

**FUNDAÇÃO EDUCACIONAL MACHADO DE ASSIS
FACULDADES INTEGRADAS MACHADO DE ASSIS
CURSO DE DIREITO**

ALINE DE OLIVEIRA

**A DELEGABILIDADE DO PODER DE POLÍCIA PARA ENTIDADES DE DIREITO
PRIVADO INTEGRANTES DA ADMINISTRAÇÃO INDIRETA
TRABALHO DE CURSO**

Santa Rosa
2022

ALINE DE OLIVEIRA

**A DELEGABILIDADE DO PODER DE POLÍCIA PARA ENTIDADES DE DIREITO
PRIVADO INTEGRANTES DA ADMINISTRAÇÃO INDIRETA
TRABALHO DE CURSO**

Monografia apresentada às Faculdades Integradas Machado de Assis, como requisito parcial para avaliação do Componente Curricular de Trabalho de Curso II do Curso de Direito.

Orientadora: Ms. Raquel Luciene Sawitzki Callegaro


Santa Rosa
2022

ALINE DE OLIVEIRA

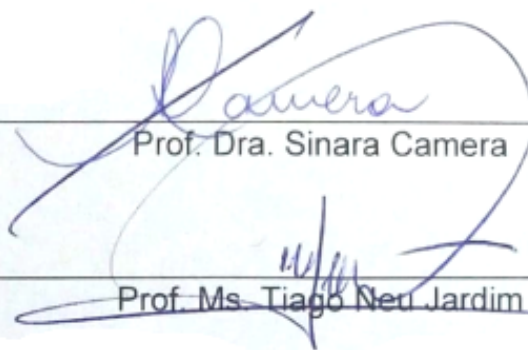
**A DELEGABILIDADE DO PODER DE POLÍCIA PARA ENTIDADES DE DIREITO
PRIVADO INTEGRANTES DA ADMINISTRAÇÃO INDIRETA
TRABALHO DE CURSO**

Monografia apresentada às Faculdades Integradas Machado de Assis, como requisito parcial para obtenção do Título de Bacharel em Direito.

Banca Examinadora



Prof. Ms. Raquel Luciene Sawitzcki Callegaro – Orientador(a)



Prof. Dra. Sinara Camera



Prof. Ms. Tiago Neu Jardim

Santa Rosa, 28 de junho de 2022.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a minha orientadora Prof^a Raquel que sempre me auxiliou na construção da presente monografia.

Agradeço a minha família, em especial, minha mãe, por sempre me apoiar e não medir esforços para que eu possa alcançar meus objetivos e sonhos.

“Ex nihilo nihil fit.” (Parmênides)

RESUMO

O presente trabalho monográfico apresenta como temática o direito administrativo e a delegação do Poder de Polícia para entidades de direito privado integrantes da Administração Indireta. A delimitação temática tem como foco a análise da divisão da Administração Pública e suas características, principalmente no que diz respeito às Sociedades de Economia Mista e Empresas públicas, além da delegabilidade do Poder de Polícia para entidades de direito privado integrantes da Administração Indireta. O estudo perpassa pelo Poder de Polícia, Teoria do Ciclo de Polícia e análise doutrinária e jurisprudencial da delegabilidade do Poder de Polícia. Neste sentido, este estudo trata sobre a delegabilidade do poder de polícia atualmente, com base no entendimento firmado pelo RE 633.782. O problema de pesquisa que norteia o estudo visa a abordar se é possível a delegação do Poder de Polícia para entidades de direito privado da Administração Indireta. Desse modo, tem-se como objetivo geral identificar o entendimento doutrinário e jurisprudencial brasileiro no que tange à delegabilidade do Poder de Polícia para entes da administração indireta de direito privado, a fim de compreender a possibilidade ou não desta delegação e, em caso positivo, em que limites as sociedades de economia mista e empresas públicas podem exercer o Poder de Polícia. A justificativa da relevância da pesquisa está diante da existência de forte divergência doutrinária e jurisprudencial sobre a delegabilidade do Poder de Polícia pelo Estado aos entes de direito privado, tornando-se necessário contribuir para a consolidação de posição sobre a delegação, em prol da segurança jurídica do ordenamento jurídico brasileiro. Para atingir o objetivo proposto, a metodologia adotada, quanto à natureza da investigação da pesquisa, é teórica-empírica, uma vez que esta privilegia o construto literário relativo ao tema presente na doutrina, na legislação e na jurisprudência. A pesquisa classifica-se como descritiva, com abordagem indireta, interpretando-se os dados pelo método hipotético-dedutivo. A estruturação do trabalho apresenta-se, após a introdução, organizada em dois capítulos, subdivididos em duas seções cada. No primeiro, realizou-se a abordagem da estrutura da Administração Pública, expondo as características dos entes integrantes da Administração Direta e Indireta, bem como das prerrogativas conferidas a tais entes, em especial o Poder de Polícia. No segundo, abordou-se a teoria do ciclo de polícia sob a perspectiva doutrinária como parâmetro para a delegação do Poder de Polícia e, na segunda seção, passou-se a analisar a delegabilidade do Poder de Polícia para entidades de direito privado integrantes da Administração Pública no plano da jurisprudência, com enfoque de análise no RE 633.782. Por fim, apresenta-se a conclusão, que após o estudo possibilitou demonstrar o entendimento atual firmado pela jurisprudência brasileira de ser delegável o ciclo de consentimento, fiscalização e sanção de polícia.

Palavras-chave: Poder de Polícia – Delegação – Entidades de direito privado - Sanção de Polícia.

ABSTRACT

The present monographic work presents the theme of administrative law and the delegation of Police Power to private law entities that are part of the Indirect Administration. The thematic delimitation focuses on the analysis of the division of Public Administration and its characteristics, especially with regard to Mixed Economy Societies and Public Companies, in addition to the delegation of Police Power to private law entities that are part of the Indirect Administration. The study goes through the Police Power, Police Cycle Theory and doctrinal and jurisprudential analysis of the delegability of the Police Power. In this sense, this study deals with the delegability of police power today, based on the understanding signed by RE 633.782. The research problem that guides the study aims to address whether it is possible to delegate the Police Power to private entities of the Indirect Administration. In this way, the general objective is to identify the Brazilian doctrinal and jurisprudential understanding regarding the delegability of the Police Power to entities of the indirect administration of private law, in order to understand the possibility or not of this delegation and, if so, in which limits mixed capital companies and public companies can exercise the Police Power. The justification for the relevance of the research is due to the existence of strong doctrinal and jurisprudential divergence on the delegation of Police Power by the State to private law entities, making it necessary to contribute to the consolidation of the position on the delegation, in favor of legal certainty of the Brazilian legal system. In order to achieve the proposed objective, the methodology adopted, regarding the nature of the investigation, the research is theoretical-empirical, since it privileges the literary construct related to the theme present in doctrine, legislation and jurisprudence. The research is classified as descriptive, with an indirect approach, interpreting the data by the hypothetical-deductive method. After the introduction, the structure of the work is organized in two chapters, subdivided into two sections each. In the first one, the Public Administration structure was approached, exposing the characteristics of the entities that make up the Direct and Indirect Administration, as well as the prerogatives conferred on such entities, especially the Police Power. In the second, the theory of the police cycle was approached from a doctrinal perspective as a parameter for the delegation of Police Power and, in the second section, the delegability of the Police Power to private law entities that are members of the Administration was analyzed. Public at the level of jurisprudence, with an analysis focus on RE 633,782. Finally, the conclusion is presented, which after the study made it possible to demonstrate the current understanding established by Brazilian jurisprudence that the cycle of consent, inspection and police sanction can be delegated.

Keywords: Police Power - Delegation - Private Law Entities - Police Sanction.

LISTA DE ABREVIações, SIGLAS E SÍMBOLOS

ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade

ADPF – Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental

CRFB – Constituição da República Federativa do Brasil

CTB – Código de Trânsito Brasileiro

CTN – Código Tributário Nacional

RE – Recurso Extraordinário

STF – Supremo Tribunal Federal

art. – artigo

nº – número

p. – página

§. – parágrafo

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	10
1 A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E O PODER DE POLÍCIA	13
1.1 A ESTRUTURAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	14
1.2 O PODER DE POLÍCIA COMO PRERROGATIVA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA BRASILEIRA.....	24
2 A DELEGABILIDADE OU INDELEGABILIDADE DO PODER DE POLÍCIA PARA ENTIDADES DE DIREITO PRIVADO DA ADMINISTRAÇÃO INDIRETA: DISCUSSÃO DOUTRINÁRIA E JURISPRUDENCIAL.....	31
2.1 O CICLO DO PODER DE POLÍCIA COMO PARÂMETRO PARA DELEGAÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO SOB A PERSPECTIVA DOUTRINÁRIA.....	32
2.2 AS DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL SOBRE A DELEGAÇÃO DO PODER DE POLÍCIA E O ENTENDIMENTO ATUAL DA CORTE FIRMADO NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 633.782.....	39
CONCLUSÃO.....	51
REFERÊNCIAS.....	54

INTRODUÇÃO

O presente trabalho de curso possui como tema de análise o Direito Administrativo e a delegação do Poder de Polícia para entidades de direito privado integrantes da Administração Indireta. Ademais, a delimitação temática deste estudo tem como recorte a análise da divisão da Administração Pública, principalmente no que diz respeito às Sociedades de Economia Mista e Empresas Públicas.

Além disso, tratar-se sobretudo acerca da possibilidade de delegação do Poder de Polícia para essas entidades de regime jurídico de direito privado integrantes da Administração Indireta, os limites delegáveis deste poder administrativo, utilizando-se como parâmetro o chamado “Ciclo do Poder de Polícia”, por meio de análise sob o aspecto doutrinário e jurisprudencial do tema.

Nesse contexto, ao longo da pesquisa busca-se responder ao seguinte questionamento: é possível a delegação do Poder de Polícia para entidades de direito privado integrantes da administração indireta? A partir disso, pode-se analisar duas possíveis respostas. A primeira hipótese é favorável à indelegabilidade do Poder de Polícia para entidades de direito privado, visto que se trata de prerrogativa inerente ao poder coercitivo do Estado, qual seja a restrição da atividade de particulares em prol do interesse público. Por outro lado, a segunda hipótese pressupõe que a delegação do Poder de Polícia para entidades de direito privado da Administração Indireta torna-se válida no ordenamento jurídico brasileiro contemporâneo, como forma de extensão das prerrogativas estatais a entes componentes da Administração Pública.

Desse modo, o objetivo geral a ser atingido diz respeito à identificação da possibilidade de delegação do Poder de Polícia para entidades de direito privado integrantes da administração indireta. Quanto aos objetivos específicos podem ser divididos em três: 1) Estudar a estruturação da Administração Pública e o fenômeno da descentralização, expondo em especial as características inerentes às entidades de direito privado da Administração Indireta; 2) Compreender o Poder de Polícia, quanto ao seu conceito, finalidade e atributos, bem como expor a Teoria do Ciclo de Polícia, utilizando esta como parâmetro de delegação do poder administrativo supracitado para entidades administrativas de direito privado e; 3) Analisar a

doutrina de direito administrativo e a evolução jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal sobre a impossibilidade ou possibilidade de delegação do Poder de Polícia para entidades administrativas de direito privado, possuindo como enfoque de estudo o Recurso Extraordinário nº 633.782, julgado pelo Supremo Tribunal Federal.

Tendo em vista que a Administração Pública possui o papel de exercer a função administrativa para atingir o fim público primário, esta detém certas prerrogativas, como o Poder de Polícia, pelo qual condiciona atividades e bens de particulares. Contudo, discute-se a delegação desse poder coercitivo para particulares originalmente não detentores deste. Desse modo, a relevância acadêmica da pesquisa demonstra-se diante da existência de forte divergência doutrinária e jurisprudencial sobre a delegabilidade do Poder de Polícia pelo Estado aos entes de direito privado, tornando-se necessário contribuir para a consolidação de posição sobre a delegação, em prol da segurança jurídica do ordenamento jurídico brasileiro.

Nesse sentido, a pesquisa demonstra-se plenamente viável frente ao atual panorama nacional, diante de entendimento não consolidado e recentemente alterado pela Suprema Corte, que permite o exercício de poder coercitivo, conferido especialmente ao Estado soberano para buscar o interesse público, para entes de direito privado.

No que tange a metodologia aplicada, a pesquisa do presente projeto monográfico caracteriza-se como teórico-empírica, quanto à natureza, uma vez que privilegiará o entendimento relativo ao tema presente na doutrina, na legislação e na jurisprudência brasileira. Ainda, adotar-se-á o tratamento de dados qualitativo, utilizando proceduralmente o método bibliográfico e documental, considerando que reunir-se-á um conjunto diferenciado de informações, decorrente da doutrina brasileira e do entendimento conflitante desta sobre o tema, bem como do histórico jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal (STF), com análise do Recurso Extraordinário (RE) nº 633.782 proferido pela corte em 2020.

Por fim, o trabalho será estruturado em dois capítulos, subdivididos cada um em duas seções. No primeiro capítulo, será abordada a estrutura da Administração Pública, expondo as características dos entes integrantes da Administração Direta e Indireta, bem como tratar-se-á das prerrogativas conferidas a tais entes, em especial o Poder de Polícia. No segundo capítulo, será debatida a “Teoria do Ciclo de Polícia” sob a perspectiva doutrinária como parâmetro para a delegação do Poder de Polícia

e, na segunda seção, analisar-se a delegabilidade do Poder de Polícia para entidades de direito privado integrantes da Administração Pública no plano da jurisprudência, expondo decisões jurisprudenciais proferidas cronologicamente, culminando na análise do RE 633.782, último julgado proferido pelo STF sobre a delegabilidade do Poder de Polícia.

