

**A DELEGABILIDADE DO PODER
DE POLÍCIA À LUZ DO DIREITO
ADMINISTRATIVO BRASILEIRO MODERNO**

***THE DELEGABILITY OF POLICE
POWER IN THE LIGHT OF MODERN
BRAZILIAN ADMINISTRATIVE LAW***

Rogério Borba

Doutor em Sociologia pelo Instituto
Universitário de Pesquisas do Estado do Rio
de Janeiro. Mestre em Direito pelo Centro
Universitário Fluminense. Professor do Centro
Universitário Carioca e do Centro Universitário
IBMEC. Professor convidado da UERJ.

Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-1748-473X>

E-mail: rogerioborba@gmail.com

Raisa Duarte da Silva Ribeiro

Doutoranda em Direito pela Universidade
Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). Mestre
em Direito Constitucional pela Universidade
Federal Fluminense (UFF). Professora
Assistente da UNIRIO.

Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-2339-3903>

E-mail: raisaribeiro@hotmail.com

Matheus Henrique da Fé Julio

Bacharel em Direito pela UVA. Assessor
Jurídico no Ministério Público do Rio de
Janeiro (MPRJ).

Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-9729-7282>

E-mail: m.henrique2981@gmail.com

Resumo

O presente trabalho acadêmico por escopo demonstrar que a delegação do poder de polícia para entidades privadas é possível, diante dos entendimentos constantes na doutrina administrativa moderna. Para tanto, será examinada, de

forma breve, a evolução do poder de polícia, com a delimitação de seu conceito e suas principais características. Posteriormente, serão investigados os principais posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais acerca da possibilidade de delegação do poder de polícia para os particulares. Nesse contexto, será investigado quais ciclos de polícia podem ser delegados, quais entidades privadas podem exercê-lo e qual deve ser o modo de delegação, seguindo uma metodologia monográfica. Conclui-se pela inevitabilidade da delegação do poder de polícia diante da constitucionalização do Estado Democrático de Direito.

Palavras-chave: Poder de Polícia. Delegabilidade. Administração Pública. Entidades Privadas.

Abstract

The present academic work by scope demonstrates that the delegation of police power to private entities is possible, in view of the understandings contained in modern administrative doctrine. To this end, the evolution of police power will be briefly examined, with the delimitation of its concept and its main characteristics. Subsequently, the main doctrinal and jurisprudential positions regarding the possibility of delegating police power to individuals will be investigated. In this context, it will be investigated which police cycles can be delegated, which private entities can exercise them and what the delegation mode should be, following a monographic methodology. It concludes that the delegation of police power is inevitable in view of the constitutionalization of the Democratic Rule of Law.

Keywords: Police Power. Delegability. Public administration. Private Entities.

1 INTRODUÇÃO

A adoção do Estado Democrático de Direito e sua constitucionalização propiciou o aprimoramento do ordenamento jurídico, onde a promoção do bem-estar social surge como um dos objetivos a serem perseguidos e executados pela Administração Pública. Neste sentido, destaca-se o surgimento do exercício do

poder de polícia, consistindo na possibilidade de uma entidade limitar direitos individuais de um particular para que se atendam os interesses públicos, sejam os da sociedade ou de outros particulares.

Deste conflito entre interesses coletivos e particulares, que resultam em restrições e imposições feitas pelo Estado, levantam-se diversos questionamentos acerca dos limites de atuação da Administração e o exercício do poder de polícia por seus agentes e, principalmente, por outras pessoas, sejam agentes públicos de outros setores ou ainda particulares em atividade concedida ou autorizada.

Neste sentido, a pesquisa busca discutir sobre a possibilidade, à luz do direito administrativo moderno, da delegação do poder de polícia para uma entidade privada e quais são os seus limites, em decorrência da complexidade dos bens tutelados e da capacidade limitada do Estado de agir.

O artigo se insere no ramo das Ciências Jurídicas e Sociais, nas áreas do Direito Administrativo e Direito Constitucional, sendo analisada em uma perspectiva holística.

Apresenta-se, então, o seguinte questionamento: o Estado pode delegar o exercício de suas atribuições? A hipótese trabalhada reconhece a sua limitação estrutural, bem como uma mudança de paradigmas conceituais, onde há a possibilidade de delegação de funções estatais.

Objetiva-se, com isso, avaliar a legitimidade e viabilidade da delegação do poder de polícia a outros entes estatais e particulares. A metodologia adotada foi a bibliográfica e documental.

A relevância acadêmica da pesquisa se demonstra no sentido de contribuir para o reconhecimento e consolidação da delegação como meio do exercício do poder de polícia em nome do Estado.

O presente artigo abordará o poder de polícia, seu conceito e seus fundamentos sob égide dos estudos atuais, a discussão em torno da possibilidade de delegação do poder de polícia, apresentando-se diferentes entendimentos doutrinários acerca do tema, e quais ciclos podem ser delegados e como o seu exercício é feito, apresentando os limites e parâmetros em que esta delegação é feita. Por fim, definiremos como a delegação do poder de polícia pode ser feita

para entidades privadas, respeitando os princípios do Direito Administrativo, os limites e objetos que esta delegação deve observar.

2 PODER DE POLÍCIA: CONCEITO E CARACTERÍSTICAS

O Poder de Polícia consiste na atribuição estatal de manutenção da ordem jurídica, onde o órgão público tem a capacidade de impor restrições aos particulares, não se confundindo com poder da polícia.

