— *Moderna concepção do poder de polícia.*
— *Proteção de mananciais e poder de polícia.*
— *Atribuição de competência policial.*
— *Exercício de poder de polícia por entidades paraestatais* — *Exercício irregular de poder de polícia e responsabilidade civil.*

PARECER

A CONSULTA

A Empresa Metropolitana de Planejamento da Grande São Paulo S/A — EMPLASA, considerando a legislação pertinente, especialmente as Leis Complementares nº 94, de 29.5.1974, e nº 144, de 22 de setembro de 1976, que a instituiram, as Lei nº 898, de 18 de dezembro de 1975, e nº 1 172, de 17 de novembro de

1976, e seu regulamento aprovado pelo Decreto nº 9 714, de 19 de abril de 1977, que disciplinam o uso do solo para a proteção dos mananciais, cursos e reservatórios de água e demais recursos hídricos de interesse da Região Metropolitana da Grande São Paulo, consulta-nos:

1º) Pode, ou não, a EMPLASA, como entidade paraestatal, exercer o poder de fiscalizar e impor sanções em virtude da aplicação das normas legais de proteção aos mananciais?

2º) É juridicamente viável iniciar-se na EMPLASA o procedimento de fiscalização e aplicação de advertência ou multa e, depois, ter o mesmo expediente prosseguimento na Secretaria dos Negócios Metropolitanos para o efeito de imposição de sanções mais graves?

3º) Os recursos contra atos de fiscalização e aplicação de sanções, tendo em vista o disposto no art. 16 da Lei nº 898, de 18 de dezembro de 1975, podem ser interpostos perante o Presidente da EMPLASA?

A consulta, como se percebe pelo seu enunciado, envolve o grave problema do exercício do poder de polícia por entidade paraestatal, o que nos obriga a tecer considerações prévias sobre essa temática e seus reflexos no plano prático, para, depois, descendo aos aspectos concretos da questão, respondermos os quesitos apresentados.

I — *Proteção aos Mananciais e Poder de Polícia.*

1. O conceito de *polícia administrativa* vem evoluindo constantemente. Era, ao tempo do Estado-polícia, "um poder juridicamente ilimitado de coagir e ditar ordens para realizar o que se tinha como conveniente", abarcando "a totalidade da atividade administrativa interna" (cf. Agustin A. Gordillo, *Tratado de Derecho Administrativo*, tomo 2, p. XII-4, Buenos Aires, 1975).

Surge, depois, no contexto do Estado de Direito, como uma faculdade excepcional de limitar direitos subjetivos dos administrados com a finalidade de salvaguardar a segurança, a salubridade e a moralidade pública (cf. Fernando Garrido Falla, *Tratado de Derecho Administrativo*, vol. II, 3ª ed., p. 142, Madri, 1966; Gordillo, ob. cit., p. XII-6).

Atualmente, o conceito de polícia administrativa passa por profunda reelaboração em face da concepção do Estado intervencionista, a ponto de propor-se o abandono da própria noção de poder de polícia como conceito autônomo da atividade normal do Estado (cf. Gordillo, ob. cit., p. XII-13).

2. Não cabe, nos limites deste parecer, a discussão do problema até essas conseqüências. Mas é pertinente observar (porque interessa ao deslinde da consulta) que a evolução conduz a atividade de polícia administrativa, cada vez mais, às estreitas balizas das normas legais formais. O pressuposto da legalidade encontra-se na base mesma do conceito de *polícia* ou de *poder de polícia*, considerado "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" (cf. Hely Lopes Meirelles, *Direito Administrativo Brasileiro*, 4ª ed., p. 104, São Paulo, 1976).

Não há discrepância na doutrina, que invariavelmente define a polícia administrativa como atividade limitadora dos direitos dos administrados, "actividad administrativa de injerencia en la libertad y propriedad de los particulares", como diz Garrido Falla (ob. cit. p. 151), que a concebe como:

"Aquella actividad que la Administración despliega en el ejercicio de sus pro-

pias potestades que, por razones de interés público, limita los derechos de los administrados mediante el ejercicio, en su caso, de la coación sobre los mismos" (ob. cit., p. 140; no mesmo sentido, cf. Gordillo, ob. cit., p. XII-6; Miguel S. Mairenroff, *Tratado de Derecho Administrativo*, t. IV, p. 514, Buenos Aires, 1973, data da impressão no fim do volume; Bartlomé A. Fiorini, *Manual de Derecho Administrativo*, 2ª parte, p. 645, Buenos Aires, 1968; Jean Rivero, *Droit Administratif*, 3ª ed., p. 368, Paris, 1965; Georges Vedel, *Droit Administratif*, 3ª ed., p. 569/570, Paris, 1964; André de Laubadère, *Traité de Droit Administratif*, v. 1º, 6ª ed., 563, 1973).

3. Se se trata de mecanismo que impõe limitações a direitos fundamentais, garantidos pela Constituição aos indivíduos, é fácil compreender que há que fundamentar-se nas disposições legais ou constitucionais, pois, como salienta Fiorini, é da "essência de todo Estado democrático e jurídico que as liberdades e direitos fundamentais reconhecidos aos indivíduos só possam ser limitados por uma norma proveniente do legislador" (ob. cit. p. 663). Bem observa, a esse propósito, Garrido Falla que aqui, mais do que em outro setor, vale:

"El principio de que toda actividad administrativa de injerencia en la libertad y propriedad de los particulares necesita un fundamento *legal formal*, es decir, la existencia de una norma jurídica con rango de *ley formal* que atribuya a la Administración los poderes necesarios para realizar tal injerencia" (ob. cit. p. 151; grifamos).

Por isso é que ele acrescenta, em harmonia, aliás, com a doutrina corrente, que:

"Dado el principio jurídico fundamental que consagra en el Estado de Derecho la libre esfera dela libertad y propriedad de los particulares, *toda limitación en este campo ha de tener su base en una ley*" (ob. cit. p. 157; grifamos).

