

BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE A DELEGAÇÃO DO PODER DE POLICIA

WILCINETE DIAS SOARES¹

Resumo- O presente trabalho discorre sobre a discussão que gira em torno da possibilidade ou não, de delegação às entidades privadas, do exercício do poder de policia, abordando as posições doutrinarias e o entendimento das nossas Cortes Supremas sobre o assunto.

Palavras-Chaves: Poder de Policia; Delegação.

Sumário: 1.Introdução; 2. Poder de Policia-Considerações Iniciais: 2.1.Conceito; 2.2. Atributos e Fundamentos 3. Delegação do Exercício do Poder de Policia; 3.1- Entendimento das Cortes Superiores 4. Considerações Finais. Referências Bibliográficas.

¹ Procuradora do Município de Diadema-SP.
Especialista em Direito Municipal pela UNIDERP.
Pós-graduada em Direito Administrativo e Processual Civil pelas Faculdades Integradas de Jacarepaguá-FIJ.
Advogada militante na área do contencioso judicial no Estado de São Paulo.

1-INTRODUÇÃO

Questão que suscita discussão na doutrina, é a referente a possibilidade de delegação a entidade privada do exercício do Poder de Polícia do Estado.

Antes de iniciar a abordagem sobre o tema , mister se faz tecer algumas considerações sobre o poder de polícia, apresentando seu conceito, atributos, fundamento e campos de atuação para após focarmos o estudo proposto.

2- PODER DE POLICIA- CONSIDERAÇÕES INICIAIS

É cediço que o Estado, na busca do interesse público, assume uma posição de preponderância em suas relações com os particulares, consubstanciada em uma série de prerrogativas e poderes especiais, conferidos pela própria ordem constitucional ao Estado, para viabilizar a execução de suas funções primordiais buscando atingir o interesse público visado.

Tais poderes inerentes à Administração Pública, e decorrentes do princípio basilar da Supremacia do Interesse Público sobre o privado, são mecanismos indispensáveis postos à disposição dos agentes públicos, para que atuem em nome do Estado, e assim alcancem a finalidade pública. São de vital importância, pois, sem eles, o Estado não conseguiria fazer sobrepor a vontade da lei à vontade individual.

O Poder de Policia é pois, um desses poderes administrativos especiais conferidos à Administração, para a realização das aspirações e das necessidades sociais.

2.1. Conceito

Conforme o disposto no artigo 78 do Código Tributário Nacional, o Poder de Policia é conceituado da seguinte forma:

“Art. 78- Considera-se poder de policia a atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a pratica de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, no exercício das atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do poder público, à tranqüilidade pública ou o respeito à ´propriedade e aos direitos individuais ou coletivos”

Emerge claramente da leitura do artigo supratranscrito, que para atender o interesse geral, o Estado assume amplas atividades, dos mais variados setores da sociedade, como segurança, moral, saúde, ambiente, defesa do consumidor, patrimônio cultural, propriedade, que aparecem nos mais variados ramos da polícia administrativa: polícia de segurança, das florestas, das águas, de trânsito, logradouros públicos, sanitária, edilícia, dentre outros. Todas atuando sobre atividades particulares que afetam ou possam vir afetar os interesses supremos da coletividade, que incumbe ao Estado proteger.

Para Hely Lopes Meirelles,

... é “a faculdade de que dispõe a Administração Pública para condicionar e restringir o uso e gozo de bens, atividades e direitos individuais, em benefício da coletividade de do próprio Estado”²

José Cretella Júnior por sua vez, conceitua o instituto como sendo *in verbis*

...o conjunto de poderes coercitivos, exercidos pelo Estado, sobre as atividades dos administrados, por meio de medidas impostas a essas atividade, a fim de assegurar a ordem pública”³

Por outras palavras, é um poder de natureza instrumental, de que dispõe o Estado, para limitar, restringir atividades, direitos e liberdades das pessoas físicas ou jurídicas, em prol do bem estar da sociedade.

2.2. Atributos e Fundamento

. Dada a sua finalidade instrumental para limitar direitos, assegurando a ordem social, tem como atributos a **auto-executoriedade**, **imperatividade** e **discricionariedade**, os quais estão vinculados pela lei quando esta estabelecer modo e forma de atuação do agente público.

² Direito Municipal Brasileiro-2006,p,480

³ Do Poder de Policia. Rio de Janeiro. Forense, 1999, p. 25

⁴ DI PIETRO- Maria Sylvia Zanella- Direito Administrativo- Atlas- 24ª ed. 2008. p. 9

A auto-executoriedade conforme ensinamentos, é a possibilidade que tem a Administração de com os próprios meios pôr em execução as suas decisões, sem precisar recorrer ao Poder Judiciário⁴

Hely Lopes Meirelles adverte que:

... realmente, não poderia a Administração bem desempenhar sua missão de autodefesa dos interesses sociais se, a todo o momento, encontrando natural resistência do particular, tivesse que recorrer ao Judiciário para remover a oposição individual à atuação pública”⁵

Imperatividade- é a prerrogativa que a Administração possui para impor e exigir determinado comportamento de terceiro buscando atingir da melhor maneira possível o interesse público visado.

