

UNIVERSIDADE FEDERAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
CURSO DE DIREITO

ALVARO AUGUSTO RAMOS LEMOS

**A POSSIBILIDADE DE DELEGAÇÃO DO PODER DE POLÍCIA À PESSOAS
JURÍDICAS DE DIREITO PRIVADO E PARTICULARES**

Rio de Janeiro
2015

ALVARO AUGUSTO RAMOS LEMOS

**A POSSIBILIDADE DE DELEGAÇÃO DO PODER DE POLÍCIA À PESSOAS
JURÍDICAS DE DIREITO PRIVADO E PARTICULARES**

Trabalho de conclusão de curso de graduação apresentado à Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientadora: Patrícia Regina Sampaio

Rio de Janeiro

2015

Agradeço primeiramente a Deus que tem me dado forças, me renovado e o apoio da minha família, sem os quais não seria possível concluir esta etapa tão importante em minha vida.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus, por ter me dado saúde e força para superar as dificuldades.

Aos meus pais, pelo amor, incentivo e apoio incondicional.

À minha orientadora Patricia Regina Sampaio, pelo suporte, pelas suas correções e incentivos.

Agradeço a todos os professores por me proporcionar o conhecimento que carregarei em minha vida profissional.

Assim procedo, convicto de
que não se ensina o direito, e sim se
instiga a reflexão jurídica

Claudio Alves Malgarin

RESUMO

Esta monografia trata do instituto do poder de polícia, em especial na possibilidade de delegação deste para pessoas jurídicas de direito privado e particulares, tema ainda não pacificado na jurisprudência nacional ou estrangeira e com divergência também na seara doutrinária. O fundamento do poder de polícia é a defesa da ordem pública, ou seja, a base para o exercício deste instrumento é o princípio da predominância do interesse público sobre o particular que dá à administração posição de supremacia sobre os administrados e que guarda íntima relação com a própria formação do Estado Moderno. É com base principalmente neste fundamento, além de outros que serão oportunamente estudados, que se defende a impossibilidade de delegação do poder de polícia, visto que só a Administração Pública seria a legítima detentora do poder de império, logo, dos atributos de coerção e autoexecutoriedade inerentes a este instituto. De início, o presente trabalho faz um relato sobre o poder de polícia, com aspectos sobre sua origem, evolução, conceito, limitações, atuação dentre outras características, de forma que, entendendo o leitor este instituto, estará ele então capacitado a adentrar no mérito da viabilidade da delegação, foco do trabalho. São então apresentados os posicionamentos de diversos doutrinadores, além de conteúdo jurisprudencial de diversas localidades do país com ênfase na última decisão a respeito do tema pelo Superior Tribunal de Justiça, de forma que se possa explorar diversas linhas de pensamento e possibilitar ao leitor sua própria conclusão a respeito do assunto. Ao final, o próprio escritor faz sua conclusão do trabalho, também a partir destas mesmas ideias defendidas e trazidas ao longo de seu projeto.

Palavras-chave: Poder de Polícia. Características. Possibilidade de Delegação. Posicionamento Doutrinário e Jurisprudencial.

ABSTRACT

This monograph deals with the police power institute, particularly the possibility of delegation of this to legal entities of private law and private, theme still not have a uniform stand by national or foreign jurisprudence and doctrinal divergence also in the harvest. The foundation of police power is the defense of public order, ie, the basis for the exercise of this instrument is the principle of predominance of public interest over private that gives position of supremacy for the Administration over each administered and that keeps intimate relationship with the very formation of the modern state. It is based primarily on this foundation, and others who will be duly studied, which defends the inability of the police power delegation, since only general government would be the legitimate owner of the empire of power, so of coercion attributes and self-enforceability inherent to this institute. At first, this paper is an account of the police power, with aspects of their origin, evolution, concept, limitations, performance, among other features so that understanding the reader this institute, is he then able to enter on merit the viability of the delegation, focus of the work. Are then displayed the positions of various scholars, as well as jurisprudential content of various locations of the country with emphasis on the last decision on the subject by the High Court of Justice, so that several lines of thought can be exploited and allow the reader come to your own conclusion on the subject. In the end, the writer himself makes his completion of the work, also from these same ideas defended and brought along his work.

Keywords: Police Power. Characteristics. Possibility of delegation. Positioning Doctrine and Jurisprudence.

Sumário

DA INTRODUÇÃO	9
1. DO PODER DE POLÍCIA	12
1.1 Da Evolução Histórica	12
1.2 Do Conceito de Poder de Polícia	14
1.3 Sentido	17
1.4 Da Polícia Administrativa e Judiciária	17
1.5 Dos Atributos do Poder de Polícia.....	19
1.6 Competência, Meios e Campos de Atuação	20
1.7 Das Limitações ao Poder de Polícia.....	21
1.8 Dos Ciclos do Poder de Polícia	23
2. DA INDELEGABILIDADE DO PODER DE POLÍCIA	24
2.1 Da Ausência de Previsão Constitucional.....	24
2.2 Da Impossibilidade do particular exercer coerção e autoexecutoriedade ..	26
2.3 Da necessidade de regime jurídico de servidor público para o exercício da polícia administrativa.....	28
3. FUNDAMENTOS PARA A DELEGAÇÃO E SEUS LIMITES	30
3.1 Da previsão constitucional.....	31
3.2 Dos atos que não envolvem coerção e autoexecutoriedade	39
3.3 Da dispensabilidade da estabilidade do servidor publico	44
3.4. Das limitações específicas quando o particular visa o lucro.....	52
CONCLUSÃO	65
REFERÊNCIAS	72

DA INTRODUÇÃO

O presente trabalho pretende, primeiramente, levar ao leitor considerações iniciais a respeito do instituto do poder de polícia, em especial sua conceituação, atributos e ciclos, conceitos estes essenciais para o entendimento deste instituto. Com o domínio do leitor sobre o poder de polícia, o trabalho adentrará no cerne do estudo, qual seja, na possibilidade de delegação do exercício deste poder para entes privados, sejam eles integrantes da administração pública indireta como sociedades de economia mista e empresas públicas, ou não, como concessionárias de serviços públicos e particulares.

Sabe-se que tanto na doutrina quanto na jurisprudência não há um consenso sobre o tema, não restando o mesmo pacificado apesar de frequentar os tribunais com intensidade crescente e com grande atualidade. O último caso mais relevante diz respeito a possibilidade dos agentes da BHTrans, sociedade de economia mista do município de Belo Horizonte, aplicar multas de trânsito. Tal caso foi julgado inclusive pelo Superior Tribunal de Justiça e será oportunamente analisado.

Há tanto doutrinadores como magistrados que entendem pela indelegabilidade total do poder de polícia, a exemplo de Maria Sylvia Zanella Di Pietro¹ e Marcelo Alexandrino, o que configura uma dicotomia radical entre o público e o privado, pensamento este baseado principalmente no princípio da supremacia do interesse público e no da isonomia entre os administrados, assim como há outros que entendem pela possibilidade de delegação em alguns casos, desde que cumpridos determinados requisitos os quais variam de doutrinador para doutrinador e que também serão oportunamente especificados.

Há uma imensa necessidade de adentrarmos em tal tópico, haja vista ser notório que a Administração Pública não consegue de modo eficiente realizar tudo o que dela se espera, sendo o poder de polícia um destes ramos deficitários. Além do mais, o próprio setor privado em alguns casos deseja a execução deste viés da Administração Pública, o que poderia ser algo favorável ao próprio

¹ ZANELLA DI PIETRO, Maria Sylvia, Curso de Direito Administrativo, 2009, pag.115

Estado, o qual não consegue se responsabilizar por todas as demandas que lhe são próprias e tão essenciais para o convívio harmônico da sociedade.

Estas demandas, por sua vez, guardam intrínseca relação com o objetivo da formação do próprio Estado, qual seja, como forma de ordenação de seus administrados, instituição da ordem em seu território, regulação da vida em sociedade, segundo teorias contratualistas como a de Thomas Hobbes. A delegação do poder de polícia afeta, deste modo, o próprio núcleo do Estado.

Favorável porque o Poder Público se veria desinchado de algumas competências e ao mesmo tempo observaria as mesmas serem executadas com maior eficiência para todos os administrados, o que por sua vez estaria em estrita obediência ao princípio homônimo da eficiência, basilar do direito Administrativo e Constitucional a ser perseguido, ainda que isso seja concretizado através da delegação, aproximando-se assim das entidades de direito privado ou particulares.

A eficiência, por outro lado, decorreria da cooperação entre a esfera pública e a privada, a partir da própria delegação a um terceiro especializado e por isso, em melhores condições de desempenhá-la, seja por deter maiores recursos técnicos em suas mãos, como na maioria das vezes o privado por sua própria finalidade detém, seja pela maior capacidade de abrangência territorial, eficiência estrutural e do quantitativo/qualitativo pessoal quando do exercício de tal poder.

Poderia se cogitar, a princípio, que o Estado deveria formar parcerias com a iniciativa privada e se valer do potencial deste setor, em especial de seus recursos técnicos, diante de tamanha demanda social na atualidade por uma atividade efetiva do poder de polícia administrativa, que o mesmo não desempenha em níveis estatisticamente e até socialmente desejados.

No entanto, cabe antes de tudo verificar a viabilidade desta medida, principalmente a partir da verificação se a delegação encontra respaldo no âmbito jurídico, além da observação de algumas questões que de uma forma ou de outra, suscitam dúvidas e, por isso, acabam por vir à tona para quase a integridade dos doutrinadores.

Em suma, são elas: A delegação violaria o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular? E o princípio da isonomia entre os administrados também restaria violado? A Constituição Federal e o remanescente ordenamento jurídico vedam qualquer possibilidade de delegação do poder de polícia ou abrem espaço para este ato? Caso seja possível a delegação, quais requisitos deveriam ser cumpridos? A delegação de apenas alguns atos ou ciclos do poder de polícia seriam igualmente possíveis e em que condições segundo a doutrina? Somente um servidor público seria o único legitimado capaz de exercer o poder de polícia?

O presente estudo pretende esclarecer estas e outras perguntas com o auxílio de doutrinadores e da jurisprudência, além de formar sua própria conclusão sobre o assunto ao final, bem como pretende levar o próprio leitor a refletir e chegar à sua própria inferência sobre o tema, a partir das variadas opiniões expostas ao longo do trabalho.

Para este fim, este trabalho se encontra estruturado de forma a debater primeiramente os argumentos não favoráveis à delegação do poder de polícia. Estes seriam a vedação constitucional da delegação, a impossibilidade do particular exercer coerção e autoexecutoriedade e a necessidade de regime jurídico de servidor público para o exercício da polícia administrativa. Logo em seguida, busca se trazer argumentos que procuram contrapor a indelegabilidade em todos os seus aspectos. No mais, haverá a conclusão do autor.

1. DO PODER DE POLÍCIA

1.1 Da Evolução Histórica

O poder de polícia guarda relação com a própria necessidade de formação do Estado. A partir do momento em que o homem passou a viver em sociedade, foi necessário criar normas e regulamentos para se condicionar o bem-estar da coletividade, sendo então criadas as Constituições e as leis infraconstitucionais que conhecemos hoje e que dá aos cidadãos variados direitos, os quais devem ser exercidos sempre de forma compatível com o bem-estar social. O uso da liberdade e da propriedade pelo particular, portanto, deveria e deve estar antes atrelado com a utilidade coletiva, para que não implicasse em uma barreira à realização do bem-estar público. De outra forma, se observaria o caos na sociedade.

O vocábulo “polícia” teve sua origem na Grécia, mais especificamente no vocábulo *politeia*, sendo utilizada para designar todas as atividades das polis, as denominadas Cidades-Estados. Na Antiguidade e na Idade Média, o vocábulo *politeia* significava o ordenamento político do Estado ou cidade, já durante o período feudal, o detentor do poder *jus polítiae* era o príncipe, e era ele que designava tudo o que era necessário à boa ordem da sociedade civil sob autoridade do Estado, em contraposição à boa ordem moral e religiosa, de competência exclusiva da autoridade eclesiástica. Nesta fase, conhecida como Estado de Polícia, o *jus polítiae* abrangia uma série de normas impostas pelo príncipe e que se colocavam fora do alcance dos tribunais, diferentemente do que ocorre atualmente onde o judiciário está apto a fazer um controle de legalidade dos atos administrativos.

Com o Estado de Direito, o qual possuía como um dos principais princípios, o da legalidade, pelo qual ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa, senão em virtude de lei, o próprio Estado se submete às leis postas por ele mesmo, iniciando-se uma nova fase em que já não se aceita a ideia de existirem leis a que o príncipe, como autoridade absoluta, não se submeteria. Neste primeiro momento, o Estado se desenvolveu baseado no liberalismo, pelo que foi assegurado ao indivíduo uma série de direitos e tudo o

que significasse uma interferência nestes direitos, principalmente o da liberdade, deveria ser considerado como excepcional, de forma que a interferência na esfera privada deveria ser a menor possível, pelo que a atuação do poder de polícia do Estado era mais restrita à segurança pública. Segundo a doutrinadora Maria Sylvia Di Pietro este novo Estado:

Desenvolveu-se baseado nos princípios do liberalismo, em que a preocupação era de assegurar ao indivíduo uma série de direitos subjetivos, dentre os quais a liberdade. Em consequência, tudo o que significasse uma interferência nessa liberdade deveria ter um caráter excepcional. A regra era o livre exercício dos direitos individuais amplamente assegurados nas Declarações Universais de Direitos, depois transpostos para as constituições; a atuação estatal constituía exceções, só podendo limitar o exercício dos direitos individuais para assegurar a ordem pública. A polícia administrativa era essencialmente uma polícia de segurança.²

No entanto, o Estado começa a ter suas funções expandidas e começa a transformar-se em um Estado Intervencionista, no qual sua atuação não mais se limita somente a questão da segurança e passa a estender-se também à ordem econômica e social. Aqui, então, se deu o crescimento do poder de polícia como se conhece mais propriamente hoje, quando este instituto passou a atuar principalmente em setores não mais relacionados somente com a segurança, atingindo agora relações entre os próprios particulares, as quais anteriormente estavam fora do alcance do Estado. Isto porque, anteriormente, o conceito de ordem pública que dizia respeito apenas a segurança, passou a abranger a ordem econômica e social, como podemos destacar as medidas relativas às relações de empregos, ao mercado dos produtos de primeira necessidade, ao exercício das profissões, as comunicações, aos espetáculos públicos, ao meio ambiente, ao patrimônio histórico e artístico nacional, à saúde e a outros exemplos.

É neste momento, antes do início do século XX, que os doutrinadores começam a mencionar uma política geral, relativa à segurança pública, e em polícias especiais, que atuassem nos mais variados setores das atividades dos

² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. 20ª ed. São Paulo: Atlas, 2007, p.102 – 103

particulares, conforme exemplificado, e que vieram a possibilitar a imposição de obrigação de fazer, sendo certo que a polícia até então tradicional limitava-se a impor obrigações de não fazer.

1.2 Do Conceito de Poder de Polícia

O Poder de Polícia, pelo seu conceito moderno adotado no direito brasileiro, é a atividade do Estado consistente em limitar o exercício dos direitos individuais em benefício do interesse público. Trata-se, portanto, de um mecanismo de controle de que dispõe a administração pública para limitar direitos e liberdades individuais, tendo em vista o interesse social, e que tem como fundamento a supremacia geral que o Estado exerce em seu território sobre todas as pessoas, bens e atividades. Através dele, limitam-se os direitos individuais das pessoas em benefício do interesse coletivo. Dessa forma, o exercício e o uso da liberdade e da propriedade devem estar antes entrosados com a utilidade coletiva.

Para Maria Silvia Zanella Di Pietro poder de polícia é “a atividade do Estado consistente em limitar o exercício dos direitos individuais em benefício do interesse público. ”³. Já Diógenes Gasparini o conceitua como sendo a “atribuição de que dispõe a administração pública para condicionar o uso, o gozo e a disposição da propriedade e o exercício da liberdade dos administrados no interesse público ou social”⁴, sendo que estas restrições decorrentes do poder de polícia incidem sobre a liberdade e propriedade, e não sobre os respectivos direitos. Por sua vez, segundo a visão de Hely Lopes Meirelles, “é um instrumento posto à disposição da Administração Pública para que esta possa intervir de modo coativo sobre os cidadãos, administrados do Estado. Assim,

³ ibidem, pág. 109.

