

A LEGALIDADE DA ATUAÇÃO DA GUARDA MUNICIPAL NA PRESERVAÇÃO DA ORDEM PÚBLICA

Vinícius Miquelitto da Silva
Marcus Motta Monteiro de Carvalho

RESUMO

Este trabalho trata-se de um estudo acerca da legalidade da atuação da Guarda Municipal na preservação da ordem pública, buscando fundamentos referentes à existência de legalidade no desempenho de determinadas funções exercidas pela Guarda Municipal no que se refere aos serviços exclusivos da Polícia Militar, delimitando especificamente o que cabe a cada uma dessas duas instituições. O estudo foi realizado através de levantamentos bibliográficos. Aborda o princípio da legalidade sob a ótica de Hans Kelsen e sua obra "Teoria Pura do Direito", a legalidade da atuação das guardas municipais na preservação da ordem pública, o poder de polícia e usurpação de função. Concluiu-se que as Guardas Municipais não têm competência para realizar policiamento ostensivo, que é atribuição da Polícia Militar. Para exercerem tal atribuição na segurança pública seria necessária a previsão, através de Emenda Constitucional, da alteração da missão das mesmas. Todavia, a parceria, aproximação e colaboração entre as guardas municipais e as polícias militares são salutares, pois facilitam a harmonização das funções, impedindo a ilegal superposição de atividades e a nociva dispersão dos recursos públicos. Na metodologia, como tipo de pesquisa foi realizada uma pesquisa exploratória, buscando-se fundamentação teórico-doutrinária para o desenvolvimento do objeto de estudo e o método de abordagem dedutivo. Como método de procedimento foi empregado o bibliográfico, abordando o tema amparado em fundamentação teórica. Dentre as técnicas de pesquisas existentes fora adotada a documentação indireta bibliográfica e a documental, como livros, revistas, artigos, internet e monografias científicas correlatas com o assunto.

Palavras-chave: Guarda Municipal, preservação da ordem pública, legalidade, Polícia Militar

INTRODUÇÃO

O Mundo Contemporâneo, diante das diversas dificuldades enfrentadas pela sociedade, vem sofrendo uma urbanização desordenada que provoca crise na qualidade de vida das pessoas. A principal consequência é o aumento crescente dos índices de criminalidade, juntamente com o medo, a angústia, as frustrações e o descrédito nos órgãos responsáveis pelo tão almejado estado de segurança.

A violência urbana tem colocado a Segurança Pública no foco das atenções, fazendo com que os órgãos de segurança tornem-se alvos de críticas com relação à eficiência do serviço prestado. O Estado Democrático de Direito procura satisfazer os anseios da população por uma melhor qualidade de vida buscando propiciar tranquilidade, segurança e salubridade às pessoas, através de uma série de medidas restritivas, limitativas e coercitivas da liberdade individual em prol do interesse público. A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 instituiu a faculdade dos municípios criarem suas guardas municipais destinadas à proteção dos seus bens, serviços e instalações. Conforme seu artigo 144, § 8º, foi inserida esta função dizendo que “Os municípios poderão constituir guardas municipais destinadas à proteção de seus bens, serviços e instalações, conforme dispuser a lei” (BRASIL, 1988). Observando tal situação, prefeitos vêm utilizando a promessa de criação e ampliação das guardas municipais como fatores importantes na geração de empregos e melhoria na segurança pública municipal.

A Polícia Militar de Minas Gerais, instituição alicerçada nos princípios da hierarquia e disciplina, é parte do Sistema Integrado de Defesa Social e desempenha papel fundamental na segurança pública e melhoria do bem estar social. Por emblematizar o Estado que tem como dever a manutenção da segurança pública, constitucionalmente, exerce o papel de mantenedora da ordem pública por meio da realização do policiamento ostensivo fardado.

Os municípios, sentindo a dificuldade do Estado em atender suas demandas por segurança nas ações de resposta e presença, viram na criação de suas guardas municipais a possibilidade de melhor proteger seus bens, serviços e instalações. As guardas municipais, diante do clima de insegurança vivenciado pela sociedade veem

complementando atividades de preservação da ordem pública, função por preceito constitucional de exclusividade da Polícia Militar.

O artigo 5º da Constituição Federal assegura a todo ser humano, brasileiro ou estrangeiro, residente no Brasil, a segurança pessoal. Por se tratar de um direito constitucional cujo Estado tem falhado na sua concretização, a discussão sobre ordem pública, segurança pública e redução da criminalidade violenta está levando o município a um novo conceito de que não pode ficar alheio ou excluído da sua parcela de responsabilidade no que diz respeito à segurança pública, do patrimônio e das pessoas, contra a ação de cidadãos infratores. Com a escalada crescente da criminalidade, a impotência dos organismos policiais federais e estaduais em deter a violência, que agora já não atinge somente os grandes centros urbanos, mas qualquer recanto do interior, e a previsão constitucional fez com que os municípios pudessem criar suas guardas municipais, visando a minorar os efeitos deletérios de ilícitos que atribulam a vida do cidadão.

