

O poder de polícia administrativa e a realização dos direitos fundamentais: um estudo a partir de decisões do STF\*

The administrative policy power and the achievement of fundamental rights: a study from decisions by the Brazilian Supreme Court

*Leonardo da Rocha de Souza\*\**

## RESUMO

O poder de polícia administrativa está intimamente ligado à realização dos direitos fundamentais, já que pressupõe a limitação de alguns direitos para a realização de outros. O art. 78 do Código Tributário Nacional indica alguns direitos que devem ser protegidos pelo Estado e apresenta

---

\* Artigo recebido em novembro de 2010 e aprovado em janeiro de 2011.

Versão adaptada de *paper* apresentado no mestrado em direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), na disciplina “Modelos jurídicos de direito administrativo: novos papéis do Estado (temas fundamentais de direito administrativo)”, ministrada pelo prof. notório saber Almiro Regis Matos do Couto e Silva e pelo prof. dr. Itiberê de Oliveira Castellano Rodrigues.

\*\* Mestrando em direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Procurador do município de Caxias do Sul/RS. Integrante do Grupo de Pesquisa “Direitos Fundamentais e Novos Direitos”, da Faculdade de Direito da UFRGS ([www.ufrgs.br/direito](http://www.ufrgs.br/direito)), registrado no CNPq, sob a orientação do prof. dr. José Alcebiades de Oliveira Junior. E-mail: leorochasouza@gmail.com.

requisitos para essa proteção. O presente trabalho analisa os elementos do referido art. 78 à luz de decisões do Supremo Tribunal Federal, buscando-se, nos casos práticos, destacar lições para sua aplicação.

#### PALAVRAS-CHAVE

Poder de polícia administrativa — direitos fundamentais — Supremo Tribunal Federal

#### ABSTRACT

The administrative police power is closely linked to the achievement of fundamental rights, since it presupposes the restriction of some rights for the realization of others. In the article 78, of National Tax Code, there are some rights should be protected by the State and some requirements for such protection. This paper examines the elements of that article 78 in the light of decisions by the Brazilian Supreme Court, seeking, in practical cases, to highlight lessons for their application.

#### KEY-WORDS

Administrative police power — fundamental rights — Brazilian Supreme Court

## 1. Introdução

Desde a *República*, de Platão, aos primórdios da modernidade, a busca pelo melhor da República era o objetivo principal da filosofia, e o homem era concebido como espelho de uma realidade externa e superior. A partir de Hobbes, o centro da filosofia passa a ser a busca pelo governo eficiente e legítimo.<sup>1</sup> Com isso, o soberano idealizado por Hobbes, o Leviatã, tem poder irrestrito, é o único legislador, não está sujeito às leis, tem direitos indivisíveis, absolutos e incompartilháveis, tem seu poder como resultado do desejo e do direito individuais e deve ser o único detentor da soberania (esse é um requisito necessário “para a soberania entrar em vigor e oferecer seus serviços”).<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> DOUZINAS, Costas. *O fim dos direitos humanos*. São Leopoldo: Unisinos, 2009. p. 83, 87 e 93.

<sup>2</sup> *Ibid.*, p. 90, 91 e 94.

O soberano é criado para proteger os direitos dos súditos; mas, para haver essa proteção, os súditos devem consentir com a abolição de seus direitos. Assim, o reconhecimento e a proteção do direito natural dão origem ao seu desaparecimento. “O preço pela proteção contra outros é a mínima proteção contra o Estado.” É necessário, então, que o indivíduo *perca* direitos políticos e humanos em prol do Soberano.<sup>3</sup> Aplicando-se a teoria de Hobbes ao poder de polícia administrativa, teríamos um quadro em que o poder público teria poder irrestrito para limitar direitos individuais, desde que seu objetivo fosse assegurar a paz e a defesa comum. Restaria, como núcleo dos direitos naturais, inatingível pelo soberano, o direito à autodefesa e à liberdade de consciência.

Locke tem algumas semelhanças com Hobbes. Ele também entende que a natureza deu ao homem um desejo de felicidade e uma aversão à miséria, e a busca de realização desse desejo não pode ser obstruída. Para isso é necessário um contrato social de sujeição. “Todo homem coloca-se sob uma obrigação diante de todos daquela sociedade a submeter-se à determinação da maioria e ser firmado por ela.” No entanto, Locke entende que o soberano deve se subordinar à lei e aos direitos de propriedade.<sup>4</sup> Em Locke, portanto, a limitação de direitos continua podendo ser feita livremente pelo soberano, com a diferença de que esse também se submete à lei e aos direitos de propriedade.

O liberalismo e o individualismo de Hobbes e Locke<sup>5</sup> possibilitaram a “consagração de direitos públicos subjetivos, reconhecidos e resguardados pela ordem jurídica” e a “garantia de direitos individuais inalienáveis e intangíveis, emanados da comunhão social”.<sup>6</sup>

A atuação do Estado evoluiu, assim, de um papel negativo, que visava “evitar a perturbação da ordem e assegurar o livre exercício das liberdades públicas”, para um Estado cada vez mais intervencionista, “agindo em função do interesse público, para restringir e condicionar o exercício de direitos e liberdades por indivíduos, grupos ou classes”. Caio Tácito acrescenta: “O poder de polícia, que é o principal instrumento do Estado no processo de dis-

---

<sup>3</sup> *Ibid.*, p. 93 e 94.

<sup>4</sup> *Ibid.*, p. 95-96.

<sup>5</sup> Hobbes é considerado pai do liberalismo e do individualismo (POGREBINSCHI, Thamy. Hobbes, Thomas. In: BARRETTO, Vicente de Paulo (Coord.). *Dicionário de filosofia do direito*. São Leopoldo/Rio de Janeiro: Unisinos/Renovar, 2006. p. 437) e Locke como o filósofo que lançou os fundamentos do individualismo econômico (SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. Locke, John. In: *Ibid.*, p. 545).

<sup>6</sup> TÁCITO, Caio. *Direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 1975. p. 134.

ciplina e continência dos interesses individuais, reproduz, na evolução de seu conceito, essa linha ascensional de intervenção dos poderes públicos”.<sup>7</sup>

Se, além de Hobbes e Locke, analisássemos outros filósofos que se debruçaram sobre temas relacionados à intervenção estatal nos direitos individuais, chegaríamos a pontos de vista diversos no tocante aos limites de atuação do governante. Norberto Bobbio demonstra que cada momento histórico constrói os direitos humanos que lhe são próprios, a depender das realidades geográficas e políticas de sua época.<sup>8</sup> A análise de diferentes religiões seria igualmente capaz de demonstrar a divergência de concepções a respeito do justo, de requisitos para uma vida digna e, por conseguinte, de conteúdo dos direitos humanos.<sup>9</sup> Ou seja, em cada época, local e cultura, é alterada a concepção de justiça e de conformidade aos direitos humanos, e, portanto, dos direitos que devem ser protegidos e daqueles que podem ser limitados pelo poder público.

Somando-se a isso, tem-se a definição de Álvaro Lazzarini, segundo o qual o poder de polícia provém do direito da administração pública de “controlar os direitos e liberdades das pessoas, naturais ou jurídicas, inspirando-se nos ideais do bem comum”.<sup>10</sup> O problema, mais uma vez, é definir o que seja *bem comum*. Por isso, acrescenta Álvaro Lazzarini: “o poder de polícia há de ser exercido dentro dos limites impostos pela lei, pela realidade e pela razoabilidade, sob pena de resvalar para a arbitrariedade...”.<sup>11</sup>

A *legalidade* permite a existência de uma moldura normativa que estabelece os limites do agir público no poder de polícia; a *realidade* permite a adequação da lei ao fato sujeito ao poder de polícia; e a *razoabilidade* estabelece a coerência entre a atuação do poder público e a finalidade do exercício do poder de polícia.<sup>12</sup>

Para a análise desses limites e das características do poder de polícia, tomaremos como base o conceito legal de poder de polícia, contido no Código Tributário Nacional:

---

<sup>7</sup> *Ibid.*, p. 135.

<sup>8</sup> BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 5. A partir dessa afirmação, Bobbio apresenta as gerações de direitos.

<sup>9</sup> A respeito das diferentes concepções do cristianismo e do islamismo, v. BIELEFELDT, Heiner. *Filosofia dos direitos humanos*. São Leopoldo: Unisinos, 2000. p. 141 e ss.

<sup>10</sup> LAZZARINI, Álvaro. *Temas de direito administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 51.

<sup>11</sup> *Ibid.*, p. 53.

<sup>12</sup> *Ibid.*, p. 274.

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 abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranquilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos.<sup>13</sup>

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

Utilizando essa definição como ponto de partida serão dados três enfoques ao tratar do tema:

(1) a finalidade do poder de polícia: *em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do poder público, à tranquilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos;*

(2) como aplicar o poder de polícia: (a) *limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato;* (b) *com observância do processo legal e, tratando-se de atividade que a lei tenha como discricionária, sem abuso ou desvio de poder;*

(3) quem pode atuar no desempenho do poder de polícia: *atividade da administração pública [...] pelo órgão competente nos limites da lei aplicável.*

Ao analisar as decisões do Supremo Tribunal Federal (STF) sob esses três enfoques, buscar-se-á extrair lições a respeito do instituto ora estudado.

## 2. Finalidade

Hely Lopes Meirelles ensinava que “A finalidade do poder de polícia [...] é a proteção ao interesse público no seu sentido mais amplo [...] Desde que ocorra um interesse público relevante, justifica-se o exercício do poder

---

<sup>13</sup> Redação dada pelo Ato Complementar nº 31, de 28 de dezembro de 1966.

de polícia da Administração para a contenção de atividades particulares antissociais”.<sup>14</sup>

Como visto na introdução, o art. 78 do CTN define como finalidade do poder de polícia a proteção do *interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do poder público, à tranquilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos*. Com base nessa definição, destacam-se algumas decisões do Supremo Tribunal Federal que tratam dos interesses públicos protegidos pela administração pública ao desempenhar o poder de polícia.

Alerte-se, porém, que a lista do art. 78 do CTN não é *numerus clausus*, mas vários outros temas relacionados ao poder de polícia podem ser abrangidos pelos temas em sentido amplo nele previstos. Nesse sentido serão trabalhados neste capítulo:

(1) uma decisão que trata especificamente de trânsito, mas que pode-se ligar à segurança *lato sensu*, aqui abordada como segurança contra irregularidades que possam levar a acidentes, já que a “polícia de tráfego e trânsito serve para garantir a segurança e ordem nas vias e rodovias”;<sup>15</sup>

(2) outra decisão que versa sobre a saúde pública, claramente voltada à *higiene* prevista no art. 78 do CTN, ou, nas palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello: “polícia sanitária, voltada à defesa da saúde pública e incidente em vários campos, tais a polícia de medicamentos, das condições de higiene nas casas de pasto, dos índices acústicos toleráveis”;<sup>16</sup> e

(3) uma terceira decisão que trata da liberdade de reunião e de manifestação pública, vinculada ao interesse da ordem contido no art. 78 do CTN, procurando-se vislumbrar uma “polícia dos logradouros públicos, destinada à proteção da tranquilidade pública”,<sup>17</sup> mas sem anular o direito de reunião; e, finalizando o capítulo, será trabalhada, ainda, uma decisão que trata da imposição de multas em veículos estacionados sobre calçadas, meios-fios, passeios, canteiros e áreas ajardinadas, ainda sob o enfoque da *ordem* voltada à organização viária. Com a análise de decisões relacionadas à ordem, também se

---

<sup>14</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 125.

<sup>15</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 844.

<sup>16</sup> *Ibid.*

<sup>17</sup> *Ibid.*

está atendendo à origem etimológica da palavra *polícia*, ou seja, à *polis* grega, referindo-se à organização da cidade.<sup>18</sup>

## 2.1. Segurança no trânsito

A respeito da *segurança no trânsito* como interesse público a ser protegido pelo poder de polícia, destaca-se a decisão a seguir ementada:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. VEÍCULOS DE TRANSPORTE COLETIVO DE PASSAGEIROS. LEI 3.756, DE 2002, DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. I. — Lei 3.756/2002, do Estado do Rio de Janeiro, que autoriza o Poder Executivo a apreender e desemplacar veículos de transporte coletivo de passageiros encontrados em situação irregular: constitucionalidade, porque a norma legal insere-se no poder de polícia do Estado. II. — Ação direta de inconstitucionalidade julgada improcedente. (ADI 2751, Relator(a): min. CARLOS VELLOSO, Tribunal Pleno, julgado em 31/08/2005, DJ 24-02-2006 PP-00005 EMENT VOL-02222-01 PP-00092)

Apesar de a decisão acima citada ter como objeto central a análise de uma lei estadual sobre trânsito, uma leitura de parte do voto do ministro Carlos Velloso, relator do processo acima ementado, demonstrará o motivo do enquadramento do presente assunto como relacionado à *segurança no trânsito*:

Não há dúvida que compete à União legislar sobre trânsito (CF, art. 22, XI). Acontece que a legislação aqui impugnada parece-me não ser propriamente de trânsito, mas, sim, de Direito Administrativo, pertinente à administração.