⁴ GASPARINI, Diógenes. Direito Administrativo, 16 ed, pág. 179

vem a ser uma faculdade representada pelo Poder de Império que o Estado possui.”⁵

Para Marcelo Caetano “é o modo de atuar da autoridade administrativa que consiste em intervir no exercício das atividades individuais suscetíveis de fazer perigar interesses gerais, tendo por objeto evitar que se produzam, ampliem ou generalizem os danos sociais que a lei procura prevenir”⁶. Na visão de José dos Santos Carvalho Filho “a prerrogativa de direito público que, calcada na lei, autoriza a Administração Pública a restringir o uso e o gozo da liberdade e da propriedade em favor do interesse da coletividade.”⁷

Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, pode-se definir a Polícia Administrativa como:

A atividade da Administração Pública, expressa em atos normativos ou concretos, de condicionar, com fundamento em sua supremacia geral e na forma da lei, a liberdade e a propriedade dos indivíduos, mediante ação, ora fiscalizadora, ora preventiva, ora repressiva, impondo coercivamente aos particulares um dever de abstenção (non facere) a fim de conformar-lhes os comportamentos aos interesses sociais consagrados no sistema normativo.⁸

Celso Antônio Bandeira de Mello vai além, conceituando o poder de polícia de duas maneiras distintas, a partir de um sentido amplo e restrito. Em sentido amplo, corresponde à atividade estatal de condicionar a liberdade e a propriedade ajustando-as aos interesses coletivos; abrangendo atos do Legislativo e do Executivo, mas onde o Poder Legislativo se sobressai, como elaborador de leis que vem a interferir na esfera individual, seja para limitar ou expandir direitos.

Em sentido restrito, por sua vez, abrange “as intervenções, quer gerais e abstratas, como os regulamentos, quer concretas e específicas (tais como as

⁵ LOPES MEIRELLES, Hely. Direito Administrativo, 2006, pág.131.

⁶ CAETANO, Marcelo. Princípios Fundamentais do Direito Administrativo, pag.339.

⁷ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo, 2012, 25 ed, pág. 75.

⁸ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo, 2006, pag.221.

autorizações, as licenças, as injunções), destinadas a alcançar o mesmo fim de prevenir e obstar ao desenvolvimento de atividades particulares contrastantes com os interesses sociais”; compreendendo apenas atos do Poder Executivo. Por este último sentido, é a atividade administrativa posterior a lei e conhecida na prática cotidiana de restrição e condicionamento da liberdade e propriedade, a qual também é comumente chamada de polícia administrativa.

Para o mesmo, o poder de polícia é exercido pela Administração Pública, sobre todas as atividades que possam, direta ou indiretamente, afetar os interesses da coletividade, sendo este exercido por toda federação. A competência do poder de polícia é da pessoa política que recebeu da constituição a atribuição de regular aquela matéria, de modo que o adequado exercício deve ser por ela fiscalizado.

Em outra definição, de consenso entre os doutrinadores, afirma-se que:

É o poder e o dever que tem o Estado de, por intermédio de seus agentes, manter coercitivamente a ordem interna, social, política, econômica, legal ou sanitária e preservá-la e defendê-la de quaisquer ofensas à sua estabilidade, integridade ou moralidade; de evitar perigos sociais, de reprimir os abusos e todo e qualquer ato capaz de perturbar o sossego público; de restringir direitos e prerrogativas individuais; de não permitir que alguém use do que é seu em prejuízo de terceiro; de interferir na indústria e no comércio internos e com o exterior, para lhes regular as funções; de proibir e limitar a exportação: de zelar pela salubridade pública, proteger ou resguardar a propriedade pública e privada, a liberdade e a segurança do indivíduo e da família, para que haja paz na vida coletiva.

Cabe ressaltar que o ordenamento pátrio, mais precisamente o Código Tributário Nacional, também vem a conceituar o poder de polícia, muito em função deste constituir um dos fatos geradores da taxa. Esta última viria a ser a contraprestação autorizada pelo artigo 77 do referido Código, de atividades do Estado que servem para atender o interesse da comunidade na forma de regulação e fiscalização, no qual obviamente se inclui o poder de polícia. Vejamos o artigo 78 que traz a conceituação tal poder:

Art. 78. Considera-se poder de polícia atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito,

interêsse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de intêresse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranqüilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos. (Redação dada pelo Ato Complementar nº 31, de 1966)

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.

Interessante notar que o referido artigo, no seu caput, define o poder de polícia como atividade da Administração Pública, no entanto o parágrafo único considera regular o seu exercício 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. ”, leitura esta muito importante para se aferir a legitimidade o estudo da delegação do poder de polícia.

1.3 Sentido

O poder de polícia pode ter tanto um significado em sentido amplo como estrito, em ideia similar a defendida por Celso Antônio Bandeira de Mello. Pelo amplo, constitui-se poder de polícia além dos atos do Executivo, o do Legislativo também. Por sua vez, pelo sentido estrito, inclui-se somente os atos do poder Executivo, sendo estes atos comumente chamados na doutrina de polícia administrativa.

1.4 Da Polícia Administrativa e Judiciária

Uma diferença apontada como a principal entre a polícia administrativa e a judiciária é o fato de a primeira atuar preventivamente e a segunda repressivamente. Assim, a polícia administrativa teria como objetivo impedir a conduta antissocial ao passo que caberia à judiciária apurar os fatos já ocorridos. Todavia, essa diferenciação carece de precisão, na medida em que a polícia

administrativa também exerce atividade repressiva ao impor, por exemplo, multas, advertências e suspender atividades.

Por outro lado, a polícia judiciária também exerce atividades preventivas, como por exemplo, ao inibir crimes e o art. 144, § 1º da CF/88 preconiza que cabe a polícia federal atuar na prevenção ao tráfico de entorpecentes. Portanto, é mais correto ao se referir a estes institutos, tratá-los como de caráter majoritariamente, eminentemente repressivo ou preventivo, caso da polícia judiciária e administrativa respectivamente. Utilizando-se ainda exemplos para tornar mais claras estas duas polícias, quando um agente está fiscalizando uma atividade de comércio, a condição de alimentos para consumo ou uma reserva ambiental está no exercício da chamada polícia administrativa. Por sua vez, caso estejam investigando a prática de determinado crime, e para isso se utilizem de perícias, oitivas de testemunhas, tem-se aqui configurado a polícia judiciária.

Essas seriam hipóteses previstas em lei, que confirmam a imprecisão em diferenciar polícia administrativa de polícia judiciária, utilizando apenas os critérios de repressão e prevenção. Diante disso, o modo mais preciso de se identificar as diferenças, portanto, partem de quatro elementos diferenciadores entre estas polícias, quais sejam: o critério do binômio repressão/prevenção; o critério do ilícito; o critério do âmbito de atuação e o critério do órgão competente para seu exercício.

A polícia administrativa se dispõe unicamente a impedir ou paralisar atividades antissociais. Sua atuação se dá sobre bens e direitos por meio de variados órgãos da Administração (incluindo a polícia militar) e regida através de normas administrativas. A polícia judiciária, por sua vez, preordena-se a responsabilização dos violadores da ordem jurídica, atuando sobre pessoas por meio da polícia de segurança, por corporações especializadas como a polícia civil ou militar através do direito processual penal. A polícia civil é de fato quem exerce as funções de polícia judiciária (exceto nas apurações de infrações penais militares). A polícia militar exerce atividade ostensiva e de preservação da ordem pública (art. 144, § 5º da CF/88).

1.5 Dos Atributos do Poder de Polícia

A doutrina brasileira, em regra, aponta três atributos característicos do exercício do poder de polícia – comuns a boa parte dos atos administrativos em geral –, quais sejam: discricionariedade, autoexecutoriedade e coercibilidade. Pela discricionariedade, a Administração Pública tem a liberdade de estabelecer, de acordo com sua conveniência e oportunidade, quais serão as limitações impostas aos exercícios dos direitos individuais e as sanções aplicáveis nestes casos, condicionando o exercício de determinado direito.

Segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro, entende-se que existe a discricionariedade nos atos administrativos, em suas próprias palavras:

Quando a lei deixa à administração a possibilidade de, no caso concreto, escolher entre duas ou mais alternativas, todas válidas perante o direito. E esta escolha se faz segundo critérios de oportunidade, conveniência, justiça, equidade, razoabilidade, interesse público, sintetizados no que se convencionou chamar de mérito do ato administrativo.⁹

No entanto, também tem que se ter em mente que a discricionariedade nem sempre estará presente no poder de polícia. Em alguns casos, a lei já estabelece que diante de determinadas situações a administração deverá adotar uma determinada conduta, sem qualquer possibilidade de opção para esta, a exemplo da licença em que uma vez preenchidos os requisitos previstos em lei a Administração estará obrigada a concedê-la. Trata-se, portanto, de uma ação vinculada do poder público.

Em relação à autoexecutoriedade, ela consiste no fato de a Administração Pública pode exercer o poder de polícia sem a necessidade de intervenção do Poder Judiciário. Como exemplo, pode se citar a interdição de estabelecimentos, a apreensão de bens e a destruição de alimentos nocivos ao consumo público. A única exceção é a cobrança de multas, quando contestadas pelo particular. Ressalte-se que não é necessária a autorização do Poder Judiciário para a

⁹ ZANELLA DI PIETRO, Maria Sylvia. Discricionariedade técnica e discricionariedade administrativa, Revista Brasileira de Direito Público, Belo Horizonte, ano 5, n.17, p. 75-96, abr/jun. 2007

prática do ato auto executório, mas é sempre possível seu controle posterior deste ato e que a autoexecutoriedade só é possível quando prevista expressamente em lei e em situações de emergências, nas quais é necessária a atuação imediata da Administração Pública.

Nas palavras de José dos Santos Carvalho Filho:

A autoexecutoriedade tem como fundamento jurídico a necessidade de salvaguardar com rapidez e eficiência o interesse público, o que não ocorreria se a cada momento tivesse que submeter suas decisões ao crivo do Judiciário. Além do mais, nada justificaria tal submissão, uma vez que assim como o Judiciário tem a seu cargo uma das funções estatais – a função jurisdicional, a Administração também tem a incumbência de exercer função estatal – a função administrativa¹⁰.

Pela coercibilidade, os atos do poder de polícia podem ser impostos aos particulares, mesmo que, para isso, seja necessário o uso de força para cumprilos. Esse atributo é limitado pelo princípio da proporcionalidade. Esta significa a possibilidade de a administração pública impor a decisão administrativa proferida, independentemente da manifestação da vontade do particular, podendo ainda utilizar-se do meio da força para o seu cumprimento em situações necessárias, pelo que este atributo é indissociável da autoexecutoriedade.

1.6 Competência, Meios e Campos de Atuação

A competência para exercer o poder de polícia é, em princípio, da pessoa federativa à qual a Constituição Federal conferiu a competência para regular a matéria. Dessa forma, as quatro pessoas políticas de direito público interno – União, Estados, Distrito Federal e Municípios – desempenham as atividades de polícia administrativa por meio dos atos administrativos, sejam eles decretos, portarias, instruções dentre outras espécies de normatização que criam as limitações administrativas ao exercício dos direitos e atividades individuais. A Constituição Federal, inclusive, autoriza estes entes a instituírem taxas em razão do exercício do poder de polícia em seu artigo 145, II e desde que a entidade exerça efetivamente este poder, caso em que será possível a invalidação da

¹⁰ ibidem, pág. 121

cobrança deste tributo por decisão judiciária. Vale ressaltar, ainda, que o poder de polícia pode ser desempenhado através do regime de gestão associada, como autoriza o artigo 241 da Constituição, e que se concretiza através de consórcios públicos e os convênios de cooperação.

Caso não haja previsão expressa, ou seja, quando o sistema de partilha de competências privativas e concorrentes entre a esfera federal, estadual e municipal deixa lacunas e então surge alguma dúvida quanto à entidade competente para o exercício de determinado poder de polícia, deve ser utilizado o critério da predominância do interesse. Segundo o mesmo, os assuntos de interesse nacional estão sujeitos ao policiamento da União; os assuntos de interesse regional sujeitam-se à polícia estadual; e os assuntos de interesse locais são tratados pela polícia municipal. À título de exemplo, a União cabe regular o horário de atendimento bancário e ao Município fixar o horário de funcionamento de lojas comerciais, conforme entendimento construído pela jurisprudência.

Em relação aos meios de atuação a polícia administrativa pode atuar de modo preventivo ou repressivo. Em sua atuação preventiva, são estabelecidas normas e outorgados alvarás para que os particulares possam exercer seus direitos de acordo com o interesse público. A atuação repressiva inclui atos de fiscalização e a aplicação de sanções administrativas. A punição do administrado depende da prévia definição do ato como infração administrativa. Apesar da existência de medidas repressivas, a atuação do poder de polícia é essencialmente preventiva, pois seu maior objetivo é evitar a lesão ao interesse público.

O campo de incidência da polícia administrativa está sobre as mais variadas matérias. Como exemplo, pode se citar a polícia florestal, com a finalidade de proteger a flora, de trânsito e tráfego, destinada a garantir a segurança e a ordem nas estradas, a sanitária, que tem como preocupação a saúde pública e a edilícia, que disciplina as construções.

1.7 Das Limitações ao Poder de Polícia

A faculdade outorgada aos agentes públicos de agir repressivamente em prol do bem comum não é ilimitada, está sujeita a limites jurídicos positivados,

em especial na Constituição Federal, que asseguram, dentre outros, direitos aos cidadãos, prerrogativas individuais e liberdades públicas instituindo um Estado Democrático de Direito, com proteção, sobretudo, da dignidade da pessoa humana. Neste sentido, do mesmo modo que os direitos individuais são relativos, assim também acontece com o poder de polícia, que, longe de ser onipotente, não pode colocar em risco, mesmo que potencial, os direitos fundamentais, sob pena de configurar o abuso de poder.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro cita algumas limitações a serem observadas pela administração para não eliminar estes direitos individuais quando do exercício da polícia administrativa. Estas limitações seriam a necessidade, a proporcionalidade e a eficácia. Pela primeira, a medida de polícia só deve ser usada para evitar ameaça real ou de provável perturbação ao interesse público. A proporcionalidade determina a adequação entre o direito individual e o prejuízo a ser evitado.¹¹ Caso ela não esteja presente, a autoridade administrativa incorre em abuso de poder, o interesse coletivo não está sendo respeitado e por conseguinte alguns indivíduos estão sendo prejudicados. É atuação desproporcional, por exemplo, expulsar camelôs da via pública com a utilização de armas letais ou o uso exagerado da violência por agentes policiais para manter a ordem em situações de protesto. Pela eficácia, a medida tomada deve ser adequada para impedir o dano ao interesse público.

Vale ressaltar que cabe ao Judiciário apreciar a realidade, a razoabilidade e a legitimidade dos motivos em que o ato de polícia foi expedido. Os atos de polícia, pela sua própria natureza administrativa se submetem a controle administrativo, concretizado por recurso hierárquico, e o judicial. Deste modo, estes meios de coação só devem ser utilizados quando não houver outra forma eficaz de se alcançar o mesmo objetivo. O controle pelo Judiciário envolve em sua essência os atos decorrentes do poder discricionário como forma de se evitar excessos da Administração em face de direitos individuais, o que é muito diferente do fato do judiciário agir como substituto do administrador, postura esta vedada. O mandado de segurança, a ação civil pública e a ação popular são medidas judiciais cabíveis contra qualquer desvio de função. A própria imposição de sanções de polícia sofre limitações, pois, somente é possível aplicá-las se

¹¹ *ibidem*, pag. 100

houver a obediência ao devido processo legal, possibilitando ao particular o exercício do direito à ampla defesa e ao contraditório.