Em face ao exposto, tratamos do assunto fazendo um estudo sobre as atividades que cabem à guarda municipal e à polícia militar, delimitando o serviço prestado pela primeira de forma a não ferir os preceitos constitucionais.

1 TEORIA PURA DO DIREITO, POSITIVISMO JURÍDICO E O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

Este trabalho tem por base Hans Kelsen¹ e a obra “Teoria Pura do Direito”, onde defende o Positivismo Jurídico em que os princípios gerais do Direito só existem a partir do ordenamento jurídico (normas escritas). Segundo Kelsen (1988), o Direito Positivo é o direito posto (*positum* – posto e positivo) pela autoridade do legislador, dotado de validade por obedecer a condições formais e por ser pertencente a um determinado sistema jurídico. Pode ser um direito moral ou imoral, é certo que se prefere o direito moral ao imoral, porém, um direito positivo pode contrariar algum mandamento de justiça, e nem por isso deixará de ser válido.

¹ Jurista austro-húngaro (1881-1973), nascido em Praga, capital da atual República Tcheca, autor da obra e defensor da “Teoria Pura do Direito”.

A Teoria Pura do Direito desencadeada por Hans Kelsen passa a desfrutar de um significado mais simples onde o direito positivo é dado apenas ao dogmatismo jurídico, ou seja, a norma pura, as leis vigentes nas sociedades que quando usadas causam efeitos reais e que estão prontos a serem argüidos. “O único juízo de valor admitido é a compatibilidade das condutas humanas às normas, e destas com as normas superiores” (KELSEN, 1988, p. 19). Com esta definição percebe-se que o positivismo mantém suas origens baseadas em regras de condutas admitidas ou não pela sociedade, mas que regem suas vidas de uma forma a manter um convívio pacífico e harmonioso de indivíduos apesar de suas diferenças. Segundo Kelsen (1998, p. 21), “não interessa ao Direito se uma norma é verdadeira ou falsa, boa ou má, mas tão-somente se ela é válida ou inválida”.

Sendo assim, a lei é fruto de um processo que se predispõe a legitimar-se desde a sua formação até chegar ao objetivo por ela visado. Na sua elaboração participam vários agentes sociais e seu conteúdo é a expressão daquilo que a sociedade deseja, por isso a necessidade de seu respeito e manutenção. E nesse contexto, o princípio da legalidade pode ser considerado o princípio capital para a configuração do regime jurídico-administrativo, o da completa submissão da Administração às leis. Esta deve tão-somente obedecê-las, cumpri-las, pô-las em prática. Daí que a atividade de todos os seus agentes só pode ser o de cumpridores das disposições gerais fixadas pelo Poder Legislativo, pois esta é a posição que lhes compete no direito brasileiro.

Na Constituição Federal encontra-se o princípio da legalidade expresso como determinação legal, de observação obrigatória, em dois momentos. Expresso no artigo 5º, inciso II, onde garante a liberdade dos cidadãos, quando prevê que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer algo que não seja previsto em lei, buscando regular o comportamento dos cidadãos e dos órgãos do governo, visando à manutenção da paz social e da segurança jurídica, bem como no artigo 37, caput, tratando o princípio da legalidade como princípio que deverá ser obedecido por toda a Administração Pública, em todos os níveis, e possui os seguintes dizeres: “a administração pública direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do

Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade”.

Assim, a Administração Pública possui limites que norteiam a atuação de seus agentes, que não estão livres para fazerem ou deixarem de fazer algo de acordo com sua vontade somente (mas obedecendo aos princípios que vão legitimar suas ações). O princípio da legalidade, no âmbito exclusivo da Administração Pública, significa que esta só poderá agir segundo as determinações legais, ao contrário do particular, que pode fazer tudo que não seja proibido em lei. É o princípio que identifica e qualifica o Estado Democrático de Direito, determinando uma forma de governo onde a soberania é a lei. A Administração é vinculada em todos os seus atos e decisões à lei, e tudo que estiver fora do seu texto é vedado ao administrador sob pena de não ser considerado válido. Todas as suas atividades se desenvolvem debaixo da lei, na forma da lei, nos limites da lei e para atingir os fins assinalados por ela. É sempre necessária a previsão legislativa como condição de validade de uma atuação administrativa. Sendo assim, as guardas municipais por serem instituições públicas devem observar o princípio da legalidade, executando apenas as funções prescritas em lei.

2 LEGALIDADE DA GUARDA MUNICIPAL NA PRESERVAÇÃO DA ORDEM PÚBLICA

A legislação pertinente que versa sobre a previsibilidade de criação das Guardas Municipais está na Constituição Federal do Brasil de 1988.

