



Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

Delegação do Poder de Policia a Particulares: possibilidades, limites e aspectos controvertidos

Juliana Amaral Wenz

Rio de Janeiro

2013

JULIANA AMARAL WENZ

Delegação do Poder de Policia a Particulares: possibilidades, limites e aspectos controvertidos

Artigo Científico apresentado como exigência de conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Professores Orientadores:

Néli Luiza C. Fetzner

Nelson C. Tavares Junior

Rio de Janeiro
2013

Delegação do Poder de Polícia a Particulares: possibilidades, limites e aspectos controvertidos

Juliana Amaral Wenz

Graduada pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). Advogada.

Resumo: O poder de polícia é conferido à Administração Pública como forma de restringir, frear, condicionar, limitar o exercício de direitos e atividades econômicas dos particulares, visando preservar a coletividade. É poder que encontra fundamento na supremacia do interesse público sobre o particular, configurando, desta feita, atos decorrentes do Poder de Império Estatal. O presente trabalho tem como objetivo analisar o referido instituto, bem como abordar o debate que existe em torno da possibilidade de sua delegação para particulares em geral. Assim, o que ora se pretende é justamente tratar dos novos contornos do poder de polícia, frete a sua delegação para particulares em casos específicos, além de abordar os desafios e problemas que tal realidade gera quando confrontada com o direito administrativo.

Palavras-chave: Poderes da Administração Pública. Poder de Polícia. Delegação do Poder de Polícia para Particulares.

Sumário: Introdução. 1. Poderes da Administração Pública. 2. Poder de Polícia: Definição e Aplicabilidade. 2.1. Meios e Atuação. 2.2. Características. 2.3. Limites. 2.4. Sanções. 2.5 Condições de Validade. 2.6. Modos e Campos de Atuação. 3. Delegação do Poder de Polícia para Particulares. 3.1. Entendimento das Cortes Superiores. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O trabalho ora proposto enfoca na possibilidade da delegação do poder de polícia para particulares, mas dentro de algumas restrições.

Tradicionalmente sempre se entendeu que, por ser o poder de polícia um exercício do poder de império, sua delegação poderia ser realizada apenas para pessoas jurídicas de direito

público, sendo regida pelo regime administrativo. Tal poder é conferido à administração pública como forma de restringir, frear, condicionar, limitar o exercício de direito e atividades econômicas dos particulares, visando preservar a coletividade. É poder que encontra fundamento na supremacia do interesse público sobre o particular, configurando, desta feita, atos decorrentes do poder de império Estatal. Por isso, não se admitia tal delegação para particulares. Atualmente, porém, é possível vislumbrar uma evolução em tal entendimento, embora ainda não haja um consenso na doutrina e jurisprudência pátria.

O debate ganhou relevo com o caso de grande polêmica, relacionado à Guarda Municipal do Rio de Janeiro e sua legitimidade para aplicação de multas de trânsito. Isso porque fora instituída na forma de empresa pública, sendo questionada a possibilidade jurídica do exercício desse poder de polícia.

A questão se mostrou mais evidente quando foi proferida decisão do STJ possibilitando a delegação do poder de polícia para particulares, sejam elas pertencentes à administração direta ou não. Tal decisão se baseou em uma divisão do poder de polícia em quatro vertentes: legislação, sanção, fiscalização e consentimento. Decidiu ser possível a delegação do poder de polícia consentimento e fiscalização.

O poder de polícia, tema clássico do Direito Administrativo, encontra-se em um momento de transformação, impondo reflexões. Diante de sociedades cada vez mais complexas e realidades instigantes e desafiadoras, é intuitivo supor que o Direito Administrativo não poderia passar ao largo, imune, aos impactos da globalização econômica, de inegáveis reflexos jurídicos, e dos direitos humanos fundamentais numa perspectiva também global. Busca-se um aspecto dinâmico, típico de um Direito Administrativo, em franca e irreversível evolução.

Dentre os inúmeros aspectos que o tema do poder de polícia inspira e oferece à revisitação, encontra-se a questão da possibilidade de delegação a particulares e, sobre ela, a necessidade da superação de uma visão jurisprudencial tradicional.

O presente trabalho tem como objetivo analisar o instituto do poder de polícia conferido à administração pública, bem como abordar o debate que existe em torno da possibilidade de sua delegação para particulares em geral. Assim, o que ora se pretende é justamente tratar dos seus novos contornos, frente a sua delegação para particulares em determinados casos, bem como abordar os desafios e problemas que essa realidade gera quando confrontada com os institutos do direito administrativo.

1. PODERES DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

A Administração Pública é dotada de poderes, que se mostram necessários e proporcionais às funções por ela exercidas. Ou seja, tais poderes inerentes à Administração Pública funcionam como instrumentos que viabilizam seu trabalho.

É preciso fazer uma diferenciação, pois os poderes da Administração Pública são prerrogativas ou instrumentos que possui para perseguir o interesse Público, não se confundindo com os poderes do Estado, quais sejam; o Executivo, Legislativo e o Judiciário.

A atuação da Administração Pública deve ser pautada no princípio da Supremacia do interesse público, o que legitima a concessão de algumas prerrogativas aos agentes públicos, que agem em nome do Estado e buscam os fins públicos traçados. Vale frisar que, tais prerrogativas existentes na ordem jurídica, só podem ser criadas através de lei em sentido estrito, como forma de respeitar os princípios norteadores da Administração Pública.

Para atender ao interesse público, ou seja, a aspiração de uma coletividade para a obtenção de um bem, de uma atividade ou de um serviço¹, a administração é dotada de poderes administrativos, que são consentâneos e proporcionais aos encargos que lhe são atribuídos e distintos dos poderes políticos. São verdadeiros instrumentos de trabalho, adequados à realização das tarefas administrativas, sendo, por isso, chamados de poderes instrumentais, em oposição aos poderes políticos, que são estruturais e orgânicos, uma vez que compõem a estrutura do estado e integram a organização constitucional.