1.8 Dos Ciclos do Poder de Polícia

O exercício do poder de polícia sempre deve obedecer a uma sequência de atos. Em primeiro lugar tem-se a norma de polícia (legislação): é o preceito legal básico que dá validade à limitação prevista, para que não se pratique ato que lesionará o interesse público ou para que não deixe de fazer algo que evitará a lesão ao interesse público no qual se estabelece os limites do exercício dos direitos individuais, podendo ser constitucional, legal ou regulamentar. Em seguida aparece a permissão (consentimento) de polícia. Este ciclo possibilita ao particular o exercício de atividade controlada pelo Poder Público; é o ato administrativo que confere anuência ao exercício de atividade ou ao uso de propriedade. Em geral, estes atos de consentimento são as licenças e autorizações sendo o primeiro vinculado e em geral, definitivos, enquanto que o segundo são atos discricionários e precários.

Pela fiscalização ocorre verificação do cumprimento das normas e das condições estabelecidas na permissão de polícia. Já na sanção de polícia tem-se a aplicação de penalidades àqueles que descumprirem as normas e as condições da permissão de polícia. As sanções tornam efetivas as medidas impostas ou fixadas em lei, sendo comumente a multa, a demolição de prédios, a destruição de armas apreendidas, o embargo de alguma obra e a inutilização de algum alimento em condições impróprias para o consumo. Alguns doutrinadores fazem a distinção da medida de polícia. Com o objetivo de impedir a ocorrência de dano, como por exemplo após fiscalização que comprova a existência de comida estragada em um restaurante, a Administração impõe uma multa (sanção) e destrói a comida estragada. Esta destruição configuraria a medida de polícia.

2. DA INDELEGABILIDADE DO PODER DE POLÍCIA

A partir deste momento, discutir-se-á os fundamentos jurídicos favoráveis a não delegação do poder de polícia. Estes são basicamente três: a ausência de previsão constitucional autorizadora da delegação do poder de polícia administrativa, a inconstitucionalidade do exercício dos poderes de coerção e autoexecutoriedade por parte do particular e a necessidade de incidência do regime jurídico do servidor público para o exercício da atividade de polícia administrativa.

2.1 Da Ausência de Previsão Constitucional

Começamos, portanto, pela ausência de previsão constitucional autorizadora de delegação. De fato, a Constituição Federal de 1988, ainda que não vede de forma clara, também não traz expressamente a possibilidade de delegação do exercício do poder de polícia. De forma expressa, esta somente prevê a delegação de algumas atividades a particulares como por exemplo a notarial, o que por sua vez viria a corroborar segundo esta corrente doutrinária a ideia de vedação completa da delegação do poder de polícia a particulares.

Tal vedação, que como já explicitada decorreria do fato de não haver nenhum dispositivo expresso neste sentido, teria também como base princípios constitucionais. Dentre eles é comumente citado o princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse particular, bem como o da indisponibilidade do interesse público e o da isonomia, os quais da mesma forma viriam a impedir qualquer delegação que não esteja expressa no texto fundamental.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro afirma que o fundamento do poder de polícia é o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular, que dá a Administração posição de supremacia sobre os administrados. Heraldo Garcia Vitta, por sua vez, assevera que a indelegabilidade do poder de polícia a

particulares resulta da indisponibilidade do interesse público.¹² Para Raquel Melo Urbano de Carvalho, a delegabilidade de funções típicas implicaria renúncia ilegítima, pois colocaria em sério risco a sustentabilidade do próprio Estado.¹³ Nota-se, nestas visões, tratar-se de um poder inerentemente estatal e extremamente invasivo, pelo que insusceptível de cogitar delegação a entes privados.

Importante questão e que suscita divergências está na interpretação da expressão “serviços públicos” presente artigo 175 caput da Constituição Federal. Vejamos seu texto:

Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

Parágrafo único. A lei disporá sobre:

I - o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão;

II - os direitos dos usuários;

III - política tarifária;

IV - a obrigação de manter serviço adequado.

Para esta corrente, ao contrário de que muitos defendem, o poder de polícia não está implícito neste texto constitucional, pelo que só se faria menção ao serviço público em sentido restrito, conceito que por sua vez não abrangeria o anterior, diferentemente da doutrina que defende a delegabilidade, que se utiliza do mesmo termo para se chegar a outro conceito que abrange o poder de polícia, como será posteriormente explicitado.

¹² GARCI VITTA, Heraldo apud UNES PEREIRA, Flávio Henrique. Regulação, Fiscalização e Sanção: Fundamentos e requisitos da delegação do poder de polícia administrativa a particulares, ed. IELD, 2014, p. 84.

¹³ URBANO DE CARVALHO, Raquel Melo apud UNES PEREIRA, Flávio Henrique, *ibidem*, p. 84.

2.2 Da Impossibilidade do particular exercer coerção e autoexecutoriedade

Veamos agora a arguição de inconstitucionalidade do exercício de poderes de coerção e autoexecutoriedade pelo particular. Como já foi aqui exposto no capítulo anterior, que veio a tratar das considerações gerais a respeito do poder de polícia, uns dos atributos fundamentais deste poder são exatamente a coercibilidade e a autoexecutoriedade.

Pelo primeiro, o Estado cria obrigações para os seus destinatários, independentemente de sua vontade, obrigações estas que se manifestam através de atos e normas imperativas. Por um outro lado, pelo atributo da autoexecutoriedade, as medidas de polícia seriam desde já executáveis pela Administração, inclusive pela força física se for necessário, independentemente da prévia aprovação de outros órgãos estatais ou do Poder Judiciário, com exceção de alguns casos como por exemplo a multa de trânsito.

Conforme tal linha de pensamento, tais atributos são inerentes ao poder de polícia e incompatíveis com a ação do particular. A transferência destes atributos a um particular implicaria em ofensa ao princípio da isonomia, pelo que um particular não poderia impor obrigações a um outro administrado, bem como usar da autoexecutoriedade, uma vez poderia utilizar-se destas atribuições em benefício próprio, de forma parcial, desviando a verdadeira intenção do instituto que visa a manutenção da ordem pública, pela preservação e promoção do bem comum.

A Administração seria, portanto, a única legitimada a exercer coerção e autoexecutoriedade, visto que foram dois poderes que toda a sociedade lhe atribuiu e que remonta a própria formação e necessidade do Estado Moderno, pelo que este não pode em qualquer hipótese abdicar deste poder. No mais, um exemplo claro de que a delegação poderia fragilizar a imparcialidade no desempenho de tais atribuições, quando os indivíduos se valessem da autoridade estatal uns sobre os outros em benefício próprio, está na criticada

“indústria da multa”, prática tida como verdadeira e ainda basicamente desempenhada pela Administração.

Celso Antônio Bandeira de Mello é um dos que concordam com a restrição geral à atribuição de atos de polícia a particulares, pelo entendimento de que quando delegados atos tipicamente públicos de restrição à liberdade e propriedade, estaria ofendendo o equilíbrio entre os particulares, com uns exercendo supremacia sobre os outros. Para o doutrinador, a polícia administrativa, ao contrário do serviço público, visa a expedição de provimentos jurídicos que habilitam, impedem ou proíbem aos administrados a prática de determinada atividade, ou ainda, o sancionam quando estes desatendem às normas pertinentes.¹⁴

Estes atos jurídicos expressivos de poder público, de autoridade pública, por sua vez, certamente não poderiam, salvo em circunstâncias excepcionais ou em hipóteses específicas, ser delegados a particulares, transferindo-se a estes tal exercício. Em suas palavras:

Deveras, a restrição à atribuição de atos de polícia a particulares funda-se no corretíssimo entendimento de que não se lhes pode, ao menos em princípio, cometer o encargo de praticar atos que envolvem o exercício de mister tipicamente públicos quando em causa liberdade e propriedade, porque ofenderiam o equilíbrio dos particulares em geral, ensejando que uns oficialmente exercessem supremacia sobre outros.¹⁵

Floriano de Azevedo Marques Neto, ao tratar sobre o tema, também compartilha a ideia de que as atividades que contenham poder decisório e de coerção devem necessariamente ser praticadas por servidores públicos. O mesmo assevera que:

¹⁴ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, Serviço Público e Poder de Polícia: Concessão e Delegação, Revista Trimestral de Direito Público, São Paulo, Malheiros, n.20, p. 25.

¹⁵ Ibidem, p. 27.

O que define se há ou não violação aos institutos constitucionais no tocante à transferência de atividades intrinsecamente estatais é abdicação, pela Administração, do poder que a sociedade lhe atribuiu. Este poder se revela na capacidade de exercer imperatividade, de exercitar a capacidade de coação administrativa.¹⁶

Para o mesmo, aquelas atividades que o Estado executara somente por pessoas físicas, sendo estes seus servidores ou empregados públicos, são apenas aquelas que se consubstanciam, concretamente, o poder de decisório ou o poder coercitivo, não atingindo outras atividades preparatórias, instrumentais, incrementais ou de suporte que possam ser efetivadas por meio de pessoas jurídicas privadas.

2.3 Da necessidade de regime jurídico de servidor público para o exercício da polícia administrativa

Pelo terceiro argumento, é necessário a incidência do regime jurídico do servidor público para o exercício da atividade de polícia administrativa. Seria exigível dos agentes, portanto, que os mesmos possuíssem garantias próprias das funções de Estado, tais como a efetividade e a estabilidade. Estas últimas são consideradas por muitos como indispensáveis, para que a atividade possa ser desempenhada de modo eficiente, imparcial, conforme será melhor explorado com a própria doutrina.

Juarez de Freitas afirma que o procedimento do poder de polícia administrativa, tipicamente estatal, exige, no geral das vezes, que o agente tenha garantias próprias das funções do Estado.¹⁷ Raquel Melo Urbano de Carvalho, por sua vez, defende que:

Somente um servidor público lotado em um órgão público ou entidade administrativa de direito público poderia aferir a visibilidade da fotografia, a ocorrência de excesso de velocidade

¹⁶ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo apud UNES PEREIRA, Flávio Henrique, op. cit., p. 85.

¹⁷ Freitas, Juarez apud UNES PEREIRA, Flavio Henrique, ibidem, p. 85.

e lavrar auto de infração cabível, analisar a consistência das autuações mediante exame de numeração sequencial de imagens, das características do veículo e dos dados cadastrais disponíveis. Afinal, a multa administrativa não pode ser aplicada por um agente que não faz parte do órgão integrante da pessoa jurídica de direito público incumbida de desempenhar o poder de polícia na espécie.¹⁸

Alexandre Jorge Carneiro da Cunha, por exemplo, argui a necessidade de se conferir mandatos fixos a servidores estáveis que atuem em setores responsáveis pela fiscalização e punição de ilícitos administrativos, assim como para aqueles que compõem órgãos de julgamento de recursos de sanções, como forma de minimizar as chances destes servidores serem compulsoriamente removidos de seus postos em retaliação pelo cumprimento isento de suas funções, além de reduzir a possibilidade de simulacros quando em julgamentos administrativos.¹⁹

¹⁸ URBANO DE CARVALHO, Raquel Melo, apud UNES PEREIRA, Flavio Henrique, *ibidem*, p. 85.

¹⁹ CARNEIRO DA CUNHA, Alexandre Jorge, *Poder de Polícia: compreensão contemporânea do instituto e discussão sobre a possibilidade de delegação do seu exercício a entes privados*, Ribeirão Preto, São Paulo, IELD, 2014, p. 190.

3. FUNDAMENTOS PARA A DELEGAÇÃO E SEUS LIMITES

Antigamente a doutrina era praticamente unânime em afirmar a indelegabilidade do poder de polícia pelos motivos aqui já expostos, tais como a predominância do interesse público sobre o privado e a igualdade entre os particulares, talvez porque a noção de poder de polícia nascia juntamente com o Estado Liberal, em que a interferência na esfera privada deveria ser a menor possível. Ocorre que a atuação do Estado vem desde então se ampliando gradativamente de uma regulação mínima para inúmeros direitos e garantias aos cidadãos, quando da passagem para o Estado Social.

O exercício de tal poder passou a demandar alta especialização, recurso técnicos, humanos e financeiros, razão pela qual o Estado buscou a terceirização de algumas atividades, inclusive algumas manifestas de polícia administrativa. Como consequência desta realidade inevitável a doutrina vem se desdobrando para adaptar a tese da indelegabilidade do poder de polícia ao cenário fático, dado o claro confronto entre a necessidade da cooperação com os particulares e os limites da delegação até então definidos e criados numa época de menor necessidade regulatória.

Desta forma, atualmente é mais difícil que algum doutrinador afirme categoricamente a tese da indelegabilidade total do poder de polícia. Em geral, concordam que não há ofensa à isonomia, supremacia do interesse público pelos motivos mais variados, além de propor soluções também das mais diversas. O que ocorre hoje então são nuances, propostas de solução e requisitos específicos e “sugeridos” por cada doutrinador para a delegação, os quais serão estudados ainda neste tópico.

Passemos então as especificidades dos principais doutrinadores, a partir de uma divisão que se propõe a refutar os argumentos contrários à delegação expostos no capítulo anterior.

3.1 Da previsão constitucional

Para Flávio Unes, a ausência de regra constitucional expressa sobre a delegação do poder de polícia administrativa, como o primeiro argumento comumente citado, não pode ser interpretada como uma proibição manifesta de tal delegação, uma vez que inexistente fundamento constitucional que obrigue a disciplina desta delegação no próprio texto da Constituição. Sustenta ainda que a particularidade e complexidade do poder de polícia é por muitas vezes incompatível com a própria dinâmica do processo legislativo, pelo que demanda disciplina *infra legal*.²⁰

Aduz o mesmo que o já citado artigo 175 da Constituição Federal, o qual prevê a delegação contratual ou negocial de serviços públicos a particulares por meio de contratos administrativos de concessão e permissão de serviços públicos, teve como escopo firmar as bases do regime da delegação destes serviços com foco na proteção ao usuário e não de modo a exaurir todas as formas de delegação de atividades estatais. A intenção de exaurir todas as formas de delegação viria justamente de encontro à proteção do usuário, pelo que tal raciocínio seria contraditório, na medida em que a delegação seria benéfica ao usuário pela maior qualidade no desempenho do serviço.²¹

O artigo 37, XIX, por sua vez, também mencionado como forma a restringir a delegação, teria na concepção do autor um *status* de cláusula geral que admite a criação de entidades da administração indireta para o desempenho de qualquer uma das atividades tipicamente desenvolvidas pela Administração Pública como por exemplo o referido poder de polícia, assim como a prestação de serviços públicos, a intervenção no domínio econômico e o fomento²². Vejamos o artigo:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também,

²⁰ UNES PEREIRA, Flávio Henrique, *Regulação, Fiscalização e Sanção: Fundamentos e requisitos da delegação do poder de polícia administrativa a particulares*, ed. IELD, 2014, p. 107.

²¹ *Idem*, p. 107.

²² *Ibidem*, p.111.

ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

XIX - somente por lei específica poderá ser criada autarquia e autorizada a instituição de empresa pública, de sociedade de economia mista e de fundação, cabendo à lei complementar, neste último caso, definir as áreas de sua atuação;

O Autor entende que a expressão “serviços” presente no artigo se entende como “toda atividade destinada a obter determinada utilidade para a Administração”. Com esta conotação mais ampla, é perfeitamente possível enquadrar o poder de polícia como serviço público, logo, também seria passível sua delegação ainda para entidades de direito privado.²³

Cabe aqui trazer novamente à tona pertinente citação de *Carlos Pinto Coelho Motta*, presente na obra do autor, que assim afirma:

Sob o prisma constitucional, não há qualquer obstáculo ao trespasse de atividades de pessoa jurídica pública ou governamental a particulares que possam desempenhá-las a contento. O inciso XXI do artigo 37 da Constituição Federal não distingue os serviços que admitem, ou não, execução por terceiros: não caberia, pois ao interprete fazer tal distinção.²⁴

Quanto à delegação expressa na constituição da atividade notarial ou de registro prevista no artigo 236 da CF/88, que por sua vez viria a corroborar a ideia de que quando o constituinte desejasse delegar o poder de polícia, expressamente assim o faria, argui o Flavio Unes que tal delegação constitucional em específico acolheu interesse desta determinada categoria que se organizou de modo a demonstrar a necessidade de tratamento constitucional justamente no curso do processo constituinte, tendo logrado êxito. Tal dispositivo constitucional, no entanto, também não tem como escopo proibir qualquer outra norma no mesmo sentido.²⁵

Prossegue afirmando que o exercício do poder de polícia está intimamente ligado à ideia de repartição federativa de competências e conseqüentemente as organizações administrativas respectivas, as quais são concretizadas a partir do Poder Legislativo local em diálogo com a sociedade

²³ Idem.