Art. 144 – A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos:

I – polícia federal;

II – polícia rodoviária federal;

III – polícia ferroviária federal;

IV – polícias civis;

V – polícias militares e corpos de bombeiros militares. [...]

§ 5º - Às polícias militares cabem a polícia ostensiva e a preservação da ordem pública; aos corpos de bombeiros militares, além das atribuições definidas em lei, incumbe a execução de atividades de defesa civil. [...]

§ 8º - Os municípios poderão constituir guardas municipais destinadas à proteção de seus bens, serviços e instalações, conforme dispuser a lei.

Sobre a função destinada às guardas municipais Assis (2003), citou:

É facultado de acordo com o preceito constitucional às guardas, a missão de VIGILÂNCIA, que é restrita aos próprios das Prefeituras. Mas, que são próprios das Prefeituras. Entendemos que são as instalações físicas da Prefeitura, de suas secretarias, escolas, creches e logradouros públicos fechados, onde se regula a visitação, como o zoológico, p. ex.; [...] Aceitar-se o patrulhamento ostensivo de guardas municipais nas praças, pretendendo dar a estas o caráter de próprio do Município, é a mesma coisa que aceitar que tais organizações passem a patrulhar qualquer avenida ou rua. Nunca é demais lembrar que PRAÇAS e RUAS são de "uso comum do povo", conforme se infere do art.66 do Código Civil, em seu inc. I. Portanto, só nos bens da municipalidade pode agir a Guarda Municipal, por serem de f'uso especial", consoante o inc. II do referido dispositivo legal (p. 145).

Segundo Assis (2003, p. 148), as guardas municipais que prestam auxílio como Força Pública, ou atendam a ocorrências policiais, ou exerçam o policiamento ostensivo, funções estas privativas das polícias militares, preenchem os requisitos do tipo do artigo 328 (usurpar função pública) do Código Penal, independentemente do cometimento de outros delitos como lesão corporal, rixa, constrangimento ilegal, que de sua ação inicial possa decorrer.

Pode-se dizer que a execução do policiamento ostensivo é de exclusiva competência da Polícia Militar por dois motivos básicos: primeiro por princípio constitucional; segundo, por ser indelegável, na forma do art. 45, do Decreto Federal nº 88777, de 28/09/83, que assim estabelece: art. 45 – A competência das Polícias Militares estabelecidas no art. 3º, alíneas “a”, “b” e “c”, do Decreto-lei 667/69, de 02 de julho de 1969, na redação modificada pelo Decreto-lei 2010/83, de 12 de janeiro de 1983, e na forma deste Regulamento, é intransferível, não podendo ser delegada ou objeto de acordo ou convênio. Prevê assim que a manutenção da ordem pública e segurança interna nos Estados, nos Territórios e no Distrito Federal, é de competência das polícias militares, no âmbito de suas respectivas jurisdições tendo como uma das funções: “art. 3º, a) executar com exclusividade, ressalvas as missões peculiares das Forças Armadas, o policiamento ostensivo, fardado, planejado pela autoridade competente, a fim de assegurar o cumprimento da lei, a manutenção da ordem pública e o exercício dos poderes constituídos.”

Cretella Júnior ², (*apud* RIBEIRO, 2004), diz que:

A Guarda Municipal destina-se, desse modo, a colaborar com os demais órgãos do Estado, na consecução da segurança pública diante do exercício da parcela do poder de polícia de que é detentora. Protegendo “bens”, “serviços” e “instalações”, a Guarda Municipal pode exercer o poder de polícia de que dispõe para vigiar pessoas no âmbito municipal, cuja atitude ou ação possa, direta ou indiretamente, perturbar serviços ou danificar bens e instalações [...] esses bens, instalações e serviços, só podem estar em funcionamento, mediante ação contínua dos funcionários públicos municipais. Se a Guarda Municipal protege “bens”, “serviços” e “instalações”, deverá proteger também os agentes públicos municipais. E também quem quer que se encontre no município. Claro que os bens e instalações podem ser danificados por força da natureza, mas, o texto constitucional não se refere a essas causas de destruição. O legislador teve em mente proteger bens, instalações e serviços da ação deletérea do homem. Se, a Guarda Municipal vê o indivíduo, que pretende atentar contra um agente público, que tem, a seu cargo, bens, instalações ou serviços, a Guarda Municipal, detentora de apreciável parcela do poder de polícia, pode e deve proteger o servidor público, impedindo toda ação do perturbador da ordem. Do mesmo modo, seria censurável a omissão da Guarda Municipal diante da ação do agente de crime (p. 26).

A Constituição do Estado de Minas Gerais de 1989 recepcionou o artigo da Constituição Federal e, dentro da sua esfera de atribuição, referiu-se à Polícia Militar e à guarda municipal.

Art.136 - A segurança pública, dever do Estado e direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos:

I - Polícia Civil;

II - Polícia Militar;

III - Corpo de Bombeiros Militar.

