antena em face do Direito Ambiental no Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2000. Afirma o autor sobre o direito à segurança: “[...] O direito à incolumidade físico-psíquica e mesmo à liberdade e locomoção é o aspecto central no sentido de delimitar o direito de a pessoa humana estar num estado, qualidade ou condição de segurança [...]” (p. 28).

destacam-se entre os seus alicerces: a submissão do administrador público à legalidade e a proteção dos direitos fundamentais.

A legalidade, como limitação de poder mediante a lei, é dimensão essencial do Estado de Direito, porque vincula toda e qualquer atividade à previsão legal. Canotilho,<sup>3</sup> nessa esteira, afirma que o princípio da legalidade dá sentido às afirmações correntes de que o “governo é um governo de leis e não de homens”, “ninguém está acima da lei”, mormente porque esta reflete a vontade comunitária, por meio de um Legislativo, organizado e escolhido legitimamente, por um processo eleitoral, previsto na Constituição.<sup>4</sup>

Importante ressaltar que o império da lei deve ser entendido como dimensão essencial do Estado de Direito, no sentido de que o poder político não é livre, mas subordinado ao direito, em especial a uma Constituição, pois atua por meio dela, e todas as demais normas devem ser informadas pela ideia de direito. Por isso, a atuação mediante a lei comporta a noção de que “só quem tenha competência previamente definida por regras jurídicas está apto, num qualquer Estado de Direito, a desempenhar funções, com o selo de autoridade pública”.<sup>5</sup> Por conseguinte, todo o exercício decorrente do poder de polícia se curva à legalidade.

De outro lado, não menos importante ao Estado de Direito, são os direitos fundamentais. Destaque-se que nossa Carta Constitucional elenca um longo catálogo de tal espécie de direitos, impondo também à Administração Pública sua velada observância, mesmo porque integram o

---

<sup>3</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estado de Direito**. Disponível em <http://pt.scribd.com/doc/43038759/Canotilho-Estado-de-Direito-LIVRO>. Consulta em 15/03/2011, p. 22.

<sup>4</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estado de Direito**. Disponível em <http://pt.scribd.com/doc/43038759/Canotilho-Estado-de-Direito-LIVRO>. Consulta em 15/03/2011, p. 22.

<sup>5</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estado de Direito**. Disponível em <http://pt.scribd.com/doc/43038759/Canotilho-Estado-de-Direito-LIVRO>. Consulta em 15/03/2011, p. 18.

núcleo fundamental da Constituição, *ex-vi* do disposto no artigo 60, § 4º, inciso IV.

### Poder de polícia: conceito e evolução

Ultrapassadas tais considerações, é de relevo a lição da administrativista Maria Sylvania Zanella Di Pietro,<sup>6</sup> que, com a clareza que lhe é peculiar, afirma sobre a evolução do poder de polícia e seu conceito:

[...] Num primeiro momento o Estado de Direito desenvolveu-se baseado nos princípios do **liberalismo**, em que a preocupação era a de assegurar ao indivíduo uma série de direitos subjetivos, dentre os quais a liberdade. [...] A regra era o livre exercício dos direitos individuais amplamente assegurados [...] a atuação estatal constituía exceção, só podendo limitar o exercício dos direitos individuais para assegurar a **ordem pública**. A polícia administrativa era essencialmente uma polícia de segurança.

Um segundo momento se inicia quando o Estado liberal começa a transformar-se em Estado intervencionista; a sua atuação não se limita mais à segurança e passa a se estender também à ordem econômica e social [...].

Pelo conceito moderno, adotado no direito brasileiro, o poder de polícia é a atividade do Estado que consiste em limitar o exercício dos direitos individuais em benefício do interesse público.<sup>7</sup> Este, por sua vez, diz respeito aos mais variados setores da sociedade, tais como segurança, saúde, meio ambiente, defesa do consumidor, patrimônio cultural, propriedade.

---

<sup>6</sup> DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Direito Administrativo**, 20. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 102-104.

<sup>7</sup> ARAÚJO, Edmir Netto de. **Curso de Direito Administrativo**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 995. Afirma o autor sobre o tema: “[...] Realmente é o poder de polícia, em uma primeira imagem, um ‘mecanismo de frenagem’ que é inerente à Administração, para que, em nome da harmonização do exercício de direitos e interesse público contenha os abusos do direito individual, detendo a atividade do particular que se revelar prejudicial ao bem-estar social e à tranquilidade do cidadão [...]” (p. 995).

