

UNIVERSIDADE FEDERAL DO MARANHÃO – UFMA
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS – CCSO
DEPARTAMENTO DE DIREITO
CURSO DE DIREITO

CÁSSIO SOUSA MENDES

**PODER DE POLÍCIA ADMINISTRATIVA: uso por entidades de direito privado
pertencentes à administração indireta.**

São Luís
2017

CÁSSIO SOUSA MENDES

**PODER DE POLÍCIA ADMINISTRATIVA: uso por entidades de direito privado
pertencentes à administração indireta.**

Monografia apresentada ao Curso de Direito da
Universidade Federal do Maranhão, como requisito para
obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Raimundo Nonato Serra Campos
Filho

São Luís
2017

CÁSSIO SOUSA MENDES

**PODER DE POLÍCIA ADMINISTRATIVA: uso por entidades de direito
privado pertencentes à administração indireta**

Monografia apresentada ao Curso de Direito da
Universidade Federal do Maranhão, como requisito para
obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Aprovação em: / /

BANCA EXAMINADORA

Prof. Raimundo Nonato Serra Campos Filho (Orientador)

Examinador 1

Examinador 2

AGRADECIMENTOS

A monografia é o final de um ciclo iniciado há cinco anos atrás, no meu caso um pouquinho mais, sendo assim mais pessoas para agradecer. Em primeiro lugar agradeço a Deus por ter me guiado até aqui em meio a todas as dificuldades.

Agradeço aos meus pais que, apesar de todas suas limitações fizeram de tudo para que pudesse chegar mais longe e adquirir mais conhecimento.

A minha esposa que sempre esteve ao meu lado me dando força, e uma pressãozinha básica para que as coisas pudessem andar mais rápido.

A minha filha que com apenas um sorriso fazia com que minhas forças se renovassem e eu voltasse a escrever.

Aos meus professores que fizeram parte dessa caminhada partilhando um pouco do seu conhecimento e em especial ao meu orientador que sempre se mostrou disposto a ajudar me dando direcionamentos valiosos, que me fizeram dar o melhor de mim.

E aos “livros do Liceu” que me ajudaram muito na caminhada até aqui, e que foram tão caros, mas tão caros, que a onze anos eu pago eles pra minha mãe e ainda não terminei de pagar.

MUITO OBRIGADO A TODOS VOCÊS

RESUMO

Esta monografia faz um estudo sobre a possibilidade da delegação do poder de polícia, que originariamente já nasce com alguns órgãos, à entes dotados de personalidade jurídica de direito privado pertencentes à Administração Indireta. Nosso estudo visa abordar as limitações os benefícios e se possível os meios legais para essa delegação ocorrer de forma legítima. Buscamos saber também se há alguma inconstitucionalidade quanto a esse tipo de delegação, visto que, o fundamento primário do poder de polícia é a supremacia do interesse público sobre o privado, justamente buscando manter resguardados os direitos individuais e coletivos contra possíveis ingerências. Inicialmente, faz-se um breve relato sobre a origem, seu conceito, suas características. Identificamos os órgãos competentes para exercê-lo e em seguida verificamos a possibilidade dessa competência ser delegada aos órgãos em questão. Por fim, são apresentados dados da doutrina, da jurisprudência e a legislação vigente que trata do assunto.

Palavras-chaves: Poder de Polícia. Administração Indireta. Características. Competência. Delegação.

ABSTRACT

This monograph examines the possibility of delegating police power, which was originally born with some bodies, to entities with legal personality in private law belonging to the Indirect Administration. Our study aims to address the benefits limitations and if possible the legal means for such delegation to take place legitimately. We also want to know if there is any unconstitutionality regarding this type of delegation, since the primary basis of police power is the supremacy of the public interest over the private, precisely seeking to keep individual and collective rights protected against possible interference. Initially, a brief account is made of the origin, its concept, its characteristics. We identify the competent bodies to exercise it and then verify the possibility of this competence being delegated to the organs in question. Finally, data are presented of the doctrine, jurisprudence and current legislation that deals with the subject.

Key-words: Police Power. Indirect Administration. Characteristics. Competence. Delegation.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	08
2	HISTÓRICO.....	11
2.1	Surgimento do termo poder de polícia.....	12
2.2	Polícia administrativa e polícia judiciária.....	13
2.3	Princípios constitucionais administrativos e o poder de polícia.....	14
2.4	Fundamentação.....	17
3	ATRIBUIÇÕES/CARACTERÍSTICAS.....	19
3.1	Discricionariedade.....	19
3.2	Coercibilidade.....	20
3.3	Autoexecutoriedade.....	21
4	ÁREAS DE ATUAÇÃO DO PODER DE POLÍCIA.....	22
4.1	Meios de atuação e sanção.....	24
4.2	Limitantes do poder de polícia.....	26
4.3	Princípio da proporcionalidade.....	27
4.4	Condições de validade.....	28
5	ABUSO DO PODER DE POLÍCIA.....	29
5.1	Espécies de abuso de poder.....	29
6	MEIOS DE TRANSFERÊNCIA DA EXECUÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS	31
6.1	Descentralização e desconcentração.....	31
6.2	Outorga de atividades e serviços.....	32
6.3	Modalidades de delegação.....	32
7	QUEM ESTÁ AUTORIZADO A USAR O PODER DE POLÍCIA.....	34
7.1	Agências reguladoras.....	34
7.2	Poder de polícia originário e derivado.....	35
7.3	Fases da atividade de polícia.....	36
7.4	Delegação do poder de polícia.....	37
7.5	Delegação do poder de polícia a ente privado.....	38
7.6	Sociedade de economia mista e empresas públicas.....	38
8	O ENTENDIMENTO DOS TRIBUNAIS SUPERIORES.....	40
8.1	Riscos e benefícios da delegação do poder de polícia.....	42
9	CONCLUSÃO.....	44
	REFERÊNCIAS.....	47
	ANEXOS.....	49

1 INTRODUÇÃO

A necessidade de expandir o alcance e diminuir o tempo de espera dos serviços públicos executados pelo Estado se torna cada vez maior. Para que haja um maior alcance do interesse estatal, a Administração tem possibilidade de delegar ou outorgar determinadas atividades, não exclusivas deste, a outros órgãos buscando justamente essa maior celeridade.