A previsão legal do poder de polícia encontra-se no artigo 78 do Código Tributário Nacional, que assim dispõe:

Art. 78: Considera-se poder de polícia atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranquilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos. (Redação dada pelo Ato Complementar n. 31, de 1966)

Parágrafo único. Considera-se regular o exercício do poder de polícia quando desempenhado pelo órgão competente nos limites da lei aplicável, com observância do processo legal e, tratando-se de atividade que a lei tenha como discricionária, sem abuso ou desvio de poder. (BRASIL, 1988)

O referente artigo encontra respaldado na indicação das espécies tributárias, em especial no artigo 145, inciso II, da Constituição da República de 1988, que define que:

Art. 145. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir os seguintes tributos:
[...] II - taxas, em razão do exercício do poder de polícia ou pela utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos a sua disposição. (BRASIL, 1988)

O poder de polícia se reparte entre os poderes Executivo e Legislativo¹, pois é regido pelo princípio da legalidade e está submetido às imposições legais que delimitam o seu campo de atuação. Ou seja, a Administração Pública limitará a liberdade individual desde que haja previsão legal para tal. Essa bipartição, conforme entendimento de Rafael Carvalho Rezende Oliveira, difere-se em dois sentidos: amplo e restrito. O autor afirma que em sentido amplo “o poder de polícia compreende toda e qualquer atuação estatal restritiva à liberdade e à propriedade que tem por objetivo a satisfação de necessidades coletivas”. (OLIVEIRA, 2017, p. 265)

Em sentido restrito (ou estrito), entende que o poder de polícia “significa o exercício da função administrativa, fundada na lei, que restringe e condiciona o exercício de direitos e atividades privadas, com o objetivo de implementar o interesse público”, estando relacionada à função estritamente administrativa, compreendendo apenas atos do Poder Executivo. (OLIVEIRA, 2017, p. 265)

Neste mesmo entendimento, José dos Santos Carvalho Filho reforça tal posicionamento ao estabelecer que o poder em sentido estrito ao dar origem polícia administrativa, de fato subjugou sua atuação a limites estabelecidos por lei. (CARVALHO FILHO, 2015, p. 76)

Portanto, o poder de polícia se difere da chamada “polícia administrativa”, tendo em vista que o primeiro está ligado à atividade legislativa, enquanto o segundo relaciona-se com a edição e aplicabilidade de atos da administração.

O poder de polícia se divide em duas categorias: polícia administrativa e polícia judiciária. Ao se falar da “polícia administrativa”, Maria Sylvia Zanella Di Pietro afirma que sua atuação possui caráter preventivo, ou seja, um dos objetivos da atuação, visa a proibição de condutas antissociais bem como futuras infrações ao ordenamento jurídico. (DI PIETRO, 2014, p. 125)

1 O Poder de Polícia não é exercido pelo Poder Judiciário, tendo em vista que se trata de poder exercido pela Administração Pública.

Gustavo Binenbojm destaca que a atuação preventiva fiscalizatória é “aquela realizada a *ex officio*” pela administração pública, sem a necessidade de haver uma prévia provocação ao agente fiscalizador. Nesta linha de entendimento, José dos Santos Carvalho Filho (2015, p. 86) aduz que a forma preventiva “incide basicamente sobre *atividades* dos indivíduos”, ou seja, o seu campo de atuação visa evitar a consumação de um eventual dano social que prejudique os interesses da coletividade. (BINENBOJM, 2016, p. 33; CARVALHO FILHO, 2015, p. 86)

Por outro lado, o poder de polícia possui como uma segunda categoria, a chamada “polícia judiciária”, que possui uma atuação de forma repressiva, que visa a punição ao particular que infringir as leis do ordenamento jurídico pátrio.

Para tal definição, à luz das observações de Gustavo Binenbojm (BINENBOJM, 2016, p. 33; CARVALHO FILHO, 2015, p. 103), o controle repressivo é feito “a partir da constatação de uma infração administrativa já perpetrada”. Assim, compreendemos que a Administração Pública deverá tomar as medidas necessária para que se coíba de maneira sublime, eficiente e rígida a prática de atividade de desrespeitam as leis vigentes.

As três principais características do referido poder em estudo, são: discricionariedade, autoexecutoriedade e a coercibilidade, amplamente debatidos pela doutrina. Outra característica, bem menos estudada, é a sua (in)delegabilidade para entidades privadas, objeto do presente artigo, a ser delineada nas linhas subsequentes.

3 A DELEGABILIDADE DO PODER DE POLÍCIA É POSSÍVEL?

3.1 A indelegabilidade do poder de polícia

Para Celso Antônio Bandeira de Mello, os atos de polícia administrativa não poderiam ser delegados para o particular por se tratar de atos jurídicos específicos do poder público, ou seja, de autoridade pública. Isso porque o exercício do poder de polícia exigiria as garantias e a estabilidade inerente ao regime público. O regime celetista, típico das pessoas jurídicas de direito privado, seria incompatível com

o exercício do poder de polícia. No entanto, ressalva para situações excepcionais ou hipóteses muito específicas, citando como exemplo a possibilidade de exercício de poder de polícia por capitães de navio. (MELLO, 2011, p. 832)

