UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
DEPARTAMENTO DE DIREITO PÚBLICO E FILOSOFIA DO DIREITO

Eduardo Antunes de Oliveira

O PODER DE POLÍCIA ADMINISTRATIVA E A SUA DELEGAÇÃO

Porto Alegre
2012

EDUARDO ANTUNES DE OLIVEIRA

O PODER DE POLÍCIA ADMINISTRATIVA E A SUA DELEGAÇÃO

Trabalho de Conclusão de Curso a ser apresentado como requisito parcial para a colação de grau no curso de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS).

Orientadora: Profª. Maria Isabel de Azevedo Souza

Porto Alegre

2012

EDUARDO ANTUNES DE OLIVEIRA

O PODER DE POLÍCIA ADMINSITRATIVA E A SUA DELEGAÇÃO

Trabalho de Conclusão de Curso a ser apresentado como requisito parcial para a colação de grau no curso de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS).

Aprovada em ___ de dezembro de 2012.

BANCA EXAMINADORA:

_____

Prof. Doutor William Smith Kaku

_____

Profª. Doutora Vivian Pantaleão Caminha

_____

Profª. Maria Isabel de Azevedo Souza

Dedico este trabalho aos meus pais, exemplos de vida e meus mentores

Agradeço a minha família e aos amigos que, de alguma forma, contribuíram com a criação da presente monografia, seja com livros, com idéias ou com motivação.

Agradeço, também, à professora Maria Isabel de Azevedo Souza, por ter aceitado prestar a orientação desejada, e pelas horas de dedicação despendidas, auxiliando na confecção deste trabalho.

“Há certos direitos sem os quais não se pode jamais pensar o Estado. A esses pertence o Poder de Polícia.”

– Walter Jellinek.

RESUMO

A presente monografia tratou do poder de polícia da Administração Pública e teve por objetivo principal a busca pela solução da problemática relacionada à questão da delegação do exercício desse poder a entes de regime jurídico privado. Partiu-se de uma análise acerca do que é Poder de Polícia, qual o seu conceito e como ele se dá, para, então, passar à análise de sua delegação. Concluiu-se, por fim, que estão corretos os que defendem a indelegabilidade do exercício do poder de polícia administrativa a entes privados, mesmo que estes pertençam a Administração indireta, devido à restrição legal, tanto constitucional quanto infraconstitucional.

Palavras-chave: Administração Pública; Poder de Polícia; Discricionariedade; Limites; Prescrição; Delegação.

ABSTRACT

This thesis dealt with the police power of the Public Administration and aimed at the search for the solution of problems related to the issue of delegation of the exercise of this power to private entities. Starting from an analysis of what is Power Police, what's it's concept and how it works, so, then, an analysis of it's delegation could be done. Finally, the achieved conclusion is that the advocates of this power's non-delegable status, to private entities, are correct, even if they belong to indirect administration, due to legal restrictions, including constitutional ones.

Key-words: Public Administration, Police Power, Discretion; Limits; Lapse; Delegation.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO 9
2 PODER DE POLÍCIA ADMINISTRATIVA, CONCEITO E ASPECTOS GERAIS 12
2.1 CONCEITO 12
2.1.1 Sentido amplo e restrito 15
2.1.2 Crítica à expressão poder de polícia 17
2.2 PODER DE POLÍCIA ADMINISTRATIVA E POLÍCIA JUDICIÁRIA 18
2.3 ATRIBUTOS DO PODER DE POLÍCIA 22
2.3.1 Discricionariedade 22
2.3.2 Autoexecutoriedade 24
2.3.3 Coercibilidade 27
2.4 COMPETÊNCIA 29
3 PODER DE POLÍCIA ADMINISTRATIVA, MODO E FORMA DE EXERCÍCIO 31
3.1 MEIOS DE ATUAÇÃO 31
3.2 CICLO DE POLÍCIA 35
3.3 PRAZO PRESCRICIONAL PARA O EXERCÍCIO DO PODER DE POLÍCIA 39
3.4 LIMITES 41
4 A DELEGAÇÃO DO EXERCÍCIO DO PODER DE POLÍCIA 50
4.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS 50
4.2 POSICIONAMENTOS DOUTRINÁRIOS 52
4.3 ESTUDO DE CASOS 57
4.3.1 A delegação da fiscalização das profissões regulamentadas 57
4.3.2 A delegação do poder de polícia a empresas de economia mista 60
5 CONCLUSÃO 66

1 INTRODUÇÃO

É característico do homem relacionar-se com outros, viver em sociedade, um estado de alerta contínuo tornaria o convívio entre os indivíduos impossível, para evitar esse caos as sociedades devem ter um conjunto de regras de conduta, sem ele não há segurança nas relações, a sociedade torna-se império do conflito.

Segurança é o requisito fundamental para que o homem possa viver em sociedade, é o elemento básico, indispensável, da vida em comunidade. Por tal razão o homem sempre se organizou de forma a criar instituições, com intuito de impor normas para regular as relações sociais, gerar segurança e extinguir as lides.

Derradeiramente, dessa conjuntura surgiu o Estado moderno e, em decorrência deste, os sistemas jurídicos que conhecemos, que proclamam a segurança como inviolável. Esses sistemas concederam direitos aos cidadãos, desde que o gozo e a fruição desses direitos não impliquem em confronto, mal – estar social. São concedidos direitos e impostos limites, para manter a segurança e o bem estar social.

Para atingir completa eficácia os limites devem ser fiscalizados e impostos pelo Estado, sem um instrumento para essa atividade fiscalizatória as funções da Administração Pública não seriam completamente efetivadas, a segurança não seria realizada. Por esse motivo reconheceu-se à Administração Pública o seu poder de polícia, uma força organizadora da sociedade.

O poder de polícia da Administração Pública resulta do confronto entre os interesses público e privado e expressa a necessidade de impor restrições ao exercício dos direitos dos indivíduos. Quando o Poder Público interfere na órbita do interesse privado para salvaguardar o interesse público, restringindo direitos individuais, atua no exercício do poder de polícia.

Ou seja, o poder de polícia é o conjunto de poderes estatais exercidos, coercitivamente, sobre os administrados. Trata-se de medidas restritivas e

coercitivas, impostas com a finalidade de manter a segurança. É uma faculdade do Estado estabelecida com o intuito de preservar o bem estar social, a segurança jurídica e social. Os atos de Polícia Administrativa ensejam abstenções aos particulares, limitando ou regulando o exercício de direitos para que o interesse público prevaleça.

Atualmente há uma tendência de delegação à iniciativa privada das atividades até então sob a responsabilidade do Estado, e o poder de polícia não escapou dessa tendência.

Esse fenômeno de delegação do poder de polícia, difundido nos municípios brasileiros, que passaram a delegar o seu poder de polícia de trânsito a sociedades de economia mista, ao invés de fazê-lo a órgãos da administração direta, como era corriqueiro, deu fomento à discussão acerca da legalidade da delegação e à rediscussão do conteúdo do poder de polícia.

O presente trabalho surgiu da grande publicidade dada ao tema, principalmente durante as eleições municipais, não apenas desta cidade como de várias outras, e da relevância da discussão, afinal, eventual decisão do Supremo Tribunal Federal contrária à delegação desse poder vai causar grandes e importantes reflexos.

Ao tratar de delegação, o poder delegado torna-se questão prévia nos estudos. Portanto, este trabalho acadêmico iniciar-se-á com uma pequena dissertação sobre o poder de polícia, observando seus aspectos mais importantes.

Primeiramente tratou-se de aspectos básicos do tema, como seu conceito, seus atributos e a competência para o seu exercício. Foi estabelecido o que é o poder de polícia administrativa. Também foi objeto de análise da primeira parte a diferenciação entre a Polícia Judiciária e a polícia administrativa.

A segunda parte cuidou do modo com se dá o exercício do poder de polícia administrativa, os meios pelos quais se manifesta e os limites aos quais deve se ater, formais (como a prescrição) ou materiais (como o direito à liberdade de expressão).

Por fim, na terceira parte foi analisada a delegação do exercício do poder de polícia a pessoas como as empresas públicas e sociedades de economia mista, que, apesar de fazerem parte da administração indireta, têm regime jurídico privado.

O objetivo deste trabalho é, portanto, definir o conteúdo do poder de polícia administrativa, estabelecer do que se trata e como ele se dá, para, então, poder analisar e definir se a sua delegação ao particular é possível, não apenas nos casos exemplificados, mas de forma geral.

2 PODER DE POLÍCIA ADMINISTRATIVA, CONCEITO E ASPECTOS GERAIS

Este capítulo cuidará do conceito, dos atributos e da competência para o exercício do poder de polícia administrativa, assim como tratará da diferenciação entre a polícia administrativa e a polícia Judiciária.

2.1 CONCEITO

O conceito clássico é o de Marcelo Caetano:

> É o modo de atuar da autoridade administrativa que consiste em intervir no exercício das atividades individuais suscetíveis de fazer perigar interesses gerais, tendo por objeto evitar que se produzam, ampliem ou generalizem os danos sociais que a lei procura prevenir. [1]

Celso Antônio Bandeira de Mello sucintamente conceitua o Poder de Polícia administrativa como a "atividade estatal de condicionar a liberdade e a propriedade, ajustando-as aos interesses coletivos." [2]

Segundo Bandeira de Mello:

> "quem exerce 'função administrativa' está adstrito a satisfazer interesses públicos, ou seja, interesses de outrem: a coletividade. Por isso, o uso das prerrogativas da Administração é legítimo se, quando e na medida indispensável ao atendimento dos interesses públicos; vale dizer, do povo, porquanto nos Estados Democráticos o poder emana do povo e em seu proveito terá de ser exercido." [3].

---

[1] CAETANO, Marcelo. **Princípios Fundamentais de Direito Administrativo**. São Paulo: Forense, 1977. p. 339.

[2] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 12ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 666.

[3] *Ibidem*, p. 662.

Ou seja, o Poder de Polícia é uma faculdade do Estado estabelecida com o intuito de preservar o bem estar social, a segurança jurídica e social.

Bandeira de Mello também afirma que a essência do poder de polícia é o seu caráter negativo:

> "No sentido de que através dele, o Poder Público, de regra, não pretende uma atuação do particular, pretende uma abstenção. [...] a utilidade pública é, no mais das vezes, conseguida de modo indireto pelo poder de polícia, em contraposição à obtenção direta de tal utilidade, obtida por meio dos serviços públicos." [4]

Os atos de Polícia Administrativa ensejam abstenções aos particulares, limitando ou regulando o exercício de direitos para que o interesse público prevaleça.

Ruy Cirne Lima conceitua Poder de Polícia diferenciando-o da justiça:

> A melhor conceituação consistirá simplesmente em significar-se que a polícia é contraparte da justiça. A justiça opera [...] a realização concreta da regra jurídica, aplicando-a [...] a cada caso sujeito. À polícia, ao revés, incumbe criar as condições gerais indispensáveis, para que os indivíduos, em ordem e harmonia, logrem conduzir, através do convívio quotidiano o desenvolvimento de suas relações sociais, independente de coação em cada caso concreto. [5]

O mesmo autor também se importa em dizer que a mera fiscalização, efetivada pela Administração Pública, e a qual nomeia "poder de inspeção" [6],

---

[4] MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 26º Ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 725-726.

[5] LIMA, Ruy Cirne. **Princípios de Direito Administrativo**. 7ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 304.

[6] *Ibidem, loc. cit.*

não é sinônimo de exercício do Poder de Polícia: “Não se confunde, entretanto, o Poder de Polícia, [...] com a só inspeção exercida pelo Poder Público.” [7]

Para Caio Tácito, poder de polícia é “o conjunto de atribuições concedidas à Administração para disciplinar e restringir, em favor do interesse público adequado, direitos e liberdades individuais.” [8]

Maria Sylvia Zanella Di Pietro diz que o conceito moderno de poder de polícia adotado no direito brasileiro é “a atividade do Estado consistente em limitar o exercício dos direitos individuais em benefício do interesse público.” [9] A autora concluí, então, que a divisão da polícia administrativa em vários ramos decorre desse interesse público, pois ele diz respeito aos vários setores da sociedade.[10]

José dos Santos Carvalho Filho conceitua o poder de polícia como “a prerrogativa de direito público que, calcada na lei, autoriza a Administração Pública a restringir o uso e o gozo da liberdade e da propriedade em favor do interesse da coletividade.” [11]

No ordenamento jurídico pátrio encontra-se o conceito legal de poder de polícia. A Constituição Federal estabelece, em seu artigo 145, inciso II [12], que o exercício desse poder é um dos fatos geradores da taxa, espécie do gênero tributo, por esse motivo o Código Tributário Nacional (CTN) dá o conceito de poder de polícia:

---

[7] LIMA, Ruy Cirne. **Princípios de Direito Administrativo**. 7ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2007. Idem loc.

[8] TÁCITO, Caio. O poder de polícia e seus limites. **Revista de Direito Administrativo.** nº 27. Rio de Janeiro, 1952. p. 1-8.

[9] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 22ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 117.

[10] *Ibidem, loc. cit*.

[11] FILHO, José dos Santos Carvalho. **Manual de Direito Administrativo**. 24ª Ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2011. p. 96.

[12] “Art. 145. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir os seguintes tributos: [...] II - taxas, em razão do exercício do poder de polícia ou pela utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos a sua disposição;” (BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988.).

> 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 tranqüilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos.[13]

Por fim, tem-se o conceito de poder de polícia de Hely Lopes Meirelles, talvez o mais didático:

> Em linguagem menos técnica, podemos dizer que o poder de polícia é o mecanismo de frenagem de que dispõe a Administração Pública para conter os abusos do 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 nacional. [14]

É inegável que os conceitos estipulados por esses grandes doutrinadores, até mesmo o conceito disposto no CTN, convergem para um conceito que vê o poder de polícia administrativa como uma atividade condicionadora de comportamentos, "que impõem limites ao exercício de direitos e liberdades" [15], sempre em prol do bem estar social, contudo, adstrita à legalidade, não podendo inovar no ordenamento jurídico.

2.1.1 Sentido amplo e estrito

A divisão em sentidos amplo e estrito do conceito de poder de polícia administrativa é frisada por Celso Antonio Bandeira de Mello:

---

[13] BRASIL, Lei nº. 5.172, de 25 de outubro de 1966.

[14] MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 14ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p. 137.

[15] MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno.** 12ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 331.