1 A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E O PODER DE POLÍCIA

O Estado detém o monopólio do uso de força/coação para realizar o controle social. Nesse sentido, a evolução do Estado fez surgir a figura do Estado de Direito, no qual a Administração Pública age de acordo com o direito posto, nos mesmos moldes dos demais sujeitos da sociedade. Ato contínuo, a Administração Pública possui como papel principal a primazia do interesse público, ideal visado no Estado Democrático de Direito, por meio de sua função administrativa típica.

Outrossim, a administração pública se fundamenta em dois 'macroprincípios', normas gerais, que orientam a atuação da Administração Pública. Esses princípios basilares são definidos como: o princípio da supremacia do interesse público e o princípio da indisponibilidade do interesse público. Tais princípios são chamados de "Pedras de Toque" por Celso Antônio Bandeira de Mello (MELLO, 2010), justamente por fundamentarem a base de ações da Administração Pública para cumprir com sua principal finalidade, o interesse público.

O Princípio da Supremacia do Interesse Público também denominado de princípio do interesse público ou de finalidade pública está previsto implicitamente no ordenamento jurídico brasileiro. Nas palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello "Trata-se de verdadeiro axioma reconhecível no moderno Direito Público. Proclama a superioridade do interesse da coletividade, firmando a prevalência dele sobre o do particular, como condição, até mesmo, da sobrevivência e asseguramento deste último." (MELLO, 2012, p. 70 apud DE ALMEIDA, 2022, p. 26).

Ademais, o Princípio da Indisponibilidade do Interesse Público informa que os agentes públicos não podem renunciar aos poderes a eles legalmente conferidos. Nas palavras de Mazza "[...] no exercício da função administrativa os agentes públicos estão obrigados a atuar, não segundo sua própria vontade, mas do modo determinado pela legislação." (MAZZA, 2022, p. 62).

Com o fim de atingir o interesse público, a Administração Pública pauta sua atuação e define sua estruturação, além disso, recebe prerrogativas que visam conferir verdadeiros poderes-deveres para concretizar suas ações. Neste primeiro capítulo abordar-se-á, inicialmente, a estruturação da Administração Pública no que tange sua divisão em Administração Direta e Indireta, os seus entes componentes e a finalidade de tal subdivisão.

Em seguida, será tratado sobre as prerrogativas conferidas aos entes da Administração Pública - os poderes administrativos. Estes são facilitadores do exercício da função administrativa em busca de se atingir o interesse primário da Administração Pública, qual seja implementar as necessidades dos cidadãos de forma adequada e eficiente. Em especial, será abordado na parte final do primeiro capítulo o poder administrativo denominado Poder de Polícia, no que diz respeito ao seu conceito, função e atributos.

1.1 A ESTRUTURAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

A Administração Pública se submete a prerrogativas e restrições, as quais orientam a atuação administrativa na busca do interesse público. Este interesse pode ser concebido como interesse público primário ou interesse público secundário. O primeiro consiste nas necessidades da sociedade, ou seja, dos administrados em geral, enquanto o segundo, trata da própria vontade da máquina estatal (JUSTEN FILHO, 2018).

Logo, a Administração Pública deve alinhar-se a alcançar primordialmente o interesse público primário, embora possa visar seus interesses individuais, tidos como secundários, desde que não se distancie daquele interesse inicial que a fundamenta. Isso porque, conforme leciona Mazza “[...] só existe supremacia do interesse público primário sobre o interesse privado. O interesse patrimonial do Estado como pessoa jurídica, conhecido como interesse público secundário, não tem supremacia sobre o interesse do particular.” (MAZZA, 2022, p. 60).

Ademais, a análise da Administração Pública deve pautar-se em dois sentidos diferentes: sentido subjetivo e sentido objetivo. Aquele, volta-se para a Administração como um conjunto de pessoas, ou seja, quem desempenha a atividade administrativa. Assim, conforme Carvalho, em seu sentido subjetivo o exercício da função administrativa é analisado independentemente do poder a que pertença (Executivo, Legislativo ou Judiciário). Já o sentido objetivo compreende a própria função administrativa exercida por meio de atividades e serviços pelo Estado (CARVALHO, 2020).

No entendimento de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, este último abrange “[...] as atividades exercidas pelas pessoas jurídicas, órgãos e agentes incumbidos de atender concretamente às necessidades coletivas; [...]” (DI PIETRO, 2022, p. 99). E

ratificando o entendimento do autor, Matheus Carvalho, exposto acima, o sentido subjetivo para Di Pietro compreende

[...] todos os órgãos integrantes das pessoas jurídicas políticas (União, Estados, Municípios e Distrito Federal), aos quais a lei confere o exercício de funções administrativas. São os órgãos da **Administração Direta** do Estado.

Porém, não é só. Às vezes, a lei opta pela execução indireta da atividade administrativa, transferindo-a a pessoas jurídicas com personalidade de direito público ou privado, que compõem a chamada **Administração Indireta** do Estado.

Desse modo, pode-se definir Administração Pública, em sentido subjetivo, como o **conjunto de órgãos e de pessoas jurídicas aos quais a lei atribui o exercício da função administrativa do Estado**. (DI PIETRO, 2021. p. 100) - [grifos no original].

Após o exposto, neste trabalho, será considerado para estudo o sentido subjetivo da Administração Pública, abordando-se inicialmente a análise da estruturação do Estado, isto é, o seu conjunto estrutural de entidades e órgãos que desempenham a função administrativa. A organização administrativa fundamenta-se no fato de que ao estruturar-se é possível obter melhor funcionamento estatal, considerando que por meio desta, algumas atividades são desempenhadas diretamente ou indiretamente pelo Estado.

O decreto-lei nº 200/67 é o responsável por apresentar de forma geral a divisão da Administração Pública em direta e indireta no que diz respeito à atuação do Estado por meio de seus agentes e pessoas jurídicas. No art. 4º do Decreto-lei nº 200/67 é apresentado o conceito dessa divisão da Administração Pública, nos seguintes termos:

Art. 4º A Administração Federal compreende:

I - A **Administração Direta**, que se constitui dos serviços integrados na estrutura administrativa da Presidência da República e dos Ministérios.

II - A **Administração Indireta**, que compreende as seguintes categorias de entidades, dotadas de personalidade jurídica própria:

- a) Autarquias;
- b) Empresas Públicas;
- c) Sociedades de Economia Mista.
- d) fundações públicas. (BRASIL, 1967) - [sem grifos no original].

Por conseguinte, tem-se que a administração Direta é exercida pelos entes políticos. No entendimento de Matheus Carvalho

A Administração direta é o conjunto de órgãos que integram a pessoa federativa com competência para determinado exercício, sendo constituída

de serviços que integram a estrutura da República e seus ministérios e, pelo Princípio da Simetria, as esferas estaduais, municipais e distritais seguem a mesma estrutura. (CARVALHO, 2020, p. 168).

Esses entes possuem autonomia própria, administrativa, política e legislativa, compondo a forma de estado federativa no Brasil. A Administração Direta é composta pela União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal, divididos internamente com a criação de órgãos públicos, sem personalidade jurídica, por meio do fenômeno da desconcentração. Para José dos Santos Carvalho Filho na Administração Direta a “Administração Pública é, ao mesmo tempo, a titular e a executora do serviço público [...]” (CARVALHO FILHO, 2020, p. 487), ou seja, atua de forma centralizada no exercício da atividade administrativa do Estado.

Em contrapartida, a Administração Indireta é resultado da transferência por parte da Administração Direta do exercício de atividade pública a pessoas especializadas na prestação de determinado serviço. Esta compõe-se das seguintes entidades: Autarquias, inclusive associações públicas; Fundações Públicas; Empresas Públicas; e Sociedades de Economia Mista.

A doutrinadora Fernanda Marinela leciona que a Administração indireta é composta por “[...] entidades que possuem personalidade jurídica própria e são responsáveis pela execução de atividades administrativas que necessitam ser desenvolvidas de forma descentralizada.” (MARINELA, 2017 p. 151).

Neste ponto é importante citar novamente o Decreto-lei nº 200/67 que traz uma variedade de temas relacionados à Administração Pública, conceituando-os e detalhando, a fim de complementar os conceitos ora estudados. Entre os assuntos expostos no referido instituto legislativo, recepcionado pela Constituição Federal, está o instituto da descentralização e centralização administrativa. Trata-se da possibilidade de prestação direta dos serviços públicos pelos entes federativos ou então de forma descentralizada (BRASIL, 1967).

Na situação em que a função administrativa é exercida diretamente pelos entes políticos (Administração Direta), sem transferência para pessoa diversa, há a execução de prestação centralizada do serviço público. Por outro lado, quando se cria pessoa diversa dos entes estatais e se transfere a terceiros especializados a prestação da função administrativa há a descentralização administrativa.

Pode-se entender a descentralização administrativa como “[...] a distribuição de competências de uma para outra pessoa, física ou jurídica, caso em que não se

mantém entre elas relação de hierarquia. Nela pressupõe-se a existência de pelo menos duas pessoas, entre as quais as atribuições são divididas.” (NOHARA, 2020, p. 621).

A descentralização propriamente dita pauta-se na busca pela eficiência em razão da especialização da execução das atividades estatais, inclusive apresenta-se como princípio da Administração - Princípio da descentralização administrativa -, tamanha a sua importância (BRASIL, 1967).

Desse modo, o Estado transfere a entes dotados de personalidade jurídica própria atividades públicas para melhor desempenho, em busca de prestação dessas atividades de forma adequada e eficiente, bem como para frear o crescimento desmesurado da máquina administrativa, conforme expresso pelo art. 10, §7º, do Decreto-lei nº 200/67.

Em vista disso, tem-se que na descentralização o Estado ao invés de prestar por si mesmo as atividades da função administrativa, passa a exercê-las por meio de terceiros, auxiliares da consecução do interesse público. Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, “Na descentralização o Estado atua indiretamente, pois o faz através de outras pessoas, seres juridicamente distintos dele [...]” (MELLO, 2010, p. 150), ou seja, são pessoas jurídicas criadas pelo Estado e distintas deste.

Introduz-se um adendo de que os entes da Administração Indireta não são subordinados hierarquicamente aos entes da Administração Indireta, visto tratar-se de pessoas jurídicas diversas. A hierarquia apenas tem lugar para se manifestar internamente em uma mesma pessoa. O que há entre a Administração Direta e a Indireta é o chamado controle finalístico, no qual fiscaliza-se a legalidade apenas.

Para Matheus Carvalho este também é conhecido como controle por vinculação, que se caracteriza como uma espécie de supervisão. Para o referido autor, o controle finalístico fundamenta-se em

[...] uma relação de vinculação entre pessoas, é um controle limitado e teleológico, restringindo-se à verificação do enquadramento do ente descentralizado às disposições definidas na lei específica responsável pela sua criação, de forma a analisar se o ente cumpre com as finalidades estatutárias. (CARVALHO, 2020, p. 405).

O controle sofrido pela Administração Indireta pode ser interno ou externo. Segundo Marinela, o último é realizado por pessoas estranhas àquela, podendo ser por

[...] entidade da Administração Direta que a criou; pelo Tribunal de Contas, enquanto órgão auxiliar do Poder Legislativo, que tem a competência para julgar contas; pelo Poder Judiciário, via inúmeras ações judiciais; ou até pelo cidadão, por meio de alguns instrumentos constitucionais e legais de controle pelo povo, entre os quais estão a ação popular, a representação por ato de improbidade, a análise das contas municipais, com base no art. 31, § 3º, da Constituição Federal. (MARINELA, 2017, p. 155).

Entre as razões e fins desse controle estão a verificação de que o ente descentralizado está cumprindo com os objetivos fixados em seus atos de criação, e de que a atuação das entidades está pautada na obtenção de eficiência administrativa.

Evoluindo no tema, a descentralização administrativa pode ser realizada de duas formas: por outorga/descentralização por serviço e por delegação/descentralização por colaboração. Na descentralização por outorga ocorre a transferência da execução e da titularidade do serviço público para outra entidade, conforme Di Pietro leciona a

Descentralização **por serviços, funcional ou técnica** é a que se verifica quando o Poder Público (União, Estados ou Municípios) cria uma pessoa jurídica de direito público ou privado e a ela atribui a titularidade e a execução de determinado serviço público. No Brasil, essa criação somente pode dar-se por meio de **lei** e corresponde, basicamente, à figura da **autarquia**, mas abrange também **fundações** governamentais, **sociedades de economia mista, empresas públicas e suas subsidiárias**, que exerçam serviços públicos. (DI PIETRO, 2021, p. 569) - [grifos no original].

Dessa forma, a regra é que a outorga é realizada apenas para entidades jurídicas de direito público da Administração Indireta, especializadas na execução de atividades típicas do Estado, como as autarquias, visto que para a doutrina majoritária a titularidade dos serviços e atividades públicas deve permanecer sob o comando do Poder Público.

Por outro lado, na delegação, apenas se transfere a execução dos serviços, mantendo-se a titularidade destes com o próprio Estado. E, por isso, a descentralização por colaboração se dá para entidades de direito privado da administração indireta - denominadas de empresas estatais - ou a particulares, por meio de lei para aquelas ou por contrato para estes.

No entendimento de Marçal Justen Filho, a descentralização por colaboração é uma tendência na atualidade e permite a “[...] conjugação de esforços e recursos entre as entidades estatais e a iniciativa privada, visando a ampliar a eficácia na

utilização dos recursos econômicos e a gerar serviços públicos mais eficientes, dotados de maior qualidade e com menor custo.” (JUSTEN FILHO, 2018, p. 359).

Em continuidade, passa-se a analisar de maneira pormenorizada os entes da Administração Indireta, cuja composição foi exposta anteriormente, os quais podem exercer a função administrativa por meio do instituto da descentralização, anteriormente analisado.