Importante apontar que os poderes políticos são considerados Poderes de Estado, e apenas os respectivos órgãos constitucionais do Governo tem competência para exercê-los, enquanto os poderes administrativos, em oposição, estão presentes em toda a Administração e representam um meio de atuação.

Entende-se que a Administração Pública, além de possuir um poder de atuação, possui conjuntamente um dever de atuação, configurando o que se costuma chamar de “poder-dever”. Na verdade, vislumbra-se uma preponderância do dever em relação ao poder, tendo em vista que este não pode ser exercido livremente, dependendo sempre de uma finalidade especial, o benefício comum.

Nesse sentido, tendo como norte o princípio da indisponibilidade do interesse público, o administrador público deverá pautar sua atuação nas determinações legais, que positiva deveres específicos e objetivos, visando preservar o interesse público e o controle do povo, direito ou indireto.

Os poderes administrativos nascem com a Administração e se manifestam conforme as demandas dos serviços públicos, o interesse público e os fins aos quais devem atingir. Podem ser classificados em poder vinculado e poder discricionário, conforme a

¹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 37 ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p.120.

necessidade de prática de atos; poder hierárquico e poder disciplinar, de acordo com a necessidade de se organizar a Administração ou aplicar sanções aos seus servidores; poder regulamentar para criar normas para certas situações; e poder de polícia, quando necessário se faz a contenção de direitos individuais em prol da coletividade.

Serão atribuídos na proporção e limites de sua competência institucional, e poderão ser usados isolada ou cumulativamente para a realização de algum ato administrativo, sendo inerentes à Administração de todos os entes federados, União, Estados-Membros, Distrito Federal e Municípios.

2. PODER DE POLÍCIA: DEFINIÇÃO E APLICABILIDADE

Dentre os poderes administrativos, está inserido o poder de polícia administrativa, que a Administração Pública exerce sobre todas as atividades e bens que afetam ou possam afetar a coletividade. Como forma de concretizar esse policiamento, existem competências exclusivas ou concorrentes das três esferas estatais, em virtude da descentralização politico-administrativa proveniente do nosso sistema constitucional. Como todo ato administrativo, o ato de polícia subordina-se ao ordenamento jurídico que rege todas as atividades da Administração, subordinando-se, inclusive, ao controle de legalidade realizado pelo Poder Judiciário.

Poder de polícia consiste na faculdade da Administração Pública em condicionar e restringir o uso e gozo de bens, atividades e direitos individuais, em benefício da coletividade ou do próprio Estado. Configura-se como um mecanismo de contenção a disposição da Administração Pública para conter os abusos do direito individual.

Trata-se da prerrogativa do direito público que, embasada na lei, autoriza a Administração Pública a limitar o uso e gozo da liberdade e da propriedade em nome do interesse

da coletividade, uma vez que intervém em atividades individuais suscetíveis de colocar em risco interesses gerais. O Poder de Polícia ou Polícia Administrativa, como também é chamado, trata do controle e da fiscalização das Administrações Públicas, uma vez que possui o poder-dever de cuidar do interesse público, promovendo o bem-estar social.

Existe na hipótese o confronto e ponderação entre dois aspectos contrários, porém essenciais: o direito à liberdade individual e a autoridade da Administração Pública. O confronto se mostra da seguinte forma: de um lado, o administrado querendo exercer todos os direitos que lhe são conferidos pela Constituição Federal; de outro, o administrador, que está incumbido de restringir ou condicionar o exercício do mesmo em favor do interesse público ou do bem-estar coletivo.

Conforme ensinamento da professora Maria Sylvia Di Pietro, não cabe falar em incompatibilidade entre a existência e preservação dos direitos individuais, e os limites a que estes são submetidos em decorrência do exercício do Poder de Polícia pelo Estado, pois é deste quadro que se extrai o conceito de direito subjetivo; ou seja, tudo que se encontra juridicamente assegurado, está juridicamente limitado².

Caberá falar em predominância do interesse público sobre o privado, quando tal medida for necessária e suficiente para proteger os interesses da coletividade. Apenas com o intuito de proteger a ordem pública e o interesse social é que se confere ao Estado o poder soberano de atuar em todo o seu território e sobre os bens e atividades dos governados.

Carvalho Filho, assim se manifesta sobre o conceito de Poder de Polícia: “O Poder de Polícia como a prerrogativa de direito público que, calcada na lei, autoriza a Administração

² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p.114.

Pública a restringir o uso e o gozo da liberdade e da propriedade em favor do interesse da coletividade³.”

O Poder de Polícia é conceituado pela maioria dos doutrinadores, como sendo atributo facultativo do Estado, uma prerrogativa de limitar o exercício de direitos individuais em prol do interesse coletivo.

Para Meirelles: “O poder de polícia é o mecanismo de frenagem de que dispõe a Administração Pública para conter os abusos de direito individual. Por esse mecanismo, que faz parte de toda Administração, o Estado detém a atividade dos particulares que se revelar contrária, nociva ou inconveniente ao bem-estar social, ao desenvolvimento e à segurança nacional⁴.”

Sendo assim, o administrador deve interferir na atuação do particular quando este exerce abusivamente o seu direito individual, colocando em risco a coletividade, devendo criar normas limitadoras que visem garantir a prioridade do bem estar social.

Cabe salientar que o ordenamento jurídico brasileiro traz expressamente o que seja o Poder de Polícia, no artigo 78 e parágrafo único do Código Tributário Nacional (Lei nº 5.172/66). Senão veja-se:

Art. 78. Considera-se poder de polícia atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou a 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. (Redação dada pelo Ato Complementar nº 31, de 28.12.1966)

Parágrafo único. Considera-se regular o exercício do poder de polícia quando desempenhado pelo órgão competente nos limites da lei aplicável, com observância do

³ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 24. ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2011, p.70.