Com efeito.

A Lei 3.756, de 2002, do Estado do Rio de Janeiro, simplesmente autoriza o Poder Executivo a apreender e desemplacar os veículos irregulares

<sup>18</sup> TÁCITO, op. cit., p. 134. Odete Medauar ensina que a palavra *polícia*, justamente pela vinculação ao vocábulo *polis*, significava, na Antiguidade, o “ordenamento político do Estado ou cidade”. Na Idade Média, a noção de poder de polícia foi ampliada, envolvendo o significado hoje utilizado: “em várias comunas havia licenças de construir, alinhamento nas construções, fiscalização das profissões como proteção dos consumidores e polícia sanitária”. (MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 387-388)

de transporte coletivo. Ora, a atividade de licenciamento e emplaceamento de veículos é estadual. Ela se efetiva, é certo, na conformidade do Código Nacional de Trânsito. No caso, entretanto, a lei simplesmente confere ao Executivo estadual a apreender e desemplacar veículos irregulares de transporte coletivo de passageiros, em situação irregular, não cadastrados ou não autorizados pelos órgãos competentes ao exercício da atividade, bem como em desacordo com as exigências da respectiva permissão ou concessão, caso existam.

Existe, no caso em tela, a discussão sobre a constitucionalidade da Lei Estadual nº 3.756, de 2002, do estado do Rio de Janeiro, que autoriza o Poder Executivo a apreender e desemplacar os veículos irregulares de transporte coletivo. Se esse assunto fosse tratado com mera relação ao *trânsito ou transporte*, o estado não poderia legislar sobre ele, diante da competência da União prevista no art. 22, XI, da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB). Por isso, o ministro Carlos Velloso enquadrou o objeto da referida lei estadual como de direito administrativo, e não de trânsito, considerando-a constitucional. Além disso, destacou que “a atividade de licenciamento e emplaceamento de veículos é estadual”, mesmo que deva ocorrer “na conformidade do Código Nacional de Trânsito”.

A lei fluminense confere ao Executivo estadual a possibilidade de “apreender e desemplacar veículos irregulares de transporte coletivo de passageiros, em situação irregular, não cadastrados ou não autorizados pelos órgãos competentes ao exercício da atividade, bem como em desacordo com as exigências da respectiva permissão ou concessão, caso existam”.<sup>19</sup> Essa previsão permite coibir o tráfego de veículos irregulares de transporte coletivo de passageiros, como as *vans* em cidades populosas, numa clara atitude que objetiva a segurança dos passageiros e daqueles que trafegam em outros veículos.

## 2.2. Saúde pública

No que se refere à saúde pública, apresenta-se a decisão a seguir, objeto de julgamento pelo Supremo Tribunal Federal:

---

<sup>19</sup> Art. 1º, da Lei Estadual nº 3.756, de 2002, do estado do Rio de Janeiro.



EMENTA: — Recurso ordinário em mandado de segurança. 2. O STJ denegou Segurança impetrada com o objetivo de impugnar a Portaria nº 795, de 1993, do Ministério da Agricultura, do Abastecimento e da Reforma Agrária. Entendeu inexistente violação a direito líquido e certo e assentou ser competência da União dispor sobre a regulamentação, fiscalização e controle permanente de qualquer atividade que possa afetar a saúde pública, no estrito exercício do poder de polícia. 3. Interposto recurso ordinário aduzindo que a Lei nº 6.305/75 e seu regulamento (Decreto nº 82.110/78) não foram recepcionados pela Constituição Federal de 1988. 4. Incabível rediscutir temas técnicos e relativos aos subprodutos da soja, em mandado de segurança, envolta que está a matéria em aspectos de fato, o que os torna ilícitos, conduzindo à iliquidez do direito pretendido. Sucumbe, inexoravelmente, a pretensão recursal, à constatação de que a União, regulamentando e fiscalizando a comercialização de produtos destinados ao consumo humano, ateu-se aos estritos termos do poder de polícia, em harmonia com os preceitos da Carta em vigor. Precedente: AgRgAg nº 133.645 (RTJ 133/1405). 5. Recurso ordinário a que se nega provimento.

(RMS 22096, relator(a): min. NÉRI DA SILVEIRA, Segunda Turma, julgado em 11/12/2001, DJ 22-2-2002 PP-00055 EMENT VOL-02058-01 PP-00135)

Nesse processo, uma empresa do ramo agrícola ingressou com mandado de segurança contra a Portaria nº 795, de 1993, do Ministério da Agricultura, do Abastecimento e da Reforma Agrária. A impetrante argumentou que aquela portaria, que tratava da identidade, qualidade, embalagem, marcação e apresentação do óleo e do farelo de soja, expedida com base em legislação da década de 1970, não havia sido recepcionada pela Constituição de 1988.

Analizando o pedido, o Superior Tribunal de Justiça denegou a segurança, mantendo a referida portaria, por entender que não houve violação a direito líquido e certo, além de ser de competência da União dispor sobre a regulamentação, fiscalização e controle permanente de qualquer atividade que possa afetar a saúde pública, no estrito exercício do poder de polícia.

A impetrante, dessa forma, ingressou com recurso ordinário, cujo provimento foi negado pelo Supremo Tribunal Federal, diante da “constatação de que a União, regulamentando e fiscalizando a comercialização de produtos destinados ao consumo humano, ateu-se aos estritos termos do poder de polícia, em harmonia com os preceitos da Carta em vigor”. Assim constou no voto do Relator, ministro Néri da Silveira:

O SENHOR MINISTRO NÉRI DA SILVEIRA (RELATOR): A matéria está bem examinada no voto condutor do acórdão recorrido às fls. 105/106, ao afirmar, verbis:

[...] A tese defendida pela autora desta ação mandamental, portanto, é a de que os referidos diplomas legais não foram recepcionados pela Constituição Federal de 1988, pois, consoante assegura, “toda e qualquer intervenção do Estado, que não seja para fiscalizar, incentivar e planejar como função indicativa para o setor privado (conforme estabelece o precitado artigo 174), está afastada para resguardar a livre-iniciativa, a livre concorrência e todos os princípios gerais estabelecidos pela Carta Magna para reger a atividade econômica, elencados nos seus artigos 170 e seguintes, abrangendo o Capítulo I, do Título VII, da Constituição Federal de 1988.” [...]

Adiante, acentua (fls. 107/109):

[...] Na realidade, é sabido que, de acordo com a Carta Magna, a atuação estatal na economia, exerce-se através da participação e pela intervenção, investindo-se o Estado, nesta última hipótese, como agente normativo e regulador da atividade econômica e exercendo, na forma da lei, “as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este para o setor público e indicativo para o setor privado” (artigo 174 da CF).

É certo, portanto, que o Estado está autorizado, constitucionalmente, a exercer a fiscalização, dentro do seu Poder de Polícia, com o objetivo de averiguar se os agentes econômicos estão cumprindo disposições normativas aplicáveis às suas atividades, adotando ainda os mecanismos necessários para fazê-las cumpridas.

[...]

A sua vez, a Procuradoria-Geral da República, no parecer as fls. 152/153, destaca:

Razão, contudo, não assiste à recorrente. O acórdão hostilizado se mostra irrepreensível, porquanto não há direito líquido e certo em querer atendido interesse econômico particular a custa de manifesto interesse social, na atual Constituição e em normas preexistentes que com ela se compatibilizam.

O Decreto-Lei nº 1.899/81, em vigor, limitou-se a instituir taxa, denominando-a de “classificação de produtos vegetais”, em substituição ao regime de preços públicos a que se refere a Lei nº 6.305/75. Esta, portanto,

preserva sua eficácia no que mais dispõe, donde se infere estar o óleo de soja, subproduto da soja (grão), sujeito a classificação ali prevista. Sucumbe, inexoravelmente, a pretensão recursal, à constatação de que a União, regulamentando e fiscalizando a comercialização de produtos destinados ao consumo humano, ateu-se aos estritos termos do poder de polícia, em harmonia com os preceitos da Carta em vigor.

Um dos argumentos da impetrante era a afronta à “livre-iniciativa, à livre concorrência e a todos os princípios gerais estabelecidos pela Carta Magna para reger a atividade econômica”. Como visto na introdução do presente trabalho, essa diminuição da livre-iniciativa e da livre concorrência em prol do interesse público é própria do poder de polícia, representando, até mesmo, atitude esperada do poder público. Nesse sentido se manifestou o relator do acórdão acima citado:

a atuação estatal na economia, exerce-se através da participação e pela intervenção, investindo-se o Estado, nesta última hipótese, como agente normativo e regulador da atividade econômica e exercendo, na forma da lei, “as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este para o setor público e indicativo para o setor privado” (artigo 174 da CF).

Essa intervenção estatal na economia, no presente caso, está relacionada à proteção da saúde pública, por tratar de portaria em que a União regulamentou e fiscalizou a comercialização de produtos destinados ao consumo humano. Como destacado pela Procuradoria-Geral da República, em trecho de parecer citado no voto do ministro relator, “não há direito líquido e certo em querer atendido interesse econômico particular a custa de manifesto interesse social, na atual Constituição e em normas preexistentes que com ela se compatibilizam”.

A base constitucional desse entendimento está, ainda, no art. 225, § 1º, inciso V, da Constituição da República:

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida [...]

§ 1º. Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:

V — controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente.

Assim, para promover a proteção ambiental, o poder público deve “controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente”.<sup>20</sup> Para isso, permite-se “a interferência do Poder Público nas atividades econômicas de domínio privado para impedir práticas danosas à saúde da população e ao meio ambiente”.<sup>21</sup>

Édis Milaré, analisando o referido dispositivo constitucional, ensina:

Levando a sério, como deve, tal dispositivo é extremamente revolucionário. Com efeito, não somente as substâncias, mas também as técnicas e métodos, são considerados como *fatores* de danos reais ou potenciais ao meio ambiente. De modo implícito são privilegiadas as chamadas *tecnologias limpas*.

Não basta apenas fiscalizar; é preciso ainda — e principalmente — controlar o emprego de técnicas, bem como a manipulação de substâncias no fabrico de produtos que, por suas propriedades, acabam por comprometer a vida e o equilíbrio do meio ambiente.<sup>22</sup>

Assim, o dever de fiscalização da União, disposto na Portaria nº 795, de 1993, do Ministério da Agricultura, do Abastecimento e da Reforma Agrária, objeto da decisão do STF acima analisada, também está recepcionado pelo art. 225, § 1º, inciso V da Constituição da República. Isso porque aquela portaria, ao tratar da identidade, qualidade, embalagem, marcação e apresentação do óleo e do farelo de soja, está controlando “a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente”.

---

<sup>20</sup> Regulamentando aquela norma constitucional, foi promulgada a Lei Federal nº 11.105, de 24 de março de 2005, que, entre outros assuntos, “estabelece normas de segurança e mecanismos de fiscalização de atividades que envolvam organismos geneticamente modificados — OGM e seus derivados, cria o Conselho Nacional de Biossegurança — CNBS, reestrutura a Comissão Técnica Nacional de Biossegurança — CTNBio, dispõe sobre a Política Nacional de Biossegurança — PNB”, conhecida como Lei da Biossegurança.

<sup>21</sup> MILARÉ, Édis. *Direito do ambiente*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 198.

<sup>22</sup> *Ibid.* (destaques no original).

## 2.3. *Ordem*

### 2.3.1. Liberdade de reunião e de manifestação pública

Um fato relacionado ao interesse público da ordem em contraste à liberdade de reunião e de manifestação pública gerou a seguinte decisão proferida pelo STF:

ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE — OBJETO — DECRETO. Possuindo o decreto característica de ato autônomo abstrato, adequado é o ataque da medida na via da ação direta de inconstitucionalidade. Isso ocorre relativamente a ato do Poder Executivo que, a pretexto de compatibilizar a liberdade de reunião e de expressão com o direito ao trabalho em ambiente de tranquilidade, acaba por emprestar à Carta regulamentação imprópria, sob os ângulos formal e material. LIBERDADE DE REUNIÃO E DE MANIFESTAÇÃO PÚBLICA — LIMITAÇÕES. De início, surge com relevância ímpar pedido de suspensão de decreto mediante o qual foram impostas limitações à liberdade de reunião e de manifestação pública, proibindo-se a utilização de carros de som e de outros equipamentos de veiculação de ideias. (ADI 1969 MC, relator(a): min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 24/3/1999, DJ 05-03-2004 PP-00013 EMENT VOL-02142-02 PP-00282)

O ato impugnado na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) em análise era o Decreto Distrital nº 20.098, de 15 de março de 1999, que proibiu a utilização de carros, aparelhos e objetos sonoros nas manifestações públicas a serem realizadas na praça dos Três Poderes, na Esplanada dos Ministérios e na praça do Buriti, em Brasília, Distrito Federal. A decisão acima ementada foi proferida na Medida Cautelar da ADI, e entendeu ser necessária a suspensão do referido decreto, diante das limitações que impôs à liberdade de reunião e de manifestação pública.