Discricionariedade- significa dizer que a Administração Pública tem a liberdade de escolher, de acordo com sua conveniência e oportunidade, quais serão as limitações impostas ao exercício dos direitos individuais e as sanções aplicáveis nesses casos, podendo também fixar as condições para o exercício de determinado direito.

Certo é que, embora seja um poder discricionário conferindo amplo espaço ao administrador para escolher a forma da sua atuação de acordo com o seu critério de conveniência e oportunidade, não pode violentar as regras técnicas, nem os mais elementares princípios de direito. Deve ser exercido dentro da razoabilidade e proporcionalidade, não podendo servir, como forma de

⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro- 21ª ed. São Paulo. Malheiros, p.145

suprimir direitos constitucionalmente garantidos, mas apenas condicioná-los de acordo com o interesse social.

O fundamento desse Poder Especial de Direito Público, está centrado no vínculo geral, que existe entre a Administração Pública e os administrados, que autoriza condicionar o uso, gozo e disposição da propriedade e do exercício da liberdade em benefício do interesse público. Seu exercício materializa-se mediante edição de normas limitadoras, sancionadoras, proibitivas, fiscalização e pelas sanções de polícia.

3- DELEGAÇÃO DO EXERCÍCIO DO PODER DE POLÍCIA

Discute-se, sobre a possibilidade de delegação do exercício do Poder de Polícia por particulares.

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

Vale citar aqui o doutrinador Diogo de Figueiredo Moreira Neto, o qual em sua obra “Curso de Direito Administrativo”, nas páginas 94 e 95 leciona:

A doutrina considera que certas atividades são todavia, indelegáveis: as denominadas atividades jurídicas do Estado, que lhes são próprias e impostas como condição necessária de sua existência. As demais,

delegáveis, são as chamadas atividades sócias, que são cometidas ao Estado na medida em que ao legislador pareça útil à sociedade, não sendo considerados fundamentais à sua preservação essencial. **No campo do poder de policia, só há atividades próprias⁶(grifamos)**

Carlos Ari Sundfeld, entende possível a delegação. Utiliza a expressão descentralização, para defender a idéia de transferência pelo Estado do exercício do poder de policia entre outras pessoas jurídicas de direito público, como autarquias e fundações públicas. Por outro ângulo, emprega o vocábulo delegação quando se refere à transferência Estatal da atividade de policia a empresas estatais.⁷

Por fim, outra parte da doutrina fraciona os atos de policia em dois grupos: **atos de policia delegáveis e indelegáveis**.

Podemos mencionar , Juarez Freitas, para quem são delegáveis os atos **mediatamente de policia ou instrumentais**, não-inerentemente estatais, sem qualquer ofensa à mencionada indelegabilidade “⁸.(grifo nosso)

Quanto atos que chama de **atos de legislação e de sanção**, entende o mesmo doutrinador , tratar-se de atividade exclusiva do Poder Público, e, portanto, refuta a possibilidade de delegação.

⁶ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo- Curso de Direito Administrativo- 1990, p. 94/95

⁷ Empresa Estatal pode exercer o poder de policia-Boletim de Direito Administrativo- nº 2- SP. Ed. Nova Dimensão Jurídica, 1993-p. 98

⁸ Poder de Policia Administrativa e o primado dos direitos fundamentais. In- Estudos em homenagem ao professor Adilson Abreu Dallari, p. 412

Na mesma linha de raciocínio, é a doutrina de Celso Antonio Bandeira de Mello, o qual, considera passível de delegação somente os atos *materiais preparatórios ou sucessivos* aos atos de policia. Repudia a delegação dos atos, que denomina **atos jurídicos expressivos** do Poder de Polícia,⁹(grifo nosso)

3.1 -ENTENDIMENTO DAS CORTES SUPERIORES.