Existem vários meios de transferência da execução de serviços públicos e cada um será utilizado de acordo com o tipo de atividade e o órgão/ente a que esta for transferida.

Apesar de haver a possibilidade da transferência da execução do serviço público ser feita mediante outorga ou delegação, existem diferenças bem relevantes que podem levar até a anulação dessa transferência. Enquanto a outorga só pode ser feita através de lei, a delegação poderá ser realizada por meio de lei por contrato ou ato administrativo.

No nosso caso, como nos propusemos a falar sobre a utilização do poder de polícia por entes dotados de personalidade jurídica de direito privado, não poderemos falar em outorga, pois, nessa modalidade existe a transferência da titularidade do serviço prestado enquanto que na delegação há apenas a transferência da execução dos serviços.

Quando passamos a viver em sociedade nos propusemos a abdicar de parte de nossa liberdade em prol do bem comum, porém, nem todos de fato o fazem, e desse não fazer surge a necessidade da criação de normas para que possamos assegurar o bem-estar social. E com o propósito de organizar social e politicamente um grupo através do poder coercitivo, o Estado foi criado tendo como principais prerrogativas a capacidade de intervir/restringir/regular atos praticados pelo particular que por ventura fossem de encontro aos interesses da sociedade.

Para que tais prerrogativas pudessem ser aplicadas em sua totalidade se fez necessário a criação de vários instrumentos jurídicos, capazes de adequar a conduta individual à conduta social tida como modelo a ser seguido. Um desses instrumentos é o Poder de Polícia, sendo este conceituado pelo Código Tributário Nacional como a atividade da administração que limita, disciplina e regula o direito individual e coletivo em detrimento do interesse público.

Poder de Polícia, segundo Hely Lopes Meirelles (1996, p. 115), “é a faculdade de que dispõe a Administração Pública para condicionar e restringir o uso e gozo de bens, atividades e direitos individuais, em benefício da coletividade ou do próprio Estado”.

Já para Celso Antônio Bandeira de Mello (MELLO, 2006, p. 221), o Poder de Polícia Administrativa pode ser definido como uma atividade, expressas em atos normativos ou

concretos, coercitiva do Estado que busca conformar o comportamento do indivíduo aos interesses sociais.

Dos conceitos dados, todos apontam a Administração Pública, em sua forma genérica, como sendo a autora dos atos condicionantes da vida do indivíduo em sociedade, entretanto, Celso Antônio Bandeira de Mello divide a Administração Pública em centralizada e descentralizada. Na primeira situação a atividade “é exercida pelo próprio Estado, ou seja, pelo conjunto orgânico que lhe compõe a intimidade”. Na segunda ocorrência a atividade gerencial é executada “por pessoa ou pessoas distintas do Estado” (MELLO, 2011, p. 153).

O autor ainda propõe mais uma divisão possível da Administração Pública, onde esta pode ter órgãos subordinados à Administração Direta e órgãos vinculados à Administração Indireta. Fazendo parte da Administração Pública Direta temos a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal, e da Administração Pública Indireta as Autarquias, as Empresas Públicas, as Sociedades de Economia Mista e as Fundações Públicas.

Dados os conceitos acima podemos então inferir que o Poder de Polícia é uma atividade da Administração Pública, seja ela direta ou indireta, que regula a atividade do indivíduo em sociedade em razão do interesse público ou da coletividade.

No âmbito da Administração Pública existem pessoas jurídicas de direito público (União, Estados, Distrito Federal, Municípios, Autarquias e as Fundações Públicas) e pessoas jurídicas de direito privado (Empresas Públicas, Sociedades de Economia Mista e as Fundações Públicas). A principal diferença entre elas reside na finalidade pretendida, enquanto as pessoas jurídicas de direito público buscam o bem-estar comum da coletividade, as pessoas jurídicas de direito privado buscam a exploração de atividades econômicas ou visam à prestação de serviços públicos.

O conceito de poder de polícia dado pelo CTN não restringe a utilização deste apenas pela Administração Pública direta, e muito menos pelos entes dotados de personalidade jurídica de direito público, dando assim margem para a discussão da possibilidade desse poder ser delegado a outros entes que originariamente não o tem.

No contexto atual, onde vemos cada vez mais órgãos delegando funções em busca de maior eficiência e qualidade, seria de grande ajuda a ampliação desse leque de opções para essas delegações, resultando conseqüentemente em maior qualidade e celeridade aos serviços públicos

O interesse pelo tema surgiu ao vermos em um julgado do STJ o posicionamento favorável deste frente a uma variedade de recurso que buscavam a alteração desta.

Dá surgiram os seguintes questionamentos: Existe algum instrumento jurídico legal que limite a delegação do poder de polícia? Como é feita essa delegação? Existe inconstitucionalidade no exercício da atividade de polícia por entes com personalidade jurídica de direito privado, mesmo estas fazendo parte da Administração Pública? Quais benefícios ou riscos esse tipo ato poderia causar? São essas perguntas que pretendemos responder ao longo do texto.

O trabalho foi organizado em sete capítulos. No primeiro trazemos um breve histórico sobre o surgimento do termo poder de polícia, a diferença entre polícia administrativa e polícia judiciária, os princípios constitucionais norteadores do direito administrativo e a fundamentação da necessidade de haver a atividade de polícia.

No capítulo seguinte tratamos das principais características inerentes ao ato de polícia.