O ministro Moreira Alves assim se manifestou em seu voto:

Mesmo com relação a determinados locais, não tenho dúvida alguma em considerar que, se for razoável, é possível a proibição de reunião nelas, até porque isso não impede o direito de reunião, apenas o disciplina

com relação a determinados locais. Assim, por exemplo, não seria possível admitir-se que concomitantemente se fizessem reuniões fechando todas as vias de acesso a uma determinada cidade ou fechando o trânsito completamente. Os direitos fundamentais se confrontam com outros direitos fundamentais, sendo que alguns até nem isso, como é o problema de inviolabilidade: com referência à telefonia, admite-se a autorização judicial; e quanto aos demais, não se admite. Nós, porém, somos obrigados a admitir que também esses outros são direitos relativos. Assim, o problema, a meu ver, é principalmente de razoabilidade. E aqui, tendo em vista a circunstância de que decretos anteriores havia apenas com relação a determinados espaços, depois da observação do Ministro Nelson Jobim com referência à possibilidade de se fazerem reuniões em que não se pudesse utilizar de instrumentos que são necessários para a comunicação sem qualquer limite, realmente cairíamos num ridículo.

Dessa forma, o ministro Moreira Alves entendeu ser possível proibir a reunião em certos locais, citando como exemplo a proibição de reuniões que, realizadas concomitantemente, obstruiriam todas as vias de acesso de determinada localidade. O problema, segue o ministro, não seria deixar de lado um direito fundamental em benefício de outro. O ponto principal seria verificar se há, nessa mitigação, razoabilidade.

E do voto do ministro Marco Aurélio destaca-se:

Também não procede a articulação sobre o necessário exercício do poder de polícia. Pinço da inicial a óptica do Ministro Celso de Mello, externada em “O Direito Constitucional de Reunião”, objeto de publicação na Revista do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Volume LIV, página 20 a 23. Sua Excelência procedeu a transcrição de ensinamento de Pontes de Miranda sobre o poder de polícia, revelando-o estranho à análise ou apreciação da conveniência da reunião. O inigualável Mestre alagoano ressaltou:

“[...] demais, o que lhe cabe resguardar é a ordem, e não a defesa de determinados direitos privados ou de governantes, porque tal missão é apenas da Justiça [...]

Então, o autor do trabalho fez ver que:

O comício, o desfile, a procissão e a passeata são aspectos particulares do direito de reunião [...] Note-se, contudo, que o fim público da reu-

não, em si mesmo considerado, não autoriza a Polícia a suspendê-la ou a nela intervir. O objetivo político não é, por si, ilícito. Não pode o Estado, assim, mediante formulações apriorísticas, cercear a liberdade de reunião.

[...] E assim realmente o é. Não coabitam o mesmo teto a liberdade de reunião e expressão e a disciplina normativa que acabe por balizá-la, tornando-a inócua ao impor a lei do silêncio. Sob o ângulo do poder de polícia, considerados possíveis excessos, a atuação jamais poderá ser preventiva, sob pena de intimidação incompatível com as garantias constitucionais. Há de ser acionado, isto sim, de forma repressiva, apenas quando extravasados os limites ditados pela razoabilidade, vindo à balha violências contra prédios e pessoas.

O ministro Marco Aurélio alerta que não basta defender a vedação da reunião, meramente, sob o fundamento “do necessário exercício do poder de polícia”. Sob o argumento de se estar resguardando a ordem pública, não se podem colocar interesses privados ou de governantes acima de interesses públicos. Uma norma não pode, *a priori*, dizer que é ilegal a manifestação pública em frente à praça dos Três Poderes, com a manifesta intenção de proibi-la. A não ser em casos especiais, como a manifestação pública e sonora em frente a hospitais,<sup>23</sup> normalmente a intervenção do Estado nessas reuniões deve ocorrer “quando extravasados os limites ditados pela razoabilidade, vindo à balha violências contra prédios e pessoas”. Nesse caso, porém, não se trataria mais de polícia administrativa, pois essa é preventiva, mas de polícia judiciária, que é repressiva.<sup>24</sup> Assim, a intervenção da administração pública ocorreria na análise do caso concreto, mediante a ocorrência de perigos, como é o caso de passeatas em que os participantes desenvolvem comportamentos agressivos a pessoas e a bens, ou em espetáculos em que ocorrer a “prática de atos obscenos de natureza criminoso”.<sup>25</sup>

Em 31 de agosto de 2007 foi publicada a decisão definitiva dessa ADI, que restou assim ementada:

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. DECRETO 20.098/99, DO DISTRITO FEDERAL. LIBERDADE DE REUNIÃO E

<sup>23</sup> Exemplo trazido pelo ministro Nelson Jobim, em seu voto proferido na mesma decisão.

<sup>24</sup> LAZZARINI, op. cit., p. 84.

<sup>25</sup> MELLO, op. cit., p. 820.

DE MANIFESTAÇÃO PÚBLICA. LIMITAÇÕES. OFENSA AO ART. 5º, XVI, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

I. A liberdade de reunião e de associação para fins lícitos constitui uma das mais importantes conquistas da civilização, enquanto fundamento das modernas democracias políticas.

II. A restrição ao direito de reunião estabelecida pelo Decreto distrital 20.098/99, a toda evidência, mostra-se inadequada, desnecessária e desproporcional quando confrontada com a vontade da Constituição (Wille zur Verfassung).

III. Ação direta julgada procedente para declarar a inconstitucionalidade do Decreto distrital 20.098/99.

Assim, na mesma linha do decidido na Medida Cautelar, entendeu-se pela ausência de adequação, necessidade e proporcionalidade da *restrição ao direito de reunião estabelecida pelo Decreto distrital*.

Versando sobre o assunto, manifestou-se Sergio de Andréa Ferreira:

como estão em jogo a disciplina, a limitação e o controle de direitos individuais, o ato de polícia deve ser o menos oneroso, o menos restritivo possível. É o caso, por exemplo, da liberação de locais para comícios políticos, que não pode ter por efeito a indicação de lugares que, pelas dificuldades de acesso, impeçam, na realidade, tais reuniões.<sup>26</sup>

Ou, em última análise ao ato normativo distrital atacado, é inócuo autorizar a manifestação pública se existe a proibição de utilização de carros, aparelhos e objetos sonoros.

### 2.3.2. Proibição de estacionamento de veículos sobre calçadas, meios-fios, passeios, canteiros e áreas ajardinadas

A *ordem* também pode estar vinculada ao estacionamento de veículos sobre calçadas, meios-fios, passeios, canteiros e áreas ajardinadas, como tratado na seguinte decisão do STF:

---

<sup>26</sup> FERREIRA, Sergio de Andréa. Poder e autoridade da polícia administrativa. In: LAZZARINI, Álvaro et al. *Direito administrativo da ordem pública*. Forense: Rio de Janeiro, 1986. p. 215.



EMENTA: — CONSTITUCIONAL. MUNICÍPIO: COMPETÊNCIA: IMPOSIÇÃO DE MULTAS: VEÍCULOS ESTACIONADOS SOBRE CALÇADAS, MEIOS-FIOS, PASSEIOS, CANTEIROS E ÁREAS AJARDINADAS. Lei nº 10.328/87, do Município de São Paulo, SP. I. — Competência do Município para proibir o estacionamento de veículos sobre calçadas, meios-fios, passeios, canteiros e áreas ajardinadas, impondo multas aos infratores. Lei nº 10.328/87, do Município de São Paulo, SP. Exercício de competência própria “CF/67, art. 15, II, CF/88, art. 30, I” que reflete exercício do poder de polícia do Município. II. — Agravo não provido.

(RE 191363 AgR, relator(a): min. CARLOS VELLOSO, Segunda Turma, julgado em 03/11/1998, DJ 11-12-1998 PP-00006 EMENT VOL-01935-03 PP-00428)

No processo acima, uma empresa transportadora pretende anular multas aplicadas pelo município de São Paulo (SP), lavradas com base nas Leis municipais nºs 9.560/82, 10.315/87 e 10.328/87. A tese da empresa é a impossibilidade de o município de São Paulo legislar sobre trânsito. O STF entendeu, porém, que as referidas leis municipais não versavam sobre trânsito, tráfego ou transporte, mas a respeito de infrações de natureza administrativa e suas respectivas sanções, tendo como finalidade a defesa de bens e interesses públicos. No acórdão do RE 191.363 exarou-se o seguinte entendimento:

Assim, ao proibir a colocação de veículos sobre calçadas, meios-fios, passeios, canteiros e áreas ajardinadas (art. 1º, I, da Lei nº 10.328), o Município de São Paulo não legislou sobre “trânsito, tráfego ou transporte”, pois não está disciplinando o deslocamento de pessoas ou coisas pelas vias de circulação, que são as ruas.

Em voto proferido no Agravo Regimental interposto contra o RE 191.363, assim manifestou-se o relator, ministro Carlos Velloso:

VOTO:

O Sr. Ministro CARLOS VELLOSO (Relator):

[...]

É que, na área de sua jurisdição, na organização do serviço local de trânsito, que se incluía e ainda se inclui em assunto de seu peculiar interesse, o Município tem competência quanto ao trânsito, inclusive,

evidentemente, para impor e arrecadar multas decorrentes das infrações que ocorrem.

É dizer, impedindo que veículos estacionem sobre bens de uso público, bens que estão na órbita do Município, exercitou o Município competência própria — CF/67, art. 15, II, CF/88, art. 30, I — que reflete, aliás, exercício do poder de polícia do Município.

Assim, além de dizer respeito a assunto de interesse local, ao impedir que veículos estacionem sobre os mencionados bens de uso público, o município também está exercendo seu poder de polícia. Por consequência, foram consideradas hígidas as multas aplicadas pelo município de São Paulo (SP) contra a recorrente, lavradas com base nas leis municipais atacadas, já que não estão vinculadas à competência da União de legislar sobre trânsito, mas à do município de legislar sobre assuntos de interesse local.

Observa-se, aqui, a aplicação do poder *negativo* de polícia, ou seja, uma atuação que pretende evitar um dano (estacionamento de veículos sobre calçadas, meios-fios, passeios, canteiros e áreas ajardinadas). Esse efeito negativo, como ensina Celso Antônio Bandeira de Mello, deve ser visto “no sentido de que através dele o Poder Público, de regra, não pretende uma atuação do particular, pretende *uma abstenção*”.<sup>27</sup>

### 3. Forma de atuação

Ao aplicar o poder de polícia, a administração pública está autorizada a: (1) limitar ou disciplinar direito, interesse ou liberdade; e (2) regular a prática de ato ou abstenção de fato. Para isso, deve-se (3) observar o processo legal e (4) proteger o governado de eventual abuso ou desvio de poder.

#### 3.1. O poder de polícia limita ou disciplina direito, interesse ou liberdade

É inerente ao exercício do poder a limitação de direitos, pois, “assim como o Poder Público não pode ser absoluto, tampouco podem sê-los os direitos

---

<sup>27</sup> MELLO, op. cit., p. 829-830 (destaque no original).

dos particulares”.<sup>28</sup> No entanto, como restará exemplificado nas decisões a seguir, a limitação de direitos deve ser bem fundamentada.

### 3.1.1. Limite do direito de propriedade para a preservação da ordem ambiental e da política de defesa do patrimônio cultural

O município do Rio de Janeiro estabeleceu, no Decreto Municipal nº 7.046, de 28 de outubro de 1987, como “área de proteção ambiental o bairro do Cosme Velho e parte do bairro de Laranjeiras, na IV Região Administrativa — Botafogo”. Contra essa disposição normativa insurgiu-se um dos moradores do bairro Cosme Velho por entender que o decreto impôs uma série de restrições ao seu direito de propriedade, entre as quais a impossibilidade de alterar a fachada e a cobertura de sua casa, o dever de manter o alinhamento existente, além de outras restrições. Essa situação gerou a interposição de Mandado de Segurança já que, segundo seu autor, essa norma “criou uma série de restrições e limitações que inexistem para quaisquer outros moradores dos enormes prédios e construções vizinhas à casa do Impetrante, que estão tão somente adstritos a obedecer as regras normais e gerais”.<sup>29</sup>

O acórdão proferido no Mandado de Segurança que tratou da irresignação acima relatada foi exarado no seguinte sentido:

Imóvel urbano de fins residenciais.

Não se acha sujeito senão às normas gerais relativas ao alinhamento, ao gabarito e às condições de segurança e higiene.

Flagrante ilegalidade de decreto municipal que, a pretexto de proteção ambiental, mas sem nenhum respaldo na lei, impôs indevidas restrições ao direito de propriedade do requerente.

Concessão de segurança.