O Superior Tribunal de Justiça no julgamento do Recurso Especial (nº 817.534 MG 2006/0025288-1- Rel. Min. Mauro Campbell Marques- 2ª Turma j. 04/08/2009), já teve oportunidade de se manifestar sobre o tema, em questão posta pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais, sobre a legalidade da delegação à uma sociedade de economia mista pelo Estado de Minas Gerais, da atividade de policia referente a aplicação de penalidades administrativas de trânsito. Transcrevemos *verbis* excerto do voto do relator no Resp acima mencionado:

“A controvérsia em debate é a possibilidade de exercício do poder de policia por particulares (no caso, aplicação de multas de transito por sociedade de economia mista) As atividades que envolvem a consecução do poder de policia podem ser sumariamente divididas em quatro grupo, a saber: (i) legislação, (ii) consentimento, (iii) fiscalização e (iv) sanção. No âmbito da limitação do exercício da propriedade e da liberdade no transito, esses grupos ficam bem definidos: o CTB estabelece normas genéricas e abstratas para a obtenção da Carteira Nacional de Habilitação (legislação); a emissão da carteira corporifica a vontade do Poder Público (consentimento); a Administração instala equipamentos eletrônicos para verificar se há respeito à velocidade estabelecida em lei (fiscalização); e também a Administração sanciona aquele que guarda

⁹ Curso de Direito Administrativo- p. 701

observância ao CTB (sanção). Somente os atos relativos ao consentimento e à fiscalização são delegáveis, pois aqueles referentes à legislação e à sanção derivam do poder de coerção do Poder Público” No que tange aos atos de sanção, o bom desenvolvimento por particulares estaria, inclusive, comprometido pela busca do lucro - aplicação de multas para aumentar a arrecadação. Com essas considerações, voto por **DAR PROVIMENTO ao recurso especial.**”

Dessa forma, o fundamento do voto condutor do relator, fulcrou-se na aferição das quatro atividades concernentes ao poder de polícia: **legislação**, **consentimento**, **fiscalização** e **sanção**.

Legislação e sanção, segundo o entendimento do nobre relator, constituem atividades **típicas** da Administração Pública e, portanto, indelegáveis, **Consentimento e fiscalização**, por não terem caráter de coerção podem ser delegados.

Como se vê, concluiu-se pela prevalência da tese defendida pelo recorrente, por entender versar a hipótese discutida naqueles autos, de delegação de atividade de natureza **sancionadora**, sendo portanto, impossível a sua delegação.

O Supremo Tribunal Federal, também já se pronunciou sobre o assunto em análise, quando do julgamento em 07/11/2002, da ADI 1.717, proposta pelos partidos políticos: PC do B, PT E PDT, cujo mérito da ação, discutia a constitucionalidade do artigo 58 e seus parágrafos da Lei Federal nº 9.649/98, que consagrou a possibilidade de delegação pelo Poder Público do poder de

policia atinente **aos serviços de fiscalização** de profissões regulamentadas à entidades de natureza privada. Manifestou-se o Supremo, no sentido da impossibilidade da **delegabilidade do poder de policia a entidade de natureza privada**, exatamente por considerá-lo atividade típica do Poder Público.

Assim restou ementada a decisão:

EMENTA.

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

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

O referido recurso entretanto, ainda não teve o seu mérito analisado. Em análise preliminar, o relator do recurso Min. Luiz Fux, entendeu presente a existência da repercussão geral da questão constitucional suscitada. por vislumbrar que a matéria constitucional ali debatida ultrapassa os interesses das partes, mostrando-se relevante do ponto de vista econômico, político, social e jurídico.

Assim em breve, teremos um pronunciamento da Corte Constitucional a respeito da possibilidade de entes de direito privado poderem praticar atos punitivos no âmbito do Poder de Policia.

Cumprê lembrar que esse pronunciamento uma vez emitido, deverá ser referendado pelas instâncias inferiores em ações fundamentadas em idêntica controvérsia, nos exatos termos do art. 102, § 3º da CF e art. 543-B do Código de Processo Civil.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

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

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

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

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

Bandeira de Mello, Celso Antonio -Curso de Direito Administrativo .Ed. Malheiros,1998.

Brasil. Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966- Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Diário Oficial da União de 27.10.1966

Di Pietro- Maria Sylvia Zanella- Direito Administrativo- Atlas- 24ª ed. 2008.

Freitas, Juarez. Poder de Policia Administrativa e o primado dos direitos fundamentais. In- Estudos em homenagem ao professor Adilson Abreu Dallari, p. 412

Junior, José Cretella- Do Poder de Policia. Rio de Janeiro. Forense, 1999.

Lazzarini, Álvaro. Boletim de Direito Administrativo- Nov/96- p. 14

Meirelles, Hely Lopes- Direito Municipal Brasileiro-Ed. Malheiros, 2006.

Moreira Neto ,Diogo de Figueiredo- Curso de Direito Administrativo, 1990.

Sundfeld, Carlos Ari. Empresa Estatal pode exercer o poder de policia.Boletim de Direito Administrativo, nº 2.São Paulo: Editora Nova Dimensão Jurídica, 1993.

[https:// ww2.stj.jus.br-revista eletrônica- Resp. 817.534-MG-](https://ww2.stj.jus.br-revista_eletrônica-Resp.817.534-MG-) acesso em 12/06/13.

Repositório de Jurisprudência do STF- disponível em <https://ww.stf./jurisprudencia-acesso> em 12/06/13.