4. Porque se entende que só a lei pode impor limitações a direitos reconhecidos pela Constituição, é que a doutrina mais moderna começa a fazer relevante distinção entre *poder de polícia* e *atividade de polícia*. Aquele é manifestação do poder legislativo, único competente para impor limitações aos direitos individuais, mediante lei formal. A segunda é função da Administração Pública que se exerce mediante atos de polícia que, como ato administrativo, "subordina-se ao ordenamento jurídico que rege as demais atividades da Administração, sujeitando-se inclusive ao *controle de legalidade* pelo Poder Judiciário" (cf. Hely Lopes Meirelles, ob. cit., p. 103). A distinção está insinuada em Vedel (ob. cit., p. 565-573); aparece, porém, clara em Augustín Gordillo, com sua concepção especial da matéria (ob. cit. p. XII-18/19) e, quase no mesmo sentido, em Cretella Júnior (*Curso de Direito Administrativo*, 3. ed., p. 445, Rio—São Paulo, 1971), e sintetizada, em termos menos particularistas, em Miguel Marienhoff, *in verbis:*

"Por tanto, el ejercicio del '*poder de policía*', al implicar limitaciones a derechos esenciales del individuo ('libertad' y 'propiedad'), requiere una *ley formal*, en tanto que la actividad '*policial*', propiamente dicha, sólo requiere la existencia de un *acto administrativo, político* o do *gobierno*, que por *principio* debe hallar fundamento en una normal '*legal formal*'; *excepcionalmente* puede fundarse en un regulamento *autónomo* o en un *acto administrativo, político* o *de gobierno*, originario, de conteudo individual. Como ejemplo de medida de policía expresada en un acto *originario*, de contenido individual, emanado del Poder Ejecutivo, puede mencionarse la con-

mutación de pena (Constitución Nacional, artículo 86, inciso 6º), que no es acto *'administrativo'*, sino *'político'* o de *'gobierno'*. Tratase de un acto *'originario'* del Poder Ejecutivo: su existencia no depende de *'ley formal'* alguna; su fuente directa es la Constitución Nacional." (ob. cit. p. 529-530; todos os grifos são do autor).

5. É doutrina que se conforma plenamente ao regime constitucional brasileiro, embora aqui não seja hábito fazer aquela distinção entre poder de polícia e atividade de polícia. Mas é certo que os atos de polícia, também entre nós, devem fundamentar-se em *lei formal*, lei emanada do poder legislativo segundo processo previsto na Constituição, a não ser hipóteses excepcionais em que se baseia diretamente em norma constitucional, para salvaguarda da ordem pública, dos bons costumes e da moralidade, consoante admite o art. 153, §§ 5º, 8º e 27º, da Constituição Federal, por exemplo. Note-se aqui, porém, a importância da distinção doutrinária entre os conceitos de *polícia geral* e *polícia especial*, porque a primeira permite maior flexibilidade à Administração, é mais propícia à atuação discricionária, fundada em conceitos genéricos de ordem pública, bons costumes e moralidade, como constam dos citados dispositivos constitucionais, precisamente porque este é o seu objeto. Já a *polícia especial*, seja porque tem por objeto matéria diversa da segurança, da tranqüilidade e da salubridade, enfim, matéria diferente do conceito tradicional da ordem pública, seja porque está sujeita a um regime jurídico particular (Vedel, ob. cit. p. 569-570; Jean Rivero, ob. cit., p. 371), subordina-se a uma previsão legal muito mais estreita.

6. Ora, a proteção dos mananciais exige um regime jurídico especial que, para ser eficaz, necessariamente importa em limitações a direitos individuais, tais como restrições ao uso e gozo da propriedade, à liberdade de comércio, de indústria e outras iniciativas privadas, sujeitando-os a controle especial, mediante atos de licenciamento, de aprovação, de fiscalização e até de imposição de sanções. Tudo isso, por caracterizar limitações a direitos individuais e a atuação de poder de polícia especial, teria que ser consubstanciado em normas de lei formal, para ter validade em face das normas constitucionais vigentes. E esta é precisamente a função da Lei nº 898, de 18.12.1975, que disciplina o uso do solo para a proteção dos mananciais, cursos e reservatórios de água e demais recursos hídricos de interesse da Região Metropolitana da Grande São Paulo, cujo art. 2º declara, *como reservadas* (portanto, sujeitas a controle especial, sujeitas à atividade policial especial) as áreas de proteção ali indicadas, nas quais, segundo o art. 3º, parágrafo único, a liberdade de uso e gozo da propriedade de terreno, quanto a faculdade de arruamento, loteamento, edificação e execuções de obras, assim como a prática de atividades agropecuárias, comerciais, industriais e recreativas, ficam sujeitas a controle especial e só podem ser exercidas mediante licenciamento e aprovação prévia da Secretaria dos Negócios Metropolitanos, sob pena de cessação compulsória da atividade ou embargo e demolição da obra (art. 4º), além da possibilidade da aplicação de outras sanções previstas no art. 13, no caso de infração das disposições da lei e seu regulamento.

7. Tão consciente estava o Poder Público estadual de sua vinculação ao princípio da legalidade, para o exercício do poder de polícia nesta matéria, que editou os arts. 5º e 11 da citada Lei 898/75, prevendo lei, e não mero regulamento, para outras restrições ao uso do solo visando à proteção dos mananciais. *In verbis*:

"Art. 5º — As áreas de proteção referidas no art. 2º *serão delimitadas por lei, que poderá estabelecer*, nos seus limites, *faixas ou áreas de maior ou menor restrição*, conforme o interesse público o exigir.

"Parágrafo único — As faixas ou áreas de maior restrição, denominadas de primeira categoria, abrangerão, inclusive, o corpo de água, enquanto que as demais, denominadas de segunda categoria, serão classificadas na ordem decrescente das *restrições* a que estarão sujeitas."