Contra essa decisão, o município do Rio de Janeiro ingressou com Recurso Extraordinário, que restou assim ementado:

EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. LIMITAÇÃO ADMINISTRATIVA. PRÉDIO URBANO: PATRIMÔNIO CULTURAL E AM-

---

<sup>28</sup> FERREIRA, op. cit., p. 206.

<sup>29</sup> Conforme resumo feito pelo ministro Néri da Silveira, no voto-vista proferido no acórdão do RE 121.140.

BIENTAL DO BAIRRO DO COSME VELHO. DECRETO MUNICIPAL 7.046/87. COMPETÊNCIA E LEGALIDADE. 1. Prédio urbano elevado à condição de patrimônio cultural. Decreto Municipal 7.046/87. Legalidade. Limitação administrativa genérica, gratuita e unilateral ao exercício do direito de propriedade, em prol da memória da cidade. Inexistência de ofensa à Carta Federal. 2. Conservação do patrimônio cultural e paisagístico. Encargo conferido pela Constituição (EC 01/69, artigo 15, II) ao Poder Público, dotando-o de competência para, na órbita de sua atuação, coibir excessos que, se consumados, poriam em risco a estrutura das utilidades culturais e ambientais. Poder-dever de polícia dos entes estatais na expedição de normas administrativas que visem a preservação da ordem ambiental e da política de defesa do patrimônio cultural. Recurso extraordinário conhecido e provido.

(RE 121140, relator(a): min. MAURÍCIO CORRÊA, Segunda Turma, julgado em 26/2/2002, DJ 23-08-2002 PP-00115 EMENT VOL-02079-02 PP-00272)

Ao decidir o recurso, o STF entendeu pela possibilidade de impor limitação administrativa ao referido prédio urbano para a proteção do patrimônio cultural e ambiental do bairro Cosme Velho. Um dos pontos destacados foi o fato de a limitação administrativa ter sido “genérica, gratuita e unilateral ao exercício do direito de propriedade, em prol da memória da cidade”. Com isso, não houve ofensa à Constituição Federal, diante da competência por ela conferida ao poder público para “coibir excessos que, se consumados, poriam em risco a estrutura das utilidades culturais e ambientais”, competência essa que estaria a exigir dos entes estatais o desempenho do poder-dever de polícia.

O voto do relator esclareceu:

O SENHOR MINISTRO MAURÍCIO CORRÊA (Relator):

O patrimônio cultural elevado pela ordem constitucional ao patamar dos valores fundamentais a serem protegidos, resguardados e preservados, e que impõem sejam promovidos pelos órgãos do Estado. Nos três estágios dos Poderes Públicos, tanto o municipal, o estadual, como o federal, atribuem-se-lhes as competências para a expedição de normas reguladoras para a garantia da intangibilidade desses bens públicos, o que não impede, por exemplo, que no Rio de Janeiro, se reconheça como patrimônio histórico, o Largo do Boticário.

As três instâncias administrativas se realizam harmonicamente nos limites de atuação de cada um deles. Assim sendo, tem o Município delegação constitucional para legislar sobre assunto que releve ser de interesse local a exigir medidas restritivas, consabido que o interesse social se sobrepõe ao individual.

Comentando o artigo 180, Pontes de Miranda afirma que “uma das primeiras consequências do art. 180, parágrafo único, é a de constituir limitação ao direito de propriedade. Há de haver a instituição da propriedade, porém, no que consiste e até onde vai, só a lei o diz, e a lei, a esse respeito, tem todas as possibilidades. [...] Desde que, na propriedade de alguém, exista monumento histórico, móvel ou imóvel, que o Estado repute digno de guarda ou de proteção, nenhum direito tem o proprietário, ainda fora dos processos de desapropriação, para obstar ao exercício de qualquer medida de proteção ou de zelamento. O mesmo raciocínio havemos de fazer quanto a quaisquer monumentos artísticos, belezas naturais, incluídas as paisagens, as grutas, ou quaisquer outros locais que representam, bem que naturais, valores para a cultura humana”. (Comentários à Constituição de 1967, Tomo VI, Editora Revista dos Tribunais, 2ª edição, pág. 368)

A Emenda Constitucional nº 1 de 1969, vigente à época do indigitado decreto, previa, em seu art. 180: “O amparo à cultura é dever do Estado. Parágrafo único. Ficam sob a proteção especial do Poder Público os documentos, as obras e os locais de valor histórico ou artístico, os monumentos e as paisagens naturais notáveis, bem como as jazidas arqueológicas”. O poder público tinha, portanto, o dever de agir em busca de uma proteção especial ao patrimônio cultural, mesmo que isso implicasse a limitação do direito de propriedade.

As restrições administrativas, como aquelas sofridas pelos habitantes do bairro Cosme Velho, consistem justamente na limitação de “uso, ocupação e modificação da propriedade, para atendimento do interesse público”. Essas restrições devem ser genéricas (aplicando-se a todos que se encontram na mesma situação), unilaterais (impostas por lei, sem anuência daquele que sofre a restrição), não confiscatórias (não podem acarretar em dano que implique a perda da propriedade).<sup>30</sup> Na decisão em análise, tomando-se o conteúdo

---

<sup>30</sup> MEDAUAR, op. cit., p. 401-402.

de sua ementa, a limitação administrativa foi “genérica, gratuita e unilateral ao exercício do direito de propriedade, em prol da memória da cidade”.

Dessa decisão destaca-se, assim, como lição a ser aplicada na *forma de atuação* do ente público no desempenho do poder de polícia, que a limitação administrativa que exterioriza essa atuação deve ser “genérica, gratuita e unilateral”, aplicada não visando *limitar* um direito, mas *preservar* outros direitos. “A substituição do interesse público especificamente considerado na regra de competência por um interesse privado ou por outro interesse público estranho à finalidade legal vicia, irremediavelmente, o ato administrativo pela figura do desvio de poder”. Isso porque, como o poder de polícia importa, normalmente, em “restrições a direitos individuais, a sua utilização não deve ser excessiva ou desnecessária” para que não configure abuso de poder.<sup>31</sup>

Reforça o acerto da medida atacada o princípio da função socioambiental da propriedade, que impede sua fruição de forma ilimitada e inatingível. Afasta-se, assim, da concepção individualista que permeava o Código Civil de 1916, em virtude da realidade da sociedade campesina e agrária da época. “Hoje, com o predomínio de uma sociedade urbana aberta aos imperativos da socialização do progresso [...] a nova Lei Civil Brasileira acabou por contemplar a *função ambiental* como elemento marcante do direito de propriedade”:<sup>32</sup>

Art. 1.228. O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha.

§ 1º. O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas.

A decisão em análise está em consonância com esse princípio. E, no que se refere à imposição administrativa de restrições à propriedade, também está de acordo com o art. 216, § 1º, da Constituição da República: “O Poder Público, com a colaboração da comunidade, promoverá e protegerá o patrimônio

---

<sup>31</sup> TÁCITO, op. cit., p. 142-143.

<sup>32</sup> MILARÉ, op. cit., p. 168 (destaque no original).

cultural brasileiro, por meio de inventários, registros, vigilância, tombamento e desapropriação, e de outras formas de acautelamento e preservação”.

Por meio da limitação administrativa imposta aos imóveis do bairro Cosme Velho pretende-se evitar um dano social e promover o interesse coletivo “pelo simples ajustamento do exercício da propriedade ao bem comum”. É medida que está relacionada ao objetivo do poder de polícia de “cingir a livre atividade dos particulares, a fim de evitar uma consequência antissocial que dela poderia derivar”.<sup>33</sup>

### 3.1.2. Limitação de direitos e Unidades de Conservação

A manutenção da ordem pública objeto do poder de polícia também implica a limitação de direito e de liberdade em prol da proteção do meio ambiente, como decorrência lógica e direta do art. 225 da Constituição da República, estando “em jogo a defesa e a preservação do meio ambiente, assim como a manutenção da qualidade ambiental e o equilíbrio ecológico essencial — tudo em função do patrimônio ambiental (que é público) e do desenvolvimento sustentável (que é do interesse da sociedade)”.<sup>34</sup> Em atendimento à ordem constitucional ambiental, assim decidiu o STF:

AGRAVO REGIMENTAL. SUSPENSÃO DE TUTELA ANTECIPADA. DECISÃO QUE IMPEDE A ADMINISTRAÇÃO DE EXERCER SEU PODER DE POLÍCIA. POSSIBILIDADE DE OCORRÊNCIA DE DANOS AO MEIO AMBIENTE. EXISTÊNCIA DE GRAVE LESÃO À ORDEM PÚBLICA. ARTIGO 225, CAPUT, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. 1. Art. 1º da Lei 9.494/97, c/c art. 4º da Lei 8.437/92: configuração de grave lesão à ordem pública. Pedido de suspensão de tutela antecipada deferido. 2. A decisão impugnada no presente pedido de suspensão autorizou a agravante a utilizar os imóveis rurais de sua propriedade situados nos limites do Parque Nacional de Ilha Grande, até o recebimento da quantia pleiteada na ação de indenização por ela proposta, e determinou à União que se abstivesse de proceder qualquer autuação ou embargo em seu desfavor, até o trânsito em julgado da referida ação.

---

<sup>33</sup> MELLO, op. cit., p. 832-833.

<sup>34</sup> MILARÉ, op. cit., p. 751.

3. Existência de grave lesão à ordem pública, considerada em termos de ordem administrativa, dado que a decisão impugnada no presente pedido de suspensão impede a Administração de exercer seu poder de polícia. 4. Possibilidade de ocorrência de danos irreparáveis ao meio ambiente, o que contraria o interesse público, nos termos do art. 225, caput, da Constituição da República. 5. Impossibilidade de apreciação, em medida de contracautela, dos argumentos deduzidos pela agravante no sentido da ocorrência de ofensa ao art. 5º, XXIV e LIV, da Constituição da República e da existência de seu direito à prévia indenização por desapropriação indireta, matérias relativas ao mérito da ação sob o procedimento ordinário. 6. Agravo regimental improvido. (STA 112 AgR, relator(a): min. ELLEN GRACIE, Tribunal Pleno, julgado em 27/2/2008, DJe-060 DIVULG 03-04-2008 PUBLIC 4-4-2008 EMENT VOL-02313-01 PP-00001 LEXSTF v. 30, n. 356, 2008, p. 304-310 RCJ v. 22, n. 140, 2008, p. 113)

Uma empresa ingressou com ação de indenização<sup>35</sup> contra a União alegando ter ocorrido desapropriação indireta de imóvel seu, que passou a fazer parte do Parque Nacional de Ilha Grande, no Paraná. Requereu na inicial, a título de antecipação de tutela, a possibilidade de continuar utilizando seu imóvel, até decisão final do processo. Tendo sido indeferido o pedido liminar em primeira instância, a autora ingressou com Agravo de Instrumento junto ao Tribunal Regional Federal da 4ª Região (TRF-4). Em sua decisão, o TRF-4 optou por deferir a antecipação de tutela, já que a não utilização da área *sub judice* traria prejuízos à agravante, diante da atividade agropecuária que desenvolve. Além disso, constou dessa decisão que, como a criação do parque não foi precedida de desapropriação, não seria possível limitar o uso e o gozo da propriedade, sem prévia indenização.<sup>36</sup>

Contra essa decisão a União ingressou com Suspensão de Tutela Antecipada, que restou deferida. Irresignada, a empresa prejudicada apresentou Agravo Regimental, que recebeu a ementa acima colacionada.

O ponto central da decisão foi a necessidade de permitir que a administração pública exercesse o poder de polícia. Esse poder estaria manietado se

---

<sup>35</sup> AÇÃO DE DESAPROPRIAÇÃO Nº 2004.70.04.003529-0/PR.

<sup>36</sup> Decisão que concedeu efeito suspensivo ao AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 2004.04.01.048436-4/PR, utilizando-se como fundamento a decisão proferida na AC nº 1999.04.01.127511-6, 4ª T., rel. des. fed. Valdemar Capeletti, DJ 26.04.00. Aquela decisão foi mantida no acórdão que apreciou o mérito do mesmo agravo.



a empresa autora continuasse a utilizar imóvel absorvido por parque nacional. Até mesmo porque essa utilização traria danos ao meio ambiente e, por conseguinte, grave lesão à ordem pública. Foram esses os termos utilizados pela relatora da Suspensão de Tutela Antecipada, ministra Ellen Gracie:

Está devidamente demonstrada a grave lesão à ordem pública, considerada em termo de ordem administrativa, dado que a decisão impugnada no presente pedido de suspensão impede a Administração de exercer seu legítimo poder de polícia, na medida em que determinou que a União se abstinhasse de proceder qualquer autuação ou embargo em desfavor da ora agravante, até o trânsito em julgado da referida ação de indenização.

Entendo, ainda, que há possibilidade, no presente caso, de ocorrência de danos irreparáveis ao meio ambiente, o que contraria o interesse público, bem como configura grave vulneração à ordem pública, considerada em termos de ordem jurídico-constitucional, ante o que dispõe o art. 225, *caput*, da Constituição da República.

