

UNIVERSIDADE FEDERAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E POLÍTICAS

ESCOLA DE CIÊNCIAS JURÍDICAS

**A controvérsia jurisprudencial acerca da delegação do consentimento e da
fiscalização de polícia a particulares**

RAONI FERREIRA TENÓRIO

Rio de Janeiro

Junho de 2016

A controvérsia jurisprudencial acerca da delegação do consentimento e da fiscalização de polícia a particulares

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Escola de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (UNIRIO) como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Me. José Carlos Vasconcellos

Rio de Janeiro

2016

AGRADECIMENTOS

Ao meu professor e orientador José Carlos Vasconcellos, que tive o privilégio de conhecer neste final de caminhada da minha graduação. Pelos conselhos, pela honestidade intelectual com que procura conduzir suas aulas e pelo respeito à diversidade de opinião.

Ao professor Rodrigo Motta, que me apresentou o Direito Administrativo por um outro ângulo e que foi fundamental para que eu me apaixonasse pela disciplina.

À minha esposa Camila, companheira de vida no sentido mais amplo que possa se dar à expressão. O maior presente que a UNIRIO me deu, com quem pretendo dividir o restante da minha vida. Obrigado por existir.

Aos meus filhos Juan e Antônio. Vocês são o meu fôlego. Devo este trabalho e tudo mais que eu fizer a vocês.

À minha sogra, Nilza, que não cansa de me ajudar em todas as áreas da minha vida e que é fundamental para que eu alcance meus objetivos.

À minha mãe, que planejou um caminho diverso daquele que trilho hoje e que não está mais presente para ver este trabalho. Sei que, apesar de não ter saído do jeito que você queria, você está feliz pelo que aconteceu, onde quer que esteja. Obrigado por tudo aquilo que você sabe que fez por mim.

Ao meu pai, inspiração intelectual para tudo que eu me disponho a fazer academicamente. Mesmo à distância, meu carinho e minha admiração por você não diminuíram. Pelo contrário.

À minha família que não mora comigo: obrigado por cada incentivo ao estudo desde sempre e pelo suporte até hoje. Sem vocês, eu não estaria escrevendo isso.

RESUMO

Através desta monografia, buscar-se-á uma melhor compreensão acerca do poder de polícia como atividade ordenadora do Estado. Ademais, serão apresentadas as divergências doutrinárias e jurisprudenciais acerca dos princípios e limites que norteiam a polícia administrativa. O trabalho visa principalmente analisar a controvérsia que surge entre o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça quando das decisões que versam sobre a possibilidade de delegação do poder de polícia a particulares.

Palavras-chave: Direito Administrativo, poder de polícia, ciclo de polícia, consentimento, fiscalização, delegação, jurisprudência, Supremo Tribunal Federal, Superior Tribunal de Justiça.

ABSTRACT

Through this monograph , will be sought for a better understanding of police power as ordering activity of the state. Furthermore, it will be presented the doctrinal and jurisprudential disagreements about the principles and limits that guide the administrative police . The work aims mainly to analyze the controversy that arises between the Supreme Court and the Superior Court of Justice when the decisions that deal with the possibility of delegation of police power to individuals.

Keywords: Administrative Law , police powers, police cycle, consent, surveillance, delegation, case law, the Supreme Court, Superior Court.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	1
CAPÍTULO 1 PODERES-DEVERES DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	2
1.1 Breve histórico do Direito Administrativo.....	2
1.2 Regime jurídico-administrativo.....	6
1.3 Legitimidade para a Administração Pública e garantia aos administrados	7
1.4 Princípio da supremacia do interesse público sobre o privado e sua compatibilidade constitucional.....	9
CAPÍTULO 2 PODER DE POLÍCIA	16
2.1 Conceitos iniciais.....	16
2.2 Polícia administrativa x Polícia judiciária	21
2.3 Elementos e atributos do Poder de Polícia	22
2.4 Fases do Ciclo de Polícia.....	24
CAPÍTULO 3 CONTROVÉRSIA JURISPRUDENCIAL SOBRE A DELEGAÇÃO DE FASES DO CICLO DE POLÍCIA.....	28
3.1 Desestatização e delegabilidade: limites e divergência doutrinárias	28
3.2 Papel da jurisprudência no Direito Administrativo.....	34
3.3 Análise de decisões do STJ e do STF	36
CONSIDERAÇÕES FINAIS	43
BIBLIOGRAFIA	46

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objetivo apresentar aspectos importantes das decisões do Superior Tribunal de Justiça (STJ) e do Supremo Tribunal Federal (STF) quando versam sobre a delegação do poder de polícia a particulares, especialmente nas fases do Ciclo de Polícia denominadas consentimento e fiscalização.

No primeiro capítulo, procurar-se-á abordar o nascimento do Direito Administrativo enquanto ramo autônomo do direito público, sendo precedida essa parte de um breve apanhado histórico do nascimento do Estado moderno. Logo após, será apresentado o regime jurídico-administrativo, mencionando suas peculiaridades e sua importância para a atuação administrativa e a proteção dos administrados em face da Administração Pública. Por fim, haverá a discussão acerca do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado e sua compatibilidade constitucional.

No capítulo que se segue, será apresentado o poder de polícia propriamente dito. Serão feitas a localização desse poder dentre as atividades estatais e a devida diferenciação entre polícia administrativa e polícia judiciária. Tanto os elementos quanto os atributos do poder de polícia serão abordados a seguir. Posteriormente, o conceito de Ciclo de Polícia, cunhado no Brasil por Diogo de Figueiredo, mostrar-se-á como ponto de partida para a discussão de quais fases desse ciclo estariam possibilitadas de serem delegadas.

No terceiro capítulo, adentraremos ao ponto principal de nosso estudo, qual seja, a análise de decisões do STJ e do STF. Observar-se-ão as diferentes correntes doutrinárias sobre delegação de fases do Ciclo de Polícia, influenciando os julgamentos, bem como a mudança na jurisprudência com o passar dos anos.

Nas considerações finais, serão esboçadas possibilidades para administradores e administrados em face da divergência jurisprudencial entre STJ e STF, expondo abertamente nosso entendimento acerca do tema, sem deixar de mencionar as importantes discussões e contradições presentes nos argumentos de ambas as correntes doutrinárias – tanto as que permanecem impermeáveis à delegação do poder de polícia a particulares quanto as que contestam essa visão acerca da polícia administrativa.

1 PODERES-DEVERES DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

1.1 Breve histórico do Direito Administrativo

Tem-se nos contratualistas e nas teorias liberais de organização social mais remotas, como em Hobbes e Locke¹, a figura de um poder responsável por pacificar a sociedade e garantir o convívio harmonioso entre seus integrantes. Tais teorias debruçaram-se em explicar a existência do que hoje, no Ocidente, chama-se “Estado”, mas que em tempos e espaços diversos recebeu – e ainda recebe – outras denominações. Inúmeras hipóteses levantaram-se acerca do papel desse “Soberano” na regulação da vida cotidiana e de quais seriam seus limites e suas funções. Spinoza, em “Tratado Político”, conceitua que “os homens são feitos de tal modo que não podem viver sem uma lei comum”², tendo em “lei” menos a ideia de um diploma legal e mais a de um espírito comum de convivência, que pode tomar diversas formas de externalização.

Na era das monarquias absolutistas, o poder do rei baseava-se em justificativas como hereditariedade (o filho do rei seria mais tarde rei) e vontade divina. O favor do rei era o fundamento sobre o qual se concedia o benefício ou a punição. Não havia qualquer garantia às populações nem mecanismos de reparação de danos perpetrados pelo rei.

O nascimento do Estado-Nação Moderno se dá com a contraposição ao poder absoluto do monarca. As escolas liberais, legitimadoras de uma burguesia que ascendia economicamente, viam na proteção de suas liberdades em face do rei uma necessidade para a nova organização social, com dois pressupostos nítidos: a declaração de direitos e a separação de poderes³. Emergiam nesse bojo os primeiros movimentos constitucionalistas, fundamentalmente liberais, com o objetivo de limitar os poderes do soberano e lançar as bases do funcionamento do Estado que, resguardadas as peculiaridades culturais existentes, experimenta-se no Ocidente há quatro séculos, determinando “a forma de Estado, a forma de governo e o reconhecimento dos direitos individuais” (Esmein 1921 apud Bonavides, 2012, p. 37).

O poder de polícia, em uma noção introdutória e superficial, seria essa ordenação

¹ SOUZA, Leonardo da Rocha de. **O poder de polícia administrativa e a realização dos direitos fundamentais: um estudo a partir de decisões do STF**. 2010. p. 165.

² FRANCO, Marcos Roberto. **O poder de polícia no contexto atual**. 2012. p. 2.

³ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 2012. p. 38.

social baseada na mitigação de interesses individuais em face da coletividade, nascida na própria estruturação do Estado e da Administração Pública, porém com fundamentos que remontam aos teóricos liberais clássicos. Estudar a aparição e a historicidade do poder de polícia, bem como as transformações por que passou e seus modernos contornos, configura-se como primordial para entendermos não só o nascimento do Direito Administrativo como ramo autônomo, mas também o perfil que o Estado pode assumir de acordo com os regramentos que dispõem sobre sua atuação no exercício da polícia administrativa.

Com o sucesso do movimento político constitucionalista, “Estado liberal” (ou “de direito” ou “constitucional”) foi a denominação dada, desde a revolução francesa, ao Estado moderno. A Constituição, em um primeiro momento, traçaria o contorno da organização estatal apto a limitar o poder do governante e garantir direitos (as chamadas liberdades negativas) aos cidadãos. Nesse primeiro momento, fazia-se necessário um não agir por parte do Estado, em contraposição ao momento político anterior de absoluta intervenção do monarca na vida de determinada população. Seria a primeira geração de direitos⁴, que possui como exemplo os direitos políticos.

Na crise mundial de 1929, emergiu um constitucionalismo de cunho social, preocupado em amparar os juridicamente frágeis e reduzir desigualdades sociais. O Estado de bem-estar social que surgiu em diversos países foi positivado por constituições que prescreviam mais que as limitações estatais e as liberdades negativas: agora, era necessário um agir por parte do Estado, com a prestação de direitos, dando origem ao que se conhece por direitos de segunda geração – sociais, culturais e econômicos.⁵

Consolidaram-se, nas últimas décadas, os direitos de terceira geração, dotados de valor humanístico e universal, entendidos como aqueles não pertencentes a qualquer grupo ou nação, mas a toda coletividade dos seres humanos. Sua teoria ganhou força na segunda metade do século XX, após o fim da Segunda Guerra e do Estado Nazista, bem como (algumas décadas depois) com o início dos questionamentos acerca do meio ambiente e suas alterações provocadas por ação humana. Como exemplos, têm-se o direito ao desenvolvimento, à paz e ao meio ambiente. O corolário dessa geração de direitos está na

⁴ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 2012. p. 580 e 581.

⁵ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 27ª edição. 2012. Editora Malheiros, p. 582

Declaração Universal dos Direitos do Homem, aprovada em Assembleia Geral das Nações Unidas em 1948⁶.

É importante destacar, dando fim a este panorama global, o “Neoconstitucionalismo latinoamericano”, com sua aparição em Equador, Bolívia, Colômbia, Peru e Venezuela. Trata-se de movimento incipiente, com concepções sobre meio ambiente, direitos dos animais e sistema jurisdicional bem diferentes dos consagrados no Ocidente. Não cabe, aqui, o aprofundamento no assunto, porém ressalta-se a inseparável relação entre transformações sociais e sua conseqüente positivação nas respectivas constituições. Como se observa, portanto, a necessidade de uma Constituição escrita, considerada norma, faz-se presente em Estados ideologicamente diversos.

