

Obrigatoriedade de afixação de cartazes pelas Empresas Privadas que lidem com gêneros alimentícios para fins de fiscalização — competência regulamentar do Estado — Limites do exercício do Poder de Polícia — Legalidade da obrigação acessória desde que não seja excessiva ou desnecessária — Exame de Projeto de Decreto.

1. O Diretor do Departamento-Geral de Fiscalização, pretendendo a participação mais intensa do público consumidor nas atividades fiscalizadoras sobre os estabelecimentos que comerciam com gêneros alimentícios, encaminhou ao Subsecretário de Estado de Saúde e Higiene um ofício do Diretor do Departamento de Fiscalização Sanitária, a que se anexou uma **minuta de decreto** estabelecendo obrigações acessórias a serem satisfeitas por aquelas empresas.

2. O Subsecretário do Estado de Saúde e Higiene determinou à sua Assessoria Jurídica que emitisse parecer sobre o pretendido, o que foi feito (fls. 10 e 11), levantando, o parecerista, a hipótese de "duplicidade de ação" entre o Estado e o Município do Rio de Janeiro, tendo em vista a delegação legal estabelecida pelo Decreto-Lei n.º 2, de 15 de março de 1975 (art. 13, VII).

3. O Subsecretário de Estado de Saúde e Higiene pediu, por isto, a audiência do órgão de fiscalização sanitária do Município do Rio de Janeiro — a Secretaria Municipal de Saúde — que se pronunciou nos termos de um parecer (fls. 15) que, em síntese, expõe que se a norma estadual vier estabelecer a afixação de cartazes caberá ao Município zelar pelo seu cumprimento, inexistindo, portanto, a duplicidade; por outro lado, levantou dúvida "quanto à constitucionalidade da medida que impõe ônus à empresa privada (confecção de cartazes) sem permissivo legal", sugerindo, por isso, a audiência desta Procuradoria Geral.

Retornando o processo à Administração Estadual, recolheu-se novo parecer da Assessoria Jurídica da Secretaria de Estado de Saúde e Higiene (fls. 18) em que diz, em síntese: **1.º** — que poderia ser afastada a "duplicidade" da ação fiscalizadora simplesmente excluindo-se o Município do Rio de Janeiro da incidência territorial do decreto e **2.º** — que conviria examinar-se, nesta Procuradoria Geral, o problema da alegada inconstitucionalidade da imposição do ônus pretendido sobre os estabelecimentos privados.

5. São, dest'arte, dois os temas jurídicos que nos cabe examinar e sobre as quais pronunciemo-nos:

1.º) — A competência regulamentar do Estado do Rio de Janeiro para baixar normas de fiscalização de polícia sanitária com vigência em todo o território estadual.

2.º) — A legalidade, lato sensu, da modalidade de exercício do poder de polícia de que trata: imposição, ao administrado, de obrigação acessória de dar ampla publicidade, em estabelecimentos que lidem com gêneros alimentícios, sobre o órgão de fiscalização sanitária competente, em benefício da informação do consumidor e com vistas a obter sua colaboração cívica.

6. O deslinde da primeira questão afigura-se-nos bem simples.

Ao Estado do Rio de Janeiro cabe a competência para o exercício do poder de polícia de saúde em todo o seu território e a modalidade de polícia bromatológica está regulada, na legislação estadual, a nível constitucional — Art. 8.º, parágrafo único — e legal — Código de Saúde do Estado, Dec.-Lei n.º 214, de 17 de julho de 1975 (arts. 7.º, V; 8.º, VI, VII e VIII, 9.º e 16).

O exercício do Poder de polícia, como é sabido, envolve atividades *normativas* (ordens de polícia) e *concretas* (consentimento de polícia, fiscalização de polícia e sanção de polícia). No caso, a dúvida incide sobre a competência para a disciplina normativa. Ora, se bem que o Município do Rio de Janeiro tenha uma delegação legal para o exercício do poder de polícia sanitário em sua circunscrição territorial (Dec.-Lei n.º 2, de 15 de março de 1975, art. 13, VII), a delegação, salvo expressa disposição de lei, não priva o delegante de continuar a exercer o poder normativo. A reserva se impõe porquanto o Estado não se pode despir de uma competência que lhe foi constitucionalmente atribuída.

Nesse sentido a exímia lição de MARCELO CAETANO:

"o fato do delegante ter permitido ao delegado o exercício dos poderes não o priva destes: o delegante continua a ser competente cumulativamente com o delegado. Isto é: delegante e delegado são competentes nas matérias em que houve delegação mas, *em cada caso*, só um deles pode exercer a competência".