Acresce-se a esse fundamento o inciso III do § 1º do art. 225 da Constituição da República:

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

§ 1º. Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:

III — definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção.

Em atendimento a esse preceito constitucional, o estabelecimento de Unidades de Conservação foi regulado pela Lei Federal nº 9.985, de 18 de julho de 2000, que “Regulamenta o art. 225, § 1º, incisos I, II, III e VII da Constituição Federal, institui o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza e dá outras providências”. Em seu art. 7º a referida Lei divide as unidades

de conservação em dois grupos: as “Unidades de Proteção Integral” e as “Unidades de Uso Sustentável”. O Parque Nacional, objeto da ação ora analisada, é categoria integrante do grupo das Unidades de Proteção Integral (art. 8º, III), cujo objetivo básico “é preservar a natureza, sendo admitido apenas o uso indireto dos seus recursos naturais, com exceção dos casos previstos na Lei” (art. 7º, § 1º). A esse objetivo básico acresce-se a definição de unidade de conservação:

espaço territorial e seus recursos ambientais, incluindo as águas jurisdicionais, com características naturais relevantes, legalmente instituído pelo Poder Público, com objetivos de conservação e limites definidos, sob regime especial de administração, ao qual se aplicam garantias adequadas de proteção (art. 2º, I).

Especificamente em relação aos parques nacionais, assim dispõe a referida Lei:

Art. 11. O Parque Nacional tem como objetivo básico a preservação de ecossistemas naturais de grande relevância ecológica e beleza cênica, possibilitando a realização de pesquisas científicas e o desenvolvimento de atividades de educação e interpretação ambiental, de recreação em contato com a natureza e de turismo ecológico.

Assim, as próprias definições de Unidade de Conservação, de Unidades de Proteção Integral e de Parque Nacional, apoiam a decisão tomada pelo STF, pois sua instituição pressupõe a conservação do espaço delimitado, com a preservação da natureza nele contido, que inclui a “preservação de ecossistemas naturais de grande relevância ecológica e beleza cênica”. Essas características impedem a continuidade de atividades agropecuárias, como pretendido na ação em comento.

### *3.2. O poder de polícia regula a prática de ato ou abstenção de fato*

#### *3.2.1. Regulação da exploração de diversões eletrônicas*

Uma empresa que atuava na exploração de diversões eletrônicas requereu ao município de Santa Isabel (SP) a renovação de sua licença de funcio-

namento. Esse requerimento foi denegado, com base em lei local que vedava a concessão ou renovação de alvará ou autorização para funcionamento dos estabelecimentos com a destinação referida. A empresa ingressou, então, com Mandado de Segurança, procedente em primeira e segunda instância sob o fundamento de “que a competência para dispor sobre diversões e espetáculos públicos é da União, nos termos do art. 220, § 3º, inciso I, da Carta Magna”, e acrescentando que ao município somente caberia “a fiscalização da atividade, mediante o exercício do poder de polícia, especialmente porque a atividade retratada não consiste em exploração de jogo de azar”.<sup>37</sup>

Contra essa decisão, o município de Santa Isabel (SP) interpôs Recurso Extraordinário que obteve a seguinte ementa:

EMENTA: — Recurso extraordinário. Renovação de licença para exploração de diversões eletrônicas. Ato da Administração Municipal que negou a renovação, baseada em Lei local. 2. Sentença que afastou a aplicação da norma local, invocando a competência da União para dispor sobre diversões e espetáculos públicos. Ao Município cabe a fiscalização da atividade, mediante o exercício do poder de polícia. 3. Alegação de ofensa ao art. 30, I, da Constituição Federal, que assegura a autonomia ao Município brasileiro, refletindo-se na supremacia dos interesses locais sobre os gerais. 4. Não se compreende, no rol de competências comuns da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, ut art. 23 da CF, a matéria concernente à disciplina de “diversões e espetáculos públicos”, que, a teor do art. 220, § 3º, I, do Diploma Maior, compete à lei federal regular, estipulando-se, na mesma norma, que “caberá ao poder público informar sobre a natureza deles, as faixas etárias a que não se recomendem, locais e horários em que sua apresentação se mostre inadequada”. 5. Não há, pois, ver, na decisão recorrida, a ofensa ao art. 30, I, da Lei Maior, cuja significação não é de molde a afastar a incidência de disciplina proveniente da Lei Federal competente. Ao Município fica reservada a competência, ut art. 30, I, da Lei Maior, para exercer poder de polícia quanto às diversões públicas, no que concerne à localização e autorização de funcionamento de estabelecimentos que se destinem a esse fim. 6. Recurso extraordinário não conhecido.

---

<sup>37</sup> Conforme constou no Relatório do ministro Néri da Silveira (RE 169.247).

(RE 169247, relator(a): min. NÉRI DA SILVEIRA, Segunda Turma, julgado em 8/4/2002, DJ 1-8-2003 PP-00142 EMENT VOL-02117-43 PP-09348)

O STF entendeu, na decisão citada, que a atuação do município deve se restringir, no exercício do “poder de polícia quanto às diversões públicas, no que concerne à localização e autorização de funcionamento de estabelecimentos que se destinem a esse fim”, além “de informar sobre a natureza deles [espetáculos públicos], as faixas etárias a que não se recomendem, locais e horários em que sua apresentação se mostre inadequada”.

Lembre-se, aqui, a lição de Hely Lopes Meirelles, em que o doutrinador refere que “licença é o ato administrativo vinculado e definitivo pelo qual o Poder Público, verificando que o interessado atendeu a todas as exigências legais, faculta-lhe o desempenho de atividade”, acrescentando que “sua invalidação só pode ocorrer por ilegalidade na expedição do Alvará, por descumprimento do titular na execução da atividade ou por interesse público superveniente, caso em que se impõe a correspondente indenização”.<sup>38</sup>

Essas hipóteses de invalidação não se enquadram no caso da decisão analisada, já que, como constou no acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo, “a atividade retratada [...] não consiste em exploração de jogo de azar”. Se a empresa desvirtuasse sua atuação para executar atividade não licenciada, poderia o município cassar seu alvará para impedir o exercício de atividades ilegais, o que estaria inserido na competência de fiscalizar, com base no poder de polícia que lhe é conferido. Assim ensina a doutrina:

A fiscalização é outro meio de atuação do poder de polícia sobre as atividades e bens sujeitos ao controle administrativo. Essa fiscalização restringe-se à verificação da normalidade do uso do bem ou do exercício da atividade policiada em face das normas legais e regulamentares que os regem. Deparando irregularidade ou ilegalidade reprimível pela Administração, o órgão fiscalizador deverá advertir verbalmente o infrator ou lavrar desde logo o auto de infração, cominando-lhe a penalidade cabível, sempre com oportunidade de defesa no processo administrativo correspondente, sob pena de nulidade da sanção.<sup>39</sup>

---

<sup>38</sup> MEIRELLES, op. cit., p. 177.

<sup>39</sup> Id. *Direito municipal brasileiro*. 13. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 458 e 459.

Dessa forma, a atuação do município no caso em tela é proveniente de seu dever de fiscalizar, para que, cumprindo seu poder de polícia, verifique o exercício da atividade policiada. Isso não implica legislar sobre diversões públicas, que é de competência da União, conforme determina a Constituição:

Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.

§ 3º. Compete à lei federal:

I — regular as diversões e espetáculos públicos, cabendo ao Poder Público informar sobre a natureza deles, as faixas etárias a que não se recomendem, locais e horários em que sua apresentação se mostre inadequada.

Dentro dessa impossibilidade de legislar sobre diversões públicas está a vedação de transformar atividades legais em ilegais. No entanto, se a atividade desempenhada pela empresa é ilegal, pode o município atuar para impedir o funcionamento do estabelecimento. É o caso, por exemplo, dos jogos de azar, assim tratados na doutrina:

Os jogos de azar são proibidos em todo o território nacional pelo Decreto-lei 9.215, de 30.4.1946, que restaurou a vigência do art. 50 e §§ da Lei de Contravenções Penais (Decreto-lei federal 3.688 de 2.10.1941). A lei contravencional considera infração penal a prática de jogos de azar em lugar público ou acessível ao público, mediante o pagamento de entrada ou sem ele, definindo como jogo de azar aquele em que “o ganho e a perda dependem exclusiva ou principalmente da sorte” (art. 50, § 3º). A Lei das Contravenções considera jogos de azar, além dos que se enquadrarem na definição legal, as apostas sobre corrida de cavalos fora de hipódromo ou de local onde sejam autorizadas (art. 50, § 3º, “b”); as apostas sobre qualquer outra competição esportiva (briga de galos e lutas de qualquer natureza) (art. 50, § 3º, “c”); o denominado jogo do bicho (art. 58; v. Decreto-lei 6.259, de 10.2.1944); as loterias e sorteios não autorizados em lei (art. 51); as rifas (art. 51, § 2º). Tais jogos, por contravirem a lei penal, não podem ser autorizados nem permitidos por quaisquer autoridades, federais, estaduais ou municipais. A todas elas incumbe vedar e reprimir sua prática, através de medidas de polícia administrativa e judiciária.

Os jogos de bingo haviam sido permitidos em todo o território nacional pela Lei 9.615 de 24.3.1998, para serem explorados por entidades de administração e de prática desportiva, com a finalidade de angariar recursos para o fomento do desporto. Todavia, a Lei 9.981, de 14.7.2000, revogou os arts. 59 a 81 daquela lei, que estabeleciam tal permissão, respeitando apenas as autorizações em vigor até a data de sua expiração.<sup>40</sup>

Contudo, antes de cassar alvarás e fechar estabelecimentos, é necessário seguir um procedimento que permita a ampla defesa, com expedição de auto de infração caso se verifique a continuidade no descumprimento da ordem de não explorar atividades ilegais ou não previstas na licença.

### 3.2.2. Fixação de horário de funcionamento

O STF, ao julgar Recurso Extraordinário interposto por farmácia contra o município de São Paulo, assim se manifestou:

EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. FARMÁCIA. FIXAÇÃO DE HORÁRIO DE FUNCIONAMENTO. ASSUNTO DE INTERESSE LOCAL. A fixação de horário de funcionamento para o comércio dentro da área municipal pode ser feita por lei local, visando o interesse do consumidor e evitando a dominação do mercado por oligopólio. Precedentes. Recurso extraordinário não conhecido.

(RE 189170, relator(a): min. MARCO AURÉLIO, relator(a) p/ Acórdão: min. MAURÍCIO CORRÊA, Segunda Turma, julgado em 1/2/2001, DJ 8-8-2003 PP-00086 EMENT VOL-02118-02 PP-00434)

#### RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO — O Tribunal de origem negou acolhida a pedido formulado em apelação, sufragando tese no sentido de que, a par de a ordem jurídica instituída a partir de 1988 assegurar a liberdade da indústria e do comércio, o livre exercício da atividade produtiva, a livre concorrência e o exercício de atividades

---

<sup>40</sup> *Ibid.*, p. 480.

econômicas, não restou afastada a competência do Município de regular o horário do comércio local, valendo-se do poder de polícia que visa a evitar dano à coletividade. Nesse sentido, assentou a validade da Lei local nº 8.794/78, que determina que apenas em caráter excepcional podem funcionar as farmácias e drogarias fora dos horários normais e dos plantões obrigatórios, afastando a alegação em torno da existência de direito líquido e certo amparado pelo mandamus (folha 200 à 204).

No acórdão exarado em sede de apelação, foi mantida a “competência do Município de regular o horário do comércio local valendo-se do poder de polícia que visa a evitar dano à coletividade”. Para isso, foi necessário ocorrer uma limitação de direitos, consubstanciados “na liberdade da indústria e do comércio, no livre exercício da atividade produtiva, na livre concorrência e no exercício de atividades econômicas”. Essa limitação havia sido implementada pela Lei local nº 8.794/78, do município de São Paulo, ao determinar “que apenas em caráter excepcional podem funcionar as farmácias e drogarias fora dos horários normais e dos plantões obrigatórios”.

Apresentado Recurso Extraordinário pela drogaria, foi mantido o entendimento de que a “fixação de horário de funcionamento para o comércio dentro da área municipal pode ser feita por lei local, visando o interesse do consumidor e evitando a dominação do mercado por oligopólio”. Assim, se de um lado ocorre a limitação de um direito relacionado ao horário de funcionamento do comércio, de outro lado se busca preservar o interesse coletivo do consumidor, além de ocorrer uma regulação estatal do mercado.

O voto-vista do ministro Maurício Corrêa trouxe os seguintes argumentos para essa decisão:

#### VOTO VISTA

##### O SENHOR MINISTRO MAURÍCIO CORRÊA:

[...] 8. Dentre as várias competências compreendidas na esfera legislativa do Município, sem dúvida estão aquelas que dizem respeito diretamente ao comércio, com a consequente liberação de alvarás de licença de instalação e a imposição de horário de funcionamento, daí parecer-me atual e em plena vigência, aplicável inclusive ao caso presente, a Súmula 419 desta Corte, que já assentara que “os Municípios têm competência para regular o horário do comércio local, desde que não infrinjam leis estaduais ou federais válidas”.