No Brasil, conforme leciona Paulo Bonavides⁷, encontram-se três momentos constitucionais distintos: o do Império, o da Primeira República e o do Estado Social. O primeiro, de 1822 até 1889, inspirado em Inglaterra e França. Organizou-se no recente estado monárquico brasileiro a clássica separação dos poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário), acrescido o Poder Moderador, cujo titular era o Imperador e que sobre os outros poderes exercia verdadeiro controle. O segundo, de 1891 a 1930, fundamentado na experiência estadunidense, com advento da nossa República. De caráter evidentemente liberal, com a paulatina substituição da escravidão pelo chamado trabalho livre e assalariado, previu a forma de governo republicana, a forma federativa de estado e o sistema presidencial de governo. Por fim, o terceiro, de 1934 aos dias atuais, após a crise do estado liberal clássico e a aparição das constituições mexicana e, principalmente, alemã. O papel do Estado não seria mais entendido apenas como o de um soberano apaziguador, mas dotado de função interventiva para fins de diminuição de desigualdades sociais e regulação da economia – mediante atividade legislativa específica ou até mesmo criação de empresas estatais para competir no mercado privado.

Com efeito, na tripartição funcional do poder estatal (que permanece uno), observam-se as funções legislativa, jurisdicional e executiva (ou administrativa). É correto afirmar que cada um dos Poderes delineados na Carta Magna não exerce com exclusividade sua função típica, de modo que atipicamente pode exercer cada Poder as funções atribuídas

⁶ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 2012. p. 592.

⁷ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 2012. p. 373-382.

aos outros Poderes⁸. Quando o Executivo edita decretos autônomos, está atipicamente exercendo a função legislativa. Quando o Legislativo julga o Presidente da República por crime de responsabilidade, exerce a função jurisdicional. E, por fim, ao nomear servidores para compor o quadro de seus serviços auxiliares, está o Judiciário no exercício da função administrativa.

Para definir tais funções estatais, desde seu formato liberal clássico até os dias de hoje, faz-se imprescindível a normatização de sua conduta, contornando seus limites de maneira objetiva. Assim, ao ramo do direito público que disciplina a função administrativa, determinando as pessoas e os órgãos que a exercerão, dá-se o nome de Direito Administrativo⁹.

Para alguns autores, as afinidades entre o Direito Constitucional e o Direito Administrativo (dois ramos do direito público interno) são tamanhas que se torna difícil, em vários momentos, distingui-los¹⁰. Parece ser pacífico, no entanto, o entendimento de que o primeiro lança as bases e os contornos gerais de atuação da Administração Pública, enquanto o segundo especifica os detalhes da função administrativa do Estado, tais como educação, saúde, arrecadação de impostos e administração local. A Constituição é a base do Direito Administrativo. Conforme Celso de Mello:

O Direito Administrativo nasce com o Estado de Direito, porque é o Direito que regula o comportamento da Administração. É ele que disciplina as relações entre Administração e administrados, e só poderia mesmo existir a partir do instante em que o Estado, como qualquer, estivesse encausado pela ordem jurídica e restrito a mover-se dentro do âmbito desse mesmo quadro normativo estabelecido genericamente.¹¹

Como se observa, o surgimento do Direito Administrativo coincide com a aparição do Direito Constitucional – especificamente na França¹² – e ambos lançaram as bases

⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 2013. p. 34.

⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 2013. p. 37.

¹⁰ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 2012. p. 46.

¹¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 2013, p.47.

¹² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 2013. p.38.

jurídicas do modelo de Estado de Direito, cuja existência só se pode cogitar quando o poder estatal encontra em diplomas legais as suas limitações de atuação.

1.2 Regime jurídico-administrativo

Quando da consecução da função administrativa, em qualquer dos Poderes e das entidades federativas (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), surge o conceito de “Administração Pública”, o qual significa os órgãos e as entidades competentes para exercer tal função.

Para legitimar a atuação da Administração Pública na persecução do interesse público¹³, regulando a relação entre Administração e administrados, faz-se imprescindível invocar normas do direito público que confirmam direitos e deveres a ambas as partes; a esse sistema normativo peculiar dá-se o nome de “regime jurídico-administrativo”, o qual se assenta sobre dois princípios basilares do Direito Administrativo – e deles derivam os demais princípios, inclusive os previstos no artigo 37 da Constituição Federal, considerados norteadores de toda atuação da Administração Pública. São a *supremacia do interesse público sobre o privado* e a *indisponibilidade do interesse público*. Já adiantamos que, em parte própria deste capítulo, traremos a exposição da crítica que vem sendo feita ao primeiro princípio em face da ordem constitucional vigente.

Antes, o que se entende por “interesse público”?

De pontos de vista que não o da ciência jurídica, difícil tarefa seria a conceituação da expressão invocada. Dependendo da classe política e econômica que detém o poder, tal definição flutuaria conforme a ideologia posta. Desse modo, tem-se o interesse público como a solução posta para Administração, tanto pela Constituição quanto pelos atos infraconstitucionais em conformidade com a Carta Magna¹⁴. Dito isso, e antes da exposição aprofundada dos dois princípios constitutivos do regime jurídico-administrativo, é

¹³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 2013. p.70.

¹⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 2013. p.69.

fundamental notar que ambos remetem a outro conceito primordial no Direito Administrativo, a saber, os Poderes-Deveres da Administração.

Na concretização do interesse público, não é difícil pressupor a necessidade de a Administração lançar mão de instrumentos que a permitam superar interesses privados que contrariem o interesse público, colocando-se juridicamente acima do particular. São os poderes administrativos. Intrínseco a este conceito, não pode a Administração exercer tais prerrogativas sem limitações objetivamente positivadas, que garantam ao administrado o uso correto da coisa pública e conseqüentemente sua própria proteção. São os deveres administrativos. Importante ressaltar a inexistência de “poderes” ou “deveres” separadamente no regime jurídico-administrativo, de modo que a única expressão possível, quando da atuação da Administração Pública, seria “poderes-deveres”.

Por fim, não é toda atuação da Administração Pública que será regida pelo regime jurídico-administrativo. Podem determinar a Constituição e as leis a incidência do regime jurídico de direito privado, por exemplo, quando do exercício de atividade econômica por parte de entidades da Administração Pública Indireta ou em alguns contratos com particulares, atuando com estes, nesses casos, sem prerrogativas ou privilégios. Em todo caso, caberá ao legislador, não à vontade do administrador, a definição de qual regime jurídico se aplicará nas relações que a Administração contrair.¹⁵

1.3 Legitimidade para a Administração Pública e garantia aos administrados

O estudo das bases do regime jurídico-administrativo, que toma forma nos dois princípios já mencionados, torna-se necessário para o entendimento da atuação da Administração Pública no uso de seus poderes-deveres, ou seja, em suas prerrogativas e sujeições perante o particular e o ordenamento jurídico, respectivamente.

Di Pietro nos remonta, tal qual o início deste capítulo, ao Estado de direito liberal inaugurado pela Revolução Francesa, na aparição de duas ideias aparentemente opostas: a proteção aos direitos individuais e a necessidade de satisfação de interesses coletivos.

¹⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 2013. p. 60.

É curioso observar que fosse o próprio fenômeno histórico-político da Revolução Francesa o que tenha dado lugar simultaneamente a dois ordenamentos distintos entre si: a ordem jurídica individualista e o regime administrativo. O regime individualista foi se alojando no campo do direito civil, enquanto o regime administrativo formou a base do direito público administrativo.¹⁶

Ao citar a “bipolaridade do Direito Administrativo”¹⁷, Di Pietro faz referência à liberdade do indivíduo e à autoridade da Administração sobre o particular, ambas heranças do movimento político que fez nascer este ramo do direito público.

A supremacia do interesse público sobre o privado configura-se como a subordinação do particular frente a Administração Pública. O ordenamento jurídico confere privilégios e prerrogativas à Administração para que, nesta condição, na consecução do interesse público, possa atuar conforme preconiza a lei.

[As prerrogativas públicas são] as regalias usufruídas pela Administração, na relação jurídico-administrativa, derrogando o direito comum diante do administrador, ou, em outras palavras, são as faculdades especiais conferidas à Administração, quando se decide a agir contra o particular.¹⁸

Cabe trazer à baila a importante crítica provocada por Bandeira de Mello, em que rejeita uma abordagem e um ensino de um Direito Administrativo autoritário, baseado em “poderes” (termo igualmente evitado pelo autor), preferindo interpretar que as prerrogativas legais de que goza a Administração Pública nada mais são que limitações impostas à atuação do Estado – ou “deveres da Administração em face dos administrados”.¹⁹ Para o administrativista, a atribuição de uma excepcionalidade ao Direito Administrativo em seu surgimento (ou seja, o reconhecimento de direitos não estendidos aos particulares), na França, contribuiu para um visão deste ramo do direito público que, em seu entendimento, obstaculiza uma melhor percepção da função administrativa.

¹⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 2013. p. 62

¹⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 2013. p. 67

¹⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 2013. p. 62.

¹⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 2013 p. 43 e 44.

Junto às prerrogativas, a Administração Pública encontra, no mesmo ordenamento jurídico que lhas concedeu, as restrições a que está submetida no usufruto desses poderes. O princípio da indisponibilidade do interesse público, norteador dos deveres da Administração, não confere ao administrador a posse da coisa pública, muito menos permite sua livre disposição; ao contrário, vincula as ações praticadas no exercício da função administrativa ao fim público, responsabilizando o administrador pelo mau desempenho das atribuições conferidas a ele por lei e pelo uso irregular de bens e recursos públicos.

Desse modo, os poderes da Administração são a legitimação de sua atuação, sempre calcada na lei – e, desse modo, entende-se o princípio expresso da legalidade como a primeira e maior limitação ao uso de suas prerrogativas, pois tanto estas quanto suas respectivas limitações são conferidas por lei. Já os deveres se manifestam como verdadeira proteção ao particular em face da Administração, para que conter eventuais abusos praticados por seus agentes e vincular a atuação administrativa ao que lhe ordenam as leis.

Com efeito, tal separação (poderes dizem respeito à supremacia do interesse público; deveres estão calcados na indisponibilidade do interesse público) não encontra sua perfeita demonstração na prática da atuação administrativa. Não apenas pelas críticas que vêm sendo feitas acerca da supremacia do interesse público sobre o privado, mas pela própria indissociação entre poderes e deveres, o que nos permite afirmar que os princípios que regem o Direito Administrativo e que se aplicam ao poder de polícia incidem sobre os poderes-deveres, inseparáveis que são.

1.4 Princípio da supremacia do interesse público sobre o privado e sua compatibilidade constitucional

Um questionamento inevitável, quando do estudo dos dois princípios tradicionalmente basilares da atuação administrativa, é a possibilidade de harmonização entre um poder de origem reconhecidamente autoritária, arbitrária, anterior ao Estado de direito e nosso regramento constitucional de 1988. É necessário retornar à própria origem do Estado democrático de direito para que se compreenda melhor a crítica que tem encontrado voz em modernos administrativistas e constitucionalistas.

Há críticas contundentes acerca da possibilidade de coexistência entre a democracia e um Estado liberal de direito, ou seja, capitalista. Schumpeter, acerca da democracia, entende-a como “o arranjo institucional para se chegar a decisões políticas que realizam o bem comum fazendo o povo decidir as questões através da eleição de indivíduos que devem reunir-se para realizar a vontade desse povo”²⁰.

Para Pzerorsky, existe:

... uma tensão permanente entre mercado e Estado. A democracia na esfera política exarceba essa tensão. O mercado é um mecanismo em que agentes individuais decidem alocações com os recursos que possuem, recursos esses que são sempre desigualmente distribuídos. Na democracia, as pessoas, como cidadãos, podem expressar preferências quanto a alocação de recursos que elas não possuem, num contexto maior de igualdade. Só por mágica os dois mecanismos podem levar a um mesmo resultado.²¹

Pelas problematizações expostas acima, entenderemos a crítica à incompatibilidade entre o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado (norteador do poder de polícia) e a Constituição de 1988 sob o prisma das democracias liberais – que são as que estão estampadas nos diversos textos constitucionais ao redor do mundo.