²⁴ COELHO MOTTA, Carlos Pinto apud UNES PEREIRA, Flavio Henrique, *ibidem*, p.109

²⁵ *Ibidem*, p. 106.

civil. Nesta perspectiva cada ente, sejam eles União, Estados, Distrito Federal ou municípios teriam competências para disciplinar sua organização administrativa, o que inegavelmente viria a incluir o poder de polícia.²⁶

Nesta perspectiva, como não cabe à Constituição se ocupar da organização administrativa de cada ente, por conseguinte também não se ocuparia de tratar exaustivamente da delegação do poder de polícia. O oposto seria fora do razoável, uma vez é claro não caber a uma norma fundamental se ocupar da organização administrativa de cada ente pelo próprio princípio da especialização.²⁷

O fato de inexistir delegação expressa da titularidade da função estatal de polícia administrativa, viria, mais uma vez, nesta linha de raciocínio, corroborar a desnecessidade de tratamento constitucional a respeito do tema, que teria como único objetivo traçar apenas normas gerais e fundamentais, próprias da pirâmide proposta por Kelsen.²⁸ É curioso notar que uma mesma omissão constitucional, assim como um mesmo conceito de serviços públicos são utilizados como argumento tanto para a delegação quanto para a não delegação do poder de polícia.

O autor também combate a ideia de impossibilidade de delegação utilizando-se do próprio ordenamento vigente, seja ele de natureza constitucional ou infraconstitucional. Segundo o mesmo, em apenas duas hipóteses a Constituição delimita ou atrela a criação de alguma entidade da Administração Indireta a uma atividade específica.

Estes dois casos seriam o de atuação direta do Estado no domínio econômico, caso em que preferencialmente o ente da administração indireta teria a forma de empresa pública e sociedade de economia mista e quando os entes federativos devem celebrar consórcio administrativo, instituindo assim nova pessoa jurídica, de direito público ou privado, quando desejosos de realizar uma gestão associada de serviço público. A atuação indireta no campo econômico, por sua vez, pode ser desempenhada pela Administração Direta ou

²⁶ Ibidem, p. 108.

²⁷ Idem.

²⁸ Idem.

por qualquer entidade da indireta, visto que o texto constitucional não define qualquer perfil ideal de ente para esta atividade.²⁹

Em relação ao primeiro, qual seja, a atuação direta no domínio econômico, o artigo 173 da Constituição Federal determina que o Estado somente poderá explorar diretamente atividade econômica caso seja necessário aos imperativos da segurança nacional ou de relevante interesse coletivo. Eis o referido artigo:

Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

§ 1º A empresa pública, a sociedade de economia mista e outras entidades que explorem atividade econômica sujeitam-se ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto às obrigações trabalhistas e tributárias .

§ 1º A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

I - sua função social e formas de fiscalização pelo Estado e pela sociedade; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

II - a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

III - licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

IV - a constituição e o funcionamento dos conselhos de administração e fiscal, com a participação de acionistas minoritários; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

V - os mandatos, a avaliação de desempenho e a responsabilidade dos administradores. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

²⁹ Ibidem, p. 111.

§ 2º As empresas públicas e as sociedades de economia mista não poderão gozar de privilégios fiscais não extensivos às do setor privado.

Quanto ao instituto dos consórcios, estes têm previsão no artigo 241 da CF/88 o qual prevê que os entes federados poderão celebrar convênios e consórcios públicos de natureza de direito público ou privado, de forma a otimizar a prestação de serviços públicos, fruto da própria gestão associada.

Vejamos seu texto:

Art. 241. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios disciplinarão por meio de lei os consórcios públicos e os convênios de cooperação entre os entes federados, autorizando a gestão associada de serviços públicos, bem como a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal e bens essenciais à continuidade dos serviços transferidos. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998).

No entanto, quando do estudo dos consórcios públicos como meio de refutar a não delegabilidade do poder de polícia, imperioso e oportuno para o doutrinador é analisar a Lei 11.107/05 e o Decreto 6017/07, que vêm a regulamentar tal gestão associada de serviços públicos. Ponto crucial está no artigo 3, VI e IX do referido Decreto que assim aduz:

Art. 3º Observados os limites constitucionais e legais, os objetivos dos consórcios públicos serão determinados pelos entes que se consorciarem, admitindo-se, entre outros, os seguintes:

VI - a promoção do uso racional dos recursos naturais e a proteção do meio-ambiente;

IX - a gestão e a proteção de patrimônio urbanístico, paisagístico ou turístico comum;

Visualiza-se nestes incisos, segundo sua visão, hipóteses de delegação do poder de polícia como por exemplo na proteção ao meio ambiente prevista no inciso VI. Desta forma, tem-se uma norma infraconstitucional tratando a respeito do exercício do poder de polícia para um consórcio, que por sua vez pode estar configurado sob o regime de uma pessoa jurídica de direito privado, corroborando a tese de que não são apenas as pessoas de direito público as autorizadas pelo ordenamento jurídico a desempenhar tal função, bem como que

o termo serviço público possui conotação ampla quando tratado pela Constituição, devendo assim ser interpretado.³⁰

No entanto, além do tratamento infraconstitucional anteriormente citado, persegue o autor com um exemplo na própria Constituição que possibilita a delegação do poder de polícia feita a particulares, sejam estas pessoas jurídicas e até mesmo físicas. Esta delegação, por sua vez, de fato não teria um caráter amplo, mas sim fundamentado em cláusulas setoriais de matérias específicas, como por exemplo na tutela do patrimônio histórico cultural e do meio ambiente.³¹ Os exemplos viriam dos artigos 216 e 225 da Constituição Federal:

Art. 216. Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem:

I - as formas de expressão;

II - os modos de criar, fazer e viver;

III - as criações científicas, artísticas e tecnológicas;

IV - as obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais;

V - os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico.

§ 1º O Poder Público, **com a colaboração da comunidade**, promoverá e protegerá o patrimônio cultural brasileiro, por meio de inventários, registros, vigilância, tombamento e desapropriação, e de outras formas de acautelamento e preservação.

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.

Nestes artigos, restaria claro, em uma visão muito particular do autor, que a partir dos grifos que trazem respectivamente a noção de coletividade e comunidade, o particular poderá exercer o poder de polícia com intuito de proteger o patrimônio histórico cultural e o meio ambiente, ainda que de forma

³⁰ Ibidem, p. 114.

³¹ Ibidem, p. 115.

complementar, ou seja, o principal exercente e responsável desta função seria a própria Administração Pública. A atuação do particular, segundo o autor, deve ser sempre positivada por uma legislação de igual caráter complementar, prevendo formas e procedimentos de atuação, regime jurídico dos atos e regras de controle, sob pena de dar a este último um cheque em branco, ou seja, um poder ilimitado.

Assim como a Constituição Federal prevê a hipótese, segundo o autor, de delegação, de igual modo em outras oportunidades vem a vedar o exercício de qualquer outra atividade da Administração Pública pelo particular, independentemente de ser ou não um poder de polícia, o que configuraria uma reserva da Administração Pública, princípio do Direito Administrativo e Constitucional. Exemplo desta reserva seria a Segurança Pública, prevista no artigo 144 e de responsabilidade apenas da polícia federal, polícia rodoviária e ferroviária federal, polícias civis, militares e corpos de bombeiros, órgãos elencados taxativamente como competentes para a prática da segurança nos incisos do respectivo artigo.³² Eis o artigo:

Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos:

- I - polícia federal;
- II - polícia rodoviária federal;
- III - polícia ferroviária federal;
- IV - polícias civis;
- V - polícias militares e corpos de bombeiros militares.

§ 1º - A polícia federal, instituída por lei como órgão permanente, estruturado em carreira, destina-se a:

§ 1º A polícia federal, instituída por lei como órgão permanente, organizado e mantido pela União e estruturado em carreira, destina-se a: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

- I - apurar infrações penais contra a ordem política e social ou em detrimento de bens, serviços e interesses da União ou de suas entidades autárquicas e empresas públicas, assim como outras infrações cuja prática tenha repercussão interestadual ou internacional e exija repressão uniforme, segundo se dispuser em lei;

³² Ibidem, p. 116.

De igual modo, conforme leitura dos incisos do artigo 37 da mesma norma fundamental, a administração fazendária e seus servidores fiscais, as administrações tributárias exercidas por servidores de carreiras específicas e a atividade de controle externo pelo Tribunal de Contas da União seriam funções privativas do Poder Público a serem desempenhadas por determinadas carreiras, pelo que não passíveis de delegação em qualquer hipótese.³³

Com isso, busca o autor novamente fortalecer, provar a ideia de que a delegação ou não se relaciona muito mais com a repartição de poderes, com a organização administrativa, com a discricionariedade do poder público, e em particular do legislador constituído como representante da sociedade do que a um comando de conteúdo geral sobre o tema.

Este legislador, à nível federal, durante o processo constituinte, em nenhum momento teria elaborado uma norma que por sua vez tenha em seu comando um conteúdo, abrangência geral sobre tal tema de modo a impossibilitar qualquer delegação do poder de polícia. Os exemplos da própria Constituição e da legislação ordinária acima expostos viriam a demonstrar a real possibilidade desta.

O legislador estadual ou municipal estaria autorizado, portanto, a delegar qualquer atividade que a Constituição não tenha declarado como reserva da Administração Pública, ou seja, como de seu exercício direto, o que inclui obviamente também o poder de polícia uma vez o serviço público teria caráter constitucional amplo, pela interpretação do autor.

Edmir Netto de Araújo argui que o poder de polícia pode ser delegado, legal ou contratualmente, para a Administração Indireta e para as concessionárias públicas. O Autor se baseia no próprio artigo 78, parágrafo único, do Código Tributário Nacional, já aqui mencionado, no qual a expressão “nos limites da lei aplicável” dá a entender que a Administração Pública competente para a emissão do poder de polícia deve ser interpretada em sentido

³³ Ibidem, p. 119.

amplo, de forma a abranger a administração descentralizada e as concessionárias, no limite da lei.³⁴

José Afonso da Silva, ao analisar esta temática, utiliza como exemplo o caso da DERSA, sociedade de economia mista criada pelo Decreto Lei Paulista n.5/69 e posteriormente regulado pela Lei Paulista n. 95/72, oportunidade em que lhe foi atribuído “*o poder de polícia administrativa, inerente e por isso necessário ao bom desempenho dos serviços concedidos*”. Sustenta, então, ser possível a atribuição, de competência policial a entidades paraestatais e as pessoas privadas quando no exercício de função pública uma vez que o poder de polícia, como um ato administrativo, tem sua competência baseado em texto constitucional ou de lei.³⁵

Cid Pompeu Tomanik também admite a delegação do poder de polícia em casos específicos, incluindo empresas privadas, sendo a concessão e a permissão os instrumentos hábeis e necessários para esta delegação. Segundo o mesmo, “seria incompreensível que o Estado, titular do poder de polícia, pudesse delegá-lo genericamente às pessoas de direito privado, tanto físicas como jurídicas.”³⁶

3.2 Dos atos que não envolvem coerção e autoexecutoriedade

Alguns doutrinadores visualizam que nem todos os atos do poder de polícia estão revestidos de coerção e autoexecutoriedade e que por isso são passíveis de delegação. Justamente como forma de adaptação da doutrina a esta ideia, o instituto do poder de polícia vem sendo ultimamente segregado pela mesma em diferentes classificações, especificações estas imprescindíveis quando do estudo das divergências doutrinárias. A classificação mais comumente utilizada é aquela que diferencia atividades meio e atividades fim. Aquela consiste em uma atividade técnica instrumental, necessária para um

³⁴ ARAUJO, Edmir Netto apud Perez, Marcos Augusto. Delegação das atividades chamadas de polícia administrativa ou poder de polícia. Belo Horizonte. Fórum Administrativo – Dir. Público, ano 10, n.111, p. 49.

³⁵ SILVA, José Afonso da apud Perez, Marcos Augusto, *ibidem*, p. 49.

³⁶ TOMANIK POMPEU, Cid apud Marcos Augusto, *ibidem*, p. 49.

posterior ato administrativo de reconhecimento, este último por sua vez considerado como atividade fim no poder de polícia.

Celso Antônio Bandeira de Mello é um dos que se utilizam dessas classificações, dividindo-as em atos materiais de mera fiscalização e averiguação, bem como em atos jurídicos expressivos do poder público, de autoridade pública, ao tratar da possibilidade de delegação do poder de polícia especialmente em relação às concessionárias de serviço público.

Para Celso Antônio, ainda em um campo conceitual, o serviço público desempenhado por estas concessionárias consta de uma utilidade ou comodidade material prestadas aos administrados sob um regime de direito público, à exemplo do fornecimento de água, luz, telefone ou transporte coletivo, e no qual o concessionário se remunera pela exploração do próprio serviço concedido através da cobrança de tarifas dos usuários. As concessionárias, portanto, se relacionam diretamente com os administrados, respondendo diante destes pela eficiência de sua prestação ou por danos que lhe causarem ou a terceiros. Situação jurídica diversa é a da polícia administrativa, na qual a tônica é prática de atos jurídicos expressivos do poder público, diferentemente do serviço público cujos atos são em sua essência materiais.

Por isso, como já foi aqui exposto, o mesmo concorda com a restrição geral à atribuição e atos de polícia a particulares, pelo entendimento de que quando delegados atos tipicamente públicos de restrição à liberdade e propriedade, estaria ofendendo o princípio do equilíbrio entre os particulares, com uns exercendo supremacia indevida sobre outros. No entanto, vê como possível a delegação dos referidos atos materiais que se encartam no bojo da atividade de polícia, mas que precedem os atos jurídicos expressivos de autoridade pública, sendo certo que neste caso não haverá vínculo jurídico direto com os administrados e nem remuneração captada diretamente destes.³⁷

Estes atos materiais, por se tratarem de mera constatação instrumental e efetuada por equipamento tecnológico que proporcione averiguação objetiva, independentemente de interferência de elemento volitivo poderiam ser delegados a particulares. As atividades sucessivas ao ato jurídico de polícia

³⁷ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, op. cit., pp. 21-28.

expedido pelo Poder Público, consistentes em sua mera execução material, do mesmo modo, se não houver nisso interferência alguma na liberdade dos administrados, mas apenas na propriedade destes, também seriam passíveis de delegação.

Dessa forma, os atos jurídicos administrativos totalmente vinculados, tais como aqueles expedidos por máquinas, caso dos parquímetros, instalados por empresas privadas contratadas pela Administração poderiam ser delegados a particulares. Isso se deve ao fato de que por ser o ato completamente vinculado, não admite este em nenhum momento a manifestação de vontade do particular, não havendo, dessa forma, qualquer possibilidade de ofensa ao equilíbrio entre os particulares em geral, ou qualquer supremacia engendradora de desequilíbrio entre os administrados, ensejando que uns oficialmente exerçam soberania sobre os outros. Eis o seguinte julgado, em consonância com esta visão:

MULTAS DE TRÂNSITO. Anulação. Aplicadas por agentes de empresa pública. Poder de polícia que não comporta delegação, por expressar atividade coercitiva própria do Poder Público. Com exceção dos atos materiais que precedem o ato jurídico de polícia e dos atos de fiscalização e consentimento, o exercício do poder de polícia não pode ser delegado a particulares ou pessoas jurídicas de direito privado. Precedentes do STJ. Recurso provido para conceder a segurança.