9. As normas locais ora impugnadas se inserem, por isso mesmo, na

órbita de competência constitucional dos Municípios, inerentes que são ao seu poder de polícia para o ordenamento da vida urbana.

10. Sobre essa questão, ainda vale lembrar o ensinamento do saudoso administrativista,<sup>41</sup> antes citado, verbis:

“Para esse policiamento deve o Município indicar o proceder do administrado, regulamentar a fiscalização e cobrar as taxas estabelecidas por lei. Nessa regulamentação se inclui a fixação de horário do comércio em geral e das diversificações para certas atividades ou estabelecimentos, bem como o modo de apresentação das mercadorias, utilidades e serviços oferecidos ao público. Tal poder é inerente ao Município para a ordenação da vida urbana, nas suas exigências de segurança, higiene, sossego e bem-estar da coletividade. Por isso, a jurisprudência tem consagrado reiteradamente a validade de tal regulamentação e das respectivas sanções como legítima expressão do interesse local. Nem se objete que a fixação de horário do comércio constitui regulamentação da atividade econômica, e por isso refoge da competência municipal. A objeção é improcedente porque a simples imposição de horário, vale dizer, do período de atendimento do público, não se confunde com a intervenção no domínio econômico” (Obra citada, pág. 427).

O município, portanto, tem competência para legislar sobre comércio, principalmente no que se refere à “liberação de alvarás de licença de instalação e à imposição de horário de funcionamento”, como dispõe a Súmula nº 419 do STF: “os Municípios têm competência para regular o horário do comércio local, desde que não infrinjam leis estaduais ou federais válidas”. Essa competência legislativa está inserida no poder de polícia que tem o município para “ordenar a vida urbana [...] nas suas exigências de segurança, higiene, sossego e bem-estar da coletividade”.<sup>42</sup>

Reafirme-se essa conclusão, ainda, com o ensinamento de José Cretella Júnior:<sup>43</sup> “Quanto aos horários de funcionamento do comércio, em geral, é da competência privativa dos Municípios fixá-los, adaptando-os ao peculiar interesse comunal”.

---

<sup>41</sup> *Ibid.*

<sup>42</sup> Conforme lição de Hely Lopes Meirelles, trazida pelo trecho do voto-vista acima reproduzido.

<sup>43</sup> CRETILLA JÚNIOR, José. *Direito administrativo brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 586.



### 3.3. *Observância do processo legal*

O exercício do poder de polícia não pode prescindir da observância do processo legal, como restou decidido pelo STF:

PODER DE POLÍCIA — PROCESSO ADMINISTRATIVO — DEFESA. A atuação da administração pública, no exercício do poder de polícia, ou seja, pronta e imediata, há de ficar restrita aos atos indispensáveis à eficácia da fiscalização, voltada aos interesses da sociedade. Extravassando a simples correção do quadro que a ensejou, a ponto de alcançar a imposição de pena, indispensável é que seja precedida da instauração de processo administrativo, no qual se assegure ao interessado o contraditório e, portanto, o direito de defesa, nos moldes do inciso LV do artigo 5º da Constituição Federal. 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.

(RE 153540, relator(a): min. MARCO AURÉLIO, SEGUNDA TURMA, julgado em 5/6/1995, DJ 15-9-1995 PP-29519 EMENT VOL-01800-05 PP-00948)

#### O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO

A hipótese não se circunscreve à atuação fiscalizadora, em si, da administração pública. Conforme salientado pelo Secretário Municipal de Transportes, o veículo com o qual o Recorrido explora o serviço de táxi estava sendo conduzido, em 30 de outubro de 1989, por pessoa diversa da realmente credenciada. O poder de polícia ficaria no âmbito estritamente legal se tivesse ocorrido a atuação, impondo-se multa ou mesmo a apreensão do veículo. Ocorre que se partiu para a imposição de pena que extravasou tal campo, ordenando-se a suspensão dos serviços por dez dias, sem que se tivesse assegurado, em processo próprio, a devida defesa. Destarte, o ato foi além do indispensável — a atuação pronta e imediata da fiscalização —, projetando-se no tempo de forma a ultrapassar os meios necessários à imediata correção do quadro. Daí a Corte de origem haver consignado o desprezo à norma inculpada no inciso LV do artigo 5º da Carta, ressaltando, mais, que a própria legislação municipal prevê a possibilidade de o taxista, nos impedimentos por

motivo de doença, indicar um substituto. Por estas razões, tenho como não verificada a transgressão à Carta, razão pela qual não conheço do extraordinário.

O processo trata de fato ocorrido em 1989, em que um munícipe teve apreendido o táxi que conduzia por ser pessoa diversa da credenciada para a realização desse serviço, tendo sido “ordenada a suspensão dos serviços por dez dias, sem que se tivesse assegurado, em processo próprio, a devida defesa”. Apesar de se tratar do exercício do poder de polícia do município, sua atuação não observou o devido processo legal, que consistiria “na atuação, imposição de multa ou mesmo a apreensão do veículo”. Quando o município partiu para a suspensão dos serviços sem assegurar a defesa em processo próprio, exerceu ato “além do indispensável, ultrapassando os meios necessários à imediata correção do quadro”. Ainda mais no caso específico do processo, em “que a própria legislação municipal prevê a possibilidade de o taxista, nos impedimentos por motivo de doença, indicar um substituto”.

Duas lições se podem apreender dessa decisão:

(1) o exercício do poder de polícia deve ficar restrito aos atos indispensáveis à eficácia da fiscalização, voltada aos interesses da sociedade;

(2) a imposição de sanção no exercício do poder de polícia deve ser precedida da instauração de processo administrativo, assegurando-se ao interessado o contraditório e a ampla defesa (art. 5º, LV, CRFB).<sup>44</sup>

---

<sup>44</sup> No mesmo sentido, o STF proferiu decisão em 2010, em processo que tratava da inclusão do estado de Minas Gerais em cadastro federal (Siafi/Cauc) em virtude de “supostas irregularidades” na prestação de contas de um convênio. Assim constou no trecho da ementa relacionado ao tema aqui estudado: “A QUESTÃO DOS DIREITOS E GARANTIAS CONSTITUCIONAIS, NOTADAMENTE AQUELES DE CARÁTER PROCEDIMENTAL, TITULARIZADOS PELAS PESSOAS JURÍDICAS DE DIREITO PÚBLICO. — A imposição de restrições de ordem jurídica, pelo Estado, quer se concretize na esfera judicial, quer se realize no âmbito estritamente administrativo, supõe, para legitimar-se constitucionalmente, o efetivo respeito, pelo Poder Público, da garantia indisponível do ‘due process of law’, assegurada, pela Constituição da República (art. 5º, LIV), à generalidade das pessoas, inclusive às próprias pessoas jurídicas de direito público, eis que o Estado, em tema de limitação ou supressão de direitos, não pode exercer a sua autoridade de maneira abusiva e arbitrária. Doutrina. Precedentes. LIMITAÇÃO DE DIREITOS E NECESSÁRIA OBSERVÂNCIA, PARA EFEITO DE SUA IMPOSIÇÃO, DA GARANTIA CONSTITUCIONAL DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. — A Constituição da República estabelece, em seu art. 5º, incisos LIV e LV, considerada a essencialidade da garantia constitucional da plenitude de defesa e do contraditório, que ninguém pode ser privado de sua liberdade, de seus bens ou de seus direitos sem o devido processo legal, notadamente naqueles casos em que se viabilize a possibilidade de imposição, a determinada pessoa ou entidade, seja ela pública ou privada, de medidas consubstanciadoras de limitação de direitos. — A jurisprudência dos Tribunais, especialmente a do Supremo Tribunal Federal, tem reafirmado o caráter fundamental do princípio da plenitude de defesa, nele reconhecendo uma insuprimível garantia, que, instituída em favor de qualquer

### 3.4. *Proteção do governado de eventual abuso ou desvio de poder*

O Banco Central ajuizou ação em que pretendia que fosse afastado o sigilo bancário quando necessário para sua atuação fiscalizadora. Chegando o processo ao Supremo Tribunal Federal, restou assim decidido:

SIGILO DE DADOS — ATUAÇÃO FISCALIZADORA DO BANCO CENTRAL — AFASTAMENTO — INVIABILIDADE. A atuação fiscalizadora do Banco Central do Brasil não encerra a possibilidade de, no campo administrativo, alcançar dados bancários de correntistas, afastando o sigilo previsto no inciso XII do artigo 5º da Constituição Federal. (RE 461366, relator(a): min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 3/8/2007, DJe-117 DIVULG 4-10-2007 PUBLIC 5-10-2007 DJ 5-10-2007 PP-00025 EMENT VOL-02292-03 PP-00668 RTJ VOL-00202-03 PP-01254 RT v. 97, n. 868, 2008, p. 152-161)

#### VOTO

##### O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR)

Quanto à matéria de fundo, o Banco Central articula com o disposto no inciso X do artigo 5º da Carta da República na contramão, ou seja, para ver proclamada não a preservação da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas, mas a possibilidade de ter-se a colocação, em segundo plano, sob tal ângulo, do sigilo de dados. O preceito regeedor da espécie, considerado o sistema da Constituição Federal, é o do inciso XII do mencionado artigo. Surge como regra o sigilo de dados, somente podendo ocorrer o afastamento por ordem judicial e, mesmo assim, visando a investigação criminal ou instrução processual penal. Conforme ressaltado pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento do regimental protocolado, o Banco Central confunde o poder de fiscalização com o de afastar o sigilo de dados. Desprovejo o extraordinário.

---

peessoa ou entidade, rege e condiciona o exercício, pelo Poder Público, de sua atividade, ainda que em sede materialmente administrativa ou no âmbito político-administrativo, sob pena de nulidade da própria medida restritiva de direitos, revestida, ou não, de caráter punitivo. Doutrina. Precedentes. (ACO 1576 Ref-TA, relator(a): min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 23/6/2010, DJe-154 DIVULG 19-08-2010 PUBLIC 20-8-2010 EMENT VOL-02411-01 PP-00036.)”

O STF, dessa forma, entendeu que “a atuação fiscalizadora do Banco Central do Brasil” não pode significar a “violação do sigilo de dados bancários de correntistas”, até mesmo porque o inciso XII do art. 5º da Constituição Federal prevê como exceção a existência de “ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal”, hipóteses em que não se enquadra a atuação do Banco Central.

O exercício do poder de polícia não pode significar, portanto, desproporcional limitação do direito do governado, que deve ser protegido de eventual abuso ou desvio de poder.

#### 4. O sujeito ativo do poder de polícia

Também é necessário saber quem pode atuar no desempenho do poder de polícia. O art. 78 do CTN determina que essa atuação deva ser realizada pela administração pública, mais especificamente pelo órgão competente previsto em lei.

##### 4.1. O Poder Executivo exerce o poder de polícia

O Supremo Tribunal Federal afirmou a competência do Poder Executivo na atuação do poder de polícia, como restou lançado na seguinte decisão:

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ART. 187 DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO. RELATÓRIO DE IMPACTO AMBIENTAL. APROVAÇÃO PELA ASSEMBLEIA LEGISLATIVA. VÍCIO MATERIAL. AFRONTA AOS ARTIGOS 58, § 2º, E 225, § 1º, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. 1. É inconstitucional preceito da Constituição do Estado do Espírito Santo que submete o Relatório de Impacto Ambiental — RIMA — ao crivo de comissão permanente e específica da Assembleia Legislativa. 2. A concessão de autorização para desenvolvimento de atividade potencialmente danosa ao meio ambiente consubstancia ato do Poder de Polícia — ato da Administração Pública — entenda-se ato do Poder Executivo. 3. Ação julgada procedente para declarar inconstitucional o trecho final do § 3º do artigo 187 da Constituição do Estado do Espírito Santo.

(ADI 1505, relator(a): min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 24/11/2004, DJ 4-3-2005 PP-00010 EMENT VOL-02182-01 PP-00067 LE-

XSTF v. 27, n. 316, 2005, p. 27-36 RDA n. 240, 2005, p. 298-303 RTJ VOL-00193-01 PP-00058)

## RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO EROS GRAU: A Confederação Nacional da Indústria — CNI, com fundamento no art. 103, inciso IX, da Constituição do Brasil, propõe ação direta de inconstitucionalidade do § 3º do artigo 187 da Constituição do Estado do Espírito Santo, cujo teor é o seguinte: “Art. 187 — Para a localização, operação e ampliação de obra ou de atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, será exigido relatório de impacto ambiental, na forma da lei que assegurará a participação da comunidade em todas as fases de sua discussão.

[...] § 3º. A análise do relatório de impacto ambiental relativa a projetos de grande porte será realizada pelo órgão público competente e submetida a apreciação da comissão permanente e específica da Assembleia Legislativa, devendo ser custeada pelo interessado, proibida a participação de pessoas físicas ou jurídicas que atuaram na sua elaboração.”