Assevera Binbojm que a supremacia do interesse público sobre o individual ou privado resta superada pela atual ordem democrática e constitucional. Sob tal regime, protegem-se direitos individuais indisponíveis que se fundamentam sobre a dignidade da pessoa humana – ainda que a sistemática constitucional preveja ponderações entre interesses individuais e coletivos. Ainda, acerca da definição de interesse público, além da ponderação trazida por Bandeira de Mello (já apresentada neste trabalho), Binbojm alude a uma enorme gama de possibilidades acerca de sua interpretação, não raras vezes podendo desembocar em arbitrariedade por parte do Estado.²² Há que se concordar com o autor, sendo possível exemplificar o sentido de sua argumentação na realização de mega eventos no Brasil, de 2013 (Copa das Confederações) a 2016 (Olimpíadas), incluindo obviamente a Copa de Mundo de

²⁰ SCHUMPETER 1977 apud LAMAS, Livia Paula de Almeida. **Capitalismo contemporâneo e democracia: uma avaliação institucional**. 2011.

²¹ PZERORSKY 1995 apud LAMAS, Livia Paula de Almeida. **Capitalismo contemporâneo e democracia: uma avaliação institucional**. 2011.

²² BINENBOJM, Gustavo. **Poder de Polícia, Ordenação, Regulação**. 2016. p. 72.

2014. Sob o argumento de realização de obras referentes à mobilidade urbana, pelo menos três comunidades de moradores desapareceram na Zona Oeste da cidade do Rio de Janeiro. A consecução de um suposto interesse coletivo foi sobreposto ao direito de algumas famílias de continuarem residindo no local de sua escolha. Supondo a perfeita obediência ao rito legal que determina a desapropriação, o caso em tela já seria suficiente para se duvidar da constitucionalidade da atuação da Administração Pública²³.

Porém o Ministério Público do Rio de Janeiro questiona as remoções realizadas visto que algumas obras não chegaram aos locais onde as desapropriações foram feitas. Há denúncias de indenização ainda não paga pelo Estado, bem como o uso arbitrário (e, portanto, autoritário) da força pela Administração, com ameaças e intimidações a uma antiga moradora da região²⁴. Alia-se a este fato a abertura da CPI das Olimpíadas na Câmara de Vereadores do Rio de Janeiro, a qual teve sua instauração barrada pelo Presidente da Câmara, Jorge Felipe (PMDB) e, posteriormente, determinada pela 7ª Vara de Fazenda Pública da Capital, em decisão referente ao Mandado de Segurança impetrado pelo vereador Jefferson Moura (Rede) contra o ato do peemedebista. Cita o juiz, em sua fundamentação, a arbitrariedade dos atos do Presidente da Câmara na tentativa de impedir a fiscalização sobre a Administração Pública pelo Legislativo. A referida CPI tem como motivação os indícios apurados de pagamentos indevidos envolvendo empreiteiras responsáveis por várias obras, tais como as do Porto Maravilha²⁵. Parece ter algum fundamento a crítica que problematiza a harmoniosa convivência entre democracia e capitalismo²⁶.

Retornando à difícil compatibilidade entre o princípio fundante do poder de polícia (a supremacia do interesse público sobre o privado) e a ordem constitucional posta, tem-se no direito à propriedade um exemplo de mitigação de interesses individuais em prol da coletividade. Ao adequar o usufruto da propriedade a sua *função social* (arts. 182 e 186 da Constituição Federal), quer o constituinte conformar tal direito fundamental a determinados

²³ TV Brasil: Ministério Público e Anistia Internacional questionam remoções de famílias no Rio. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=BMvprBIX2tc>>. Acesso em: 29/05/2016.

²⁴ IDEM.

²⁵ *CPI das Olimpíadas tem que ser instalada por vereadores*, determina Justiça. Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2016-04/cpi-das-olimpiadas-tem-que-ser-instalada-por-vereadores-determina-justica>>. Acesso em: 29/05/2016.

²⁶ v. MEIKSINS, Wood Ellen. **Democracia contra capitalismo: a renovação do materialismo histórico**. Editora Boitempo. 2003.

interesses coletivos, prevendo a profunda desigualdade na distribuição de terra que existe no Brasil²⁷.

Diante do exemplo acima, procura-se um outro fundamento, que não a supremacia do interesse público sobre o individual, para não apenas legitimar a atuação da Administração, mas também adequá-la às normas constitucionais. Percebe-se a acomodação otimizada de direitos que diferem entre si, de modo a garantir a permanência de um e outro. Ao ponderar os bens e interesses envolvidos, “o Estado democrático de direito (...) deve ser entendido como um *Estado de ponderação*”²⁸. No caso específico do direito à propriedade, nitidamente observa-se o princípio da proporcionalidade na aplicação da norma constitucional que a disciplina.

É fácil observar que a supremacia do interesse público sobre o individual encontra barreiras fáticas quando da sua possibilidade de aplicação. Vemos o exemplo do Decreto Municipal nº 7.046 de 1987, no Rio de Janeiro. Na época, o município do Rio de Janeiro estabeleceu que determinada região nos bairros de Cosme Velho e Laranjeiras seria de proteção ambiental, o que gerou a imposição de diversas restrições aos moradores do local em seu direito de propriedade. Um deles impetrou Mandado de Segurança em face do Poder Público, alegando limitações desarrazoadas e que não eram impostas aos vizinhos do impetrante, os quais residiam em prédios igualmente grandes. Para estes, argumentou o autor da ação, a limitação de polícia era apenas aquela genérica e abstrata, assim definida pela doutrina administrativista. Algumas das restrições eram o dever de manter o alinhamento existente e a impossibilidade de alterar a fachada²⁹.

O direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, corolário dos direitos difusos, presentes na terceira dimensão ou geração de direitos fundamentais (os quais nascem do ideal de “fraternidade”), chocou-se com outro corolário, desta vez das democracias liberais ocidentais: o direito de propriedade. Evidencia-se, em uma primeira análise, superficial, um interesse público ou coletivo (meio ambiente) e um interesse estritamente privado (propriedade). Nesse caso, poder-se-ia invocar o controverso princípio basilar da

²⁷ BINENBOJM, Gustavo. **Poder de Polícia, Ordenação, Regulação**. 2016. p. 137 e 138.

²⁸ BINENBOJM, Gustavo. **Poder de Polícia, Ordenação, Regulação**. 2016. p. 139.

²⁹ SOUZA, Leonardo da Rocha de. **O poder de polícia administrativa e a realização dos direitos fundamentais: um estudo a partir de decisões do STF**. 2011. p. 211.

atuação administrativa para impor um gravame aos moradores da região afetada pelo decreto municipal?

Segue acórdão proferido em sede do Mandado de Segurança:

Imóvel urbano de fins residenciais. Não se acha sujeito senão às normas gerais relativas ao alinhamento, ao gabarito e às condições de segurança e higiene. Flagrante ilegalidade de decreto municipal que, a pretexto de proteção ambiental, mas sem nenhum respaldo na lei, impôs indevidas restrições ao direito de propriedade do requerente. Concessão de segurança.

Contra esta decisão o município do Rio de Janeiro ingressou com Recurso Extraordinário, cuja ementa se segue:

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

30

Entendeu o STF, portanto, a legalidade do Decreto Municipal ao restringir o direito de propriedade dos moradores da região em questão, reformando a decisão anterior, que possuía entendimento diametralmente oposto. Por fim, o voto do relator:

O SENHOR MINISTRO MAURÍCIO CORRÊA (Relator): O patrimônio cultural elevado pela ordem constitucional ao patamar dos

³⁰ Recurso Extraordinário nº 121.140, relator(a): min. MAURÍCIO CORRÊA, Segunda Turma, julgado em 26/2/2002, DJ 23-08-2002. PP-00115. EMENT. VOI-02079-02. PP-00272.

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

As três instâncias administrativas se realizam harmonicamente nos limites de atuação de cada um deles. Assim sendo, tem o Município delegação constitucional para legislar sobre assunto que releve ser de interesse local a exigir medidas restritivas, consabido que o interesse social se sobrepõe ao individual. Comentando o artigo 180, Pontes de Miranda afirma que “uma das primeiras consequências do art. 180, parágrafo único, é a de constituir limitação ao direito de propriedade. há de haver a instituição da propriedade, porém, no que consiste e até onde vai, só a lei o diz, e a lei, a esse respeito, tem todas as possibilidades. [...] Desde que, na propriedade de alguém, exista monumento histórico, móvel ou imóvel, que o Estado repute digno de guarda ou de proteção, nenhum direito tem o proprietário, ainda fora dos processos de desapropriação, para obstar ao exercício de qualquer medida de proteção ou de zelamento. O mesmo raciocínio havemos de fazer quanto a quaisquer monumentos artísticos, belezas naturais, incluídas as paisagens, as grutas, ou quaisquer outros locais que representam, bem que naturais, valores para a cultura humana”³¹.

Prosseguindo à caracterização do *Estado de ponderação*, o sopesamento de interesses nas dinâmicas legislativa e administrativa torna-se fundamental em um Estado de direito, quando da elaboração de diretrizes legais (gerais) das políticas públicas e sua execução propriamente dita, respectivamente. Mediante a ponderação, ainda que não necessariamente se obtenha uma atuação administrativa correta, é garantido aos administrados o controle sobre as decisões tomadas pelo Estado. O Poder Judiciário exerce controle

³¹ IDEM.

jurisdicional sobre os atos dos outros dois poderes, dando sentido a sua função de garantidor da ordem democrática³² – ainda que eventualmente seus órgãos jurisdicionais discordem completamente quando da análise da atuação administrativa, como se observou nas decisões apresentadas.

A estruturação do poder de polícia em um regime democrático, portanto, deverá necessariamente abandonar categorias tradicionais que remontam a épocas em que o poder era exercido de forma institucionalmente arbitrária, bem como adequar-se ao constitucionalismo garantidor de direitos fundamentais indisponíveis, baseados na dignidade da pessoa humana. A supremacia do interesse público sobre o privado evidencia um poder de polícia não compatível ao Estado democrático de direito brasileiro.

³² BINENBOJM, Gustavo. **Poder de Polícia, Ordenação, Regulação**. 2016. p. 140 e 141.

2 PODER DE POLÍCIA

2.1 Conceitos iniciais

Hely Lopes Meirelles³³ conceitua o poder de polícia como um poder administrativo. As reflexões do capítulo anterior nos permitem chegar à mesma conclusão do administrativista. Quanto a este poder específico do qual é dotada a Administração Pública, há que se fazer importantes conceituações iniciais.

A noção de poder de polícia, majoritariamente ensinada porém não pouco questionada entre os doutrinadores modernos, repousa na ideia, anterior ao Estado democrático de direito, de subordinação dos indivíduos ao ente coletivo – ou *Leviatã*, para utilizar um termo dos liberais pioneiros³⁴. Não seria incorreto concluir que este poder gozado pelo ente ordenador da sociedade (que hoje chama-se Estado) nasce com um viés autoritário.

Conforme nos ensina Gustavo Binjenbojm³⁵, a historicidade do que se chama hoje poder de polícia nos remete às sociedades patriarcais gregas e romanas da antiguidade, em que *polícia* designava a governança aplicada pelo patriarca sobre sua família, em sua casa, ao mesmo tempo em que, na *polis*, discutiam-se as regras da *política*. Apesar do primor pelo debate, não conseguimos vislumbrar de fato uma organização democrática visto que a *polis* era composta unicamente pelos patriarcas – contrapondo-se, portanto, a uma ideia democrática de ocupação dos espaços de discussão.

Ainda nesta dualidade *política* x *polícia*, observa-se uma demonstração de separação entre espaço público e privado, de modo, inclusive, a legitimar (conscientemente ou não) a prática de arbitrariedades por parte de quem detinha o espaço de discussão na *polis* – afinal, se o espaço de convivência é privado, admite-se que não haja interferências externas quanto às ações do patriarca.

³³ MEIRELLES 1972 apud BINENBOJM, Gustavo. **Poder de Polícia, Ordenação, Regulação**. 2016. p. 22.

³⁴ BINENBOJM, Gustavo. **Poder de Polícia, Ordenação, Regulação**. 2016. p. 22.