Primeiramente, pode-se citar algumas características comuns a todos os entes integrantes da Administração Indireta, independentemente do regime jurídico destes. Estes possuem personalidade jurídica própria diversa daquele ente que os cria, possuindo então direitos e obrigações próprios.

Ademais, as entidades da Administração indireta possuem patrimônio próprio, bem como capacidade de autoadministração. Além disso, prevê o art. 37, XIX, CRFB/88 que a criação de qualquer das entidades se faz por meio de lei específica, que efetivamente cria apenas as autarquias, enquanto autoriza a criação dos demais entes, quais sejam a fundação pública, a sociedade de economia mista e a empresa pública - estas dependem ainda para existir do registro de seus atos constitutivos no órgão competente (BRASIL, 1988).

Superadas as características comuns, é importante expor as diferenças existentes entre os componentes da Administração Indireta, situação evidenciada na contraposição existente entre o regime jurídico aplicado às entidades com personalidade de direito público e as com personalidade de direito privado.

Assim, em regra as autarquias e fundações públicas possuem regime de direito público, enquanto as empresas estatais - sociedades de economia mista e empresas públicas - são detentoras de regime jurídico privado. Dessa forma, o regime jurídico no qual os entes estão fundados influencia diretamente nas suas prerrogativas e obrigações.

As autarquias são definidas pelo art. 5º, I, do Decreto-lei 200/67 “I - Autarquia - o serviço autônomo, criado por lei, com personalidade jurídica, patrimônio e receita próprios, para executar atividades típicas da Administração Pública, que requeiram, para seu melhor funcionamento, gestão administrativa e financeira descentralizada.” (BRASIL, 1967).

Por desempenharem atividade típica de Estado, estas possuem o mesmo regime jurídico aplicável à Fazenda Pública, ou seja, aquele aplicável ao Estado no que diz respeito aos seus entes políticos. Já as Fundações Públicas são formadas

por patrimônio público destinado especificamente a sua criação (CARVALHO, 2020). A definição destas está no art. 5º, IV, do decreto-lei 200/67, porém, embora o dispositivo a entenda como de direito privado, esse não é o entendimento prevalente atualmente. Com efeito, não se aplica o regime de direito privado para as fundações públicas, assim

[...] as fundações públicas são entidades autárquicas que gozam de todos os privilégios decorrentes da supremacia do interesse público e se submetem a todas as restrições impostas ao Estado. Seriam assim, verdadeiras autarquias fundacionais, ou seja, autarquias formadas pela destinação de um patrimônio público a um fim específico. (MELLO, 2009, s.p. apud CARVALHO, 2020, p. 209).

Dessa forma, pode-se observar que ambas as entidades - autarquias e fundações públicas - são detentoras de regime jurídico de Direito Público, possuindo privilégios do regime jurídico público como os fiscais, entre eles o previsto no art. 150, §2º, CRFB/88, consiste na imunidade tributária recíproca de impostos sobre o patrimônio, a renda e os serviços, vinculados a suas finalidades essenciais ou às delas decorrentes (BRASIL, 1988).

Do outro lado, estão as entidades das empresas estatais. Estas são compostas pelas empresas públicas e pelas sociedades de economia mista. A personalidade destas é de direito privado, em regra. Em específico as entidades de direito privado integrantes da Administração Indireta, são criadas para instrumentalizar a ação do Estado.

Para Fernanda Marinela pode-se dizer que a expressão empresa estatal abarca todas “[...] as sociedades, civis ou empresariais, de que o Estado tenha o controle acionário, abrangendo a empresa pública e a sociedade de economia mista e outras empresas que não tenham essa natureza.” (MARINELA, 2017, p. 194).

O conjunto de entes que correspondem às empresas estatais é conceituado pelo Decreto-lei 200/67 da seguinte forma:

art. 5º Para os fins desta lei, considera-se:

[...]

II - **Empresa Pública** - a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, com patrimônio próprio e capital exclusivo da União, criado por lei para a exploração de atividade econômica que o Governo seja levado a exercer por força de contingência ou de conveniência administrativa podendo revestir-se de qualquer das formas admitidas em direito.

III - **Sociedade de Economia Mista** - a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, criada por lei para a exploração de atividade econômica, sob a forma de sociedade anônima, cujas ações com direito a

voto pertençam em sua maioria à União ou a entidade da Administração Indireta. (BRASIL, 1967) - [sem grifos no original].

No mesmo sentido é a conceituação destas na Lei 13.303/16 - que trata do estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias - em seus arts. 3º e 4º, respectivamente, nos seguintes termos

Art. 3º **Empresa pública** é a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, com criação autorizada por lei e com patrimônio próprio, cujo capital social é integralmente detido pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal ou pelos Municípios.

Parágrafo único. Desde que a maioria do capital votante permaneça em propriedade da União, do Estado, do Distrito Federal ou do Município, será admitida, no capital da empresa pública, a participação de outras pessoas jurídicas de direito público interno, bem como de entidades da administração indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Art. 4º **Sociedade de economia mista** é a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, com criação autorizada por lei, sob a forma de sociedade anônima, cujas ações com direito a voto pertençam em sua maioria à União, aos Estados, ao Distrito Federal, aos Municípios ou a entidade da administração indireta.

§ 1º A pessoa jurídica que controla a sociedade de economia mista tem os deveres e as responsabilidades do acionista controlador, estabelecidos na Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, e deverá exercer o poder de controle no interesse da companhia, respeitado o interesse público que justificou sua criação. (BRASIL, 2016) - [sem grifos no original].

Na doutrina, Celso Antônio Bandeira de Mello apresenta o contraponto entre ambas, lecionando que enquanto as empresas públicas são constituídas por capital 100% público, sem a participação de particulares, nas sociedades de economia mista há conjugação de capital privado com recursos provenientes de pessoas de Direito Público ou de entidades de suas Administrações indiretas, mas o Poder Público deve ser o detentor da maioria acionária com direito a voto (MELLO, 2010).

Ainda, segundo o referido autor, pode-se identificar mais duas nítidas diferenças entre as empresas estatais. Trata-se do fato de que as empresas públicas podem deter qualquer forma societária admitida no direito, enquanto as sociedades de economia mista apenas podem ser constituídas na forma de sociedade anônima. A segunda diferença está relacionada à competência para processamento e julgamento das empresas estatais, no caso em que as empresas públicas sejam parte, de regra, ocorrerá no âmbito da Justiça Federal, ao passo que as ações relativas a sociedades de economia mista serão de competência da Justiça Estadual (MELLO, 2010).

Embora presentes tais diferenças, as empresas públicas e sociedades de economia mista possuem finalidades comuns. Além disso, a Constituição da República Federativa do Brasil proíbe a criação dessas entidades com objeto indeterminado, as quais devem possuir finalidade específica, seja a prestação de serviços públicos por meio da delegação estatal ou a exploração de atividade econômica.

A prestação de serviços públicos se dá no exercício daquelas atividades típicas do Estado, o qual por vezes, a fim de não desempenhá-las de forma deficiente as transfere para entes que colaboraram para se atingir o interesse público. Ademais, as empresas estatais também poderão desempenhar atividades de exploração econômica nos casos previstos em lei (BRASIL, 1988).

Nesse último caso, é de se observar que conquanto possam ter como fim a exploração de atividade econômica, estas não são criadas com a finalidade de obtenção de lucro, já que tal atividade apenas será exercida quando houver relevante interesse coletivo ou imperativo de segurança nacional que a justifique, conforme previsão do art. 173 da CRFB/88 e art. 2º, §1º, da Lei 13.303/16.

Desse modo, conforme expressa Celso Antônio Bandeira de Mello, a atuação das empresas estatais na exploração da atividade econômica não pode deixar de considerar o interesse coletivo, visto que o interesse público secundário - busca de interesses particulares do próprio aparato estatal - somente pode se dar quando forem "[...] coincidentes com os interesses primários [...]" (MELLO, 2015, p. 67 apud MEIRELLES, 2016, p. 91).

A partir do exposto, tem-se que quando as empresas públicas e sociedades de economia mista se submetem ao regime de exploração da atividade econômica, tais entidades não gozam das prerrogativas próprias de Estado, além daqueles benefícios fiscais ou processuais concedidos aos particulares, aproximando-se do regime de direito privado, nos termos do disposto pelo art. 173, §2º, CRFB/88 (BRASIL, 1988).

Cita-se como exemplo o entendimento exarado pelo Supremo Tribunal Federal ao fixar a tese de Repercussão Geral 253 no RE 599628, segundo a qual "Sociedades de economia mista que desenvolvem atividade econômica em regime concorrencial não se beneficiam do regime de precatórios, previsto no art. 100 da Constituição da República." (BRASIL, 2013).

Contudo, frisa-se que embora no exercício atividade econômica, as empresas estatais não se desvinculam totalmente das prerrogativas e sujeições vivenciadas pela Administração Pública. Isso porque, as empresas estatais continuam submetidas aos princípios da Administração Pública, sobretudo aos macroprincípios, anteriormente explanados.

De outro ponto de vista, na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 387, item 4, assentou-se o seguinte entendimento “É aplicável o regime dos precatórios às sociedades de economia mista prestadoras de serviço público próprio do Estado e de natureza não concorrencial.” (BRASIL, 2017).

Das exposições supratranscritas percebe-se que é possível distinguir o regime jurídico aplicável às empresas estatais de acordo com sua finalidade, prestadoras de serviço público ou exploradoras de atividade econômica. Há, portanto, natureza híbrida destes entes de direito privado integrantes da Administração Indireta no que se refere ao regime jurídico aplicável. Conforme leciona Fernanda Marinela,

Para as **exploradoras de serviços públicos**, em que pese a personalidade jurídica de direito privado, o seu regime em muito se aproxima do direito público, até porque são inafastáveis do conceito de serviços públicos. No silêncio da lei, aplicam-se as regras do regime jurídico-administrativo. De outro lado, encontram-se as **exploradoras da atividade econômica** cujo regime, em razão dessa finalidade, é o que mais se aproxima do direito privado. Para essas pessoas jurídicas, a regra é a aplicação do direito privado; o direito público é a exceção e deve ser aplicado restritivamente, quando tiver previsão expressa. (MARINELA, 2017, p. 196) - [sem grifos no original].

Ainda, no entendimento de Celso Antônio de Mello há um “abismo” entre as entidades que o Estado criou por descentralização e as demais pessoas de direito privado, das quais tomou por empréstimo a forma jurídica, devendo então o regime de direito privado adotado por estas sofrer adaptações (MELLO, 2010).

A doutrina majoritária entende que, essa situação caracteriza o chamado regime jurídico híbrido ou misto das empresas estatais. Di Pietro ensina que

[...] a Administração confere às suas pessoas jurídicas privadas os meios de atuação do direito privado considerados mais adequados para a execução de determinadas atividades; mas, simultaneamente, as submete, em parte, ao regime administrativo, na medida considerada essencial para a consecução daqueles mesmos fins. (DI PIETRO, 2021, p. 564).

Dessa forma, quando as entidades de direito privado exploram o serviço público possuem algumas prerrogativas para que prevaleça a vontade do ente estatal e ao explorarem atividade econômica o regime jurídico se aproxima do direito privado, aplicando-se ora mais o regime de direito público, ora mais o regime de direito privado de acordo com a finalidade específica que exerçam.

Esta situação se dá pois o interesse público se sobrepõe ao particular, possuindo prerrogativas que facilitam atingi-lo, contudo, ao mesmo tempo, tais privilégios não podem permitir a livre atuação dessas entidades privadas sem que obedeçam aos princípios administrativos e as garantias dos administrados.

Logo, parafraseando Di Pietro, a concessão de privilégios e ao mesmo tempo limitações fornece o equilíbrio necessário entre a posição de supremacia da Administração e a liberdade de atuação das pessoas jurídicas de direito privado para estes entes da Administração Indireta de direito privado (DI PIETRO, 2021).

Outrossim, as entidades de direito privado criadas continuam embasadas na supremacia do interesse público, possuindo limitações para que não se desvirtuem e passem a privilegiar interesses individuais em detrimento do coletivo.

Fundada nessa supremacia do interesse público e na indisponibilidade do interesse público a Administração Pública possui Poderes Administrativos para instrumentalizar sua atuação, os quais, como regra, não são extensíveis aos demais particulares, sejam estes os administrados ou as próprias entidades de direito privado da Administração Pública.

Dessa forma, necessário se faz entender o que são os poderes administrativos e a sua importância no ordenamento jurídico brasileiro e para o desenvolvimento das funções administrativas, em especial, será abordado o Poder de Polícia no âmbito doutrinário e legislativo brasileiro.

1.2 O PODER DE POLÍCIA COMO PRERROGATIVA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA BRASILEIRA

A Administração Pública deve atuar na busca do interesse público, o que lhe confere certas prerrogativas e poderes para instrumentalizar sua atuação. Estes poderes são, com efeito, facilitadores do exercício da atividade administrativa.

Os poderes administrativos são instrumentos concedidos à Administração Pública para a consecução dos seus interesses. Segundo Hely Lopes Meirelles “Os

poderes administrativos nascem com a Administração e se apresentam diversificados segundo as exigências do serviço público, o interesse da coletividade e os objetivos a que se dirigem.” (MEIRELLES, 2016, p.137).

De acordo com Carvalho, os poderes administrativos também podem ser tidos como poderes-deveres ou deveres-poderes, pois tais não são poderes em si mesmo, mas mecanismos de trabalho que permitem aos órgãos e entidades da Administração Pública executarem suas atividades e dessa forma cumprirem suas funções (CARVALHO, 2020).

Em razão dessa qualidade de poder-dever que os poderes administrativos são irrenunciáveis, ou seja, o administrador não detém a faculdade de se dispor deles. Nesse sentido, é que a Administração Pública possui como uma de suas principais prerrogativas o exercício do Poder de Polícia, como função ordenadora da sociedade, objetivando a contenção de direitos individuais com fundamento na coerção.