Daí a divisão da polícia administrativa em vários ramos de atuação: polícia de segurança, das florestas, das águas, de trânsito, sanitária<sup>8</sup> etc.

Dessa forma, o poder de polícia se estende de acordo com o ramo de atuação de cada atividade, em razão da conveniência da organização administrativa, ressaltando-se que esta divisão tem um valor mais didático do que prático, em face da amplitude que reveste o tema.

Ainda sobre o assunto, são as considerações de Diogo de Figueiredo Moreira Neto:<sup>9</sup>

[...] O poder de polícia é a mais antiga das manifestações administrativas das organizações políticas. Surgiu para assegurar um mínimo de ordem que permitisse a convivência tranquila e produtiva do corpo social e suas primeiras manifestações dirigiram-se à manutenção da ordem pública através de ações de segurança pública [...].

A evolução do Estado estendeu o poder de polícia à proteção de outros valores, sempre que o exercício de atividades individuais pudesse a vir comprometer interesses públicos que, com o aperfeiçoamento do direito, passaram a ser legalmente definidos e protegidos.

Operada a conceituação de poder de polícia e ressaltando que o principal fundamento de sua existência é o princípio da supremacia do interesse público, é conveniente destacar que o seu exercício se dá tanto em âmbito de Poder Legislativo como de Executivo.

É nesse sentido, por exemplo, que a Administração Pública regulamenta as leis e controla sua aplicação preventivamente (por meio de ordens, notificações, licenças ou autorizações) ou com a adoção de “medidas repressivas, tais como: dissolução de reunião, interdição de atividade, apreensão de mercadorias, aplicação de multas etc., sempre com o escopo

---

<sup>8</sup> ARAÚJO, Edmir Netto de. **Curso de Direito Administrativo**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 1003.

<sup>9</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**. 11. ed. São Paulo: Forense, 1997, p. 300-301.

de coagir o infrator a cumprir a lei. Assim, constata-se que é inserida, no exercício do poder de polícia, a limitação<sup>10</sup> ao exercício de algum ou alguns direitos individuais, restrição esta que tem sua legitimidade vinculada ao princípio da legalidade, ao sistema de direitos fundamentais e ao princípio da dignidade humana.<sup>11</sup>

A doutrina,<sup>12</sup> costumeiramente, ensina que existem duas espécies de poder de polícia: administrativa e judiciária. A primeira tem caráter eminentemente preventivo e a segunda, ao reverso, tem sua ação focada em atos de repressão, não no sentido de aplicação de penas, mas auxiliando o Judiciário neste mister.

Sobre essa questão, constam das considerações de Edmir Netto de Araújo:<sup>13</sup>

---

<sup>10</sup> FERRAZ, Anna Candida da Cunha. Aspectos da positivação dos direitos fundamentais na Constituição de 1988. In: BITTAR, Eduardo C.B.; FERRAZ, Anna Candida da Cunha (Orgs.). **Direitos Humanos Fundamentais: positivação e concretização**. Osasco: Edifício, 2006. Afirma a autora sobre o tema: “[...] Não há regra geral específica sobre as limitações e as restrições aos direitos fundamentais que, em nosso sistema, como em qualquer outro, não são absolutos. Os limites e as restrições, quando não decorrem da norma específica definidora de determinado direito são, em regra, deduzidos dos princípios que regem o ‘sistema constitucional dos direitos fundamentais’ (princípio da legalidade, com a reserva absoluta ou a proibição de legislação restritiva, princípio da igualdade etc.)” (p. 172).

<sup>11</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. Afirma o autor sobre o tema: “[...] A dignidade, como qualidade intrínseca da pessoa humana, é algo que simplesmente existe, sendo irrenunciável e inalienável, na medida em que constitui elemento que qualifica o ser humano como tal e dele não pode ser destacado, de tal sorte que não se pode cogitar na possibilidade de determinada pessoa ser titular de uma pretensão a que lhe seja concedida a dignidade. Esta, portanto, como elemento integrante e irrenunciável da natureza da pessoa humana, é algo que se reconhece, respeita e protege, mas não que possa ser criado ou lhe possa ser retirado, já que existe em cada ser humano como algo que lhe é inerente [...]” (p. 100-101).