³⁵ BINENBOJM, Gustavo. **Poder de Polícia, Ordenação, Regulação**. 2016. p. 27 e 28.

No absolutismo monárquico, a *polícia* foi transferida para a “esfera pública” e passou a ocupar lugar de destaque na formação do Estado. Binenbojm³⁶: “O Estado absoluto é chamado *Estado de Polícia* precisamente porque o poder de polícia passa nele a designar a integralidade da ação estatal”. E continua³⁷:

Trata-se (...) de um Estado de bem-estar, de cariz paternalista, mas que não assegura quaisquer direitos a seus súditos, não lhes confere vias judiciais para a proteção de direitos, nem conhece a separação entre os poderes legislativo e executivo. Seu braço operacional é o poder de polícia, cujo traço específico consiste em promover a ordem pública em nome da felicidade geral, ao mesmo tempo em que aumenta o poder.

Na “nuvem cinzenta” de possibilidade decisória que havia, atuava o monarca conforme juízos arbitrariamente postos por si mesmo. Os séculos de absolutismo concretizaram e normalizaram a atuação estatal autoritária, como sendo legítima simplesmente por ser executada por quem detinha o poder.

É inevitável o retorno a períodos históricos específicos, tais como a Revolução Francesa, responsável por esboçar os contornos de funcionamento do Estado que se opera até os dias de hoje. Foi ali que o poder de polícia encontrou suas primeiras limitações de ordem legal, subordinando a atuação administrativa ao “império da lei”. Longe de afastar o autoritarismo da cultura estatal de atuação, a inauguração do Estado democrático de direito foi o primeiro controle, ainda que insuficiente, sobre a Administração. A permanência de conceitos (agora jurídicos) abertos continuou a conferir ampla margem de atuação e, portanto, discricionariedade ao Estado no gozo de seus poderes – inclusive o de polícia.

A discricionariedade não significa dizer que a Administração possui total liberdade de ação nem que o poder de polícia seja discricionário. De fato, aponta corretamente Bandeira de Mello, não existe um *poder discricionário* fruível pela Administração, mas tão somente atos, concretos, os quais gozam de determinada liberdade conferida por lei³⁸. A discricionariedade só subsiste devido a conceitos abertos, tais como “ordem pública”. De

³⁶ BINENBOJM, Gustavo. **Poder de Polícia, Ordenação, Regulação**. 2016. p. 29.

³⁷ BINENBOJM, Gustavo. **Poder de Polícia, Ordenação, Regulação**. 2016. p. 30.

³⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 30ª edição. 2013. p. 852.

igual modo, no Estado moderno, atua o Direito Penal com conceitos juridicamente abertos quando da tipificação de crimes, em outra face autoritária do Estado.

No bojo da função administrativa do Estado, o poder de polícia se mostra como uma das quatro atividades a serem exercidas pela Administração Pública. Além dele, têm-se (i) os serviços públicos, prestados ou não por pessoas jurídicas de direito público, diretamente ou mediante concessão ou permissão; (ii) a intervenção no domínio econômico, segundo a qual atua o Estado em concorrência com a iniciativa privada, sem o gozo de prerrogativas ou privilégios, por meio das empresas estatais, as quais podem assumir a forma de empresas públicas ou sociedades de economia mista – sem que fiquem impedidas, inclusive, de prestar serviços públicos, tal como ocorre, por exemplo, com a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos; e (iii) a atividade de fomento, que se concretiza na junção entre o interesse estatal e os interesses de particulares, individualmente considerados, para a consecução de um bem-estar à sociedade, como as isenções fiscais e as subvenções oficiais³⁹.

A expressão “poder de polícia” não é unanimemente aceita na doutrina administrativista. Bandeira de Mello⁴⁰ assevera que o termo remonta a épocas anteriores ao Estado democrático de Direito – justamente ao período do absolutismo monárquico, em que a legitimidade do poder era intrínseca ao poder, sem qualquer consulta à população ou controle desta sobre aquele. O poder de polícia, portanto, seria o corolário da arbitrariedade tanto por quem o exercia à época quanto pela ampla margem de valorização que o rei possuía para colocá-lo em prática. Essa crítica faz parte de uma denúncia maior do autor – ao Direito Administrativo autoritário –, na qual também inclui exemplos europeus em que o termo foi substituído por “limitações administrativas à liberdade e à propriedade”. Quando da análise do dispositivo legal conceituador do poder de polícia no ordenamento jurídico brasileiro, veremos que sua previsão se resume a tais limitações.

Expõe Binenbojm que parte da doutrina questiona a expressão consagrada tradicionalmente, ao que explica:

As críticas [à expressão “poder de polícia”] perpassam aspectos históricos (origem autoritária, ligada ao patriarcalismo e ao Estado absolutista), aspectos semânticos (risco inerente à expressão, que remete a poderes

³⁹ BINENBOJM, Gustavo. **Poder de Polícia, Ordenação, Regulação**. 2016. p. 72 e 73.

⁴⁰ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 2013. p. 837.

implícitos) e aspectos institucionais ou funcionais (ausência de características próprias que pudessem aglutinar as funções policiais sob uma única rubrica, do que resultaria a necessária recondução do instituto às demais atividades administrativas)⁴¹.

Traz, ainda, Bandeira de Mello a diferenciação doutrinária entre supremacia geral e especial, praticamente inexistente no Brasil⁴². Funda-se a polícia administrativa na supremacia geral, qual seja, aquela conferida por lei à Administração para alcançar o fim público e o interesse coletivo em relações não específicas com os administrados. Quando, porém, o administrado é servidor público, aluno de escola pública ou paciente em hospital público, estabelece-se uma relação especial entre ele e a Administração, a qual passará a gozar de *poderes específicos* ou *disciplinas internas* que a possibilitem exercer sua supremacia nesses vínculos específicos travados com o administrado.

Luis Manuel Fonseca Pires considera, retomando algumas ideias dos contratualistas, o pacto social como fundamento da supremacia geral, manifestando-se como a subordinação natural do administrado frente a Administração Pública. Engloba toda sociedade que esteja sob um mesmo regime legal. Carlos Ari Sundfeld, por seu turno, emprega a expressão “relacionamento genérico” ao tratar da supremacia geral e define que a legalidade, neste caso, é o parâmetro de validade da relação Administração-administrado que é travada.

Doutrinariamente, poder de polícia ou polícia administrativa podem ser definidos 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 coercitivamente aos particulares um dever de abstenção (“non facere”) a fim de conformar-lhes os comportamentos aos interesses sociais consagrados no sistema normativo⁴³.

⁴¹ BINENBOJM, Gustavo. **Poder de Polícia, Ordenação, Regulação**. 2016. p. 79.

⁴² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 2013 p. 840 e 842.

⁴³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 2013 p. 853.

De tal conceituação consegue-se vislumbar o *ciclo de polícia*, que será melhor explicado adiante, em capítulo próprio.

A definição de poder de polícia estampada no texto legal, no Brasil, faz alusão a uma tradição romano-germânica, em que fica reservado à atuação da Administração Pública, em contraste a uma cultura estadunidense, na qual o poder em análise exorbita da atuação da Administração Pública e compõe diversas atividades estatais. Está previsto no artigo 78 do Código Tributário Nacional:

Considera-se poder de polícia atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranqüilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos.

Ao analisarmos a previsão legal para o poder de polícia, observam-se conceitos juridicamente abertos, tais como “ordem”, “costumes”, “tranquilidade pública”, os quais são imprescindíveis para a atuação administrativa discricionária, ou seja, de acordo com critérios de conveniência e oportunidade – o chamado *mérito administrativo*.

Do art. 78, *caput*, do CTN, retira-se o conceito de poder de polícia, aplicado não apenas em matéria tributária, mas em toda atuação administrativa. Traduz-se como a conformação de atividades particulares aos interesses coletivos, de modo que aqueles não agridam estes. Tal limitação se dá de diversas formas, as quais serão abordadas adiante em capítulo próprio.

O parágrafo único do artigo citado, diferentemente do *caput*, o qual cuida da atuação propriamente dita, preocupa-se com o conceito de Administração Pública em sentido formal ou orgânico. Senão vejamos:

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.

O dispositivo legal acima procura conferir ao administrado algum controle sobre o exercício do poder de polícia, delimitando quem e até onde pode atuar na consecução do interesse público.

Com efeito, observam-se os requisitos da competência e da finalidade explicitamente no regramento acima, possibilitando a qualquer do povo e à própria Administração contestar e rever, respectivamente, os atos do Poder Público que exorbitem do que prevê a lei, garantindo a observância do princípio constitucional da legalidade.

2.2 Polícia administrativa x Polícia judiciária

Na atividade estatal de polícia, é necessária a diferenciação entre a administrativa, objeto de nosso estudo, e a judiciária.

Sobre quem as exerce, a polícia administrativa é poder-dever de diversos órgãos da Administração Pública, enquanto a Judiciária é exercida por corporações policiais em auxílio ao Poder Judiciário. Logo, observa-se que esta é apta à persecução penal, à elucidação dos ilícitos penais e culpabilização de seus respectivos agentes criminosos, agindo sobre pessoas; já aquela cuida de restringir direitos, liberdades e bens em prol da coletividade⁴⁴.

Atuará a polícia administrativa, ordinariamente, em caráter repressivo, restando à judiciária o controle repressivo⁴⁵. Acreditamos serem obsoletas tais conceituações, visto que atua costumeiramente a Administração Pública de modo repressivo quando do exercício da polícia administrativa, ao aplicar uma multa após regular processo administrativo ou cassar uma licença anteriormente concedida, por exemplo.

Ainda, não raro atua a polícia judiciária na apreensão de bens, fugindo à regra de incidir sobre pessoas e mitigando a dualidade “bens x pessoas” na diferenciação do objeto de atuação das polícias administrativa e judiciária. Portanto, parece-nos adequada a definição dada por Lazzarini:

⁴⁴ BINENBOJM, Gustavo. **Poder de Polícia, Ordenação, Regulação**. 2016. p. 72.

⁴⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 2013. p. 125.

A linha de diferenciação está na ocorrência ou não de ilícito penal. Com efeito, quando atua na área do ilícito puramente administrativo (preventiva ou repressivamente), a polícia é administrativa. Quando o ilícito penal é praticado, é a polícia judiciária que age⁴⁶.

Enquanto a polícia administrativa visa a dissolução de práticas danosas à sociedade, a polícia judiciária busca a responsabilização criminal dos violadores da ordem jurídica. Quanto à norma legitimadora de sua atuação, age a polícia judiciária calcada na lei processual penal, enquanto as normas administrativas norteiam a atuação da polícia administrativa⁴⁷.

2.3 Elementos e atributos do poder de polícia

Di Pietro⁴⁸, ao tratar dos elementos que compõem o poder de polícia, cita a *subjetividade*, a *finalidade* e o *conteúdo*. Ao apreciar a distinção feita acima acerca da atuação de polícia do Estado, observar-se-á que os três elementos citados configuram aqueles sobre os quais a distinção é feita.

A Administração Pública, elemento subjetivo da polícia administrativa, através de seus órgãos da administração direta e entidades da administração indireta, desde que pessoa jurídica de direito público, pratica os atos concretizadores deste poder. Reside sobre este elemento a controvérsia jurisprudencial acerca da delegação do poder de polícia. A competência é conferida por lei e encontra nesta seus limites de delegação.

A finalidade se subdivide em mediata e imediata. A primeira se refere ao fim público, de caráter geral e abstrato, norteador da atuação estatal. Faz parte da própria concepção de Estado como persecutora do bem estar da coletividade e dá sentido a sua existência. Já a segunda deve ser entendida como aquela prevista em lei, específica e da qual não pode dispor a Administração. Com efeito, faz referência ao já mencionado conceito de interesse público elaborado por Bandeira de Mello.

⁴⁶ IDEM.

⁴⁷ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 2013. p. 840 e 853.

⁴⁸ FRANCO, Marcos Roberto. **O poder de polícia no contexto atual**. 2012. p.2.

