O EXERCÍCIO DAS FUNÇÕES DE AUTORIDADE POLICIAL DAS DELEGACIAS DE POLÍCIAS ESTADUAIS E O CONTROLE JURISDICIONAL DO ATO ADMINISTRATIVO

Marcelo Cerveira Gurgel
Bacharel em Direito. Juiz de Direito Substituto do Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe.

RESUMO: *O exercício da Autoridade Policial é atribuição exclusiva do cargo de Delegado de Polícia de carreira e a lotação destes cargos e o preenchimento dos que estiverem vagos com a realização de concurso público é ato vinculado da Administração Pública Estadual .*

PALAVRAS-CHAVES: Princípios. Controle jurisdicional. Atos administrativos.

ABSTRACT: *The exercise of the Police Authority is exclusive attribution of the position of Commission agent of Policy of career and the capacity of these positions and the fulfilling of that they will be vacant with the accomplishment of public competition are entailed act of the State Public Administration.*

KEY-WORDS: Principles. Jurisdictional control. Administrative acts.

Inicio com a análise do art. 2º da Constituição Federal que apresenta o princípio da Separação dos Poderes.

Assim o faço em harmonia com o art. 5º, inciso XXXV, da mesma Carta Magna que previu expressamente o que a doutrina constitucionalista denominou de princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, segundo o qual "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito".

Por meio de tal princípio o legislador constitucional investiu o Poder Judiciário da nobre função de prevenir ou reprimir as lesões ou ameaças aos direitos distribuídos aos jurisdicionados pelo ordenamento jurídico em sua completude.

A origem de tal princípio visa, entre outras finalidades, ao reequilíbrio da distribuição do poder, cujo excesso ou desvio tenha ocorrido ilegitimamente, e objetiva a viabilização da assimilação

dos encargos impostos aos membros da coletividade em benefício deles próprios, facilitando a efetivação do princípio da justiça.

Em superficial análise, os dois princípios acima mencionados poderiam ser considerados incompatíveis, mas é cediço que na Carta Constitucional não há antinomia jurídica e as aparentes incompatibilidades textuais devem ser sanadas por critérios de interpretação, com a utilização do princípio da proporcionalidade, procedimento este comumente utilizado pelo Supremo Tribunal Federal do nosso país.

Desta forma, interpretando-se a aparente incompatibilidade, chega-se à clareza do significado buscado pelo legislador Constitucional, qual seja, a de que a Separação dos Poderes é princípio inclusive classificado com cláusula pétrea, mas que nas circunstâncias em que o uso ou abuso desse Poder venha a ocasionar lesão ou ameaça a direito legalmente garantido, prevalece a aplicação do princípio inafastabilidade do controle jurisdicional, alçado à categoria de direito fundamental, que por sua vez, também encontra-se incluído entre as cláusulas pétreas.

Paralelamente à questão da Separação dos Poderes, vem à tona o tema do controle jurisdicional do ato administrativo, comumente levantado pela Administração Púbica em face de decisões judiciais que atingem diretamente o exercício da gestão pública.

Este tema, de certa forma ainda polêmico, já encontra abalizada doutrina a respeito e inclusive pronunciamento judicial em último grau de apreciação no Egrégio Supremo Tribunal Federal.

Sobre o mesmo, assim leciona Celso Antônio Bandeira de Melo[1]:

> *"Para se ter como liso o ato não basta que o agente alegue que operou no exercício de discrição, isto é, dentro do campo de alternativas que a lei lhe abria. O Juiz poderá, a instâncias da parte e em face da argumentação por ela desenvolvida, verificar, em exame de razoabilidade, se o comportamento administrativamente adotado inobstante contido dentro das possibilidades*

[1] *Curso de Direito Administrativo*, 16ª ed. São Paulo: Malheiros, p. 822.

em abstrato abertas pela lei, revelou-se, in concreto, respeitoso das circunstâncias do caso e deferente para com a finalidade da norma aplicada. Em conseqüência desta avaliação, o Judiciário poderá concluir, em despeito de estar em pauta providência tomada com apoio em regra outorgadora de discrição, que, naquele caso específico submetido a seu crivo, à toda evidência a providência tomada era incabível, das circunstâncias presentes e a finalidade que animava a lei invocada."