> A atividade estatal de condicionar a liberdade e a propriedade ajustando-as aos interesses coletivos designa-se poder de polícia. A expressão, tomada neste amplo sentido, abrange tanto atos do Legislativo quanto do Executivo [...] pode ser tomada em sentido mais estrito [a expressão] relacionando-se unicamente com as intervenções, quer gerais ou abstratas, ou os regulamentos do Poder Executivo destinadas a alcançar o mesmo fim de prevenir e obstar ao desenvolvimento de atividades particulares contrastantes com os interesses sociais. [16]

De acordo com Maria Sylvia Zanella Di Pietro, essa divisão de conceitos decorre da bipartição do poder de polícia entre Legislativo e Executivo:

> O poder de polícia reparte-se entre Legislativo e Executivo. Tomando-se como pressuposto o princípio da legalidade, que impede à Administração impor obrigações ou proibições senão em virtude de lei, é evidente que, quando se diz que o poder de polícia é a faculdade de limitar o exercício de direitos individuais, está-se pressupondo que essa limitação seja prevista em lei.[17]

Portanto, a expressão poder de polícia, em seu sentido amplo, significa toda e qualquer ação restritiva do Estado em relação aos direitos individuais. Esta é a função do Poder Legislativo, incumbido da criação do direito legislado, isso porque apenas as leis podem delinear o perfil dos direitos, criando, extinguindo, aumentando ou reduzindo seu conteúdo. Pode-se afirmar, então, que essa acepção ampla não corresponde ao poder de polícia objeto deste trabalho.

O poder de polícia, em sentido estrito, é a atividade administrativa que consistente em restringir e condicionar o exercício dos direitos individuais em

---

[16] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 26ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p.815.

[17] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 22ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 117.

nome do interesse coletivo. Essa definição é a firmada pelo CTN em seu artigo 78.[18]

Por essas razões deve-se afirmar que o poder de polícia administrativa, do qual se trata este trabalho, refere-se ao sentido estrito, não ao sentido amplo do conceito de poder de polícia.

2.1.2 Crítica à expressão poder de polícia

Alguns autores criticam o uso da expressão poder de polícia, substituindo-a por "atividade administrativa de limitação, procedimentos ablatórios, administração de vigilância, [...] atividade interventora, poder ordenador" [19], entre outros.

Isso se dá porque uma corrente de autores acha o título da matéria pouco suave, enquanto outra corrente quer a eliminação dessa expressão:

> Dentre seus representantes [dos autores que pretendem a extinção da noção] encontra-se Gordillo. Uma das justificativas dessa idéia está na ampliação do campo do poder de polícia; ampliando-se, perdeu as características do modelo clássico.[20]

A preocupação dessa corrente doutrinária é a indeterminação do poder de polícia, a sua independência de alguma fundamentação legal, o que traria um domínio total do Estado sobre o indivíduo.

Contudo, hoje, o princípio da legalidade rege a atuação administrativa e os direitos fundamentais são mais valorizados, cada vez mais a atividade

---

[18] "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 tranqüilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos." (BRASIL, Lei nº. 5.172, de 25 de outubro de 1966).

[19] MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno.** 12ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 332.

[20] *Ibidem*, p. 333.

administrativa é limitada e controlada. Por essa razão a crítica perdeu um pouco seu sentido.

Odete Medauar contesta a crítica à noção de poder de polícia:

> A noção de poder de polícia permite expressar a realidade de um poder da Administração de limitar, de modo direto, com base legal, liberdades fundamentais, em prol do bem comum. Essa realidade inquestionável é reconhecida pelos próprios autores que pregam a eliminação do conceito. Portanto, a noção de poder de polícia é a expressão teórica de um dos modos importantes de atuação administrativa, devendo ser mantida sobretudo no ordenamento pátrio, em que vem mencionada na Constituição Federal (art. 145, II), na legislação (por exemplo, Código Tributário Nacional, art. 78), na doutrina e na jurisprudência.[21]

Não há porque alterar a expressão, principalmente quando o legislador, não somente o ordinário, mas o constituinte também, decidiu por dar a essa atividade da administração o nome de poder de polícia. Além disso, estão consolidados no ordenamento jurídico brasileiro meios de proteção do cidadão ante atos ilegais ou abuso de poder de autoridades públicas, mormente o mandado de segurança, o que afasta o temor do domínio do Estado sobre o indivíduo.

2.2 PODER DE POLÍCIA ADMINISTRATIVA E POLÍCIA JUDICIÁRIA

Nas palavras de Henrique Savonitti Miranda:

> Modernamente, afirma-se que a polícia administrativa tem por finalidade regular ou limitar o exercício das liberdades individuais, incidindo sobre bens, direitos ou atividades, ao passo que a Polícia Judiciária, relaciona-se ao ilícito penal, incidindo sobre pessoas [22]

---

[21] MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno.** 12ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 333.

[22] MIRANDA, Henrique Savonitti. **Curso de Direito Administrativo**. 3ª Ed. Brasília: Senado Federal, 2005. p. 237.

Miranda tenta diferenciar a polícia administrativa da Polícia Judiciária pelos fins que essas entidades atingem e sobre o que elas incidem. Apesar de válida, essa diferenciação é controversa, já que não se pode dizer que a polícia administrativa, em algum momento, não incide sobre pessoas.

De acordo com José dos Santos Carvalho Filho:

> A Polícia Administrativa é atividade da Administração que se exaure em si mesma, ou seja, inicia e se completa no âmbito da função administrativa. O mesmo não ocorre com a Polícia Judiciária, que, embora seja atividade administrativa, prepara a atuação da função jurisdicional penal, o que a faz regulada pelo Código de Processo Penal (arts. 4º e seguintes) e executada por órgãos de segurança (polícia civil ou militar), ao passo que a Polícia Administrativa o é por órgãos administrativos de caráter mais fiscalizador. [23]

Portanto, a Polícia Judiciária também é atividade administrativa, mas é regulada pelas leis penais e prepara a função jurisdicional.

Para Celso Antônio Bandeira de Mello, a diferença se dá pelo fato de que a polícia administrativa apenas impede atividades anti-sociais, tem uma função meramente preventiva, enquanto a Polícia Judiciária trabalha a fim de responsabilizar quem violar o ordenamento jurídico, tem uma função, um caráter, repressivo:

> O que efetivamente aparta polícia administrativa de Polícia Judiciária é que a primeira se predispõe unicamente a impedir ou paralisar atividades anti-sociais enquanto a segunda se preordena à responsabilização dos violadores da ordem jurídica. [24]

Contudo, segundo Bandeira de Mello, eventualmente, a polícia administrativa terá um caráter repressivo:

---

[23] FILHO, José dos Santos Carvalho. **Manual de Direito Administrativo**. 24ª Ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2011. p. 100.

[24] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 26ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p.828.

> A atividade administrativa preordenada à proteção do todo social e de suas partes, mediante uma ação, ora de observação, ora de prevenção, ora de repressão contra os danos que a eles poderiam ocorrer em razão da atividade dos indivíduos. [25]

Para Odete Medauar, a diferença está na atividade restringida ou limitada, sendo o controle das atividades lícitas função das polícias administrativas, e o controle das atividades ilícitas de competência das Polícias Judiciárias:

> Em essência, a polícia administrativa, ou poder de polícia, restringe o exercício de atividades lícitas, reconhecidas pelo ordenamento como direitos dos particulares, isolados ou em grupo. Diversamente, a polícia judiciária visa a impedir o exercício de atividades ilícitas, vedadas pelo ordenamento; a polícia judiciária auxilia o Estado e o Poder Judiciário na prevenção e repressão de delitos; e auxilia o Judiciário no cumprimento de suas sentenças (v. CF, art. 144, incisos e parágrafos).[26]

No mesmo sentido vai Álvaro Lazzarini:

> A linha de diferenciação está na ocorrência ou não de ilícito penal. Com efeito, quando atua na área do ilícito puramente administrativo (preventiva ou repressivamente), a polícia é administrativa. Quando o ilícito penal é praticado, é a Polícia Judiciária que age. (LAZZRINI apud DI PIETRO[27])

A definição de Odete Medauar, e Álvaro Lazzarini, é a mais condizente com o ordenamento pátrio, principalmente levando-se em consideração o artigo

---

[25] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 26ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p.829.

[26] MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno.** 12ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 335.

[27] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 22ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 118.

144 da Constituição Federal que, especialmente em seus parágrafos primeiro e quarto, dispõem que as polícias judiciárias devem apurar infrações penais:

> 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.
> § 1º A polícia federal, instituída por lei como órgão permanente, organizado e mantido pela União e estruturado em carreira, destina-se a:
> I - apurar infrações penais contra a ordem política e social ou em detrimento de bens, serviços e interesses da União ou de suas entidades autárquicas e empresas públicas, assim como outras infrações cuja prática tenha repercussão interestadual ou internacional e exija repressão uniforme, segundo se dispuser em lei;
> II - prevenir e reprimir o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o contrabando e o descaminho, sem prejuízo da ação fazendária e de outros órgãos públicos nas respectivas áreas de competência;
> III - exercer as funções de polícia marítima, aeroportuária e de fronteiras;
> IV - exercer, com exclusividade, as funções de polícia judiciária da União.
> .....
>
> § 4º - 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. [28]

Também se presta a legitimar a definição desses autores o artigo quarto, e seu parágrafo único, do Código de Processo Penal (CPP):

> Art. 4º A polícia judiciária será exercida pelas autoridades policiais no território de suas respectivas circunscrições e terá por fim a apuração das infrações penais e da sua autoria.

[28] BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988

> Parágrafo único. A competência definida neste artigo não excluirá a de autoridades administrativas, a quem por lei seja cometida a mesma função. [29]

Como pode ser visto nesses dispositivos legais, a Polícia Judiciária obedece a normas penais e processuais penais, sendo sua atribuição restrita à prevenção e à repressão de crimes. Além disso, sua atuação está subordinada ao Poder Judiciário e ao Ministério Público, como já dizia Cirne Lima: "A Polícia [...] é, na verdade, meramente a ordenação necessitada pelo processo judiciário penal..." [30]

2.3 ATRIBUTOS DO PODER DE POLÍCIA

Para que seja possível a efetivação do poder de polícia da Administração, devem-se reconhecer certos atributos a ela, sendo esses atributos "específicos e peculiares ao seu exercício" [31]; são eles: a discricionariedade, a autoexecutoriedade e a coercibilidade.

2.3.1 Discricionariedade

Segundo Hely Lopes Meirelles:

> A discricionariedade [...] traduz-se na livre escolha, pela Administração, da oportunidade e conveniência de exercer o poder de polícia, bem como de aplicar as sanções e empregar os meios conducentes a atingir o fim colimado, que é a proteção de algum interesse público... [32]

---

[29] BRASIL, Decreto-Lei nº. 3.689, de 3 de outubro de 1941.

[30] LIMA, Ruy Cirne. **Princípios de Direito Administrativo**. 7ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 314.

[31] MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 14ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988. p. 142.

[32] *Ibidem, loc. cit.*

A discricionariedade, portanto, significa que a Administração Pública pode agir como, quando e da forma que lhe convier, não importando, no entanto, na concessão de poderes arbitrários à Administração.

De acordo com José dos Santos Carvalho Filho:

> Quando tem a lei diante de si, a Administração pode levar em consideração a área de atividade em que vai impor a restrição em favor do interesse público e, depois de escolhê-la, o conteúdo e a dimensão das limitações. É o caso, por exemplo, em que autoridades públicas enumeram apenas alguns rios onde a pesca se tornará proibida. Sem dúvida que nesse momento a Administração age no exercício de seu poder discricionário. [33]

Apesar de poder agir de acordo com sua conveniência e oportunidade a Administração continua tendo que respeitar os limites legais, a ação discricionária importa uma atuação de acordo com a lei, a ação arbitrária importa um agir em desacordo com a lei, por abuso ou desvio:

> Ato discricionário não se confunde com ato arbitrário. Discrição e arbítrio são conceitos inteiramente diversos. [...] Ato discricionário, portanto, quando permitido pelo Direito, é legal e válido; ato arbitrário é, sempre e sempre, ilegítimo e inválido. [34]

É importante salientar que os atos de polícia, assim como os vários outros atos da Administração Pública, apesar de a princípio serem discricionários, são vinculados às normas legais que regem a forma e o modo de sua realização e, em um período posterior, à finalidade, ao motivo e ao objeto do ato. Eventual violação a esses requisitos “vinculantes”, ou à lei, torna o ato arbitrário e, por consequência, ilegal. É, portanto, impróprio dizer que os atos de polícia são discricionários:

---

[33] FILHO, José dos Santos Carvalho. **Manual de Direito Administrativo**. 24ª Ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris. 2011. p. 105.

[34] MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 14ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1988, p. 176.

> A rigor, a discricionariedade não se manifesta no ato em si, mas sim no poder de Administração praticá-lo pela maneira e nas condições que repute mais convenientes ao interesse público. Daí a justa observação de Nunes leal de que só por tolerância se poderá falar em ato discricionário, pois o certo é falar-se em poder discricionário da Administração. [35]

Normalmente as normas que conferem poderes discricionários não estabelecem o modo e as condições para a prática do ato, desta forma a Administração Pública tem a liberdade de fixar as condições para o exercício de determinado direito. Esse é, em geral, o núcleo de discricionariedade que, como visto, não é total e é reflexo de disposição legal (legalidade).

Porém, a partir do momento em que forem fixadas essas condições, limites e sanções, exaure-se o núcleo de discricionariedade do ato e a Administração obriga-se a cumpri-las, sendo seus atos vinculados. Por exemplo: é discricionária a fixação do limite de velocidade nas vias públicas, a Administração pode impor o que lhe for mais conveniente, mas depois de fixados os limites (quando ocorre o exaurimento do núcleo de discricionariedade) é vinculada a imposição de sanções àqueles que descumprirem os limites fixados.

2.3.2 Autoexecutoriedade

Segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

> A auto-executoriedade (que os franceses chamam de executoriedade apenas) é a possibilidade que tem a Administração de, com os próprios meios, pôr em execução as suas decisões, sem precisar recorrer previamente ao Poder Judiciário. [36]

---

[35] MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 14ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1988, p. 176.

[36] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 22ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 367.

Ou seja, a autoexecutoriedade importa em a Administração impor, diretamente, as medidas e sanções de polícia necessárias ao condicionamento das atividades dos particulares sem a necessidade de intervenção do Poder Judiciário:

> Exigir-se prévia autorização do Poder Judiciário equivale a negar-se o próprio poder de polícia administrativa, cujo ato tem de ser sumário, direto e imediato, sem as delongas e complicações de um processo judiciário prévio. [37]

Contudo, a autoexecutoriedade deve respeitar o devido processo legal, o ordenamento jurídico brasileiro não comporta punições sumárias e sem defesa, ao menos não como regra:

> A Administração só pode aplicar sanção sumariamente e sem defesa [...] nos casos urgentes, [...] quando haja possibilidade de perecimento do interesse público ou quando se tratar de infração instantânea, surpreendida na sua flagrância; [...] nos demais casos exige-se o processo administrativo correspondente, com plenitude de defesa ao acusado, para validade da sanção imposta. [38]

A decisão Administrativa, ocorrida após o devido processo legal, impõe-se ao particular ainda contra a sua concordância, pois a Administração é um órgão do Estado. Se o particular quiser se opor a essa decisão, terá que recorrer ao Poder Judiciário (art. 5º, XXXVI, CF/88: "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito" [39]).

Os meios eficazes que podem ser usados pelo particular quando ele se sentir lesado por algum ato praticado pela Administração Pública, através de

---

[37] MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 14ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988. p. 144.

[38] *Ibidem, loc. cit.*

[39] BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988

seus agentes, são o habeas corpus [40] e o mandado de segurança [41], que são os remédios processuais mais efetivos para tais casos, mas mesmo nesse caso é o particular que tem que recorrer ao Poder Judiciário.