O autor complementa o presente entendimento sob a alegação de que os exercícios típicos da Administração Pública, quando praticados pelo particular em matérias que envolverem causas de liberdade e propriedade, poderiam ensejar uma ofensa ao equilíbrio entre entidades privadas, onde uma poderia exercer supremacia sobre outras. Este era o entendimento tradicional do Supremo Tribunal Federal, veiculado na Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.666, de 1997² e posteriormente reafirmada na ADI nº 1717³. (MELLO, 2011, p. 832)

Por outro lado, o doutrinador entende que atos materiais “que precedem atos jurídicos de polícia” podem ser praticados por particular “mediante delegação, propriamente dita ou em decorrência de um simples contrato de prestação”. Ou seja, os particulares podem realizar os chamados “atos materiais sucessivos” ao ato de polícia, que consiste na execução de atos que interferem na propriedade dos administrados, mas não em relação à liberdade deles, uma vez que a seu ver, viola o princípio da igualdade. (MELLO, 2011, p. 833)

2 A ADI n. 1.666, proposta pelo Partido Comunista do Brasil, Partido dos Trabalhadores e Partido Socialista Brasileiro, tinha por objetivo a declaração de inconstitucionalidade das leis estaduais n. 10847/1996 e 10848/1996, ambas do Estado do Rio Grande do Sul que regulamentavam e autorizavam a concessão da execução de serviços de vistoria para efeitos de licenciamento às entidades privadas. iniciativa privada. O julgamento ainda está em tramite, mas grande parte dos votos pugnam pela interpretação conforme da Lei n. 10.847/1996, no sentido de excluir a delegabilidade de poderes de polícia aos particulares. BRASIL. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.666 MC, rel. Min. Carlos Velloso, Tribunal Pleno, j. em 16/06/199, DJ de 27/02/2004.

3 Esta ADI foi impetrado pelo PC do B, PT e PDT, e questionava a fiscalização de profissões regulamentadas por entes privados, através de uma autorização legislativa que permitia a delegação pelo poder público. O dispositivo questionado na referida ADI era o art. 58 e seus parágrafos da Lei. 9.649/1998. Nesse caso, o STF assentou pela “indelegabilidade a uma entidade privada, de atividade típica do Estado, que abrange até poder de polícia, de tributar e de punir, no que concerne ao exercício de atividades profissionais regulamentadas”. <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266741> Acesso em: 2 jan. 2021.

Thiago Marra afirma que a visão apresentada por Celso Antônio Bandeira de Mello constitui um entendimento tradicional do poder de polícia, demonstrando certa ilegalidade na execução contra a liberdade dos administrados. (MARRARA, 2015, p. 255-278)

O posicionamento doutrinário de Di Pietro se assemelha ao de Bandeira de Mello, tendo em vista que a respectiva autora acrescenta a indelegabilidade para entes particulares como uma característica intrínseca do poder de polícia. (DI PIETRO, 2014, p. 126)

Para a autora, o poder de polícia por ser uma atividade negativa, ou seja, seu exercício irá trazer “um benefício, uma utilidade aos cidadãos”, distinguindo-se das chamadas “atividades positivas”, pois não trata de serviços públicos e restringe direitos individuais do particular. Portanto, em razão da limitação imposta às condutas individuais de atos que contrariam o interesse público, o seu exercício torna-se indelegável. (DI PIETRO, 2014, p. 129)

Di Pietro aduz que a indelegabilidade decorre de “prerrogativas próprias do poder público”, afirmando que atividades repressivas não podem ser delegadas a um particular e que os atributos da autoexecutoriedade e da coercibilidade “só podem ser atribuídos a quem esteja legalmente investido em cargos públicos”. (DI PIETRO, 2014, p. 128-129)

Surgem então as seguintes indagações: será que os “atos preparatórios ao ato de polícia”, conforme exposto por Bandeira de Mello, integram efetivamente o exercício de polícia administrativa? A delegação poderia violar o princípio da impessoalidade e da legalidade ao ser atribuído à pessoa que não exerça cargo público?

Thiago Marrara responde, ao aduzir que na “qualidade de ações de suporte, as atividades de meio e as atividades opinativas, não estão aptas diretamente a viabilizar, modificar ou obstar o exercício de direitos”. Assim, na sua visão, tais ações não importam efeitos jurídicos diretos que enseje a efetivação do poder de polícia, demonstrando que atualmente, a delegabilidade torna-se inevitável e desvincula-se desta corrente doutrinária tradicionalista. (MARRARA, 2015, p. 255-278)

3.2 A delegabilidade dos ciclos do poder de polícia

O ciclo de polícia é dividido em quatro fases, a saber: ordem, consentimento (subdividido em licença e autorização), fiscalização e sanção. Para exposição delas, usaremos os entendimentos propostos por Rafael Oliveira.

A primeira fase do ciclo é a sua “ordem”, que na visão do respectivo autor, consiste nas “restrições e as condições para o exercício das atividades privadas”. Nesta fase, a Administração exerce de maneira efetiva o exercício do poder de polícia sob o particular, impondo seus limites e sanções a serem seguidos por ele.