<sup>12</sup> ARAÚJO, Edmir Netto de. **Curso de Direito Administrativo**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, p. 1003. DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Direito Administrativo**. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 105-106.

<sup>13</sup> ARAÚJO, Edmir Netto. **Curso de Direito Administrativo**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 1000.

[...] É costume asseverar-se que a distinção entre polícia administrativa e polícia judiciária reside exatamente, como visto, no caráter preventivo da primeira e na característica repressiva da segunda, pois a polícia administrativa objetivaria impedir ações antissociais e a polícia judiciária punir e reprimir os infratores da lei criminal, sendo que esta, não raro, ainda acumularia as duas funções.

[...]

Não obstante, outras diferenças são apontadas nessas atividades: se a polícia administrativa se predispõe unicamente a impedir ou paralisar atividades antissociais e a polícia judiciária se preordena a responsabilizar os violadores da ordem jurídica, a primeira se rege pelas normas administrativas e a segunda, pela legislação penal e processual penal: em consequência, a primeira incide sobre bens, direitos ou atividades, e a segunda, sobre pessoas [...]

O exercício desse poder é decorrência da obrigação estatal em executar suas leis, impondo restrições aos direitos individuais em benefício do bem comum, pois “como a convivência harmônica reclama a preservação dos direitos e garantias fundamentais, é necessário existir uma atividade constante de vigilância, prevenção e repressão de condutas delituosas”.<sup>14</sup>

O estudo do poder de polícia, sob essa ótica, é objeto de análise do direito administrativo da segurança. Sobre o tema, faz-se referência a Diogo de Figueiredo Moreira Neto:<sup>15</sup>

[...] A segurança, sem dúvida, além de ser a mais antiga preocupação e responsabilidade do Estado, é o mais vasto campo de sua atuação e até condição para atendimento das demais.

Podemos considerá-la como atividade destinada a manter a ordem social, referida às pessoas, bens e instituições sociais em geral, e a ordem jurídica, referida ao Estado e suas instituições.

Para garantir todos esses valores, o Estado atua através de seus três Poderes: legislando, executando administrativamente sua vontade através do Poder de Polícia e julgando os infratores para aplicar-lhes sanções penais.

---

<sup>14</sup> BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 1188.

<sup>15</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**. 11. ed. São Paulo: Forense, 1997, p. 300 e 312-317.

[...]

As organizações policiais de todos os graus federativos – Polícia Federal, Polícia Rodoviária Federal, Polícia Ferroviária Federal, Polícias Civis Estaduais e Polícias Militares Estaduais – incluem entre suas funções, atribuições de vigilância, isso além de outras organizações, que se destinam a funções de vigilância setorial ou local como as Guardas Municipais, Judiciárias, Legislativas e as de estabelecimentos públicos.

[...]

No plano estadual, as atribuições de vigilância se concentram nas Secretarias de Segurança Pública, seus desdobramentos ou congêneres, que congregam as corporações que atendem aos vários aspectos e missões de segurança: Polícia Civil, Polícia Militar e Corpo de Bombeiros Militar, onde exista.

No plano municipal, as atribuições de vigilância se restringem à segurança patrimonial de seus bens, serviços e instalações.

[...]

Falhando a prevenção, entra em ação o mecanismo repressivo do Estado. A repressão policial, de que ora se tratará, poderá consistir ou na ação direta e imediata contra o indivíduo, dispersando multidões, dissolvendo aglomerações e prendendo em flagrante delito, ou na ação preparatória da repressão judiciária [...].

## **Poder de polícia de segurança e as guardas municipais**

Nessa linha, o Estado tem poder de polícia de segurança, que se caracteriza, dentre outros, pelo poder de prevenção e repressão interna, cujos principais atores são as organizações policiais do Estado, já que a repressão externa é incumbência precípua das Forças Armadas e da Diplomacia.

Diante da importância da matéria, o constituinte originário tratou de sistematizá-la, indicando os órgãos ligados à segurança, quais sejam, a Polícia Federal, a Polícia Rodoviária Federal, a Polícia Ferroviária Federal, a Polícia Civil e a Polícia Militar e Corpo de Bombeiros, conforme consta do artigo 144 e incisos da Constituição Federal de 1988. E continuando a disciplina da questão, os parágrafos do mesmo dispositivo, taxativamente, mencionam a missão e atribuição constitucional de cada um desses órgãos.