Para Di Pietro a autoexecutoriedade pode ser dividida em dois: exigibilidade e executoriedade. A exigibilidade:

> Resulta da possibilidade que tem a Administração de tomar decisões executórias, ou seja, decisões que dispensam a Administração de dirigir-se preliminarmente ao juiz para impor a obrigação ao administrado. A decisão administrativa impõe-se ao particular ainda contra a sua concordância.[42]

Já a executoriedade consiste "na faculdade que tem a Administração, quando já tomou decisão executória, de realizar diretamente a execução forçada, usando, se for o caso, da força pública para obrigar o administrado a cumprir a decisão." [43]

Em sequência, a autora ainda coloca que a exigibilidade está presente em todas as medidas de polícia, mas não a executoriedade [44], o que importa dizer que todos os atos de polícia, assim como a grande maioria dos atos administrativos, são imponíveis aos administrados, pode-se dizer que são cogentes, desde que não haja descumprimento por parte desse. A administração pode exigir, cobrar, o cumprimento de suas ordens, de suas decisões, mas, via de regra, não pode forçar o administrado a cumpri-las.

Contudo, tanto os meios indiretos de coação, como a impossibilidade de reabertura de estabelecimento comercial enquanto não pagas as multas e a

---

[40] "Art. 647. Dar-se-á habeas corpus sempre que alguém sofrer ou se achar na iminência de sofrer violência ou coação ilegal na sua liberdade de ir e vir, salvo nos casos de punição disciplinar." (BRASIL, Decreto-Lei nº. 3.689, de 3 de outubro de 1941).

[41] "Art. 1º Conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por habeas corpus ou habeas data, sempre que, ilegalmente ou com abuso de poder, qualquer pessoa física ou jurídica sofrer violação ou houver justo receio de sofrê-la por parte de autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça." (BRASIL, Lei nº. 12.016, de 7 de agosto de 2009).

[42] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 22ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 120.

[43] *Ibidem, loc. cit.*

[44] *Ibidem,* p. 121.

retenção de veículos com licenciamento não pago, quanto os meios diretos, como a interdição, a dissolução de reuniões e a aplicação de outras sanções, podem ser utilizados caso haja previsão legal:

> A despeito de a multa não ser autoexecutória, é possível que seu pagamento se configure como condição para que a Administração pratique outro ato em favor do interessado. Exige-se, contudo, que tal condição tenha expressa previsão em lei. Há, aqui e ali, entendimento no sentido de que a liberação de veículo alvo da penalidade de apreensão por motivo de infração de trânsito dispense o pagamento da multa, e isso sob o argumento de que se estaria, indiretamente, convertendo a multa em punição autoexecutória Não nos parece correta tal orientação. No caso, não se trata de transformação da natureza da multa, mas sim da circunstância de ter a lei considerado a quitação da multa como condição da prática de novo ato administrativo Se a lei fez expressamente a previsão, não há fundamento para impugnar a exigência. [45]

2.3.3 Coercibilidade

Esse atributo do poder de polícia administrativa tem forte vinculação com a autoexecutoriedade, sem ele seria impossível a Administração Pública efetivar, por si só, as medidas de polícia. É "atributo indissociável da autoexecutoriedade". [46] [47]

Dizer que o poder de polícia administrativa tem um atributo coercitivo significa dizer que todo ato de polícia é imperativo, obrigatório, não há ato de polícia facultativo, ou de cumprimento facultativo, todos eles admitem a coerção estatal para torná-los efetivos, coerção que independe de autorização judicial (por isso "atributo indissociável da autoexecutoriedade):

---

[45] FILHO, José dos Santos Carvalho. **Manual de Direito Administrativo**. 24ª Ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2011. p. 106.

[46] MIRANDA, Henrique Savonitti. **Curso de Direito Administrativo**. 3ª Ed. Brasília: Senado Federal, 2005. p. 235.

[47] Di Pietro chega a dizer que autoexecutoriedade e coercibilidade são indissociáveis: "Aliás, a autoexecutoriedade, tal como a conceituamos, não se distingue da coercibilidade." DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 22ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 121.

> Dado que o Poder de Polícia administrativa tem em mira cingir a livre atividade dos particulares, a fim de evitar uma consequência anti-social que dela poderia derivar, o condicionamento que impõem requer frequentemente a prévia demonstração de sujeição do particular aos ditames legais. Assim, este pode se encontrar na obrigação de não fazer alguma coisa até que a Administração verifique que a atividade por ele pretendida se realizará segundo padrões legalmente permitidos. [48]

De acordo com Carvalho Filho:

> Diga-se, por oportuno, que é intrínseco a essa característica o poder que tem a Administração de usar a força, caso necessária para vencer eventual recalcitrância. É o que sucede, por exemplo, quando, em regime de greve, operários se apoderam *manu militari* da fábrica e se recusam a desocupá-la na forma da lei. [49]

A coercibilidade, portanto, é o atributo do poder de polícia que justifica a "violência" quando houver resistência por parte do particular, essa violência, no entanto, deve ser proporcional, ou seja, o quantum de resistência determina o quantum de violência. Se a violência for desproporcional, majorada, o ato torna-se arbitrário e ilegal:

> A violência desnecessária ou desproporcional à resistência [...] pode caracterizar o excesso de poder e o abuso de autoridade nulificadores do ato praticado e ensejadores das ações civis e criminais para reparação do dano e punição dos culpados. [50]

---

[48] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 12ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 667.

[49] FILHO, José dos Santos Carvalho. **Manual de Direito Administrativo**. 24ª Ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2011. p. 107.

[50] MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 14ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988. p. 145.

2.4 COMPETÊNCIA

De acordo com Hely Lopes Meirelles:

> Tem competência para policiar o bem público a entidade que dispõe do poder de regular a matéria. Assim sendo, os assuntos de interesse nacional ficam sujeitos à regulamentação e policiamento da União; as matérias de interesse regional sujeitam-se às normas e à polícia estadual; e os assuntos de interesse local subordinam-se aos regulamentos edilícios e ao policiamento administrativo municipal. Todavia, como certas atividades interessam simultaneamente às três entidades estatais o poder de regular e de policiar se difunde entre todas as Administrações interessadas, provendo cada qual nos limites de sua competência territorial.[51]

Portanto, a competência para exercer o poder de polícia é da pessoa à qual a Constituição conferiu competência para regular a matéria. [52] [53] As atividades interessantes às três entidades estatais (União, estados e municípios) seriam policiadas pelos três entes, de acordo com a competência territorial de cada um, trata-se de uma competência concorrente ou subsidiária:

> Muitas matérias de competência da União, no que concerne à sua disciplina e ao exercício do poder de polícia, são em algum aspecto, no que se refere à legislação e à atividade de polícia, de competência, por exemplo, municipal. É o que ocorre com a atividade bancária. Esta é regulada e fiscalizada pela União ou por quem lhe faz as vezes; mas no que se refere à localização do estabelecimento bancário, o pode para legislar e fiscaliza é do Município. [...] De sorte que a competência legislativa da União sobre determinada matéria não alija a do Município. [...] Mudado o que deve ser mudado, o mesmo passa-se com o Estado – Membro e o Distrito Federal. [54]

---

[51] MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 14ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988. p. 131.

[52] GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 8ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 122.

[53] ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito Administrativo**. 12ª Ed. São Paulo: Impetus, 2006. p. 157.

[54] GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 8ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 122 - 123.

Pode-se dizer, então, que há dois núcleos de competência para o exercício do poder de polícia, um do ente público em defesa do direito de que é titular; e o outro, subsidiário, na defesa do interesse público de outro ente, porém sobre o qual também detém interesse:

> PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGÊNCIA NACIONAL DO PETRÓLEO. AUTUAÇÃO POR FALHA OPERACIONAL DANOSA AO MEIO AMBIENTE. EXERCÍCIO LEGÍTIMO DO PODER DE POLÍCIA AMBIENTAL. ART. 8º, IX, DA LEI 9.478/1997. SISTEMA NACIONAL DE MEIO AMBIENTE - SISNAMA. ART. 6º DA LEI 6.938/81. MULTA APLICADA COM BASE NO ART. 3º, IX, DA LEI 9.847/99. ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO DO ATO PUNITIVO. SÚMULA 7/STJ. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO.
> .....
> 3. Assim, por força de disposição legal, a proteção do meio ambiente encontra-se imbricada no poder de polícia da ANP, sem que tal provoque ingerência indevida nas atribuições específicas dos órgãos ambientais, que mantêm sua natural competência à medida que a exploração e comercialização de petróleo, gás natural e biocombustíveis caracterizam atividade potencialmente poluidora, nos termos do art. 3º, II e III, da Lei 6938/81. [55]

No caso, estava sendo contestada a competência da Agência Nacional do Petróleo (ANP) para autuar a Petrobrás por dano ambiental, mormente pelo fato de que a polícia ambiental, no ordenamento brasileiro, é prerrogativa dos órgãos de proteção do meio ambiente, como o IBAMA e os órgãos respectivos das Secretarias Estaduais de Medio Ambiente.

O STJ entendeu que o legislador pode atribuir à outras entidades, como a ANP, o poder de polícia ambiental sem que isso importe em ingerência nas atribuições dos demais órgãos ambientais dos diferentes entes federativos.

---

[55] BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Segunda Turma. Recurso Especial nº. 1142377/Rio de Janeiro. Recorrente: Petróleo Brasileiro S/A PETROBRAS. Recorrido: Agência Nacional do Petróleo Gás Natural e Biocombustíveis – ANP. Relator: Min. Herman Benjamin. Julgado em 18 de março de 2010.

3 PODER DE POLÍCIA ADMINISTRATIVA, MODO E FORMA DE EXERCÍCIO

Examina-se neste capítulo o modo pelo qual se dá o exercício do poder de polícia, desde os meios de atuação, passando pelos atos que o constituem, pelo prazo prescricional até os limites que o condicionam.

3.1 MEIOS DE ATUAÇÃO

O exercício do poder de polícia administrativa pode ser realizado tanto de modo preventivo quanto de modo repressivo, como já asseverou Bandeira de Mello: "ora de prevenção, ora de repressão contra os danos que a eles poderiam ocorrer em razão da atividade dos indivíduos." [56]

Associam-se ao exercício do poder de polícia, em sua atuação preventiva, a licença e a autorização.

Segundo Odete Medauar, licença é:

> Ato administrativo vinculado pelo qual o poder público, verificando que o interessado atendeu a todas as exigências legais, possibilita-lhe a realização de atividades ou de fatos materiais, vedados sem tal apreciação. A licença supõe apreciação do poder público no tocante ao exercício de direito que o ordenamento reconhece ao interessado – por isso não pode ser negada quando o requerente atende a todos os requisitos legais para sua obtenção. Uma vez expedida, traz o pressuposto da definitividade, embora possa estar sujeita a prazo de validade e possa ser anulada ante ilegalidade superveniente. A licença se desfaz, ainda, por cassação, quando o particular descumprir requisitos para o exercício da atividade, e por revogação, se advier motivo de interesse público que exija a não realização da atividade licenciada, cabendo, neste caso, indenização ao particular. A licença se exterioriza em documento denominado "alvará". Exemplos de licença: licença de construir, licença ambiental, licença de localização e funcionamento. [57]

---

[56] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 26ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p.829.

[57] MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno.** 12ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 337.

Portanto, a licença é ato vinculado, a concessão de licença não é ato discricionário, não se dá de acordo com a conveniência da Administração, é direito subjetivo, e definitivo. Só pode ser desfeita por ato vinculado, a revogação por motivo de interesse público (conveniência da Administração), implicando em pagamento de indenização.

Já autorização é:

> Ato administrativo discricionário e precário, pelo qual a Administração consente no exercício de certa atividade; portanto, inexiste direito subjetivo à atividade. No âmbito do poder de polícia, diz respeito ao exercício de atividades cujo livre exercício pode, em muitos casos, constituir perigo ou dano para a coletividade, mas que não é oportuno impedir de nodo absoluto – por isso, a autoridade administrativa tem a faculdade de examinar, caso a caso, as circunstâncias de fato em que o exercício pode se desenvolver, a fim de apreciar a conveniência e oportunidade da outorga. Exemplos mais comuns: porte de arma, comércio de fogos. De regra, a autorização se expressa por escrito, de modo explícito. Pode-se, porém, cogitar de autorização implícita, no caso em que se exige, para o exercício da atividade, comunicação prévia à autoridade administrativa; a não oposição desta equivaleria a uma autorização implícita. Se a autoridade considerar que há perigo na atividade encontra-se, então, na comunicação prévia. Exemplo: direito de reunião, sem armas, pacificamente, em locais abertos, independente de autorização, sendo apenas exigido prévio aviso à autoridade competente (CF, art. 5º, XVI).[58]

Ou seja, a autorização é ato discricionário da Administração Pública, não constituí um direito subjetivo, e é, por isso, precário, já que a Administração pode revogá-lo a qualquer tempo, de acordo com sua conveniência.

Já a atuação repressiva inclui atos de fiscalização e a imposição de sanções administrativas.[59] Incluem-se na fiscalização a observação, a inspeção e a vistoria. Na aplicação de sanções (que, em geral, envolvem cassação ou revogação de licenças ou autorizações) incluem-se o fechamento de

---

[58] MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno.** 12ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 338.

[59] *Ibidem, loc. cit.*

estabelecimentos, demolição de obra, apreensão de mercadoria e guinchamento de veículos.

É importante salientar que a imposição de sanções aos administrados depende da prévia definição do ato como infração administrativa (em decorrência do princípio da legalidade):

> RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. DIREITO DO CONSUMIDOR. CONTRATO DE SEGURO. RECUSA NO PAGAMENTO DE INDENIZAÇÃO. APLICAÇÃO DE MULTA. AUSÊNCIA DE SUBSUNÇÃO DO FATO À NORMA. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE ESTRITA. PROVIMENTO DO RECURSO.
> .....
> 3. Os atos da Administração Pública devem sempre pautar-se por determinados princípios, entre os quais está o da legalidade. Destarte, a aplicação de sanções administrativas, decorrente do exercício do poder de polícia, somente se torna legítima quando o ato praticado pelo administrado estiver previamente definido pela lei como infração administrativa. 4. No caso vertente, as normas elencadas pela Administração não condizem com o ato praticado pela impetrante. Em outras palavras, não há subsunção do fato à hipótese prevista de modo abstrato pela norma.
> .....
> 5. "O procedimento administrativo pelo qual se impõe multa, no exercício do Poder de Polícia, em decorrência da infringência a norma de defesa do consumidor deve obediência ao princípio da legalidade. É descabida, assim, a aplicação de sanção administrativa à conduta que não está prevista como infração" (RMS 19.510/GO, 1ª Turma, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 3.8.2006). [60]

No mesmo sentido:

> AMBIENTAL E ADMINISTRATIVO. INFRAÇÃO ADMINISTRATIVA. FUNCIONAMENTO DE EMPREENDIMENTO SEM LICENÇA DE OPERAÇÃO. ART. 60 DA LEI N. 9.605/98. PENA DE MULTA. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE ESTRITA. PLENA OBSERVÂNCIA.
> 1. A aplicação de sanções administrativas, decorrente do exercício do poder de polícia, somente se torna legítima

[60] BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Primeira Turma, Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº. 28778/Rio de Janeiro. Recorrente: Porto Seguro Companhia de Seguros Gerais. Recorrido: Estado do Rio de Janeiro. Relator: Min. Denise Arruda. Julgado em 20 de novembro de 2009.