Em relação ao conteúdo, a polícia administrativa cuida da liberdade individual, no gozo de seus direitos, bens e interesses. Não incide diretamente sobre as pessoas, embora limite sua liberdade de ação com vistas a satisfazer o interesse da coletividade.

São atribuídas ao poder de polícia três características: autoexecutoriedade, coercibilidade e discricionariedade, aos quais adiciona Bandeira de Mello um quarto atributo: o da *atividade negativa*. Há, ainda, uma quinta característica, que se traduz no objeto principal de estudo do presente trabalho: a controversa *indelegabilidade*⁴⁹.

A autoexecutoriedade é entendida como a possibilidade de atuação da Administração Pública para fazer valer sua vontade sem que tenha de recorrer, primeiramente, ao Poder Judiciário. Pela presunção de legalidade de seus atos, ao agir na limitação de liberdade ou bens para a satisfação do interesse coletivo, pode a Administração lançar mão de medidas administrativas sem que, para isso, tenha de acionar o Poder Judiciário com o intuito de respaldar a prática de tais atos. É possível, ainda, dividir o atributo em *exigibilidade* e *executoriedade*.

A exigibilidade nada mais é que a possibilidade de a Administração exigir, sem prévia autorização do juiz, determinada conduta do particular, por meios indiretos de coerção (como uma multa). A executoriedade, por seu turno, permite o uso da força, caso seja necessário, na atuação administrativa, realizando diretamente a execução de sua vontade⁵⁰.

A coercibilidade seria força da qual a Administração é dotada para que a autoexecutoriedade se concretize. Como se observa, a autoexecutoriedade proposta por Di Pietro não difere da definição de Hely Lopes Meirelles sobre coercibilidade, qual seja, “a imposição coativa das medidas adotadas pela Administração”⁵¹.

Na caracterização do poder de polícia como *atividade negativa*, tem-se como parâmetro a posição do particular. Significa dizer que, ao limitar o gozo de direitos e bens de determinado indivíduo, quer a Administração Pública um “abster-se de fazer” por parte do particular, para que a coletividade tenha seu interesse atendido. Quando da classificação, por exemplo, de serviço público (uma das atividades estatais) como *atividade positiva*, toma-se

⁴⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 2013. p. 125 e 127.

⁵⁰ IDEM.

⁵¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 2013. p. 128.

como ponto de observação a Administração, no sentido de ser ela obrigada a prestar determinadas atividades, diretamente por meio de seus órgãos e entidades ou mediante permissão e concessão, aos administrados.

Há, porém, vozes dissonantes quanto a esta classificação tradicional, amparadas pelas evoluções de entendimento acerca da função do poder de polícia no ordenamento sociais e pelos balizamentos feitos pela Constituição Federal. Pelo que preconiza o art. 182 da CF, pode-se atribuir um sentido positivo ao poder de polícia, exigindo do particular atuações, verdadeiras obrigações de fazer, para que a propriedade cumpra sua função social⁵².

Ao tratar da *indelegabilidade*, tal expressão se coaduna com o entendimento de monopólio do exercício do poder de polícia pela Administração Pública direta e indireta (desde que pessoa jurídica de direito público). Entende-se, por esse prisma, que compete ao Estado – e somente ele – a atuação da polícia administrativa, não havendo que se falar em particulares nem pessoas jurídicas de direito privado pertencentes à Administração Indireta exercendo, ainda que sob delegação, alguma das fases do ciclo de polícia.

2.4 Fases do ciclo de polícia

O exercício do poder de polícia segue uma sucessão logicamente estruturada de atos, de acordo com o ordenamento jurídico, podendo ser dividido em etapas ou fases. Entende-se por *ciclo de polícia* o encadeamento de tais atos para a consecução dos fins estipulados em lei. O primeiro a subdividir o poder de polícia em etapas (ordem, permissão e penas) foi Otto Mayer. No Brasil, tal conceito foi inaugurado por Diogo de Figueiredo Moreira Neto, com a expressão “ciclo de polícia”⁵³.

A disciplina normativa inaugura o ciclo de polícia. A *ordem de polícia* satisfaz o requisito constitucional da reserva legal (art 5º, II, da CF), além de servir de validade para a

⁵² FRANCO, Marcos Roberto. **O poder de polícia no contexto atual**. 2012. p. 35.

⁵³ BINENBOJM, Gustavo. **Poder de Polícia, Ordenação, Regulação**. 2016. p. 81.

atuação administrativa. Apresenta-se sob duas modalidades, quais sejam, a *restrição* e o *condicionamento*⁵⁴.

A primeira se coaduna à clássica característica do poder de polícia, a de exigir uma atuação negativa por parte do administrado. Aqui, a Administração Pública atua na proibição ou limitação do exercício de atividades individuais e do gozo do direito à propriedade, por ferirem a boa ordem social. Cabe destacar a já apresentada utilização de conceitos jurídicos indeterminados pela polícia administrativa no cumprimento de suas funções. Certamente, ao se definir o que seria “boa ordem social”, atua a Administração na valoração de sua conduta para que seu objetivo seja o fim público e esteja de acordo com o respectivo preceito legal⁵⁵.

Já a segunda opera ao condicionar o exercício de direitos e o gozo de bens, sendo entendida como “preceito negativo com reserva de consentimento”. Difere da primeira por não ser absoluta, funcionando apenas como mitigadora das liberdades individuais⁵⁶. Necessita, ainda, de ato ordenador subsequente, mediante a análise do mérito administrativo⁵⁷.

Quanto aos destinatários, a ordem de polícia pode ser singular ou plúrima. Em sendo singular, destina-se a determinada situação concreta e alcança sujeitos determinados. Um exemplo seria a exigência pelo Município correspondente de que o particular reservasse área de sua propriedade para a construção de equipamentos públicos. Já na ordem plúrima, um conjunto indeterminado de indivíduos é atingido pela determinação, como na proibição a todos os imóveis de um orla marítima de construir andares acima de uma altura estabelecida pelo poder público⁵⁸.

A próxima etapa prevista no ciclo de polícia é o consentimento, que ocorre quando a Administração Pública anui com a utilização de determinada propriedade ou o exercício de uma atividade pelo particular. Deduz-se que tal fase só estará prevista quando estiver também

⁵⁴ NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. **Curso de direito administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial**. 2014. p. 500.

⁵⁵ IDEM.

⁵⁶ IBIDEM.

⁵⁷ BINENBOJM, Gustavo. **Poder de Polícia, Ordenação, Regulação**. 2016. p.82.

⁵⁸ IDEM.

presente a *reserva de consentimento*, visto que na vedação absoluta não há que se falar em anuência por parte da Administração⁵⁹.

Para que ocorra o consentimento, é necessário o atendimento a todas as condições impostas pelo ordenamento jurídico, a ser avaliado pela Administração Pública. O ato de anuência, geralmente expedido em forma de alvará, poderá ter, como conteúdo, uma autorização ou uma licença. A diferença básica reside na valoração ou não pela Administração do mérito administrativo quando da concessão do alvará.

Quando a lei não confere margem de ponderação ao administrador, exigindo apenas o cumprimento de requisitos objetivamente postos, estamos diante de uma licença. A Administração, neste caso, é obrigada a conceder a licença, pois existe *direito preexistente* do particular a dela usufruir. Pelo seu caráter de definitividade, é irrevogável a concessão de licença⁶⁰.

Porém, caso se configure a autorização, caberá à Administração avaliar os critérios de conveniência e oportunidade de sua concessão, optando pelo que melhor atender ao interesse público no caso concreto. Diz-se ser um ato discricionário ou parcialmente vinculado, como prefere Binjenbojm⁶¹. Por ser precário o ato de sua concessão, pode ser revogada a qualquer tempo a autorização.

Há, ainda, uma terceira situação, a qual não passa pelo crivo da Administração, tampouco necessita de um ato formal de concessão (como um alvará). Trata-se da *comunicação* de determinada atividade ou reunião ao poder público, o qual apenas não permitirá a realização da atividade caso outra, organizada e previamente comunicada à Administração, esteja prevista para o mesmo local e horário.

A próxima fase do ciclo é a fiscalização de polícia, que consiste na verificação permanente pela Administração da compatibilidade do exercício de direitos dos particulares com o ordenamento jurídico e os atos infralegais que permitiram o exercício de tais direitos.

⁵⁹ NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. **Curso de direito administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial**. 2014. p. 500.

⁶⁰ NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. **Curso de direito administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial**. 2014. p. 501.

⁶¹ BINENBOJM, Gustavo. **Poder de Polícia, Ordenação, Regulação**. 2016. p. 83.

São as vistorias da vigilância sanitária, o teste de qualidade de produtos de determinada lanchonete, dentro outros⁶².

A fiscalização preventiva independe de infração cometida pelo particular e é feita pela Administração de ofício, no regular exercício do poder de polícia. Já a repressiva consiste na averiguação de irregularidade do particular no gozo de seus direitos ou no exercício de atividades, permitidas pela Administração, a qual atuará para resguardar o interesse coletivo, podendo gerar ordenar ao particular que cesse a lesividade, aplicar medida cautelar (interdição de estabelecimento ou apreensão de mercadorias vencidas, por exemplo) ou, ainda, alguma sanção⁶³.

Por fim, a sanção de polícia termina as etapas do ciclo, quando da verificação de irregularidade praticar pelo particular. Conforme Diogo de Figueiredo:

A sanção de polícia, em suma, é ato unilateral, extroverso e interventivo, que visa a assegurar, por sua aplicação, a *repressão da infração* e a restabelecer o atendimento do interesse público, compelindo o infrator à prática da ato corretivo, dissuadindo-o ou de iniciar ou de continuar cometendo uma transgressão administrativa⁶⁴.

Significa dizer que nesta última etapa ocorre a submissão coercitiva do infrator a medidas penalizadoras por parte da Administração Pública. Dentre tais medidas, estão as sanções de pecúnia (multas), cassação de licenças, interdição temporária de direitos e apreensão e destruição de produtos ilegais⁶⁵.

Superadas as fases do ciclo de polícia, passaremos ao exame de quais delas são objetos de controvérsia quando da discussão sobre a possibilidade ou não delegação de atos do poder de polícia.

⁶² IDEM.

⁶³ IBIDEM.

⁶⁴ NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. **Curso de direito administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial**. 2014. p. 502.

⁶⁵ BINENBOJM, Gustavo. **Poder de Polícia, Ordenação, Regulação**. 2016. p. 84.

3 CONTROVÉRSIA JURISPRUDENCIAL SOBRE DELEGAÇÃO DE FASES DO CICLO DE POLÍTICA

3.1 Desestatização e delegabilidade: limites e divergências doutrinárias

As discussões acerca da delegação de atividades do Estado por vezes assumem um caráter ideológico. Entre as diversas correntes das ciências econômicas, políticas e sociológicas, existem aqueles que consideram o papel do Estado como relevante para a ordenação social e a redução de desigualdades, defendendo sua atuação exclusiva em determinadas situações; por outro lado, outros entendem a necessidade de conferir à iniciativa privada a possibilidade de oferecer bens e serviços em competição com o Estado ou em detrimento dele, por enxergarem nisso um melhor para a sociedade.

A privatização, em sentido amplo, abarca diversas ações com vistas à diminuição do grau de ingerência do Estado na ordenação social. Quando se opta por desregular determinada situação fática, conferindo maior autonomia às partes envolvidas; quando há a transferência de oferta de serviços de relevância social a entidades privadas; ou, ainda, quando empresas estatais têm seu controle acionário transferido à iniciativa privada; enfim, cada um desses casos exemplifica e está contido no conceito de privatização.

Parte da discussão travada nessa seara se deve à separação, relativamente recente na história ocidental, entre público e privado. O Direito Administrativo, conforme já demonstrado, nasce dessa dicotomia e passa a ordenar a vida social com base nessa distinção. A consolidação desse ramo do direito público foi concomitante ao surgimento do modo de produção capitalista, em que a propriedade privada se traduz no principal direito mantenedor e legitimador desse modelo econômico. Os ordenamentos jurídicos no Ocidente que se formaram a partir da Revolução Francesa, em sua maioria, positivaram a livre concorrência e o livre mercado, bem como definiram o papel do Estado na consecução de atividades de interesse público e na intervenção no domínio econômico, contribuindo para a convivência entre as duas esferas aparentemente bem distintas.