2. Alega a requerente que o dispositivo mencionado estaria em confronto direto com os artigos 58, § 2º, e 225, § 1º, inciso IV, ambos da Constituição do Brasil. Assevera não haver respaldo jurídico que justifique a submissão do relatório de impacto ambiental à comissão da Assembleia Legislativa, uma vez que a Constituição não confere tal competência às comissões parlamentares federais.

## VOTO

O SENHOR MINISTRO EROS GRAU (Relator):

Conferir à Assembleia Legislativa atribuição de caráter nitidamente administrativo — ato administrativo e não ato normativo — importa invasão de competência do Poder Executivo. Cumpre ao Poder Legislativo do Estado-membro definir os procedimentos a serem observados pelos interessados junto ao órgão da Administração. O processamento das autorizações é prerrogativa do Poder Executivo, específica exteriorização do poder de polícia.<sup>45</sup>

---

<sup>45</sup> Note-se que o art. 11, § 1º da Resolução Conama 1/86, possibilita a participação de outros órgãos na análise de projeto de atividade ou obra danosa ao meio ambiente. Desse modo, é evidente que a Assembleia Legislativa do estado do Espírito Santo, assim como qualquer outro órgão público, pode participar do projeto de aprovação.

Ante o exposto, visto que o § 3º do artigo 187 da Constituição do Estado do Espírito Santo não está em consonância com a Constituição do Brasil, julgo parcialmente procedente a ADI, para declarar inconstitucional o trecho “e submetida a apreciação da comissão permanente e específica da Assembleia Legislativa, devendo ser custeada pelo interessado, proibida a participação de pessoas físicas ou jurídicas que atuaram na sua elaboração”.

A Constituição do estado do Espírito Santo previa, em seu art. 187, a necessidade de submissão do Relatório de Impacto Ambiental (Rima) ao crivo de comissão permanente e específica da Assembleia Legislativa. Essa previsão, no entanto, foi julgada inconstitucional, por entender-se que “a concessão de autorização para desenvolvimento de atividade potencialmente danosa ao meio ambiente consubstancia ato do Poder de Polícia, próprio do Poder Executivo”. Ou seja, trata-se de ato administrativo e não de ato normativo. No que se refere ao poder de polícia, o Poder Legislativo do estado-membro tem a competência de “definir os procedimentos a serem observados pelos interessados junto ao órgão da Administração, mas o processamento das autorizações é prerrogativa do Poder Executivo, específica exteriorização do poder de polícia”.

A respeito dessa decisão, Paulo de Bessa Antunes refere:

O Estado do Espírito Santo tinha em sua Constituição uma norma curiosa que determinava competir à Assembleia Legislativa exame dos Estudos de Impacto Ambiental antes da concessão da licença ambiental. Cuidava-se, evidentemente, de norma exótica e despropositada que, em boa hora, foi declarada inconstitucional pelo egrégio STF.<sup>46</sup>

O § 3º do art. 187 da Constituição Estadual do Espírito Santo tinha o seguinte teor:

Art. 187.

[...]

§ 3º. A análise do relatório de impacto ambiental relativa a projetos de grande porte será realizada pelo órgão público competente e subme-

---

<sup>46</sup> ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito ambiental*. 11. ed., ampl. reformulada. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 283.

tida a apreciação da comissão permanente e específica da Assembleia Legislativa, devendo ser custeada pelo interessado, proibida a participação de pessoas físicas ou jurídicas que atuaram na sua elaboração.

Com a declaração de inconstitucionalidade, foi suprimido do § 3º o trecho “e submetida a apreciação da comissão permanente e específica da Assembleia Legislativa, devendo ser custeada pelo interessado, proibida a participação de pessoas físicas ou jurídicas que atuaram na sua elaboração”. Percebe-se, no entanto, que deveria ter sido retirada apenas a expressão “e submetida a apreciação da comissão permanente e específica da Assembleia Legislativa”, pois o restante da norma não afeta a necessidade de o sujeito ativo do poder de polícia ser o Poder Executivo. A própria Resolução Conama<sup>47</sup> n° 1, de 23 de janeiro de 1986, prevê em seu art. 8º que

Correrão por conta do proponente do projeto todas as despesas e custos referentes à realização do estudo de impacto ambiental, tais como: coleta e aquisição dos dados e informações, trabalhos e inspeções de campo, análises de laboratório, estudos técnicos e científicos e acompanhamento e monitoramento dos impactos, elaboração do Rima e fornecimento de pelo menos 5 (cinco) cópias.

#### *4.2. O poder de polícia não pode ser delegado a uma entidade privada*

Álvaro Lazzarini ensina que o poder de polícia só pode se exercido “por órgão da Administração Pública, enquanto Poder Público e não através de órgãos paraestatais, como empresas públicas, sociedades de economia mista

---

<sup>47</sup> A Lei Federal n° 6.938, de 31 de agosto de 1981, criou, em seu art. 6º, o Sistema Nacional do Meio Ambiente (Sisnama), que tem como órgão consultivo e deliberativo o Conselho Nacional do Meio Ambiente (Conama), tendo, entre suas finalidades, a de “deliberar, no âmbito de sua competência, sobre normas e padrões compatíveis com o meio ambiente ecologicamente equilibrado e essencial à sadia qualidade de vida” (inciso IV). O art. 8º prevê como atribuições do Conama o estabelecimento de “normas e critérios para o licenciamento de atividades efetiva ou potencialmente poluidoras” (inciso I); de “normas e padrões nacionais de controle da poluição por veículos automotores, aeronaves e embarcações” (inciso VI); e de “normas, critérios e padrões relativos ao controle e à manutenção da qualidade do meio ambiente com vistas ao uso racional dos recursos ambientais, principalmente os hídricos” (inciso VII).

e outras atividades que explorem atividade econômica”.<sup>48</sup> No mesmo sentido ensina Juarez Freitas: “a polícia administrativa há de ser exercício privativo do Poder Público”.<sup>49</sup>

#### 4.2.1. Serviços de fiscalização de profissões regulamentadas

A respeito da delegação a entidades privadas de atos relacionados à fiscalização de profissões regulamentadas, assim decidiu o Supremo Tribunal Federal:

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. Está prejudicada a Ação, no ponto em que impugna o parágrafo 3º do art. 58 da Lei nº 9.649, de 27.05.1988, em face do texto originário do art. 39 da C.F. de 1988. É que esse texto originário foi inteiramente modificado pelo novo art. 39 da Constituição, com a redação que lhe foi dada pela E.C. nº 19, de 04.06.1988. E, segundo a jurisprudência da Corte, o controle concentrado de constitucionalidade, mediante a Ação Direta, é feito em face do texto constitucional em vigor e não do que vigorava anteriormente. 2. Quanto ao restante alegado na inicial, nos aditamentos e nas informações, a Ação não está prejudicada e por isso o requerimento de medida cautelar é examinado. 3. No que concerne à alegada falta dos requisitos da relevância e da urgência da Medida Provisória (que deu origem à Lei em questão), exigidos no art. 62 da Constituição, o Supremo Tribunal Federal somente a tem por caracterizada quando neste objetivamente evidenciada. E não quando dependa de uma avaliação subjetiva, estritamente política, mediante critérios de oportunidade e conveniência, esta confiada aos Poderes Executivo e Legislativo, que têm melhores condições que o Judiciário para uma conclusão a respeito. 4. Quanto ao mais, porém, as considerações da inicial e do aditamento de fls. 123/125 levam ao reconhecimento

---

<sup>48</sup> LAZZARINI, op. cit., p. 51.

<sup>49</sup> FREITAS, Juarez. *Estudos de direito administrativo*. 2. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 58.



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. 6. Também está presente o requisito do “*periculum in mora*”, pois a ruptura do sistema atual e a implantação do novo, trazido pela Lei impugnada, pode acarretar graves transtornos à Administração Pública e ao próprio exercício das profissões regulamentadas, em face do ordenamento constitucional em vigor. 7. Ação prejudicada, quanto ao parágrafo 3º do art. 58 da Lei nº 9.649, de 27.05.1998. 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. (ADI 1717 MC, relator(a): min. SYDNEY SANCHES, Tribunal Pleno, julgado em 22/9/1999, DJ 25-2-2000 PP-00050 EMENT VOL-01980-01 PP-00063)

## VOTO

O SENHOR MINISTRO SYDNEY SANCHES — (Relator):

[...] 3. Naquela oportunidade, no voto de Relator, deixei consignado (fls. 189):

“não me parece possível, a um primeiro exame, em face de nosso ordenamento constitucional, mediante a interpretação conjugada dos artigos 5º, XIII, 22, XVI, 21, XXIV, 70, parágrafo único, 149 e 175 da Constituição Federal, a delegação, a uma entidade privada, de atividade típica de Estado, que abrange até poder de polícia, de tributar e punir no que concerne ao exercício de atividades profissionais”.

Trata-se de análise de Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade do art. 58 e seus parágrafos da Lei Federal nº 9.649, de 27 de maio de 1998, que versa sobre serviços de fiscalização de profissões regulamentadas. O *caput* do referido art. 58 tem a seguinte redação: “Art. 58. Os serviços de fiscalização de profissões regulamentadas serão exercidos em caráter privado, por delegação do poder público, mediante autorização legislativa”. O STF decidiu pela impossibilidade de “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”.

Essa decisão foi mantida na apreciação definitiva da ADI:

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 5º, XIII, 22, XVI, 21, XXIV, 70, parágrafo único, 149 e 175 da Constituição Federal, leva à conclusão, no sentido da indelegabilidade, a uma entidade privada, de atividade típica de Estado, que abrange até poder de polícia, de tributar e de punir, no que concerne ao exercício de atividades profissionais regulamentadas, como ocorre com os dispositivos impugnados. 3. Decisão unânime. (ADI 1717, relator(a): min. SYDNEY SANCHES, Tribunal Pleno, julgado em 7/11/2002, DJ 28-3-2003 PP-00061 EMENT VOL-02104-01 PP-00149)

Uma indagação que se pode fazer, diante da impossibilidade de o poder público delegar a fiscalização das profissões, seria o enquadramento da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). José Cretella Júnior, em seu *Tratado de direito administrativo*, dizia<sup>50</sup> tratar-se a OAB de pessoa jurídica de direito público, “verdadeira autarquia administrativa”. O STF assim se manifestou a respeito do tema:

Ação Direta de Inconstitucionalidade — Lei nº 5.607, de 31.05.90, do Estado de Mato Grosso que atribui em favor da OAB, seção daquele Estado, parcela de custas processuais.

Exercendo a OAB, federal ou estadual, serviço público; por se tratar

---

<sup>50</sup> CRETELLA JÚNIOR, José. *Tratado de direito administrativo*. Volume V, Polícia Administrativa. Rio de Janeiro/São Paulo: Forense, 1968. p. 237.

de pessoa jurídica de direito público (autarquia), e serviço esse que está ligado à prestação jurisdicional pela fiscalização da profissão de advogado que, segundo a parte inicial do artigo 133 da CF/88, é indispensável à administração da justiça, não tem relevância, de plano, a fundamentação jurídica de arguição de inconstitucionalidade da Lei em causa no sentido de que o serviço por ela prestado não se vincula à prestação jurisdicional, desvirtuando-se, assim, a finalidade das custas judiciais, como taxa que são. Ausência, também, do periculum in mora ou da conveniência em suspender-se, liminarmente, a eficácia dessa Lei estadual. Pedido de liminar indeferido. (STF — ADInconst. Nº 1.707/1 — MT — rel. min. Moreira Alvos — J. 1.7.98 — DJU 16.10.98)

Assim, tendo em vista que a OAB presta serviço público e é considerada pessoa jurídica de direito público (autarquia), não se enquadraria na restrição imposta pela ADI, que impede que o poder público delegue a entidade *privada* a fiscalização de profissões.

#### 4.2.2. Serviços públicos de inspeção de segurança de veículos

A impossibilidade de atuação de entidade privada no exercício do poder de polícia também se aplica na inspeção de segurança de veículos:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. TRÂNSITO. CONCESSÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS DE INSPEÇÃO DE SEGURANÇA DE VEÍCULOS. INCONSTITUCIONALIDADE. I. — Lei 10.848, de 1996, do Estado do Rio Grande do Sul: suspensão cautelar dos seus efeitos. II. — Cautelar deferida. (ADI 1666 MC, relator(a): min. CARLOS VELLOSO, Tribunal Pleno, julgado em 16/6/1999, DJ 27-2-2004 PP-00019 EMENT VOL-02141-02 PP-00372)

#### RELATÓRIO

O Sr. MINISTRO CARLOS VELLOSO:

[...] c) embora as atividades de trânsito, pertinentes a vistoria, tenham merecido do legislador gaúcho o nome e a qualificação de serviço, não parece aos autores ser esta sua verdadeira natureza jurídica. Vistoriar veículos para garantia de segurança e para prevenir riscos para terceiros é atividade decorrente do exercício regular do Poder de Polícia, é ato estatal de polícia administrativa;

[...] O Governador do Estado do Rio Grande do Sul, às fls. 43/73, prestou informações, assim resumidas:

[...] h) a delegação que está sendo processada no DETRAN refere-se a tarefas secundárias ou atividades operacionais, por particulares, mas não significam a delegabilidade do próprio poder de polícia, como afirmam os requerentes. O que é objeto de licitação para posterior concessão é o serviço de vistoria e não a emissão de licença;

VOTO VISTA

O SENHOR MINISTRO NELSON JOBIM

[...] 3. L. 10.848/96.