A segunda fase do ciclo consiste no “consentimento” do Estado para que o particular desenvolva certo tipo de atividade. Para tal exposição, o autor mencionado subdivide o consentimento estatal em duas categorias distintas: a licença e a autorização, sendo, respectivamente, um ato vinculado e um ato discricionário. (OLIVEIRA, 2017, p. 269)

A “fiscalização”, em seu turno, dispõe sobre a atividade fiscalizatória de ordem e de consentimento de polícia, que deve ser cumprido pelo particular. O seu exercício pode ser deflagrado de ofício ou por provocação de eventual interessado. Na visão de José dos Santos Carvalho Filho - e como destacado anteriormente -, o exercício de fiscalização apresenta um aspecto duplo, sendo um “preventivo”, através do qual os “agentes da Administração procuram impedir um dano social” e um “repressivo”, pois em face da “transgressão da norma de polícia, redundando na aplicação de uma sanção”. Neste sentido, poderemos citar como exemplo, a demolição de logradouros construídos clandestinamente em áreas públicas. (CARVALHO FILHO, 2015, p. 87)

A sanção, por sua vez, consiste na “medida coercitiva aplicada ao particular que descumpra a ordem de polícia ou os limites impostos no consentimento de polícia” (OLIVEIRA, 2017, p. 269). Neste caso, salientamos como exemplo, a aplicação de multa de trânsito para veículos automóveis estacionados em lugares irregulares ou que transitam em velocidade acima do permitido, facultando ao particular contestar as referidas sanções dentro do âmbito interno da administração pública.

A doutrina administrativa moderna vem divergindo quais ciclos de polícia são possíveis de delegação.

Diogo de Figueiredo Moreira Neto realiza uma releitura do poder de polícia, compreendendo-o como um “tipo de função estatal que deve ser exercida por quem receba a necessária competência da Constituição e das leis”. Trata-se, em sua visão, não de uma faculdade, mas sim uma atividade, “recoloca-se em seu devido lugar no Estado Democrático de Direito, no qual as liberdades e os direitos fundamentais devem ser considerados como a regra”. Quando à limitação e o condicionamento do poder de polícia, o autor estabelece uma exceção onde a titularidade é deslocada entre o Executivo e o Legislativo. (MOREIRA NETO, 1998, p. 33)

A partir do entendimento exposto, o doutrinador entende que as fases de consentimento de polícia e fiscalização de polícia são atividades administrativas delegáveis em razão do reconhecimento da “origem popular do poder”. Destaca que o legislador pode atuar “dentro de um espaço discricionário próprio”, ou seja, os limites da delegabilidade de atividades inerentes à Administração Pública devem ser expressos constitucionalmente, considerados os que implicitamente encontram-se reservados ao exercício de coerção legítima própria do Estado. (MOREIRA NETO, 1998, p. 34)

A decisão do Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial nº 817.534 ilustra esta tese. No caso, se discutiu a possibilidade da Empresa de Transporte e Trânsito de Belo Horizonte (BHTRANS) exercer atos fiscalizatórios, uma vez que se trata de uma entidade privada (sociedade de economia mista). A Turma, com a relatoria do ministro Mauro Campbell Marques, entendeu que apenas os atos de consentimento e fiscalização do poder de polícia poderiam ser delegados para pessoas jurídicas de direito privado, além da impossibilidade de delegação dos atos de ordenação e sanção por serem derivados exclusivamente do Estado.⁴

4 No ano de 2012, em razão da repercussão geral, o mérito da presente discussão passou a ser processado como RE n. 840.230 no Supremo Tribunal Federal e permanece sem julgamento até a presente data.

Por outro lado, de forma um pouco mais restrita, José dos Santos Carvalho Filho entende que “apenas a fiscalização de polícia poder ser delegada e as entidades privadas delegatárias devem integrar a Administração Indireta, não sendo lícita às entidades privadas em geral”. (CARVALHO FILHO, 2015, p. 80)

O autor destaca que não há “uma vedação constitucional para que pessoas administrativas de direito privado possam exercer o poder de polícia *em sua modalidade fiscalizatória*” (CARVALHO FILHO, 2015, p. 80-81). Sendo assim, diante da impossibilidade de um ente privado criar uma norma restritiva de polícia, não há um impedimento para que exerçam a fiscalização das restrições impostas ao particular. Cita-se como exemplo, a possibilidade que o Código Brasileiro de Trânsito faculta a quem tem o poder de comprovar a infração, podendo ser um servidor civil, estatutário, celetista ou policial militar designado pela autoridade de trânsito.

Todavia, José Carvalho dos Santos Filho alerta que a delegação do poder de polícia “não pode ser outorgada a pessoas da iniciativa privada, desprovidas de vinculação oficial com os entes públicos”, sob a égide de que uma parceria não será dotada de potestade para que seja desempenhado a atividade de polícia administrativa, conforme estabelecido na ADI nº 1.717-DF de relatoria do ministro Nelson Jobim que declarou a inconstitucionalidade da delegação da fiscalização de profissões regulamentadas para entes privados. (CARVALHO FILHO, 2015, p. 82)

Ainda neste sentido, o autor aduz que para o efetivo exercício da fiscalização, a Administração Pública em determinadas ocasiões deve atribuir por meio de contrato a “operacionalização material da fiscalização através de máquinas especiais”, destacando que o Estado não abre mão do poder de polícia e nem delega, apenas atribui meios operacionais para a realização da tarefa fiscalizatória sem retirar a sua titularidade assegurada pela lei, valendo a mesma exposição para fixação e manutenção de equipamentos fiscalizatórios de restrição de polícia, como por exemplo, a utilização de pardais de trânsito. (CARVALHO FILHO, 2015, p. 82)

De forma inovadora e inusitada, o desembargador do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, Nagib Slaibi Filho, nos autos das Representações de Inconstitucionalidade nº 2003.007.00146 e nº 2003.007.109, em que se discutia a inconstitucionalidade da Lei nº 1887/92 tendo em vista a possibilidade de exercício do poder de polícia pela Guarda Municipal, que a época era tratada como uma empresa pública.