É mister ressaltar a exclusividade da Polícia Militar como órgão incumbido de policiamento ostensivo<sup>16 17</sup> e preservação da ordem pública, constante do parágrafo 5º do dispositivo em comento. Trata-se, na realidade, de norma que visa impor apenas e tão somente a tal órgão esta espécie de poder de polícia.

Observe-se que, em momento algum, a Constituição Federal elencou as Guardas Municipais como órgão de segurança, portanto, impossível a concepção de uma “polícia municipal” nos mesmos moldes da Polícia Militar ou Polícia Civil. É a fim de afastar qualquer dúvida atinente a esta questão, o texto constitucional é taxativo ao facultar a criação das Guardas Municipais, que, necessariamente, têm como única atribuição a proteção dos bens, dos serviços e das instalações do Município, nos limites impostos pela lei, consoante dispõe o artigo 144, § 8º da Constituição vigente.<sup>18</sup>

---

<sup>16</sup> Álvaro Lazzarini nos ensina: “No entender de Diogo de Figueiredo Moreira Neto (“A segurança Pública na Constituição”, Brasília, **Revista de Informação Legislativa**, n. 109, p. 147-148), a política ostensiva, afirmei, é uma expressão nova, não só no texto constitucional, como na nomenclatura da especialidade. Foi adotada por dois motivos, o primeiro, já aludido, de estabelecer a exclusividade constitucional e, o segundo, para marcar a expansão da competência policial dos policiais militares, além do ‘policiamento ostensivo’ [...]” (p. 17). LAZZARINI, Álvaro. Segurança Pública e o aperfeiçoamento da polícia no Brasil. **Revista Forense**, n. 316, 1991, p. 3-34.

<sup>17</sup> Constituição do Estado de São Paulo: art. 141: “À polícia militar, órgão permanente, incumbe, além das atribuições definidas em lei, a polícia ostensiva e a preservação da ordem pública”.

<sup>18</sup> GUEDES, Alexandre David de Souza. **A problemática da interferência das Guardas Municipais no Poder de Polícia da Polícia Militar**. Trabalho de conclusão de curso na Academia da Polícia Militar do Barro Branco. Adverte o autor: “No Estado de São Paulo, as guardas municipais foram contempladas em artigo da Constituição Estadual, inserido no capítulo destinado aos municípios [...]”.

Como se pode observar, as Guardas Municipais não possuem poder de polícia para realizar o policiamento ostensivo e preventivo da ordem pública, constituindo-se em meras guardas patrimoniais. Tal tarefa cabe somente à Polícia Militar, conforme o artigo 144, § 5º da Constituição Federal e Decreto-Lei Federal.

Isso ocorre em função da importância e do interesse nacional pela ordem pública. Esse interesse não é exclusivo do município e nem privativo da localidade. Se assim houvesse exclusividade, a administração local aniquilaria a autonomia de que faz praça a Constituição. Inexiste interesse municipal que não seja paralelamente o da União e dos



A propósito, vale mencionar a lição de Álvaro Lazzarini, no já citado artigo denominado Segurança Pública e Aperfeiçoamento da Polícia no Brasil, que coloca com precisão:

[...] A Constituição Federal prevê a criação facultativa de guardas municipais – não guarda civil, guarda noturna, denominações constitucionalmente desconhecidas – pelos municípios, “destinadas à proteção de seus bens, serviços e instalações” (art. 144, § 8º). Como se vê, não são funções da chamada Polícia Geral ou Polícia de Ordem Pública, embora suas missões integrem o universo de atividades da segurança pública, feitas de maneira ostensiva.

Entretanto, alguns dirigentes de guardas municipais, sob o pretexto de que, como se disse alhures, “há um clamor por maior segurança e que agora o município, elevado à condição de unidade federativa, pode considerar como de interesse local os assuntos relativos à ordem pública”, vem agindo de forma superposta às Polícias estaduais, fazendo tanto a prevenção como a repressão imediata de infrações penais.

Descarte-se, também, a possibilidade de se sustentar a existência de poder de polícia, com fundamento nos artigos 23, I e 30, I e V do texto constitucional, pois da interpretação de tais dispositivos, em momento algum, se extrai mensagem em tal sentido.