> quando o ato praticado pelo administrado estiver previamente definido por lei como infração administrativa. [61]

Nota-se que, apesar da existência de medidas repressivas, a atuação do poder de polícia é essencialmente preventiva, pois seu maior objetivo é evitar a lesão ao interesse público.

Os meios de atuação também podem ser classificados como atos normativos e atos administrativos. Essa é a classificação proposta por Maria Sylvia Zanella Di Pietro. [62]

A atuação normativa da Administração implicaria em o Executivo exarar portarias, decretos, resoluções, instruções, etc., para regulamentar e disciplinar a aplicação da lei aos casos concretos, recordando que o Executivo não pode alterar o conteúdo da lei, pode apenas atuar de forma complementar quando autorizado. Segundo Maria Di Pietro:

> Pela lei, criam-se as limitações administrativas ao exercício dos direitos e das atividades individuais, estabelecendo-se normas gerais e abstratas dirigidas indistintamente às pessoas que estejam em idêntica situação; disciplinando a aplicação da lei aos casos concretos, pode o Executivo baixar decretos, resoluções, portarias, instruções.[63]

Os atos administrativos implicariam em ações materiais[64] de aplicação da lei ao caso concreto, o que inclui medidas preventivas (fiscalização, vistoria, ordem, notificação, autorização, licença, etc.) e medidas repressivas (dissolução de reunião, interdição de atividade, apreensão de mercadoria contrabandeada, etc.), realizadas nos casos concretos:

---

[61] BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Segunda Turma. Agravo Regimental no Recurso Especial nº. 1284558/Paraíba. Recorrente: Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis – IBAMA. Recorrido: José Waldomiro Ribeiro Coutinho Filho. Relator: Min. Humberto Martins. Julgado em 28 de fevereiro de 2012.

[62] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 22ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 118.

[63] *Ibidem*, p. 119.

[64] MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno.** 12ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 338.

> Operações materiais de aplicação da lei ao caso concreto, compreendendo medidas preventivas (fiscalização, vistoria, ordem, notificação, autorização, licença), com o objetivo de adequar o comportamento individual à lei, e medidas repressivas (dissolução de reunião, interdição de atividade, apreensão de mercadorias deterioradas, internação de pessoa com doença contagiosa), com a finalidade de coagir o infrator a cumprir a lei. [65]

3.2 CICLO DE POLÍCIA

Um dos poucos autores que tratou do ciclo de polícia, e o que tratou o tema de forma mais detalhada, foi Moreira Neto: "A função de polícia é exercida em quatro fases – o ciclo de polícia – correspondendo a seus quatro modos de atuação." [66]

De acordo com esse autor, o exercício do poder de polícia administrativa desenvolve-se seguindo uma ordem lógica de atos administrativos, que compõem o ciclo de polícia administrativa. Fazem parte dessa sucessão de atos: a norma (ordem) de polícia, o consentimento de polícia, a fiscalização de polícia e a sanção de polícia. [67]

O Superior Tribunal de Justiça já aderiu a essa linha de argumentação, adotando os mesmos termos:

> ADMINISTRATIVO. PODER DE POLÍCIA. TRÂNSITO. SANÇÃO PECUNIÁRIA APLICADA POR SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. IMPOSSIBILIDADE.
> .....
> 3. As atividades que envolvem a consecução do poder de polícia podem ser sumariamente divididas em quatro grupo, a saber: (i) legislação, (ii) consentimento, (iii) fiscalização e (iv) sanção.
> 4. No âmbito da limitação do exercício da propriedade e da liberdade no trânsito, esses grupos ficam bem definidos: o

---

[65] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 22ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 119.

[66] MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo.** 15ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 444.

[67] *Ibidem, loc. cit.*

> CTB estabelece normas genéricas e abstratas para a obtenção da Carteira Nacional de Habilitação (legislação); a emissão da carteira corporifica a vontade o 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 não guarda observância ao CTB (sanção). [68]

O poder de polícia, assim como qualquer atividade administrativa, fundamenta-se na previsão legal de seu exercício (princípio da legalidade [69]). Quando há autorização legal, as leis podem ser complementadas por diversos atos normativos expedidos pela Administração:

> Pela lei, criam-se as limitações administrativas ao exercício dos direitos e das atividades individuais, estabelecendo-se normas gerais e abstratas dirigidas indistintamente às pessoas que estejam em idêntica situação; disciplinando a aplicação da lei aos casos concretos, pode o Executivo baixar decretos, resoluções, portarias, instruções... [70]

Essas regras, contidas nas leis e nos atos administrativos destinados a complementá-las, condicionando o exercício dos direitos individuais, são as ordens, ou normas, de polícia: "a ordem de polícia é o preceito legal básico que inicia o seu ciclo de atuação, servindo de referência específica de validade e satisfazendo a reserva constitucional (art. 5º, II, da CF/88)." [71]

A norma de polícia pode restringir o exercício de determinado direito de forma absoluta, como a vedação de aquisição de armas de fogo acima de

---

[68] BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Segunda Turma. Recurso Especial nº. 817534/Minas Gerais. Recorrente: Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Recorrido: Empresa de Transporte e Trânsito de Belo Horizonte – BHTrans. Relator: Min. Mauro Campbell Marques. Julgado em 10 de novembro de 209.

[69] "Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de **legalidade**, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:" (BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988).

[70] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 22ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 119.

[71] MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo.** 15ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 444.

determinado calibre, ou pode condicioná-lo à observância de determinadas exigências, como a autorização para aquisição de certas armas de fogo, desde que seja comprovada a adequação do administrado aos requisitos, às condições, legalmente dispostas.

Assim sendo, uma vez atendidas tais condições, o Poder Público confere a licença, no caso de direito subjetivo, sujeito a certas condições, do administrado; ou autorização, em casos de atividades cujo exercício possa causar perigo ou dano para a coletividade, mas cuja restrição completa seria inoportuna, necessária ao exercício do direito. [72] Esse ato, de conferir licença ou autorização (tratados no capítulo anterior), consiste no consentimento de polícia:

> O consentimento de polícia [...] é o ato administrativo de anuência que possibilita a utilização da propriedade particular ou o exercício da atividade privada, nas hipóteses em que a ordem de polícia é da segunda modalidade, com a previsão de reserva de consentimento, com o legislador exigindo um controle prévio, por parte da Administração, da compatibilização do uso de certo bem ou do exercício de certa atividade com interesse público. [73]

Portanto, a anuência da Administração, o consentimento de polícia, só existe nos casos em que a lei autoriza o exercício do direito de forma condicionada, inexistindo quando a vedação é absoluta. Alguns exemplos de consentimento de polícia são a licença para o exercício de determinada profissão e a autorização para dirigir veículo automotor.

A Administração tem competência para verificar o cumprimento das atividades submetidas ao seu poder de polícia, segundo as regras previstas (ordens e consentimento de polícia). Esse controle é feito por meio da fiscalização, atividade por meio da qual a Administração verifica: “o correto

---

[72] MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno.** 12ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 337-338.

[73] MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo.** 15ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 445.

cumprimento das ordens de polícia e a adequada fruição do consentimento de polícia." [74]

Essa fiscalização pode ser de ofício ou por provocação de pessoa interessada: "tanto pode ser deflagrada ex oficio como provocada por qualquer pessoa que tenha interesse no cumprimento da ordem de polícia ou na manutenção das condições que possibilitam o consentimento de polícia." [75]

Verificado, mediante fiscalização (de ofício ou provocada), o desrespeito à ordem, norma, de polícia ou aos limites do consentimento de polícia, a autoridade administrativa pode sancionar o infrator. A sanção é legalmente prevista [76] para coibir eventuais descumprimentos das normas legais e administrativas, como a proibição de construir edifício acima de determinada altura ou o estacionamento em local proibido. Sanção é "a submissão coercitiva do infrator a medidas inibidoras (compulsivas) ou dissuasoras (suasivas) impostas pela Administração." [77]

Também pode ser utilizada a medida de polícia (coação direta), com o objetivo de impedir a ocorrência de dano:

> As medidas de polícia [...] diferentemente do que ocorre com as sanções, podem ter um caráter preventivo, perseguindo o bem comum, a consecução da boa ordem no uso dos bens e serviços públicos, visando o exato cumprimento da lei e das disposições normativas pertinentes. [78]

---

[74] MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo.** 15ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 446.

[75] *Ibidem*, p. 447.

[76] O procedimento administrativo pelo qual se impõe multa, no exercício do Poder de Polícia, em decorrência da infringência a norma de defesa do consumidor deve obediência ao princípio da legalidade. É descabida, assim, a aplicação de sanção administrativa à conduta que não está prevista como infração (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Primeira Turma, Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº. 28778/Rio de Janeiro. Recorrente: Porto Seguro Companhia de Seguros Gerais. Recorrido: Estado do Rio de Janeiro. Relator: Min. Denise Arruda. Julgado em 20 de novembro de 2009).

[77] MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo.** 15ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 447.

[78] OSÓRIO, Fabio Medina. **Direito Administrativo Sancionador.** 3ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 97.

Por exemplo: após fiscalização que comprova a existência de comida estragada em um restaurante, a Administração impõe uma multa (sanção) e destrói a comida estragada (medida de polícia). Sempre que presente o risco de dano e/ou a urgência, e sendo prevista em lei, a medida pode ser tomada.[79]

3.3 PRAZO PRESCRICIONAL PARA O EXERCÍCIO DO PODER DE POLÍCIA

Conforme a Lei 9.873/99, a Administração Pública Federal tem cinco anos para, no exercício do poder de polícia, apurar a ocorrência de infrações administrativas. [80] Esse mesmo prazo é o limite para a aplicação das penas cominadas no processo administrativo:

> ADMINISTRATIVO. EXECUÇÃO FISCAL. MULTA ADMINISTRATIVA. INFRAÇÃO À LEGISLAÇÃO DO MEIO AMBIENTE. PRESCRIÇÃO. SUCESSÃO LEGISLATIVA. LEI 9.873/99. PRAZO DECADENCIAL. OBSERVÂNCIA. RECURSO ESPECIAL SUBMETIDO AO RITO DO ART. 543-C DO CPC E À RESOLUÇÃO STJ N.º 08/2008.
> .....
> 5. A Lei 9.873/99, no art. 1º, estabeleceu prazo de cinco anos para que a Administração Pública Federal, direta ou indireta, no exercício do Poder de Polícia, apure o cometimento de infração à legislação em vigor, prazo que deve ser contado da data da prática do ato ou, no caso de infração permanente ou continuada, do dia em que tiver cessado a infração.
> 6. Esse dispositivo estabeleceu, em verdade, prazo para a constituição do crédito, e não para a cobrança judicial do crédito inadimplido. Com efeito, a Lei 11.941, de 27 de maio de 2009, acrescentou o art. 1º-A à Lei 9.873/99, prevendo, expressamente, prazo de cinco anos para a cobrança do crédito decorrente de infração à legislação em vigor, a par do prazo também quinquenal previsto no art. 1º desta Lei para a apuração da infração e constituição do respectivo crédito.
> 7. Antes da Medida Provisória 1.708, de 30 de junho de 1998, posteriormente convertida na Lei 9.873/99, não existia prazo decadencial para o exercício do poder de polícia por parte da Administração Pública Federal. Assim, a penalidade acaso

---

[79] OSÓRIO, Fabio Medina. **Direito Administrativo Sancionador.** 3ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 97.

[80] "Art. 1º Prescreve em cinco anos a ação punitiva da Administração Pública Federal, direta e indireta, no exercício do poder de polícia, objetivando apurar infração à legislação em vigor, contados da data da prática do ato ou, no caso de infração permanente ou continuada, do dia em que tiver cessado." (BRASIL, Lei nº. 9.873, de 23 de novembro de 1999).

> aplicada sujeitava-se apenas ao prazo prescricional de cinco anos, segundo a jurisprudência desta Corte, em face da aplicação analógica do art. 1º do Decreto 20.910/32.
> .....
> 9. A partir da constituição definitiva do crédito, ocorrida no próprio ano de 2000, computam-se mais cinco anos para sua cobrança judicial. Esse prazo, portanto, venceu no ano de 2005, mas a execução foi proposta apenas em 21 de maio de 2007, quando já operada a prescrição. Deve, pois, ser mantido o acórdão impugnado, ainda que por fundamentos diversos.[81]

Quando a infração administrativa decorrer de ato que também corresponder a um crime, o prazo prescricional será aquele previsto na Lei penal. [82] Da mesma forma, também pode ocorrer a prescrição durante o processo, desde que esse fique paralisado por mais de três anos: [83]

> Se o fato constituir crime, o prazo prescricional será o mesmo atribuído pela lei penal. É o que dispõe a Lei nº 9.873, de 23/11/1999, promulgada após sucessivas medidas provisórias. Cuida-se, pois, de prescrição contra o Poder Público e a favor do infrator, de modo que, consumada, fica este garantido contra qualquer sanção de polícia a cargo da Administração. [84]

Os tribunais brasileiros já consideravam que o prazo de prescrição, aplicável aos administrados por força do Decreto 20.910/32, também era aplicável à Administração Pública, mesmo antes da Lei 9.873/99:

---

[81] BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Primeira Seção. Recurso Especial nº. 1115078/Rio Grande do Sul. Recorrente: Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis – IBAMA. Recorrido: José Evando Welter. Relator: Min. Castro Meira. Julgado em 24 de março de 2010.

[82] "Art. 1º Prescreve em cinco anos a ação punitiva da Administração Pública Federal, direta e indireta, no exercício do poder de polícia, objetivando apurar infração à legislação em vigor, contados da data da prática do ato ou, no caso de infração permanente ou continuada, do dia em que tiver cessado. [...] § 2º Quando o fato objeto da ação punitiva da Administração também constituir crime, a prescrição reger-se-á pelo prazo previsto na lei penal." (BRASIL, Lei nº. 9.873, de 23 de novembro de 1999).

[83] "Art. 1º [...] § 1º Incide a prescrição no procedimento administrativo paralisado por mais de três anos, pendente de julgamento ou despacho, cujos autos serão arquivados de ofício ou mediante requerimento da parte interessada, sem prejuízo da apuração da responsabilidade funcional decorrente da paralisação, se for o caso." (BRASIL, Lei nº. 9.873, de 23 de novembro de 1999).

[84] FILHO, José dos Santos Carvalho. **Manual de Direito Administrativo**. 24ª Ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2011. p. 112.

> ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. MULTA ADMINISTRATIVA. EXECUÇÃO FISCAL. PRESCRIÇÃO. PRAZO QÜINQÜENAL. DECRETO 20.910/32. INTERRUPÇÃO. DESPACHO QUE ORDENA A CITAÇÃO. ART. 8°, §2°, LEI N° 6.830/80.
> 1. A sanção administrativa é consectário do Poder de Polícia regulado por normas administrativas. A aplicação principiológica da isonomia, por si só, impõe a incidência recíproca do prazo do Decreto 20.910/32 nas pretensões deduzidas em face da Fazenda e desta em face do administrado. [85]

No mesmo sentido:

> PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO – EXECUÇÃO FISCAL – MULTA ADMINISTRATIVA – EXERCÍCIO DO PODER DE POLÍCIA – PRESCRIÇÃO QUINQUENAL.
> .....
> 3. A jurisprudência do STJ afastou a incidência do CTN, por entender não se tratar de dívida tributária, e aplicou o princípio da isonomia para submeter à Administração Pública as mesmas condições impostas aos administrados. Não há nenhuma inovação jurídica e tampouco criação de um novo prazo prescricional. No mais, tal entendimento foi esposado no julgamento de recurso especial que não possui força vinculante ou normativa. Agravo regimental improvido. [86]

3.4 LIMITES DO PODER DE POLÍCIA

Como bem assevera Cretella Junior: “a faculdade repressiva não é, entretanto, ilimitada, estando sujeita a limites jurídicos: direitos do cidadão, prerrogativas individuais e liberdades públicas asseguradas na Constituição e nas leis.” [87]

---

[85] BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Primeira Turma. Recurso Especial nº. 1057754/São Paulo. Recorrente: Município de Itapecerica da Serra. Recorrido: Fazenda do Estado de São Paulo. Relator: Min. Luiz Fux. Julgado em 23 de março de 2010.

[86] BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Segunda Turma. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº. 1205907/Rio de Janeiro. Agravante: Município do Rio de Janeiro. Agravado: Companhia Estadual de Águas e Esgotos – CEDAE. Relator: Min. Humberto Martins. Julgado em 18 de fevereiro de 2010.

[87] CRETELLA JUNIOR, José. **Curso de Direito Administrativo.** Rio de Janeiro: Forense, 1986. p. 601.

Portanto, em primeiro plano, o poder de polícia é limitado pelos direitos fundamentais constitucionalmente estabelecidos, conforme asseverou Odete Medauar: “O exercício do poder de polícia encontra limites. O primeiro situa-se nos próprios direitos fundamentais declarados e assegurados pela Constituição Federal.” [88] Para se assegurar a efetividade dos direitos fundamentais deve-se atentar a alguns princípios.

Os mais relevantes, para o exercício do poder de polícia e para a análise dos atos administrativos em geral, visando a não colisão com direitos fundamentais, são os princípios da legalidade, isonomia e proporcionalidade. Deles o que demonstra maior importância para estudo é o da proporcionalidade, isso porque o ato de polícia limita direitos fundamentais, como a propriedade, que não podem ser tolhidos de plano, muito menos de forma absoluta:

> Esse princípio [da proporcionalidade], que é provido de dignidade constitucional, resulta da própria essência dos direitos fundamentais, que, como expressão da pretensão jurídica geral de liberdade do cidadão frente ao Estado, só podem ser limitados pelo poder público quando isso for imprescindível para proteção de interesses públicos.[89]

No mesmo sentido vai Caio Tácito:

> a coexistência da liberdade individual e do poder público repousa na conciliação entre a necessidade de respeitar essa liberdade e a de assegurar a ordem social. O requisito de conveniência ou de interesse público é, assim, pressuposto necessário à limitação dos direitos do indivíduo. [90]

---

[88] MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno.** 12ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 338.

[89] MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. 1ª Ed.São Paulo : Atlas, 2008. p. 371.

[90] TÁCITO, Caio. O poder de polícia e seus limites. **Revista de Direito Administrativo** nº 27. Rio de Janeiro. 1952. p. 10.

Muitas vezes chamado de Princípio da Razoabilidade ou Princípio da adequação dos meios aos fins, [91] sendo mais difundido o termo princípio da proporcionalidade,[92] o exame da proporcionalidade dos atos é basilar para o bom exercício do poder de polícia.

Entretanto, a análise da proporcionalidade de uma medida que restrinja direitos fundamentais não se resume a tão-somente analisar se a medida é razoável, conforme Virgílio Afonso da Silva, trata-se de algo mais sofisticado e objetivo:

> A regra da proporcionalidade no controle das leis restritivas de direitos fundamentais surgiu por desenvolvimento jurisprudencial do Tribunal Constitucional Alemão e não é uma simples pauta que, vagamente, sugere que os atos estatais devem ser razoáveis, nem uma simples análise de relação meio-fim. Na forma desenvolvida pela jurisprudência constitucional alemã, tem ela uma estrutura racionalmente definida, com subelementos independentes – a análise da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito -, que são aplicados em uma ordem pré-definida, e que conferem à regra da proporcionalidade a individualidade que a diferencia, claramente da mera exigência da razoabilidade. [93]

Portanto, o exercício do poder de polícia deve respeitar as três dimensões do princípio da proporcionalidade: a adequação; a necessidade ou vedação do excesso e de insuficiência e a proporcionalidade em sentido estrito.

Segundo Marmelstein:

> Esses critérios correspondem, respectivamente, às seguintes perguntas mentais que devem ser feitas para se analisar a validade de determinada medida limitadora de direito fundamental: [a] o meio escolhido foi adequado e pertinente para atingir o resultado almejado?; [b] o meio escolhido foi o "mais suave" ou o menos oneroso entre as opções existentes

---

[91] MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. 1ª Ed.São Paulo : Atlas, 2008. p. 371.

[92] AFONSO DA SILVA, Luís Virgílio. O Proporcional e o Razoável. **Revista dos Tribunais,** São Paulo, ano 91, vol. 798, abr. 2002. p. 24.

[93] *Ibidem*, p. 30.

> e, ao mesmo tempo, suficiente para proteger o direito fundamental em jogo?; [c] o benefício alcançado com a adoção da medida buscou preservar valores mais importantes do que os protegidos pelo direito que a medida limitou? [94]

Assim, de acordo com a dimensão da adequação, um médico não trataria um câncer com remédio para dor de cabeça e a Administração não deve cassar a Carteira de Motorista de dono de estabelecimento em desrespeito às normas sanitárias, a medida seria ineficaz, inadequada.

Também são proibidos os excessos:

> Imagine que o Poder Público, visando evitar a destruição de um bem público, uma estátua, por exemplo, colocasse ao redor dessa estátua uma cerca eletrificada capaz de causar a morte de alguém que pretenda pichá-la ou danificá-la. [95]

No caso, apesar de a medida ser adequada (permite alcançar o fim almejado), deve ser considerada inválida, pois é excessiva, desnecessária, onerosa. Há diversas outras medidas menos drásticas e igualmente eficientes. A medida a ser tomada deve sempre ser a menos drástica, mas, mesmo assim, suficiente para proteger os direitos.

Por fim, há de se fazer uma análise das vantagens e desvantagens que a medida de polícia trará. De acordo com Marmelstein, deve-se perguntar: O benefício alcançado com a adoção da medida sacrificou direitos fundamentais mais importantes do que os direitos que a medida buscou preservar? A medida trouxe mais vantagens ou mais desvantagens? [96] Essa é a análise da proporcionalidade em sentido estrito, ponderação:

> Sacrificar um direito ou uma liberdade do indivíduo sem vantagem para a coletividade invalida o fundamento social do ato de polícia, pela desproporcionalidade da medida.

---

[94] MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais.** 1ª Ed. São Paulo : Atlas, 2008. p. 374.

[95] *Ibidem*, p. 379.

[96] Ibidem, p. 378.

> Desproporcional é também o ato de polícia que aniquila a propriedade ou atividade, a pretexto de condicionar o uso do bem ou de regular profissão. [97]

Um bom exemplo é o da Lei do Abate (Lei número 9.614/98), que autoriza o "tiro de destruição" contra aeronaves consideradas hostis ou suspeitas que ingressem no território nacional, depois de ultrapassados todos os procedimentos de segurança prévios, mesmo que isso cause a morte dos tripulantes.

Essa Lei consegue passar por quase todos os subprincípios da proporcionalidade. É adequada porque alcança o objetivo de diminuir o tráfico e é necessária porque não há medida mais eficiente, no entanto, a Lei do Tiro de Destruição não passa pelo crivo da proporcionalidade em sentido estrito, porque ela causa mais prejuízo do que benefícios, tolhe vidas para reduzir o tráfico.

As três dimensões do princípio da proporcionalidade limitam o poder de polícia administrativa. Se comprovado que o exercício do poder de polícia limitou direitos fundamentais e não alcançou o fim almejado, se a medida de polícia foi excessiva ou se os malefícios decorrentes da medida forem maiores que os benefícios, é cabível o controle judicial para corrigir a inconstitucionalidade daí decorrente:

> Bem ilustrativos a propósito são os dizeres de aresto do STF, segundo o qual a atuação da administração pública, no exercício do poder de polícia, há de ficar restrita aos atos indispensáveis à eficácia da fiscalização, voltada aos interesses da sociedade. Acrescentou a decisão que, se for ultrapassada a simples correção da conduta e aplicada punição, devem ser assegurados o contraditório e a ampla defesa, nos termos do art. 5º, LV, da CF. E concluiu a Corte que não subsiste decisão administrativa que, sem observância do rito imposto constitucionalmente, implique a imposição de pena de suspensão, projetada no tempo, obstaculizando o desenvolvimento do trabalho de taxista. No caso, a autoridade administrativa, além de praticar o ato proporcional ao gravame cometido pelo motorista de táxi, extrapolou o limite imposto pelo interesse público, aplicando punição bem mais gravosa,

[97] MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 14ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988. p. 119.

> fato que se configurou como ofensa ao princípio da proporcionalidade. [98]

Segundo Odete Medauar os direitos fundamentais limitam o poder de polícia diferentemente, caso haja ou não lei disciplinadora:

> a) Existe lei disciplinadora do direito fundamental. Neste caso, o poder de polícia é limitado pelos preceitos da lei, não se admitindo prescrição mais rigorosa que a da lei: as restrições da lei devem ser interpretadas de modo restrito, isto é, no sentido mais favorável ao exercício do direito
>
> .....
>
> b) Inexiste lei disciplinadora do direito fundamental. Neste caso, observadas as regras de competência, a medida de polícia, sempre fundamentada no interesse público, deve ser: b1) necessária [...]; b2) eficaz [...]; b3) proporcional. [99]

Havendo regra disciplinando direito fundamental, a Administração deve se ater a ela, fazendo uso de interpretação restritiva do dispositivo constitucional, caso não haja, as medidas de polícia devem ser circundadas pela proporcionalidade, a Administração não pode se omitir quanto à efetivação de direitos fundamentais.

Também se deve considerar que o exercício do poder de polícia, como toda ação da Administração, deve ser submetido ao princípio da legalidade, "os meios e os modos de exercício do poder de polícia devem estar previstos legalmente. Na ausência de norma, a autoridade competente escolhe os meios, observados os princípios e limites já observados",[100] e ao controle jurisdicional. Por um lado, cabe à Administração regulamentar a atividade dos particulares, mas tal regulamentação, como já visto, não admite um poder absoluto e arbitrário sobre os administrados.

---

[98] FILHO, José dos Santos Carvalho. **Manual de Direito Administrativo**. 24ª Ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2011. p. 109 - 110.

[99] MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno.** 12ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 338 - 339.

[100] *Ibidem*, p. 339.

Segundo essas premissas, pode-se dizer que as decisões de polícia, em segundo plano, limitam-se ao disposto no ordenamento jurídico. "Qualquer medida, qualquer decisão administrativa tem de estar de acordo com a lei." [101] A Administração Pública só pode agir de acordo e dentro dos limites legais:

> O exercício do poder de polícia pressupõe, inicialmente, uma autorização legal explícita ou implícita atribuindo a um determinado órgão ou agente administrativo a faculdade de agir. [...] Na escolha dos meios de ação administrativa, ou seja, no tocante ao objeto, está igualmente limitado o poder de polícia. Embora decididas discricionariamente da oportunidade ou conivência das medidas administrativas ou mesmo da forma de sua materialização, deve a autoridade se utilizar de meios compatíveis com a lei. [102]

O princípio do devido processo legal (art. 5º, LIV, da CF/88 [103]) também limita as medidas de polícia, principalmente quanto à aplicação de sanções. Somente é possível aplicá-las se houver a obediência ao devido processo legal, possibilitando ao particular o exercício do direito à ampla defesa e ao contraditório: "A aplicação dessas penas não se legitimará se, em processo, não for dado ao infrator amplo direito de defesa e garantido o contraditório, consoante lhe é assegurado pelo art. 5º, LV, da Constituição Federal" [104]

De acordo com Maria Sylvia Zanella Di Pietro, o exercício do poder de polícia, como qualquer outro ato administrativo, deve obedecer à forma, aos motivos e à finalidade que a ele deram fundamento:

> Como todo ato administrativo, a medida de polícia, ainda que seja discricionária, sempre esbarra em algumas limitações

---

[101] CRETELLA JUNIOR, José. **Tratado de Direito Administrativo, Vol. 5.** 2ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 02.

[102] TÁCITO, Caio. **O poder de polícia e seus limites**. Revista de Direito Administrativo nº 27. Rio de Janeiro. 1952. p. 9.

[103] "Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;" (BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988).

[104] GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 8ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 128.

> impostas pela lei, quanto à competência e à forma, aos fins e mesmo com relação aos motivos ou ao objeto; quanto aos dois últimos, ainda que a Administração disponha de certa dose de discricionariedade, esta deve ser exercida nos limites traçados pela lei. [105]

Di Pietro dá especial atenção à finalidade do ato de polícia, que sempre é o interesse público. Sempre que uma medida de polícia desviar-se desse fim, será considerada nula:

> Quanto aos fins, o poder de polícia só deve ser exercido para atender ao interesse público. Se seu fundamento é precisamente o princípio da predominância do interesse público sobre o particular, o exercício desse poder perderá a sua justificativa quando utilizado para beneficiar ou prejudicar pessoas determinadas; a autoridade que se afastar da finalidade pública incidirá em desvio de poder e acarretará a nulidade do ato com todas as conseqüências nas esferas civil, penal e administrativa. [106]

Também existem atividades sobre as quais não incide o poder de polícia, devido à impossibilidade de restrição de determinados direitos. Um exemplo é o jornalismo, uma vez que a Constituição não admite controle estatal sobre a liberdade de expressão:

> JORNALISMO. EXIGÊNCIA DE DIPLOMA DE CURSO SUPERIOR, REGISTRADO PELO MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO, PARA O EXERCÍCIO DA PROFISSÃO DE JORNALISTA. LIBERDADES DE PROFISSÃO, DE EXPRESSÃO E DE INFORMAÇÃO. CONSTITUIÇÃO DE 1988 (ART. 5º, IX E XIII, E ART. 220, CAPUT E § 1º). NÃO RECEPÇÃO DO ART. 4º, INCISO V, DO DECRETO-LEI N° 972, DE 1969.
>
> .....
>
> 7. PROFISSÃO DE JORNALISTA. ACESSO E EXERCÍCIO. CONTROLE ESTATAL VEDADO PELA ORDEM CONSTITUCIONAL. PROIBIÇÃO CONSTITUCIONAL QUANTO À CRIAÇÃO DE ORDENS OU CONSELHOS DE FISCALIZAÇÃO PROFISSIONAL. No campo da profissão de jornalista, não há espaço para a regulação estatal quanto às

---

[105] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 22ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 122.