A ideia exposta pelo relator foi pioneira no sentido da delegação em sua totalidade, até então jamais vista no ordenamento jurídico. A possibilidade teve como embasamento jurídico, o fundamento de determinados artigos constantes no Código de Trânsito Brasileiro (CTB).

Na mesma hipótese, o relator complementou ao justificar a delegação integral dos ciclos de polícia administrativa com o exposto no artigo 37 da Constituição Federal, que sob seu entendimento, o poder de polícia não seria emanado da Administração Pública e sim, pela vontade soberana do povo. Destacou, ainda, a possibilidade de um indivíduo prender outro em caso de ilícito penal em flagrante.

O Desembargador-relator do processo é sucinto e direto em seu voto ao afirmar que “os serviços municipais, entre os quais o de regulação de trânsito nas vias públicas, poderiam ser até mesmo delegados a empresas não-estatais, inclusive a permitir a terceirização”.

A fundamentação legal da exposição acima encontra-se embasada nos artigos 1º, 2º, 5º, 24 e 25 da Lei nº 9.503/97 que concede competências para que o Município efetive o devido exercício regular de fiscalização de trânsito.

Destacamos que o artigo 280 do CTB estabelece a possibilidade de autuação de infrações (poder de sanção) por servidores civis, estatutários ou celetistas, o que embasa o fundamento apresentado por Nagib Slaibi na relatoria das Representações.

A questão da delegabilidade do poder de polícia ainda permanece quente na doutrina e novos rumos podem vir a serem determinados com a decisão do Supremo Tribunal Federal na ADI n. 5508, cuja retomada do julgamento ocorreu recentemente, em dezembro de 2017⁵.

5 Vide: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=364813> Acesso em: 2 jan. 2021.

4 QUAIS PARTICULARES PODEM EXERCER O PODER DE POLÍCIA?

Neste tópico, analisaremos as eventuais possibilidades de exercício do poder de polícia por pessoas jurídicas de direito privado, bem como as limitações expostas pela doutrina moderna.

4.1 Delegabilidade do poder de polícia para entes da administração pública indireta

Segundo a doutrina moderna, as empresas estatais, por integrarem a Administração Pública Indireta, gozam de determinadas prerrogativas públicas, mesmo que possuam natureza privada. Os entendimentos doutrinários trazidos à tona, conflitam com a corrente que defende a indelegabilidade total do exercício de polícia administrativa.

Mesmo que possuem um regime jurídico de direito privado, as empresas estatais exercem funções que seriam feitas direta e exclusivamente pelo Estado. Como exemplo do exercício destas prerrogativas, Gustavo Binjenbojm cita como exemplo os “atos de império no âmbito de licitações e concursos públicos por imperativo do art. 37, II e XXI, da Constituição de 1988”. (BINENBOJM, 2016, p. 273) Tal explicação se deve ao fato de que tais atos são típicos do Estado, além de serem passíveis de impetração de mandado de segurança contra atos que atentem direito líquido e certo.

A principal consolidação jurídica da presente possibilidade, se deu com o julgamento do RE nº 220.906, ocasião em que o Supremo Tribunal Federal entendeu que empresas estatais prestadoras de serviço público “possuem prerrogativas públicas”.

Na visão de Gustavo Binjenbojm, estas prerrogativas públicas são tratadas como “autarquia das empresas estatais prestadoras de serviços públicos ou de feição autárquica”. Assim, compreendemos que estes tipos de empresas estatais podem ser utilizar-se de um regime de natureza pública, assemelhado ao das autarquias (natureza jurídica de direito público). (BINENBOJM, 2016, p. 273)

O autor mencionado destaca que este reconhecimento referente as atribuições, ocorre em “maior ou menor medida, com o exercício de parcelas do poder de polícia”, ou seja, mesmo que a entidade estatal exerça uma determinada atividade de exploração econômica, ela poderá exercer parte do poder ordenador devendo atentar sempre para a finalidade público, o princípio da supremacia do interesse público, a coletividade. (BINENBOJM, 2016, p. 275)

Entretanto, certos doutrinadores entendem que entidades estatais que atuem visando a captação de lucro não podem exercer o poder de polícia, enquanto que para outros, como por exemplo José Vicente Santos de Mendonça (2009, p. 97-118), condiciona a delegabilidade ao cumprimento de três requisitos sumariamente importantes: necessidade de possuir um capital com totalidade pública, que não atuem na economia como um agente de concorrência e deve ser acidental quanto as relações de prestação de serviços públicos.

Para explicar os três pontos expostos, o autor sugere que as estatais devem ter apenas capital público, ou seja, necessitam ser autarquias, impossibilitando a delegação de polícia administrativa para sociedades de economia mista. No entanto, estabelece uma ressalva para sociedades de economia mista que exclusivamente possuam em seu quadro acionistas privados que integrem o Conselho de Administração e que a “presença de capital privado propriamente dito seja insignificante”. (MENDONÇA, 2009, p. 99)

Quanto ao segundo requisito destacado pelo doutrinador, a impossibilidade de as empresas públicas atuarem como concorrentes na economia se dá em razão da necessidade de preservar o princípio da isonomia e devem ser prestadoras de serviços públicos.