(TJ-SP - APL: 30010321920138260071 SP 3001032-19.2013.8.26.0071, Relator: Edson Ferreira, Data de Julgamento: 29/07/2014, 12ª Câmara de Direito Público, Data de Publicação: 29/07/2014)

APELAÇÃO. Ato Administrativo. Infração de Trânsito. Delegação de atos materiais do poder de polícia com observância das formalidades legais. Empresa privada que atua de maneira a fornecer dados à autoridade incumbida de aplicar a sanção administrativa. Regularidade das multas aplicadas. Sentença mantida. RECURSO DESPROVIDO.

(TJ-SP - APL: 10012122920148260073 SP 1001212-29.2014.8.26.0073, Relator: Antonio Celso Faria, Data de Julgamento: 12/08/2015, 8ª Câmara de Direito Público, Data de Publicação: 15/08/2015)

TJ-SP - Apelação APL 53487620108260445 SP 0005348-76.2010.8.26.0445 (TJ-SP)
Data de publicação: 20/09/2012

*Ementa: AÇÃO CIVIL PÚBLICA PODER DE POLÍCIA FISCALIZAÇÃO DELEGAÇÃO LEGALIDADE. I Ministério Público que ataca legalidade de legislação municipal que instituiu sistema de "estacionamento rotativo" no Município de Pindamonhangaba Suposta ofensa ao art. 21 , inciso XI da Constituição Federal , além de delegação indevida de Poder de Polícia. II Detém o Poder Público municipal a competência para instituir áreas de "zona azul", bem como para impor sanções em razão do seu eventual descumprimento. III **A delegação de atos fiscalizatórios a agentes credenciados da concessionária não implica em delegação do próprio poder de polícia - Mantendo-se os atos coercitivos sob a competência do ente que detém o poder, não há ilegalidade em delegar atos acessórios a terceiros Eventuais sanções ou medidas impositivas que passarão necessariamente pelo crivo da Administração, não havendo usurpação da competência. Sentença de improcedência mantida. Recurso desprovido.***

Estas atividades materiais de verificação objetiva, simples e precisa graças à moderna tecnologia estaria liberta do subjetivismo inerente às avaliações humanas, sendo as constatações desta fase caracterizadas pela impessoalidade, pela exatidão que a própria tecnologia confere e pela igualdade no tratamento dado aos administrados. Deste modo, irrelevante é se os equipamentos são de posse ou geridos pelo poder público ou não, uma vez que não haverá qualquer ofensa aos princípios do direito administrativo.

Em seus próprios dizeres:

É certo que particulares podem ser contratados para a prática de certos atos que se encartam no bojo da atividade de polícia, pelo menos nas seguintes hipóteses: (a) para a atividade sucessiva a ato jurídico de polícia expedido pelo Poder Público, consistente em sua mera execução material, se não houver nisto interferência alguma com a liberdade dos administrados, mas, tão-só, com a propriedade destes; (b) para atividades materiais que precedam a expedição de ato jurídico de polícia a ser emitido pelo Poder Público, quando se tratar de mera constatação instrumental à produção desse e efetuada por equipamento tecnológico que proporcione averiguação objetiva, precisa, independentemente de interferência de elemento volitivo para reconhecimento e identificação do que se tenha de apurar.³⁸

José dos Santos Carvalho Filho também aceita a contratação de privados apenas para a execução de atividades materiais acessórias de constatação de

³⁸ Ibidem, p. 27.

fatos como o manejo de máquinas, sendo certo que isto de modo algum repercute quanto à titularidade da referida competência, a qual nunca deixou de ser pública. Vejamos a seguinte defesa, também presente em seu Manual de Direito Administrativo:

Em determinadas situações em que se faz necessário o exercício do poder de polícia fiscalizatório (normalmente de caráter preventivo), o Poder Público atribui a pessoas privadas, por meio de contrato, a operacionalização material da fiscalização através de máquinas especiais, como ocorre, por exemplo, na triagem em aeroportos para detectar eventual porte de objetos ilícitos ou proibidos. Aqui o Estado não se despe do poder de polícia nem procede a qualquer delegação, mas apenas atribui ao executor a tarefa de operacionalizar máquinas e equipamentos, sendo-lhe incabível, por conseguinte, instituir qualquer tipo de restrição; sua atividade limita-se, com efeito, à constatação de fatos. O mesmo ocorre, aliás, com a fixação de equipamentos de fiscalização de restrições de polícia, como os aparelhos eletrônicos utilizados pelos órgãos de trânsito para a identificação de infrações por excesso de velocidade: ainda que a fixação e a manutenção de tais aparelhos possam ser atribuídos a pessoas privadas, o poder de polícia continua sendo da titularidade do ente federativo constitucionalmente competente. Nada há de ilícito em semelhante atribuição operacional.³⁹

Em posição bastante aberta à delegação está a de Carlos Ari Sunfeld que assim defende:

No que se refere a edição de atos imperativos não vejo como sustentar sua indelegabilidade pela mera circunstancia de decorrerem de do poder de polícia. Afinal, não se nega a possibilidade dessa delegação, quando embutida na transferência de serviço público, de capacidade tributaria ativa ou de poder de promover desapropriações. A propósito, é justamente por editarem atos imperativos, emanados de poder de autoridade pública, que certos agentes de entidades privadas estão legitimados a figurarem no polo passivo do mandado de segurança. Nada existe de peculiar nos atos oriundos da polícia administrativa que possam ensejar a indelegabilidade.⁴⁰

³⁹ CARVALHO FILHO, José dos Santos, op. Cit., p. 78.

⁴⁰ SUNFELD, Carlos Ari, Empresa Estatal pode exercer poder de polícia, Revista da Procuradoria Geral de São Paulo, 1992, p.42.

Jose Vicente dos Santos de Mendonça, ao tratar do argumento de natureza ontológica pelo qual o poder de polícia não poderia ser delegado a uma entidade privada por ser da essência das funções do Estado o poder coativo e autoritário, assim se manifesta:

Em síntese: refutamos o argumento ontológico a respeito da essencialidade da função de polícia administrativa – que assevera ser da essência da atividade o ser exercida por pessoas jurídicas de direito público – porque não acreditamos numa essência inadaptativa das atividades humanas. O que se pode afirmar é que existe, sim, uma proximidade empírica entre o poder de polícia e personalidade jurídica de direito público – o que não quer dizer que tenha sido ou que deva ser sempre assim. Boa hipótese para explicar tal proximidade é a da aptidão institucional do regime de direito público para imprimir eficiência ao exercício da polícia administrativa, o que também não permite concluir que o regime privado seja desprovido de benefícios comparativos ou que seja essencialmente incompatível com a administração ordenadora.⁴¹

3.3 Da dispensabilidade da estabilidade do servidor publico

Alguns autores, a exemplo de Carvalho Filho, não vêem como impedimento ao exercício do poder de polícia o fato dos agentes serem regidos pelo regime celetista. O autor lembra que várias autarquias incumbidas de fiscalizar as profissões, a exemplo da Ordem Dos Advogados do Brasil – OAB, tem em seus quadros agentes sob a CLT, pelo que considera uma preocupação desnecessária com os aspectos formais do direito o regime do servidor, sendo certo que o abuso pode vir tanto de pessoas públicas como privadas. Ainda em sua visão, o ideal que se ocorra é uma punição exemplar de qualquer desvio de função, que, porém, quase nunca se vê na prática.

Carlos Ari não visualiza vínculo necessário entre o regime estatutário e o poder de autoridade embora não negue que tal vínculo, em razão das garantias que possuem, como a estabilidade, estejam em melhores condições de desempenhar imparcialmente esta função. Como forma de comprovar sua visão

⁴¹ DOS SANTOS DE MENDONÇA, José dos Santos, Estatais com poder de polícia: por que não? Revista de Direito Administrativo, 2009, p. 103.

cita os servidores ocupantes de cargo em comissão e os concursados que ainda não ultrapassaram o estágio probatório e por isso não estáveis, e que ainda assim desempenham tal poder sem qualquer restrição, de modo que a competência para exercer este poder em nada tem a ver com a estabilidade do agente no posto.⁴²

Da mesma forma, o fato de a beneficiária da transferência do poder de polícia ser pessoa constituída de pessoa jurídica de direito privado também seria irrelevante na visão do doutrinador. Isto porque não se confunde o regime da pessoa jurídica com o regime da atividade, sendo certo que qualquer empresa que venha a executar atividade pública deve sujeitar-se ao direito público. Defende, então, que com a exceção da preservação da ordem pública, cuja responsabilidade cabe às polícias militares, não visualiza como se pode sustentar a impossibilidade de delegação deste poder à empresa estatal e seus agentes, desde que devidamente autorizada por lei.

No mais, o Autor também traz à tona, como reforço argumentativo, a questão da arrecadação de tributos, atividade tipicamente instrumental e que hoje é pacificamente reconhecido que a pessoa política titular da competência para instituir o tributo pode delegar a terceiros a capacidade tributária, ou seja, o poder de arrecadar tributos e fiscalizar o cumprimento dos deveres tributários. Ressalta, inclusive, que é permitido o fenômeno da parafiscalidade, pelo qual a pessoa indicada pela lei retenha o resultado desta arrecadação de forma a aplica-la na manutenção de suas atividades. Este exemplo deixa claro para o autor a constatação de que no Brasil, admite-se com tranquilidade o exercício por pessoas de direito privado devidamente autorizadas o poder de autoridade. Vale transcrever uma de suas afirmações:

O problema com esse argumento é que nem todos os funcionários tem estabilidade. Os ocupantes de cargo em comissão e os efetivos em estágio probatório não a tem. Dever se a então negar lhes legitimidade para a produção dos atos de polícia? Isso certamente conduziria ao total absurdo. Por esse raciocínio, um agente fiscal recentemente admitido não poderia exercer sua função, devendo aguardar o termino do estágio probatório para começar a trabalhar. Ao chefe de unidade encarregada da expedição de licenças, por ocupar cargo em

⁴² SUNFELD, Carlos Ari, op. cit. p.43.

comissão, ficaria vedada a prática exatamente dos atos que justificam a existência do órgão.⁴³

Convém também transcrever a seguinte citação de Jose Vicente dos Santos Mendonça, ao tentar refutar o argumento de que o regime celetista das empresas estatais não seria compatível com a polícia administrativa, haja vista que o empregado público, por não ser estável, estaria em uma posição mais frágil em relação ao servidor estatutário e, por isso, mais suscetível de ser ameaçado por alguma chefia mal-intencionada:

Refutamos o argumento consequencialista da instabilidade do regime de pessoal – segundo o qual a atribuição de poder de polícia aos empregados públicos das empresas estatais vai gerar a consequência indesejável de uma fragilidade em seu exercício diante de pressões não republicanas – porque empregados públicos não estão essencialmente mais (ou menos) protegidos do que os servidores, em especial diante de entendimentos doutrinários e jurisprudenciais que vedam a demissão imotivada. O que há é, de um lado, uma superavaliação das garantias do regime estatutário, e, de outro, uma subavaliação das garantias do regime de emprego privado tal como aplicado pela administração pública do século XXI. De resto, a se admitir tal instabilidade do regime de emprego privado, haver se ia logicamente que reputa-lo inconstitucional quando aplicado a praticamente todas as atividades significativas da Administração Pública, o que também mostra o equívoco do argumento.⁴⁴

Para o autor o regime celetista adotado pela administração pública indireta não carrega mais as características que o tornavam tão instável. Ainda que os empregados públicos não tenham a estabilidade conferida pelo artigo 41 da Constituição Federal, na qual são estáveis os servidores nomeados para cargos de provimento efetivo, os celetistas possuem garantia contra demissões imotivadas, seja porque ingressaram nas entidades por intermédio de um

⁴³ Idem.

⁴⁴ DOS SANTOS DE MENDONÇA, op. cit., loc. cit.

processo de concurso público, seja porque a garantia do contraditório e do devido processo legal aplica-se indistintamente a todos.⁴⁵

A vedação a demissão imotivada de empregados públicos federais estaria positivada na lei federal n. 9962/00. Dessa forma, em caso de perseguição, transferência punitiva, desvio de finalidade, o empregado público, assim como o servidor público, poderá impugnar administrativamente ou judicialmente estes atos de desvio.⁴⁶ Portanto, o empregado público estaria tão protegido quanto o servidor público em relação a pressões indevidas, pelo que não há associação entre estabilidade e capacidade para o exercício do poder de polícia. Considera ser então uma incongruência que servidores públicos efetivos, porém não estáveis, assim como servidores em estágio probatório e em cargos de comissão possam exercer polícia administrativa seguindo esta linha de pensamento. Vejamos outra assertiva:

Há um exagero num lado da análise – que é o de pressupor que o regime estatutário confira maior garantia ao agente público diante dos riscos de manipulação, do que a que de fato produz – e minimização em outro: na garantia conferida pelo regime celetista da forma como é efetivamente aplicado na administração pública. Ao se comparar uma versão supergarantista de regime estatutário pessoal, de um lado, e uma versão subgarantista de regime privado de emprego público, de outro, é claro que a opção é a favor do primeiro. Mas as coisas não são assim.⁴⁷

Flavio Henrique Unes, ao discorrer sobre a necessidade da estabilidade dos servidores, lembra que importantes decisões administrativas, entre as quais sancionadoras, são tomadas por agentes públicos em cargo de comissão, cargos estes eletivos e de confiança e não dotados de estabilidade e que não possuem como pressuposto para investidura no cargo a aprovação em concurso público. Deste modo, as prerrogativas de estabilidade dos servidores públicos não chegam a impossibilitar eventual desvio de função ou a própria delegação.⁴⁸

⁴⁵ Ibidem, p. 106.

⁴⁶ Ibidem, p. 108.

⁴⁷ Ibidem, p.109.

⁴⁸ UNES, Flavio Henrique, op. cit., p.135.

Da mesma forma, é indubitável, na visão do doutrinador, que os empregados públicos, os contratados temporariamente e os concursados que ainda não adquiriram estabilidade por não haverem completado o estágio de provação são atualmente passíveis de tomar decisões deste teor, como se plenamente estáveis fossem. Aduz não haver nenhuma garantia de que o particular, no exercício do poder de polícia, será parcial pelo simples fato de não aparelhar o aparato estatal.⁴⁹

Reforça que o aprimoramento dos meios de controle do ato administrativo é o caminho a ser perseguido e de que não há na ordem jurídica qualquer indício de a necessidade de estabilidade seja uma premissa verdadeira, quanto mais na realidade prática do dia a dia. Desta forma, para Flavio Unes, no contexto da delegação, inexistente o confronto entre o interesse público e o privado e deve-se sempre perseguir um melhor desempenho das funções públicas, devendo o Estado se valer do potencial do setor privado, especialmente em relação ao seus recursos técnicos, independentemente se a delegação for desempenhada por particulares ou entidades de direito privado.

Para Flavio Unes, não de ser cumpridos cumulativamente três requisitos para a delegação do poder de polícia: previsão legal sobre a delegação propriamente dita, previsão legal sobre os parâmetros de controle e a previsão legal que assegure a isonomia na escolha do agente delegado.

Sobre a previsão legal de delegação, a obra afirma que por se tratar de uma função pública, por si só teria sua delegação imprescindível de norma, em consonância com o princípio da legalidade, pelo qual ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude de lei. No entanto, traz com maior ênfase a atribuição tipicamente pública e a natureza restritiva do poder de polícia que impacta diretamente a vida dos cidadãos, natureza esta invasiva, que, por sua vez, também viria de qualquer forma a atrair o princípio da legalidade para disciplinar o procedimento, por meio do qual será exercido tal instituto.⁵⁰

Isso porque é inconcebível na visão do autor que um particular exerça poder sobre outro sem uma lei previa autorizadora. A norma, do mesmo modo,

⁴⁹ Idem.