.....

"Art. 11 — As *restrições a serem estabelecidas em lei* e correspondentes às áreas de proteção a que se refere o art. 2º, sem prejuízo da legislação em vigor para outros efeitos, constarão de normas relativas a:..." (seguindo-se, em 13 incisos, os condicionamentos ao uso do solo e às atividades naquelas áreas).

8. Foi precisamente para delimitar aquelas áreas, fixar as faixas de maior ou menor restrições e definir os condicionamentos indicados naqueles dispositivos da Lei nº 898/75, que se promulgou a Lei nº 1 172, de 17.11.1976, porque não bastava, para satisfazer ao princípio da legalidade, no caso, a expedição de simples regulamento, pois, como adverte insistentemente Garrido Falla:

"La aplicación del principio de la legalidad a la materia concreta que nos ocupa nos exige insistir en la regla de que el regulamento de policía no puede establecer limitaciones no previstas en la ley que confiere la potestad" (ob. cit., p. 157).

9. Nem caberia alegar, contra a afirmação supra, o argumento da ampla discricionariedade de que goza a Administração no exercício da atividade de polícia. Primeiro, porque o princípio da legalidade rege também o uso do poder discricionário. Segundo, porque essa discricionariedade se aplica especialmente às atividades de polícia geral, ao passo que as atividades de polícia especial, como se dá no presente caso, são mais estreitamente sujeitas aos vínculos da lei formal. É precisamente nesse terreno que se verifica a situação assinalada por Hely Lopes Meirelles, quando observa que "o ato de polícia é, em princípio, *discricionário*, mas passará a ser *vinculado* se a norma legal que o rege estabelecer o modo e forma de sua realização" (ob. cit., p. 109).

II — *Exercício do poder de polícia por entidade paraestatal*

10. Verificamos, de passagem, que o ato de polícia é um tipo de ato administrativo, por isso está sujeito aos mesmos requisitos de validade deste, como bem acentua Hely Lopes Meirelles, *in verbis*:

"*As condições de validade do ato de polícia* são as mesmas do ato administrativo comum, ou seja, a *competência*, a *finalidade* e a *forma*, acrescidas da *proporcionalidade da sanção* e da *legalidade dos meios* empregados pela Administração" (*Direito Administrativo Brasileiro*, 4. ed., p. 113).

Como a consulta envolve a indagação da possibilidade ou não de a EMPLASA exercer o poder de polícia, no que atinge à proteção dos mananciais, convém primeiro verificarmos o problema da competência em geral para a prática dos atos de polícia. Pelo enunciado acima, já se tem que a *competência* é condição primeira de sua validade, como o é em relação à prática de qualquer ato administrativo. "Nenhum ato — discricionário ou vinculado (citemos outra vez o abalizado magistério de Hely Lopes Meirelles) — pode ser realizado validamente, sem que o agente disponha de *poder legal* para praticá-lo" (ob. cit., p. 118; grifamos). E em que consiste esse poder legal? Qual o seu

fundamento? O mesmo autos nos dá resposta adequada:

"Entende-se por *competência administrativa* o poder atribuído ao agente da Administração *para o desempenho específico de suas funções* (g.n.). A *competência resulta da lei* e *por ela é delimitada* (g.n.). Todo ato emanado de agente incompetente, ou realizado além do limite de que dispõe a autoridade incumbida de sua prática é inválido, por lhe faltar um elemento básico de sua perfeição, qual seja a correta manifestação da vontade da administração" (ob. cit., p. 118).

Cumpre frisar bem: a "competência resulta da *lei* e por ela é delimitada". Não pode decorrer pura e simplesmente de decreto ou de norma *infra legem*. Caio Tácito, sobre isso, oferece lição específica, quando esclarece:

"O exercício do poder de polícia pressupõe, inicialmente, uma autorização legal explícita ou implícita atribuindo a um determinado órgão ou agente administrativo a faculdade de agir. A *competência* é sempre condição vinculada dos atos administrativos, *decorrente necessariamente de prévia enunciação legal*. A sua verificação constitui, portanto, outro limite à latitude da ação de polícia que somente poderá emanar de *autoridade legalmente habilitada*." (Cf. *Direito Administrativo*, p. 142, São Paulo, 1975; grifamos.)

Não precisamos de ensinamentos mais claros do que esses. Mas cabe ainda recordar que isso mesmo decorre de texto legal expresso, qual seja o parágrafo único do art. 78 do Código Tributário Nacional, assim redigido:

"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."

11. Nesse campo é também de interesse a distinção entre polícia geral e polícia especial. A primeira por princípio compete às entidades públicas territoriais, distribuídas entre seus órgãos conforme indicar a lei, enquanto as funções de polícia especial, como nota Fiorini, podem ser atribuídas a entidades institucionais (ob. cit., p. 156). Jaime Vidal Perdomo esclarece bem esse ponto na seguinte passagem de sua obra:

"En cuanto a las policías especiales, *la ley* que las stablece indica las autoridades que han de ejercelas y las medidas que pueden tomar. A manera de ejemplo, hemos citado la relativa a la conservación de recursos naturales confiada al Instituto de Recursos Naturales Renovables (Inderena); existen otra sobre puertos, aduanas, ferrocarriles, etc., y lo serán las que cumplan las funciones de este orden del decreto-ley 2 881 de 1974 (Código de recursos naturales y contaminación ambiental)." (Cf. *Derecho Administrativo*, 5. ed., p. 213, Cali, 1977; grifamos.)

O exemplo do autor é muito expressivo, porque se situa na área de interesse em discussão, e é de ter-se em mente sua declaração inicial, segundo a qual *a lei* que estabelece as polícias especiais é que indica as autoridades que hão de exercê-las. Transpondo a lição para o caso concreto deste parecer, teríamos que a competência, para o exercício da polícia especial relativa à proteção dos mananciais, pertence aos órgãos e entidades, indicados pelas leis, que a estabeleceram (Leis 898/75 1 172/76), dentre os quais não se encontra a EMPLASA, como veremos mais adiante.