[106] Ibidem, p. 123.

> qualificações profissionais. O art. 5º, incisos IV, IX, XIV, e o art. 220, não autorizam o controle, por parte do Estado, quanto ao acesso e exercício da profissão de jornalista. Qualquer tipo de controle desse tipo, que interfira na liberdade profissional no momento do próprio acesso à atividade jornalística, configura, ao fim e ao cabo, controle prévio que, em verdade, caracteriza censura prévia das liberdades de expressão e de informação, expressamente vedada pelo art. 5º, inciso IX, da Constituição. A impossibilidade do estabelecimento de controles estatais sobre a profissão jornalística leva à conclusão de que não pode o Estado criar uma ordem ou um conselho profissional (autarquia) para a fiscalização desse tipo de profissão. O exercício do poder de polícia do Estado é vedado nesse campo em que imperam as liberdades de expressão e de informação. Jurisprudência do STF: Representação n.° 930, Redator p/ o acórdão Ministro Rodrigues Alckmin, DJ, 2-9-1977. [107]

[107] BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Pleno. Recurso Extraordinário nº. 511961/São Paulo. Recorrente: Sindicato da Empresas de Rádio e Televisão no Estado de São Paulo – SERTESP. Recorrido: Federação Nacional dos Jornalistas – FENAJ. Relator: Min. Gilmar Mendes. Julgado em 17 de junho de 2009.

4 A DELEGAÇÃO DO EXERCÍCIO DO PODER DE POLÍCIA

Os temas tratados nos capítulos anteriores foram preparatórios e culminam para o que será tratado agora. Primeiro será feita uma introdução ao tema, na qual se falará do seu surgimento e dos problemas decorrentes; em seguida serão expostas as correntes doutrinárias quanto à possibilidade, ou o *quantum* de possibilidade, da delegação do exercício do poder de polícia a entes de regime jurídico privado; e, por fim, serão estudados dois casos em que o tema foi analisado pelas cortes superiores brasileiras.

4.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O Estado, cada vez mais, vem transferindo à responsabilidade de outras pessoas jurídicas a execução de tarefas e serviços públicos que até então eram objeto de sua prestação direta, de seu interesse.

Não pretendendo executar certa atividade através de seus próprios órgãos, o Poder Público transfere a sua titularidade ou execução a outras entidades. Quando essa delegação é feita por contrato ou mero ato administrativo, encontra-se a figura dos concessionários e dos permissionários de serviços públicos. [108] Por outro lado, quando é a lei que cria as entidades responsáveis, surge a administração indireta:

> Outro aspecto do regime geral das entidades da Administração indireta é a exigência de lei específica para a criação de autarquia e para a autorização de instituição de empresa pública, sociedade de economia mista e fundação, conforme prevê o inc. XIX do art. 37 da CF. [109]

---

[108] MAFFINI, Rafael. **Direito Administrativo**. 2ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 179 -180.

[109] MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno.** 12ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 69.

Dentro desse cenário já surgiram vários exemplos de delegação da função de fiscalização e restrição de direitos da Administração, do seu Poder de Polícia, a sociedades de economia mista e outros entes de regime jurídico privado.

Um desses exemplos surgiu em 1991, no município de Belo Horizonte, estado de Minas Gerais, onde a Lei municipal 5.953 autorizou a criação da Empresa de Transportes e Trânsito de Belo Horizonte S/A (BHTrans). Essa empresa, ainda hoje, é responsável pela fiscalização do trânsito e aplicação de sanções decorrentes de infrações de trânsito. Trata-se, portanto, de exercício do poder de polícia.

No município de Porto Alegre, Estado do Rio Grande do Sul, aconteceu algo idêntico. A Lei municipal 8.133, de 13 de janeiro de 1998, visando regular e fiscalizar as atividades relacionadas com o trânsito e os transportes do Município de Porto Alegre, autorizou a criação da Empresa Pública de Transporte e Circulação S/A (EPTC).

E o mesmo ocorreu em vários outros municípios, por todo Brasil. Houve um fenômeno de delegação em massa do poder de polícia de trânsito dos municípios à empresas de economia mista.

Importa estabelecer que as sociedades de economia mista são empresas com participação do poder público e de entidades privadas em seu capital e em sua administração. Regem-se pela normas das sociedades mercantis, têm personalidade jurídica privada.[110] O Banco do Brasil, a Petrobras, a Eletrobrás e o Brasil Resseguros exemplificam essas sociedades.[111]

Contudo, a questão principal, o problema, é que, apesar de fazerem parte da administração indireta e contarem com a participação do poder

---

[110] "Art. 5º Para os fins desta lei, considera-se: [...] III - Sociedade de Economia Mista - a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, criada por lei para a exploração de atividade econômica, sob a forma de sociedade anônima, cujas ações com direito a voto pertençam em sua maioria à União ou a entidade da Administração Indireta." (BRASIL. Decreto-Lei nº. 200, de 25 de fevereiro de 1967).

[111] MAFFINI, Rafael. **Direito Administrativo**. 2ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 231.

público[112], as sociedades de economia mista têm regime jurídico privado, ou seja, como toda empresa privada, almejam lucro e podem até mesmo ter funcionários não concursados, devido à Emenda Constitucional 19 de 1998, agora suspensa, neste intervalo as empresas públicas de regime jurídico privado e as sociedades de economia mista puderam contratar empregados públicos sem concurso [113], e, mesmo os concursados, não têm a prerrogativa da estabilidade, devido ao regime de emprego celetista, e ficam propensos a ingerências políticas que podem interferir no bom andamento do trabalho, ainda mais um que envolva fiscalização e sanção. O mesmo ocorre nos casos em que se criaram empresas públicas para exercer o poder de polícia, como a EPTC.

Por tais motivos, a delegação do poder de polícia da administração para empresas de economia mista gerou grande alvoroço e a doutrina passou a discutir a sua legalidade.

4.2 POSICIONAMENTOS DOUTRINÁRIOS

Bandeira de Mello entende que o poder de polícia, por ser atividade exclusiva, típica, do Estado, não pode ser delegado a particulares:

> A restrição à atribuição de atos de polícia a particulares funda-se no corretíssimo entendimento de que não se lhes pode, ao menos em princípio, cometer o encargo de praticar atos que envolvem o exercício de misteres tipicamente públicos.[114]

---

[112] "Exigem participação majoritária do Poder Público, por meio da Administração Direta ou Indireta." (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 22ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 451.

[113] A Constituição Federal de 1988 inovou ao adotar o regime jurídico único, tornando o concurso público requisito essencial para se alçar as funções e empregos públicos, o que não era a regra do regime anterior. Contudo, a emenda Constitucional 19, de 1998, extinguiu o regime jurídico único e autorizou o regime de emprego pela CLT, sem a exigência de concurso nesses casos. Em agosto de 2007 foi deferida medida liminar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 2135-4, medida que suspendeu o artigo 39 da referida emenda, devido a um vício formal na edição, e voltou-se ao regime jurídico único (público) com exigência de concurso para funções e empregos públicos.

[114] MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 26º Ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 832.

Em seguida, o mesmo autor reconhece que certos atos do ciclo de polícia (o autor não usa a expressão ciclo de polícia, mas faz menção a atos materiais que precedam atos jurídicos de polícia) podem ser praticados por particulares, mormente os atos de fiscalização, exemplo que Bandeira de Mello utiliza:

> Daí não se segue, entretanto, que certos atos materiais que precedem atos jurídicos de polícia não possam ser praticados por particulares [...] É o que sucede, por exemplo, na fiscalização do cumprimento de normas de trânsito mediante equipamentos fotossensores, pertencentes e operados por empresas privadas contratadas pelo Poder Público.[115]

Segundo Bandeira de Mello, essa atividade, de fiscalização, é objetiva, precisa, e nada importa que os equipamentos pertençam e sejam geridos por particulares, as constatações assim efetuadas são crivadas pela impessoalidade, como seria se a própria Administração o fizesse.

O autor vai um pouco além, admitindo, excepcionalmente, a delegação quando o ato jurídico de polícia for expedido por máquina, que servirá de veículo de formação e transmissão da decisão do Poder Público:

> Existe, finalmente, a hipótese [...] na qual ato jurídico de polícia inteiramente vinculado pode ser expedido por máquina que sirva de veículo de formação e transmissão de decisão do próprio Poder Público [...], inobstante o equipamento pertença a um contratado e esteja sob sua guarda e manutenção.[116]

Concluí, então:

> Salvo hipóteses excepcionalíssimas [...] não há delegação de ato jurídico de polícia a particular e nem a possibilidade de que

---

[115] MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 26º Ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 832.

[116] *Ibidem*, p. 833.

> este o exerça a título contratual. Pode haver, entretanto, habilitação do particular à prática de ato material preparatório ou sucessivo a ato jurídico desta espécie.[117]

Portanto, em primeira análise não se cogita delegar o poder de polícia a particular, contudo, seria possível a prática de atos não jurídicos da espécie ato de polícia, ou seja, a fiscalização é delegável, mas a sanção não. Existindo, somente, a possibilidade de ato jurídico de polícia expedido por máquina.

Recentemente o STJ seguiu a doutrina de Bandeira de Mello:

> ADMINISTRATIVO. PODER DE POLÍCIA. TRÂNSITO. SANÇÃO PECUNIÁRIA APLICADA POR SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. IMPOSSIBILIDADE.
> [...]
> 3. As atividades que envolvem a consecução do poder de polícia podem ser sumariamente divididas em quatro grupo, a saber: (i) legislação, (ii) consentimento, (iii) fiscalização e (iv) sanção.
> 4. 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 o 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 não guarda observância ao CTB (sanção).
> 5. Somente o 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.
> 6. 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. [118]

José dos Santos Carvalho Filho tem entendimento semelhante ao de Bandeira de Mello. Para ele não existe qualquer vedação constitucional para que pessoas administrativas de direito privado, possam exercer o poder de

---

[117] MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 26º Ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 834.

[118] BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Segunda Turma. Recurso Especial nº. 817534/Minas Gerais. Recorrente: Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Recorrido: Empresa de Transporte e Trânsito de Belo Horizonte S/A – BHTrans. Relator: Min. Mauro Campbell Marques. Julgado em 10 de novembro de 2009.

polícia na modalidade fiscalizatória. Entende que ato jurídico de polícia vinculado pode ser expedido por máquina e que os atos de polícia não jurídicos podem, de igual forma, ser delegados:

> Inexiste qualquer vedação constitucional para que pessoas administrativas de direito privado possam exercer o poder de polícia em sua modalidade fiscalizatória. Não lhes cabe – é lógico – o poder de criação das normas restritivas de polícia, mas, uma vez já criadas, como é o caso das normas de trânsito, nada impede que fiscalizem o cumprimento das restrições.
> .....
> O Poder Público atribui a pessoas privadas, por meio de contrato, a operacionalização material da fiscalização através de máquinas especiais, como ocorre, por exemplo, na triagem em aeroportos para detectar eventual porte de objetos ilícitos ou proibidos. Aqui o Estado não se despe do poder de polícia nem procede a qualquer delegação, mas apenas atribui ao executor a tarefa de operacionalizar máquinas e equipamentos, sendo-lhe incabível, por conseguinte, instituir qualquer tipo de restrição; sua atividade limita-se, com efeito, à constatação de fatos.[119]

Carvalho Filho estabelece certos critérios para a delegação do poder de polícia:

> 1ª) a pessoa jurídica deve integrar a estrutura da Administração Indireta, isso porque sempre poderá ter a seu cargo a prestação de serviço público;
> 2ª) a competência delegada deve ter sido conferida por lei;
> 3ª) o poder de polícia há de restringir-se à prática de atos de natureza fiscalizatória, partindo-se, pois, da premissa de que as restrições preexistem e de que se cuida de função executória, e não inovadora.[120]

Como visto, o autor deixa claro que a delegação do poder de polícia só é possível a entidades da Administração Indireta, tanto públicas – como as agências reguladoras (ANA, ANEEL, ANATEL, etc.), as autarquias corporativas (CFM, CFO, CONFEA, etc.) e o Banco Central – quanto privadas, como as

---

[119] FILHO, José dos Santos Carvalho. **Manual de Direito Administrativo**. 24ª Ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2011. p. 97-98.

[120] *Ibidem*, p. 98.

empresas públicas e sociedades de economia mista, e restringe-se aos atos de natureza fiscalizatória.

Diógenes Gasparini entende que o poder de polícia administrativa pode ser delegado a qualquer pessoa. Ainda mais, alega que a delegação seria ampla, recaindo sobre todos os atos integrantes do ciclo de polícia, não apenas os não – jurídicos, como faz a doutrina majoritária:

> A atribuição de polícia pode ser delegada. A delegação, embora possa recair sobre qualquer pessoa, é comumente outorgada às governamentais, a exemplo do Banco Central do Brasil, na esfera federal, da Ctesb e da Dersa, no âmbito do estado de São Paulo. Essa delegação, sempre por lei, é ampla e pode abranger o estabelecimento de normas, bem como a designação de agentes de polícia. [121]

Já Aloísio Zimmer Júnior prega exatamente o oposto:

> As empresas públicas e as sociedades de economia mista nascem para prestar serviço público ou para exercer atividades econômica *stricto sensu* e jamais poderão exercer poder de polícia, porque esta atividade [...] não pode ser delegada à pessoa jurídica de Direito Privado. [122]

O autor fundamenta essa afirmação na Lei 11.079/2004, que institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. De acordo com o artigo 4º, inciso III, dessa Lei, o poder de polícia é atividade exclusiva do Estado e, portanto, indelegável:

> Art. 4º Na contratação de parceria público-privada serão observadas as seguintes diretrizes:
>
> .....

[121] GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 8ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 123.

[122] ZIMMER JÚNIOR, Aloísio. **Direito Administrativo**, Teoria Resumida. São Paulo: Forense, 2009. p. 97.

> III – indelegabilidade das funções de regulação, jurisdicional, do exercício do poder de polícia e de outras atividades exclusivas do Estado; [123]

Na mesma esteira, Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo também afirmam que o poder de polícia administrativa não pode ser delegado a pessoas da iniciativa privada, mesmo que sejam prestadoras de atividades de titularidade estatal (empresas públicas e sociedades de economia mista), o que fazem com fundamento na Lei 11.079/2004 e na Adin 1.717. [124]

O entendimento refletido por Aloísio Zimmer, Alexandrino, Vicente Paulo e outros autores é reconhecido como "majoritário, respeitável e peremptório", até mesmo pelos que dele divergem como Rafael Maffini.[125]

4.3 ESTUDO DE CASOS

Dois casos já passaram pelos tribunais pátrios, em que foi debatido o tema da delegação do exercício do poder de polícia da administração a entes privados: a delegação da fiscalização de profissões regulamentadas a entidades privadas, já analisado pelo Supremo Tribunal Federal; e a delegação do poder de polícia, de trânsito, à empresas de economia mista, já analisado pelo STJ e com repercussão geral reconhecida pelo STF.