Primeiramente, é importante realizar uma breve retomada histórica acerca do Poder de Polícia. O termo *polícia* advém do latim (*politia-ae*), derivado do grego *politeia*, expressões ligadas à ideia de administração das cidades. Nesse sentido, de acordo com Diogo de Figueiredo

Foi com esta acepção geral, de *administração*, que o vocábulo se manteve até o final da Idade Média, difundindo-se o seu uso nos idiomas do romance, até que, sob influxo das ideias liberais germinadas no século XVIII, concentrou-se o seu significado para a designação das *atividades do Estado limitativas e condicionadoras das liberdades individuais*, tal como hoje é universalmente empregado em Direito. (MOREIRA NETO, 2014, p. 437).

Ademais, no século XVII e XVIII, o Poder de Polícia era visto como uma técnica de governo que dirigia o Estado, que fixava os fins e meios de intervenção estatal (FOUCAULT, 2008, s.p. apud NOHARA, 2020, p. 112). Percebe-se que no seu nascedouro o Poder de Polícia estava intimamente ligado aos Estados Absolutistas.

Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, tal expressão precede ao Estado de Direito, e traz a “[...] suposição de prerrogativas dantes existentes em prol do “príncipe” e que se faz comunicar inadvertidamente ao Poder Executivo.” (MELLO, 2010, p. 816). Na época do denominado Estado de Polícia, o *jus politiae*

expressava-se por uma série de normas ditadas pelo príncipe e que não eram alcançadas pelos Tribunais (DI PIETRO, 2020).

Posteriormente, com o Estado de Direito o Poder de Polícia recebe novos contornos, isso porque a nova ordem é baseada no princípio da legalidade. Desse modo, os governantes não mais detinham poder ilimitado para limitar os particulares, já que o próprio Estado passa a ter que se submeter às leis por ele criadas.

Nessa perspectiva, há uma inversão entre Direito e Poder na qual o *rex facit legem* é substituído pelo *lex facit regem*, isto é, os governantes não mais determinam de forma ilimitada o conteúdo que terá força de lei, mas as leis, e especialmente a partir do constitucionalismo as Constituições (que são leis maiores), submetem a atuação dos governantes às leis postas pelo Poder Legislativo, cuja execução seria doravante controlada pelos Tribunais (ZAGREBELSKY, 2003, p. 21 apud NOHARA, 2020).

Modernamente, no século XX, com a ampliação do Estado Social de Direito, o Poder de Polícia novamente ganha outro enfoque. Assim, segundo a doutrinadora Irene Patrícia o “[...] Estado passa a ser garantidor de direitos sociais e promotor de desenvolvimento econômico [...]” (NOHARA, 2020, p. 144) e, por isso, o Poder de Polícia é ampliado, alcançando um espectro de atividades privadas maior.

Enquanto no Estado Liberal o Poder de Polícia era visto pelos indivíduos como uma forma de limitar o Estado no que diz respeito à intervenção e limitação dos próprios indivíduos, no Estado Social o Estado é quem argumenta que a utilização do Poder de Polícia dá-se de forma legítima e visa garantir os direitos individuais aos interesses coletivos (NOHARA, 2020).

A polícia administrativa abandona a ideia de limitar-se à segurança pública, compreendendo e incidindo sobre os outros ramos como o meio ambiente, a saúde, o bem-estar coletivo e o consumidor. Modernamente, há um reconhecimento de papel mais amplo e ativo na atuação da polícia administrativa que, de acordo com Celso Antônio Bandeira de Mello,

[...] sem desconhecer o caráter eventualmente repressivo da polícia administrativa [...] a atividade administrativa preordenada à proteção do todo social e de suas partes, mediante uma ação, ora de observação, ora de prevenção, ora de repressão contra os danos que a eles poderiam ocorrer em razão da atividade dos indivíduos [...] 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-lhe os comportamentos aos interesses sociais consagrados no sistema normativo. (MELLO, 2013, ps. 851 e 853 apud BRASIL, 2020, p. 31).

Avançando na tentativa de definição do Poder de Polícia, Marçal Justen Filho considera que, com base na supremacia do interesse público e na busca pelo interesse coletivo, o Estado exerce sua força coercitiva por meio do Poder de Polícia, como forma de limitar o exercício de liberdades individuais, de modo que a liberdade individual não reduza a liberdade alheia (JUSTEN FILHO, 2018). No mesmo sentido, quando se refere ao Poder de Polícia, entende Fernanda Marinela que

O fundamento para o exercício deste instrumento é o princípio da predominância do interesse público sobre o particular, que dá à Administração posição de hegemonia sobre os administrados, caracterizando-se como exercício da supremacia geral, o que autoriza a sua atuação indistintamente sobre todos os cidadãos que estejam sob o império das leis administrativas. (MARINELA, 2017, p. 291).

Ademais, Carvalho Filho leciona que o Poder de Polícia é “[...] uma prerrogativa de direito público que, calcada na lei, autoriza a Administração Pública a restringir o uso e o gozo da liberdade e da propriedade em favor do interesse da coletividade.” (CARVALHO FILHO, 2021, p. 80), enquanto Di Pietro o entende como “[...] a atividade do Estado consistente em limitar o exercício dos direitos individuais em benefício do interesse público.” (DI PIETRO, 2021, p. 164). Para Meirelles, o Poder de Polícia é

[...] o mecanismo de frenagem de que dispõe a Administração Pública para conter os abusos do direito individual. Por esse mecanismo, que faz parte de toda Administração, o Estado detém a atividade dos particulares que se revelar contrária, nociva ou inconveniente ao bem-estar social, ao desenvolvimento e à segurança nacional. (MEIRELLES, 2016, p. 153).

Ressalta-se que no Direito Brasileiro a definição de Poder de Polícia está prevista no art. 78 do Código Tributário Nacional (CTN):

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. (BRASIL, 1966) - [sem grifos no original].

Em resumo, o Poder de Polícia permite que a Administração Pública, mais uma vez guiada pela supremacia do interesse público, possa agora exercer seu poder coercitivo sobre os administrados, particulares em geral, isto é, sobre aqueles com quem não possui vínculo direto e especial, de forma legítima. Por meio do exercício do Poder de Polícia a Administração Pública restringe a atividade de particulares a fim de garantir a segurança, ordem, paz e bem-estar social, permitindo a ordenação da convivência em sociedade de acordo com a lei (MARINELA, 2017).

Outrossim, com base no exposto até o presente momento, tem-se como primeira visão a existência de um confronto entre prerrogativas e sujeições, as primeiras concedidas à Administração Pública e as segundas atuando como limites aos particulares. Isso se deve ao fato de que a administração pública dispõe de um grande aparato estatal, impondo ao particular de forma coercitiva determinado comportamento, em regra negativo, ou seja, que o particular abstenha-se de praticar determinado comportamento (DI PIETRO, 2021).

Embora apresente-se inicialmente como restrição da vida privada, é de se observar, contudo, que o condicionamento do exercício dos indivíduos pelo Poder de Polícia é calcado no bem-estar coletivo, dessa forma, deve ser considerada válida tal limitação individual, sendo nesse sentido o pensamento de Zanobini, segundo o qual “[...] a ideia de limite surge do próprio conceito de direito subjetivo: tudo aquilo que é juridicamente garantido é também juridicamente limitado”. (ZANOBINI, 1968, v. 4:191 apud DI PIETRO, 2021, p. 163). Cabe frisar que embora se utilize de aparato estatal e coerção dos particulares, características com potencial antidemocrático, o Poder de Polícia deve basear-se nos princípios constitucionais e legais, devendo ser utilizado democraticamente.

Segundo Marçal, “É ilegal introduzir, por meio da atividade de poder de polícia, limitação ou constrangimento não autorizado na lei.” (JUSTEN FILHO, 2018, p. 263). Porém, apesar deste poder ser limitado legalmente, sua utilização pode ser discricionária pela Administração Pública de acordo com a conveniência e oportunidade, em consideração as circunstâncias concretas, a fim de se utilizar a solução mais adequada.

O Poder de Polícia, assim, mesmo que apresente finalidade coercitiva deve observar o princípio da legalidade e ser exercido dentro de limites legais. Esse é o entendimento presente no art. 78, parágrafo único, do CTN

[...] 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, 1966) - [sem grifos no original].

Para mais, o Poder de Polícia possui atributos também denominados características, que são próprias de sua finalidade. Apesar de não existir um consenso no âmbito doutrinário, pode-se dizer que são atributos básicos do poder de polícia a discricionariedade, a coercibilidade e a autoexecutoriedade.

A discricionariedade pode ser entendida como a liberdade concedida ao Estado de escolher as atividades a serem “policiadas”, para escolher sanção aplicável ao caso concreto, bem como para decidir o melhor momento de exercer o poder de polícia. Porém, conforme exposto por Marinela, tal atributo não é absoluto, existindo situações que o exercício do Poder de Polícia será exercido de modo vinculado (MARINELA, 2017).

Ato contínuo, a coercibilidade permite que a Administração Pública imponha as medidas por ela adotadas independente da vontade do administrado, podendo inclusive usar de meios indiretos de coerção para fazer cumprir a determinação, por exemplo, por intermédio de aplicação de multa (CARVALHO, 2020).

A autoexecutoriedade, por sua vez, segundo Di Pietro é “[...] a possibilidade que tem a Administração de, com os próprios meios, pôr em execução as suas decisões, sem precisar recorrer previamente ao Poder Judiciário” (DI PIETRO, 2021, p.166). Desse modo, como o próprio nome já elucida, tem-se a permissão para a Administração Pública autoexecutar suas decisões independentemente de interferência judicial. Destarte, caso exista lei permitindo tal procedimento ou ocorra situação de emergência a Administração pode agir imediatamente sem consultar o judiciário.

Em razão do atributo da autoexecutoriedade a Administração poderá compelir materialmente o administrado, utilizando-se de meios diretos de coação para cumprir suas determinações em prol do bem geral da sociedade (DI PIETRO, 2021). Desse modo, percebe-se que a coercibilidade é inerente à autoexecutoriedade, se não

houver coercibilidade a autoexecutoriedade estaria esvaziada, ambas se completam diante do uso de meios indiretos e diretos pela Administração Pública para condicionar o comportamento dos particulares.

Essa limitação é imposta pela Administração Pública como forma de garantir o interesse público, sendo plenamente válida, mas seria possível a delegação do exercício do Poder de Polícia, poder-dever limitador, para entidades que não o detenham originariamente? Para melhor esclarecer o assunto, primeiro é importante diferenciar o Poder de Polícia originário em face do Poder de Polícia delegado. Aquele é pleno, já que nasce com a entidade que o exerce, e, em contrapartida, o Poder de Polícia delegado é limitado, exatamente por ser conferido por meio de transferência a um ente diverso do seu detentor original (MEIRELLES, 2016).

Em razão disso, a doutrina brasileira e a jurisprudência possuem forte divergência quanto à delegabilidade ou indelegabilidade do Poder de Polícia para entidades diversas das originariamente detentoras, considerando a ideia ainda presente de que o Estado é detentor do monopólio para exercício do Poder de Polícia, não podendo particulares utilizarem-se de prerrogativa do Poder Público para exercerem restrição em face de outros particulares.

Dessa forma, será abordado no capítulo final do Trabalho de Curso essas divergências doutrinárias no direito brasileiro sobre a possibilidade ou não da delegação do Poder de Polícia para entidades de direito privado da Administração Indireta, possuindo como parâmetro de delegabilidade as fases do chamado “Ciclo do Poder de Polícia”.

Além disso, será analisado como se encontra o cenário atual quanto a essa delegabilidade do Poder de Polícia no âmbito jurisprudencial. Para isso, será explorado o histórico cronológico de decisões proferidas, principalmente, pelo Supremo Tribunal Federal referente ao tema, culminando no estudo do Recurso Extraordinário nº 633.782, proferido no final do ano de 2020, no qual a Suprema Corte alterou seu entendimento sobre o assunto de forma paradigmática.

2 A DELEGABILIDADE OU INDELEGABILIDADE DO PODER DE POLÍCIA PARA ENTIDADES DE DIREITO PRIVADO DA ADMINISTRAÇÃO INDIRETA: DISCUSSÃO DOUTRINÁRIA E JURISPRUDENCIAL

No capítulo anterior abordou-se a estrutura da Administração Pública e as prerrogativas conferidas para esta concretizar o interesse público, conhecidas como Poderes Administrativos, em especial, tratou-se do Poder de Polícia. O Poder de Polícia em sua origem esteve atrelado à supremacia do interesse público sobre o privado, permitindo até os dias de hoje que a Administração Pública limite a atuação dos administrados para garantir a ordem social. A partir de então passa-se a questionar a possibilidade ou não de conferir Poder de Polícia para particulares que originalmente não eram detentores de poderes administrativos.

Os temas afetos ao Poder de Polícia, em regra, já são convertidos, tanto no âmbito doutrinário quanto jurisprudencial por tratarem de atuação coercitiva do Estado. A coerção exercida pela Administração Pública em face dos administrados está assentada nos macroprincípios da supremacia do interesse público e indisponibilidade do interesse público e a partir do momento em que se discute a possibilidade de transferir poder originário, o poder de polícia, para entes diversos, é certo que se adentra em matéria ainda mais fervorosa.

Por isso, no presente capítulo, dividido em duas seções, será desenvolvido, num primeiro momento, a conceituação do denominado “Ciclo do Poder de Polícia”, utilizado como parâmetro para determinar o limite de delegação do Poder de Polícia. Posteriormente, será apresentado o entendimento doutrinário e contraponto entre autores e suas diferentes visões sobre os seguintes ciclos: ordem de polícia, consentimento de polícia, fiscalização de polícia e sanção de polícia. E, em seguida, selecionou-se para expor três posições doutrinárias, entre tantas outras existentes, sobre a delegabilidade do Poder de Polícia para particulares.