⁵⁰ Ibidem, p. 138.

afastaria qualquer afronta ao princípio da isonomia na visão do autor, eis que não se trata de simples exigência de obrigações entre particulares, mas, sim, de delegação de função pública, o que torna a lei inevitável.⁵¹

Defende também que caso não haja a lei que autorize a delegação do poder de polícia a particulares, além da violação do princípio da legalidade, restaria esvaziado a legitimidade democrática, o que pode ser melhor explicado nas palavras de Marçal Justen Filho:

A decisão de transferir a gestão do serviço para particulares envolve, portanto, interesses muito relevantes e de natureza transcendente. Não se trata de decisão inserida na órbita de competência do Poder Executivo. Depende do exame, aprovação e regulamentação do Poder Legislativo, por meio de cuja manifestação retrata-se a concordância do povo à alternativa adotada. A referência do artigo 175 à edição da lei para delegação de serviço público se relaciona não apenas com o princípio da legalidade do artigo 5. Trata-se de reconhecer que o povo, por via do Poder Legislativo, é único titular das escolhas acerca da forma de gestão dos serviços públicos. É que esses serviços se destinam a assegurar o bem do povo, a eliminação das carências individuais e regionais e a institucionalização de um Estado Democrático. Por isso, não se admitem decisões provenientes apenas do Poder Executivo – ainda que também seja integrado por representantes do povo. Mas o conjunto de órgãos destinado a vocalizar a vontade popular é especificamente o Poder Legislativo.⁵²

O Autor também traz como requisito a previsão legal de parâmetro de controle, ou seja, um devido processo administrativo a ser adotado pelo agente delegado como meio de realizar a atividade que lhe foi transferida e que por sua vez se dividiria em devido processo administrativo na regulação, na fiscalização e na sanção, como forma de prestigiar os demais cidadãos pela transparência e acesso a informações quando assim necessário. Este devido processo administrativo viria a dar transparência e acesso a informação aos administrados sujeitos ao poder de polícia, configurando um direito destes e um dever daquele.⁵³

Sustenta o autor que caberá ao Estado, nos casos em que julgar necessário a delegação do poder de polícia, por razões majoritariamente

⁵¹ Ibidem, p. 139.

⁵² JUSTEN FILHO, Marçal apud UNES, Flavio Henrique, ibidem, p. 140.

⁵³ Ibidem, p. 141.

técnicas, disciplinar o objetivo geral a ser seguido pelo agente delegado, se concentrando nas questões formais e procedimentais e fixando diretrizes para o controle da atividade delegada. A particularidade técnica da delegação em foco revelaria a obrigatoriedade desta medida eis que o poder legislativo não é o mais hábil para disciplinar uma questão técnica. Seria a transferência do exercício da atividade normativa acerca de aspectos técnicos de determinada matéria, previamente autorizada por lei.⁵⁴

O processo administrativo regulatório seria justamente o espaço destinado para manifestação previa à edição de regulamentos, uma interlocução com os sujeitos envolvidos ou potencialmente envolvidos, bem como de apresentação de motivação do ato regulatório pelo agente delegado, de forma a subsidiar o estudo sobre os atos normativos em preparação e a consideração sobre as manifestações dos potenciais afetados pelos atos normativos. Tal possibilidade de debate se mostra necessária haja vista a possibilidade de controvérsia técnica sobre a melhor solução, bem como pelo fato de que sua ausência pode constituir-se uma solução arbitrária, seja pelo totalitarismo ou pelo conteúdo injusto.

Deste modo, a lei que vier a autorizar da atividade de polícia, em especial a regulatória, deverá de igual modo estabelecer a obrigatoriedade do devido processo regulatório pelo agente delegado, que consiste na apresentação de um motivo dos regulamentos técnicos e no diálogo com o público afetado, garantindo assim a participação efetiva dos interessados e o controle da motivação decisória do próprio ato normativo, passível de posterior controle judicial de legalidade, caso fuja ao seu fim. A própria ausência de oferta de debate, ou seja, do devido processo administrativo, seria passível, segundo o autor, de controle judicial.⁵⁵

O devido processo administrativo na fiscalização, consiste, por sua vez, também em uma lei prévia que ao delegar o poder de polícia também estabeleça uma ritualística procedimental de ampla defesa e contraditório garantidos pela Constituição Federal (art. 5 LIV, LV) ao administrado, assim como viabilize o controle e monitoramento da atividade por parte da própria Administração Pública a qual nunca perdeu a titularidade desta. A necessidade deste devido

⁵⁴ Ibidem, p. 142.

⁵⁵ Ibidem, p. 149.

processo se encontra no fato de a fiscalização ser potencialmente desfavorável para qualquer administrado, independente de quem é o agente executor, e o devido processo é um meio eficaz de se assegurar a correspondência entre o que foi apurado pela atividade fiscalizadora e a sanção imposta.⁵⁶

O devido processo administrativo na sanção, por sua vez, também versa sobre assegurar os direitos de contraditório e ampla defesa, da necessidade de se ouvir os argumentos das partes interessadas, com a especificidade de ser da figura do castigado antes de sua eventual sanção e de se apresentar a motivação desta baseada em razões de fato e de direito, com a respectiva fundamentação técnica.

Segundo o Autor, considerando a natureza eminentemente vinculada e interligada da atividade administrativa sancionadora com as demais fases da atividade de polícia, a delegação desta operação ao particular é plenamente viável, além de ser desenvolvida através do devido processo administrativo que vem a possibilitar o contraditório e ampla defesa, sendo os atos desta delegação passíveis ainda de controle jurisdicional, o que vem aumentar ainda mais a segurança em relação ao desempenho desta atividade.⁵⁷

A previsão legal da escolha do agente delegado, como já foi relatado, garantiria o respeito ao princípio da isonomia na medida em que oportunidades iguais devem ser ofertadas a todos aqueles que quiserem se obrigar por contrato com a Administração Pública. Em paralelo, na hipótese de vínculo contratual, seria o processo licitatório o modo de escolha que viria a garantir o tratamento igualitário entre todos os interessados.

Finaliza, como argumento de que o exercício de poder de polícia pelo particular não tende a ser arbitrário ou parcial como muitos veem, aduzindo a possibilidade de responsabilidade civil de acordo com o artigo 37, parágrafo sexto da Constituição Federal. Eis o texto constitucional:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também,

⁵⁶ Ibidem, p. 153.

⁵⁷ Ibidem, p. 154.

ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

§ 6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

Dessa forma, o agente delegado que vier a causar dano será responsabilizado objetivamente e diretamente pelos danos causados à terceiros, independentemente de dolo ou culpa, cabendo ao Estado a responsabilidade subsidiária.⁵⁸

3.4. Das limitações específicas quando o particular visa o lucro

Ponto interessante que se empenha a doutrina é aferir a possibilidade da delegação quando a entidade privada tiver como escopo a busca por lucro, em particular as sociedades de economia mista e empresas públicas, fato divergente na doutrina. Isso porque, a natureza jurídica destas sociedades é constituída pelo, lucro, pelo princípio do individualismo e pela ética empresarial, elementos estes para muitos incompatíveis com o princípio da predominância do interesse público. Vejamos, a título de ilustração, os seguintes julgados no sentido da inviabilidade de delegação para pessoas jurídicas de direito privado:

TJ-SP - Apelação APL 40007952120138260506 SP 4000795-21.2013.8.26.0506 (TJ-SP)

Data de publicação: 11/11/2014

Ementa: *Ação Anulatória de Multa de Trânsito e repetição de indébito. Alegação de nulidade de autuação, vez que lavrada por empresa que não detém competência para aplicação de multas por infração à legislação de Trânsito. Sentença de procedência. Recurso da TRANSERP buscando a inversão do julgado. Viabilidade. Empresa Municipal, sociedade de economia mista. Pessoa jurídica de Direito Privado não detém Poder*

⁵⁸ Ibidem, p. 158.

de Policia para aplicação de Autos de Infração de Trânsito. Poder de Policia que não comporta delegação. Precedentes jurisprudenciais do C. STF e desta E. Corte. Recurso improvido.

TJ-SP - Apelação APL 00588278720138260506 SP 0058827-87.2013.8.26.0506 (TJ-SP)

Data de publicação: 02/07/2015

Ementa: RECURSO DE APELAÇÃO EM AÇÃO ORDINÁRIA. ADMINISTRATIVO. APLICAÇÃO DE MULTA DE TRÂNSITO POR SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. **DELEGAÇÃO DO PODER DE POLÍCIA.** Pretensão de desconstituição de penalidade de trânsito aplicada por Sociedade de Economia Mista. **Impossibilidade de delegação de poder de polícia à pessoa jurídica de direito privado.** Questão controvertida. Repercussão Geral reconhecida pela C. Supremo Tribunal Federal. RE com Ag nº 662.186-MG. Precedentes dos Tribunais Superiores e desta E. Corte. Aplicação do disposto no art. 252 do Regimento Interno deste E. Tribunal de Justiça. Recurso desprovido

Agravo de instrumento tutela antecipada em ação declaratória de nulidade de ato jurídico que objetiva suspender a eficácia de multa de trânsito imposta por sociedade de economia mista prestadora de serviço público deferimento admissibilidade em princípio, a atividade de fiscalização do trânsito local é restrita aos entes da Administração Direta Municipal trata-se de atividade típica do Poder Executivo aparente irregularidade na delegação do poder de policia de trânsito a particular inconsistência do direito alegado risco de dano em razão da demora na prestação jurisdicional que justificarão a decisão atacada presença, destarte, dos requisitos autorizadores da medida decisão mantida. Recurso improvido.

(TJ-SP - AI: 20706733320138260000 SP 2070673-33.2013.8.26.0000, Relator: Venicio Salles, Data de Julgamento: 26/02/2014, 12ª Câmara de Direito Público, Data de Publicação: 01/03/2014)

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE PARTE FINAL DO INCISO XV DO ART. 11 DA LEI ORGÂNICA DO MUNICÍPIO DE CURITIBA DECRETOS MUNICIPAIS 696/95 E 759/95 1) MUNICÍPIO QUE LEGISLA ACERCA DAS REGRAS DE TRÂNSITO VIOLAÇÃO DE COMPETÊNCIA LEGISLATIVA EXCLUSIVA DA UNIÃO AFRONTA AO PRINCÍPIO FEDERATIVO INTELIGÊNCIA DOS ART.S 1º, I,

15 E 16 DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL 2) POLICIAMENTO DAS VIAS URBANAS VIOLAÇÃO DA COMPETÊNCIA DO ESTADO DO PARANÁ PARA EXERCER PODER DE POLÍCIA SOBRE O TRÂNSITO ATIVIDADE QUE CABE À POLÍCIA MILITAR AFRONTA AO ART. 48 DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL 3) DELEGAÇÃO DE ATIVIDADE TÍPICA DE ESTADO PARA ENTIDADE PRIVADA, IN CASU, A URBS, SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA IMPESSOALIDADE E DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO SOBRE O PARTICULAR AÇÃO JULGADA PROCEDENTE. ACORDAM os Senhores Desembargadores integrantes do Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, por unanimidade de votos, em julgar procedente a Adin, com atribuição do efeito ex nunc (a partir da publicação); por maioria, vencidos quanto ao efeito os Senhores Desembargadores Luiz Lopes e Carlos Mansur Arida (ADin 52764-2, Rel. Des. Antonio Martellozzo, Órgão Especial, julgado em 16/09/2011, DJe 723, publicado em 28/09/2011)

Nota-se nestes referidos julgados ao se consultar o inteiro teor os mesmos argumentos no sentido de indelegabilidade da função coercitiva estatal à pessoas jurídicas de direito privado, pois estaria a delegar-lhes uma atividade institucional da Administração, atos que constituem a expressão coercitiva própria somente do poder público. Aqui, acredita-se ser inadequado uma sociedade com personalidade privada ter atribuição que deve ser cumprida segundo princípios do direito público e que não haveria como tais atividades serem inspiradas na realização do bem comum de forma absolutamente impessoal, sendo, portanto, uma missão inerente ao Estado.

Alexandre Jorge Carneiro da Cunha defende, por sua vez, assim como vários outros, que independentemente da natureza jurídica da pessoa que exerce o poder de polícia, tal atividade deve seguir o regime de direito público, sendo possível atribuir a uma empresa pública tal delegação, haja vista que todo o seu capital é do Estado, pelo que não haveria risco de intromissão de motivos privados no exercício do poder de polícia.⁵⁹

No entanto, o doutrinador vê como pressuposto para que a empresa pública exerça poder de polícia, que os recursos provenientes de penas pecuniárias devem ser destinados à reparação de bens jurídicos lesados e à prevenção de novas infrações. Quanto à sociedade de economia mista, porém,

⁵⁹ CARNEIRO DA CUNHA FILHO, Alexandre Jorge, op. cit., p.197.

o autor é contrário ao uso desta forma societária para exercício do poder de polícia por entender que a participação de capital privado em sua constituição gera o risco de conflito de interesses, ainda que este capital privado seja inexpressivo, caso em que para o autor há um abuso de forma, pelo que a sociedade anônima deve ser transformada em autarquia ou empresa pública com a preservação dos atos até então praticados devido à segurança jurídica.⁶⁰

Em relação as entidades de classe, por uma questão de complementariedade do seu raciocínio, o autor não coloca dúvidas acerca da legitimidade no exercício do poder de polícia, por serem estes conselhos profissionais consideradas pessoas jurídicas de direito público com regras concernentes às autarquias, segundo jurisprudência reiterada do próprio Supremo Tribunal Federal. No mais, ainda que lhe fossem atribuídas a estes conselhos natureza jurídica privada, haveria menor risco de conflitos de interesses no cumprimento do poder de polícia se comparado à contratação de um terceiro que persiga resultado financeiro para realiza-lo, uma vez que o poder disciplinar das entidades está mais relacionado aos próprios interessados na boa imagem da classe e no fomento do mercado de trabalho.⁶¹

Quantos aos particulares a delegação, por sua vez, só seria admitida de forma pontual e a indivíduos determinados como capitães de aeronaves ou navios, pelo fato não haver outra possibilidade apta a preservar a ordem pública em situações excepcionais. Esta delegação, por sua vez, só será válida caso se der como instrumento para a prestação de serviços públicos (em conformidade com o artigo 175 da Constituição Federal), com previsão legal, com a competência pontual e com atividades enumeradas já dita, com submissão a regime de direito público e controle do Estado, além de não envolver decisão relevante acerca de atividade discricionária estatal e não implicar emprego de meios coativos contra outros indivíduos, por ameaçar o equilíbrio entre os administrados.⁶²

Na visão do autor, os poderes conferidos devem ser bem delimitados e instrumentais. Considera que as fases de fiscalização e sanção são

⁶⁰ Ibidem, p. 200.

⁶¹ Ibidem, p. 202.

⁶² Ibidem, p. 205.

indissociáveis por ser a segunda mera consequência da primeira, não passíveis de serem delegadas, só podendo neste caso ser exercido por quem esteja vinculado à Administração Pública direta ou indireta, por se tratar de um aspecto mais sensível do poder de polícia, principalmente pelo fato de a imposição de pena decorrer diretamente do exercício de uma autoridade estatal bem como envolver avaliação cuidadosa e imparcial. No entanto, admite que o particular participe da fase de legislação desde que sua regulamentação seja submetida a aval do poder Executivo. Em relação à fase de consentimento, se esta for um ato vinculado de verificação de elementos objetivos, também não haveria nenhum óbice à delegação. Importante ressaltar que em sua visão, a mera documentação de dados objetivos da realidade por meio de fotos ou outros recursos técnicos não constitui delegação de poder de polícia, uma vez que a fiscalização se dará, de fato, neste caso, quando o poder público vier a analisar o material colhido.