O primeiro comando integra o rol de competências comuns das pessoas políticas da Federação brasileira e deve ser compreendido como uma missão constitucional das partes.<sup>19</sup> É certo, sem dúvida, que se trata de

---

Estados-membros, como não há interesse regional ou nacional, que não ressoe nos municípios, como partes integrantes da Federação. Portanto, por uma questão orçamentária, as missões constitucionais que devem ser responsabilidade do município, são: saúde, educação, lazer etc. O legislador determinou que o policiamento ostensivo e preventivo fosse exclusividade dos Estados [...]”.

<sup>19</sup> MORBIDELLI, Janice Helena Ferreira. **Um novo Pacto Federativo**. São Paulo: Celso Bastos, 1999. Afirma a autora sobre o tema: “[...] ‘Competência comum’ é aquela que permite legislar ou praticar certos atos, em determinada esfera, juntamente com outros entes federativos de forma cumulativa, sem excluir a competência desses outros. Possui caráter geral e é cabível à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, como um instrumento para dar efetividade ao federalismo cooperativo. É o que se desprende do artigo 23 da Constituição Federal [...]. É de se salientar o aspecto de

norma que reflete o federalismo assimétrico,<sup>20</sup> pois se dentro de uma federação se convive com a diversidade (cultural, social, econômica), nada mais acertado do que a busca do equilíbrio e do cumprimento da norma pelos vários entes que integram a federação, porém o dispositivo não concede poder de polícia além dos limites fixados ao Município no artigo 142, § 8º da Constituição vigente.

Já o dispositivo do artigo 30, inciso I, expressamente resume o principal motivador da competência municipal: o interesse local. Entretanto, é preciso ressaltar que esta expressão é de difícil conceituação e não raras foram as vezes que a mais alta corte do Judiciário teve que atuar, assentando os casos práticos de exercício de competência municipal, em razão de interesse local.<sup>21</sup> Não se discorda, neste passo, que a segurança pública também pode estar inserida neste conceito, entretanto, a interpretação do dispositivo em debate não nos permite afirmar categoricamente que o Município tem poder de polícia em moldes idênticos à Polícia Militar ou à Polícia Civil. Adverte Diógenes Gasparini<sup>22</sup> sobre o tema:

---

realização de tarefas destinado às competências comuns. As matérias de competência comum à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, constantes do artigo 23, não revestem necessariamente a forma de ação legislativa, mas na maioria das vezes, a de atuação administrativa dos respectivos poderes [...]” (p. 229-230).

<sup>20</sup> BERCOVICI, Gilberto. **Desigualdades Regionais, Estado e Constituição**. São Paulo: Max Limonad, 2003. Afirma o autor sobre o tema: “[...] O federalismo assimétrico, portanto, fundamenta-se na desigualdade jurídica e de competências entre as unidades federadas, mesmo que do mesmo nível. Trata-se de uma forma de organização federal contraposta ao federalismo homogeneizado do Estado Social, fundado no princípio da solidariedade [...]” (p. 168).

<sup>21</sup> Nesse sentido, são exemplos: a) Súmula n. 645, sobre competência do Município para fixar horário de funcionamento de estabelecimento comercial; b) RE 432.789, rel. Min. Eros Grau, DJ 7/10/2005, que concede à lei municipal, com fulcro no interesse local, a competência para fixar o tempo máximo de espera em fila de banco; c) RE 387.990/SP, rel. Min. Carlos Velloso, determina que os serviços funerários tenham caráter municipal.

<sup>22</sup> GASPARINI, Diógenes. As guardas municipais na Constituição de 1988. **Revista dos Tribunais**, n. 671, p. 47-48.

[...] em lugar da tradicional cláusula do “peculiar interesse”, configurada nas Constituições anteriores, o constituinte de 1988, preferiu a do interesse local sem, contudo, inovar no conteúdo. Sendo assim, o interesse local não é outra coisa senão aquele que prepondera, que sobressai quando confrontado com o do Estado-membro ou com o da União.

[...]