4.3.1 A delegação da fiscalização das profissões regulamentadas

Em 6 de novembro de 1997 o então Presidente da República Fernando Henrique Cardoso promulgou a Medida Provisória nº. 1549-36, depois Lei nº. 9.649, que, em seu art. 58, "caput", dispõe: "Os serviços de fiscalização de

---

[123] BRASIL, Lei nº. 11.079, de 30 de dezembro de 2004.

[124] ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito Administrativo**. 12ª Ed. São Paulo: Impetus, 2006. p. 158 – 159.

[125] MAFFINI, Rafael. **Direito Administrativo**. 2ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 71.

profissões regulamentadas serão exercidos em caráter privado, por delegação do poder público, mediante autorização administrativa." [126]

Irresignados com tal dispositivo o Partido dos Trabalhadores (PT) e o Partido Democrático Trabalhista (PDT), propuseram Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIn) em 26 de novembro do mesmo ano, sob o fundamento de violação aos artigos 21, XXIV; 22, XVI; 39, "caput"; 62, "caput" e parágrafo único; 70, "caput" e parágrafo único; 71, II e 149 da Constituição Federal de 1988.

Em 22 de setembro de 1999 o Tribunal Pleno do STF deferiu medida cautelar para suspender a eficácia do "caput" e demais parágrafos do artigo 58 da Lei 9.649, sob o fundamento de que a delegação, a uma entidade privada, de atividade típica de Estado, que abrange até poder de polícia, de tributar e de punir não parece possível:

> EMENTA: - DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 58 E SEUS PARÁGRAFOS DA LEI FEDERAL Nº 9.649, DE 27.05.1998, QUE TRATAM DOS SERVIÇOS DE FISCALIZAÇÃO DE PROFISSÕES REGULAMENTADAS.
> .....
> 4. Quanto ao mais, porém, as considerações da inicial e do aditamento de fls. 123/125 levam ao reconhecimento da plausibilidade jurídica da Ação, satisfeito, assim, o primeiro requisito para a concessão da medida cautelar ("fumus boni iuris"). Com efeito, não parece possível, a um primeiro exame, em face do ordenamento constitucional, mediante a interpretação conjugada dos artigos 5o, XIII, 22, XVI, 21,XXIV, 70, parágrafo único, 149 e 175 da C.F., a delegação, a uma entidade privada, de atividade típica de Estado, que abrange até poder de polícia, de tributar e de punir, no que tange ao exercício de atividades profissionais.
> 5. Precedente: M.S. nº 22.643.
> .....
> 8. Medida Cautelar deferida, por maioria de votos, para suspensão da eficácia do "caput" e demais parágrafos do mesmo artigo, até o julgamento final da Ação. [127]

---

[126] BRASIL, Lei nº. 9.649, de 27 de maio de 1998.

[127] BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 1717/Distrito Federal. Recorrentes: Partido Comunista do Brasil – PC do B e Partido dos Trabalhadores – PT. Recorrido: Presidente da República. Relator: Min. Sydney Sanches. Julgado em 22 de setembro de 1999.

Em sete de novembro de 2002, o Tribunal Pleno do STF julgou procedente a ação, baseado no argumento de que a atividade típica de Estado é indelegável a uma entidade privada:

> EMENTA: DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE DO 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, de 27.05.1998, 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 5°, 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. [128]

Portanto, desde 2002 o entendimento jurisprudencial firmado pelo STF é de que as atividades típicas de Estado, como o exercício do poder de polícia, são indelegáveis a particulares. Precedente que é reafirmado até os tempos atuais:

> ADMINISTRATIVO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSELHO DE FISCALIZAÇÃO PROFISSIONAL. EXIGÊNCIA DE CONCURSO PÚBLICO. ART. 37, II, DA CF. NATUREZA JURÍDICA. AUTARQUIA. FISCALIZAÇÃO. ATIVIDADE TÍPICA DE ESTADO.
> 1. Os conselhos de fiscalização profissional, posto autarquias criadas por lei e ostentando personalidade jurídica de direito público, exercendo atividade tipicamente pública, qual seja, a

[128] BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 1717/Distrito Federal. Recorrentes: Partido Comunista do Brasil – PC do B e Partido dos Trabalhadores – PT. Recorrido: Presidente da República. Relator: Min. Sydney Sanches. Julgado em sete de novembro de 2002.

> fiscalização do exercício profissional, submetem-se às regras encartadas no artigo 37, inciso II, da CB/88, quando da contratação de servidores.
> 2. Os conselhos de fiscalização profissional têm natureza jurídica de autarquias, consoante decidido no MS 22.643, ocasião na qual restou consignado que: (i) estas entidades são criadas por lei, tendo personalidade jurídica de direito público com autonomia administrativa e financeira; (ii) exercem a atividade de fiscalização de exercício profissional que, como decorre do disposto nos artigos 5º, XIII, 21, XXIV, é atividade tipicamente pública; (iii) têm o dever de prestar contas ao Tribunal deContas da União.
> **3. A fiscalização das profissões, por se tratar de uma atividade típica de Estado, que abrange o poder de polícia, de tributar e de punir, não pode ser delegada (ADI 1.717), excetuando-se a Ordem dos Advogados do Brasil (ADI 3.026).**
> 4. In casu, o acórdão recorrido assentou: EMENTA: REMESSA OFICIAL EM AÇÃO CIVIL PÚBLICA CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. CONSELHO PROFISSIONAL. NÃO ADSTRIÇÃO À EXIGÊNCIA DE CONCURSO PÚBLICO, PREVISTA NO ART. 37, II, DA CF. PROVIMENTO. I – Os conselhos profissionais, não obstante possuírem natureza jurídica autárquica conferida por lei, estão, no campo doutrinário, classificados como autarquias corporativas, não integrando a Administração Pública, mas apenas com esta colaborando para o exercício da atividade de polícia das profissões. Conclusão em que se aporta por carecerem aqueles do exercício de atividade tipicamente estatal, o que lhe acarreta supervisão ministral mitigada (art. 1º, Decreto-lei 968/69), e de serem mantidas sem percepção de dotações inscritas no orçamento da União. II – Aos entes autárquicos corporativos não são aplicáveis o art. 37, II, da Lei Maior, encargo exclusivo das autarquias integrantes da estrutura administrativa do estado, únicas qualificáveis como longa manus deste. III – Remessa oficial provida. Pedido julgado improcedente.
> 5. Recurso Extraordinário a que se dá provimento. [129]

4.3.2 Delegação do poder de polícia a empresas de economia mista

Em 1991, a Lei municipal 5.953 autorizou a criação da Empresa de Transportes e Trânsito de Belo Horizonte S/A (BHTrans) no município de Belo Horizonte, ou seja, esse município inovou ao delegar seu poder de fiscalização, e sanção, a um ente privado, uma empresa de economia mista.

---

[129] BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Primeira Turma. Recurso Extraordinário nº. 539224/Ceará. Recorrente: Ministério Público Federal. Recorrido: Conselho Regional de Biblioteconomia 3ª Região – CRB 3. Relator: Min. Luiz Fux. Julgado em 22 de maio de 2012.

Isso causou uma grande discussão, em parte porque a maioria da doutrina não admite a delegação do Poder de Polícia e uma minoria admite a delegação apenas em casos excepcionais, mas principalmente porque a jurisprudência consolidada pelo STF adota fundamentação contrária à delegação de atividades típicas de Estado (poder de polícia no caso) a particulares.

O Ministério Público do Estado de Minas Gerais (MP/MG) entendeu que a criação dessa empresa careceu de licitude e, em 10 de fevereiro de 2006, após longo trâmite nas instâncias ordinárias, o Recurso Especial nº. 817534 foi interposto. Isso porque o Tribunal de Justiça de Minas Gerais entendeu que a Lei municipal 5.953 é constitucional e autorizada pelo art. 24 do Código de Trânsito Brasileiro (CTB). Tratando-se de controvérsia quanto a lei federal (CTB), o STJ foi competente para julgar o recurso. Também foi interposto o Recurso Extraordinário nº. 633782 e proposta a Reclamação nº. 9702, pelo MP/MG.

Em 10 de novembro de 2009 a segunda Turma do STJ deu provimento ao Recurso Especial:

> ADMINISTRATIVO. PODER DE POLÍCIA. TRÂNSITO. SANÇÃO PECUNIÁRIA
> APLICADA POR SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. IMPOSSIBILIDADE.
> 1. Antes de adentrar o mérito da controvérsia, convém afastar a preliminar de conhecimento levantada pela parte recorrida. Embora o fundamento da origem tenha sido a lei local, não há dúvidas que a tese sustentada pelo recorrente em sede de especial (delegação de poder de polícia) é retirada, quando o assunto é trânsito, dos dispositivos do Código de Trânsito Brasileiro arrolados pelo recorrente (arts. 21 e 24), na medida em que estes artigos tratam da competência dos órgãos de trânsito. O enfrentamento da tese pela instância ordinária também tem por conseqüência o cumprimento do requisito do prequestionamento.
> 2. No que tange ao mérito, convém assinalar que, em sentido amplo, poder de polícia pode ser conceituado como o dever estatal de limitar-se o exercício da propriedade e da liberdade em favor do interesse público. 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).
> 3. As atividades que envolvem a consecução do poder de polícia podem ser sumariamente divididas em quatro grupo, a

> saber: (i) legislação, (ii) consentimento, (iii) fiscalização e (iv) sanção.
> 4. 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 o 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 não guarda observância ao CTB (sanção).
> 5. Somente o 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.
> 6. 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.
> 7. Recurso especial provido. [130]

Com essa decisão o STJ, na contramão da doutrina majoritária e da jurisprudência do STF, estabeleceu que certas fases do ciclo de polícia podem ser delegadas a particulares, a de consentimento e a de fiscalização (fases não – jurídicas), enquanto outras são indelegáveis, a de legislação e a de sanção.

Infelizmente, não consta nos argumentos do MP/MG o desrespeito ao art. 4º, inciso II, da Lei 11.079, que dispõe que o poder de polícia é indelegável. Seria de grande valia a análise pelo STJ da legalidade da delegação do poder de polícia diante desse dispositivo legal.

Diante desse precedente do STJ, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJ/MG) passou a acolher pedidos de restituição de multas e declaração de ilegitimidade da BHTrans para aplicá-las:

> EMENTA: Ação ordinária. Objeto. Declaração de ilegitimidade e restituição de multas de trânsito quitadas. Ilegitimidade da BHTrans. Sociedade de economia mista. Impossibilidade. STJ. Procedência dos pedidos iniciais. Firmado, pelo Superior Tribunal de Justiça, o entendimento sobre a inviabilidade da BHTrans, sociedade de economia mista, na aplicação de multas de trânsito, declara-se a ilegitimidade dos autos de

[130] BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Segunda Turma. Recurso Especial nº. 817534/Minas Gerais. Recorrente: Ministério Público de Minas Gerais. Recorrido: Empresa de Transporte e Trânsito de Belo Horizonte S/A – BHTrans. Relator Min: Mauro Campbell Marques. Julgado em 10 de novembro de 2009.

> infração elaborados e determina-se a restituição dos valores arrecadados pela entidade. Recurso não provido. [131]

Desconte com essa decisão do TJ/MG a BHTrans interpôs o Recurso extraordinário nº. 662.186.

Nesse recurso, a recorrente sustenta que o exercício do poder de polícia de trânsito pode ser delegado a sociedade de economia mista. Assevera que a Lei Municipal 5.953/91 autorizou a criação da BHTrans com a finalidade de controlar e executar os serviços de trânsito no Município de Belo Horizonte, consoante o disposto no art. 24 do Código de Trânsito Brasileiro (Lei 9.503/97), bem como no interesse público local, nos termos do art. 30 da Constituição Federal.

Em contrarrazões, a recorrida alega que a BHTrans tem apenas poder de polícia fiscalizatório, sendo vedada a imposição de sanções. Acrescenta que os agentes da recorrida são empregados celetistas, pertencentes à administração indireta e, portanto, incompetentes para o exercício do poder de polícia.

O Plenário do Supremo Tribunal Federal reconheceu, em 30 de março de 2012, a existência de repercussão geral no tema[132], o que denota a importância e relevância da discussão.

Ao decidir pela repercussão geral, o Ministro Luis Fux citou trecho de decisão monocrática proferida pelo Ministro Marco Aurélio nos autos da ADIn nº. 2.310-MC:

> DECISÃO - LIMINAR AGÊNCIAS REGULADORAS - PESSOAL - ARREGIMENTAÇÃO - CLT - PESSOAL DA TELEBRÁS - APROVEITAMENTO - IMPROPRIEDADE - LIMINAR DEFERIDA - AD REFERENDUM DO PLENÁRIO.

---

[131] MINAS GERAIS, Tribunal de Justiça, Quarta Câmara Cível. Apelação Cível nº. 1.0024.10.112860-1/001. Apelante: Empresa de Trânsito e Transporte de Belo Horizonte S/A – BHTrans. Apelado: Maria Conceição Baltazar de Almeida. Relator: Des. Almeida Melo. Julgado em 31 de março de 2011.

[132] BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Pleno. Recurso Extraordinário com Agravo nº. 662.186/Minas Gerais. Recorrente: Empresa de Transporte e Trânsito de Belo Horizonte S/A – BHTrans. Recorrido: Maria da Conceição Baltazar de Almeida. Relator Min: Luis Fux. Repercussão geral, julgado em 22 de março de 2012.

> .....
> Prescindir, no caso, da ocupação de cargos públicos, com os direitos e garantias a eles inerentes, é adotar flexibilidade incompatível com a natureza dos serviços a serem prestados, igualizando os servidores das agências a prestadores de serviços subalternos, dos quais não se exige, até mesmo, escolaridade maior, como são serventes, artífices, mecanógrafos, entre outros. Atente-se para a espécie. Está-se diante de atividade na qual o poder de fiscalização, o poder de polícia fazem-se com envergadura ímpar, exigindo, por isso mesmo, que aquele que a desempenhe sinta-se seguro, atue sem receios outros, e isso pressupõe a ocupação de cargo público, a estabilidade prevista no artigo 41 da Constituição Federal. Aliás, o artigo 247 da Lei Maior sinaliza a conclusão sobre a necessária adoção do regime de cargo público relativamente aos servidores das agências reguladoras. Refere-se o preceito àqueles que desenvolvam atividades exclusivas de Estado, e a de fiscalização o é.
> A *vexata quaestio*, desta feita, cinge-se à definição da possibilidade de delegação, no bojo do poder de polícia, de determinadas fases da atividade, como a fiscalização, a pessoas jurídicas de direito privado integrantes da Administração Pública indireta, à luz dos artigos 30, 39, caput, 41, 173 e 247 da Constituição. [133]

Nesta decisão monocrática, o Ministro Marco Aurélio, utilizando-se de uma interpretação conjugada de alguns dispositivos constitucionais, principalmente os artigos 41, 173 e 247 da CF/88, chegou à conclusão de que é necessária a adoção do regime de cargo público para as atividades fiscalizatórias e sancionatórias, que envolvam o exercício do poder de polícia. Segundo o Ministro, aquele que desempenha tal atividade deve sentir-se seguro, deve atuar sem receios, o que só pode acontecer se investido de cargo público e dotado da prerrogativa prevista no artigo 41 da CF/88. [134]

De acordo com o Min. Marco Aurélio, o artigo 247 da CF/88 [135] indica que há necessidade de adoção de regime público para os entes que

---

[133] BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno. Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 2310/DF - Distrito Federal. Recorrente: Partido dos Trabalhadores – PT. Recorridos: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator Min: Marco Aurélio. Julgado em 19 de dezembro de 2000.