Art.138 - O Município pode constituir guardas municipais para a proteção de seus bens, serviços e instalações, nos termos do art. 144, §8º, da Constituição da República.

Art.142 - A Polícia Militar e o Corpo de Bombeiros Militar, forças públicas estaduais, são órgãos permanentes, organizados com base na hierarquia e na disciplina militares e comandados, preferencialmente, por oficial da ativa do último posto, competindo:

I - à Polícia Militar, a polícia ostensiva de prevenção criminal, de segurança, de trânsito urbano e rodoviário, de florestas e de mananciais e as atividades relacionadas com a preservação e restauração da ordem pública, além da garantia do exercício do poder de polícia dos órgãos e entidades públicos, especialmente das áreas fazendária, sanitária, de proteção ambiental, de uso e ocupação do solo e de patrimônio cultural.

Art. 183, §4º - A Polícia Militar poderá, por solicitação do Município, incumbir-se da orientação à guarda municipal e de seu treinamento, e da orientação aos corpos de voluntários para o combate a incêndio e socorro em caso de calamidade. (MINAS GERAIS, 1989)

² CRETELLA JÚNIOR, José. **Parecer sobre guardas municipais na Constituição de 1988**. São Paulo: Forense Universitária, Abril de 1989.

A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida pelas Polícias Civil e Militar e Corpos de Bombeiros Militares, tendo suas competências bem definidas pela Constituição Federal.

Embora o texto constitucional não defina como responsabilidade da guarda municipal, ações no campo da preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas, sua inserção se deu no capítulo da segurança pública.

De acordo com o artigo 144, § 8º do referido ordenamento jurídico, são os municípios brasileiros autorizados a constituir guardas municipais, estando, de igual forma, definida a competência destas como destinadas à proteção de bens, serviços e instalações dos municípios, conforme dispuser a lei.

Com relação ao que é considerado bem público, a Lei nº 10.406 - Código Civil Brasileiro sancionado em 10 de janeiro de 2002, que passou a vigorar em 11 de janeiro de 2003, em seu artigo 99, I, prevê: "São bens públicos: I – os de uso comum do povo, tais como rios, mares, estradas, ruas e praças".

A instituição da guarda municipal, no capítulo da segurança pública, vem ensejando, sobretudo, em face do quadro atual, discussões e até políticas no sentido de envolvê-la como efetiva parceira das polícias militares no desenvolvimento de atividades de preservação da ordem pública. Essa força de segurança local está funcionalmente e juridicamente vinculada ao município, cabendo tão somente a este ente político criá-la.

Assim define a Constituição do Estado de Minas Gerais:

Art. 138 – O Município pode constituir guardas municipais para a proteção de seus bens, serviços e instalações, nos termos do Art.144, §8º, da Constituição da República (MINAS GERAIS, 1989).

Há a delimitação da atuação das guardas municipais, de acordo com parecer da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, quando diz que "no exercício das funções de proteção dos bens, serviços e instalações municipais, o guarda municipal poderá e deverá efetuar prisões em flagrante, em caso de crimes perpetrados contra o patrimônio, serviços e instalações municipais". (SÃO PAULO, 1991). Não é proibido, como observado, o guarda municipal prender em flagrante, já que qualquer do povo pode, nos termos do artigo 301 do Código de Processo Penal:

“art. 301. Qualquer do povo poderá e as autoridades policiais e seus agentes deverão prender quem quer que seja encontrado em flagrante delito” (BRASIL, 2003).

Sobre esse assunto, o Poder Judiciário, através do Superior Tribunal de Justiça (STJ), já se posicionou da seguinte forma:

EMENTA: Prisão em flagrante. Guarda Municipal. Apreensão de coisas. Legalidade. Delito permanente.

A Guarda Municipal, a teor do disposto no parágrafo 8º do art. 144 da CR/88, tem como tarefa precípua a proteção do patrimônio municipal, limitação que não exclui nem retira de seus integrantes a condição de agentes de autoridade, legitimados, dentro do princípio da autodefesa da sociedade, a fazer cessar eventual prática criminosa, prendendo quem se encontra em flagrante delito, como de resto facultado a qualquer do povo pela norma do art. 301 do Código de Processo Penal (CPP). Nestas circunstâncias, se a lei autoriza a prisão em flagrante, evidentemente que faculta – também – a apreensão de coisas, objeto do crime. Apenas o auto de prisão em flagrante e o termo de apreensão serão lavrados pela autoridade policial. Arguição de nulidades rejeitada, visto que os acusados, quando detidos, estavam em situação de flagrância, na prática do crime previsto no art. 12, da Lei 6.368/76 – modalidade guardar substância entorpecente. STJ - Recurso em HC 7916 SP 1998 0066804-7, Relator Ministro Fernando Gonçalves – DJ 19.11.1998 (BRASIL, 1998, p. 175).