12. Outro ponto importante, que ressai dos ensinamentos que acabamos de transcrever, consiste na indicação de que as

atividades de polícia especial podem ser atribuídas a entidades diversas das estatais. Toca, assim, na questão da atribuição da atividade de polícia a entidades paraestatais, que ainda não sofreu, de parte da doutrina, tratamento aprofundado. Tem-se discutido, a respeito do assunto, muito na base da delegação de competência, e sempre se esbarra na tese da indelegabilidade do poder de polícia. Falta, certamente, fazer aquela distinção que a doutrina mais recente vem realizando entre poder de polícia e atividade de polícia. Os limites deste parecer não comportam aprofundar o tema aqui. Basta apenas relembrar Marienhoff, que esclarece que o exercício do poder de polícia é *inalienável* (claro, essa inalienabilidade relaciona-se com pessoas de direito privado); é também *indelegável* (ob. cit., p. 524/525):

"Pero también he dicho en otro lugar de la presente obra" — conclui — "que, sin tratarse precisamente de una *'delegación'* de funciones, puede tratarse de un *'imputación de funciones'* o de una *'atribución de competencia'* (tomo 1º, nº 195, p. 558-559). Esto último, por principio, es procedente desde el punto de vista constitucional, incluso tratandose de ejercicio del poder de policía" (ob. cit., p. 525).

13. Essas idéias gerais se aplicam no direito brasileiro, que admite, mediante norma legal expressa, a atribuição de competência para o exercício de atividade de polícia até mesmo a pessoas privadas, quando no exercício de uma função pública, como mostrou Cid Tomanik Pompeu, referindo-se, por exemplo, ao art. 139 do Código Eleitoral que declara caber ao presidente da mesa receptora a polícia dos trabalhos eleitorais (cf. "Poder de Polícia e Empresa Pública", *in O Estado de São Paulo*, de 2.8.77, p. 32). Nesse artigo, Cid Tomanik Pompeu mostra que "tem sido aceita, na prática, a criação, por lei, de empresas públicas que, ao lado de atividades econômicas, exerçam poder de polícia sobre áreas bem definidas", vale dizer: exercem o poder de polícia especial, mediante atribuição legal, na área de sua atividade. Arrola os exemplos da EMBRATUR, do BNH, ECT, a que podemos acrescentar a CETESB e a DERSA (esta sociedade de economia mista), as quais receberam *por lei* competência de polícia.

O caso da DERSA é ilustrativo. Criada por autorização do Decreto-lei nº 5, de 6.3.1969, para explorar, mediante concessão, o uso das rodovias Anchieta e Imigrantes, essa lei não lhe deu explicitamente competência para o exercício do poder de polícia especial na área, apenas previu que do contrato de concessão constariam cláusulas e condições que assegurassem a *regularidade, continuidade* e *eficiência* dos serviços prestados pela concessionária. Aí bem se poderia entender que estaria implícita a atribuição de atividade policial pertinente e necessária à regularidade e eficiência do serviço concedido. E assim, realmente, entendeu o Regulamento do Sistema Rodoviário Anchieta-Imigrantes, tanto que atribuiu, nos arts. 13 e 14, "à DERSA o exercício do poder de polícia administrativa" e a conseqüente competência para impor multas aos infratores dos regulamentos administrativos aplicáveis ao sistema rodoviário referido. O Poder Público estadual, contudo, parece não ter-se sentido seguro da legitimidade dessa atribuição de competência policial administrativa por simples decreto, pois, logo, a Lei nº 95, de 29.12.72, alterando do Decreto-lei nº 5/1969, expressamente conferiu à DERSA competência para "exercer, nas rodovias abrangidas pela concessão, além de outras atividades úteis ou necessárias ao cumprimento de suas finalidades, todos os poderes implícitos e explícitos, com os respectivos di-

reitos e obrigações, *inclusive o poder de polícia administrativa, inerente e por isso necessário ao bom desempenho dos serviços concedidos*".

14. Enfim, para concluir essas considerações, que entendem legítima a *atribuição de competência por lei*, ou mesmo *delegação de competência autorizada expressa e especificamente por lei*, às entidades paraestatais, voltemos a citar Cid Tomanik Pompeu sobre o conteúdo dessa competência, nos termos seguintes:

"O poder de polícia delegado às empresas públicas pode abranger o estabelecimento de *normas*, o exercício de *atividades* necessárias ao cumprimento dessas normas, bem como a designação de *agentes de polícia*" (cf. artigo citado, conclusão *g*).

Convém acrescentar também a possibilidade de aplicação das sanções autorizadas na lei, desde que expressamente conste da atribuição da competência, e, embora o texto citado só fale em empresa pública, vale para a sociedade de economia mista.

15. A pergunta que se põe é: a EMPLASA recebeu, da lei, competência para o exercício da atividade de polícia em relação à aplicação das normas legais de proteção aos mananciais? Podemos avançar a conclusão de que, no nosso entender, não lhe fora atribuída, por lei, nem direta nem indiretamente, essa competência.

II — *Objetivo da EMPLASA e exercício do poder de polícia*

16. A EMPLASA é uma empresa pública, criada com base no art. 14 da Lei Complementar (estadual) nº 94, de 29 de maio de 1974, que encontra arrimo no art. 3º, parágrafo único, da Lei Complementar (federal), de 8.6.75, que estabeleceu, dentre outras, a Região Metropolitana da Grande São Paulo. Tem por objetivo *a realização de serviços necessários ao planejamento, programação coordenação e controle da execução dos serviços comuns de interesse metropolitano*. Inclui-se nesse objetivo, ainda que implicitamente, a competência para o exercício do poder ou da atividade de polícia? Certamente que não.