⁴ MEIRELLES, op. cit., p.135.

processo legal e, tratando-se de atividade que a lei tenha como discricionária, sem abuso ou desvio de poder ⁵.

Di Pietro cita o referido artigo dizendo que: “A razão de o Código Tributário Nacional dar o conceito de poder de polícia decorre do fato de constituir o exercício desse poder um dos fatos geradores da taxa (cf. art. 145, II, da Constituição Federal e art. 77 do referido Código)⁶.”

Mukai, após examinar vários conceitos doutrinários assim define o Poder de Polícia: “[...] é a faculdade, inerente à Administração Pública, para disciplinar e restringir as atividades, o uso e gozo de bens e de direitos, bem como as liberdades dos administrados, em benefício da coletividade⁷.”

Tudo na Administração Pública e no que a ela se relaciona depende de lei, logo, apenas o ato normativo instituído pelo Administrador é que pode criar dever ou obrigação ao administrado. Caso contrário, estará o agente público violando o princípio da legalidade, que funciona como uma garantia dos administrados frente ao atuar discricionário do Estado, cuidando para que o poder de polícia administrativa seja aplicado de forma legítima, juntamente com os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.

2.1. MEIOS DE ATUAÇÃO

A exteriorização do exercício do Poder de Polícia pela Administração Pública pode se dar de duas formas:

⁵ Artigo 78 e parágrafo único do Código Tributário Nacional, Lei nº 5.172/66.

⁶ DI PIETRO, op. cit., p.117.

⁷ MUKAI, Toshio. *Direito Administrativo Sistematizado*. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2008. p.103.

De maneira ampla, se referindo às atividades do Legislativo e do Executivo, através da edição dos atos normativos, tais como decretos, resoluções, portarias, ou seja, normas que estabelecem limitações administrativas gerais, adequando a cada caso concreto. Como exemplo podemos citar o administrador, desejando regularizar o desempenho profissional em determinada área ou a edificação, editará ato normativo;

De maneira estrita, se concretiza por meio dos atos concretos, que consistem naqueles com direcionamento específico, ou seja, o que significa que representam a aplicação da lei ao caso concreto, materializando-se em uma medida repressiva, que só existirá se motivada pela transgressão de norma, o que enseja a aplicação de uma sanção (interdição de atividade, apreensão de mercadorias, dissolução de reuniões, entre outros) ou medida preventiva, pelas quais o agente da administração pública deverá agir para impedir o dano social (fiscalização, vistorias, notificações, etc.).

A medida repressiva possui como exemplo um caso bastante comum de indivíduos que constroem em área pública, o que torna tal construção irregular. Neste sentido, a decisão do Superior Tribunal de Justiça, no Recurso Especial 111.670-PE de 2000:

OBRA. DEMOLIÇÃO. LOGRADOURO PÚBLICO. A construção clandestina em logradouro público está sujeita à demolição, não tendo o invasor de má-fé direito à retenção, nem à indenização pelo município de eventuais benfeitorias. Precedentes citados: REsp 48.001-PE, DJ 7/4/1997, e REsp 37.026-PE, DJ 29/4/1996. REsp 111.670-PE, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, julgado em 14/3/2000.(Informativo STJ nº 50, março/2000)⁸

⁸ Brasil. STJ - REsp: 111670 PE 1996/0067715-8, Relator: Ministro CESAR ASFOR ROCHA, Data de Julgamento: 14/03/2000, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJ 02.05.2000 p. 142 RJADCOAS vol. 9 p. 111.

Inevitavelmente, diante de tal quadro exemplificativo, será aplicada pelo administrador uma sanção adequada ao indivíduo que assim proceder, já que sua atuação estará pautada no risco de prejuízo ao interesse público. Isso porque, como já exposto, é o interesse público e o bem estar que social que justificam essa prerrogativa do poder público, podendo o Estado intervir em matéria de direitos individuais quando tiver como finalidade proteger o interesse coletivo.

Mello acrescenta à atividade de polícia administrativa os atos fiscalizadores, pelos quais o administrador público, de forma preventiva, procura evitar possíveis danos, consequentes de ação de particulares⁹.

Assim se expressa Meirelles sobre o mesmo tema:

“Para tanto, o Poder Público edita leis e os órgãos executivos expedem regulamentos e instruções fixando as condições e requisitos para o uso da propriedade e o exercício das atividades que devem ser policiadas, e após as verificações necessárias é outorgado o respectivo alvará de licença ou autorização, ao qual se segue a fiscalização competente¹⁰.”

O fim a que se destina o Poder de Polícia é garantir a ordem pública, e para tanto, determina limitações particular no que tange ao exercício do seu direito à propriedade e a sua liberdade individual, visando sempre o bem comum, consagrado como interesse público.

Meirelles também se manifesta quanto ao objeto do poder de polícia: “O objeto do poder de polícia administrativa é todo bem, direito ou atividade individual que possa afetar a

⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

¹⁰ MEIRELLES, op. cit., p.143.

coletividade ou por em risco a segurança nacional, exigindo, por isso mesmo, regulamentação, controle e contenção pelo poder público¹¹.”

Assim sendo, o administrador tem o poder de condicionar o exercício de direitos individuais restringindo a execução de algumas atividades, bem como tem também o poder de condicionar o uso de bens que afetam a sociedade como um todo, ou contrastem a ordem jurídica ou até mesmo se vão na contramão dos objetivos nacionais. Meirelles, sentencia: “Existindo repercussão negativa para a coletividade ou para o Estado por causa da ação de um indivíduo ou de empresas estarão os mesmos sujeitos ao poder de polícia repressivo ou preventivo, pois “ninguém adquire direito contra o interesse público¹².”