Os serviços de polícia ostensiva e de preservação da ordem pública, a toda força, não são predominantemente locais, dado destinarem-se a coibir a violação da ordem jurídica, a defender a incolumidade do Estado e dos indivíduos e a restaurar a normalidade de situações e comportamentos que se opõem a esses valores. De fato, a questão da ordem jurídica e os atentados contra o Estado e os indivíduos são comportamentos que repercutem além dos limites do município, que transcendem suas fronteiras. Escapam, pois, do predominantemente municipal e determinam, em razão disso, outra ordem de competência a cujos integrantes cabem prestá-los [...].

Os princípios da máxima efetividade<sup>23</sup> da norma constitucional e da unidade da constituição<sup>24</sup> permitem envidar uma interpretação sistematizada dos artigos 23, I; 30, I e 144, § 8º do texto constitucional. Nesse sentido, o primeiro princípio impõe que, na aplicação das normas constitucionais, é necessário lhes emprestar o máximo de eficácia, enquanto, pela unidade da Constituição, as normas constitucionais estão inseridas em um sistema

---

<sup>23</sup> MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 1983. Afirma o autor sobre o tema: “[...] Deve assentar-se no postulado de que todas as normas constitucionais são verdadeiras normas jurídicas e desempenham uma função útil no ordenamento. A nenhuma pode-se dar uma interpretação que lhe retire ou diminua a razão de ser. Mais: a uma norma fundamental tem de ser atribuído o sentido que mais eficácia lhe dê: a cada norma constitucional é preciso conferir, ligada a todas as outras normas, o máximo de capacidade de regulamentação [...]” (p. 229).

<sup>24</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1998. “[...] O princípio da unidade obriga o intérprete a considerar a Constituição na sua globalidade e procurar harmonizar os espaços de tensão [...] existentes entre as normas constitucionais a concretizar (ex. princípio do Estado de Direito e princípio democrático, princípio democrático e princípio socialista, princípio unitário e princípio da autonomia regional e local etc.)” (p. 1148).

único a produzir efeitos, evitando contradições e impondo ao intérprete a harmonização de conflitos de normas.<sup>25</sup>

Assim, haveria uma missão constitucional do Município no cumprimento das normas constitucionais e legais, com partilha de responsabilidades com os outros entes políticos da Federação e capacidade normativa com vistas ao interesse local. Observe-se a generalidade dos dispositivos do artigo 23, I e 30, I do texto constitucional. Incumbiriam, pois, ao Município, o cumprimento e o respeito à Constituição, fomentando, por exemplo, políticas públicas ligadas à saúde, à educação e à cultura, dando cumprimento, portanto, ao disposto no artigo 23, inciso II e V do texto constitucional e, se necessário fosse, seriam editadas normas legais, de cunho municipal, levando em consideração suas necessidades e realidades sociais. Trata-se de ações positivas, de cunho preventivo, que, sem dúvida alguma, refletiriam na segurança local, sem contar que a “mera presença nos locais designados, junto a logradouros públicos ou próprios municipais, prestar-se-á como força psicológica em prol da ordem, beneficiando assim, de forma indireta, os munícipes”.<sup>26</sup>

Descarte-se, também, a inviabilidade de realização de convênios com fulcro na Lei nº 11.473, de 10 de maio de 2007, a qual organiza a Força Nacional de Segurança, em face do conteúdo do seu artigo 1º, que concede à União a possibilidade de estabelecer convênios com os Estados e o Distrito Federal<sup>27</sup> para executar atividades e serviços imprescindíveis à preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio. Além disso, reitere-se, existe a reserva constitucional da segurança pública aos

---

<sup>25</sup> BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. 7. ed., revista. São Paulo: Saraiva, p. 202.

<sup>26</sup> GASPARINI, Diógenes. As guardas municipais na Constituição de 1988. **Revista dos Tribunais**, n. 671, p. 48.

<sup>27</sup> Art. 1º da Lei n.º 11.473/2007: “A União poderá firmar convênio com os Estados e o Distrito Federal para executar atividades e serviços imprescindíveis à preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio”.

órgãos elencados no dispositivo do artigo 144, incisos I a V da Constituição vigente, restando ao Município, na pessoa das Guardas Municipais, apenas as atribuições de vigilância e segurança do seu patrimônio.