O terceiro e último argumento abordado acerca da necessidade de ser um serviço acidental quantos as prestações de serviço público, o autor entende que “não pode existir uma empresa pública cujo objeto social seja o de exercer a polícia administrativa das profissões, ambiental, urbanísticas etc.” (MENDONÇA, 2009, p. 102).

Por fim, expõe que apenas empresas públicas prestadoras que prestam serviços públicos poderiam exercer o poder de império, pois as empresas públicas atuantes em atividades econômicas poderiam violar a igualdade de concorrência.

Em entendimento semelhante ao apresentado por José Vicente Santos de Mendonça mas com alguns pontos divergentes, Gustavo Binjenbojm utiliza como linha doutrinária o entendimento estabelecido pelo STF no RE nº 253.472, em que o STF reconheceu a imunidade tributária recíproca para as empresas prestadoras de serviço público. Neste sentido, compreende que as sociedades de economia mista podem exercer o ato de polícia administrativa desde que estejam embasados por lei, independente de ter seu capital público ou privado. (BINENBOJM, 2016, p. 283)

Afirma ainda, a necessidade de ter em seu objeto social “funções que estejam relacionadas às atividades-fim estatais”; que as empresas que possuem como finalidade a captação de lucro, não possuam como destinação o aumento de patrimônio do Estado ou de sociedades de economia mista, estando a delegação limitada por lei e com uma política de transparência, prestação de contas e proteção de minoritários, caso trate-se de uma sociedade de economia mista. E concluindo seu posicionamento, aduz que não poderá “haver um desequilíbrio concorrencial odioso, sob pena de quebra dos princípios da livre concorrência e do exercício de atividade profissional ou econômica lícita”. (BINENBOJM, 2016, p. 283)

4.2 Delegabilidade do poder de polícia para outras entidades de natureza privada

A doutrina moderna ainda investiga a possibilidade de delegação para empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, uma vez que a sua natureza jurídica é inteiramente privada, não integrando o rol de empresas estatais.

Apesar das entidades privadas não integrarem a Administração Pública direta, estas são delegatárias de certa atividade pública que em decorrência desta

mesma, pode ocorrer a possibilidade de exercício parcial do poder de polícia apresentados pelos entendimentos da doutrina moderna.

A delegabilidade do poder ordenador não será feita de forma única, como objeto principal, e sim como acessório em relação a prestação de serviço público. Destacamos que a delegabilidade de polícia administrativa para a iniciativa privada não significa a privatização de funções públicas inerentes à Administração.

Para este entendimento, Gustavo Binenbojm (2016, p. 283) citando Pedro Gonçalves, afirma que as concessionárias e permissionárias de serviço público podem exercer o ato de império dentro do exercício regular das atividades que lhe foram concedidas e com previsão expressa em lei e nos contratos de concessão e permissão:

(i) poderes públicos regulamentares em caráter infralegal, por meio dos quais os delegatários elaboram regulamentos próprios de instrução aos usuários quanto à prestação de serviços públicos; (ii) poderes impositivos e de execução coercitiva, por meio dos quais eles exercem funções específicas de comando sobre terceiros no que concerne à prestação do serviço público delegado; e (iii) poderes públicos administrativos gerais, que garantem o poder de celebrar contratos administrativos na condição de Poder Público, instituindo-se cláusulas exorbitantes.

Para corroborar com o exposto acima, o autor cita como exemplo o mencionado no art. 17 da Lei n. 12.815/2013⁶, que ao instituir o novo marco

6 “Art. 17: A administração do porto é exercida diretamente pela União, pela delegatária ou pela entidade concessionária do porto organizado. § 1º Compete à administração do porto organizado, denominada autoridade portuária: I - cumprir e fazer cumprir as leis, os regulamentos e os contratos de concessão; II - assegurar o gozo das vantagens decorrentes do melhoramento e aparelhamento do porto ao comércio e à navegação; III - pré-qualificar os operadores portuários, de acordo com as normas estabelecidas pelo poder concedente; IV - arrecadar os valores das tarifas relativas às suas atividades; V - fiscalizar ou executar as obras de construção, reforma, ampliação, melhoramento e conservação das instalações portuárias; VI - fiscalizar a operação portuária, zelando pela realização das atividades com regularidade, eficiência, segurança e respeito ao meio ambiente; VII - promover a remoção de embarcações ou cascos de embarcações que possam prejudicar o acesso ao porto; VIII

regulatório, estabeleceu para as concessionárias a possibilidade de exercício de atos sancionatórios, fiscalizatórios, coativos, regulamentares, arrecadatários e de consentimento.

O autor destaca que a lei supramencionada possibilitou que as atividades exercidas por autoridades portuárias sejam vistas como uma forma em que se ampliou o exercício de polícia administrativa por particulares delegatários de serviços públicos.