Em que pese a relevância dos debates travados de acordo com as posições ideológicas expostas acima, faz-se necessária a análise da Constituição Federal e das normas

legais acerca da possibilidade e dos limites que o Estado possui para delegar atribuições que, em um primeiro plano, seriam de sua responsabilidade. Isso não significa dizer que o Direito seja neutro ou que o legislador opte por determinada escolha imparcialmente. Cumpre, apenas, em se tratando de um trabalho jurídico, obter por meio das fontes do Direito Administrativo as respostas que compatibilizem a atuação administrativa com o ordenamento jurídico.

Sobre o poder de polícia repousa uma enorme controvérsia quanto à delegabilidade de etapas do seu ciclo. Como já visto neste trabalho, a *polícia* começou a integrar o Estado no absolutismo monárquico, traduzindo-se na própria atuação do monarca. Com as arbitrariedades que lhe eram próprias e sem qualquer mecanismo de controle de sua atuação por parte da população, o regime absolutista inaugurou um poder de polícia autoritário, que mais tarde (e até hoje) encontraria dificuldades para se conformar aos regimes constitucionais democráticos.

Consequentemente, a polícia administrativa foi entendida, primeiramente, como poder e atividade exclusivos do Estado, cujo monopólio da limitação de liberdades individuais em prol da coletividade era pacificamente aceito na doutrina até o final do século XX. Corroborando com esta linha de pensamento, Cretella Júnior entendia ser o Estado a única fonte da qual poderia provir o poder de polícia, concluindo por sua indelegabilidade⁶⁶.

Como aponta Aline Licia Klein⁶⁷, a pós-modernidade superou em parte a estrutura da Administração Pública rigidamente verticalizada e burocrática, dando lugar a uma atuação administrativa autônoma e, por vezes, colaborativa em relação ao particular. É o chamado *Estado policêntrico*. Jacques Chevallier (2009 apud Klein 2014) entende que “A ordem burocrática, fundada sobre a hierarquização, é desestabilizada pela proliferação de estruturas de um novo tipo, colocadas para fora do aparelho de gestão clássico e escapando ao poder da hierarquia”.

No Brasil, a partir da Reforma do Estado implementada pelo então presidente Fernando Henrique Cardoso, que por meio de emendas à Constituição e leis alterou sensivelmente a atuação do Estado na vida cotidiana do cidadão, o entendimento da doutrina

⁶⁶ BINENBOJM, Gustavo. **Poder de Polícia, Ordenação, Regulação**. 2016. p. 246.

⁶⁷ KLEIN, Aline Lícia. **Exercício de atividades de polícia administrativa por entidades privadas**. 2014. p. 22.

administrativa se abriu a possibilidades de menor intervenção estatal e consequente maior poder de ação à iniciativa privada⁶⁸.

A privatização de instituições públicas e a delegação de atividades de Estado a particulares encontraram na Emenda Constitucional N° 19 de 1998 sua legitimação jurídica, quando da consagração do princípio da eficiência como um dos norteadores da atuação da Administração Pública. Algumas discussões acerca dos gastos e do desempenho por parte do Estado ganharam como balisador o princípio citado, a partir do qual encontrou-se um respaldo constitucional para que, eventualmente, a iniciativa privada agisse no lugar do ente estatal.

Foi na década de 1990, também, devido a essas reformas implementadas pelo Estado, que a Administração Pública passou a atuar de forma gerencial, assumindo em alguns sentidos características tradicionalmente atribuídas ao setor privado. Com efeito, o que se observa no Brasil, em termos de ordenação jurídica das esferas pública e privada, ou mais especificamente do funcionalismo público e do empregado privado, é uma aproximação entre as normas que dispõem sobre seus funcionamentos – ainda que haja inquestionáveis e relevantes diferenças entre um e outro.

Apesar das transformações doutrinária, legal e jurisprudencial pelas quais passou o entendimento acerca do papel do Estado, o poder de polícia permaneceu sob a égide do monopólio estatal exclusivo, sendo a doutrina majoritária contra a delegação de quaisquer de suas fases. Para essa parcela do Direito Administrativo que se manteve relativamente impermeável a maiores mudanças, apontam-se fundadas razões para tal, sobre as quais passaremos a discorrer.

É certo que, ao analisarmos os dispositivos constitucionais que norteiam a atuação do poder de polícia, observamos que tais normas carecem de maior objetividade no tocante à possibilidade de delegação. Acredita-se que não tenha sido acidente ou mero esquecimento, mas que nessa “lacuna constitucional” haverá a atuação do poder público na regulamentação da polícia administrativa, garantindo flexibilidade à atuação legislativa e administrativa acerca do tema⁶⁹. O princípio democrático não pode permitir o engessamento do ordenamento jurídico, de modo a obstaculizar as mudanças obtidas através da reivindicação política e social. Sempre se pode, obviamente, aferir pelos critérios de razoabilidade e

⁶⁸ BINENBOJM, Gustavo. **Poder de Polícia, Ordenação, Regulação**. 2016. p. 247.

⁶⁹ IDEM.

proporcionalidade a compatibilização da mudanças perpetradas pelo poder público no âmbito da sua discricionariedade em relação ao ordenamento jurídico vigente. É por meio dessa análise, por exemplo, que alguns autores reputam à Reforma do Estado da década de 1990 uma inconstitucionalidade material, o que gerou inclusive ações diretas de inconstitucionalidade com o intuito de declarar incompatíveis determinadas leis com as disposições constitucionais para a atuação do Estado brasileiro em diversos setores⁷⁰.

Inevitavelmente, através das reflexões doutrinárias à época da transição da Administração Pública burocrática para a gerencial, o monopólio de atuação estatal na polícia administrativa se viu mitigado. Juarez Freitas, por exemplo, considera o poder de polícia indelegável apenas quando presente “estatalidade que o justifica”⁷¹. Em outras palavras, equivale a afirmar a existência de um núcleo intransponível em alguma(s) etapa(s) do ciclo de polícia, cuja titularidade de execução competiria exclusivamente às pessoas jurídicas de direito público – geralmente consideram-se a limitação e a sanção de polícia como tais núcleos.

Bandeira de Mello, acerca do assunto, dispõe que:

A restrição à atribuição de atos de polícia a particular e funda-se no corretíssimo entendimento de que não se lhes pode, ao menos em princípio, cometer o encargo de participar atos que envolvem o exercício de misteres tipicamente públicos quando em causa liberdade e propriedade, porque ofenderiam o equilíbrio entre os particulares em geral, ensejando que uns oficialmente exercessem supremacia sobre os outros⁷².

Por estar calcada no poder normativo de que dispõe a Administração Pública, a limitação de polícia não vem admitindo delegação a particulares. A atividade reguladora negativa corresponde ao próprio sentido de existir do Estado, formulado pelos autores liberais clássicos e que ainda possui importantes conceituações. A ordenação da vida social, com a consequente limitação do gozo de liberdades que os indivíduos possuem para a consecução do bem estar coletivo, deve ser formulada por quem conduz – não em seu nome, mas em favor de

⁷⁰ ADI 1923 MC/DF, Relator Min. Eros Grau, 1998. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo474.htm>>. Acesso em 04/06/2016.

⁷¹ FRANCO, Marcos Roberto. **O poder de polícia no contexto atual**. 2012. p. 102.

⁷² MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 2013. p. 855.

toda coletividade – a coisa pública. Novamente, invoca-se o princípio democrático para se estabelecer a impossibilidade de atuação da iniciativa privada nesta etapa do Ciclo de Polícia. Quem estabelece as regras que determinada população deve observar é o próprio povo, o qual elege representantes para, em uma democracia representativa, elaborá-las.

É importante destacar, ainda acerca da limitação de polícia, que a iniciativa privada se imiscui na busca pelo lucro, sua própria razão de existir. Certamente se observaria uma confusão de interesses caso fosse possível a expedição de regras de caráter geral e abstrato por particulares. Isso, porque na ordenação legal da liberdade dos indivíduos, as próprias atividades desses particulares são limitadas, o que nos possibilita especular sobre de que modo tais ordenações configurariam o interesse público.

A sanção de polícia, que é a imposição de punições aos particulares que descumpram normas estabelecidas pela Administração na atividade de polícia administrativa (multa, interdição de estabelecimento, entre outros), é legitimada pelo poder de império da Administração Pública⁷³, outro elemento fundante tanto do Estado moderno quanto da mais remota concepção de Ordenador Social, anterior à ideia de Estado. Em que pesem as recentes e pertinentes críticas à *Supremacia do interesse público sobre o privado*, quando da aplicação da sanção de polícia há a intrínseca ideia de hierarquia, que justamente possibilita a realização desta etapa do Ciclo de Polícia.

É inconcebível, portanto, a delegação da aplicação de sanções de polícia a pessoas jurídicas de direito privado, as quais não gozam de prerrogativas estabelecidas no regime jurídico-administrativo. Pela discricionariedade presente quando da graduação da punição a ser aplicada, configuraria no nosso entendimento uma agressão ao princípio democrático conceder a valoração da sanção sobre particulares aos próprios particulares.

Antes de trazer à baila a importante ponderação de Gustavo Binenbojm quanto à impossibilidade de delegação de atos do poder de polícia a particulares, passaremos ao exame das duas etapas do Ciclo de Polícia que ensejam maior discussão e controvérsia, na doutrina e na jurisprudência.

Conforme entendimento ainda minoritário na doutrina administrativista, caberia a delegação de atos materiais de preparação ao exercício do poder de polícia (em sentido estrito,

⁷³ BINENBOJM, Gustavo. **Poder de Polícia, Ordenação, Regulação**. 2016. p. 248.

qual seja, aquele núcleo “intransponível” e “indelegável”) ou posteriores a ele. Binenbojm exemplifica tais atos em contratação de empresas privadas para a operação dos famosos “pardais” de trânsito ou para a execução de ordem de demolição⁷⁴.

Assim entende Bandeira de Mello: “Não se segue (...) que *certos atos materiais que precedem atos jurídicos de polícia* não possam ser praticados por particulares, mediante *delegação*, propriamente dita, ou em decorrência de um simples *contrato de prestação*”⁷⁵.

Aponta na mesma direção a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ), a qual será analisada adiante. Portanto, têm-se o consentimento e a fiscalização de polícia como as duas etapas do Ciclo de Polícia passíveis de delegação a pessoas jurídicas de direito privado, nas quais se incluem, obviamente, duas entidades da Administração Indireta, quais sejam, as empresas públicas e as sociedades de economia mista.

Geralmente são atribuídas a essas fases dois elementos justificadores da delegação, a saber, i) os altos custos que talvez demandem e ii) a tecnicidade da qual podem ser revestidas. Como o Estado não é organizado para a busca do lucro, mas para a implementação de políticas públicas que satisfaçam o bem estar da coletividade, teria sua capacidade de obter recursos reduzida. E, talvez por questões de prioridade de atuação, não caberia ao Poder Público a *expertise* em determinada matéria de relativa complexidade tecnológica, sendo mais eficiente sua consecução por entidades privadas – sob fiscalização da Administração Pública. Tal argumentação encontra respaldo no *caput* do artigo 37 da Constituição Federal, o qual prevê explicitamente a eficiência como um princípio da Administração Pública.

Acerca do assunto, Binenbojm cerra fileira com a doutrina minoritária, baseado na própria Constituição Federal, a qual, segundo o autor, não confere respaldo para a definitividade quanto à delegação de fases do poder de polícia a particulares. Tampouco, conclui, é possível concluir pela delegabilidade irrestrita, tendo a Constituição conferido uma margem de atuação tanto para o Legislador quanto o administrador. Cita Carl Sagan, o qual afirmar que “a ausência de evidência não significa a evidência da ausência”⁷⁶.

⁷⁴ BINENBOJM, Gustavo. **Poder de Polícia, Ordenação, Regulação**. 2016. p. 251.