Em outro trecho conclui:

"Nada há de surpreendente, então, em que o controle judicial dos atos administrativos, ainda que praticados em nome de alguma discrição, se estenda necessária e insuperavelmente à investigação dos motivos, da finalidade e da causa do ato. Nenhum empeço existe a tal proceder, pois é meio – e, de resto, fundamental – pelo qual se pode garantir o atendimento da lei, a afirmação do direito."

Por sua vez, Maria Sylvia Zanella Di Pietro[2], assim leciona:

"O Poder Judiciário pode examinar os atos da Administração Pública, de qualquer natureza, sejam gerais ou individuais, unilaterais ou bilaterais, vinculados ou discricionários, mas sempre sob o aspecto da legalidade e, agora, pela Constituição, também sob o aspecto da moralidade (art.5º, inciso LXXIII, e 37)."

O Supremo Tribunal Federal, sobre o tema assim já se pronunciou:

[2] *Direito Administrativo*, 13ª ed. São Paulo: Atlas, p. 604.

> *"ATO ADMINISTRATIVO. ATO VINCULADO. CONTROLE JURISDICIONAL. REINTEGRAÇÃO DE FUNCIONÁRIO DEMITIDO. É PACÍFICO O ENTENDIMENTO DE QUE A APRECIAÇÃO PELO PODER JUDICIÁRIO DOS PRESSUPOSTOS OU MOTIVOS DETERMINANTES DE UM ATO ADMINISTATIVO VINCULADO, COMO OCORRE NA ESPÉCIE, NÃO IMPORTA INVASÃO DO JUÍZO DISCRICIONÁRIO DO PODER EXECUTIVO, NO APRECIAR O MÉRITO, SENÃO O EXATO CONTROLE DA LEGALIDADE DO ATO."* (RE 88121/PR, Rel. Min. Rafael Mayer, DJ. 10/08/1979)

Relevante destacar ainda parte da ementa do MS 23452/RJ, STF, da lavra do Min. Celso de Melo, publicado em 12/05/2000:

> *"...A essência do postulado da divisão funcional do poder, além de derivar da necessidade de conter os excessos dos órgãos que compõem o aparelho de Estado, representa o princípio conservador das liberdades do cidadão e constitui o meio mais adequado para tornar efetivos e reais os direitos e garantias proclamados pela Constituição. Esse princípio, que tem assento no art. 2º da Carta Política, não pode constituir e nem qualificar-se como um inaceitável manto protetor de comportamentos abusivos e arbitrários, por parte de qualquer agente do Poder Público ou de qualquer instituição estatal. O Poder Judiciário, quando interpém para assegurar as franquias constitucionais e para garantir a integridade e a supremacia da Constituição, desempenha, de maneira plenamente legítima, as atribuições que lhe conferi a própria Carta da República. O regular exercício da função*

jurisdicional, por isso mesmo, desde que pautado pelo respeito à Constituição, não transgride o princípio da separação de poderes." (grifo nosso)

Conforme se pode observar dos trechos de doutrina e jurisprudência acima colacionados o princípio da Separação dos Poderes não pode constituir óbice ao controle jurisdicional do ato administrativo comissivo ou omissivo, desde que não se ultrapasse os limites de liberdade que lei concedeu ao Administrador no exercício de sua função.

Não se trata de fazer do controle jurisdicional o exercício da função executiva, mas sim, e tão somente, de valer-se o Poder Judiciário do exercício de uma de suas funções constitucionalmente atribuída, qual seja, zelar para que o descumprimento da lei e principalmente da Constituição por parte do Poder Executivo não venha constituir-se em fato gerador de lesão a direitos e garantias fundamentais.