[134] "Art. 41. São estáveis após três anos de efetivo exercício os servidores nomeados para cargo de provimento efetivo em virtude de concurso público." (BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988).

[135] "Art. 247. As leis previstas no inciso III do § 1º do art. 41 e no § 7º do art. 169 estabelecerão critérios e garantias especiais para a perda do cargo pelo servidor público estável que, em

desenvolvam atividades exclusivas de Estado. O Ministro seguiu e afirmou que a fiscalização, a fase do ciclo de polícia que o STJ entendeu ser delegável, é uma das atividades exclusivas do Estado, devendo ser exercida por entes públicos.

Talvez o mais importante dispositivo constitucional referente à matéria seja o artigo 173 da CF/88, principalmente se levados em conta seus parágrafos primeiro e segundo. [136]

O parágrafo primeiro sinaliza que as empresas públicas e as sociedades de economia mista têm por atividade típica a exploração de atividade econômica, o que restringiria a atuação desses entes.

Não obstante, o parágrafo segundo desse artigo dispõe que esses entes não devem gozar de privilégios não extensíveis aos do setor privado. Esse dispositivo, portanto, estabelece uma situação análoga entre as empresas públicas, as sociedades de economia mista e os entes privados, fora da Administração, ou seja, consolida o regime jurídico privado desses entes da Administração indireta e o regime de emprego público. Como o próprio Ministro afirmou: "Prescindir, no caso, da ocupação de cargos públicos, com os direitos e garantias a eles inerentes, é adotar flexibilidade incompatível com a natureza dos serviços a serem prestados." [137]

Ao citar esses precedentes, ADIn 2310 e ADIn 1717, o Ministro Luis Fux reafirmou o entendimento da Corte e indicou o caminho que, provavelmente, seguirá.

---

decorrência das atribuições de seu cargo efetivo, desenvolva atividades de Estado." (BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988).

[136] "Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei. § 1º A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre: [...] § 2º - As empresas públicas e as sociedades de economia mista não poderão gozar de privilégios fiscais não extensivos às do setor privado." (BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988).

[137] BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno. Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 2310/DF - Distrito Federal. Recorrente: Partido dos Trabalhadores – PT. Recorridos: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator Min: Marco Aurélio. Julgado em 19 de dezembro de 2000.

5 CONCLUSÃO

Ao longo deste trabalho foi estabelecido o conceito de poder de polícia administrativa, diferenciou-se essa da Polícia Judiciária, tratou-se dos atributos e da competência para o exercício do poder de polícia, também foram abordados a forma e os limites desse poder e, finalmente, cuidou-se da sua delegação.

Em suma, pode-se dizer que poder de polícia é a atividade estatal, dotada de certos atributos, decorrentes da própria essência do Estado, condicionadora de comportamentos, que impõem limites ao exercício de direitos e liberdades, em prol do bem estar social, adstrita à legalidade e limitada pelos direitos fundamentais dos cidadãos.

Estabelecido o conteúdo do poder de polícia administrativa é possível ater-se à legalidade da delegação desse poder e, diante de toda exposição feita neste trabalho, o único entendimento cabível é o da ilegalidade dessa delegação, mesmo que esses entes privados tenham vinculação com entes públicos, façam parte da administração indireta.

É importante frisar que a reclamação corriqueira contra a “indústria da multa” não é questão tratada neste trabalho acadêmico, por, em verdade, tratarem-se de temas muito diferentes. O que se buscou foi a discussão acerca da validade da transferência do exercício de um poder tipicamente público, fora do mercado, a pessoas que, tipicamente, exploram atividades econômicas.

O tema do abuso de poder é diverso e por si só merece uma monografia a respeito. Até porque não decorre somente da atuação de pessoas privadas, as próprias pessoas públicas incumbidas da fiscalização podem abusar de seu poder, o que é até mais comum.

A questão sob foco, a validade, legalidade, da delegação do poder de polícia administrativa, não será solucionada dessa forma.

A conclusão pela indelegabilidade não é simplista, como muitos autores querem fazer entender, ela apenas é a única a ser tomada diante do

ordenamento jurídico brasileiro. É a que decorre da interpretação conforme a Constituição.

Para chegar a essa conclusão deve-se fazer a interpretação conjugada dos artigos 173, parágrafos primeiro e segundo, e 247 da Constituição Federal.

O parágrafo primeiro do artigo 173 já denota que as empresas públicas e as sociedades de economia mista explorarão atividades de caráter econômico e o disposto no parágrafo segundo desse artigo implica na impossibilidade de gozo, por esses entes, de privilégios não extensíveis aos entes do setor privado. Já o artigo 247 da Carta Magna, como muito bem decidiu o Ministro Marco Aurélio "sinaliza a conclusão sobre a necessária adoção do regime de cargo público relativamente aos servidores das agências reguladoras. Refere-se o preceito àqueles que desenvolvam atividades exclusivas de Estado, e a de fiscalização o é."

Se isso já não bastasse há, ainda, legislação infraconstitucional que trata a respeito do tema. A Lei 11.079/2004 (Lei da parceria público – privada), em seu artigo 4º, inciso III, dispõe que as funções de regulação, jurisdição, o exercício do poder de polícia e outras atividades exclusivas do Estado são indelegáveis. A lei não apenas classifica o poder de polícia e a função de regulação como atividades exclusivas do Estado como também petrifica o caráter indelegável dessas.

Soma-se a isso a jurisprudência consolidada pela Corte Suprema do país (ADIn 2.310 e ADIn 1.717) para concluir que não há outra hipótese se não a indelegabilidade do poder de polícia administrativa. Esse é o, correto, entendimento do STF, que, de acordo com a primeira manifestação do Ministro Luis Fux no Recurso Extraordinário nº. 662.186, muito provavelmente se manterá.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito Administrativo**. 12ª Ed. São Paulo: Impetus, 2006.

AFONSO DA SILVA, Luís Virgílio. O Proporcional e o Razoável. **Revista dos Tribunais,** São Paulo, ano 91, vol. 798, abr. 2002.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 29 de novembro de 2012.

BRASIL. Decreto-Lei nº. 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Planalto** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 5 de dezembro de 2012.

BRASIL. Decreto-Lei nº. 200, de 25 de fevereiro de 1967. **Planalto.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del0200.htm. Acessado em: 5 de dezembro de 2012.

BRASIL. Lei nº. 5.172, de 25 de outubro de 1966. **Planalto.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5172.htm. Acessado em: 29 de novembro de 2012.

BRASIL. Lei nº. 9.649, de 27 de maio de 1998. **Planalto.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9649cons.htm. Acessado em: 5 de dezembro de 2012.

BRASIL. Lei nº. 9.873, de 23 de novembro de 1999. **Planalto.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9873.htm. Acessado em: 29 de novembro de 2012.

BRASIL. Lei nº. 11.079, de 30 de dezembro de 2004. **Planalto.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/l11079.htm. Acessado em: 29 de novembro de 2012.

BRASIL. Lei nº. 12.016, de 7 de agosto de 2009. **Planalto.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12016.htm. Acessado em: 29 de novembro de 2012.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Segunda Turma. Recurso Especial nº. 1142377/Rio de Janeiro. Recorrente: Petróleo Brasileiro S/A PETROBRAS. Recorrido: Agência Nacional do Petróleo Gás Natural e Biocombustíveis – ANP. Relator: Min. Herman Benjamin. Julgado em 18 de março de 2010. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/jsp/revista/abreDocumento.jsp?componente=ATC&sequencial=8440345&num_registro=200901020394&data=20120228&tipo=5&formato=PDF. Acessado em: 12 de novembro de 2012.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Primeira Turma, Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº. 28778/Rio de Janeiro. Recorrente: Porto Seguro Companhia de Seguros Gerais. Recorrido: Estado do Rio de Janeiro. Relator: Min. Denise Arruda. Julgado em 20 de novembro de 2009. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/jsp/revista/abreDocumento.jsp?componente=ATC&sequencial=5982396&num_registro=200900247180&data=20091120&tipo=5&formato=PDF. Acessado em: 8 de novembro de 2012.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Segunda Turma. Agravo Regimental no Recurso Especial nº. 1284558/Paraíba. Agravante: José Waldomiro Ribeiro Coutinho Filho. Agravado: Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis – IBAMA. Relator: Min. Humberto Martins. Julgado em 28 de fevereiro de 2012. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/jsp/revista/abreDocumento.jsp?componente=ATC&sequencial=20682260&num_registro=201102354943&data=20120305&tipo=5&formato=PDF. Acessado em: 29 de novembro de 2012.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Segunda Turma. Recurso Especial nº. 817534/Minas Gerais. Recorrente: Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Recorrido: Empresa de Transporte e Trânsito de Belo Horizonte – BHTrans. Relator: Min. Mauro Campbell Marques. Julgado em 10 de novembro de 2009. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/jsp/revista/abreDocumento.jsp?componente=ATC&sequencial=7054568&num_registro=200600252881&data=20091210&tipo=5&formato=PDF. Acessado em 14 de novembro de 2012.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Primeira Seção. Recurso Especial nº. 1115078/Rio Grande do Sul. Recorrente: Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis – IBAMA. Recorrido: José Evando Welter. Relator: Min. Castro Meira. Julgado em 24 de março de 2010. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/jsp/revista/abreDocumento.jsp?componente=ATC&sequencial=9107970&num_registro=200900743420&data=20100406&tipo=5&formato=PDF. Acessado em: 8 de novembro de 2012.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Primeira Turma. Recurso Especial nº. 1057754/São Paulo. Recorrente: Município de Itapecerica da Serra. Recorrido: Fazenda do Estado de São Paulo. Relator: Min. Luiz Fux. Julgado em 23 de março de 2010. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/jsp/revista/abreDocumento.jsp?componente=ATC&sequencial=9075463&num_registro=200801055635&data=20100414&tipo=5&formato=PDF. Acessado em 8 de novembro de 2012.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Segunda Turma. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº. 1205907/Rio de Janeiro. Agravante: Município do Rio de Janeiro. Agravado: Companhia Estadual de Águas e Esgotos – CEDAE. Relator: Min. Humberto Martins. Julgado em 18 de fevereiro de 2010. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/jsp/revista/abreDocumento.jsp?componente=ATC&sequencial=8426223&num_registro=200901665254&data=20100302&tipo=5&formato=PDF. Acessado em: 3 de novembro de 2012.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Pleno. Recurso Extraordinário nº. 511961/São Paulo. Recorrente: Sindicato da Empresas de Rádio e Televisão no Estado de São Paulo – SERTESP. Recorrido: Federação Nacional dos Jornalistas – FENAJ. Relator: Min. Gilmar Mendes. Julgado em 17 de junho de 2009. Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%24%2ESCLA%2E+E+511961%2ENUME%2E%29+OU+%28RE%2EACMS%2E+ADJ2+511961%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos. Acessado em: 28 de novembro de 2012.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 1717/Distrito Federal. Recorrentes: Partido Comunista do Brasil – PC do B e Partido dos Trabalhadores – PT. Recorrido: Presidente da República. Relator: Min. Sydney Sanches. Julgado em 22 de setembro de 1999. Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI%24%2ESCLA%2E+E+1717%2ENUME%2E%29+OU+%28ADI%2EACMS%2E+ADJ2+1717%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos. Acessado em: 3 de novembro de 2012.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Primeira Turma. Recurso Extraordinário nº. 539224/Ceará. Recorrente: Ministério Público Federal. Recorrido: Conselho Regional de Biblioteconomia 3ª Região – CRB 3. Relator: Min. Luiz Fux. Julgado em 22 de maio de 2012. Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%24%2ESCLA%2E+E+539224%2ENUME%2E%29+OU+%28RE%2EACMS%2E+ADJ2+539224%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos. Acessado em: 4 de novembro de 2012.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Pleno. Recurso Extraordinário com Agravo nº. 662186/Minas Gerais. Recorrente: Empresa de Transporte e Trânsito de Belo Horizonte S/A – BHTrans. Recorrido: Maria da Conceição Baltazar de Almeida. Relator Min. Luis Fux. Repercussão geral, julgado em 22 de março de 2012. Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ARE%24%2ESCLA%2E+E+662186%2ENUME%2E%29+OU+%28ARE%2EPRCR%2E+ADJ2+662186%2EPRCR%2E%29&base=baseRepercussao. Acessado em: 3 de novembro de 2012.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno. Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 2310/DF - Distrito Federal. Recorrente: Partido dos Trabalhadores – PT. Recorridos: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator Min. Marco Aurélio. Julgado em 19 de dezembro de 2000. Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI%24%2ESCLA%2E+E+2310%2ENUME%2E%29&base=baseMonocraticas. Acessado em: 5 de novembro de 2012.

CAETANO, Marcelo. **Princípios Fundamentais de Direito Administrativo**. São Paulo: Forense, 1977.

CRETELLA JUNIOR, José. **Curso de Direito Administrativo.** Rio de Janeiro: Forense, 1986.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 22ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

FILHO, José dos Santos Carvalho. **Manual de Direito Administrativo**. 24ª Ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2011.

GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 8ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

LIMA, Ruy Cirne. **Princípios de Direito Administrativo**. 7ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

MAFFINI, Rafael. **Direito Administrativo**. 2ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. 1ª Ed.São Paulo : Atlas, 2008.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno.** 12ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 14ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 12ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. **Curso de Direito Administrativo**. 26º Ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

MINAS GERAIS, Tribunal de Justiça, Quarta Câmara Cível. Apelação Cível nº. 1.0024.10.112860-1/001. Apelante: Empresa de Trânsito e Transporte de Belo Horizonte S/A – BHTrans. Apelado: Maria Conceição Baltazar de Almeida. Relator: Des. Almeida Melo. Julgado em 31 de março de 2011. Disponível em: http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0024.10.112860-1%2F001&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar. Acesso em: 4 de dezembro de 2012.

MIRANDA, Henrique Savonitti. **Curso de Direito Administrativo**. 3ª Ed. Brasília: Senado Federal, 2005.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo.** 15ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

OSÓRIO, Fabio Medina. **Direito Administrativo Sancionador.** 3ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

TÁCITO, Caio. O poder de polícia e seus limites. **Revista de Direito Administrativo.** nº. 27. Rio de Janeiro, 1952.

ZIMMER JÚNIOR, Aloísio. **Direito Administrativo**, Teoria Resumida. São Paulo: Forense, 2009.