Affonso (2011), esclarece que:

Quanto às prisões efetuadas por Guardas Municipais, embora polêmicas, têm previsibilidade legal, conforme artigos 301 e 302 do CPP. Se um Guarda Municipal não efetuar a prisão, mesmo estando presente no local e veja o flagrante de um crime, não cometerá nenhuma transgressão à norma, porque não se enquadra como autoridade policial. Assim, não responderá por prevaricação, ou por crime omissivo impróprio, nem poderá ser questionado sobre o não cumprimento de uma prisão. Caso venha a executá-la estará dentro da lei, visto que tal prisão lhe é facultativa e não obrigatória.

No relatório de pesquisa sobre o papel da Guarda Municipal na segurança pública realizado por Caruso e Anjos (2005), chegou a conclusão que as Guardas Municipais não detém esse poder de polícia e sua área de atuação está reservado apenas à proteção e preservação do patrimônio pertencente ao Município.

O rol dos órgãos destinados à segurança pública delineados no artigo 144 da Constituição Federal (CF) é taxativo, não podendo a guarda municipal ser incluída, salvo por Emenda Constitucional.

De acordo com a Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.827, que teve como relator o Ministro do Supremo Tribunal Federal Gilmar Mendes, existe a impossibilidade

de criação pelo Estados-membros de órgãos de segurança pública diversos dos previstos no art. 144 da CF.

“Ação direta de inconstitucionalidade. (...) Criação do Instituto-Geral de Perícias e inserção do órgão no rol daqueles encarregados da segurança pública. (...) Observância obrigatória, pelos Estados-membros, do disposto no art. 144 da Constituição da República. (...) **Impossibilidade da criação, pelos Estados-membros, de órgão de segurança pública diverso daqueles previstos no art. 144 da Constituição.** (...) Ao Instituto-Geral de Perícias, instituído pela norma impugnada, são incumbidas funções atinentes à segurança pública. Violação do art. 144, c/c o art. 25 da Constituição da República.” **(ADI 2.827, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 16-9-2010, Plenário, DJE de 6-4-2011.)** Grifo nosso

Para ROSA (2012) o entendimento é que:

Neste sentido, basta uma leitura ainda que simples do texto constitucional para se verificar que a guarda municipal não foi elencada entre os órgãos responsáveis pela segurança pública. Mas, se alguém não está satisfeito com este fato deve reclamar com o constituinte de 1988 e não ficar apresentando argumentações divorciadas da lei. Afinal, *dure lex sed lex*. Se os guardas municipais quiserem atuar na preservação da ordem pública fora dos limites estabelecidos pela CF de 1988 devem buscar a mudança do art. 144 da CF por meio de uma emenda constitucional. Afinal, este é o caminho que foi estabelecido pelo vigente texto constitucional. [...] Se os Municípios querem assumir o encargo de segurança pública devem buscar os meios legais para fazê-lo. Mas, enquanto isto os guardas municipais possuem vedações, mas nada impede que possam atuar de forma efetiva nas escolas municipais, que tanto necessitam diminuir a violência, nas creches municipais, nos parques municipais, nos pronto socorros municipais, hospitais municipais onde existirem, na segurança do prefeito, nas rodovias, que muitas vezes estão abandonadas, e costumam ser um local onde as pessoas se sentem inseguras por falta da presença de agentes do próprio município, uma vez que as rodovias na sua maioria são administradas pelos municípios.

3 O PODER DE POLÍCIA

Com a finalidade de compreendermos o poder de polícia precisamos entender o que vem a ser polícia. Lembra Cretella Júnior (1999, p. 710) que a palavra polícia vem do grego “*polis*” que significava o ordenamento político do Estado, e aos poucos polícia passa a significar a atividade administrativa tendente a assegurar a ordem, a paz interna, a harmonia e, mais tarde, o órgão do Estado que zela pela segurança dos cidadãos. Hoje, é designada como órgão a que se atribui, exclusivamente, a função de evitar a alteração da ordem jurídica.

Para Cretella Júnior (1999, p. 532), polícia é “a atividade concreta exercida pelo Estado para assegurar a ordem pública através de limitações legais impostas à liberdade coletiva e individual.”

Com relação ao poder de polícia, Meirelles (2006, p. 131) define como sendo “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”.

É dessa forma, o mecanismo de frenagem de que a Administração Pública se utiliza para conter os abusos do direito individual. Por meio desse mecanismo, o Estado detém a atividade dos particulares que se revelar contrária, nociva ou inconveniente ao bem-estar social. Em suma, o poder de polícia é o conjunto de atribuições concedidas à Administração Pública para disciplinar e restringir, em favor do interesse público adequado, direitos e liberdades individuais.