No terceiro abordamos as áreas e os meios de atuação, os limites, as condições de validade bem como a observância do princípio da proporcionalidade na aplicação das sanções oriundas da atividade de polícia.

No quarto capítulo trabalhamos um pouco sobre o abuso de poder. No quinto capítulo trazemos a questão da competência para exercer atividades de polícia administrativa, as fases do ciclo da atividade de polícia bem como os entes pertencentes à administração indireta possivelmente passíveis da delegação.

No penúltimo capítulo traremos alguns apontamentos acerca dos meios possíveis de transferência da execução de serviços públicos focando na delegação que é o meio que nos interessa.

No sétimo e último trazemos acórdãos dos tribunais superiores a respeito do assunto e falamos um pouco sobre os riscos e benefícios desse tipo de delegação.

2 HISTÓRICO

Para que de fato possamos adentrar ao tema proposto no trabalho, inicialmente faremos um breve histórico do surgimento, dos sentidos, da introdução do termo no âmbito jurídico no Brasil e no mundo e só depois disso poderemos passar a falar em “poder de polícia”.

Etimologicamente falando, o vocábulo “polícia” tem origem na Grécia, derivando do termo grego “politeia”, que à época era usado para designar todas as atividades das “polis”, ou simplesmente Cidades-Estados. Bem diferente do significado atual. O termo se originou na Idade Média, durante o período feudal, época na qual um poder denominado “*jus politiae*” que era atribuído ao príncipe, poder este que lhe dava direito de designar tudo que ele achasse necessário ao bom seguimento da ordem civil. De acordo com Maria Sylvia Zanella Di Pietro o vocábulo compreendia os "poderes amplos de que dispunha o príncipe, de ingerência na vida privada dos cidadãos, incluindo sua vida religiosa e espiritual, sempre sob o pretexto de alcançar a segurança e o bem-estar coletivo".

Esse período, onde o príncipe era detentor do *jus politiae* ficou conhecido como Estado de Polícia, nessa fase os poderes do príncipe eram quase que ilimitados, tendo esta autonomia para impor normas quando bem entender e o pior de tudo é que a maioria dessas normas estava fora do alcance dos tribunais. Este é o sentido amplo de vocábulo, entretanto, segundo a doutrinadora Odete Medauar (2007, p.332.) aos poucos este:

[...] passa a dar lugar à noção de administração pública. O sentido de “polícia” se restringe, principalmente sob influência das ideias da Revolução Francesa, da valorização dos direitos individuais e das concepções de Estado de Direito e Estado Liberal. Polícia passa a ser vista como uma parte das atividades da administração, destinadas a manter a ordem, a tranquilidade, a salubridade pública.

Partindo dessa nova concepção adotada, o Estado de Direito, inicia-se um novo ciclo onde o *jus politiae* do príncipe não era mais soberano, não se aceitava mais a imposição indiscriminada de normas injustas e arbitrárias, dando lugar a leis gerais às quais todos tinham de se submeter. Dentre os vários princípios adotados pelo Estado de Direito, está o princípio da legalidade, que além de prever uma ordem legal anterior ao fato criminoso para que este possa ser punido, também faz alusão à submissão de todos a estas ordens, inclusive o próprio Estado.

Uma das preocupações principais na época do surgimento do Estado de Direito era o de assegurar certos direitos aos indivíduos, principalmente a liberdade, dessa maneira nesse período a intervenção do Estado era a menor possível, agindo excepcionalmente, e limitando os direitos individuais apenas para assegurar a ordem pública.

Com o passar do tempo o conceito de ordem pública, antes limitado quase que exclusivamente a questões de segurança, foi evoluindo e se adequando a realidade, onde passamos a ter como modelo de bem estar social, não apenas uma sociedade bem em questões relacionadas exclusivamente à segurança e sim em um sentido mais amplo onde questões de ordem econômica e social eram levadas em consideração. Com a evolução do conceito de ordem pública a atuação da “polícia” passou a ser mais abrangente, não se limitando mais a uma área. O Estado agora abrange áreas relacionadas às relações empregatícias, exercícios de profissões, às comunicações, ao meio ambiente e tantas outras mais que possam afetar o bem estar social.

Nesse diapasão, segue evoluindo o Estado, tornando-se mais intervencionista, dando assim mais espaço para o surgimento de novas áreas de atuação da “polícia” e passando a intervir em relações antes não alcançadas, como as entre particulares e não apenas relações onde o Estado era um dos polos interessados.

2.1 Surgimento do termo poder de polícia

À medida que o Estado amplia o conceito de ordem social, amplia-se também os setores onde este deve intervir para manter o bem estar social e conseqüentemente as áreas de atuação da “polícia”. Esse aumento de competências também incorreu em novos meios de imposições de obrigações ao indivíduo, que antes eram basicamente limitativas, ou seja, obrigações negativas de não fazer, passando a ser possível a partir de então também obrigações positivas de fazer, tais como, o dever de restituir, o dever de indenizar, entre outros.

Com o passar do tempo o vocábulo “polícia” passou a ter um novo significado, mais específico, não se tratava mais de todas as atividades desempenhadas em uma cidade-estado e sim de um conjunto de atividades administrativas limitativas ou não desempenhadas pelo Estado visando o bem estar comum. Desse modo convencionou-se chamá-lo “poder de polícia”.

Segundo Caio Tácito (TÁCITO *apud* MEDAUAR, 2000, p. 392):

Esta expressão ingressou pela primeira vez na terminologia legal no julgamento da Suprema Corte norte-americana, no caso *Brown x Maryland*, de 1827; a expressão aí se referia ao poder dos Estados-membros de editar leis limitadores de direitos, em benefício do interesse público.