Quanto à questão da liberdade concedida ao Gestor Público, trata-se, como mais comumente é conhecida, da discricionariedade do ato administrativo.

A discricionariedade, segundo o entendimento de Celso Antônio Bandeira de Melo, pode ser conceituada como sendo a *"margem de liberdade que remanesça ao administrador para eleger, segundo critérios consistentes de razoabilidade, um, dentre pelo menos dois comportamentos, cabíveis perante cada caso concreto, a fim de cumprir o dever de adotar a solução mais adequada à satisfação da finalidade legal, quando, por força da fluidez das expressões da lei ou da liberdade conferida no mandamento, dela não se possa extrair objetivamente uma solução unívoca para a situação vertente."*

A vinculação, por sua vez, ocorre quando a lei não dá margem alguma de liberdade ao Administrador, visto que prefigura antecipadamente com objetividade os pressupostos requeridos para prática do ato e o conteúdo que este obrigatoriamente deverá ter uma vez ocorrida a hipótese legal.

Quanto aos atos vinculados, não há discussão e nem qualquer dissonância no entendimento da comunidade jurídica brasileira que o controle jurisdicional é plenamente possível, constituindo-se nada mais que um dever do Poder Judiciário, em face do princípio da legalidade ao qual estão vinculados todos os entes públicos de

quaisquer dos Poderes da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, nos termos do art. 37, da Carta Política.

Quanto aos atos discricionários, ainda assim foi demonstrado acima que também se admite o controle jurisdicional dos mesmos, desde que pautados por critérios de objetividade e razoabilidade e que não atinja a margem de subjetividade distribuída por lei ao Administrador, o que se convencionou chamar de conveniência e oportunidade do ato.

Resta saber em que tipo de ato administrativo pode ser classificado o preenchimento dos cargos de Delegado de Polícia de Carreira do Estado de Sergipe, pois resolvida tal questão, ilumina-se todas as outras questões correlacionadas.

Inicio pelo art. 144, da Constituição Federal que no seu caput diz que a Segurança Pública é dever do Estado e direito e responsabilidade de todos.

Mais adiante, no § 4º do mesmo dispositivo legal, o texto constitucional versa que *"às polícias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, incumbem, ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as Militares."*

Por meio destes dispositivos constitucionais já se extrai um primeiro elemento que vincula a prestação do serviço da segurança pública no que diz respeito à atividade da polícia judiciária, qual seja, a de que será dirigida por Delegado de Polícia de Carreira. Neste ponto, não há nenhuma liberdade ao Gestor Público, visto não haver outra opção, senão a de atribuir a direção desta atividade a um Delegado de Carreira. Não há, pois, qualquer discricionariedade.

Seguindo passamos para a Constituição Estadual, que no seu art. 125, caput, diz que a Segurança Pública é dever do Estado e direito e responsabilidade de todos. Já o seu art. 127, dispõe que a *"Polícia Civil, a quem incumbe exercer as funções de polícia judiciária e promover a apuração das infrações penais, exceto as militares, será dirigida por delegados de polícia de carreira, cujo ingresso se fará mediante concurso público de provas e títulos, observada, nas nomeações, a ordem de classificação."*

Mais uma vez o elemento vinculativo acima observado surge no texto da Constituição Federal, segundo o qual a polícia judiciária será dirigida por delegados de polícia de carreira, não abrindo qualquer margem de discricionariedade ao Gestor Público.

Ocorre que neste trecho da Constituição Estadual destacado, surge mais um elemento vinculativo referente a prestação da atividade da polícia judiciária, qual seja, a de que o ingresso no Cargo de Delegado de Polícia será feito mediante concurso público de provas e títulos, e mais uma vez o legislador não deixou margem ao Gestor Público quanto ao preenchimento deste cargo.

Seguindo à análise da legislação relacionada ao tema, passamos a apreciar o que apresenta a Lei Estadual n.º 4.122/99, que institui a Carreira de Delegado de Polícia, na Administração Direta do Poder Executivo do Estado de Sergipe, e dá providências correlatas.