⁷⁵ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 2013. p. 855.

⁷⁶ BINENBOJM, Gustavo. **Poder de Polícia, Ordenação, Regulação**. 2016. p. 265.

Ainda, pela utilização do conceito de *derecho dúctil*, cunhado por Gustavo Zagrebelsky em sua obra *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia* (Madrid: Trotta, 1995), entende Binjenbojm a possibilidade de arranjos institucionais diversos quanto a essa possibilidade de delegação. Por fim:

A delegação de poderes de polícia a entes privados reduz o caráter imperativo e bilateral dos atos estatais e estimula a criação de soluções privadas de interesse público, por meio de relações paritárias entre a sociedade e o Estado⁷⁷.

Assevera, no entanto, que, apesar de não haver expressa previsão constitucional pela vedação à delegação do poder de polícia, incumbe ao poder público a expedição de normas de conduta para a atuação do particular quando da participação deste no Ciclo de Polícia e sua correta fiscalização – pois o Estado não deixa de ser o titular do papel de ordenador social⁷⁸.

Outro expoente desse pensamento minoritário na doutrina administrativista é Diogo de Figueiredo, que entende:

[Ser obsoleta a] ideia de que se está diante de um tipo especial de poder do Estado próprio ou exclusivo da Administração Pública, para aceitar a visão mais moderna e mais ampla, que vem tomando fôlego doutrinário, de que se trata apenas de um tipo de função estatal a ser exercida por quem receba a necessária competência da Constituição e das leis⁷⁹.

3.2 Papel da jurisprudência no Direito Administrativo

O Direito Administrativo, como ramo do direito público, não possui uma codificação própria. Significa dizer que as normas infraconstitucionais que regulam suas atividades estão esparsas em leis diversas. É certo que, embora a organização codificada facilite a busca do intérprete do Direito, em nada garante uma melhor harmonização entre suas regras.

⁷⁷ IDEM.

⁷⁸ BINENBOJM, Gustavo. **Poder de Polícia, Ordenação, Regulação**. 2016. p. 266.

⁷⁹ NETO 2014 apud BINENBOJM 2016.

A lei é uma (mas não única) fonte do Direito Administrativo. Somam-se a ela, por exemplo, a doutrina e a jurisprudência. São a base ordenadora e legitimadora da atuação administrativa e da relação Administração-administrado.

Diogo de Figueiredo, ao classificar a jurisprudência como fonte organizada do Direito Administrativo, conceitua que:

Em seu sentido próprio, a *jurisprudência* resulta da aplicação da *função jurisdicional*, em que o Poder Judiciário decide sobre casos concretos, tendendo, por isso, a ser uma fonte dinâmica e cambiante no tempo e no espaço, assumindo características próprias, conforme o país, a região e a época⁸⁰.

As reiteradas decisões judiciais sempre forneceram à Administração Pública os contornos da atuação que, por vezes, a lei não previa expressamente nem a doutrina assentava pacificamente. No que tange o exercício da função administrativa, dois dispositivos constitucionais se tornaram fundamentais na elaboração de uma jurisprudência robusta e, principalmente, vinculante.

O artigo 102, §2º, da Carta Magna, incluído no texto constitucional pela Emenda Constitucional Nº 45 de 2004, prevê que as decisões de mérito do Supremo Tribunal Federal (STF), em sede de Ação Direta de Inconstitucionalidade e Ação Declaratória de Constitucionalidade, produzem efeitos *erga omnes* (em face de todos) e vinculam toda a Administração Pública, direta e indireta, de qualquer dos Poderes e dos entes federados.

A mesma Emenda Constitucional inseriu o art. 103-A, que prevê o instituto da súmula vinculante. Ela será aprovada sempre por no mínimo dois terços dos membros do STF, quando da reiteração de decisões em matéria constitucional, vinculando do mesmo modo os órgãos e as entidades pertencentes à Administração Pública. A finalidade é a racionalização de pessoal e material da Administração visto que uniformiza procedimentos, além de conferir maior proteção à confiança do administrado. Sem dúvidas sua origem se funda no princípio constitucional da eficiência.

⁸⁰ NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. **Curso de direito administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial**. 2014. p. 126.

Desse modo, a produção jurisprudencial dos juízos singulares e tribunais ganhou ainda maior importância como fonte do Direito Administração, servindo de balizamento em diversas controvérsias acerca da delegação de atos do poder de polícia, por exemplo.

3.3 Análise de decisões do STJ e do STF

O STJ e o STF há pelo menos duas décadas vêm produzindo importantes e conflitantes decisões acerca da delegação de fases do poder de polícia a particulares. Nesta parte do capítulo, será feita uma análise de tais decisões para compreendermos melhor a divergência jurisprudencial entre os tribunais.

Em 1990, tivemos o julgamento do Recurso Especial nº 3.745 no STJ, de relatoria do Ministro Ilmar Galvão, cujo teor da ementa é apresentado a seguir:

Administrativo. Poder de Polícia. Multa administrativa instituída em regulamento, elaborado por entidade de direito privado. Manifesta ilegalidade, face ao disposto no art. 78, parágrafo único, da Lei n. 5.172/66, que tem foros de lei complementar, de caráter nacional. Recurso provido⁸¹.

Como se observa, consta nessa época um entendimento tradicional que se inclina para a indelegabilidade absoluta de qualquer das fases do ciclo de polícia no STJ. Não traz o dispositivo, no entanto (e aqui concordamos com Binbenbojm), qualquer disposição expressa quanto à impossibilidade apresentada na ementa, restando nítida a liberdade de ação conferida ao administrador. Diante de tal discricionariedade, o que fazer o Poder Judiciário?

Uma possibilidade, abarcada por parte expressiva da doutrina administrativista, seria interpretar o regramento legal restritivamente em relação à delegação do poder de polícia, ainda que o entenda como divisível em fases ou etapas. Sendo o poder de polícia a maior expressão do poder de império da Administração Pública, seria descabida outra interpretação que não a realizada quando do julgamento do REsp nº 3.745.

Por outro lado, o sentido acima dado ao art. 78, parágrafo único, da Lei n. 5.172/66 poderia ser reputado como equivocado e afrontaria diretamente o mérito administrativo. Não

⁸¹ REsp nº 3.745, rel. Min Ilmar Galvão, 2ª Turma, j. em 26.09.1990, DJ de 22.10.1990.

significa dizer que o juízo de conveniência e oportunidade feito pela Administração Pública seja isento de controle pelo Poder Judiciário. Com efeito, já entendem alguns doutrinadores que, por critérios de razoabilidade e proporcionalidade, pode o órgão jurisdicional se imiscuir das decisões administrativas tomadas com base no mérito administrativo – o que também configura a aferição de legalidade dos atos administrativos. Porém, no caso concreto apresentado, poder-se-ia argumentar a perfeita harmonia entre a atuação administrativa e a liberdade que a lei lhe confere.

No Rio de Janeiro, por exemplo, é sabido que a Guarda Municipal foi instituída sob a forma de empresa pública, ou seja, como pessoa jurídica de direito privado. Várias das multas aplicadas aos administrados pela Guarda começaram a ser contestadas perante o Poder Judiciário justamente pela natureza jurídica da entidade. A partir de reiteradas decisões desfavoráveis ao Poder Público, converteu este a Guarda Municipal em autarquia municipal, conferindo-lhe personalidade jurídica de direito público e dirimindo qualquer questionamento acerca da legalidade da aplicação de multas pela entidade.

Tal artifício utilizado pelo Poder Público não se mostraria necessário nos dias atuais. Foi alterado (ou avançou, segundo o entendimento de alguns) o entendimento da Corte Superior acerca dos limites da delegação do poder de polícia. Quando do julgamento da legitimidade da utilização de “pardais” de trânsito, no REsp nº 712.312 em 2005, o órgão diferenciou *funções meramente materiais* de *poder de polícia propriamente dito*. Segue ementa:

ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. MULTA DE TRÂNSITO.NECESSIDADE DE IDENTIFICAÇÃO DO AGENTE. AUTO DE INFRAÇÃO.

1. Nos termos do artigo 280, 4º, do Código de Trânsito, o agente da autoridade de trânsito competente para lavrar o auto de infração poderá ser servidor civil, estatutário ou celetista ou, ainda, policial militar designado pela autoridade de trânsito com jurisdição sobre a via no âmbito de sua competência. O aresto consignou que toda e qualquer notificação é lavrada por autoridade administrativa.

2. "Daí não se segue, entretanto, que *certos atos materiais que precedem atos jurídicos de polícia* não possam ser praticados por particulares, mediante *delegação*, propriamente dita, ou em decorrência de um *simplex contrato de prestação*. Em ambos os casos (isto é, com ou sem delegação),

às vezes, tal figura aparecerá sob o rótulo de "credenciamento". Adílson Dallari, em interessantíssimo estudo, recolhe variado exemplário de "credenciamentos". É o que sucede, por exemplo, na fiscalização do cumprimento de normas de trânsito mediante equipamentos fotossensores, pertencentes e operados por empresas privadas contratadas pelo Poder Público, que acusam a velocidade do veículo ao ultrapassar determinado ponto e lhe captam eletronicamente a imagem, registrando dia e momento da ocorrência" (Celso Antônio Bandeira de Mello, *in* "Curso de Direito Administrativo, Malheiros, 15ª edição, pág. 726):

3. É descabido exigir-se a presença do agente para lavrar o auto de infração no local e momento em que ocorreu a infração, pois o 2º do CTB admite como meio para comprovar a ocorrência "aparelho eletrônico ou por equipamento audiovisual (...) previamente regulamentado pelo CONTRAN."
4. Não se discutiu sobre a impossibilidade da administração valer-se de cláusula que estabelece exceção para notificação pessoal da infração para instituir controle eletrônico.
5. Recurso especial improvido⁸².

Inaugurou-se, ainda que implicitamente, a possibilidade de delegação de atos da fiscalização de polícia a quaisquer pessoas jurídicas de direito privado (tanto integrantes da Administração Indireta quanto empresas pertencentes à iniciativa privada).

O passo definitivo e expresso, porém, foi dado quando da decisão proferida em sede do REsp nº 817.534, em 2009. A ementa estabelece o entendimento do poder de polícia como um ciclo, com etapas ou fases, e coaduna com o entendimento doutrinário referente à possibilidade de delegação do consentimento e da fiscalização de polícia. Segue:

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,

⁸² Resp nº 712.312, rel. Min Castro Meira, 2ª Turma, j. em 18.08.2005, DJ de 21.03.2006.

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 provido⁸³.

Para justificar a impossibilidade de delegação da limitação e da sanção de polícia, invocou o STJ o poder de coerção do Estado. É interessante notar que conceitos norteadores das primeiras definições de Estado ou até mesmo de um Ordenador Social (pré-estatal)

⁸³ Resp nº 817.534, rel. Min. Mauro Campbell Marques, 2ª Turma, j. em 10.11.2009, Dje de 10.12.2009.

sempre são chamados quando do exercício do poder de império pela Administração Pública. Parece insuperável o dogma da verticalização das relações entre Administração e administrados, ainda que consideradas as recentes e importantes mitigações conferidas a essa característica do regime jurídico-administrativo, as quais sem dúvidas possuem importante papel na concretização do respeito aos direitos fundamentais por parte do Poder Público.

Voltamo-nos agora à Suprema Corte.

Em 1987, três anos antes daquela primeira decisão do STJ, o STF foi provocado ao exame da constitucionalidade do exercício da polícia administrativa por pessoas jurídicas de direito privado. Isso ocorreu no julgamento do Recurso Extraordinário nº 113.035. Arguia determinada empresa que a multa imposta a si era nula visto que aplicada por sociedade de economia mista. Porém, alegou o STF que a empresa deveria ter se utilizado de mecanismos legais perante o Poder Judiciário anteriores à provocação da Suprema Corte, razão pela qual o recurso não fora conhecido⁸⁴.