Após, na segunda seção, será apresentado o entendimento do Supremo Tribunal Federal sobre a delegabilidade ou não do Poder de Polícia, sob a perspectiva constitucional, para particulares integrantes da Administração Indireta, tendo como base os referidos ciclos de polícia, definindo quais destes podem ser delegados, para que entes é possível a delegação e quais os requisitos para que a transferência do Poder de Polícia seja possível para entes que não são detentores originariamente de tal poder administrativo.

2.1 O CICLO DO PODER DE POLÍCIA COMO PARÂMETRO PARA DELEGAÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO SOB A PERSPECTIVA DOUTRINÁRIA

Superada a conceituação do Poder de Polícia no âmbito doutrinário e legislativo brasileiro, adentra-se no que diz respeito à denominada “Teoria do Ciclo de Polícia”. Esta teoria possui papel fundamental para estabelecer os limites da delegação do Poder de Polícia, tendo em vista que há uma subdivisão de manifestação deste em fases e a depender do entendimento doutrinário e jurisprudencial apenas uma ou outra fase do Poder de Polícia pode ser delegada.

Na doutrina brasileira, a conceituação do Ciclo de Polícia também encontra controvérsias, apresentando variadas concepções sobre o tema. Desse modo, optou-se inicialmente por apresentar a visão doutrinária sobre a Teoria do Ciclo de Polícia e, posteriormente, adentrar-se-á no âmbito jurisprudencial no que diz respeito a quais fases do Poder de Polícia podem ser delegadas ou não com base no entendimento emanado pelo Supremo Tribunal Federal.

O Ciclo de Polícia pode-se traduzir como a sucessão de atos pelos quais a Administração Pública desenvolve a função administrativa (MOREIRA NETO, 2014, p. 439). Há um desenrolar lógico na atuação da Administração Pública por meio de prerrogativas conferidas para exercer o poder administrativo de polícia.

Desse modo, a abordagem conceitual do Ciclo de Polícia será realizada a partir da conceituação individual das sucessivas fases da teoria supracitada de acordo com doutrinadores brasileiros. Em sua maioria, a doutrina brasileira entende que o Ciclo de Polícia permite a atuação do poder de polícia em quatro ciclos ou fases, quais sejam a ordem de polícia, o consentimento de polícia, a fiscalização de polícia e a sanção de polícia.

Embora seja quase unânime o consenso de tal divisão, entende Alexandre Mazza que a atuação do Poder de Polícia é quintapartida. A divisão realizada por este autor consiste nas seguintes fases: legislar (normatizar), limitar, consentir, fiscalizar e sancionar. Tem-se a inclusão da fase de limitação, que por certo é consequência da atuação conjunta e sucessiva dos demais ciclos do Poder de Polícia. Portanto, para o autor “[...] sempre que o Estado legisla, limita, consente, fiscaliza ou sanciona atividades de particulares em favor dos interesses da

coletividade, estaremos diante de manifestação do poder de polícia.” (MAZZA, 2022, p. 215).

A partir de então, abordar-se-á as fases do poder de Polícia tomando como base o entendimento geral de divisão quadripartite. A primeira fase do Ciclo de Polícia é denominada por Diego de Figueiredo Moreira Neto como “Ordem de Polícia”, tal dispõe sobre a previsão legal que permite o condicionamento do particular. A ordem de polícia satisfaz exigência legal, pela qual ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer algo senão em razão de lei, prevista pelo art. 5º, II, CRFB/88. Segundo o autor, a lei, ou seja, o preceito legal constitui forma de validar as limitações e é dividida em duas hipóteses, restrições e consentimentos, nos seguintes termos:

A primeira modalidade referida – não se faça – é, nitidamente, um preceito negativo absoluto, no qual são vedadas certas formas de exercício de atividades individuais e de uso da propriedade privada, por serem consideradas incompatíveis com a boa ordem social. Por esta modalidade, são impostas restrições ao exercício de liberdades, de direitos e de faculdades.

A segunda modalidade referida é um preceito negativo com reserva de consentimento – se não deixe de fazer – no qual são vedadas, apenas em princípio, certas formas de exercício de atividades e de uso da propriedade privada, sem que a Administração, depois de avaliar prévia, expressa e casuisticamente as circunstâncias de fato, venha a consenti-las. Por esta modalidade, são impostos variados condicionamentos ao exercício de liberdades, de direitos e de faculdades. (MOREIRA NETO, 2014, p. 440).

Consoante Reinaldo Couto e Álvaro do Canto Capagio, a ordem de polícia, no mesmo sentido, pode ser conceituado como um

[...] comando legal para que se faça ou deixe de fazer algo sem reserva ou com reserva de consentimento. O primeiro (sem reserva de consentimento ou negativa absoluta) impõe uma ação ou omissão ao particular limitadora de direito seu em prol do interesse público, sem possibilidade de que o gestor público possa consentir. O segundo (com reserva de consentimento ou negativa relativa), apesar da imposição legal ao particular, permite que a Administração Pública, avaliando o caso concreto, afaste a imposição. (COUTO; CAPAGIO, 2022, p. 151).

Para Meirelles, o ciclo de polícia é tido como forma de atuação da Administração Pública. A primeira forma de atuação consiste em ordens e proibições, atuando a polícia administrativa de modo preventivo. Antes mesmo da ocorrência de dano para a sociedade, a lei prevê limitações administrativas para a conduta dos indivíduos com o fim de garantir direitos (MEIRELLES, 2016).

Para tanto, o Poder Público edita leis e os órgãos executivos expedem regulamentos e instruções fixando as condições e requisitos para o uso da propriedade e o exercício das atividades que devam ser policiadas, e após as verificações necessárias é outorgado o respectivo alvará de licença ou autorização, ao qual se segue a fiscalização competente. (MEIRELLES, 2016, p. 160).

O doutrinador Matheus Carvalho entende que a ordem de polícia é decorrente do atributo da imperatividade do Poder de Polícia, visto que impõe restrições aos administrados, dentro dos limites legais, sem que haja a concordância prévia destes (CARVALHO, 2020).

Em resumo, o primeiro ciclo de polícia ou forma de atuação do Poder de Polícia se dá por meio de ordens e consentimentos, as quais se traduzem por meio de restrições e permissões condicionadas, legislando a Administração Pública sobre um *non facere* ou um *facere* subordinado a determinados limites com o fim de restringir interesses particulares em prol de interesse maior, assim dizendo o interesse público primário. Em outras palavras, a Administração Pública demonstra a supremacia do interesse público em face dos particulares, independentemente de sua concordância, por meio de previsão legal (COUTO; CAPAGIO, 2022).

Avançando no ciclo de polícia, a segunda fase, em geral denominada de consentimento de polícia, consiste em uma permissão concedida pela Administração ao particular para que exerça sua liberdade nos limites expressos pela ordem de polícia. De acordo com Rafael Oliveira, o consentimento de polícia é “[...] a anuência do Estado para que o particular desenvolva determinada atividade ou utilize a propriedade particular.” (OLIVEIRA, 2022, p. 275).

Nesse sentido, há um prévio controle sobre o particular e caso a Administração entenda que esse se enquadra nas condições para exercer a liberdade emite espécie de concessão para exercer o uso de bem ou então praticar determinada atividade. Para Moreira Neto

Este consentimento poderá conter, materialmente, ou um ato de licença ou um ato de autorização, a serem outorgados pelo Poder Público, que emitirá formalmente, conforme o caso, ou um alvará de licença ou um alvará de autorização.

1. Licença

Se as condições para a outorga do consentimento administrativo forem estritamente aquelas previstas na norma legal, sem abrir qualquer margem de extensão administrativa de apreciação casuística, tem-se que a sua cabal satisfação pelo particular postulante obrigará a Administração a

outorgar-lhe a licença postulada, pois, conceptualmente, trata-se da prática de um ato vinculado à existência e ao cumprimento das condições previstas em lei. Portanto, por ser ato vinculado e não discricionário, a licença não admite posterior revogação e se torna definitiva, gerando um direito subjetivo, que se integra ao patrimônio do administrado que a recebeu.

2. Autorização

Distintamente, se as condições para a outorga do consentimento pela Administração não se encontram integralmente previstas na norma legal, tendo ficado aberta à apreciação discricionária do ente, órgão ou agente competente, emitir uma decisão, com natureza integrativa e densificadora, definitiva quanto a estar ou não resguardado o interesse público no caso concreto, a postulação do pretendente do consentimento apenas facultará a outorga de uma autorização que seja postulada. Assim, por se tratar de um ato discricionário, e não vinculado, já que à Administração cabe a escolha da oportunidade e a avaliação da conveniência do seu consentimento, a autorização de polícia não se torna definitiva nem gerará, tampouco, direito subjetivo em favor do administrado contra a Administração, podendo ser revogada, do mesmo modo que foi outorgada, ou seja, discricionariamente. (MOREIRA NETO, 2014, p. 441).

Conclui-se que o segundo ciclo de polícia equivale a uma ato de anuência da Administração Pública ao particular, que atende as exigências para exercer determinada atividade ou para a fruir de determinado bem. Cabe dizer que o consentimento de polícia apenas se manifesta nos casos em que a lei autoriza o exercício do direito de forma condicionada, inexistindo consentimento quando a vedação é absoluta, já que o particular deve apenas se abster de praticar determinada atitude ou usufruir determinado bem (NOHARA, 2022).

O terceiro ciclo de polícia é o de fiscalização. Este pode ser entendido como a forma que a Administração Pública verifica se o particular que já possui consentimento está exercendo sua liberdade de acordo com a lei e com a anuência administrativa concedida ou então se está descumprindo as determinações legais. Na doutrina, Diogo de Figueiredo Moreira Neto ensina que a fiscalização de polícia possui dupla finalidade

[...] primeiramente, realiza a prevenção das infrações pela observação do adequado cumprimento, por parte dos administrados, das ordens e dos consentimentos de polícia; e, em segundo lugar, porque prepara a repressão das infrações pela constatação formal da existência de atos infratores. (MOREIRA NETO, 2014, p. 442).

Em continuidade, pode-se dizer que a fiscalização pela Administração Pública pode ser iniciada de ofício ou por provocação, em que há um controle por parte da Administração Pública para verificar o cumprimento das normas vigentes. De acordo com Mendes “Essa fiscalização poderá ser realizada *in loco* através de inspeções ou

via análise documental se assim bastar para a verificação da conduta à lei.” (MENDES, 2017, p. 45).

Percebe-se que a fiscalização de polícia é decorrência da possibilidade de controle das atividades submetidas ao Poder de Polícia pela Administração Pública (CARVALHO, 2020). Outrossim, verificando, mediante fiscalização, que houve desrespeito à ordem/norma de polícia ou então aos limites consentidos pelo poder de polícia, a autoridade administrativa poderá sancionar o infrator.

Conseqüentemente, por último, encerrando o ciclo de polícia há justamente a sanção de polícia. Esta será aplicada pelo descumprimento do particular dos limites impostos pela lei, posteriormente a existência de consentimento e fiscalização. Em vista disso, pode-se dizer que a sanção é “[...] a submissão coercitiva do infrator a medidas inibidoras (compulsivas) ou dissuasoras (suasivas) impostas pela Administração.” (MOREIRA NETO, 2009, p. 445 apud OLIVEIRA, 2012, p. 38)

A atuação da Administração Pública na aplicação de sanção de polícia apenas se aplica se constatado o descumprimento das normas e limitações pelo particular. No entendimento de Diogo Neto

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 de ato corretivo, dissuadindo-o ou de iniciar ou de continuar cometendo uma transgressão administrativa. (MOREIRA NETO, 2014, p. 443).

Em verdade, trata-se de ação coercitiva a fim de inibir ou dissuadir o infrator a cessar seu comportamento contrário ao interesse público. No exercício da sanção de polícia aplica-se sanção aos administrados, possuindo então a sanção caráter externo ou extroverso. Não se trata de “[...] sanção interna, ou introversa, que recai apenas sobre servidores públicos.” (MOREIRA NETO, 2014, p. 443) e é resultado da aplicação do Poder Disciplinar.

Outrossim, Couto e Capagio lecionam que “Em caso de descumprimento dos requisitos estabelecidos para o consentimento de polícia, será cassada a licença ou a autorização, além de cominação das punições legalmente estabelecidas.” (COUTO; CAPAGIO, 2022, p. 151). Ainda, é necessário frisar que a imposição de sanção de polícia necessita observar o contraditório e ampla defesa, direito de todo administrado, ainda que em alguns casos esse seja diferido ou postergado em razão

da urgência de proteção da sociedade em face de comportamento lesivo particular.

Por fim, para ilustrar o ciclo de polícia por meio de suas fases pode-se citar o ramo da polícia de viação, ou seja, do trânsito e tráfego nas vias terrestres. O ciclo de ordem de polícia cabe à União, em regra, já que esta possui competência privativa para legislar sobre trânsito e transporte - art. 22, XI, CRFB/88 -, ainda que possa, por lei complementar, autorizar Estados e Distrito Federal legislarem sobre questões específicas afetas a essas matérias. A norma geral estabelecida pelo Poder de Polícia é o Código de Trânsito Brasileiro (CTB), Lei nº 9.503/97, que estabelece normas gerais como os requisitos exigidos para a obtenção de carteira de habilitação (BRASIL, 1997).

Estabelecidas normas gerais em matéria de trânsito, deve o particular cumprir com determinados requisitos para que a Administração Pública atue por meio do segundo ciclo de polícia, ou seja, por meio de consentimento. Atendidas as exigências em matéria de trânsito, será concedido ao particular documento oficial que ateste a aptidão do cidadão para conduzir veículos automotores terrestres, conhecido como Carteira Nacional de Habilitação.