Em opinião semelhante, Rafael Oliveira (2017, p. 281-282) expõe que algumas parcelas do poder de polícia são passíveis de delegação para entidades privadas. Para o presente autor, deve-se respeitar 5 (cinco) quesitos para que torne o ato possível. O primeiro item a ser respeitado é a preponderância de entidades de direito público, tendo em vista que o exercício de polícia administrativa por entidades privadas deve ser feita de maneira excepcional; o segundo quesito, é o dever de observância ao princípio da legalidade, pois há necessidade de existir parâmetros em lei para a delegação. O quarto quesito dispõe que o administrador só poderá delegar atividades instrumentais ou técnicas, sendo intransferíveis as

- autorizar a entrada e saída, inclusive atracação e desatracação, o fundeio e o tráfego de embarcação na área do porto, ouvidas as demais autoridades do porto; IX - autorizar a movimentação de carga das embarcações, ressalvada a competência da autoridade marítima em situações de assistência e salvamento de embarcação, ouvidas as demais autoridades do porto; X - suspender operações portuárias que prejudiquem o funcionamento do porto, ressalvados os aspectos de interesse da autoridade marítima responsável pela segurança do tráfego aquaviário; XI - reportar infrações e representar perante a Antaq, visando à instauração de processo administrativo e aplicação das penalidades previstas em lei, em regulamento e nos contratos; XII - adotar as medidas solicitadas pelas demais autoridades no porto; XIII - prestar apoio técnico e administrativo ao conselho de autoridade portuária e ao órgão de gestão de mão de obra; XIV - estabelecer o horário de funcionamento do porto, observadas as diretrizes da Secretaria de Portos da Presidência da República, e as jornadas de trabalho no cais de uso público; e XV - organizar a guarda portuária, em conformidade com a regulamentação expedida pelo poder concedente. § 2º A autoridade portuária elaborará e submeterá à aprovação da Secretaria de Portos da Presidência da República o respectivo Plano de Desenvolvimento e Zoneamento do Porto. § 3º O disposto nos incisos IX e X do § 1º não se aplica à embarcação militar que não esteja praticando comércio. § 4º A autoridade marítima responsável pela segurança do tráfego pode intervir para assegurar aos navios da Marinha do Brasil a prioridade para atracação no porto.”

atividades punitivas e ligadas à soberania de Estado. O quarto quesito determina a obediência ao princípio da razoabilidade e proporcionalidade para que não ocorram eventuais arbitrariedades. Como último quesito, o autor destaca que “o exercício do poder de polícia pelos particulares deve respeitar os direitos e garantias dos administrados”. Aqui, o autor destaca a imparcialidade e objetividades no momento da utilização de instrumentos que possibilitem detectar a infração.

Após a explanação das visões apresentadas e diante das inovações trazidas pela doutrina moderna, defendemos que a delegação do poder de polícia pode ser realizada para entidades privadas, incluindo ainda, a participação popular e a utilização de meios e instrumentos tecnológicos.

Para exemplificar o entendimento feito acima, destacamos que o Decreto Estadual nº 46.072/17 ao regulamentar a Lei Estadual nº 7.250/16 que vigora no Estado do Rio de Janeiro, possibilitou o exercício fiscalizatório dos vagões femininos dos transportes ferroviários e metroviários dentro dos horários estabelecidos na legislação, pudesse contar com a participação tanto popular quanto dos agentes de segurança das concessionárias.

Através de um número de telefone disponibilizado no interior dos vagões durante todo o horário de circulação de trens e metrô, as mulheres podem colaborar com a fiscalização dos respectivos vagões junto aos agentes das concessionárias ao informar através do presente meio, uma eventual violação à lei durante os horários matutino e vespertino das 6h às 9h e de 17h e 20h.

As concessionárias, por sua vez, a fim de propiciar uma fiscalização eficiente, devem manter no interior de seus vagões, câmeras ligadas durante todo o horário funcional. Destacamos que a lavratura da multa é de competência das autoridades da administração pública, devendo os agentes de segurança, encaminharem os infratores para as delegacias policiais.

Assim, entendemos que na conjuntura atual, a delegabilidade do poder de polícia é inevitável e a participação da população junto ao aprimoramento para detectar violações à lei através de mecanismos tecnológicos, são essenciais para a aplicação de atos sancionatórios.

5 MEIOS PARA DELEGAÇÃO DO PODER DE POLÍCIA

O meio inicial em que o poder de polícia se manifesta, é através de atos legislativos. Tais atos são responsáveis pelas limitações administrativas, tendo em vista o caráter restritivo. Neste sentido, por ser competente para regulamentar as normas jurídicas, do ponto de vista técnico, compreendemos que há uma necessidade de o Poder Legislativo detalhar a aplicação destas normas à Administração Pública.

A partir de tal explicação, entendemos que a delegação do presente poder pode se dar através de atos normativos infralegais, ou seja, a delegabilidade através de portarias, instruções normativas, resoluções e entre outros tipos, desde que esteja em consonância com a lei vigente.

Conforme os ensinamentos de José dos Santos Carvalho Filho, conclui-se que a Administração Pública atua de formas diferenciadas, seja com atos normativos, que na visão do presente autor possuem um conteúdo “genérico, abstrato e impessoal, qualificando-se, por conseguinte, como atos dotados de amplo círculo de abrangência” ou por atos concretos, que decorrem das sanções das fiscalizações, seja com a aplicação de multas ou na emissão de licenças. (CARVALHO FILHO, 2015, p. 85)

Neste diapasão, para exemplificar os conceitos acima, temos que os atos de portaria, resolução, decretos, regulamentos e instruções normativas configuram-se com uma maior abrangência no campo da aplicabilidade, tendo em vista que caso a Administração opte por regular o exercício de uma determinada profissão, deverá editar atos normativos, enquanto para realizar a interdição de um estabelecimento comercial, a Administração pratica um ato concreto.