Já no Brasil foi só com a Constituição de 1824, onde foram introduzidas as denominadas Posturas Policiais. Já em 1915, Ruy Barbosa em um de seus pareceres utiliza a expressão “poder de polícia”, que é ratificada por Aurelino Leal que em 1918 publica um livro chamado Polícia

e Poder de Polícia (MEDAUAR, 1999). E desde então foi firmado no direito pátrio o uso de tal locução.

A expressão, poder de polícia, ainda é usada por grande parte da população como sinônimo de “forças policiais”, no sentido estrito, se referindo as polícias como um todo, ou seja, polícia administrativa e polícia judiciária. Entretanto, devemos frisar que neste trabalho quando citarmos o termo, estaremos nos referindo ao ato praticado mediante a utilização do poder de polícia, que incidir sob um ilícito administrativo que será processado na esfera administrativa.

2.2 Polícia administrativa e polícia judiciária

É função primordial do Estado resguardar a ordem social. Um meio utilizado para tentar manter esta ordem é o uso do poder de polícia, e esta sendo vista de forma bem ampla tem um único propósito, que é a preservação dos direitos dos indivíduos de eventuais ameaças que estes possam vir a sofrer, sejam elas de natureza econômica, social, moral ou de qualquer outra forma que possa privar ou restringir as liberdades/direitos constitucionais.

No ordenamento jurídico brasileiro podemos falar basicamente em dois tipos de poder de polícia: O poder de polícia Administrativo, que incidirá sobre bens, direitos e atividades e o Poder de Polícia Judiciário que atuará sobre pessoas. Ambos tem como essência a prevenção dos abusos aos direitos individuais, à coletividade e aos interesses da Administração Pública, entretanto, atuam em momentos e sob “objetos” distintos.

Para Moreira Neto (2001, p.328-329)

O Estado atua na prevenção (precedendo o rompimento da ordem pública) e na repressão (sucendo o rompimento da ordem pública) desempenhando funções de polícia de ordem pública. Também atua no desempenho da função de polícia judiciária, quando da preparação da repressão penal.

Daí decorrem as duas modalidades de polícia que atuam na segurança pública: a polícia administrativa de ordem pública e a polícia judiciária, cada uma delas desempenhando funções distintas e definidas, embora possam estar cumuladas na mesma instituição, tudo dependendo dos critérios do legislador.

Segundo Bastos (2001, p.153)

Diferenciam-se ainda ambas as polícias pelo fato de que o ato fundado na polícia administrativa exaure-se nele mesmo. Dada uma injunção, ou emanada uma autorização, encontra-se justificados os respectivos atos, não precisando ir buscar o seu fundamento em nenhum ato futuro. A polícia judiciária busca seu assento em razões estranhas ao próprio ato que pratica. A perquirição de um dado acontecimento só se justifica pela intenção de futuramente submetê-lo ao Poder Judiciário. Desaparecida esta circunstância, esvazia-se igualmente a competência para a prática do ato.

Há também diferenças quanto às funções exercidas por cada uma delas, a função primordial da polícia administrativa, segundo Moraes (2007, p.1817) “consiste no conjunto de intervenções da administração, conducentes a impor à livre ação dos particulares a disciplina exigida pela vida em sociedade”. Ainda sobre funções das polícias, nas que se referem à polícia judiciária Fontes (2005) afirma que:

[...] a função de polícia judiciária, ao menos no direito constitucional pátrio, deve ser entendida de forma mais restrita, circunscrita à colaboração das forças policiais com o Poder Judiciário no curso do procedimento penal, abrangendo o cumprimento de mandados de prisão e de busca e apreensão e a realização de perícias e de outras diligências.

Outra divergência elementar entre as duas é a maior discricionariedade da polícia de natureza preventiva em relação à de natureza repressiva que abriga um maior número de formalidades a serem seguidas. E por fim temos uma das diferenças de maior importância que é apontada por Meirelles (2002, p.115.)

A polícia administrativa ou poder de polícia é inerente e se difunde por toda a administração; a polícia judiciária concentra-se em determinados órgãos, por exemplo, secretaria Estadual de Segurança Pública, em cuja estrutura se insere, de regra, a polícia civil e a polícia militar.

São inúmeras as diferenças entre as polícias administrativa e judiciária, porém, ambas partilham um mesmo objetivo de resguardar direitos, não importando por quais e em que momento cada órgão irá agir, podendo até mesmo, em alguns casos, haver a atuação simultânea das polícias para se ter uma maior eficácia na apuração e resolução dos ilícitos.

2.3 Princípios constitucionais administrativos e o poder de polícia

Podemos conceituar princípio como enunciados normativo orientativo, intrínseco à aplicação de determinados conceitos, jurídicos ou não, que servem de base a toda e qualquer norma ou ato proveniente deles. Para Reale (2003, p. 37)

Princípios são enunciações normativas de valor genérico, que condicionam e orientam a compreensão do ordenamento jurídico, a aplicação e integração ou mesmo para a elaboração de novas normas. São verdades fundantes de um sistema de conhecimento, como tais admitidas, por serem evidentes ou por terem sido comprovadas, mas também por motivos de ordem prática de caráter operacional, isto é, como pressupostos exigidos pelas necessidades da pesquisa e da práxis".

O princípio basilar que rege a atuação/utilização do poder de polícia dentro de nossa sociedade é o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular. A essência desse

princípio é o de manter a Administração Pública em uma posição de superioridade perante os particulares em determinadas situações onde o interesse público esteja sendo ameaçado.

Os princípios emanados pela Constituição de um país são como normas orientadoras à conduta do indivíduo frente às leis impostas. Podem ser ditos como a base do Direito, tendo em vista que são o alicerce da Constituição que dá embasamento à todas as outras leis hierarquicamente inferiores a ela. Os princípios que regem a Administração Pública nacional encontram-se no Caput do artigo 37 da Constituição Federal de 88, onde está elencado o rol de seus destinatários além dos princípios a serem respeitados.