A propósito, ressaltem-se as considerações de Diógenes Gasparini:<sup>28</sup>

[...] Não havendo competência para agir do Município, não se tem como legitimar a atuação do seu “agente policial”, mesmo que aquele ou este queira a atribuição. Por essa razão, tem-se como correta a lição de Caio Tácito, assim oferecida: “Primeira condição de legalidade é a competência do agente. Não há, em Direito Administrativo, competência geral ou universal: a lei preceitua, em relação a cada função pública, a forma e o momento do exercício da atribuição do cargo. Não é competente quem quer, mas quem pode, segundo a norma de direito. A competência é um elemento vinculado, objetivamente fixado pelo legislador [...]”.

Portanto, repisada a competência das Guardas Municipais, é importante frisar que a atuação de tais Corporações em descompasso com o dispositivo do artigo 144, § 8º da Constituição Federal de 1988, em alguns casos, pode dar ensejo à nulidade de prova em sede de processo penal, uma vez que certas condutas são praticadas com excesso e não estão previstas em lei, a exemplo das revistas pessoais,<sup>29</sup> pois tudo o que excede à lei é antijurídico e “expõe-se à anulação e pode tornar seu autor responsável

<sup>28</sup> GASPARINI, Diógenes. As guardas municipais na Constituição de 1988. **Revista dos Tribunais**, n. 671, p. 49.

<sup>29</sup> TACRIM – 4ª Câmara Apelação n. 1.270.983-9-Santos-SP; Rel. Juiz Marco Nahum; j. 18/9/2001. Votação Unânime. Consta do acórdão: “[...] Assim, a prova obtida por meio da revista pessoal realizada pelo guarda municipal seria ilegítima, contaminando tudo que dela derivou, conforme entendimento do STF [...]. Além disso, é de se considerar que a ideia de um guarda municipal passar a ter direito à revista pessoal de todo cidadão sobre o qual paire desconfiança, constitui, acima de tudo, ‘prova eticamente inadmissível’ [...]. Basta isto para se concluir que o ‘excesso de função’ praticado pelo guarda municipal não está justificado pela descoberta do porte ilegal de arma. A ilegalidade do ato praticado, além de eticamente inadmissível, não se transmuda em ato lícito, ainda que em detrimento da apuração da verdade, porque ofende um direito fundamental da pessoa humana, valor que, proporcionalmente, se sobrepõe ao interesse da sociedade no combate ao crime [...]”. Disponível em <<http://brs.aasp.org.br/netacgi/nph-brs.exe?d=AASP&f=G&l=20&p=6&r=116&s1=il%EDcita&s2=&u=/netahtml/aasp/aasp1.asp>>. Acesso em 12/04/2011.

disciplinar, civil e criminalmente”.<sup>30</sup> Restam excetuadas as prisões em flagrante efetuadas pelos agentes de tal corporação, ante a literalidade do artigo 301 do Código de Processo Penal, que autoriza qualquer um a efetuar prisão em flagrante.<sup>31</sup>

Por último, ressalte-se que tem sido afastada a tese de cometimento de crime de usurpação de função pública, tipificado no artigo 328 do Código Penal, tendo em vista que o sujeito ativo da conduta deve ser o particular, segundo a jurisprudência majoritária.<sup>32</sup>

---

<sup>30</sup> GASPARINI, Diógenes. As guardas municipais na Constituição de 1988. **Revista dos Tribunais**, n. 671, p. 48.

<sup>31</sup> HC 109592/SP, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, julgamento em 18/02/2010, publicado em Dje 29/03/2010: “Ementa: [...] Embora a Guarda Municipal não possua a atribuição de polícia ostensiva, mas apenas aquelas previstas no art. 144, § 8º da Constituição da República, sendo o delito de natureza permanente, pode ela efetuar a prisão em flagrante e a apreensão de objetos do crime que se encontrem na posse do agente infrator, nos termos do art. 301 do CPP [...]”. No mesmo sentido: HC 129932/SP HABEAS – Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, julgamento em 15/12/2009, publicado em DJE 01.02.2010. CORPUS 2009/0035533 “PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PRISÃO EM FLAGRANTE. GUARDA MUNICIPAL. NULIDADE DA AÇÃO PENAL. INEXISTÊNCIA. ART. 301 DO CPP. ORDEM DENEGADA. 1. A prisão em flagrante efetuada pela Guarda Municipal, ainda que não esteja inserida no rol das suas atribuições constitucionais (art. 144, § 8º, da CF), constitui ato legal, em proteção à segurança social. 2. Se a qualquer do povo é permitido prender quem quer que esteja em flagrante delito, não há falar em proibição ao guarda municipal de proceder à prisão. 3. Eventual irregularidade praticada na fase pré-processual não tem o condão de inquirir de nulidade a ação penal, se observadas as garantias do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório, restando, portanto, legítima a sentença condenatória. 4. Ordem denegada.” <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia>>. Acesso em 04/04/2011.