(*Princípios Fundamentais de Direito Administrativo*, Rio, Forense, 1977, p. 140 (nosso grifo).

Assim, na hipótese de exercício da competência *in casu concreto*, pelo delegante, ensina-nos o Mestre é necessário proceder-se à avocação. No caso do exercício de competência **normativa**, por sua própria natureza, *isto é desnecessário*.

Em conseqüência, se o Estado do Rio de Janeiro decidir usar seu poder normativo em matéria de polícia sanitária, todos os Municípios, tenham ou não delegação para o exercício de atribuições concretas (licenciar, fiscalizar e sancionar) *estão obrigados a cumprir as novas normas*.

7. Ultrapassada a primeira questão, passamos agora à dúvida quanto à constitucionalidade levantada sobre a imposição do ônus, de "confeccionar e afixar cartazes indicando o órgão de fiscalização sanitária, endereço e telefone" (Art. 1.º da minuta em apreciação).

A dúvida, *ça va sans dire*, é provocada pela ausência de lei que expressamente haja criado esta obrigação acessória o que, no sentir dos pareceristas, feriria a reserva legal do art. 153, § 2.º, da Constituição da República Federativa do Brasil: "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei".

8. É evidente que a inexistência de precisão jurídica sobre institutos como estes que aqui versamos, a *delegação* e a *obrigação acessória* de Direito Público, suscita amiúde este tipo de questões. Um Código de Direito Administrativo que contivesse normas que os disciplinassem dispensaria o recurso — que nos cabe fazer — à doutrina e o tempo de processamento gasto neste e em tantos outros processados.

É, por exemplo, o benefício com que conta o Direito Tributário que tem no Código Tributário Nacional (Lei n.º 5.112, de 25 de outubro de 1966) um repositório de normas formais que regem vários institutos de utilização corrente na Disciplina, como, na hipótese, a *paralela obrigação tributária acessória* (Art. 113, § 2.º).

No Direito Administrativo a *obrigação de polícia acessória*, com caráter bem distinto da estrita obrigação tributária acessória, depende de colocação doutrinária e de uma situação, *in casu*, no difícil campo do exercício da discricionariedade. É o que faremos a continuação.

9. Não obstante, também está segunda questão tem um deslinde igualmente singelo, ainda que mais trabalhoso, posto que demanda algumas precisões sobre a doutrina corrente da *discricionariedade* administrativa.

A obrigação principal de polícia, o sabemos, há de ser uma prestação positiva ou negativa que o administrado deverá satisfazer, restringindo ou condicionando seus direitos individuais em favor de um valor social tutelado em lei.

É neste ponto que a reserva constitucional do art. 153, § 2.º, tem plena atuação: a liberdade individual, em todas suas expressões, só pode ser limitada ou condicionada por exceção — e, por isto, demanda-se previsão legal que vincule o sacrifício imposto ao valor social tutelado: *a lei é a origem única e inafastável do exercício do poder de polícia e da imposição da obrigação principal*.

Mas a lei não pode cobrir todas as nuances da vida em sociedade e as modalidades proteicas em que se apresenta a realidade; por isto, dois institutos foram desenvolvidos e são utilizados para fazê-lo: a *discricionariedade* e o *poder regulamentar*.

10. Através da *discricionariedade* o legislador pode abrir um leque de alternativas dentro das quais o administrador poderá agir legalmente avaliando motivos e escolhendo objetos de ação.

Pelo uso do *poder regulamentar*, a Administração pode valer-se de uma etapa intermediária entre a abstração da norma e a concreção do ato administrativo individualizado, introduzindo *meios* para que a vontade da lei seja cumprida com o máximo desejado de rigor.

11. Esse emprego de *meios complementares* com fundamento no poder discricionário tem excelente base doutrinária.

RENATO ALESSI, lembrado por CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO em seu bem lançado artigo sobre discricionariedade na *Revista de Direito Público* (V. 33, 1975, p. 86), diz que isto se dá porque "a lei não pode, infelizmente, prever todas as hipóteses e disciplinar com especificidade todos os casos".

A *discricionariedade* abre um leque de atuação legalmente admissíveis à Administração e o *poder regulamentar* abre campo à ação concreta reduzindo a abstração da norma e a aproximando mais da realidade que deve reger.

Está insito no concerto doutrinário do Poder de Polícia o socorro omnimodo e permanente a estes preciosos institutos com os quais seria *praticamente impossível* a aplicação da norma de polícia na grande maioria dos casos concretos.