O artigo 37 da CF/88 (BRASIL,1988) preceitua que:

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

O princípio da legalidade, amplamente conhecido através da expressão *nullum crimen, nulla poena sine lege*, que significa que ‘não há crime, nem pena, sem lei anterior que os defina’ é um importante corolário norteador para a criação e utilização de dispositivos legais dentro de todo o direito. Como a partir de leis é possível criar direitos, deveres e impedimentos para os indivíduos, de uma forma geral ou para um certo grupo com suas especificidades, o legislador deve sempre atentar à conformidade dessa norma a legalidade, do contrário esta poderá ser anulada e com ela serem extintos também os efeitos e os atos já praticados, provocando assim o efeito *ex tunc*.

O agente público no momento em que estiver utilizando o poder de polícia deverá ter em mente que, este goza do atributo da discricionariedade, onde é dada uma certa margem de escolha no que se refere ao momento e como agir frente ao caso concreto. Entretanto, a norma não poderá ser seguida cegamente, devendo o agente atentar para a legalidade da mesma, visto que, havendo um vício insanável a ordem emanada não terá validade alguma, hipótese que desobriga qualquer que seja o indivíduo a se submeter a ela.

A impessoalidade é o segundo princípio administrativo constitucional e ele impõe o dever de imparcialidade do agente no desenvolvimento de suas atividades, com o propósito de impedir que no exercício da função administrativa seja dispensado qualquer tipo de privilégio a um determinado particular em detrimento de outro. Ainda mais que, toda e qualquer ação legal do agente público no desempenho de sua função é atribuída ao Estado como pessoa jurídica e não a pessoa física do agente público que de fato o praticou.

Já no que se refere ao princípio da moralidade, existe uma enorme divergência na doutrina nacional, visto que uma parte dos doutrinadores acredita que ele nada mais é do que

um desdobramento do princípio da legalidade, enquanto outros o consideram autônomo. Importante salientar que a moralidade administrativa diverge da moral comum como conhecemos, no princípio jurídico da moralidade é exigido o respeito a padrões éticos, de boa-fé, decoro, lealdade, honestidade e probidade na prática diária de boa administração, tudo de acordo com a legislação vigente, ou seja, de acordo com a legislação atual esse conceito de moralidade administrativa pode variar, tendo em vista que, nem tudo que é moralmente reprovado pelas pessoas é ilegal perante o judiciário.

O parágrafo primeiro do artigo 37 da Constituição de 1988 estabelece que:

A publicidade dos atos, programas, obras, serviços e campanhas dos órgãos públicos deverá ter caráter educativo, informativo ou de orientação social, dela não podendo constar nomes, símbolos ou imagens que caracterizem promoção pessoal de autoridades ou servidores públicos.

Todo ato praticado pela Administração através de seus agentes, tem obrigatoriamente uma finalidade que deve convergir para o interesse coletivo, não devendo este ter como objetivo o favorecimento próprio ou de terceiro. Duas são as funções essenciais desse princípio: a primeira é dar conhecimento do ato praticado ao público em geral; a segunda é permitir o controle social dos atos administrativos. Tomando como exemplo a atuação da Vigilância Sanitária no ato da apreensão de medicamentos vencidos de um estabelecimento de saúde, onde notadamente houve o emprego do poder de polícia no ato de apreensão, a publicidade estará caracterizada no ato da entrega dos termos lavrados pela equipe de fiscais ao regulado. E contrariando este princípio estará um gestor que atribuir a si a autoria dessa ação para promoção própria ou de um terceiro.

O último, porém, não menos importante dos princípios administrativos constitucionais, só veio a fazer parte do nosso ordenamento jurídico em 1998, com a emenda constitucional nº 19, que dentre outras alterações acrescentou a eficiência ao rol dos princípios aos quais a Administração deve obedecer.

Para MORAES (2007, p.1817) o princípio da eficiência:

É aquele que impõe à Administração Pública direta e indireta e a seus agentes a persecução do bem comum, por meio do exercício de suas competências de forma imparcial, neutra, transparente, participativa, eficaz, sem burocracia e sempre em busca da qualidade, primando pela adoção dos critérios legais e morais necessários para a melhor utilização possível dos recursos públicos, de maneira a evitar-se desperdícios e garantir-se uma maior rentabilidade social.

Diante dessa definição dada pelo autor, podemos depreender que esse princípio veio para consolidar os outros quatro anteriormente mencionados, acrescentando um fator desburocratizante, para que os recursos públicos sejam utilizados de maneira mais eficiente,

buscando a redução de desperdícios, primando pela celeridade sem esquecer da qualidade e o fim desejado.

Os princípios Administrativos Constitucionais expressos no artigo 37 da CF/88, devem ser seguidos por todos os entes da Administração, seja ela direta ou indireta, tendo que pautar seus atos na legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e na eficiência, sob pena de serem anulados por vício. O poder de polícia não fica atrás, como todos os outros atos emanados do Estado, devendo se orientar seguindo todos eles, visto que, sua utilização afeta diretamente a vida e o interesse particular, sendo bem mais grave um ato de polícia eivado de vício do que qualquer outro.

2.4 Fundamentação

O Direito Administrativo quase em sua totalidade aborda temas que colocam em tensão dois aspectos opostos: a liberdade individual e a autoridade da Administração Pública.

Ao tratarmos do tema “poder de polícia”, dois aspectos se confrontam claramente: de um lado temos, o cidadão querendo exercer livremente seus direitos; de outro, temos a Administração Pública, que tem por papel limitar o exercício daqueles direitos ao bem-estar coletivo, essa limitação é feita através do poder de polícia.

Não há nenhum tipo de incompatibilidade entre as limitações sofridas pelos direitos individuais e os limites a eles impostos pelo poder de polícia exercido pelo Estado.