Sendo assim, o Poder de Polícia se destina à de resguardar o interesse público no seu sentido mais amplo, não se tratando apenas bens ou valores materiais, mas também resguarda o patrimônio moral e espiritual de um povo, que são os traços característicos e responsáveis por sua identificação como povo. E como já exposto, essa proteção de valores materiais e morais, e dos bens ocorrerá através da delimitação e ordenação da atividade e dos direitos conferidos aos particulares.

2.2. CARACTERÍSTICAS

Entende Di Pietro que, estando presente na maior parte das medidas de polícia administrativa, a discricionariedade nem sempre acontece¹³. O legislador nem sempre prevê todas as hipóteses possíveis e necessárias para usar do Poder de Polícia, deixando a lei uma margem de opinião e liberdade de escolha por parte do administrador, que poderá avaliar a conduta mais

¹¹ Ibid., p. 138.

¹² Ibid., p. 139.

¹³ DI PIETRO, op. cit., 2009.

pertinente diante do caso concreto. Frise-se, que tal atuação, mesmo que discricionária, deverá se pautar sempre nos comandos e princípios estabelecidos na Constituição Federal.

Portanto, recorrentemente, a administração terá de avaliar sobre qual o melhor momento para atuar, qual o meio de ação mais apropriado e qual medida sanção cabível, exteriorizando, assim, o seu Poder de Polícia Discricionário. Em contrapartida, quando a lei, mediante alguns requisitos pré-estabelecidos, não oferecer ao administrador possibilidade de escolha, o mesmo terá de decidir conforme estabelece a mesma. Ter-se-á, então o que se chama de Poder Vinculado.

Exemplificando o poder vinculado, temos a concessão de alvará de licença e de autorização, que é exigida pelo Estado, como nos casos de alvará de licença para construção, para direção de veículos automotores ou para exercer determinadas profissões. Nesses casos, a lei prevê os requisitos que, uma vez satisfeitos, fica a administração pública obrigada a concedê-lo.

Por outro lado, como ato discricionário, encontramos a autorização, em que a lei confere ao administrador a possibilidade de analisar o caso concreto, levando em conta o interesse público em questão. A autorização para porte de arma é exemplo bastante comum do ato discricionário.

Logo, conclui-se que o Poder de Polícia pode ser Discricionário, como também Vinculado. Em regra, a Administração possui a livre escolha, da conveniência e oportunidade de exercer o ato de poder de polícia, bem como de aplicar as sanções e empregar os meios contundentes a atingir o fim colimado, que é a proteção de algum interesse público. Nesta hipótese, e desde que o ato de polícia administrativa se restrinja aos limites legais e o administrador se mantenha na faixa de opção que lhe é atribuída, a discricionariedade é legítima.

Entretanto, o ato de polícia, passará a ser vinculado se a norma legal que o rege estabelecer o modo e forma de sua realização, caso em que o administrador só poderá praticá-lo de forma válida, quando atender a todas as exigências da lei ou regulamento pertinente.

A Administração Pública possui como uma de suas características a autoexecutoriedade, que possibilita ao administrador, por seus próprios meios, executar as suas decisões sem a interferência do Poder Judiciário. Assim, a Administração Pública tem a possibilidade de tomar decisões executórias sem passar pelo crivo de um magistrado, impondo diretamente a obrigação ao administrado sem que o mesmo tenha a oportunidade de se opor, devendo recorrer ao judiciário, se assim o desejar.

Há posicionamento de que tal prerrogativa seria subdividida em: exigibilidade e executoriedade. A exigibilidade traduz a prerrogativa de a Administração impor obrigações ao administrado, sem necessidade de prévia autorização judicial, enquanto a executoriedade significa a possibilidade de a Administração realizar diretamente a execução forçada da medida que ela impôs ao administrado.

Mas de uma forma ou de outra, a Administração não pode fazer uso de tal poder sem que a lei expressamente autorize, ou quando se tratar de medida urgente para evitar prejuízo maior ao interesse público. Não se confunde, assim, com arbitrariedade, pois sua legitimidade decorre de autorização legal, de forma expressa, ou em caso de relevante urgência para a proteção e defesa do interesse público.

Conclui-se que a autoexecutoriedade não existe em todos os atos de polícia, podendo-se citar como não autoexecutório a cobrança de multas, quando resistida pelo particular. Aqui, embora a imposição da multa seja ato imperativo e decorrente do exercício do poder de polícia, sua execução somente pode ser feita pela via judicial.

Outra característica inerente ao poder de polícia que pode ser apontada é a coercibilidade, isto é, a imposição coativa das medidas adotadas pela Administração. De fato, todo ato de polícia é imperativo, sendo obrigatório para seu destinatário, admitindo, assim, até mesmo o emprego da força pública para seu cumprimento, quando houver resistência por parte do administrado.

A coercibilidade, ainda segundo Di Pietro, é paralela à autoexecutoriedade: “O ato de polícia só é autoexecutório porque dotado de força coercitiva¹⁴.”

E, é definida Meirelles como “a imposição coativa das medidas adotadas pela Administração¹⁵.”

Não há ato de polícia facultativo para o particular, tendo em vista que se admite a coerção estatal para torna-los efetivos, e tal coerção também independe de autorização judicial. Logo, é a própria administração que determina e faz executar as medidas de força que se tornarem necessárias para a execução do ato ou aplicação da penalidade administrativa resultante do exercício do poder de polícia.

O atributo da coercibilidade do ato de polícia possibilita a utilização da força física quando houver oposição do infrator, mas não legaliza ou legitima o uso da violência desnecessária ou desproporcional frente à resistência, caso em que ficaria configurado o excesso de poder ou abuso de autoridade.

Nesse caso, o ato praticado seria considerado nulo, o que daria ensejo ao ajuizamento de ações civis, visando à reparação dos danos gerados e ações criminais, objetivando a punição dos responsáveis.

¹⁴ Ibid., p. 121.

¹⁵ MEIRELLES, op. cit., p.142.