Conforme ensina Cretella Júnior (1999), o poder de polícia fundamenta-se na Constituição e na lei e, para ser validamente exercido, deve atender aos seguintes requisitos: competência da autoridade que praticou o ato; finalidade pública; proporcionalidade; ônus superiores aos que são indispensáveis ao atendimento do interesse geral; legalidade de meios no exercício do Poder de Polícia. A autoridade não pode ultrapassar os limites da força de que dispõe em virtude de lei. O poder de polícia, ao ser manifestado através da ação policial não deve ser arbitrário e sim discricionário, isto é, sujeito a limites jurídicos, não podendo ferir as liberdades públicas, ou seja, as faculdades de autodeterminação, individuais ou coletivas, declaradas, reconhecidas e garantidas pelo Estado erguendo-se como barreiras intransponíveis, que o poder de polícia, ao exercer-se, deve respeitar.

A razão do poder de polícia é o interesse social e o seu fundamento está na supremacia geral que o Estado exerce em seu território sobre todas as pessoas, bens e atividades, supremacia que se revela nos mandamentos constitucionais e nas normas de ordem pública.

O objeto do poder de polícia administrativa é todo bem, direito ou atividade individual que possa afetar a coletividade ou pôr em risco a segurança nacional, exigindo, por isso mesmo, regulamentação, controle e contenção pelo Poder Público.

polícia administrativa, segundo Meirelles (1999, p. 136-138) tem atributos específicos e peculiares ao seu exercício, sendo: discricionariedade, auto-executoriedade e a coercibilidade. A discricionariedade é a livre escolha pela Administração da oportunidade e conveniência de exercer o poder de polícia, bem como de aplicar as sanções e empregar os meios a fim de atingir o fim objetivado, que é a proteção de algum interesse público. A auto-executoriedade é a faculdade de a Administração decidir e executar diretamente sua decisão por seus próprios meios, sem intervenção do Judiciário, assim, por exemplo, quando a Prefeitura encontra uma edificação irregular ou oferecendo perigo à coletividade, ela embarga diretamente a obra e promove sua demolição, se for o caso, por determinação própria, sem necessidade de ordem judicial para esta interdição e demolição. A coercibilidade é a imposição coativa das medidas adotadas pela Administração, sendo esse ato de polícia imperativo, admitindo até o emprego da força pública para seu cumprimento quando resistido pelo administrado.

O poder de polícia seria ineficiente se não fosse coercitivo e não viesse aparelhado de sanções para os casos de desobediência à ordem legal da autoridade competente. Meirelles (2006) diz que:

As sanções do poder de polícia, como elemento de coação e intimidação, principiam, geralmente, com a multa e se escalonam em penalidades mais graves como a interdição de atividade, o fechamento de estabelecimento, a demolição de construção, o embargo administrativo de obra, a destruição de objetos, a inutilização de gêneros, a proibição de fabricação ou comércio de certos produtos, a vedação de localização de indústrias em determinadas zonas e tudo o mais que houver de ser impedido em defesa da moral, da saúde e da segurança pública, bem como da segurança nacional, desde que estabelecido em lei ou regulamento (p. 139).

As condições de validade dos atos do poder de polícia são, ainda segundo Meirelles (2006, p. 140): “[...] as mesmas do ato administrativo comum, ou seja, a competência, a finalidade e a forma, acrescidas da proporcionalidade da sanção e da legalidade dos meios empregados pela Administração.”

De acordo com Meirelles (2006, p. 341), “há outorga quando o Estado cria uma entidade e a ela transfere, por lei, determinado serviço ou de utilidade pública”. Com relação à participação dos municípios na Segurança Pública, Silva (1995) faz a sua consideração:

Os constituintes recusaram várias propostas no sentido de instituir alguma forma de polícia municipal. Com isso, os Municípios não ficaram com nenhuma específica responsabilidade pela segurança pública. Ficaram com a responsabilidade por ela na medida em que sendo entidade estatal não podem eximir-se de ajudar aos Estados no cumprimento dessa função. Contudo, não se lhes autorizou a instituição de órgão polícia de segurança e menos ainda de polícia judiciária (p. 713).

Embora o poder de polícia seja importante para se entender as diversas atividades do Estado, a única lei que se refere a esse poder é o Código Tributário Nacional que no seu art. 78, aduz que:

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

Parágrafo único. Considera-se regular o exercício de poder de polícia quando desempenhado pelo órgão competente nos limites da lei aplicável, com observância do processo legal e, tratando-se de atividade que a lei tenha como discricionária, sem abuso ou desvio de poder (BRASIL, 1966).

4 USURPAÇÃO DE FUNÇÃO

A usurpação de função está disposta no artigo 328 do Código Penal Brasileiro, “usurpar o exercício de função pública: Pena – detenção de três meses a dois anos e multa”. De acordo com Noronha ³ (*apud* CAPEZ, 2005):

O bem jurídico tutelado é o interesse relativo ao funcionamento e atuação da administração pública, sacrificados evidentemente pela conduta de quem exerce funções que não são suas. Além da lesão à eficiência da atividade administrativa, é óbvio que se ofende o direito exclusivo do Estado de escolher e nomear seus funcionários ou as pessoas que, em seu nome e interesse, agem, para consecução de suas finalidades. O fato, sobre ser danoso à administração, provoca-lhe indistigível descrédito (p. 477-478).