Guido Zanobini afirma que “a ideia de limite surge do próprio conceito de direito subjetivo; tudo aquilo que é juridicamente garantido é também juridicamente limitado”. Ou seja, as limitações são parte da essência do direito.

O princípio da supremacia do interesse público sobre o privado fundamenta o exercício do poder de polícia, pois ele é o meio que legitima a atuação do Estado limitando o interesse do indivíduo em prol da coletividade. Tal princípio está presente em todo em todo território nacional, atuando sobre todos as pessoas, atividades e bens.

Para que haja um bem estar social é necessário que todas as leis sejam cumpridas por todos indistintamente, entretanto, nem todos estão dispostos a segui-las e é por isso que a Administração não pode se abster de fazer uso dessa prerrogativa de superioridade.

Temos então que a atividade de polícia administrativa tem por objetivo a preservação dos direitos individuais, a proteção da sociedade como um todo e o auxílio à atuação da polícia judiciária quando solicitada. E é por esse motivo que no exercício dessa atividade não pode

haver restrições relativas ao modo ou a hora de agir, pois, isso poderia acarretar sérios prejuízos à coletividade ou a Administração. Por isso o poder de polícia tem esse grande caráter discricionário.

3 ATRIBUTOS/CARACTERÍSTICAS

Quando falamos em atributos estamos nos referindo a um conjunto de elementos intrínsecos ao ato para que este possa estar apto a produzir seus efeitos no mundo jurídico, ou seja, tenha sua validade reconhecida perante a lei. A doutrina majoritária nacional costuma atribuir três características básicas ao exercício do poder de polícia, características estas que são comuns a grande maioria dos atos administrativos, sendo eles: discricionariedade, autoexecutoriedade e coercibilidade.

3.1 Discricionariedade

O exercício do poder de polícia, via de regra é um ato discricionário, tendo em vista que, a lei faculta uma série de possíveis ações que o agente público poderá desenvolver frente a determinado ato praticado. Este agente deve levar em consideração a oportunidade e a conveniência do ato e graduar a sanção a ser aplicada de acordo com a extensão do possível dano, sempre respeitando os limites legais impostos em lei.

Bandeira de Mello conceitua discricionariedade:

Discricionariedade, portanto, é a margem de liberdade que remanesça ao administrador para eleger, segundo critérios consistentes de razoabilidade, um, dentre pelo menos dois comportamentos cabíveis, perante cada caso concreto, a fim de cumprir o dever de adotar a solução mais adequada à satisfação da finalidade legal, quando, por força da fluidez das expressões da lei ou da liberdade conferida no mandamento, dela não se possa extrair objetivamente, uma solução unívoca para a situação vertente.

O ato de polícia não é em sua totalidade discricionário, ele como todos os outros atos tem uma finalidade e esta deverá ser sempre vinculada, apesar das várias possibilidades distintas com as quais essa finalidade possa ser atingida, configurando assim a proteção ao interesse público.

Apesar da regra ser a discricionariedade, o ato de polícia poderá ser vinculado se a norma regulamentadora daquele ato assim estabelecer o modo e a forma que o agente deverá agir diante de determinada ação. Em situações como essa o ato só será válido se for realizado exatamente dentro dos parâmetros estabelecidos na norma.

Sendo assim, são aceitos tanto a discricionariedade quanto a vinculação no exercício do poder de polícia, desde que, sejam praticados dentro dos moldes exigidos pela lei.

Um exemplo claro da discricionariedade no ato de polícia é quando diante de uma situação de transgressão prevista em lei, esta mesma lei faculta ao agente, pelo menos duas possibilidades de atuação, devendo o agente agir subjetivamente dentro das opções dadas pela Administração não esquecendo a proporcionalidade da transgressão frente ao dano, ou possível dano.

3.2 Coercibilidade

O segundo atributo é a coercibilidade ou exigibilidade, que se caracteriza pelas medidas de caráter imperativo impostas pela Administração, ou seja, medidas coativas impostas ao indivíduo e de observância obrigatória que devem ser cumpridas pelo particular sob pena de utilização da força pública para garantir seu cumprimento, em caso de resistência.

Para alguns doutrinadores como José dos Santos Carvalho Filho (2012, p. 120) imperatividade pode ser dito como sinônimo de coercibilidade nos seguintes termos:

Imperatividade, ou coercibilidade, significa que os atos administrativos são cogentes, obrigando a todos quantos se encontrem em seu círculo de incidência (ainda que o objetivo a ser por ele alcançado contrarie interesses privados), na verdade, o único alvo da Administração Pública é o interesse público.

Entretanto, pensamos de uma forma diferente, onde a imperatividade e a coercibilidade são termos diferentes, o primeiro seria extraído do princípio da supremacia do interesse público, onde há uma exigência do cumprimento das leis emanadas da Administração de uma forma geral. A imperatividade seria um atributo que deriva do poder extroverso do Estado que segundo Celso Antônio Bandeira de Mello (2009, p. 413):

[...] decorre do que Renato Alessi chama de ‘poder extroverso’, que permite ao Poder Público editar provimentos que vão além da esfera jurídica do sujeito emitente, ou seja, que interferem na esfera jurídica de outras pessoas, constituindo-as unilateralmente em obrigações.

Já a coercibilidade propriamente dita seria a possibilidade/dever da Administração de exigir do particular o cumprimento das ordens emanadas da autoridade competente, até mesmo com a utilização da força, sendo este atributo também pautado na supremacia do interesse público.

Um exemplo da coercibilidade nos atos de polícia seria a interdição de um estabelecimento comercial que funciona sem as condições mínimas necessárias impostas por lei, ou seja, a Administração usou a prerrogativa da superioridade do interesse público para coagir o particular a adequar-se às leis vigentes.