2.3. LIMITES

Como primeira observação, cabe apontar que o poder repressivo da Administração Pública não é ilimitado. Como todo e qualquer ato administrativo, o poder de polícia também tem sua limitação, estando o administrador sujeito aos limites jurídicos expressos na Constituição Federal e nas leis.

Tal limitação de sua atuação é pautada em uma ponderação de interesses, que não pode ocasionar a supressão de nenhum dos direitos ou prerrogativas envolvidos. Sendo assim, os indivíduos têm direitos assegurados e que são invioláveis, tais como a liberdade e direito de propriedade, que deverão ser concedidos, mesmo que não seja de maneira absoluta.

Atuando além desse limite, suprimindo tais direitos, por exemplo, estará o administrador, fazendo uso abusivo de dos poderes que lhe são concedidos; não podendo o poder de polícia ser usado como desculpa para usurpar direitos do administrado.

Mesmo que a Administração Pública disponha de certa discricionariedade, esta só poderá ser exercida dentro dos limites ditados pela lei e apenas visando atender ao interesse público. O administrador que ultrapassar tais limites estará incorrendo em desvio de poder, causando a nulidade do ato, e respondendo por todas as consequências cíveis, penais e administrativas.

O administrador público deve pautar sua atuação no princípio da proporcionalidade, para resguardar o interesse coletivo, não pode ultrapassar a necessidade efetiva do interesse público que quer proteger, pois esta é sua finalidade, e não a de aniquilar os direitos individuais. Esses direitos só poderão ser restringidos quando acontecer um conflito com o interesse da coletividade.

Meirelles acentua a amplitude do Poder de Polícia: “Abrangendo desde a proteção à moral e aos bons costumes, a preservação da saúde pública, o controle de publicações, a segurança das construções e dos transportes até a segurança nacional em particular¹⁶.”

Com a evolução e o desenvolvimento social, o Poder de Polícia passou a intervir em áreas onde antes não se fazia necessário, como a proteção ao meio ambiente e a defesa do consumidor, tendo a atuação estatal se estendido para à esfera da atividade econômica de natureza privada. A atuação da Administração Pública se encontra adstrita à norma criada no momento da sua aplicação, devendo pautar seus atos no princípio da legalidade, previsto constitucionalmente para reger toda a Administração Pública.

Assim ensina Di Pietro: “Se a lei dá à administração o poder de desapropriar, de requisitar, de intervir, de policiiar, de punir, é porque tem em vista atender ao interesse geral, que não pode ceder diante do interesse individual¹⁷.”

E Celso Antônio Bandeira de Mello diz que “o Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Interesse Privado, fundamenta-se na própria ideia de Estado¹⁸.”

2.4. SANÇÕES

A coercibilidade é característica que visa garantir a efetividade do Poder de Polícia, sendo utilizado como forma de evitar a desobediência à ordem legal da autoridade competente.

Uma forma de concretizar tal característica é através das sanções do poder de polícia, utilizadas como elemento de coação e intimidação, se exterioriza, em princípio com a

¹⁶ Ibid., p. 138.

¹⁷ DI PIETRO, op. cit., p. 66.

¹⁸ MELLO, op. cit., p. 125.

multa, podendo progredir para penalidades mais graves, como a interdição e atividade, o fechamento de estabelecimentos ou a demolição de construção.

Tal escalonamento deve ocorrer da forma menos gravosa para o particular, pautando-se sempre no princípio da proporcionalidade.

Como decorrência do princípio da autoexecutoriedade do ato de polícia, as sanções são impostas e executadas pela própria Administração em procedimentos administrativos compatíveis com as exigências do interesse público.

A Administração deverá pautar sua atuação e a análise da infração atribuída ao administrado nos princípios da legalidade e da proporcionalidade quando da aplicação de sanção frente à infração cometida ou ao dano que a atividade praticada pelo administrado causar à coletividade ou ao próprio Estado.

São aplicáveis aos atos ou condutas individuais que, embora não constituam crimes, acabam sendo inconvenientes ou nocivas à coletividade, como previstas na norma legal, valendo frisar que, um mesmo fato jurídico, pode gerar a pluralidade de ilícitos e de sanções administrativas.

A ação punitiva de competência da Administração, visando à apuração das infrações, prescreve em cinco anos, na esfera federal, conforme Lei 9.873/99, como decorrência do exercício do poder de polícia.

Tal prazo será contado da data em que o ato fora praticado, ou no caso de ato considerado como infração permanente ou continuado, do dia em que tiver cessado.

A prescrição pode ocorrer também no procedimento administrativo paralisado por mais de três anos, quando pendente de julgamento e despacho. Entretanto, quando o fato constituir crime, a prescrição irá ser regida pelo prazo previsto na lei penal.

2.5. CONDIÇÕES DE VALIDADE

Como qualquer outro ato administrativo, o ato de polícia possui as mesmas condições de validade, quais sejam: competência, finalidade, forma, proporcionalidade da sanção e a legalidade dos meios empregados pela Administração.

A competência, finalidade e a forma são condições gerais que conferem eficácia aos atos administrativos como um todo.

A proporcionalidade entre a restrição imposta pela Administração e o benefício social que se tem em vista consiste em requisito específico para a validade do ato de polícia, além da correspondência entre a infração cometida e a sanção aplicada no caso de medida punitiva.

Com ato desproporcional pode-se apontar aquele ato de polícia que aniquila a propriedade ou a atividade sob a justificativa de condicionar o uso do bem ou de regular profissão. Como já exposto, o poder de polícia autoriza limitações, restrições e condicionamento, mas nunca a supressão total de direitos individuais ou do direito a propriedade particular, o que só poderá ser feito através da desapropriação.

O último requisito para a validade do ato de polícia é a legalidade dos meios empregados pela Administração. Os meios ilegais para a consecução do ato, mesmo sendo a finalidade lícita e legal, não se inserem no seu poder de escolha inerente à discricionariedade do administrador.