17. Efetivamente, a única expressão que poderia abranger tal atividade é "controle da execução dos serviços comuns de interesse metropolitano". Mas o sentido da expressão, decorrente do sistema normativo em que se insere, afasta, sem sombra de dúvida, qualquer conotação com poder de polícia. Trata-se, em verdade, de controle de execução de *serviço público* ou de *utilidade pública* de interesse metropolitano. A expressão "serviços comuns de interesse metropolitano" tem sentido bastante preciso no sistema normativo referente às regiões metropolitanas, porque é sua existência numa área urbanizada contínua, abrangente de mais de um Município, que fundamenta a institucionalização de ditas regiões, como se vê do art. 164 da Constituição Federal, onde o termo já aparece:

"A União, mediante lei complementar, poderá para a realização de *serviços comuns*, estabelecer regiões metropolitanas, *constituídas por municípios* que, independentemente de sua vinculação administrativa, façam parte da mesma comunidade sócio-econômica."

18. Então, "serviços comuns", no texto constitucional, significa serviços que eram de competência de cada Município da região, mas que, pela conturbação, passaram a interessar a toda a comunidade aí assentada. Por isso, deixaram de ser simplesmente locais, para ampliarem-se às dimensões metropolitanas, razão por que as citadas leis complementares falam em *serviços comuns de interesse metropolita-*

no. Sobre o assunto já tivemos ocasião de escrever, em modesta obra publicada, o seguinte, que nos permitimos relembrar aqui, porque ajuda a compreensão do conceito:

"As Metrópoles, que são exatamente aquelas áreas urbanizadas contínuas que constituem as áreas metropolitanas, demandam a prestação de serviços que somente podem ser executados com eficiência na medida em que sejam realizados em toda ela. Vale dizer que surgem *encargos e serviços* que, *por serem de interesse comum de toda a área metropolitana, perdem as características de serviços locais de peculiar interesse dos Municípios dela integrantes*, para se tornarem de *interesse metropolitano* (grifamos).

"Assim, por exemplo, se em um núcleo urbano isolado os serviços de transportes, sistema viário, saneamento básico, uso do solo, produção e distribuição de gás combustível canalizado, aproveitamento dos recursos hídricos e controle de poluição ambiental, planejamento integrado do desenvolvimento econômico e social, entre outros, caracterizam serviços locais de peculiar interesse municipal e hão de ser prestados pelo respectivo Município, em uma área ou região metropolitana eles desbordam dessa caracterização, porque ultrapassam o interesse puramente local e municipal, e incluem-se entre o interesse comum a todos e, assim, hão de conceituar-se como de interesse metropolitano." (Cf. nosso *Curso de Direito Constitucional Positivo*, vol. I, p. 184/185.)

19. É esse o sentido em que a expressão é empregada na Lei Complementar nº 14/75, conforme se vê da definição que lhe dá no art. 5º:

"Reputam-se de interesse metropolitano os seguintes *serviços comuns* aos municípios que integram a região: ..." (segue-se a enumeração).

Assim também no art. 6º da mesma lei e no art. 3º, quando dá competência ao Conselho Deliberativo para promover a elaboração do Plano de Desenvolvimento integrado da região metropolitana e a *programação dos serviços comuns* e para *coordenar a execução de programas e projetos de interesse da região metropolitana*, objetivando-lhes, sempre que possível, a *unificação quanto aos serviços comuns*. E, para estirpar qualquer resquício de dúvida que pudesse ainda pairar no espírito do intérprete, é sobremaneira expressivo o parágrafo único desse art. 3º, ao estatuir:

"A *unificação da execução dos serviços* comuns efetuar-se-á quer pela concessão do serviço à entidade estadual, quer *pela constituição de empresa de âmbito metropolitano*, quer mediante outros processos que, através de convênio, venham a ser estabelecidos."

Aí está o texto que se harmoniza com aquele objetivo da EMPLASA, traduzido pela expressão *controle da execução dos serviços comuns*, exatamente para a consecução daquela *unificação*. No mais o sentido da expressão está amplamente consagrado na Lei Complementar nº 94/74, bastando citar dois dispositivos:

"Art. 4º — .....

§ 1º — .....

§ 2º — Os *serviços* ou suas etapas e parcela, já implantados ou em fase de implantação, concedidos ou não, *que venham sendo executados pelos municípios* integrantes da Região Metropolitana da Grande São Paulo *e que passaram a ser considerados serviços comuns de interesse metropolitano*, continuarão sob sua responsabilidade..."

"Art. 5º — Os *serviços comuns de interesse metropolitano* serão executados por *entidades* ou *órgãos federais, estaduais* e

municipais e por *empresas de âmbito metropolitano*, podendo também ser *objeto de concessão, permissão, autorização* ou *convênio*."

A *execução*, pelas entidades enumeradas nesse dispositivo, desses serviços públicos ou de utilidade pública, comuns a toda região, e, portanto, de interesse metropolitano, é que *fica sujeita ao controle da EMPLASA*, nos termos do art. 15 da Lei Complementar 94/74. E isso não só não é exercício do poder de polícia, como não fundamenta atividade policial no campo específico da proteção dos mananciais, em relação ao qual a lei atribuiu a referida atividade a outros órgãos e entidades.

20. O art. 16 da Lei Complementar 94/74 conferiu à EMPLASA faculdades expressas para celebrar *convênios* ou contratar com pessoas físicas ou *jurídicas de direito público* ou privado, bem assim para promover as desapropriações de imóveis, previamente declarados de utilidade pública, necessárias aos serviços comuns de interesse metropolitano. Poder-se-ia pensar que aí se permite receber, *mediante Convênio*, com a Secretaria dos Negócios Metropolitanos, como prevê o art. 26, parágrafo único, do Decreto nº 9 714, de 19.4.1977, competência em matéria de polícia administrativa relativamente aos assuntos incluídos em seu objetivo e especialmente sobre proteção dos mananciais. Mas o texto não tem esse alcance. Primeiro porque, pelo contexto, bem se percebe que os convênios e contratações ali autorizadas hão de versar assuntos incluídos no objetivo da EMPLASA enunciado no artigo anterior (art. 14). Segundo porque, na competência pura e simplesmente para celebrar convênio, não pode incluir a competência para o exercício de atividade de polícia, porquanto, como vimos, isso é matéria que há de ser especificamente indicada e delimitada na lei.