O objeto da tutela penal é a Administração Pública, que não pode ficar submetida à interferência de estranhos ao poder público, exercendo funções que não são suas. O crime de usurpação de função, segundo Capez (2005), é considerado comum, ou seja, pode ser cometido por qualquer pessoa, inclusive por funcionário que exerce função

³ NORONHA, E. Magalhães. **Direito Penal**. v. 4. p. 293.

que não lhe compete, sendo o sujeito passivo o Estado. O núcleo do tipo é o verbo usurpar, que quer dizer exercer ilegítimamente, indevidamente, apoderar-se, tomar, arrebatado. Comete o crime quem ilegítimamente ou indevidamente assume uma função pública e passa a realizar atos inerentes ao ofício. O verbo exige que o sujeito realize pelo menos um ato oficial, sendo que se alegar ser titular de uma função pública, mas não realiza nenhum ato a ela inerente, não há delito, podendo ocorrer a contravenção do artigo 45 da Lei de Contravenções Penais (Simulação da qualidade de funcionário). Em se permitindo a terceiro, particular, a realização de certos atos funcionais não existe usurpação de função pública, podendo a função ser de qualquer natureza, gratuita ou remunerada.

Segundo Delmanto (1991, p. 495), o delito do artigo 328 não se configura sem o ânimo de usurpar. O elemento subjetivo é o dolo, a vontade livre e consciente dirigida a usurpar a função pública, tendo plena consciência da ilegitimidade de sua conduta e saber que está realizando uma conduta funcional que não lhe é permitida, sendo o motivo do agente irrelevante. Silva (1999) afirma que apesar dos Municípios não serem responsáveis em fazer segurança pública, não devem afastar-se da colaboração aos Estados. No entanto, não estão autorizados a criar órgãos policiais de segurança.

Inferimos, que a guarda municipal contribui para a sensação de segurança da comunidade frente à criminalidade e sua participação indireta na segurança pública, exercendo suas competências dentro dos limites legais em parceria com a polícia militar, porém deve observar seus limites.

CONCLUSÃO

Este trabalho científico teve como escopo analisar a legalidade da atuação da Guarda Municipal na preservação da ordem pública e se consequentemente implicaria em usurpação de função da Polícia Militar.

De acordo com a previsão constitucional, os municípios poderão constituir guardas municipais destinadas à proteção de seus bens, serviços e instalações, conforme dispuser a lei. Diante do princípio da legalidade, as guardas municipais só poderão ser destinadas à proteção de bens, serviços e instalações do município. Não lhes cabem, portanto, os serviços de polícia ostensiva, de preservação da ordem pública e polícia judiciária e de apuração das infrações penais, por terem sido tais competências essencialmente atribuídas aos órgãos policiais especificados no artigo 144 da CF/88. Porém, o serviço prestado pelas guardas municipais nos próprios públicos acaba por contribuir na preservação da manutenção da ordem pública.

O município não pode ter uma guarda municipal que substitua ou concorra com as atribuições da polícia militar, que são exclusivas, já que a mesma não foi disposta entre os órgãos responsáveis pela segurança pública conforme dispõe a carta magna. Também a locução, “conforme dispuser a lei”, inserida na parte final do § 8º do artigo 144 da Constituição Federal, não autoriza a lei municipal a ampliar, e sim regulamentar a competência das guardas municipais, respeitando as limitações impostas pela lei maior.

Desta feita, pode-se afirmar que as guardas municipais não têm competência para realizar policiamento ostensivo, que é atribuição exclusiva da polícia militar, prevista no artigo 144, § 5º da Constituição Federal, e art. 3º do Decreto-Lei nº 667/69, modificado pelo Decreto-Lei no 2010, de 12 de janeiro de 1983.

Para que as guardas municipais tenham competências de segurança pública é necessária a previsão, através de Emenda Constitucional, da alteração da missão das mesmas, atribuindo a elas competências na área de segurança pública.

Segundo Meirelles (2006, p. 87-88), a legalidade, como princípio da administração (artigo 37, caput, CF/88), significa que o administrador público está, em toda a sua atividade funcional, sujeito aos mandamentos da lei e às exigências do bem comum, e deles não se pode afastar ou desviar, sob pena de praticar ato inválido e

expor-se à responsabilidade disciplinar, civil e criminal, conforme o caso. Na Administração Pública não há liberdade nem vontade pessoal. Enquanto na administração particular é lícito fazer tudo o que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza. Sendo assim, a guarda municipal ou qualquer outro órgão público, só poderá exercer atividades que lhe são legalmente atribuídas.