Em seguida, após o ato de anuência, inicia-se a fiscalização de polícia. O terceiro ciclo de polícia pode se dar por guardas municipais ou até mesmo pela fiscalização do Departamento de Trânsito responsável, tendo como modelo o Detran/RS ou então por empresas estatais criadas com a finalidade de exercer tal serviço público de fiscalização do trânsito com o objetivo de garantir a segurança das vias terrestres.

Por último, descumpridas as ordens e identificado em fiscalização a transgressão são aplicadas no âmbito do trânsito brasileiro em regra advertências ou multas, por exemplo, em decorrência de tráfego em alta velocidade, facultando ao particular exercer o contraditório e a ampla defesa por meio de contestação das referidas sanções dentro do âmbito interno da administração pública e, inclusive, judicialmente.

Com base no exemplo supracitado, tem-se discutido tanto no âmbito doutrinário quanto jurisprudencial sobre a delegabilidade das fases do ciclo de polícia, havendo discussão ainda mais acirrada quando se trata das fases de ordem de polícia e sanção de polícia. As fases que dão início e fim ao ciclo de polícia, segundo alguns autores e julgados, seriam indelegáveis por estarem ligados ao poder coercitivo pertencente ao Estado e não a meros atos materiais de

consentimento e fiscalização.

Defendia inicialmente Celso Antônio Bandeira de Mello a indelegabilidade total do Poder de Polícia a pessoas diversas da Administração Pública, por se tratar de atividade típica do Estado, isso porque o regime celetista, típico das entidades de direito privado não seria compatível com o exercício de polícia e particulares não poderiam impor condições ou sancionar outros particulares (MELLO, 2009, p. 832 apud OLIVEIRA, 2012).

Uma segunda posição defendida por Diogo de Figueiredo Moreira Neto entendia ser possível a delegação do ciclo de consentimento e fiscalização de polícia aos particulares em geral, integrantes ou não da Administração Indireta (OLIVEIRA, 2022). E a terceira visão, defendida por José dos Santos Carvalho Filho, entendia ser possível a delegação do Poder de Polícia, desde que preenchidos os seguintes requisitos

[...] (a) o impedimento de conflito entre os interesses público e privado, (b) o afastamento do setor econômico de mercado e (c) o acidentalismo do poder de polícia, significando que o ente delegado não deve exercê-lo como essência institucional, mas sim em decorrência da própria prestação do serviço público. (CARVALHO FILHO, 2020, p. 114).

Pelo exposto, tem-se que a matéria de delegação do Poder de Polícia tendo como parâmetro os ciclos de polícia é controvertida. Nos dias atuais, no entanto, o entendimento prevalente é de que os ciclos de consentimento e fiscalização são passíveis de delegação aos demais entes, inclusive particulares sem vínculo com a Administração, em razão de tratar-se de atividade material (CARVALHO, 2020).

Sendo assim, certos atos materiais de execução podem ser delegados ou transferidos por contrato de prestação de serviço, já que apenas precedem atos jurídicos de polícia. Nessa perspectiva, Matheus Carvalho leciona de maneira elucidativa sobre o tema, citando a contratação de empresa particular para controle do trânsito, destinada a realizar a instalação de radares de velocidade e expedição de multas, informando que tais atividades consistem em meros aspectos materiais delegados a particulares tendo em vista que

A colocação dos radares e o encaminhamento das multas ao ente público não se configuram atos de polícia propriamente ditos. Nesse caso, a justificativa é de que a medida assegura igualdade de tratamento aos administrados, não provocando nenhum tipo de desequilíbrio. Em suma, delega-se apenas a execução, mas não o poder de polícia em si.

(CARVALHO, 2020, p. 142).

Do exposto, nesta primeira sessão, em síntese cabe dizer que a Teoria do Ciclo de Polícia e suas quatro fases são essenciais para definir que atividades da Administração Pública são delegáveis. Percebe-se que o tema é um dos mais densos no campo de discussão do direito administrativo, constantemente em evolução e alteração de posicionamento dos doutrinadores, situação que não é diversa na esfera jurisprudencial.

Por isso, a última seção deste capítulo terá como foco de análise a possibilidade de delegação do Poder de Polícia sob o entendimento jurisprudencial brasileiro, levando em consideração entendimentos anteriores e cronologicamente proferidos até se chegar na análise do entendimento atual assentado no Recurso Extraordinário nº 633.782, publicado em 25 de novembro de 2020.

Por meio da análise de jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, buscar-se-á verificar quais ciclos do poder de polícia são passíveis de delegação, especialmente se há possibilidade de delegação dos ciclos de ordem e sanção de polícia, para que entes se interpreta ser possível a delegação e que requisitos são necessários para que ocorra essa transferência do exercício de Poder de Polícia.

2.2 AS DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL SOBRE A DELEGAÇÃO DO PODER DE POLÍCIA E O ENTENDIMENTO ATUAL DA CORTE FIRMADO NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 633.782

Na última seção do presente trabalho será abordado o entendimento jurisprudencial, majoritariamente, do Supremo Tribunal Federal sobre a delegabilidade ou não do poder de polícia para entes privados integrantes da Administração Indireta. A delegação, conforme discutido no primeiro capítulo é uma forma de transferência da execução dos serviços, mantendo-se a titularidade destes com o próprio Estado, trata-se de forma de colaboração para persecução do interesse público de forma especializada.

Ainda, sabe-se que para a persecução do interesse público a Administração Pública recebe prerrogativas denominadas de Poderes Administrativos, entre eles o Poder de Polícia que, nitidamente, expõe a supremacia da Administração Pública sobre os administrados, posto que limita a atuação e direitos dos particulares.

Discutiu-se em seguida a Teoria do Ciclo de Polícia, que possui grande importância para compreender a delegação do poder de polícia, tendo em vista que divide este em fases denominadas de ordem de polícia, consentimento de polícia, fiscalização de polícia e sanção de polícia (MOREIRA NETO, 2014).

Fundamentado nessas explicações passou-se a discutir quais fases do ciclo de polícia são passíveis de delegação para particulares no âmbito doutrinário. A partir deste momento, adentra-se na discussão da delegabilidade do poder de polícia no âmbito jurisprudencial, com base em decisões do Supremo Tribunal Federal resultando no entendimento atual e paradigmático da Corte, proferido no Recurso Extraordinário nº 633.782, publicado em 2020.

Para fins de iniciar a análise de julgados do Supremo Tribunal Federal, cita-se a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 1717, que analisou a constitucionalidade do art. 58 da Lei 9.649/98. Naquela época, meados de 2003, a Corte Suprema entendeu, de forma tradicional, pela indelegabilidade do poder de polícia para pessoas jurídicas de direito privado. Definiu-se que os conselhos reguladores de profissão possuíam natureza jurídica de autarquia, ou seja, são considerados entes de direito público e por isso, poderiam exercer poder de polícia estabelecendo restrições para o exercício de profissões. Em situação diversa, a fiscalização profissional não poderia ser conferida a pessoas jurídicas de direito privado, por ser o poder de polícia indelegável para estas (BRASIL, 2003).

O entendimento foi proferido sob a alegação de que o exercício típico de atividade da Administração Pública, por envolver matéria de liberdade e propriedade, caso fosse praticado por particular poderia resultar em desequilíbrio entre entidades privadas, visto que uma poderia exercer supremacia sobre outra.

A tese fixada na ADI nº 1717, *ipsis litteris* foi 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.” (BRASIL, 2003) - [sem grifos no original].

Mais tarde, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 658.570, o Supremo Tribunal Federal discutiu a competência das guardas municipais para exercer o poder de polícia e os ciclos de polícia passíveis de delegação. No referido recurso, firmou-se o entendimento de que o poder de polícia não se confunde com a segurança pública e, em razão disso, o poder de polícia não é de competência privativa das entidades policiais. Em verdade, a Constituição Federal em seu art.

144 apenas conferiu às polícias federal, militar e civil, com exclusividade, a função de promoção da segurança pública (BRASIL, 1988).

Por outro lado, a fiscalização do trânsito e aplicação de sanções administrativas é mero exercício do poder de polícia. Nesse sentido, não há nenhuma vedação no texto constitucional de que pessoas integrantes da administração com natureza jurídica de direito privado exerçam o ciclo de fiscalização do poder de polícia.

No RE nº 658.570 firmou-se a constitucionalidade da delegação do poder de polícia para as guardas municipais de trânsito, por meio da seguinte tese: "[...] é **constitucional** a atribuição às **guardas municipais do exercício de poder de polícia de trânsito, inclusive para imposição de sanções administrativas** legalmente previstas." (BRASIL, 2015) - [sem grifos no original].

A tese supracitada do RE possui como base o fato de que o Código de Trânsito Brasileiro prevê competência comum para o exercício da fiscalização de trânsito, permitindo que o Município possa determinar, por meio de lei, que o exercício do poder de polícia em matéria de trânsito seja exercido por guardas municipais.

Quanto à questão da polícia de trânsito é necessário fazer complementação com o entendimento proferido pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) no Recurso Especial (REsp) nº 817.534/MG. O STJ neste julgado havia adotado, apoiado no desdobramento do poder de polícia pela teoria do ciclo de polícia, ser possível que a atuação relativa ao consentimento e fiscalização de polícia eram delegáveis, e, em contrapartida os referentes à ordem e sanção eram indelegáveis, pois derivam diretamente do poder de coerção do Poder Público (BRASIL, 2009).

O REsp 817.534/MG discutiu sobre a possibilidade de exercício do Poder de Polícia, quanto a imposição de multas de trânsito, por Sociedade de Economia Mista – BHTRANS. No referido julgado o STJ entendeu que “[...] as Sociedades de Economia Mista, a despeito de o controlador ser ente público, têm fins empresariais e, conforme pacificado na doutrina, servem para desempenhar atividade de natureza econômica.” (BRASIL, 2009).

A conclusão deste foi no sentido de que por se tratar de gerenciamento do trânsito, atividade da qual o Estado tem grande participação, não seria possível a transferência do Poder de Polícia para sociedades de economia mista, no caso a BHTRANS, por ser ente de direito privado.

Percebe-se que entre estes julgados (RE 658.570 e REsp 817.534) houve alargamento das fases do ciclo de polícia, passíveis de ter o exercício delegado para entes de direito privado. Contudo, a transferência do exercício de polícia quanto à sanção de polícia administrativa para as empresas estatais ainda segue controvertida e, com base nos julgados supracitados, apenas as fases de consentimento e fiscalização poderiam ser delegadas.

Observa-se que entes de natureza jurídica de direito privado que inicialmente apenas recebiam por meio de delegação as atribuições para exercer função administrativa passam a receber prerrogativas típicas dos entes de natureza jurídica de direito público (FILHO, 2022).

Essas prerrogativas em princípio apenas de consentimento se alargam para abranger a fiscalização da polícia de trânsito. Percebe-se que o poder de polícia na viação é amplamente discutido tanto no âmbito doutrinário como jurisprudencial em razão da relevância que possui e em grande parte é delegado para entes especializados com competência para garantir a segurança e interesse público com eficiência (FILHO, 2022).

Em continuidade, tem-se que no RE 658.570 o STF interpretou que até mesmo o ciclo de sanção seria delegável, porém, somente a guarda municipal, ente diverso da Administração Pública, mas que possui natureza jurídica de direito público e possui prerrogativas da Fazenda Pública, visto ser um prolongamento da própria Administração Pública (BRASIL, 2015).

No caso concreto do RE 658.570, tratava-se sobre a possibilidade da guarda municipal e da Empresa de Transportes e Trânsito de Belo Horizonte (BHTRANS), - pessoa jurídica de direito privado - aplicarem sanções e proceder à arrecadação das multas correspondentes. No entanto, na época acabou-se não discutindo sobre a possibilidade do exercício do poder polícia por pessoas jurídicas de direito privado como a BHTRANS, pois era “[...] de duvidosa constitucionalidade, tendo sido reconhecida a repercussão geral do tema no Recurso Extraordinário com Agravo nº 662.186, da relatoria do ministro Luiz Fux, submetido ao regime dos artigos 543-A e 543-B do Código de Processo Civil” (BRASIL, 2015).

No que diz respeito então somente a guarda municipal, esta estaria apta a exercer poder de polícia naquilo que estivesse relacionado a proteção de bens, serviços e instalações. A seguir, para melhor esclarecer os argumentos que embasaram a fixação da tese de constitucionalidade das guardas municipais em

exercerem poder de polícia, inclusive com sanções, transcreve-se os seguintes trechos:

A União, no exercício da competência privativa para legislar sobre trânsito (artigo 22, inciso XI, da Carta Federal), editou o Código de Trânsito Brasileiro (Lei no 9.503/97) e incumbiu expressamente os órgãos e entidades executivos de trânsito municipais de cumprirem e fazerem cumprir a legislação e as normas de trânsito, no âmbito das respectivas atribuições (artigos 21, inciso I, e 24, inciso I); executarem a fiscalização de trânsito, autuarem, aplicarem as penalidades de advertência, por escrito, e ainda as multas e medidas administrativas cabíveis, notificando os infratores e arrecadando as multas que aplicarem (artigo 21, inciso VI); executarem a fiscalização de trânsito, autuarem e aplicarem as medidas administrativas cabíveis, por infrações de circulação, estacionamento e parada previstas no Código de Trânsito, no exercício regular do poder de polícia de trânsito (artigo 24, inciso VI); aplicarem as penalidades de advertência por escrito e multa, por infrações de circulação, estacionamento e parada previstas na Lei no 9.503/97, notificando os infratores e arrecadando as multas que aplicar (artigo 24, inciso VII); fiscalizarem, autuarem e aplicarem as penalidades e medidas administrativas cabíveis relativas a infrações por excesso de peso, dimensões e lotação dos veículos, bem como notificarem e arrecadarem as multas que aplicarem (artigo 24, inciso VIII); fiscalizarem o cumprimento da norma contida no artigo 95 do Código de Trânsito, aplicando as penalidades e arrecadando as multas nele previstas (artigo 24, inciso IX).