Os meios empregados devem ser legítimos e compatíveis com a urgência e necessidade da medida adotada, e medidas invasivas só devem ser utilizadas quando o Poder Público estiver enfrentando situações emergenciais.

Enquanto puder ser empregada forma menos violenta e invasiva de concretizar a medida de polícia, não serão válidos atos invasivos aos direitos dos particulares e à proteção de sua propriedade privada ou de seus direitos individuais.

O uso da força só se justifica como último recurso para a Administração Pública cumprir suas obrigações, ou quando suas ordens forem violadas, devendo ser empregada de maneira moderada.

2.6. MODOS E CAMPOS DE ATUAÇÃO

Podem-se apontar quatro fases, ou “ciclos de polícia” para o exercício do Poder de Polícia, conforme ensina Diogo de Figueiredo, correspondendo a quatro modos de atuação: a ordem de polícia, o consentimento de polícia, a fiscalização de polícia e a sanção de polícia.

A ordem de polícia consiste no preceito legal, a satisfação da reserva constitucional, possuindo duas vertentes: negativo absoluto, pelo qual certas formas de exercício de atividades e de uso da propriedade privada são vedadas, impondo-se restrições; negativo com reserva de consentimento, pelo qual são vedadas certas formas de exercício de atividades e de uso da propriedade privada, sem que a administração prévia e expressamente, as consinta, impondo-se condicionamentos. Nas duas hipóteses, o instrumento básico da atuação administrativa do poder de polícia é a limitação.

O consentimento de polícia é o ato administrativo que importa em anuência, possibilitando a utilização da propriedade pelo particular ou o exercício da atividade privada, quando o legislador imposto um controle prévio de adequação do uso do bem ou do exercício da atividade com o interesse público. Este ato de consentimento se materializa formalmente em um alvará, podendo conter, materialmente, uma licença ou uma autorização.

A fiscalização de polícia tem relevância na averiguação do cumprimento das ordens de polícia, como se fiscaliza os abusos nas utilizações de bens e nas atividades que foram consentidas pela administração. Tal fiscalização pode preventiva ou repressiva e iniciada ex officio ou por provocação.

Já no tocante à sanção de polícia, consiste na submissão coercitiva do particular infrator de medidas inibidoras ou dissuasoras, quando falhar a fiscalização preventiva e verificada a ocorrência de infrações às ordens de polícia.

São quatro os campos de interesse público estatal: a segurança, a salubridade, o decoro e a estética. O que nos interessa no presente estudo é a função de polícia de segurança, considerada como uma atividade utilizada para manter a ordem social, referida às pessoas, bens e instituições sociais em geral, e a ordem jurídica referida ao Estado e suas instituições.

Nesse contexto, encontramos quatro modos de atuação da polícia administrativa, os quais correspondem ao ciclo de polícia, conforme Diogo de Figueiredo Moreira Neto.

“Há quatro fases nesse ciclo: a) ordem de polícia: é o preceito legal básico que dá validade à limitação prevista, para que não se pratique ato que lesionará o interesse público ou para que não deixe de fazer algo que evitará a lesão ao interesse público; portanto, há duas modalidades, uma que veda de forma absoluta formas de exercício de atividades individuais ou de uso da propriedade privada ("preceito negativo absoluto") como, por exemplo, a vedação de autorização de porte de arma de fogo de uso restrito às Forças Armadas, e outra em que a vedação existe de início, mas é possível, após a devida avaliação, que a Administração dê o consentimento para o exercício de determinada atividade ou o uso de certa propriedade privada ("preceito negativo com reserva de consentimento") como é o caso da licença para construir (só se admite a construção se ficar demonstrado que o projeto atende à legislação específica); b) consentimento de polícia: é o ato administrativo que confere anuência ao exercício de atividade ou ao uso de propriedade e somente existe se for a segunda espécie de ordem de polícia ("preceito negativo com reserva de consentimento"); c) fiscalização de polícia: é a verificação se as ordens de polícia estão sendo cumpridas (se não está sendo exercida

uma atividade vedada ou se uma atividade consentida está sendo executada dentro dos limites estabelecidos); d) sanção de polícia: é a fase em que, verificada afronta à ordem de polícia, é aplicada a pena de polícia¹⁹.”

No ciclo de polícia é indispensável a presença da "ordem de polícia", pois do contrário, nenhuma restrição ou limitação é possível, e a "fiscalização de polícia" para se constatar o cumprimento ou o descumprimento da ordem de polícia.

3. DELEGAÇÃO DO PODER DE POLÍCIA PARA PARTICULARES

Discute-se, sobre a possibilidade de delegação do exercício do Poder de Polícia por particulares. Parcela da doutrina defende a impossibilidade da delegação a qualquer ente privado, seja ele pessoa natural ou pessoa jurídica. Entende-se que o Poder de Polícia é atividade privativa do Estado só podendo ser exercido pela Administração Pública enquanto Poder Público.

Vale citar aqui o doutrinador Diogo de Figueiredo Moreira Neto:

“A doutrina considera que certas atividades são, todavia, indelegáveis: as denominadas atividades jurídicas do Estado, que lhes são próprias e impostas como condição necessária de sua existência. As demais, delegáveis, são as chamadas atividades sócias, que são cometidas ao Estado na medida em que ao legislador pareça útil à sociedade, não sendo considerados fundamentais à sua preservação essencial. No campo do poder de polícia, só há atividades próprias²⁰.”

Carlos Ari Sundfeld entende possível a delegação do poder de polícia para particulares. O autor utiliza a expressão descentralização, para defender a ideia de transferência

¹⁹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 444-447.

²⁰ *Ibid.*, p. 94/95.

pelo Estado do exercício do poder de polícia entre outras pessoas jurídicas de direito público, como autarquias e fundações públicas. Por outro ângulo, emprega o vocábulo delegação quando se refere à transferência Estatal da atividade de polícia a empresas estatais²¹.