José Vicente de Mendonça defende a delegação do poder de polícia a estatais ainda que esta não seja plena, pura e simples de tal poder. O autor reconhece que o regime de direito público é mais adaptativo, a grosso modo, ao exercício do poder de polícia, pelo que há uma proximidade empírica entre poder de polícia e personalidade jurídica de direito público. No entanto, isso não quer dizer que tal atividade deva sempre ser desempenhada por pessoas jurídicas de direito público, por não acreditar haver uma essência inadaptativa das atividades humanas. O doutrinador considera haver certas características do regime de direito privado como a desobstrução burocrática e a maior velocidade na resposta aos estímulos externos como elementos que tornariam mais eficiente o desempenho de tal função. No mais, afirma ser um paradoxo admitir que serviços públicos, como alma do direito público, possam ser executados por entidades inteiramente privadas, enquanto que sociedades da própria administração pública não possam executar polícia administrativa.⁶³

O autor propõe, então, com requisito de cautela que na estatal em que se for exercer poder de polícia só pode existir capital público, jamais privado. Logo, apenas empresas públicas poderiam exercer o poder em seu entendimento, podendo as sociedades de economia mista serem delegatárias quando for seu

⁶³ SANTOS DE MENDONÇA, José Vicente, op. cit., p. 102.

capital composto integralmente por entidades pertencentes à administração pública, de direito público ou privado, e com uma presença de capital efetivamente privado insignificante em termos de gestão e de participação. Neste último caso, qual seja, de capital privado ainda que insignificante, o doutrinador utiliza o termo tolerar, por não se tratar do ideal, haja vista que um mínimo de capital privado já é o bastante para causar um potencial conflito de interesses, em particular a busca por lucro.⁶⁴

Pelo segundo requisito as empresas públicas que exercerem poder de polícia não poderão intervir concorrencialmente na economia, cabendo somente ser prestadoras de serviços públicos, não podendo se servir do poder de polícia em apoio ao exercício da atividade econômica que exercem. Caso contrário, trata-se de uma intervenção concorrencial absolutamente anti-isonômica, considerando que nenhuma outra entidade privada estaria dotada de tal poder.⁶⁵ Pelo terceiro e último requisito o exercício do poder de polícia deve ser acidental em relação a prestação de serviços públicos eis que esta mesma intervenção não se daria de forma eficiente.⁶⁶

Carlos Ari Sunfeld é outro que conclui que empresa estatal, devidamente credenciada por lei, pode, através de seus próprios agentes, desempenhar a polícia administrativa. O fato da beneficiária da transferência do poder de polícia ser pessoa constituída no figurino de direito privado seria irrelevante eis que não se confunde o regime da pessoa com o regime da atividade.⁶⁷ Logo, o poder de polícia executado por uma empresa pública estará sujeito ao direito público. Também não vê problema em atos administrativos de polícia serem praticados por agentes submetidos ao regime trabalhista pelos mesmos motivos aqui já expostos, pelo que a competência para exercer tal poder em nada tem a ver com a estabilidade do agente no posto.⁶⁸ Neste sentido, eis o seguinte julgado:

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO PÚBLICO NÃO ESPECIFICADO. EMPRESA PÚBLICA DE TRANSPORTE E CIRCULAÇÃO - EPTC. DELEGAÇÃO DO PODER DE POLÍCIA. CONSTITUCIONALIDADE. AUTORIZAÇÃO DE CRIAÇÃO

⁶⁴ Ibidem, p. 111.

⁶⁵ Ibidem, p. 112.

⁶⁶ Idem.

⁶⁷ SUNFELD, Carlos Ari, op. cit., p. 42.

⁶⁸ Ibidem, p. 43.

POR LEI ESPECÍFICA. - Constitucionalidade da delegação do poder de polícia à EPTC, conforme decisão do Tribunal Pleno no incidente de inconstitucionalidade nº 70049790009. - Criação da empresa pública autorizada por lei específica, e não de forma genérica e indeterminada. Atendimento dos requisitos constitucionais previstos no art. 37, inciso XIX, da Constituição da República. - PREQUESTIONAMENTO. Há muito que este Tribunal vem decidindo que não se faz necessária a análise expressa de todos os dispositivos e argumentos trazidos pelos recorrentes. Mister é que o acórdão traga, de forma fundamentada, a resposta à controvérsia típica da lide. NEGADO SEGUIMENTO AO APELO. (Apelação Cível Nº 70058136128, Vigésima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Marilene Bonzanini, Julgado em 11/03/2014)

(TJ-RS - AC: 70058136128 RS , Relator: Marilene Bonzanini, Data de Julgamento: 11/03/2014, Vigésima Segunda Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 17/03/2014)

Mais especificamente em relação as sociedades de economia mista, sabe-se que a doutrina majoritária e a jurisprudência dos tribunais superiores dividem os atos do poder de polícia em delegáveis e em não delegáveis, ou em atos materiais ou jurídicos a exemplo do ensino de Celso Antônio Bandeira de Melo, o que por sua vez acarreta no surgimento de uma linha tênue entre o permitido e o proibido, provocando interpretações judiciais contraditórias. Dessa forma, o entendimento favorável a delegação do poder de polícia a sociedades de economia mista é minoritário, encontrando vozes como José dos Santos Carvalho Filho, Helly Lopes Meirelles e Diógenes Gasparini. Vejamos os seguintes julgados em relação as sociedades de economia mista:

APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO ANULATÓRIA DE MULTA DE TRÂNSITO – RIBEIRÃO PRETO – TRANSERP – Atividade de autuação e de sanção por infrações de trânsito desempenhada por sociedade de economia mista – Descabimento – Delegação possível apenas de atos de fiscalização – A prática de atos sancionatórios decorre do poder de polícia da Administração Pública – Precedentes – Autuação feita por policial militar – Irrelevância – Repetição de indébito – Pedido inicial julgado procedente – Manutenção da sentença – Recursos não providos.

(TJ-SP - APL: 10049533920148260506 SP 1004953-39.2014.8.26.0506, Relator: Osvaldo de Oliveira, Data de Julgamento: 06/11/2015, 12ª Câmara de Direito Público, Data de Publicação: 07/11/2015)

Cabe ressaltar o caso BHTrans, sigla da Empresa de Transportes e Trânsito de Belo Horizonte, caso este que teve sua última análise realizada em novembro de 2009 pelo Superior Tribunal de Justiça em sede de recurso especial, sendo um importante parâmetro judicial para aferir se uma sociedade de economia mista, logo, uma pessoa jurídica de direito privado, é capaz de exercer o poder de polícia, em especial fiscalizar e emitir multas de trânsito como no caso em questão.

A situação tem início, porém, em 2004 quando o Ministério Público do Estado de Minas Gerais ajuizou ação civil pública contra a Empresa de Transportes e Trânsito de Belo Horizonte – BHTRANS. Sustentava o Ministério Público que era ilegal o desempenho do policiamento e autuações de infrações de trânsito pela BHTRANS, eis que se tratava de pessoa jurídica de direito privado, uma sociedade de economia mista autorizada pela Lei Municipal 5953/91, e que por isso não estava autorizada a exercer poder de império.

Arguia o Ministério Público que o planejamento, organização, direção, coordenação, execução, controle da prestação de serviços públicos relativos ao transporte individual de passageiros e o planejamento urbano municipal atribuído à BHTRANS admitia delegação. No entanto, o policiamento, fiscalização e autuação de infrações de trânsito não poderiam ser cabíveis de serem executadas por pessoas jurídicas de direito privado, uma vez que esta não dispõe da supremacia do interesse público sobre o particular, tampouco seus atos de constrição revestem-se de autoexecutoriedade.

A sentença julgou improcedente a ação, levando em consideração que o Código de Trânsito Brasileiro, autoriza em seus artigos 21 e 24 que os municípios, por meio de órgãos e entidades, manejem o poder de polícia de trânsito, como era o caso da BHTRANS, que apesar de sua natureza jurídica de direito privado, submetia-se a controle interno e externo.

Em sede de apelação, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais reconheceu inexistir óbice à delegação do poder de polícia para entidades que apesar da natureza jurídica de direito privado, exercem atividades nitidamente públicas. O referido acórdão reporta-se ao artigo 175 da Constituição Federal, que vem a

autorizar a delegação de serviços públicos a particulares, de modo que o poder de polícia estaria contido no conceito de serviços públicos, em oposição ao pensamento de Celso Antônio Bandeira de Mello por exemplo.

Foi então interposto o Recurso Especial n. 817.534 pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais contra o referido acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, o qual havia determinado ser regular a aplicação de multas por agentes de trânsito da Empresa de Transporte e Trânsito de Belo Horizonte. Tal acórdão veio a dar provimento ao recurso especial, e após opostos embargos declaratórios restou finalmente decidido que permaneceria vedado à BHTrans a imposição de sanções, sendo possível, porém, o exercício da fiscalização e o do consentimento.

O Superior Tribunal de Justiça, desta forma, entendeu pela impossibilidade da aplicação de multas pelos agentes da BHTrans, uma vez que somente os atos relativos ao consentimento e à fiscalização são delegáveis, sendo certo que aqueles referentes à legislação e à sanção derivam do poder de coerção do Poder Público. Vejamos parte do voto do Ministro Relator Mauro Campbell Marques, voto vencedor e que sintetiza o pensamento majoritário do Tribunal:

No que tange ao mérito, convém assinalar que, em sentido amplo, poder de polícia pode ser conceituado como o dever estatal de limitar-se o exercício da propriedade e da liberdade em favor do interesse público. A controvérsia em debate é a possibilidade de exercício do poder de polícia por particulares (no caso, aplicação de multas de trânsito por sociedade de economia mista).

3. As atividades que envolvem a consecução do poder de polícia podem ser sumariamente divididas em quatro grupos, a saber: (i) legislação, (ii) consentimento, (iii) fiscalização e (iv) sanção.

4. No âmbito da limitação do exercício da propriedade e da liberdade no trânsito, esses grupos ficam bem definidos: o CTB estabelece normas genéricas e abstratas para a obtenção da Carteira Nacional de Habilitação (legislação); a emissão da carteira corporifica a vontade do Poder Público (consentimento); a Administração instala equipamentos eletrônicos para verificar se há respeito à velocidade estabelecida em lei (fiscalização); e também a Administração sanciona aquele que não guarda observância ao CTB (sanção).

5. Somente os atos relativos ao consentimento e à fiscalização são delegáveis, pois aqueles referentes à legislação e à sanção derivam do poder de coerção do Poder Público.

6. No que tange aos atos de sanção, o bom desenvolvimento por particulares estaria, inclusive, comprometido pela busca do lucro - aplicação de multas para aumentar a arrecadação.

Ainda para este Tribunal, outro argumento para a indelegabilidade dos atos de sanção seria o comprometimento que o particular teria com a busca do lucro, aplicando multas para aumentar a arrecadação. Isto porque, à época, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) entendeu que por ser sociedade de economia mista e não uma empresa estritamente pública, a fiscalização emitindo multas não cabia à BHTrans. Foi então interposto o Recurso Extraordinário 633.782, o qual já teve sua repercussão geral admitida pelo STF, mas que ainda carece de julgamento. Com o julgamento deste recurso extraordinário, a tendência é a de que a matéria se pacifique, o que iria trazer enorme segurança jurídica, considerando as inúmeras demandas em primeiro grau e em tribunais por todo o país.

Os agentes da BHTrans perderam, então, o poder de multar nas ruas da cidade, o que por sua vez culminou com a entrada da Guarda Municipal no circuito em Belo Horizonte, assim como em outras cidades do Brasil. A guarda municipal, por sua vez, também teve recentemente sua legalidade no exercício do poder de polícia apreciada de forma favorável e com efeito erga omnes agora pelo Supremo Tribunal Federal, mas trata-se de uma discussão que não convém ao presente trabalho porque não resta dúvidas de que um órgão da administração pode exercer polícia administrativa.

Marcos Augusto Perez, doutor em Direito do Estado pela USP, em seu artigo *Delegação das chamadas atividades chamadas de polícia administrativa ou poder de polícia* publicado na revista Fórum Administrativo, faz severas críticas a esta decisão particular do STJ. Para o próprio, o chamado poder de polícia não passa de mais uma função estatal, por vezes desempenhada pela Administração Pública, equiparável em importância e essencialidade, por exemplo, à prestação de serviço público. Inexistindo, então, base para impor que

todas as atividades reunidas sob essa rubrica sejam privativas e indelegáveis, sendo prática corriqueira na Administração brasileira delegar atividades de ordenação administrativa.

Ressalta o Autor que o STJ ignora que o destino da receita arrecadada com a aplicação de multas de trânsito pela BHTrans é destinada ao Fundo de Transporte Urbano (FTU), pelo que descabido falar em lucro com a arrecadação de multas.⁶⁹ Argui que segundo o Decreto Lei 200/67 e a Constituição Federal, é permitido a delegação de atividades tradicionalmente incluídas na rubrica genérica de poder de polícia, não faltando no Brasil exemplos dessa ocorrência. Para Marcos Perez, as atividades delegadas ou descentralizadas da Administração Direta continuam sendo públicas, sendo certo que a BHTrans é um órgão da Administração Indireta regularmente constituído para prestar serviços públicos e exercer ordenação administrativa, pelo que não haveria privatização ou despublicização do chamado poder de polícia, conforme entendimento do acórdão.⁷⁰

Já para José Vicente Santos de Mendonça, autor já citado neste estudo, inexistiria qualquer potencialidade de conflito de interesses entre os polos público e privado e as multas da BHTrans, visto que a composição desta tem como acionista majoritário o município de Belo Horizonte, dividindo a composição do capital com uma série de entidades públicas ou privadas integrantes da administração pública, tais como um hospital municipal, uma autarquia, e uma outra sociedade de economia mista de capital fechado.⁷¹

Não haveria, portanto, participação de capital privado propriamente dito na companhia, fato ignorado pelo Superior Tribunal de Justiça que optou por adotar um entendimento tradicional e que seria por bem ser revisto quando o recurso extraordinário for analisado pelo Supremo, dada as transformações da jurisprudência quanto a este posicionamento clássico. Vejamos a ementa do julgado:

⁶⁹ PEREZ, MARCOS AUGUSTO, *op. cit.*, p. 45.

⁷⁰ *Ibidem*, p. 43.

⁷¹ SANTOS DE MENDONÇA, José Vicente, *op. cit.*, p. 111.

ADMINISTRATIVO. PODER DE POLÍCIA. TRÂNSITO. SANÇÃO PECUNIÁRIA APLICADA POR SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. IMPOSSIBILIDADE.

1. Antes de adentrar o mérito da controvérsia, convém afastar a preliminar de conhecimento levantada pela parte recorrida. Embora o fundamento da origem tenha sido a lei local, não há dúvidas que a tese sustentada pelo recorrente em sede de especial (delegação de poder de polícia) é retirada, quando o assunto é trânsito, dos dispositivos do Código de Trânsito Brasileiro arrolados pelo recorrente (arts. 21 e 24), na medida em que estes artigos tratam da competência dos órgãos de trânsito. O enfrentamento da tese pela instância ordinária também tem por consequência o cumprimento do requisito do prequestionamento.

2. No que tange ao mérito, convém assinalar que, em sentido amplo, poder de polícia pode ser conceituado como o dever estatal de limitar-se o exercício da propriedade e da liberdade em favor do interesse público. A controvérsia em debate é a possibilidade de exercício do poder de polícia por particulares (no caso, aplicação de multas de trânsito por sociedade de economia mista).

3. As atividades que envolvem a consecução do poder de polícia podem ser sumariamente divididas em quatro grupo, a saber: (i) legislação, (ii) consentimento, (iii) fiscalização e (iv) sanção.

4. No âmbito da limitação do exercício da propriedade e da liberdade no trânsito, esses grupos ficam bem definidos: o CTB estabelece normas genéricas e abstratas para a obtenção da Carteira Nacional de Habilitação (legislação); a emissão da carteira corporifica a vontade o Poder Público (consentimento); a Administração instala equipamentos eletrônicos para verificar se há respeito à velocidade estabelecida em lei (fiscalização); e também a Administração sanciona aquele que não guarda observância ao CTB (sanção).

5. Somente o atos relativos ao consentimento e à fiscalização são delegáveis, pois aqueles referentes à legislação e à sanção derivam do poder de coerção do Poder Público.

6. No que tange aos atos de sanção, o bom desenvolvimento por particulares estaria, inclusive, comprometido pela busca do lucro - aplicação de multas para aumentar a arrecadação.

7. Recurso especial provido.

(REsp 817.534/MG, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 10/11/2009, DJe 10/12/2009)

Flavio Henrique Unes Pereira é outro crítico deste acórdão do Superior Tribunal de Justiça e o fato deste considerar ilegal a delegação da atividade sancionadora. Julga incompreensível a distinção entre as fases fiscalizatória e sancionatória, eis que estão as duas interligadas e vinculadas, inexistindo nestas quaisquer discricionariedades. Unes expõe situações em particulares, no

exercício de atividade estatal, impõe obrigações a terceiros em virtude de descumprimento de normas previamente estabelecidas, a exemplo da suspensão do fornecimento de importantes serviços ao cidadão. Afirma que o Tribunal se esqueceu que haveria um fundo destinado à arrecadação de multas no caso em questão, além de que o devido processo administrativo e o controle jurisdicional seriam mecanismos hábeis a evitar qualquer abuso de direito.⁷²

⁷² UNES PEREIRA, Flavio Henrique, *op. cit.*, p. 129.