<sup>32</sup> CRIME CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA – Usurpação de função pública – Prática por funcionário público da Guarda Municipal – Não tipificação – Funções, ademais, que se aproximam das funções da Polícia Militar – Recurso de ‘habeas corpus’ provido para o trancamento do inquérito policial. Voto vencido. O crime de usurpação pública está inscrito no Código Penal entre os ‘Crimes praticados por particular contra a Administração em Geral’, não sendo tipificado quando o agente é funcionário da própria administração, salvo se em atividade de tal forma gritantemente anômala, que o faça igual ao particular intruso.” (RT 507/357, no mesmo sentido: RT 687/305, 390/283, 725/680-I, 490/283 etc.). Entretanto, ressalve-se a existência de posição em sentido contrário, conforme se pode observar do seguinte julgado: “O crime de usurpação de função pública não é de natureza funcional, desde que, na previsão do art. 328 do CP, praticado por particular contra a Administração. Mas pode ser cometido por funcionário público – ou assemelhado – que atue dolosamente além dos limites de sua função, comprometendo, assim, o prestígio e o decoro do serviço público” (RT 637/276).

## Conclusão

Por todo o exposto, conclui-se que: i) dentre os órgãos que detêm poder de polícia e exercitam a segurança, não foi incluída a Guarda Municipal; ii) o poder de polícia preventivo e ostensivo é atributo típico e exclusivo das Polícias Militares, por força do comando constitucional do artigo 142, § 5º; iii) as Guardas Municipais têm atribuição constitucional de guarda patrimonial, nos termos do parágrafo 8º do artigo 142, não sendo cabível interpretação extensiva de forma a abranger outras atribuições, sob pena de burla à Constituição; iv) não é possível, em vista da literalidade dos dispositivos em menção, bem como em razão de alguns princípios que norteiam a interpretação constitucional, afirmar que o Município deteria poder de policiamento ostensivo, em face do interesse local que lhe foi atribuído e o dever de cumprimento da Constituição; v) não é possível, do ponto de vista constitucional, a celebração de convênios com fulcro na Lei nº 11.473/2007, para o fim de conceder poder de polícia às Guardas Municipais, nos mesmos moldes da Polícia Militar.

## Referências

ARAÚJO, Edmir Netto de. **Curso de Direito Administrativo**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

BARROSO, Luis Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. 7. ed, revista. São Paulo: Saraiva, 2010.

BERCOVICI, Gilberto. **Desigualdades Regionais, Estado e Constituição**. São Paulo: Max Limonad, 2003.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estado de Direito**. Site <<http://pt.scribd.com/doc/43038759/Canotilho-Estado-de-Direito-LIVRO>>. Consulta em 15/03/2011.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1998.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

GASPARINI, Diógenes. As guardas municipais na Constituição de 1988. **Revista dos Tribunais**, n. 671, p. 47-53.

GUEDES, Alexandre David de Sousa. A problemática da interferência das Guardas Municipais no Poder de Polícia da Polícia Militar. Monografia de Conclusão de Curso da Academia da Polícia Militar do Barro Branco, 2009.

FERRAZ, Anna Candida da Cunha. Aspectos da positivação dos direitos fundamentais na Constituição de 1988. In: BITTAR, Eduardo C.B.; FERRAZ, Anna Candida da Cunha (Orgs.). **Direitos Humanos Fundamentais: positivação e concretização**. Osasco: Edifício, 2006.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **O direito de antena em face do Direito Ambiental no Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2000.

LAZZARINI, Álvaro. Segurança Pública e o aperfeiçoamento da polícia no Brasil. **Revista Forense**, n. 316, 1991, p. 3-34.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 1983.

MORBIDELLI, Janice H.F. **Um novo Pacto Federativo**. São Paulo: Celso Bastos, 1999.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**. 11. ed. São Paulo: Forense, 1997.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.