Por fim, outra parte da doutrina fraciona os atos de polícia em dois grupos: atos de polícia delegáveis e indelegáveis. Podemos mencionar Juarez Freitas, para quem são delegáveis os atos mediatamente de polícia ou instrumentais, não inerentemente estatais, sem qualquer ofensa à mencionada indelegabilidade²².

Quanto aos atos que chama de atos de legislação e de sanção, entende supracitado doutrinador, tratar-se de atividade de competência exclusiva do Poder Público, e, portanto, afasta a possibilidade de delegação do poder de polícia para particulares.

Na mesma linha de raciocínio, é a doutrina de Celso Antônio Bandeira de Mello, o qual considera passível de delegação somente os atos materiais preparatórios ou sucessivos aos atos de polícia. Repudia a delegação dos atos, que denomina atos jurídicos expressivos do Poder de Polícia²³.

3.1. ENTENDIMENTO DAS CORTES SUPERIORES

O Superior Tribunal de Justiça no julgamento do Recurso Especial (nº 817.534 MG 2006/0025288-1) teve oportunidade de se manifestar sobre o tema. O debate fora proposto pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais, em caso que se debatia a legalidade da delegação à uma sociedade de economia mista pelo Estado de Minas Gerais da atividade de

²¹ Empresa Estatal pode exercer o poder de polícia. Boletim de Direito Administrativo- nº 2- SP. Ed. Nova Dimensão Jurídica, 1993, p. 98.

²² Poder de Polícia Administrativa e o primado dos direitos fundamentais. Belo Horizonte, 2004. In- Estudos em homenagem ao professor Adilson Abreu Dallari, p. 412.

²³ MELLO, op. cit., p. 701.

polícia, envolvendo a aplicação de penalidades administrativas de trânsito. Segue transcrição de parte do voto do relator no Resp acima mencionado:

A controvérsia em debate é a possibilidade de exercício do poder de polícia por particulares (no caso, aplicação de multas de trânsito por sociedade de economia mista) As atividades que envolvem a consecução do poder de polícia podem ser sumariamente divididas em quatro grupos, a saber: (i) legislação, (ii) consentimento, (iii) fiscalização e (iv) sanção. No âmbito da limitação do exercício da propriedade e da liberdade no trânsito, esses grupos ficam bem definidos: o CTB estabelece normas genéricas e abstratas para a obtenção da Carteira Nacional de Habilitação (legislação); a emissão da carteira corporifica a vontade do Poder Público (consentimento); a Administração instala equipamentos eletrônicos para verificar se há respeito à velocidade estabelecida em lei (fiscalização); e também a Administração sanciona aquele que guarda observância ao CTB (sanção). Somente os atos relativos ao consentimento e à fiscalização são delegáveis, pois aqueles referentes à legislação e à sanção derivam do poder de coerção do Poder Público” No que tange aos atos de sanção, o bom desenvolvimento por particulares estaria, inclusive, comprometido pela busca do lucro - aplicação de multas para aumentar a arrecadação. Com essas considerações, voto por DAR PROVIMENTO ao recurso especial²⁴.

Tomando como referente tal voto do relator, é possível concluir pela existência de quatro atividades atinentes ao Poder de Polícia: legislação, consentimento, fiscalização e sanção.

As atividades de legislação e sanção são consideradas pelo relator como atividades típicas da Administração Pública, concluindo pela indelegabilidade das mesmas. Entretanto, as atividades de consentimento e fiscalização podem ser objeto de delegação para particulares, já que não possuem caráter de coerção.

²⁴ Brasil. STJ. RE nos EDcl no REsp: 817534 , Relator: Ministro FELIX FISCHER, Data de Publicação: DJ 28/10/2010.

No processo, concluiu-se pela procedência da tese do recorrente, entendendo-se que a hipótese narrada nos autos se referia à atividade sancionadora, sendo impossível sua delegação.

O Supremo Tribunal Federal pronunciou-se novamente sobre a temática no julgamento em 07/11/2002, da ADI 1.717, proposta pelos partidos políticos: PC do B, PT E PDT, que discutia a constitucionalidade do artigo 58 e seus parágrafos da Lei Federal nº 9.649/98, admitia a delegação pelo Poder Público do poder de polícia atinente aos serviços de fiscalização de profissões regulamentadas à entidades de natureza privada.

Segundo a manifestação do Supremo, o caso refletia uma situação de impossibilidade de delegação do poder de polícia para entidade de natureza privada, exatamente por considerá-lo atividade típica do Poder Público. Assim restou ementada a decisão:

EMENTA. DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE DOS ART. 58 E SEUS PARÁGRAFOS DA LEI FEDERAL Nº 9.649, DE 27.05.1998, QUE TRATAM DOS SERVIÇOS DE FISCALIZAÇÃO DE PROFISSÕES REGULAMENTADAS. 1. Estando prejudicada a Ação, quanto ao § 3º do art. 58 da Lei nº 9.649/98, como já decidiu o Plenário, quando apreciou o pedido de medida cautelar, a Ação Direta é julgada procedente, quanto ao mais, declarando-se a inconstitucionalidade do “caput” e dos § 1º, 2º, 4º, 5º, 6º, 7º e 8º do mesmo art. 58. 2. Isso porque a interpretação conjugada dos artigos 5º, XIII, 22, XVI, 21, XXIV, 70, parágrafo único, 149 e 175 da Constituição Federal, leva à conclusão no sentido da indelegabilidade, a uma entidade privada, de atividade típica de Estado, que abrange até poder de polícia, de tributar e de punir, no que concerne ao exercício de atividades profissionais regulamentadas, como ocorre com os dispositivos impugnados. 3. Decisão unânime. (grifo nosso)- (ADI 1717/DF Rel. Min. Sydney Sanches. J. 07/11/2002-Tribunal Pleno)²⁵.