O art. 2º da referida Lei dispõe que "*A Carreira de Delegado de Polícia é constituída de cargos de provimento efetivo de Delegado de Polícia, privativos de Bacharéis em Direito, e depende, em primeira investidura, de concurso público de provas e títulos, realizado com observância dos preceitos constitucionais e segundo o estatuído na presente Lei.*"

O art. 3º, por sua vez diz que "*É considerado autoridade policial o Delegado de Polícia que, investido por lei, exerce, em matéria de Polícia Judiciária, poder público para consecução de determinados fins do Estado, tendo a seu cargo a direção de atividades de Polícia Civil.*

Da análise destes dispositivos extrai-se que o elemento vinculativo ao preenchimento do cargo de Delegado de Polícia mediante a realização de concurso público se repete, todavia surge um novo elemento vinculativo, qual seja, o de que a autoridade policial é representada pelo Delegado de Polícia e que cabe a este a direção de atividades da Polícia Civil.

Ora, é sabido que a Lei não traz palavras inúteis e quando quer excepcionar uma regra, traz a exceção de forma expressa. No texto legal sob análise, não há nenhuma exceção ao fato de que a direção da polícia judiciária deve ser exercida por Delegado de Polícia de carreira, bacharéis em direito, circunstância que não dá nenhuma margem ao Gestor Público Estadual para que proceda de forma diferente, sob pena de estar cometendo alguma ilegalidade ou utilizando-se de servidores com desvio de função.

Ainda nesta lei estadual, do seu art. 5º, § 3º, extrai-se que "*A realização de concurso público para ingresso na Carreira de Delegado de Polícia deve ocorrer obrigatoriamente, quando o número de vagas atingir a, no mínimo, um quinto da quantidade de cargos da classe inicial - 3ª Classe.*"

Mais uma vez, e desta feita de forma bastante clara e expressa, observamos mais um elemento vinculativo à atividade Estatal relacionada à prestação do serviço de polícia judiciária, qual seja, o de que o próprio legislador estadual fixou um limite, pautado por um parâmetro estritamente objetivo, a partir do qual torna-se obrigatório ao Estado a realização de concurso público para o cargo de Delegado. Enquanto não atingido este limite, a decisão de realizar concurso ou não é discricionária do Estado, todavia, a partir do momento que o mesmo é atingido, passa a ser vinculada, não havendo mais qualquer opção ao Ente Estatal.

Seguindo na análise da legislação, importa observar ainda a Lei Complementar Estadual n.º 10/92, que dispõe sobre a organização e funcionamento da POLÍCIA CIVIL e dá providências correlatas.

Sobre este instrumento legal, o Supremo Tribunal Federal já teve oportunidade de se pronunciar, quando da apreciação da ADI n.º 866/SE, cuja ementa a seguir transcrevo:

> *"EMENTA: CONSTITUCIONAL. DELEGADOS DE POLÍCIA. CONFEDERAÇÃO BRASILEIRA DE TRABALHADORES POLICIAIS CIVIS: LEGITIMIDADE PARA PROPOR AÇÃO DIRETA. CARGOS PRIVATIVOS DE DELEGADO DE POLÍCIA DE CARREIRA. Lei Complementar n.º 10, de 29.04.92, do Estado de Sergipe. I – Legitimidade ativa da Confederação Brasileira de Trabalhadores Policiais Civis. II – Cargos privativos de delegado de polícia de carreira. Constituição Federal, art. 144, § 4º. Suspensão cautelar de dispositivos da Lei Complementar n.º 10, de 29.04.92, do Estado de Sergipe. III- Cautelar deferida, em parte."*

Para melhor esclarecer o teor da decisão, destaco um trecho do voto do Ministro Relator Carlos Veloso. O trecho trata do art. 11, §§ 1º, 2º 3º e 4º da referida Lei, a seguir transcrito:

"Art. 11. (...)
§ 1º. A Coordenadoria de Polícia Civil do Interior será dirigida pelo ocupante do cargo de provimento em comissão de Diretor da Coordenadoria de Polícia Civil do Interior, preferencialmente Delegado de Polícia de carreira.
§ 2º. As Delegacias Regionais de Polícia Civil do Interior serão dirigidas por ocupantes de cargos de provimento em comissão de Delegado Regional de Polícia.
§ 3º. As Delegacias Municipais de Polícia serão dirigidas por ocupantes de cargos de provimento em comissão de Delegado Municipal de Polícia.
§ 4º. As Delegacias Regionais, Municipais e Distritais de Polícia, serão dirigidas por ocupantes de cargos de provimento em comissão de Delegado Regional, Municipal e Distrital de Polícia, respectivamente, escolhidos entre Integrantes da Polícia Militar, Bacharéis em Direito ou Acadêmico de Direito a partir do 9º (nono) período."

Assim dispõe a decisão do Ministro Relator:
"Examino os parágrafos 1º, 2º, 3º e 4º do art. 11.
No §1º do art. 11, deve ser excluída a palavra "preferencialmente", tal como ocorreu com o parágrafo único do art. 6º.
Quanto aos parágrafos 2º e 3º, dou-lhes interpretação conforme à Constituição, para o fim de excluir qualquer interpretação que se possa emprestar aos citados parágrafos, no sentido de que possam os cargos ali indicados ser exercidos por quem não seja delegado de carreira. É dizer, os cargos indicados nos §§ 2º e 3º do art. 10 somente podem ser exercidos

por delegados de polícia de carreira. Qualquer outra interpretação é inconstitucional.
No § 4º, do art. 11, excluo as expressões 'escolhidos entre integrantes da Polícia Militar, bacharéis em Direito ou acadêmicos de Direito a partir do 9º (nono) período'.
É que os cargos ali indicados são privativos de delegados de polícia de carreira (C.F., art. 144, § 4º)." (grifo nosso).

Com relação a este texto legal, extrai-se mais elementos de vinculação dos atos do Estado de Sergipe em relação a segurança pública.

Consoante se observa do trecho destacado acima, o Supremo Tribunal Federal afastou de forma absoluta a possibilidade de as funções de direção das Delegacias Regionais ou Municipais, ou de qualquer espécie, serem exercidas por ocupantes de cargos de provimento em comissão, pois entende que somente possuem atribuição para tanto Delegados de Polícia de carreira.

Ademais, excluiu a possibilidade de que tais funções de direção da polícia judiciária sejam exercidas por integrantes da Polícia Militar, Bacharéis em Direito ou Acadêmico de Direito a partir do 9º (nono) período, visto que, ressaltando mais uma vez, somente possuem atribuição para tanto Delegados de Polícia de carreira, ou seja, aprovado em concurso público.

Assim, as exceções legais que o Estado de Sergipe possuía como opções ao preenchimento das funções de direção da Polícia Civil foram abortadas pelo Supremo Tribunal Federal, excluindo qualquer possibilidade de discricionariedade quanto ao preenchimento dos cargos com tais atribuições.

Desta forma, ante todo o exposto acima, inegável é a conclusão de que trata-se de ato estritamente vinculado a lotação do cargo de Delegado de Polícia nas Delegacias do interior, sejam regionais, municipais, ou Distritais, ou nas Delegacias da Capital, para desempenho das atribuições de direção da polícia civil no exercício da polícia judiciária.

BIBLIOGRAFIA:

1. BENUCCI, Renato Luís. *Antecipação da tutela em face da fazenda pública*. São Paulo: Dialética, 2001.

2. MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em Juízo*. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

3. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 16ª ed. São Paulo: Malheiros.

4. PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. *Direito Administrativo*. 13ª ed. São Paulo: Atlas.

5. SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional*. 11ª ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

6. SOUZA, Motauri Ciocchetti. *Ação Civil Pública e Inquérito Civil*. São Paulo: Saraiva, 2001.