Destacamos que a possibilidade de haver delegação do poder de polícia através de atos infralegais encontra-se respaldada pela teoria kelseniana. Conforme exposto por Daniel Sarmento, para Hans Kelsen “o ordenamento jurídico é escalonado, e a Constituição ocupa o seu ápice, ela deve conter normas que atribuam poderes para as autoridades estatais produzirem outras normas”, assim,

entendemos que é possível que um determinado ato de polícia administrativa seja delegável através de uma portaria, uma resolução ou até mesmo por um decreto, desde que esteja previsto em lei e que tal lei não desrespeite as normas positivadas na Constituição Federal, afim de que não torne o respectivo ato passível de nulidade. (SARMENTO, 2012, p. 272)

6 CONCLUSÃO

O presente trabalho demonstrou a evolução histórica e doutrinária que o poder de polícia sofreu até chegar ao entendimento de hoje, compreendendo que o poder de polícia é uma atividade estatal exercido pela Administração Pública, o qual decorre diretamente da natureza do Estado. Esta atividade impõe e limita o exercício de determinados direitos individuais para efetivar os interesses da coletividade, sendo sua delegação algo inevitável.

Após a delimitação do conceito e das principais características do poder de polícia, passamos a análise da possibilidade de delegação do poder de polícia. Inicialmente, observamos a doutrina clássica de Celso Antônio Bandeira de Mello, também seguida por Maria Sylvia Zanella Di Pietro, que sustenta a indelegabilidade dos atos de polícia administrativa para entidades particulares, em razão da sua incompatibilidade com o regime privado. Apesar de ter sido este posicionamento tradicional abalizado pelo Supremo Tribunal Federal em momentos anteriores, entendemos que, à luz da doutrina administrativista moderna, a delegabilidade do poder de polícia passa a ser algo inevitável diante da complexidade da nossa organização social.

Com relação a delegabilidade do poder de polícia, observamos, inicialmente, as fases do poder de polícia que podem ser objeto de delegação, com divisão clara de três correntes. Uma primeira, capitaneada por Diogo Figueiredo Moreira Neto, que sustentava a possibilidade da delegação das fases do consentimento e da fiscalização do poder de polícia. Uma segunda um pouco mais restrita, liderada por José dos Santos Carvalho Filho, que postulava

a possibilidade de delegação apenas da fiscalização de polícia. E, por fim, uma terceira, veiculada judicialmente pelo desembargador Nagib Slaibi, que pugnava pela delegabilidade de todos os ciclos de polícia.

Em sequência, contextualizamos a discussão das entidades privadas que podem ser destinatárias da delegação do poder de polícia. Inicialmente, abordamos os posicionamentos doutrinários que sustentam a possibilidade de delegação do poder de polícia para entidades da Administração Pública Indireta. A doutrina se posiciona se forma esparsa com relação a delegabilidade do poder de polícia para empresas estatal, havendo quem sustente a sua possibilidade ou impossibilidade a depender da natureza da empresa – se empresa pública ou se sociedade de economia mista – ou ainda da natureza da atividade – se estatal prestadora de serviço público ou exploradora de atividade econômica. Os posicionamentos de Gustavo Binbenojm e de José Vicente Santos de Mendonça foram explanados.

De forma mais avançada, há quem sustente, na linha de Pedro Gonçalves e de Rafael de Oliveira, a delegabilidade do poder de polícia inclusive para entidades privadas que não pertencem a Administração Pública Indireta, como é o caso das concessionárias e permissionárias. Este posicionamento mais amplo, ao nosso ver, é o que melhor se adequa com a nossa evolução social e que melhor responde aos anseios do Direito Administrativo Moderno.

Abordadas as diferentes correntes doutrinárias presentes no âmbito do Direito Administrativo acerca das possibilidades e impossibilidades da delegação do poder de polícia, observou-se também os meios necessários para a delegação do poder de polícia.

Por fim, conclui-se que, diante da constitucionalização do Estado Democrático de Direito, a delegação do poder de polícia é inevitável. Há necessidade de um alargamento do rol de entidades que podem exercer o presente poder, pois concessionárias e permissionárias, entidades estas, particulares, já exercem os atos de fiscalização e consentimento de polícia. Destaca-se, inclusive, a existência de normas jurídicas que propiciam a participação popular e o uso da tecnologia para aprimorar o exercício de fiscalização de polícia administrativa.

Ao nosso ver, soluções que não abarquem a possibilidade de entidades privadas, componentes ou não da Administração Pública, exercerem o poder de polícia estão em dissenso com a realidade e com as necessidades da Administração Pública Moderna.

REFERÊNCIAS

BINENBOJM, Gustavo. **Poder de Polícia, ordenação, regulação: transformação político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador**. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm

BRASIL. **Código Tributário Brasileiro**, 1966. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172compilado.htm Acesso em: 2 jan. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/> Acesso em: 2 jan. 2021.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2014.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Manual de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2014.

GONÇALVES, Pedro Antonio Pimenta da Costa. **Entidades privadas com poderes públicos: o exercício de poderes públicos de autoridade por entidades privadas com funções administrativas**. Coimbra: Almedina, 2008, p. 805-806.

MARRARA, Thiago. O exercício do poder de polícia por particulares. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 269, p. 255-278, maio/ago. 2015.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2001.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2015.

MENDONÇA, José Vicente Santos de. Estatais com poder de polícia: por que não? **Revista de Direito Administrativo (RDA)**, Rio de Janeiro, v. 252, p. 97-118, 2009.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial**. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Gen, 2017.

SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Direito Constitucional: Teoria, História e Métodos de Trabalho**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

AUTORES(AS) CONVIDADOS(AS)