²⁵ Brasil. STF. ADI: 1717 DF. Relator: Min. SYDNEY SANCHES, Data de Julgamento: 07/11/2002, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 28-03-2003 PP-00061 EMENT VOL-02104-01 PP-00149.

Recentemente o tema voltou ao Supremo Tribunal Federal, através de recurso extraordinário com agravo (ARE-662186/MG) interposto pela Empresa de Transporte e Transito de Belo Horizonte-BHTRANS, em que se discute, a legitimidade de aplicação de multas pela empresa de trânsito- BHTRANS, sociedade de economia mista. O acórdão do Tribunal de Justiça Mineiro, com assentamento na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, entendeu pela impossibilidade de aplicação de multas pela referida sociedade de economia mista, exatamente por entender tratar-se de ato não de mera execução, mas sim de natureza sancionadora administrativa.

Entretanto, o recurso em questão ainda não teve o seu mérito analisado. Em análise preliminar, o relator do recurso Min. Luiz Fux, entendeu presente a existência da repercussão geral da questão constitucional suscitada, vislumbrando que a matéria constitucional ultrapassa os interesses das partes, como pode-se depreender da ementa colacionada a seguir:

O Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao apreciar o AI 715.423-QO/RS, Rel. Min. ELLEN GRACIE, firmou entendimento, posteriormente confirmado no julgamento do RE 540.410-QO/RS, Rel. Min. CEZAR PELUSO, no sentido de que também se aplica o disposto no art. 543-B do Código de Processo Civil aos recursos deduzidos contra acórdãos publicados antes de 03 de maio de 2007 e que veiculem tema em relação ao qual já foi reconhecida a existência de repercussão geral. Esta Suprema Corte, em sessão realizada por meio eletrônico, apreciando o ARE 662.186-RG/MG, Rel. Min. LUIZ FUX, reconheceu existente a repercussão geral da questão constitucional nele suscitada, e que coincide, em todos os seus aspectos, com a mesma controvérsia jurídica ora versada na presente causa. O tema objeto do recurso representativo de mencionada controvérsia jurídica, passível de se reproduzir em múltiplos feitos, refere-se à “Aplicação de multa de trânsito por sociedade de economia mista” (Tema nº 532 – www.stf.jus.br – Jurisprudência Repercussão Geral). Sendo assim, e pelas razões expostas, determino, nos termos do art. 328 do RISTF, na redação dada pela Emenda Regimental nº 21/2007, a devolução dos presentes autos ao Tribunal de origem, para que, neste, seja observado o disposto no art. 543-B e respectivos parágrafos do CPC (Lei

nº 11.418/2006). Publique-se. Brasília, 31 de agosto de 2012. Ministro CELSO DE MELLO Relator²⁶.

CONCLUSÃO

A partir das ideias expostas no presente trabalho, conclui-se que a restrição à atribuição de atos de polícia a particulares funda-se no entendimento de que não lhes pode, ao menos como regra, cometer o encargo de praticar atos que envolvam o exercício de misteres tipicamente públicos, e valores como liberdade e propriedade. Entender de maneira diversa seria uma ofensa ao equilíbrio entre os particulares em geral, pois legitimaria a supremacia de uns sobre os outros.

Cediço que a Administração Pública está inexoravelmente sujeita ao Princípio da Legalidade, não podendo atuar contra legem ou praeter legem, só podendo agir secundum legem.

Dessa forma, entendemos que, nada obsta, possa o Poder Público, mediante preceito de lei que o autorize nesse sentido, delegar atos de polícia que estão dentro sua esfera de atuação, entre outras pessoas jurídicas da Administração Direta ou mesmo Indireta, independente da natureza que possam estar revestidos.

Outro ponto importante, o ato de polícia é um ato administrativo, com sujeição ao controle de legalidade pelo Poder Judiciário. Logo, o seu exercício fora dos limites traçados pela lei, seja pelo Poder Público titular ou mesmo pelo ente delegado, sempre poderá ser invalidado pelo Judiciário resultando ainda, em responsabilização civil e criminal dos responsáveis pelos desvios ou excessos cometidos conforme o caso.

²⁶ Brasil. STF - AI: 825369 SP, Relator: Min. CELSO DE MELLO, Data de Julgamento: 31/08/2012, Data de Publicação: DJe-180 DIVULG 12/09/2012 PUBLIC 13/09/2012.

REFERÊNCIAS

Brasil. STF. ADI: 1717 DF. Relator: Min. SYDNEY SANCHES, Data de Julgamento: 07/11/2002, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 28-03-2003 PP-00061 EMENT VOL-02104-01 PP-00149

Brasil. STF - AI: 825369 SP , Relator: Min. CELSO DE MELLO, Data de Julgamento: 31/08/2012, Data de Publicação: DJe-180 DIVULG 12/09/2012 PUBLIC 13/09/2012

Brasil. STJ. RE nos EDcl no REsp: 817534 , Relator: Ministro FELIX FISCHER, Data de Publicação: DJ 28/10/2010

Brasil. STJ - REsp: 111670 PE 1996/0067715-8, Relator: Ministro CESAR ASFOR ROCHA, Data de Julgamento: 14/03/2000, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJ 02.05.2000 p. 142 RJADCOAS vol. 9 p. 111

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 24. ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2011.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

EMPRESA Estatal pode exercer o poder de polícia. Boletim de Direito Administrativo- nº 2- SP. Ed. Nova Dimensão Jurídica, 1993.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*, 37 ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

MUKAI, Toshio. *Direito Administrativo Sistematizado*. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2008.
 PODER de Polícia Administrativa e o primado dos direitos fundamentais. Belo Horizonte, 2004.
 In- Estudos em homenagem ao professor Adilson Abreu Dallari

PODER de Polícia Administrativa e o primado dos direitos fundamentais. Belo Horizonte, 2004.
 In- Estudos em homenagem ao professor Adilson Abreu Dallari.