IV — *Atribuição de atividade de polícia em matéria de proteção dos mananciais*

21. As considerações feitas até aqui demonstram que a competência para o exercício da atividade ou poder de polícia é condição de validade dos atos daí decorrentes e que a competência é sempre indicada na lei. Portanto, só tem competência nessa matéria o órgão ou entidade a que ela tenha sido expressamente atribuída em lei, sem possibilidade de validade de sua transferência ou delegação para outro órgão ou entidade sem expressa e específica autorização da lei e nos limites em que esta o houver feito.

22. Ora, se percorrermos os dispositivos da Lei nº 898/75, e da Lei 1 172/76, não encontraremos a atribuição nem a possibilidade de delegação de competência, nessa matéria, à EMPLASA. Com efeito, o que neles deparamos é que os atos ou medidas de polícia ou com esta correlatos foram expressamente atribuídos à competência primeiramente da Secretaria dos Negócios Metropolitanos e acessoriamente à Secretaria do Meio-Ambiente, à CETESB e Secretaria da Agricultura, quando esteja envolvida matéria das respectivas atribuições.

23. Realmente, vejam-se os arts. 3º, parágrafo único, 4º, 6º, § 2º, 10, 12 e 16, da Lei 898/75, nos quais se atribui: 1º) à *Secretaria dos Negócios Metropolitanos* a competência para: a) aprovação prévia de projetos de arruamento, loteamento e outras atividades nas áreas de proteção; b) a cassação do licenciamento, se houver, a cessação compulsória da atividade, o embargo e a demolição de obras, nos casos de exercício das atividades controladas sem licenciamento e aprovação da mesma

Secretaria, com inobservância da citada lei, ou em desacordo com os projetos aprovados; c) aplicação das medidas necessárias à adaptação das urbanizações, edificações e atividades existentes em cada área de proteção às disposições da lei; d) aplicação das medidas previstas no art. 13, ou seja, as sanções de polícia ali indicadas — advertência, multa, interdição, embargo, demolição; e) conhecimento de recursos contra sanções previstas na lei; 2º) à *Secretaria do Meio-Ambiente* a competência para: a) manifestar quanto aos aspectos de poluição ambiental; b) fixar critérios de proteção ao meio-ambiente; 3º) à *CETESB* a competência para: a) oferecer parecer para a manifestação da Secretaria do Meio-Ambiente, quanto aos aspectos de poluição ambiental; b) aplicar sanções às infrações ao disposto na citada lei quando ocorrer poluição também no meio-ambiente. Percorram-se, agora, os dispositivos da Lei 1 172 de 1976 e ver-se-á que são esses os mesmos órgãos e entidades competentes, com ampliação do controle da CETESB e o reconhecimento da competência da Secretaria da Agricultura para aprovar a remoção de cobertura vegetal (cf. arts. 13, II, 19, 20, 21, 23, 24, 27, 29 e 33).

24. Em nenhum dispositivo dessas leis se confere competência à EMPLASA para a prática de atos ou medidas de política ou com esta relacionados. A Lei 898/75 sequer menciona a Empresa. A Lei 1 172/76 apenas se refere a ela no art. 36, *in verbis*:

"A Secretaria dos Negócios Metropolitanos *utilizará os serviços técnicos* da Empresa Metropolitana de Planejamento da Grande São Paulo S/A — EMPLASA, unidade técnica do Sistema de Planejamento e Administração Metropolitana, nos termos da Lei Complementar nº 94, de 29 de maio de 1974, para o desempenho das atribuições que lhe são conferidas por esta lei."

Nesse texto não se está atribuindo nada de novo à EMPLASA; quando aí se diz que a Secretaria dos Negócios Metropolitanos *utilizará os seus serviços técnicos*, apenas se reconhece que esta executa *serviços técnicos*, dos quais aquela se servirá. Nisso não se reconhece à Empresa competência para o exercício de atividade de polícia, para o qual ela não é competente por força de suas atribuições, pois é certo que atividade de polícia ou poder de polícia não constitui serviço técnico, visto que consubstancia função comum na Administração.

25. Na verdade, os serviços técnicos ali referidos são os previstos no art. 6º do Regulamento das Leis 898/75 e 1 172/76, aprovado pelo Decr. nº 9 714, de 19.4.77, isto é:

"I — praticar todos os atos exigidos para *adequação dos projetos* que lhe forem apresentados às disposições regulamentares referentes às áreas de proteção aos mananciais;

"II — expedir notificações aos interessados para o cumprimento de exigências relativas a *projetos em exame*;

"III — expedir *informações técnicas* à Secretaria dos Negócios Metropolitanos, destinadas a instruir os processos de *aprovação de projetos*;

"IV — representar à Secretaria dos Negócios Metropolitanos para a aplicação das sanções previstas neste Regulamento, *praticando todas as atividades técnicas* necessárias à caracterização das infrações."

Por isso mesmo é que o parágrafo único do mencionado artigo determina à EMPLASA a cobrança de *preço* correspondente aos *serviços técnicos executados*. Ora, se se tratasse de prestação de atividade de polícia não comportaria a cobrança de

preço, porque o exercício do poder de polícia constitui fato gerador de *taxa* (Constituição Federal, art. 18, I). Além do mais, os serviços técnicos referidos no art. 36 da Lei 1 172/76 e no seu Regulamento são prestados à Secretaria dos Negócios Metropolitanos, enquanto atividade de polícia é executada em relação ao administrado.