CONCLUSÃO

Como já foi exaustivamente exposto no presente trabalho os principais argumentos contrários à delegação do instituto do poder de polícia têm como base os princípios da supremacia do interesse público sobre o privado, o da isonomia entre os administrados, a ausência de previsão constitucional expressa sobre a delegação e a necessidade de regime estatutário para o melhor desempenho deste poder.

Há autores que sustentam a possibilidade de delegação, seja ela total ou parcial a partir da possibilidade de autorização constitucional. Ocorre que, de fato, a “*men legis*” do artigo 175 da Constituição Federal quando faz menção a “*serviços públicos*”, de forma alguma cogitava-se referir ao poder de polícia, pelo próprio contexto histórico de maior dispensabilidade de delegação. Tampouco o artigo 37, XIX da norma fundamental, ao se referir às empresas públicas e sociedades de economia mista permitem tal interpretação. No mais, as próprias cláusulas setoriais de serviços públicos e poder de polícia presentes na Constituição, tais como o titular de serviço notarial, concessionários de serviços públicos, o poder conferido aos proprietários de restaurantes e embarcações, corroboram, a tese de que a delegação é uma exceção expressa já na própria Constituição Federal e não uma regra.

Ocorre que o poder de polícia, assim como outras atividades tidas como fim do Estado, guarda uma relação ainda íntima com o desenvolvimento tecnológico. É certo que a grande maioria dos ilícitos só podem ser captados com o auxílio da tecnologia e não mais manualmente ou a partir de uma simples observação da realidade. No entanto, também é evidente que não é função precípua da Administração Pública ater-se a desenvolver-se tecnologicamente para quando da prestação de seus serviços, fim este mais relacionado à iniciativa privada, a qual visa o lucro e que por isso está em constante busca por inovação tecnológica como forma de se diferenciar no mercado econômico e alcançar o maior mercado possível.

Desse modo, cabe a seguinte pergunta: Se o Estado não delega tal poder e o mesmo, por ausência de recursos técnicos ou de qualquer outra natureza

não consegue apurar e sancionar os ilícitos, a supremacia do interesse público sobre o privado estará sendo factualmente, isto é, concretamente respeitada?

O princípio da supremacia do interesse público sobre o particular ainda está sendo erroneamente interpretado como uma prerrogativa absoluta do Estado, enquanto ente político, de agir livremente conforme sua discricionariedade, desde que amparado por lei, não importando o efetivo resultado desta conduta. Exemplo claro disto está quando o mesmo não delega o poder de polícia, ainda que não o desempenhe de modo satisfatório ou quando é notório que um terceiro o desempenharia de forma melhor, sob o argumento de que a Constituição Federal não prevê esta possibilidade ou de que é necessário o regime estatutário para o desempenho desta função.

Este princípio deve ser sim interpretado não como um atributo quase que inerente a natureza estatal, porém sim segundo uma visão utilitarista, qual seja, como uma busca constante do Estado, enquanto representante e legitimado pela sociedade, de buscar o melhor para todos estes que estão sob sua administração, não importando que para isso tenha que se desfazer de atribuições até então tradicionais ou vistas como dogmas por alguns.

Não é passo atrás para defesa da delegabilidade, admitir que o constituinte de 1988 não desejava, de fato, delegar o poder de polícia, visto que o próprio contexto histórico aponta neste sentido e confirmado ainda pela doutrina mais antiga a respeito do tema. Ocorre que não há necessidade alguma de nos prendermos a uma leitura positivista, mecanicista do direito constitucional, pela qual uma regra pertencerá ao sistema jurídico, criando direitos e obrigações para os seus destinatários, bastando para isso que a mesma emane de uma autoridade competente para a criação de normas e que seja criada de acordo com o procedimento previsto legalmente para a edição de novas regras.

Isto porque a realidade está em constante mudança, pelo que o direito deva se adaptar ou, caso seja possível, deve ser interpretado conforme as demandas sociais, de forma que esta última não deve ficar refém daquele, sob pena de injustiças ou especificamente de atraso na ordenação social, como no caso em questão em que o poder de polícia pode estar sendo desempenhado

de forma deficitária, ainda que comprovada sua viabilidade em ser exercido por uma pessoa de direito privado ou ainda particular.

Em relação à questão da isonomia e ao possível desvio de função, resta claro que a melhor forma de coibir a busca do lucro é a criação de um fundo destinado ao que for arrecadado com sanções, fato este apenas mencionado despropositadamente por alguns poucos autores quando do estudo do caso BHTrans. Neste sentido, não haveria porque a entidade de direito privado ou particular perseguir o lucro através do poder de polícia sabendo que sua única forma de remuneração se dará através de uma contraprestação fixa ou de cobrança tarifária, a depender do caso.

Portanto, o principal meio de se garantir uma atuação imparcial do agente de polícia e assim, permitir a delegação, é a existência prévia de um fundo, previsto na lei ou contrato de delegação. Este fundo, por sua vez, também deverá ter sua destinação previamente vinculada, voltada para o melhor desempenho da atividade de polícia administrativa, em especial da fiscalização e na qualificação dos recursos humanos. Considerando que este retorno financeiro se dará na própria atividade de polícia, tem-se a tendência de um número cada vez menor de sanções, pelo próprio temor da eficiência do serviço por parte dos administrados. O retorno na área de conscientização é também muito válido, na medida em que também minimiza possíveis futuros ilícitos administrativos e suas consequentes sanções. Tudo isso, por sua vez, favorece de igual modo ou mais a própria Administração Pública, a qual terá menos gastos em sancionar o administrado ou com o devido processo administrativo.

No entanto, o devido processo administrativo também é uma importante chave para a delegação, principalmente o fortalecimento deste, na medida em que é a garantia do contraditório e ampla defesa na regulação, fiscalização e sanção, esta última principalmente, minimiza qualquer possibilidade de desvio, abuso funcional. É um instituto já bastante consolidado na Administração Pública, exemplificado a partir do direito de petição ou dos recursos administrativos, mas que deve ser igualmente adotado ou fortalecido em pessoas jurídicas de direito privado, se realmente desejarem ser delegatárias deste poder.

Assim como existe o Procon, Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor, órgão da Administração Pública que resguarda o interesse dos consumidores em geral, auxiliando o consumidor sobre seus direitos e onde se pode recorrer quando há algum tipo de abuso em relação ao varejista ou atacadista sobre o consumidor, é também razoável que o poder público crie um órgão específico para fiscalizar e receber reclamações, recursos advindos de pessoas jurídicas que exerçam o poder de polícia.

Caberia a este órgão da administração pública até mesmo sancioná-las em caso evidente de abuso. A criação deste órgão de controle se faria necessário dada a natureza restritiva e invasiva da liberdade deste poder junto aos cidadãos, o que evidentemente reclama um maior acompanhamento por parte do Estado no desempenho desta atividade, seja ela desempenhada por uma pessoa jurídica de direito privado ou particular.

Assim sendo, havendo as chaves principais de um fundo prévio apartado e destinado à arrecadação com multas, bem como um devido processo administrativo, em que se possibilita o contraditório e ampla defesa pelo administrado potencialmente lesado, que diferença ou importância fará o regime jurídico do servidor? Isto porque nem o próprio servidor nem sua direção ou chefia vislumbrarão interesse algum em conduzir a atuação deste poder de uma determinada maneira, visto que não terão acesso direto ou mesmo indireto aos supostos benefícios arrecadados com sanções pecuniárias, pelo fato desta também já ter sua destinação previamente vinculada.

No mais, não há qualquer diferença prática no desempenho desta função entre estatutários e empregados públicos. É certo que o servidor estatutário goza formalmente de maior estabilidade, e por isso, estaria mais propício ao serviço, porém, a garantia que detém o empregado público, a exemplo da necessidade de dispensa motivada, já o capacita plenamente para ser agente de polícia, quem dirá os estatutários, sendo certo que este argumento é um apego ilógico ao formalismo do direito, conduzindo apenas a uma tendência teórica à imparcialidade, mas nunca de fato comprovada na prática. Os próprios exemplos citados ao longo deste trabalho, como no caso do servidor estatutário que desempenha poder de polícia, mas que ainda não cumpriu o lapso temporal de dois anos para adquirir sua almejada estabilidade ou do agente em cargo de

comissão que não foi aprovado em concurso público, demonstram esta realidade concreta de desnecessidade de regime estatutário.

Desse modo, tanto empresas públicas ou sociedades de economia mista, embora pessoas jurídicas de direito privado que têm como objetivo a busca do lucro, e que em alguns casos até contam com participação relevante de capital privado sem seu capital social como no caso das sociedades anônimas, podem desempenhar o poder de polícia, devido a todos os mecanismos de controle interno e externo que possibilitam o imparcial cumprimento da função.

Isso sem ainda mencionar a possibilidade de controle judicial de legalidade dos atos administrativos, como por exemplo a partir de um mandado de segurança, principalmente no que tange ao desvio de função e a necessidade de motivação que incluem obviamente os atos de polícia. Dessa forma, o poder de judiciário é mais uma alternativa ao administrado, vindo a fornecer ainda maior segurança a este que tem a justiça como horizonte além da via administrativa.

Não haveria, da mesma forma, qualquer objeção a delegação a particulares enquanto pessoas físicas pelos mesmos argumentos citados. No entanto, esta delegação deve ser realizada somente quando haja real necessidade prática para tal, como em casos em que esta função é desempenhada de forma menos complexa e que não reclame a criação de uma entidade da Administração Indireta ou mesmo a delegação para uma pessoa jurídica de direito privado como concessionárias de serviços públicos.

Isto porque quanto menor a concentração de poderes em uma pessoa específica e maior a estrutura, mais provável é o desempenho eficiente da função, considerando que em uma sociedade de economia mista ou uma empresa, por exemplo, a tendência é a de que os seus atos, principalmente os de polícia, sejam revisados por um número maior de servidores cada vez mais graduados na matéria e hierarquicamente superiores, minimizando ao máximo possíveis erros ou injustiças.

Todos estes meios acima expostos, sejam o contraditório garantido pelo devido processo administrativo ou o fundo destinado à arrecadação com multas, devem ser desde já garantidos quando da criação ou autorização por lei da

entidade de direito privado, como previsto pelo artigo 37, XIX da Constituição Federal. Ou, ainda, pelo próprio contrato em caso de licitação, o qual também limitará e dará diretrizes gerais sobre os meios pelos quais o delegado poderá prestar este serviço limitativo, mas de interesse geral, minimizando desde já qualquer possível abuso de direito. Além do cumprimento do exposto na norma fundamental, a própria imperatividade deste poder historicamente não delegado reclama esta publicidade a terceiros e apego ao princípio da legalidade como forma principalmente de prevenção por parte do estado e dos administrados, que poderão cobrar a fidelidade no cumprimento do que foi acordado.

Em relação à separação das atividades possíveis de delegação por ciclos, sejam eles de fiscalização, consentimento, sanção ou regulação também não há qualquer motivo para tal. Ainda que seja a separação conceitual em atos meramente materiais e jurídicos expressivos do poder público. Ora, sabe-se que a atividade de fiscalização é na maioria das vezes realizadas por modernos equipamentos que o Estado não possui, sendo certo que aqui não cabe qualquer discricionariedade ou possibilidade real de desvio pelo agente, dada a objetividade da captação de dados pelo aparato.

Logo, sua delegação é viável, ainda mais se for levado em consideração que os recursos tecnológicos comumente usados na fiscalização estão na posse da iniciativa privada. Alegar que o que de fato está ocorrendo é a transferência ou contrato de um serviço público, e não a delegação de um poder de polícia, considerando que a fiscalização será de fato posteriormente realizada pelo agente capacitado, é temporariamente ilógico, na medida em que a fiscalização deve ser concomitante ao ilícito administrativo e não posterior a este. A atividade do privado vai muito além da mera guarda e conservação de equipamentos.

Vale ressaltar, que nos casos em que esta avaliação se der de forma manual, sem o auxílio de recursos tecnológicos, o agente particular ou a entidade de direito privado, pelos mesmos motivos aqui expostos, não terão sua atuação contaminada pela busca do lucro, visto que o devido processo administrativo e as ações judiciais estarão presentes como arma comum a todo cidadão a possíveis arbitrariedades praticadas pelo Estado ou por representantes deste no desempenho de serviços públicos, em especial do poder de polícia.

A sanção, por sua vez, é uma atividade majoritariamente vinculada a de fiscalização e de mera constatação do auto de infração, pelo que os erros que tendem a ser cometidos devem estar mais relacionados a descuidos de atenção do que efetivamente relacionados à necessidade de um agente público estável no desempenho da função de polícia. Assim sendo, qualquer profissional razoavelmente qualificado de qualquer pessoa jurídica é capacitado a desempenhar a fase de sanção.

No entanto, nos casos em que a sanção tenha que ser dar a partir do emprego de forças físicas, o Estado é o elemento mais capacitado para tal, por ser aquele historicamente e legitimamente dotado de potestade e, por isso, com o monopólio do uso legítimo da força. Uma ação de natureza tão agressiva, quando realizada por um ente particular, a exemplo de uma demolição ou desapropriação, precisa ao menos passar antes pelo crivo da Administração Pública, sob pena de causar um enorme prejuízo ao administrado, o qual poderá não ter mais formas de retorno à sua condição original. No mais, uma sanção desta natureza não encontrará legitimidade por parte da sociedade se o Estado ao menos não se fizer presente na execução, não importando se este será de fato o executor da medida.

Se o Estado, com toda sua estrutura e autoridade, não consegue desempenhar de forma satisfatória tal poder e se há uma necessidade real para uma razoável atuação neste ramo e desejo por parte do setor privado por este ramo, bem como se o ordenamento jurídico não proíbe de forma indubitável e expressa a delegação, não se deve criar óbice algum a possibilidade desta. O Estado deve utilizar do próprio ordenamento, antes fonte de dúvidas e questionamentos, para a partir da criação de leis dar a esta delegação as melhores condições possíveis e citadas ao logo deste trabalho para quando do desempenho efetivo do poder de polícia. A espera por uma pacificação da jurisprudência não é o ideal ou o anseio de todos os envolvidos, devendo, desde logo, o legislativo se ocupar de tal matéria.

REFERÊNCIAS

ALIPRANDI DE MENDONÇA, Rafael. **A indelegabilidade do poder de polícia às sociedades de economia mista**. Fórum Administrativo: Direito Público, Belo Horizonte, ano 11, n. 119, p. 60-65, jan. 2011.

BRANDÃO, Gabriela da Silva. **A evolução do conceito de poder de polícia no direito administrativo e sua compatibilidade com o modelo de Estado democrático de direito na atualidade**. Fórum Administrativo: Direito Público, Belo Horizonte, v. 12, n. 131, jan. 2012.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 21ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

GASPARINI, Diógenes. **Direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2012.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 7ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 35ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 134.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Serviço público e poder de polícia: concessão e delegação**. Revista Trimestral de Direito Público, São Paulo, Malheiros, nº 20, pp. 21-28, 1997.

MENDONÇA, José Vicente Santos de. **Estatais com Poder de polícia: por que não?** Revista de Direito Administrativo. Volume 252. Rio de Janeiro: FGV/Editora Rio. Set/Dezembro, 2009, pp. 97-118.

PEREZ, Marcos Augusto. **Delegação das atividades chamadas de polícia administrativa ou poder de polícia.** Fórum Administrativo: Direito Público, Belo Horizonte, Fórum, 2010.

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

ZAGO, Marina Fontão. **O dogma da indelegabilidade do poder de polícia defrontado com casos do Código de Transito Brasileiro.** Fórum Administrativo: Direito Público, Belo Horizonte, ano 10, n. 111, p. 46-58, maio. 2010.