3.3 Autoexecutoriedade

Por fim, porém não menos importante temos a autoexecutoriedade, atributo este que não está presente em todos os atos emanados pela administração, entretanto é de grande importância em ações emergências, pois não necessita de uma ordem judicial prévia para que se faça cumprir uma norma que possa causar prejuízo, no caso de sua violação.

A autoexecutoriedade estará presente nos atos da Administração quando o não cumprimento imediato de certas ações possa vir a causar prejuízo à coletividade ou ao Estado, ou seja, em situações de urgência, e também quando a lei expressamente assim dispuser. Entretanto, apesar da não necessidade de ordem judicial esses atos devem seguir todos os princípios legais para sua validade, sob pena de invalidação do ato e responsabilização objetiva do Estado por excessos por parte dos seus agentes.

Podemos citar o mesmo exemplo da interdição do estabelecimento para visualizar a autoexecutoriedade no ato administrativo, porém dessa vez vamos focar na desnecessidade de esperar uma ordem judicial para que a interdição pudesse ser cumprida, tendo em vista que a demora poderia causar prejuízo à coletividade, no caso do estabelecimento estar comercializando produtos impróprios para o consumo, sérios danos à saúde. Entretanto, a falta da lavratura de um termo, obrigatória para o seguimento correto do processo poderia causar a nulidade de tal ação e posterior responsabilização dos agentes envolvidos.

Esse princípio é de suma importância para o exercício pleno do poder de polícia, visto que, a falta deste deixaria a Administração pública refém do poder judiciário e isso com toda certeza causaria grandes prejuízos, tanto para a população em geral como também para o próprio Estado.

4 ÁREAS DE ATUAÇÃO DO PODER DE POLÍCIA

O poder de polícia Administrativo vem limitar o exercício pleno de certos direitos individuais frente ao interesse da coletividade e de acordo com o disposto no artigo 78 do Código Tributário Nacional o poder de polícia vem regular:

[...] 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.

As áreas do direito que são limitados/reguladas pelo Estado são os previstos no art. 78 do CTN, porém nada impede que estes venham a ser ampliados, tendo em vista que, assim como aconteceu no passado onde essa limitação se restringia basicamente à área da segurança e só mais tarde com a verificação da necessidade da intervenção do Estado em outras áreas passou a ser como vemos hoje, nos faz acreditar que há uma gradual e constante evolução nas necessidades de proteção social.

A ordem, os costumes e a segurança são as áreas onde mais facilmente podemos notar a ação do Estado regulando a vida do indivíduo em sociedade. A própria Constituição Federal em seu Título V, Capítulo III, artigo 144, que trata da segurança pública, traz um rol de órgãos que são responsáveis pela preservação da ordem pública nacional.

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

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

Os órgãos citados acima estão todos ligados à um ministério ou uma secretária, desenvolvendo suas atividades de acordo com as especificações determinadas em cada lei de criação e tendo como requisito essencial para o desempenho de suas funções o uso do poder de polícia.

Outra área de interesse público que muitas vezes necessita do uso do poder de polícia é a saúde pública, que no artigo 78 do CTN é tratada como higiene. O órgão responsável pela regulação dessa área no cenário nacional é a Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA, em nível de estado são as Superintendências de Vigilância Sanitária – SUVISA e a nível municipal são as Vigilâncias Sanitárias Municipais. A lei que define o Sistema Nacional

de Vigilância Sanitária e cria a Agência Nacional de Vigilância Sanitária é a Lei federal nº 9.782 de janeiro de 1999. Logo no artigo primeiro dessa lei temos uma menção ao §1, artigo 5º da Lei Federal 8.080 de 1990, que instituiu o Sistema Único de Saúde – SUS, e este diz o seguinte:

§ 1º Entende-se por vigilância sanitária um conjunto de ações capaz de eliminar, diminuir ou prevenir riscos à saúde e de intervir nos problemas sanitários decorrentes do meio ambiente, da produção e circulação de bens e da prestação de serviços de interesse da saúde...

Fica claro que os órgãos de vigilância sanitária, no desempenho de suas atividades, ao detectarem um risco iminente à saúde pública tem o poder/dever de intervir nessa situação com o intuito de sanar o problema, para que este não tome maiores proporções causando maiores transtornos para a sociedade e prejuízos para a Administração.

O artigo 22 da lei 9.782/99 dispõe sobre a constituição da receita da ANVISA e o inciso IX do mesmo artigo diz o seguinte:

IX - o produto da alienação de bens, objetos e instrumentos utilizados para a prática de infração, assim como do patrimônio dos infratores, apreendidos em decorrência do exercício do poder de polícia e incorporados ao patrimônio da Agência nos termos de decisão judicial.

O inciso disposto acima mostra que o poder de polícia exercido pelos órgãos de vigilância sanitária, além de usado como meio de repressão às infrações sanitárias, indiretamente gera receita para a autarquia, visto que, os objetos utilizados para praticar os ilícitos, quando apreendidos no exercício do poder de polícia poderão ser incorporados ao patrimônio desta.

De acordo com os economistas ocorrem as chamadas “falhas de mercado” quando há uma ineficiência na alocação dos recursos pelo mercado ocasionando o desequilíbrio na produção ou na economia do país e é justamente nesse tipo de situação que o Estado tem o poder/dever de intervir na economia buscando manter a estabilidade da economia nacional. Cabe ao Estado promover o crescimento e desenvolvimento econômico e em situações anômalas interferir fazendo o uso do poder de polícia.

Há no mínimo duas situações que poderão ocasionar as falhas de mercado obrigando assim o Estado a se manifestar: quando ocorrerem as chamadas externalidades (positivas ou negativas) e quando se observar a concentração de poder econômico. Podemos conceituar externalidades como os impactos causados a terceiros em decorrência de ações realizadas por um determinado indivíduo ou empresa, podendo esses impactos serem negativos ou positivos. Como exemplo de externalidade negativa, podemos citar a poluição ambiental que tem como

consequências o aumento no índice de pessoas doentes, a contaminação do solo tornando-o impróprio para o cultivo, dentre outras que levam o Estado a gastar mais com saneamento, saúde, políticas públicas de distribuição de renda. Nesses casos o Estado Agirá no foco que desencadeou todos esses problemas, ou seja, na poluição ambiental, buscando meios legais para que o responsável possa solucionar a questão o mais breve possível.