Com efeito, está em HELY LOPES MEIRELLES:

"Em se tratando de um poder discricionário, a norma legal que o confere (poder de polícia administrativo), não minudencia o modo e as condições da prática do ato de polícia. Esses aspectos são confiados ao prudente critério do administrador público".

O autor repara, entretanto, que:

"Se a autoridade ultrapassar o permitido em lei, incidirá em *abuso de poder*, corrigível por via judicial." (*Direito Administrativo Brasileiro*, RT, 1976, 4.ª edição, p. 108).

Mas o Mestre paulista também versa sobre o exercício da discricionariedade em relação à escolha dos meios com a seguinte lição:

"A discricionariedade, como já vimos, se traduz na livre escolha, pela Administração, da oportunidade e conveniên-

cia de exercer o poder de polícia bem como de aplicar as sanções e *empregar os meios conducentes a atingir o fim colimado*, que é a proteção de algum interesse público". (*op. cit.*, p. 109, nosso grifo).

CRETELLA JÚNIOR, o criador administrativista do Largo de São Francisco, a quem se deve o único *tratado* do Direito Administrativo em língua portuguesa que merece esta designação, confirmamos que em se tratando do exercício da discricionariedade do poder de polícia a limitação está nas raias do abuso do poder:

"a sua utilização não deve ser excessiva ou desnecessária de modo a não figurar o abuso de poder."

(*Curso de Direito Administrativo*, Rio, Forense, 7.^a edição, 1933, p. 601, nosso grifo).

É tão expressiva esta forma de estabelecer os lindes legais do exercício da discricionariedade no poder de polícia que reproduzimo-la na ementa deste parecer.

Mas neste tema, na precisão do papel que cabe à Administração quando se trata de especificar obrigações públicas a partir de uma norma de polícia, é o magistério de SEABRA FAGUNDES que mais excepcionalmente claro recolhemos:

"Só no Direito Positivo podem as obrigações públicas encontrar sua fonte primária. As que nele não forem buscar a sua origem serão ilegítimas, por que o Estado não tem direitos, nem poder, fora da ordem jurídica". Em alguns casos, a obrigação pública nasce unicamente da lei. Noutros casos, o texto legal é a *fonte mediata*, vindo o ato administrativo como fonte direta" (nosso grifo).

.....

"Pode acontecer que o ato administrativo geral estabeleça a obrigação para uma categoria de pessoas, vindo o ato especial individualizá-la, distinguindo entre situações diversas, tendo em atenção condições especiais. Como quer que seja, porém, o ato administrativo terá sempre em vista a interpretação e o desdobramento da lei, com o fim de aplicá-la, podendo ser mais ou menos livre na apreciação das situações individuais, segundo a lei tenha deixado maior ou menor liberdade no processo de concretização do direito".

(*O Controle dos Atos Administrativos*, Forense, 4.^a ed. 1967, p. 208-210).

Com esta magistral achega podemos afirmar que nossos autores não discrepam quanto ao travejamento doutrinário do poder de polícia, o mesmo ocorrendo com os doutores estrangeiros, como se pode apreciar na seguinte passagem de MARCELO CAETANO:

"Quando, porém, se verifiquem circunstâncias especiais e os esforços da polícia sobre os perturbadores se revelem improficuos, é lícito então às autoridades solicitar de todos os cidadãos o seu concurso e pedir-lhes o sacrifício das próprias atividades lícitas. A cooperação dos particulares com a polícia é, de resto, uma *obrigação geral*, que em certos casos especiais a lei impõe mais ativamente e sob sanção, como no caso dos donos de hotéis, hospedarias e casas de hóspedes, obrigados a comunicar a entrada de clientes, dos médicos que devem participar os casos de moléstias infecciosas ou epidêmicas em que intervenham, etc." (n/grifo).

E o mesmo autor também traça os lindes do exercício do poder de polícia:

"Terceiro corolário é o de que os poderes de polícia não devem ser exercidos de modo a impor restrições e a usar de coerção **além do estritamente necessário**. A ação da polícia deve medir a sua intensidade e extensão pela gravidade dos atos que ponham em risco a ordem social".

(*Princípios Fundamentais do Direito Administrativo*, Rio Forense, 1977, p. 351, n/grifo).