É inegável a relevância do serviço prestado pela guarda municipal na proteção de bens, serviços e instalações públicas que contribui, indiretamente, para a segurança pública. Entretanto, se este empenho tiver como objetivo primário a preservação da ordem pública no combate ao crime configura, com base nas normas vigentes, em usurpação de função pública.

Por tudo que se fundamentou neste trabalho e em face do que prescreve o § 8º do artigo 144 da Constituição Federal, não pode o município criar um órgão com a denominação de guarda municipal, ou qualquer outra corporação de tal natureza, uniformizada e armada, para executar a polícia ostensiva e a preservação da ordem pública, cabendo-lhe, tão somente, a proteção dos bens, serviços e instalações do município. Todavia, a aproximação e conseqüente colaboração entre as guardas municipais e a polícia militar são salutares, pois facilita a harmonização das funções, impedindo a ilegal superposição de atividades e a nociva dispersão dos recursos públicos.

REFERÊNCIAS

AFFONSO, Arnaldo. **Uma Análise da abrangência do Poder de Polícia da Guarda Municipal de Belo Horizonte na Segurança Pública**. Monografia (CESP – Curso de Especialização em Segurança Pública). Academia de Polícia Militar de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2011.

ASSIS, Jorge César de. **Lições de Direito para a Atividade Policial Militar**. 5. ed. São Paulo: Juruá, 2003. 78 p.

BRASIL. **Código Penal**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. 1142 p.

BRASIL. Lei nº 5172, de 25 de outubro de 1966. **Código tributário nacional**. Brasília: 1966.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil, 1988**.

BRASIL. **Decreto-Lei n. 667 de 2 de julho de 1969**. Reorganiza as Polícias Militares e os Corpos de Bombeiros Militares dos Estados, dos Territórios e do Distrito Federal, e da outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, n.124, 3 jul.1969.p.2. Disponível em: <<http://www6.senado.gov.br/sicon/ExecutaPesquisaBasica.action>>. Acesso em: 01 Out. 2012.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.010, de 12 de Janeiro de 1983**. Altera o Decreto-Lei nº 667, de 02 de julho de 1969, que reorganiza as Polícias Militares e Corpos de Bombeiros Militares dos Estados, dos Territórios e do Distrito Federal e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 13 jul. 1983. p. 761. Disponível em: <<http://www6.senado.gov.br/sicon/ExecutaPesquisaBasica.action>> . Acesso em: 23 Set. 2012.

BRASIL. **Novo Código Civil Brasileiro**. São Paulo: Escala, 2002. 302 p.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RHC 7916 SP 1998/0066804-7 – Recurso em habeas Corpus. Relator: Ministro Fernando Gonçalves. Distrito Federal, 09 de novembro de 1998. Diário da Justiça, Brasília, 1998, p. 175. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/473010/recurso-ordinario-em-habeas-corpus-rhc-7916-sp-1998-0066804-7-stj>. Acesso em 01 out 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **A Constituição e o Supremo. Constituição da República Federativa do Brasil. Título V - Da Defesa do Estado e Das Instituições Democráticas. Capítulo III - Da Segurança Pública**. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/artigobd.asp?item=%201359>>. Acesso em: 10 out 2012.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal – parte especial**. v. 3, 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. 702 p.

CARUSO, Haydée; ANJOS, Verônica. **O papel da guarda municipal na segurança pública**: proposta para uma guarda profissional. Rio de Janeiro: PROASP/Viva Rio, 2005.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Curso de Direito Administrativo**. 16. ed. rev. e atu. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1999. 658 p.

DELMANTO, Celso. **Código Penal Comentado**. 3. ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 1991. 874 p.

GASPARINI, Diógenes. **As Guardas Municipais na Constituição de 1988**. São Paulo, 1991.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

MINAS GERAIS. Constituição (1989). **Constituição do Estado de Minas Gerais, 1989**. 7. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Municipal Brasileiro**. 7. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1999.

_____. **Direito Administrativo Brasileiro**. 32. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006. 826 p.

RIBEIRO, Carlos Murilo Câmara. **As Guardas Municipais e sua Missão Constitucional**: Análise crítica e tendências. 2004. 77 f. Monografia (CEGESP – Curso de Especialização e Gestão Estratégica em Segurança Pública). Academia de Polícia Militar de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2004.

ROSA, Paulo Tadeu Rodrigues. **Guarda Municipal e Ordem Pública**. Disponível em <<http://www.recantodasletras.com.br/textosjuridicos/913232>>. Acesso em: 10 out 2012.

SÃO PAULO. Procuradoria Geral do Estado. **Aplicação da Nova Constituição Federal**: Pareceres. 2ª V. São Paulo: Centro de estudos, 1991.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 10. ed. rev. São Paulo: Malheiros Editores, 1999.