Examino, agora, o § 1º do art. 2º da L. 10.848/96.

Leio:

Art. 2º. O Departamento Estadual de Trânsito terá como finalidade gerenciar, fiscalizar e controlar em todo o território do Estado, as atividades de trânsito, nos termos da legislação própria.

§ 1º. As atividades pertinentes à execução dos serviços poderão ser objeto de concessão ou permissão, precedidas, em qualquer hipótese, de lei autorizatória específica e do procedimento licitatório correspondente. [...] (fls. 23).

Quando dos debates, PERTENCE manifestou-se:

Eu teria a sugerir uma suspensão sem redução de texto. A ideia de privatização, ao que entendi, é [tanto da atividade de] polícia quanto o é o exame de vista para renovação da carteira nacional de habilitação. Que isto seja contratado, ou mediante credenciamento de terceiro, não me causa nenhuma espécie, mas esta frase “fiscalização” [...] Não me interessa saber o que diz o Código Nacional de Trânsito, porque diga o que disser, obviamente envolve polícia.

Por isso propus uma solução prudente, que é não reduzir o texto, mas excluir qualquer atividade de polícia.

Impressionou PERTENCE o objeto da delegação: “as atividades pertinentes à execução dos serviços”.

Que a regra incluía “exame de aptidão física e mental”, inspeção veicular etc., não há problema.

No entanto, a regra autoriza entender-se que, no âmbito de sua aplicação, estejam incluídos as atividades de polícia ou o exercício do poder de polícia.

Tem razão PERTENCE.

A redação do parágrafo autoriza a observação de PERTENCE.

Concedo liminar para, sem redução de texto, dar uma interpretação conforme no sentido de que o parágrafo único do art. 1º, da L. 10.848/96 não inclua o exercício do poder de polícia.

A Lei Estadual nº 10.848/96, do Rio Grande do Sul, foi promulgada com a seguinte redação:

Art. 2º. O Departamento Estadual de Trânsito terá como finalidade gerenciar, fiscalizar e controlar em todo o território do Estado, as atividades de trânsito, nos termos da legislação própria.

§ 1º – As atividades pertinentes à execução dos serviços poderão ser objeto de concessão ou permissão, precedidas, em qualquer hipótese, de lei autorizatória específica e do procedimento licitatório correspondente.

Com essa redação, a lei gaúcha possibilitava a concessão de serviços públicos de inspeção de segurança de veículos a pessoas jurídicas de direito privado. O ministro Carlos Velloso alerta que, apesar de a lei atacada ter se referido a serviços que poderiam ser delegados, a vistoria de veículos tem como objetivo garantir a segurança e prevenir riscos para terceiros, traduzindo-se em atividade decorrente do exercício regular do poder de polícia.

O governador do Estado do Rio Grande do Sul (conforme relatório do ministro Carlos Velloso) defendeu a higidez da norma estadual, dizendo que

a delegação que está sendo processada no Detran refere-se a tarefas secundárias ou atividades operacionais, por particulares, mas não significam a delegabilidade do próprio poder de polícia, como afirmam os requerentes. O que é objeto de licitação para posterior concessão é o serviço de vistoria e não a emissão de licença.

O ministro Sepúlveda Pertence, em manifestação reproduzida no voto-vista do ministro Nelson Jobim, alertou que não se tratavam de meras atividades secundárias a serem delegadas, mas de atos específicos de polícia administrativa. Destaca a palavra *fiscalizar* constante no *caput* do art. 2º, que,

conforme leitura do § 1º, estaria incluído na possibilidade de delegação. Assim, optou-se por dar ao texto atacado uma interpretação conforme à Constituição, “no sentido de que o parágrafo único do art. 1º, da L. 10.848/96 não incluísse o exercício do poder de polícia”.

Celso Antônio Bandeira de Mello ventila a possibilidade de delegação a particular de “certos atos materiais que precedem atos jurídicos de polícia”, trazendo o exemplo dos fotossensores operados por empresas privadas e que acusam o excesso de velocidade. O particular pode, ainda, “praticar ato material sucessivo a ato jurídico de polícia” como, por exemplo, a contratação de empresa privada para demolição de imóvel, desde que observado o devido processo legal. Por fim, ressalta a possibilidade de existir “ato jurídico de polícia [...] expedido por máquina”, como é o caso dos parquímetros. Alerta o doutrinador, porém, que permanece vedado o exercício do poder de polícia por particular, à exceção dos citados atos preparatórios ou sucessivos.<sup>51</sup>

## 5. Considerações finais

O poder de polícia administrativa, assim, é um dos instrumentos utilizados pelos órgãos de governo para o desempenho das atribuições que lhes são previstas na Constituição.<sup>52</sup> Essa vinculação da atuação estatal às competências previstas na Constituição permite a divisão de esforços entre União, estados e municípios. No entanto, alguns temas perpassam as três esferas de governo, fazendo com que elas atuem simultaneamente no exercício do poder de polícia. É o que ocorre com a saúde pública, trânsito e transportes,<sup>53</sup> entre outros assuntos.

Hely Lopes Meirelles conceituava poder de polícia como “a faculdade de que dispõe a Administração Pública para condicionar e restringir o uso e gozo de bens, atividades e direitos individuais, em benefício da coletividade ou do próprio Estado”.<sup>54</sup> O poder público pode, assim, por meio do poder de polícia, limitar direitos individuais, desde que isso seja necessário para beneficiar a

---

<sup>51</sup> MELLO, op. cit., p. 839-841.

<sup>52</sup> MEIRELLES, op. cit., p. 120 e 121.

<sup>53</sup> *Ibid.*, p. 121.

<sup>54</sup> *Ibid.*, p. 122. Como define Édís Milaré: “Disso decorre que o poder de polícia é prerrogativa da Administração Pública, que legitima a intervenção na esfera jurídica do particular, em defesa de interesses maiores relevantes para a coletividade, e desde que fundado em lei anterior que o discipline e defina seus contornos”. (MILARÉ, op. cit., p. 750).

coletividade e o Estado, tendo como objetivo a implementação das atribuições constitucionais. No mesmo sentido, assim ensina Odete Medauar: “Em essência, poder de polícia é a atividade da Administração que impõe limites ao exercício de direitos e liberdades”.<sup>55</sup>

No entanto, essa restrição de direitos individuais implica conflitos entre bens e direitos, como ensina Canotilho:

Os direitos fundamentais estão, por vezes, em conflito com outros bens ou direitos constitucionalmente protegidos. Impõe-se, neste caso, a necessidade de ponderação (*Abwägung*) de bens e direitos a fim de se obter, se possível, uma concordância prática entre os vários bens ou direitos protegidos a nível jurídico constitucional.<sup>56</sup>

A administração pública, ao aplicar o poder de polícia, é desafiada a resolver esse conflito entre bens ou direitos constitucionalmente protegidos, e precisa ponderar sobre a limitação dos mesmos com o fim de proteger outros bens e direitos. Canotilho, porém, alerta que

Uma ideia de primacial importância a reter em toda esta matéria é a seguinte: só deve falar-se de uma restrição de direitos quando há uma efetiva limitação do âmbito de proteção desses direitos [...]. Para se afirmar existência de uma autêntica restrição é necessário desenvolver um procedimento metódico destinado a iluminar as seguintes interrogações:

- (1) Trata-se de efetiva restrição do âmbito de proteção de norma consagrada de um direito, liberdade e garantia?
- (2) Existe uma autorização constitucional para essa restrição?
- (3) Corresponde a restrição à necessidade de salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos?
- (4) A lei restritiva observou os requisitos expressamente estabelecidos pela constituição (necessidade, proporcionalidade, generalidade e abstração, não retroatividade, garantia do núcleo essencial)?<sup>57</sup>

<sup>55</sup> MEDAUAR, op. cit., p. 387.

<sup>56</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. 6. ed. rev. Coimbra: Livraria Almedina, 1993. p. 601.

<sup>57</sup> *Ibid.*, p. 601 e 602.

Enquadrando-se cada uma das questões acima ao poder de polícia, e tomando-se por base as decisões do STF analisadas, pode-se concluir que:

(1) O poder de polícia realiza efetiva restrição do âmbito de proteção de norma consagrada de um direito, liberdade e garantia, como se depreende do conceito legal de poder de polícia, constante no art. 78 do Código Tributário Nacional (CTN): “Considera-se poder de polícia atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade” ...

(2) Existe uma autorização constitucional para a restrição aplicada pela administração pública no exercício do poder de polícia. Continuando no art. 78 do CTN, percebe-se que o objetivo do poder de polícia é proteger o

interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranquilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos.

Esses bens jurídicos constantes no art. 78 do CTN, que representam o objeto de proteção do poder de polícia, estão previstos na Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB), ao exigir, por exemplo, que o Estado realize a proteção da saúde (art. 196, CRFB: “garantir a saúde mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos”). Da mesma forma, a Constituição impõe ao Estado a atribuição de cuidar da segurança pública (art. 144, CRFB), devendo, para isso, “preservar a ordem pública e a incolumidade das pessoas e do patrimônio”. Isto é, está implícita na Constituição uma autorização para que a administração pública restrinja direitos por meio do exercício do poder de polícia.

(3) As restrições, aliadas ao poder de polícia, implicam a necessidade de salvaguardar direitos ou interesses constitucionalmente protegidos. Aqueles interesses públicos listados no art. 78 do CTN estão espalhados pela Constituição, conferindo aos cidadãos o *direito* de sua observância mas também ordenando ao Estado uma atuação que *garanta* tais direitos, impedindo atitudes que os contrariem. Temos os exemplos do direito à saúde e à segurança pública acima citados, mas também podemos citar a *disciplina da produção e do mercado*. Nesse aspecto, o art. 170 da CRFB prevê uma “ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre-iniciativa, que tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social”. O art. 174, porém, prevê as limitações a serem aplicadas pelo Estado nesse



campo de atuação: “Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado”. Assim, ao exercer o poder de polícia, a administração pública tem por objetivo preservar direitos e interesses constitucionalmente protegidos.

(4) Assim, sendo o poder de polícia um conjunto de medidas restritivas, cada norma que prevê sua aplicação deve ser necessária, proporcional, geral e abstrata, não retroativa e deve preservar o núcleo essencial. A aplicação desses requisitos deve ser vista caso a caso, como se verificou na análise de algumas decisões do Supremo Tribunal Federal.

## Referências

ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito ambiental*. 11. ed., ampl. reform. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. 940p.

BIELEFELDT, Heiner. *Filosofia dos direitos humanos*. Tradução de Dankwart Bernsmuller. São Leopoldo: Unisinos, 2000.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho, 15. tir. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. 6. ed. rev. Coimbra: Livraria Almedina, 1993.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Direito administrativo brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

\_\_\_\_\_. *Tratado de direito administrativo*. Volume V, Polícia Administrativa. Rio de Janeiro/São Paulo: Forense, 1968.

DOUZINAS, Costas. *O fim dos direitos humanos*. Tradução de Luzia Araújo. São Leopoldo: Unisinos, 2009.

FERREIRA, Sergio de Andréa. Poder e autoridade da polícia administrativa. In: LAZZARINI, Álvaro et al. *Direito administrativo da ordem pública*. Forense: Rio de Janeiro, 1986. p. 205-219.

FREITAS, Juarez. *Estudos de direito administrativo*. 2. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 1997.

LAZZARINI, Álvaro. *Temas de direito administrativo*. 2. ed., rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 9. ed., rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito municipal brasileiro*. 13. ed. atual. por Célia Marisa Prendes e Márcio Schneider Reis. São Paulo: Malheiros, 2003.

\_\_\_\_\_. *Direito administrativo brasileiro*. 25. ed. atual. por Eurico Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros, 2000.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 27. ed., rev. e atual. até a Emenda Constitucional 64, de 04.02.2010. São Paulo: Malheiros, 2010.

MILARÉ, Édis. *Direito do ambiente: doutrina, jurisprudência, glossário*. 4. ed., rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

POGREBINSCHI, Thamy. Hobbes, Thomas. In: BARRETTO, Vicente de Paulo (Coord.). *Dicionário de filosofia do direito*. São Leopoldo/Rio de Janeiro: Unisinos/Renovar, 2006. p. 436-439.

SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. Locke, John. In: BARRETTO, Vicente de Paulo (Coord.). *Dicionário de filosofia do direito*. São Leopoldo/Rio de Janeiro: Unisinos/Renovar, 2006. p. 541-545.

TÁCITO, Caio. *Direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 1975.