(...)

[...] não se podem negar os transtornos causados aos serviços de transporte mantidos pelo município (artigo 30, inciso V, da Lei Maior), quando veículos estacionam em local proibido ou quando a realização de obras ou eventos, sem autorização do órgão responsável de trânsito, perturbe ou atrapalhe a circulação de veículos e pedestres. Automóveis, trafegando acima do limite de velocidade, podem colidir com instalações e equipamentos públicos municipais (postes, grades, sinais, placas de sinalização, monumentos, etc), danificando-os.

(...)

Em todos esses casos, de cunho exemplificativo e não exaustivo, o exercício da polícia de trânsito – a abranger tanto a fiscalização, como a apenação – mantém estreita ligação com a proteção de bens, serviços e instalações municipais. Observem que a fiscalização, desacompanhada do poder sancionador, esvazia a força conformativa da norma que a prevê e, nesses casos, põe em risco patrimônio e serviços municipais. (BRASIL, 2015).

Concluiu-se, logo, que o quadro normativo revela a possibilidade de guardas municipais aplicarem multas de trânsito, nos casos em que se verificar conexão entre a repressão ao ato infracional e a proteção de bens, serviços e instalações municipais. Desse modo, no RE 658.570, conferiu-se apenas a pessoa jurídica de natureza pública a possibilidade de exercer por delegação os ciclos de consentimento, fiscalização e sanção do poder de polícia. Argumentou-se também, que a impossibilidade de aplicação de sanção pela entidade pública limitaria sua atuação, inclusive estaria se pondo em risco o patrimônio e serviços municipais, pois

“[...] a fiscalização, desacompanhada do poder sancionador, esvazia a força conformativa da norma que a prevê [...]” (BRASIL, 2015).

Por derradeiro então, passa-se a analisar detalhadamente o RE nº 633.782, último julgado proferido pela Corte afeto ao tema de delegação do poder de polícia. O Recurso Extraordinário fora interposto em face de acórdão do Superior Tribunal de Justiça referente ao Tema 532 de Repercussão Geral - inicialmente sob a análise dos autos do ARE-RG 662.186/MG.

Em primeiro grau, foi ajuizada pelo Ministério Público Ação Civil Pública em face da BHTRANS – Empresa de Trânsito de Belo Horizonte –, a fim de que a ré se abstivesse da realização de atividades de policiamento, fiscalização e autuação de infrações de trânsito. O pedido foi julgado improcedente e foi mantida a sentença pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais nos seguintes termos:

EMENTA: ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - BHTRANS - PODER DE POLÍCIA - FISCALIZAR O TRÂNSITO E IMPOR SANÇÕES - COMPETÊNCIA LEGISLATIVA SUPLEMENTAR - VALIDADE - MATÉRIA DE INTERESSE LOCAL QUE PODE SER REGULAMENTADA PELA MUNICIPALIDADE. A Empresa de Transporte e Trânsito de Belo Horizonte (BHTrans), criada com o objetivo de gerenciar o trânsito local, tem competência para aplicar multa aos infratores de trânsito, nos termos do art. 24, do Código Nacional de Trânsito. Sendo o poder de polícia inerente à Administração Pública e recebendo o agente de trânsito delegação da autoridade competente para agir dentro dos limites da jurisdição do município, extrai-se que este possui o poder-dever de aplicar as multas cabíveis ao ato infracional em concreto, sob pena de sua atuação, ao final, revelar-se inócua. (BRASIL, 2020) - [sem grifos no original]

Para mais, interpôs o Ministério Público Recursos Extraordinário e Especial. O Recurso Especial foi provido nestas palavras

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

(...)

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

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

7. Recurso especial provido. (BRASIL, 2020) - [sem grifos no original].

Por fim, a BHTRANS interpôs o recurso extraordinário ora em análise, sustentando que não há vedação constitucional do exercício de controle da atividade do trânsito por sociedade de economia mista. Desse modo, a discussão limita-se à compatibilidade sob o viés constitucional da delegação de poder de polícia a sociedades de economia mista e empresas públicas prestadoras de serviço público, integrantes da Administração Indireta.

A questão constitucional - "Aplicação de multa de trânsito por sociedade de economia mista" - já havia tido a repercussão geral reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal, nos autos do ARE-RG 662.186/MG, convertido no RE 840.230. A BHTRANS interpôs agravo regimental pleiteando a substituição do paradigma supracitado pelo presente RE 633.782. O pedido foi julgado procedente e a questão do ARE-RG 662.186/MG, convertido no RE 840.230 - que estava pendente no julgamento do RE 658.570 em 2003 - foi substituída pelo RE 633.782, que passou a figurar como o paradigma do Tema 532 de repercussão geral a partir de então.

À vista disso, pode-se iniciar a análise do RE 633.782 levando em consideração que a tese da indelegabilidade do poder de polícia para entidades de direito privado deve ser relativizada, tendo em vista a necessária evolução do entendimento jurisprudencial sobre o tema. Ademais, a possível alteração de juízo sobre o tema está relacionada à natureza jurídica híbrida das empresas estatais.

Mas, inicialmente, será analisado os pilares que vinham sendo utilizados para sustentar a indelegabilidade do exercício do poder de polícia a pessoas de direito privado, segundo consta no RE 633.782, sendo estes: I) ausência de autorização constitucional; II) indispensabilidade da estabilidade do serviço público para o seu exercício; III) impossibilidade de delegação da prerrogativa da coercibilidade, atributo intrínseco ao poder de polícia e; IV) incompatibilidade da função de polícia com finalidade lucrativa (BRASIL, 2020).

A partir de então, passa-se a analisar cada um dos argumentos supracitados, com o fim de afastá-los na hipótese de delegação a sociedades de economia mista e empresas públicas do poder de polícia, bem como definir quais os critérios para que se delegue tal poder para as empresas estatais de direito privado.

No que diz respeito à falta de previsão constitucional para delegação do poder de polícia, argumenta-se que o art. 175, CRFB/88 apenas permitiria a delegação de atividades de serviço público, não estando expresso a possibilidade de execução de polícia administrativa por meio de delegação. Por outro lado, mesmo que ausente tal permissão constitucional é evidente a ampla aceitação da delegação do exercício do poder de polícia para entes com natureza jurídica pública. Logo, não se sustenta a vedação para entidades de direito privado que prestem serviço público, pois o regime jurídico híbrido permite que estas se submetam ao regime jurídico público.

As entidades de direito privado ao exercerem eminentemente serviço público se aproximam do regime de direito público, também denominado de regime fazendário, visto que desempenham atividade própria do Estado. Assim, pode-se concluir que

[...] o fato de a pessoa jurídica integrante da Administração Pública indireta destinatária da delegação da atividade de polícia administrativa ser constituída sob a roupagem de direito privado não a impede de exercer a função pública de polícia administrativa. Isso porque não se pode confundir o regime jurídico da pessoa com o regime da função desenvolvida. (BRASIL, 2020).

Por consequência, tratando-se de atividade de serviço público e incidindo normas de direito público na atuação de estatais de capital majoritariamente público, sem fim lucrativo e em regime não concorrencial é necessário conferir a tais os meios necessários para atuar de forma satisfativa. Assim, a indelegabilidade de prerrogativa do poder de polícia resultaria na inviabilização da prestação de serviços públicos por essas entidades privadas integrantes da administração pública. Logo, seria frustrada a própria finalidade de criação das entidades de direito privado, visto que possuem como papel desempenhar serviços públicos de forma eficiente.

Sob pena de inviabilizar a atuação das empresas estatais, deve-se levar em consideração a atuação na área de prestação de serviços públicos, desconsiderando a forma em que se constituem, visto que apesar de possuírem natureza jurídica de direito privado ao prestarem serviço público se distanciam da

roupagem de pessoa jurídica de direito privado e aproximam-se do direito público, merecendo receberem prerrogativas típicas da Administração Pública, para inclusive facilitar a consecução do interesse público por meio de sua atuação (BRASIL, 2020).

O segundo argumento está relacionado à estabilidade dos servidores públicos. O argumento utilizado pelos defensores da indelegabilidade do poder de polícia para entes de direito privado consiste no fato de que servidores celetistas, por não possuírem estabilidade, agiriam de acordo com a pressão externa. Na ADI 2.310 MC foi fixado o entendimento pela "[...] inadmissibilidade do exercício do poder de polícia por agentes submetidos ao regime celetista, uma vez que não lhe seriam conferidas as mesmas garantias dos agentes públicos regidos pelo regime estatutário." (BRASIL, 2001).

Ocorre que tal visão também não merece prosperar quando se trata de empregados públicos de empresas públicas e sociedades de economia mista. Embora estes não possuam a estabilidade prevista pelo art. 41 da CRFB/88, também não estão submetidos ao regime da iniciativa privada. Ainda mais, tem-se que caso a falta de estabilidade fosse capaz de impossibilitar o exercício do poder de polícia, "[...] um agente fiscal recentemente admitido não poderia exercer sua função, devendo aguardar o término do estágio probatório para começar a trabalhar." (SUNDFELD, 1993, p. 103 apud BRASIL, 2020).

Para mais, a admissão de empregados públicos das empresas estatais se faz por meio de concurso público e se caminha para o entendimento de que "[...] eventual despedida de empregado público demanda a indispensável motivação idônea, a fim de tutelar, especialmente, o princípio da impessoalidade e o dever de motivação" (BRASIL, 2020). Por isso, não se sustenta a incompatibilidade entre o regime celetista que se aplica às empresas estatais prestadoras de serviço público estatal e o exercício por meio dos agentes públicos destas do poder de polícia.

Em continuidade, chega-se ao terceiro argumento, o qual informa que o poder de polícia não seria delegável a pessoas jurídicas de direito privado em razão de seu atributo de coercibilidade. A teoria do ciclo de polícia permite o desdobramento do poder de polícia em fases e entre estas a fase de legislar e a de aplicar sanção derivam diretamente do poder de coerção do Estado e, por isso, em entendimento anterior o STJ havia entendido que estes eram indelegáveis. Porém, constata-se que quanto

[...] às empresas estatais prestadoras de serviço público de atuação própria do Estado e em regime de monopólio, não há razão para o afastamento do atributo da coercibilidade inerente ao exercício do poder de polícia, sob pena de esvaziamento da finalidade para a qual aquelas entidades foram criadas. (BRASIL, 2020).

A coercibilidade é identificada na última fase do ciclo de polícia, ou seja, concretiza-se mediante a aplicação de sanção de polícia, impondo ao particular unilateralmente obrigações. Desse modo, é cabível que no exercício do poder de polícia de trânsito as entidades da Administração indireta, prestadoras de serviço público próprio de Estado, com capital majoritariamente público e em regime não concorrencial como a BHTRANS apliquem sanções administrativas.

O último argumento a ser analisado que sustentaria a indelegabilidade do poder de polícia estaria ligado à finalidade lucrativa, a denominada “indústria de multas”¹. Sustenta-se que a função típica de Estado passaria a ter como finalidade a aferição de lucro por parte das pessoas jurídicas de direito privado exploradoras de atividade econômica. Contudo, as estatais que prestam serviço público não atuam explorando atividade econômica em regime concorrencial, não estando a atuação típica do Estado inclinada a aferir lucro. José dos Santos Carvalho Filho explana, no que se refere a polícia do trânsito que,

Nessa questão de trânsito, costuma-se reclamar contra o que se vem denominando de “indústria de multa”, acusação desferida contra entidades encarregadas da fiscalização do trânsito, que estariam aplicando multas de forma abusiva para a arrecadação de recursos. A questão aqui é outra. Cuida-se de abuso de poder, que precisa ser severamente reprimido pelas autoridades competentes. Tal abuso, todavia, tanto pode vir de pessoas privadas quanto de pessoas públicas incumbidas da função fiscalizadora. Portanto, esse aspecto não serve para solucionar juridicamente a questão posta sob enfoque. O que se exige é o controle exemplar e a punição pelo cometimento de abusos[...]. (CARVALHO FILHO, 2020, p. 114).

Pode-se dizer que não é a natureza jurídica da entidade que exerce função administrativa que a livrará de cometer abusos. Deve sim haver controle por parte da Administração Pública para que o exercício do poder de polícia por ente de direito privado se dê de forma adequada, a fim de garantir a proteção dos cidadãos de eventuais abusos de poder por parte das pessoas que receberem a delegação do

¹ A denominada “Indústria de multas” consistiria na aplicação de sanções com caráter meramente arrecadatário. Dessa forma, delegando-se a aplicação de sanção de polícia para pessoas jurídicas de direito privado exploradoras de atividade econômica poderia haver a desvirtuação de atividade típica do estado, como o policiamento e fiscalização do trânsito, para a aferição de lucro apenas (MELO, 2013).

dito poder de polícia, para que haja supremacia apenas do interesse público sobre o particular e não de interesses particulares (BRASIL, 2020).

Após a explanação dos argumentos que alicerçam a indelegabilidade do poder de polícia para entidades de direito privado, passa-se a análise do caso em concreto no que tange à Empresa de Transporte e Trânsito de Belo Horizonte - BHTRANS.

A BHTRANS é pessoa jurídica de direito privado, constituída sob a forma de sociedade de economia mista. Esta faz parte da Administração Pública Indireta e possui como finalidade a prestação de serviço público, em regime não concorrencial, traduzido no policiamento do trânsito do Município de Belo Horizonte do Estado de Minas Gerais. O capital social desta é majoritariamente público, sendo que 98% (noventa e oito por cento) de suas ações pertencem ao Município de Belo Horizonte e, os 2% (dois por cento) restantes são distribuídos entre duas outras entidades da Administração Pública Indireta (BRASIL, 2020).