26. Finalmente, cabe esclarecer que, quando o art. 15 da Lei nº 898/75 dá a entender que a outros órgãos ou entidades também cabe aplicar multa, não poderia estar supondo essa competência da EMPLASA que nem é mencionada no seu texto, mas certamente estava com mente na Secretaria do Meio-Ambiente e na CETESB que não só são reconhecidas na lei como competentes para a prática de atos ou medidas de polícia, mas ainda porque, sabidamente, dispõem de competência policial administrativa, no que tange aos aspectos da poluição do meio-ambiente, conferida por leis instituidoras, o que não ocorre com a EMPLASA.

V — *Exercício irregular da polícia administrativa e responsabilidade civil*

27. Pelo que ficou dito, uma conclusão se impõe inelutável: *lei alguma conferiu à EMPLASA competência para o exercício da polícia administrativa relativamente à proteção dos mananciais.* Daí deflui outra conclusão inabalável: *é ilegal conferir a ela atividade de polícia por meio de convênio ou qualquer outra forma com base no art. 26, parágrafo único, do Regulamento das Leis 898/75 e 1 172/76*, aprovado pelo Decreto 9 714/77. Competência, inclusive em matéria de polícia administrativa, ou talvez com mais razão nela pelo constrangimento a direitos individuais que envolve, somente se confere por *lei formal*, como já vimos com base na doutrina dos autores.

28. Vale dizer que exercer atividade policial, sem competência, *é fazê-lo irregularmente, ilegitimamente*, que gera atos e medidas nulos, que podem ser invalidados pelo Poder Judiciário. O exercício do poder de polícia por órgão competente e com observância do *due process of law* é, além de postulado doutrinário, exigência básica da lei, entre nós, como já vimos, mas convém repetir:

"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."

Quer dizer: será *irregular* o exercício do poder de polícia *por órgão incompetente* (ou mesmo competente, quando não respeite os limites da lei aplicável).

29. Além de nulo o ato ou medida decorrente do exercício irregular do poder de polícia, ainda pode gerar responsabilidade civil da EMPLASA e do Estado, para compor possível dano causado a terceiros. A respeito do tema, não precisamos descer a minudências. Basta recorrer ao ensinamento de Marienhoff, que oferece síntese suficientemente compreensiva sobre a questão, nos termos seguintes:

"El ejercicio del poder de policía, por sí sólo, no da lugar a resarcimiento; vale decir, el ejercicio del poder de policía, por sí, no genera responsabilidad del Estado por los perjuicios que de ello resulten, pues tales supuestos *'perjuicios'* no significan otra cosa que efectos de las lícitas y normales *limitaciones* al respectivo derecho del administrado: menoscabos semejantes no constituyen jurídicamente daños resarcibles.

"Lo expuesto refiérese al ejercicio *'regular'* de dicho poder. Pero si se tratare de un ejercicio *'irregular'* es evidente que los daños serían indemnizables, sea por el propio *Estado* o por los *agentes* del mismo que hubieren intervenido en el procedimiento." (Cf. *Tratado de Derecho Administrativo*, t. IV, p. 685.)

VI — *Atribuição de competência policial à EMPLASA*

30. Se é certo que a EMPLASA não dispõe de poder de polícia administrativa relativamente ao uso do solo para proteção dos mananciais, cursos e reservatórios de água e demais recursos hídricos, nada impede que se lhe atribua tal competência.

31. Essa competência há de ser conferida ***sempre*** por lei, em limites que terá que enunciar. Por se tratar de entidade paraestatal, a atribuição da competência deverá, de preferência, ser outorgada a ela diretamente pela lei. Mas entendemos que será também legítimo fazê-lo por via indireta, ou seja, a lei, em lugar de declarar que lhe compete tais ou quais atividades de polícia, poderá autorizar, por exemplo, que se lhe atribua, *por decreto,* a competência, nessa matéria, que cabe à Secretaria dos Negócios Metropolitanos, nos termos que a própria lei há de especificar clara e explicitamente. Essa última hipótese é que caracterizaria uma aparente delegação de competência. Não tem essa natureza, porque a delegação administrativa consiste na transferência de poder da autoridade delegante para a delegada em termos definidos por aquela. Ora, no caso da atribuição de competência em matéria de polícia, a lei já define a própria extensão e conteúdo da competência que o decreto indicará. A diferença da atribuição direta pela lei e a atribuição por decreto, autorizada por aquela, está no fato de que, na última hipótese, fica, ao órgão ou autoridade primariamente competente, o poder discricionário de fazer ou não a outorga autorizada, bem como o de revogá-la, em qualquer caso, sem prejuízo da competência própria que manterá, sempre nos limites e indicações da lei.

32. Com a atribuição de competência policial, também se outorgará explícita ou implicitamente a competência para a instauração do procedimento de polícia destinado à aplicação das sanções e medidas correspondentes, inclusive a previsão de recursos. O certo é que, em vindo a .... EMPLASA a ter competência para a aplicação de sanções de polícia, seu Presidente será autoridade competente para conhecer e decidir os recursos hierárquicos pertinentes. Por princípio, não caberá recurso de sua decisão para o Secretário dos Negócios Metropolitanos, apesar de a Empresa ser vinculada à respectiva Pasta. Esse recurso somente será cabível, se expressamente for previsto em lei, pois, então, não se tratará mais de recurso hierárquico, geralmente cabível só pela relação hierárquica entre quem emite a decisão recorrível e aquela que a pode rever. Cuida-se, ao inverso, do chamado *recurso impróprio,* que só será possível, quando previsto em lei (cf. Hely Lopes Meirelles, *Direito Administrativo Brasileiro,* 4ª ed., p. 132, Cretella Júnior, *Curso de Direito Administrativo,* 3ª ed., p. 481).