Em 1997, quando do clímax da discussão acerca da constitucionalidade da Reforma do Estado realizada pelo governo Fernando Henrique Cardoso, alguns partidos políticos propuseram a ADIn nº 1.666, que suscitava a inconstitucionalidade de artigos de duas leis que permitiam a vistoria de veículos (com vistas a licenciamento) ser executada pela iniciativa privada. A pretensa violação constitucional se voltaria contra os arts. 23, XII, 144 e 175, os quais dispunham basicamente sobre a competência comum dos entes federados acerca de política de segurança no trânsito, a segurança pública e a prestação de serviços públicos, respectivamente⁸⁵.

Após pedido de vista do Ministro Nelson Jobim, ele mesmo concedeu medida cautelar para interpretação conforme a Constituição de um dos dispositivos impugnados, seguido pelo Ministro Marco Aurélio, o qual ressaltou, em sua argumentação em favor da indelegabilidade, que o exercício do poder de polícia seria atividade inerente ao Estado⁸⁶.

Em 1999, optou o STF, novamente, pela impossibilidade de delegação de qualquer das fases do poder de polícia a particulares. Na ementa, decidiu assim o Plenário:

⁸⁴ BINENBOJM, Gustavo. **Poder de Polícia, Ordenação, Regulação**. 2016. p. 255.

⁸⁵ BINENBOJM, Gustavo. **Poder de Polícia, Ordenação, Regulação**. 2016. p. 256.

⁸⁶ IDEM.

DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 58 E SEUS PARÁGRAFOS DA LEI FEDERAL Nº 9.649, DE 27.05.1998, QUE TRATAM DOS SERVIÇOS DE FISCALIZAÇÃO DE PROFISSÕES REGULAMENTADAS.

1. Estando prejudicada a Ação, quanto ao § 3º do art. 58 da Lei nº 9.649, de 27.05.1998, como já decidiu o Plenário, quando apreciou o pedido de medida cautelar, a Ação Direta é julgada procedente, quanto ao mais, declarando-se a inconstitucionalidade do "caput" e dos § 1º, 2º, 4º, 5º, 6º, 7º e 8º do mesmo art.58.
2. Isso porque a interpretação conjugada dos artigos 5º, XIII, 22, XVI, 21, XXIV, 70, parágrafo único, 149 e 175 da Constituição Federal, leva à conclusão, no sentido da indelegabilidade, a uma entidade privada, de atividade típica de Estado, que abrange até poder de polícia, de tributar e de punir, no que concerne ao exercício de atividades profissionais regulamentadas, como ocorre com os dispositivos impugnados.
3. Decisão unânime⁸⁷.

Divergindo do posicionamento do Superior Tribunal de Justiça, tem o STF o entendimento pela absoluta indelegabilidade do poder de polícia, não cogitando sequer sua separação em fases ou etapas para melhor análise dos atos do Ciclo de Polícia.

Na julgamento da ADIn nº 2.310, no ano de 2000, suscitava-se a inconstitucionalidade da criação de empregos públicos nas agências reguladoras. Segue trecho da decisão monocrática proferida pelo Min. Marco Aurélio em medida cautelar:

Prescindir, no caso, da ocupação de cargos públicos, com os direitos e garantias a eles inerentes, é adotar flexibilidade incompatível com a natureza dos serviços a serem prestados, igualizando os servidores das agências a prestadores de serviços subalternos, dos quais não se exige, até mesmo, escolaridade maior, como são serventes, artífices, mecanógrafos, entre outros. Atente-se para a espécie. Está-se diante de atividade na qual o poder de fiscalização, o poder de polícia fazem-se com envergadura ímpar, exigindo, por isso mesmo, que aquele que a desempenhe sinta-se seguro,

⁸⁷ ADI nº 1.717, rel. Min. Sydney Sanches, Tribunal Pleno, j. em 07.11.2002, DJ de 29.03.2003.

atue sem receios outros, e isso pressupõe a ocupação de cargo público, a estabilidade prevista no artigo 41 da Constituição Federal. Aliás, o artigo 247 da Lei Maior sinaliza a conclusão sobre a necessária adoção do regime de cargo público relativamente aos servidores das agências reguladoras. Refere-se o preceito àqueles que desenvolvam atividades exclusivas de Estado, e a de fiscalização o é⁸⁸.

Concordamos, neste caso, com o embasamento da decisão da Suprema Corte. Embora pertinentes os questionamentos acerca da necessidade de estabilidade para todo e qualquer ocupante de cargo público efetivo, no exercício ímpar de fiscalização das agências reguladoras é conveniente que o servidor público seja dotado de garantias superiores àquelas atribuídas pelo regime celetista.

Como se vê, basicamente argumenta o Supremo Tribunal Federal que uma atividade típica de Estado, como a polícia administrativa, não pode ser exercida por pessoas jurídicas de direito privado. Pela interpretação dos dispositivos constitucionais que dizem respeito ao tema, assente o STF com a doutrina majoritária no sentido de que cabe ao Estado – e somente a ele – o poder de polícia, não importando ou sequer sendo relevante a existência ou não das fases do Ciclo de Polícia e suas peculiaridades.

Em sentido contrário, entende o Superior Tribunal de Justiça que, de acordo com as atribuições do ordenamento jurídico ao poder de polícia, levando ainda em consideração as disposições de Diogo de Figueiredo sobre o Ciclo de Polícia, nada obsta a delegação de atos de algumas dessas fases, a saber, o Consentimento e a Fiscalização, a particulares. Permanece o Estado com o monopólio da coerção, no exercício de seu poder de império, porém nem sempre como executor material de toda e qualquer atividade que esteja no bojo da polícia administrativa.

⁸⁸ ADI nº 2.310 MC, rel. Min Marco Aurélio, decisão monocrática, j. em 19.12.2000, DJ de 01.02.2001.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

É certo que nenhuma ou quase nenhuma análise consegue ser feita estritamente pelo prisma da ciência jurídica. Muito menos o será uma discussão que envolve a função e o grau de ingerência do Estado no cotidiano dos indivíduos sob sua tutela. O poder de polícia surge como um daqueles elementos-chave para compreender o perfil de determinado Estado e qual relação sua Administração Pública estabelece com os administrados.

No Brasil, como parte da história ocidental, contornar os limites do Estado sempre pareceu tarefa difícil, por envolver diversas concepções ideológicas. Apesar da importância da luta política no processo de criação legislativa, o operador do Direito, qualquer que seja o papel que desempenhe, necessita balizar sua atuação sob o ordenamento jurídico em vigor, buscando extrair dele o regramento adequado as situações hipoteticamente previstas. O tema está contido em um debate político mais amplo, a saber, a dualidade estatização x privatização, ambos posicionamentos que agregam qualificados argumentos e exemplos concretos.

A delegabilidade do poder de polícia, por certo, não recebeu especial atenção no texto constitucional, restando aos administradores a execução de atos que não extrapolem a discricionariedade posta e, aos órgãos jurisdicionais, a interpretação que melhor se enquadre não só no texto legal, mas ao princípios extraídos (ou “implícitos”) dos diplomas legais.

Sob o prisma da eficiência, princípio-base da Reforma do Estado na década de 1990, a busca por um maior racionamento de pessoal e material com vistas a uma maior satisfação coletiva, fazem sentido as argumentações em favor da delegabilidade do consentimento e da fiscalização de polícia. Como se iniciou a conclusão acerca da impossibilidade de um debate unicamente jurídico, a própria adoção do princípio da eficiência pelo texto constitucional, em 1998, revela um perfil de Estado perseguido e a legitimação de determinado modelo econômico. Pode-se replicar, ainda, que a tecnicidade não possui valores ideológicos, razão pela qual a delegação, por exemplo, de fiscalização eletrônica a particulares restaria neutra – além de perfeitamente adequada ao texto constitucional e aos diplomas legais. Como se observa, é uma discussão inacabada, a qual nos conduz a diferentes caminhos.

É lícito concluir pela constitucionalidade da delegação do consentimento e da fiscalização de polícia, menos sob a ótica da tecnicidade e da *expertise* que teoricamente não

competiriam ao Poder Público e mais pela simples compatibilidade com a Constituição Federal. Por mecanismos permitidos pelas próprias disposições constitucionais, pode o Estado se organizar de forma a obter uma receita compatível com as despesas que suas atribuições demandam, a exemplo da taxaçoão sobre grandes fortunas juntamente com a desoneraçoão sobre as classes média e baixa.

Por outro lado, entende-se que apenas pessoas jurídicas de direito público estão legalmente permitidas e habilitadas a executar atos das fases de limitaçoão e sançoão de polícia. Quanto à primeira, não seria minimamente compatível com a ordem democrática o próprio particular diretamente interessado na restriçoão imposta pela Administração estabelecer regras de conduta gerais e abstratas. Apesar de presentes nas Casas Legislativas interesses particulares dos mais diversos, a exemplo de planos de saúde, bancos, empreiteiras e outras entidades privadas financiarem campanhas eleitorais, não se pode permitir, no pouco que nos resta de poder popular, que o poder normativo atribuído à função administrativa (que certamente difere da atividade legislativa, mas decorre dela) fique a cargo de pessoas jurídicas de direito privado.

Igualmente, quando da aplicaçoão de sançoões administrativas, deve-se valer a Administração Pública da relaçoão vertical com o particular, de modo a se utilizar do monopólio da força, caso seja estritamente previsto em lei, para que o interesse coletivo seja alcançado.

O maior desafio no exercício do poder de polícia é compatibilizar um conceito em sua origem autoritário, arbitrário, com a nova ordem constitucional democrática. Para pensar sua delegabilidade, surge a mesma questão. Faz-se necessária a concretizaçoão de uma concepçoão de Estado e de Administração Pública que respeite incondicionalmente os direitos fundamentais previstos pela Constituição Federal, com um conceito de interesse público que não necessariamente signifique o desejo da maioria – porque a democracia, por vezes, é “contramajoritária”.

Na atuaçoão jurisdicional que versa sobre o tema, ao divergirem sensivelmente o STF e o STJ, tanto a Administração quanto os administrados veem a segurança jurídica de sua atuaçoão ameaçada ou, no mínimo, incerta. Caso não surja, no âmbito legislativo, norma que pacifique o entendimento sobre tal delegabilidade, a proteçoão à confiança continuará mitigada. Porém, conforme se posiciona o STF, nada obsta um pronunciamento pela

inconstitucionalidade, se provocado, de Emenda à Constituição ou norma legal que possibilite a delegação de alguma(s) fase(s) do Ciclo de Polícia a pessoas jurídicas de direito privado.

Resta ao administrador, portanto, o balizamento de sua conduta de acordo com critérios de razoabilidade e proporcionalidade quando da atuação baseada no mérito administrativo, sempre pautado pela boa-fé, e, ao administrado, um melhor conhecimento acerca da jurisprudência existente sobre o tema quando da busca pela reparação de eventuais gravames impostos pela Administração Pública.

BIBLIOGRAFIA

BINEBOJM, Gustavo. *Poder de polícia, ordenação, regulação: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador*. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 27. Ed. Ver. E atual – São Paulo: Malheiros, 2012.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella *Direito administrativo*. - 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

FRANCO, Marcos Roberto. *O poder de polícia no contexto atual*. 2012. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-06122012-152940/en.php>> . Acesso em 17/04/2016.

KLEIN, Aline Lícia. *Exercício de atividades de polícia administrativa por entidades privadas*. 2014. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-22092015-132314/en.php>> . Acesso em 17/04/2016.

LAMAS, Livia Paula de Almeida. *Capitalismo contemporâneo e democracia: uma avaliação institucional*. 2011. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10425> . Acesso em 29/05/2016

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 30. ed. rev. e atual. - São Paulo: Malheiros, 2013.

NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. *Curso de direito administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial*. - 16. ed. rev. e atual. - Rio de Janeiro : Forense, 2014.

SOUZA, Leonardo da Rocha de. *O poder de polícia administrativa e a realização dos direitos fundamentais: um estudo a partir de decisões do STF*. 2010. Disponível em:

<<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewArticle/8437>> . Acesso em 17/04/2016.