Portanto, a BHTRANS encaixa-se nos requisitos acima explanados, podendo receber delegação da atividade de polícia administrativa e que tal delegação, que deve ocorrer por meio de edição de lei formal, consubstancia legítimo exercício regular de poder de polícia. Assim sendo, o STF entendeu que por tratar-se a BHTRANS de prestadora de serviço público de atuação própria do Estado - policiamento de trânsito na cidade de Belo Horizonte -, em regime não concorrencial, além de possuir capital social público, “[...] não há óbice constitucional ao exercício da atividade de polícia administrativa, inclusive quanto à aplicação de multas.” (BRASIL, 2020). A tese jurídica fixada no RE foi a seguinte:

É constitucional a delegação do poder de polícia, por meio de lei, às pessoas jurídicas de direito privado integrantes da Administração Pública indireta de capital social majoritariamente público que prestem exclusivamente serviço público de atuação própria do Estado e em regime não concorrencial. (BRASIL, 2020) - [sem grifos no original].

Ao final, pode-se notar que a BHTRANS finalmente recebeu a possibilidade de aplicar sanção administrativa ao exercer função administrativa. Desde o RE 658.570, em 2003, já se debatia a competência de tal sociedade de economia mista exercer o poder de polícia no âmbito do trânsito e continuou-se a discutir tal matéria no REsp 817.534/MG. O entendimento, até então, do Supremo Tribunal Federal era

o mesmo expresso pelo Superior Tribunal de Justiça, zelando pela indelegabilidade do Poder de Polícia a entidades de direito privado.

Com o passar dos anos, tendo em vista que o direito não é imutável, considerando as necessidades da sociedade e em busca de melhor prestação de serviços públicos, sobreveio o entendimento de que as pessoas jurídicas de direito privado poderiam atuar no consentimento e fiscalização, visto se tratar de mera execução de atos materiais (FILHO, 2008, p. 86 apud NOHARA, 2022).

A controvérsia permaneceu quanto à aplicação de sanção administrativa por empresas estatais - empresas públicas e sociedades de economia mista - estando a BHTRANS no centro da discussão. Utilizando-se como parâmetro a BHTRANS, sociedade de economia mista, prestadora de serviço público em regime não concorrencial e com capital social majoritariamente público, finalmente foi concedido a esta o exercício do ciclo de sanção do poder de polícia no trânsito no julgamento explanado no RE 633.782.

Tem-se, desse modo, após anos de discussão, entendimento paradigmático, que quebrou a tese de indelegabilidade do poder de polícia a entidades de direito privado. O RE 633.782 ainda limitou a delegação de sanção de polícia a entidades de direito privado integrantes da Administração Pública Indireta, sendo que não é possível, ao menos por ora, a concessão desta delegação a qualquer particular que participe de alguma das fases de policiamento do trânsito como empresas particulares contratadas apenas para instalação de radares e o encaminhamento das multas ao ente público (BRASIL, 2020).

Por fim, permanece indelegável para as entidades de direito privado da Administração Pública apenas o ciclo de ordem de polícia. Tal matéria constitui competência legislativa e por certo está restrita de ser exercida por aqueles entes previstos na Constituição Federal, não podendo ser estendida para particulares no momento atual.

CONCLUSÃO

A temática da delegação do Poder de Polícia possui grande repercussão no âmbito doutrinário e jurisprudencial. Em razão disso, apresenta-se como um campo vasto para estudo e análise. O trabalho abordou os objetivos específicos, visto ter analisado desde a estruturação da Administração Pública em Administração Direta e Indireta, perpassando pela delegação da função administrativa e prerrogativas concedidas para a persecução do interesse público, analisando em essência o Poder de Polícia. Para arrematar, estudou-se a possibilidade de delegação do Poder de Polícia, possuindo como parâmetro a Teoria do Ciclo de Polícia, tanto sob a ótica doutrinária quanto jurisprudencial, culminando no estudo do RE 633.782 julgado pelo Supremo Tribunal Federal.

Tendo em vista o estudo do direito administrativo, discutiu-se a hipótese de delegabilidade do poder de polícia para entidades diversas daquelas originalmente detentoras deste poder-dever. Para isso, foi exposta a Teoria do Ciclo de Polícia, que divide o Poder de Polícia em quatro fases possíveis de atuação: ordem de polícia, consentimento de polícia, fiscalização de polícia e sanção de polícia.

A partir da análise de cada ciclo de polícia se trouxe para embasar o estudo três posições doutrinárias diversas sobre a possibilidade ou não de delegação do poder de polícia e se possível sua delegação em que medida. A discussão da delegabilidade do poder de polícia ou não adentrou no âmbito jurisprudencial, analisando-se o histórico de entendimento dos tribunais superiores, em especial o Supremo Tribunal Federal, finalizando com o exame do RE 633.782, último julgado proferido pelo STF a respeito da delegação do poder de Polícia.

A análise limitou-se à delegabilidade ou indelegabilidade do poder de polícia para entidades de direito privado integrantes da administração indireta. Após o estudo foi confirmada a possibilidade de delegação do poder de polícia quanto às fases de consentimento, fiscalização e, a grande novidade, sanção de polícia para esses entes. O RE 633.782, julgado no ano de 2020, foi paradigmático na esfera do poder de polícia e de sua delegação, alterando entendimento vigente por longo período de que as entidades de direito privado da Administração Pública apenas poderiam ser detentoras do exercício de consentimento e fiscalização de polícia.

Desse modo, o entendimento firmado no RE 633.782, permitindo a delegabilidade até mesmo de sanção de polícia, em verdade, permite que as entidades possam exercer com maestria a função administrativa de polícia delegada e consiste em forma de extensão das prerrogativas estatais a entes componentes da Administração Pública, embora sob o regime de direito privado, por exemplo no caso analisado de policiamento de trânsito.

A impossibilidade de aplicação de sanção de polícia decorrente da atuação das empresas estatais prestadoras de serviço público resultaria na inviabilização da prestação de serviços públicos por essas entidades privadas integrantes da administração pública. Logo, seria frustrada a própria finalidade de criação das entidades de direito privado mediante à descentralização, visto que possuem como papel desempenhar serviços públicos de forma eficiente.

Portanto, a delegabilidade do Poder de Polícia no que diz respeito à fiscalização, consentimento e sanção de polícia consiste em permissão para o exercício de atos típicos de Estado de forma eficiente, contínua e legal, resultando em ganho tanto para a sociedade quanto para a Administração Pública no que diz respeito à persecução do interesse público primário.

Cabe frisar que o trabalho limitou-se à análise da delegação ou não do poder de polícia para entidades de direito privado da Administração Pública, ou seja, as empresas estatais - empresas públicas e sociedades de economia mista. Desse modo, o caso concreto do recurso extraordinário supracitado ilustrou, por meio da autora BHTRANS, as características necessárias para que estas entidades possam exercer o ciclo de sanção do poder de polícia, não abrangendo demais entidades de direito privado sem vínculo com a Administração Pública.

Em síntese, para que possam aplicar sanção de polícia, até o presente momento, os entes de direito privado devem tratar-se de sociedade de economia mista ou empresa pública de capital social majoritariamente público que prestem exclusivamente serviço público de atuação própria do Estado e em regime não concorrencial, conforme a tese fixada no recurso extraordinário anteriormente analisado.

Pelo exposto, a pesquisa sobre a delegação do Poder de Polícia apontou os diversos posicionamentos de autores brasileiros e o histórico cronológico de julgados, em especial da Suprema Corte sobre o tema, evidenciando a alteração paradigmática resultante da decisão proferida pelo RE 633.782. A partir da

construção da análise que finalizou com o estudo desta novidade, qual seja a delegação de sanção de polícia para entidades de direito privado, pode-se contribuir para a consolidação de posição favorável à delegação do último ciclo de polícia, permitindo maior segurança jurídica ao ordenamento jurídico brasileiro, compreensão de quais os limites dessa delegação e quais as características das empresas estatais que lhes poderiam conferir o exercício do Poder de Polícia, como extensão do Estado.

Portanto, conclui-se após o estudo da doutrina e jurisprudência referente à delegabilidade do Poder de Polícia que houve um alargamento do exercício da prerrogativa do poder de polícia pelos entes de direito privado integrantes da Administração Pública, originalmente não detentores de poderes administrativos, permanecendo indelegável apenas o ciclo de ordem de polícia, sendo constitucional a delegação dos ciclos de consentimento, fiscalização e sanção de polícia.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Fabrício Bolzan D. **Manual de direito administrativo**. 5. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553620421/>>. Acesso em: 27 abr. 2022.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 20 ago. 2021

_____. Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 27 de out. 1966. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172compilado.htm>. Acesso em: 26 ago. 2021.

_____. Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997. Institui o Código de Trânsito Brasileiro. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 24 de set. 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9503compilado.htm>. Acesso em: 30 abr. 2022.

_____. Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967. Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 27 de fev. 1967. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del0200.htm>. Acesso em: 26 ago. 2021.

_____. Lei nº 13.303, de 30 de junho de 2016. Dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 1º de jul. 2016. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13303.htm>. Acesso em: 26 ago. 2021.

_____, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, **Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADPF 1717**, Relator Min. Sydney Sanches, Tribunal Pleno, julgado em 7/11/2002, DJ 28/08/2003. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266741>>. Acesso em: 30 abr. 2022.

_____, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, **Recurso Extraordinário – RE 658.570**, Relator Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 6/08/2015, DJe 30/09/2015.

Disponível em:

<<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=307830605&ext=.pdf>>.

Acesso em: 30 abr. 2022.

_____, SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, **Recurso Especial – REsp 817.534/MG**, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 10/11/2009, DJe 10/12/2009. Disponível em: <https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4663992/mod_resource/content/1/REsp%20n%C2%BA%20817.534-MG.pdf>. Acesso em: 02 de mai. 2022.

_____, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, **Recurso Extraordinário – RE 633.782**, Relator Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, julgado em 26/10/2020, DJe 25/11/2020. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur437046/false>>. Acesso em: 20 ago. 2021.

_____, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, **Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI 2.310**, Relator Min. Marco Aurélio, julgado em 19/12/2000, publicado em DJ 1º/2/2001. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/despacho77511/false>>. Acesso em: 20 ago. 2021.

_____, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, **Recurso Extraordinário – RE 599628**, Relator Min. Roberto Barroso. 4 de setembro de 2013. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=2674915&numeroProcesso=599628&classeProcesso=RE&numeroTema=253>>. Acesso em: 30 set. 2021.

_____, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF 387**, Relator Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 23/07/2017, DJe 17/10/2017. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur375963/false>>. Acesso em: 30 set. 2021.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 34 ed. São Paulo: Atlas, 2020. Disponível em: <[https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786559771837/epubcfi/6/32\[%3Bvnd.vst.idref%3Dhtml15\]!/4](https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786559771837/epubcfi/6/32[%3Bvnd.vst.idref%3Dhtml15]!/4)>. Acesso em: 28 ago. 2021.

CARVALHO, Matheus. **Manual de Direito Administrativo**. 7 ed. rev. amp. e a atual. Salvador: JusPODIVM, 2020.

COUTO, Reinaldo; CAPAGIO, Álvaro do C. **Curso de Direito Administrativo**. 5. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553620452/>>. Acesso em: 28 abr. 2022.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 34 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 5. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. **Metodologia Científica**. 7 ed. São Paulo: atlas, 2017.

MARINELA, Fernanda. **Direito Administrativo**. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MAZZA, Alexandre. **Manual de direito administrativo**. 11. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. Disponível em:
<<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553620735/>>. Acesso em: 27 abr. 2022.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 42 ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 27 ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MELO, Jefferson Marques de. **Poder de polícia na fiscalização de trânsito e sua legitimidade**. 2013. p. 51. Trabalho de conclusão de graduação. Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre. 2013. Disponível em:
<<https://lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/93241/000911688.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 29 abr. 2022.

MENDES, Cássio Souza. **PODER DE POLÍCIA ADMINISTRATIVA: uso por entidades de direito privado pertencentes à administração indireta**. 2017. Monografia para Conclusão do Curso de Direito. Universidade Federal do Maranhão. São Luís. 2017. Disponível em:
<<https://rosario.ufma.br/jspui/bitstream/123456789/1724/1/Cassio%20Sousa%20Mendes.pdf>>. Acesso em: 29 abr. 2022.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**. 16 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014. Disponível em:
<[https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/978-85-309-5372-0/epubcfi/6/66\[%3Bvnd.vst.idref%3Dch15-Parte-III\]/4/2\[AA633\]/4](https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/978-85-309-5372-0/epubcfi/6/66[%3Bvnd.vst.idref%3Dch15-Parte-III]/4/2[AA633]/4)>. Acesso em: 27 abr. 2022.

NOHARA, Irene Patrícia. **Direito Administrativo**. 10 ed. rev., amp. e a atual. São Paulo: Atlas, 2020. Disponível em:
<[https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786559771325/epubcfi/6/8\[%3Bvnd.vst.idref%3Dhtml3\]/4/2/4%4051:3](https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786559771325/epubcfi/6/8[%3Bvnd.vst.idref%3Dhtml3]/4/2/4%4051:3)>. Acesso em: 20 abr. 2022.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho R. **Curso de Direito Administrativo**. 10 ed., rev., atual. e reform. Rio de Janeiro: Método, 2022.

OLIVEIRA, Eduardo Antunes de. **O PODER DE POLÍCIA ADMINISTRATIVA E A SUA DELEGAÇÃO**. 2012. Trabalho de Conclusão de Curso de Direito. Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre. 2012. Disponível em:
<<https://drive.google.com/drive/folders/1yFslSx3DbbFHj3V-e7WqUVC4CA6nxOHU>>. Acesso em: 29 de abr. 2022.