33. Já verificamos, com base no parágrafo único do art. 78 do Código Tributário Nacional: um elemento fundamental, para que o exercício do poder de polícia seja tido como regular, é a *observância do processo legal.* Então, o procedimento especialmente destinado a aplicar as sanções de polícia terá que atender no mínimo a **princípios gerais estabelecidos em lei,** especialmente no que tange à competência. Esta, no respeitante ao procedimento de

polícia, pertence ao órgão ou entidade a que se reconhece o exercício de atividade de polícia. Ora, o art. 13, § 1º, da Lei 898, de 18.12.1975, confere à Secretaria dos Negócios Metropolitanos competência para aplicar as medidas sancionadoras nele previstas. Seu art. 16, por seu turno, declara caber recurso ao Secretário dos Negócios Metropolitanos contra decisões que aplicam as sanções de polícia previstas naquela lei. Como a EMPLASA não tem, por lei, competência para a prática de atos ou medidas de polícia relativamente à matéria de que cogita a referida lei, também não tem competência para procedimento algum nesse campo, a não ser apenas a de representar àquela Secretaria para a aplicação das sanções previstas, praticando todas as atividades técnicas necessárias à caracterização das infrações (Decreto 9 714/77, art. 6º, IV).

34. De qualquer forma, mesmo que ela receba competência de polícia, não deverá ser possível que procedimentos nela iniciados, para efeito de fiscalização e aplicação de determinada sanção, tenham continuidade pura e simplesmente na Secretaria dos Negócios Metropolitanos para aplicação e sanção mais grave. Pelo menos, não é essa uma prática recomendável, mormente considerando que se trata de entidades de personalidades jurídicas diferentes. Tal prática corre o risco de viciar o julgamento final, especialmente por conturbar o atendimento do princípio da reta defesa do imputado. O que pode ser admitido, e até aconselhável, é que, encerrando-se o procedimento na entidade iniciadora, esta remeta à outra os elementos colhidos para a instauração de procedimento próprio com a finalidade de aplicação da sanção de sua competência. A lei, enfim, poderá disciplinar a questão, inclusive dando competência à EMPLASA para iniciar procedimento sancionatório de competência da Secretaria dos Negócios Metropolitanos, mas deverá fazê-lo com clareza. ***De iure condendo***, qualquer devido processo legal será possível.

35. Enfim, para concluir essas considerações, cabe uma palavra a propósito do art. 16 da Lei 898/75, que dá competência ao Secretário dos Negócios Metropolitanos para decidir os recursos interpostos contra a aplicação das sanções previstas nesta lei. Claro que, qualquer decisão que aplique sanção prevista na lei, seja qual for a autoridade que a emita, fica sujeita ao reexame daquele Secretário, à vista do referido dispositivo, pois ele fundamenta, ao especificar *"recurso da aplicação das sanções previstas nesta lei"*, até mesmo o cabimento de recurso impróprio, ou seja, recurso ao Secretário dos Negócios Metropolitanos, da aplicação, pelo Presidente da EMPLASA, de sanções previstas naquela lei. Isso assim será na suposição de que a EMPLASA venha a receber competência legal de polícia, sem alteração direta ou indireta daquele dispositivo.

VII — *Respostas aos Quesitos da Consulta*

36. Diante de todo o exposto, com base na doutrina aplicável ao caso, podemos passar a responder sinteticamente os quesitos da consulta, nos termos seguintes:

Ao 1º quesito

Não. A EMPLASA não tem competência legal para exercer o poder de fiscalizar e impor sanções em virtude da aplicação das normas legais de proteção aos mananciais, pois isso caracteriza atividade de polícia, que só pode ser exercida regularmente por órgão ou entidade, inclusive paraestatal, que receba competência, para tanto, por lei formal. E não existe lei que tenha

conferido essa competência à EMPLASA, sendo ilegal sua atribuição por convênio ou por outra forma qualquer com base em simples decreto. Mas nada impede que, mediante lei especial, se outorgue à Empresa competência nessa matéria diretamente ou mesmo por decreto devida e especificamente autorizado naquela lei.

Ao 2º quesito

Prejudicado em face da resposta ao quesito anterior. Em princípio, contudo, não seria juridicamente viável o procedimento referido, ainda que a Empresa tivesse competência de polícia no campo que nos ocupa neste parecer. Por princípio, os procedimentos administrativos se encerram no âmbito do órgão que o iniciou, salvo recursos hierárquicos, que, a rigor, não o afasta desse âmbito, e, em se tratando, como no caso, de relação entre órgãos de pessoas jurídicas diferentes, a observância do princípio é ainda de maior rigor. Ressalve-se, no entanto, que, *de iure condendo,* a lei pode dispor de outro modo, embora não seja recomendável.

Ao 3º quesito

Prejudicado também em face da resposta ao 1º quesito. Mas se pode afirmar que, em se conferindo à EMPLASA competência para a fiscalização e aplicação de sanções (atividade policial administrativa), nisso se incluirá a possibilidade de recurso hierárquico para o Presidente da Empresa com base nas suas atribuições hierárquicas de reexame de decisões de seus subordinados, ainda que não fique isso explicitamente estabelecido, a despeito do art. 16 da Lei nº 898/75, que não tolhe a competência recursal hierárquica dentro da .... EMPLASA. Apenas, em não sendo ele modificado explícita ou implicitamente por eventual lei que venha a definir competência de polícia à Empresa, caberá também recurso ao Secretário dos Negócios Metropolitanos da decisão do seu Presidente que aplique sanções previstas naquela lei. Vale dizer: a existência do citado art. 16 fundamenta recurso impróprio, para o Titular da Pasta Metropolitana, de atos do Presidente da EMPLASA que apliquem sanções previstas na mencionada lei. Mas, ainda aqui, como se vê, tudo depende *de lege ferenda.*

É o nosso parecer s.m.j.

São Paulo, 14 de março de 1978.

José Afonso da Silva
Professor Titular na Faculdade de Direito da USP