Finalmente, do sempre clássico Mestre alsaciano recolhemos o seguinte ensinamento sobre a dupla função do poder de polícia *vis-à-vis* os interesses sociais que deve proteger:

"É assim uma maneira insuficiente de exprimir-se ou explicar-se o poder de polícia exclusivamente como um sistema de *defesas*; encontra-se aí uma gama de *ordens*. O que é certo é que, mesmo nessas ordens de polícia, de acordo com a idéia fundamental de polícia, há sempre alguma coisa, uma meta, um fim, que as aproxima de defesa essencialmente negativa. Qualquer coisa que, através destas ordens, se imponha ao indivíduo, não deve jamais estar destinado a outro fim que combater a perturbações que dela decorra ou possa decorrer."

(OTTO MAYER, *Le Droit Administratif Allemand*, Paris, V. Giard & E. Brière, 1903, v. II, p. 32-33 — n/tradução).

9. Diante das preclaras lições trazidas à colação pode-se depreender:

- a) — Que o poder de polícia tem seu assento na lei que define o valor social tutelado — o *fim* a que ele se destina;
- b) — Que essa lei definitiva, não podendo detalhar todos os casos e modos em que se pode efetivar a proteção do valor social tutelado, disporá de institutos jurídicos para complementá-la, como o são a *discricionariedade* e o *poder regulamentar*;
- c) — Que a discricionariedade e o poder regulamentar não só explicitarão um sistema de defesas como um sistema de *ordens*, capazes de assegurar a proteção do valor social, em jogo;
- d) — Que este sistema de ordens pode incluir meios conducentes a atingir os fins colimados na norma de polícia constituindo-se em *obrigações acessórias* de polícia;
- e) — Que os limites dos meios complementares e obrigações acessórias são a sua pertinência e proporcionalidade.

10. No caso em exame, aplicando estes ensinamentos, temos:

- a) — A Administração busca tutelar o valor social *saúde pública* através do exercício da modalidade de polícia bromatológica;
- b) — A lei básica que rege a matéria é o Código de Saúde do Estado, Dec.-Lei nº 214, de julho de 1975, que estabelece o sistema estadual de *proteção da saúde*, contendo as normas que conformam as obrigações principais de polícia dos alimentos — o valor social tutelado.
- c) — Mas o Código de Saúde do Estado tampouco pode prever todas as polifacéticas necessidades de defesas e de ordens corolárias das suas obrigações principais com vistas ao atingimento dos fins de tutela da saúde pública. Surge, assim, a necessidade de normas de segundo grau em que o poder discricionário venha a ser utilizado no estabelecimento de obrigações acessórias.
- d) — Facilitar e atrair a participação do público na fiscalização das ordens de polícia foi uma forma considerada adequada a que o público venha a concorrer para a defesa da saúde pública não só aju-

dando a fiscalização de polícia como contribuindo para a educação popular em matéria de higiene alimentar.

- e) — Assim, no uso do poder discricionário inerente à atividade de polícia, é possível ao regulamento deduzir obrigações acessórias, conducentes a uma mais perfeita observância da obrigação principal, sempre que não sejam excessivas ou desnecessárias, tal como nos ensinam os Mestres.

11. Muito ao contrário, a convocação da participação popular na tutela do valor saúde pública é uma atividade acessória do maior valor social que, não obstante, em contrapartida, não impõe mais que um ônus de valor materialmente desprezível, qual seja o de confeccionar um cartaz de 50x30cm com um pequeno letreiro (fls. 5).

A dúvida, não podendo ser subsistente quanto à *onerosidade financeira* da obrigação acessória só poderia estar se referindo à sua *onerosidade jurídica*; porém, mesmo assim, cremos, ela está afastada pois essa obrigação acessória de confeccionar o cartaz de alerta é *necessária* para o fim de participação cívica que se persegue e *não é excessiva* se se considerar a magnitude do valor tutelado: a saúde pública.

12. Em suma: a minuta do Decreto se compadece com o sistema jurídico vigente tanto no que se refere à sua abrangência territorial, sem exclusão de qualquer Município, quanto ao que se refere à obrigação acessória que explicita.

Este é o meu parecer,
salvo melhor juízo.

Rio de Janeiro, 15 de abril de 1985.

Atenciosamente

Diogo de Figueiredo Moreira Neto
Procurador do Estado

VISTO

Aprovo o Ofício n.º 7/85-DFMN.

Encaminhe-se o processo à Secretaria de Estado de Governo.

Rio de Janeiro, 28 de maio de 1985.

Eduardo Seabra Fagundes
Procurador-Geral do Estado

Proc. n.º E-08/27.032/83

R. Dir. Proc. Geral, Rio de Janeiro, (37), 1985