Em relação às externalidades positivas, daremos como exemplo uma descoberta científica que substituiria completamente ou reduziria bruscamente a despesa do Estado em um determinado setor, entretanto, este depende de investimento para que possa ser viabilizado. É nesse ponto que a Administração entra com os investimentos visando o crescimento da economia e o estímulo à produção científica.

A Lei nº 12.529 de 30 de novembro de 2011 que Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência e dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica é um típico exemplo do Estado reprimindo a concentração de poder econômico por um indivíduo ou uma empresa, que se vale do seu maior poder econômico para tentar influenciar o preço do mercado. Nela estão as infrações e as penas a que estão sujeitos caso incorram em alguma das ações nela descritas.

O controle do exercício de atividades econômicas dependente de concessão ou autorização do serviço público tem de estar em constante fiscalização, visto que, são serviços públicos realizados por particulares em nome próprio, entretanto, ainda assim são serviços de responsabilidade do Estado que podem causar sérios danos à Administração se eivados de vícios ou feitos de maneira incorreta ou fraudulenta.

A respeito das últimas áreas de interesse público citados no artigo 78 do CTN à tranquilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos, estas abrangem uma infinidade de direitos do indivíduo como os de saúde, educação, os trabalhistas, os previdenciários, os de assistência social e uma infinidade de outros mais, sendo todas passíveis de intervenção estatal.

;

4.1 Meios de atuação e sanção

Apesar do poder de polícia ser um ato administrativo pautado em grande parte na discricionariedade dos atos praticados por seus agentes, tem de haver um espaço bem definido para essa atuação, ou seja, existe a necessidade de uma norma regulamentadora que defina quais as possíveis decisões que o agente poderá tomar diante de determinado comportamento adverso,

do contrário este poderia agir arbitrariamente, em benefício próprio ou com abuso de poder. Os meios que o Estado pode utilizar para exercitar/disciplinar a atuação do poder de polícia são: os atos normativos propriamente ditos (leis), os atos administrativos unilaterais e também ordens verbais amparadas ou não por suportes físicos, como semáforos, sinalizações oficiais, etc.

Muitas são as leis que disciplinam a conduta dos indivíduos em sociedade, podemos citar alguns exemplos como, a Lei federal nº 6.437/77 que trata das infrações sanitárias, a Lei federal nº 9.503/97 que institui o Código de Trânsito Brasileiro e trata das infrações de trânsito.

A respeito dos atos normativos Celso Antonio (2010, p. 837) diz que:

Cabe realizar, ainda, uma diferenciação entre o poder de polícia em sentido amplo e em sentido estrito. O primeiro é conceituado como a atividade da Administração Pública, expressa em atos normativos ou concretos, de condicionar, com fundamento em sua supremacia geral e na forma da lei, a liberdade e a propriedade dos indivíduos, mediante ação ora fiscalizadora, ora preventiva, ora repressiva, impondo coercitivamente aos particulares um dever de abstenção (“non facere”) a fim de conformar-lhes os comportamentos aos interesses sociais consagrados no sistema normativo.

As medidas de caráter preventivo emanados da administração são manifestações que buscam inibir futuras transgressões às leis, sendo elas, as fiscalizações, as vistorias e as notificações. Já as repressivas buscam, por meio da coação, que o particular volte a se adequar às normas.

Segundo Maria Sylvia Z. Di Pietro (2009, p. 119):

Atos administrativos e operações materiais de aplicação da lei ao caso concreto, compreendendo medidas preventivas (fiscalização, vistoria, ordem, notificação, autorização, licença), com o objetivo de adequar o comportamento individual à lei, e medidas repressivas (dissolução de reunião, interdição de atividade, apreensão de mercadorias deterioradas, internação de pessoa com doença contagiosa), com a finalidade de coagir o infrator a cumprir a lei.

E no caso da sinalização de trânsito temos “ordens” sendo dadas constantemente através da sinalização das vias e dos agentes de trânsito, que limitam a condução indiscriminada e imprudente dos motoristas em favor do bem coletivo.

A atividade de polícia tem caráter coercitivo justamente para que possa fazer cumprir as ordens emanadas, visto que, a ordem seria ineficiente se a autoridade competente se mantivesse inerte, por esse motivo existem atreladas a cada norma uma sanção em caso de seu descumprimento.

As sanções do poder de polícia, assim como em todo ordenamento nacional, seguem o princípio da proporcionalidade no momento da aplicação das penalidades, ou seja, quanto mais

grave for a transgressão, mais grave será a penalidade. Os mais comuns tipos de penalidade administrativas que conhecemos são: a multa; o fechamento de estabelecimento; a demolição de construção; o embargo administrativo de obra; a destruição de objetos; a inutilização de gêneros; a proibição de fabricação ou comércio de certos produtos; a vedação de localização de indústrias ou de comércio em determinadas zonas; a cassação de autorização ou concessão; bem como quaisquer outras penalidades previstas em lei que a autoridade achar necessária para reestabelecer a normalidade.

Visando maior celeridade e buscando afastar o risco de prejuízo pela demora, *periculum in mora*, a própria Administração aplica e executa essas penalidades, respaldada pelo princípio da autoexecutoriedade. Entretanto, esses atos estão sujeitos a posterior revisão por órgãos judiciais, para que estes possam garantir que de fato não houve nenhum tipo de ilegalidade, excesso ou abuso no momento da aplicação da pena e sempre levarão em consideração o princípio da proporcionalidade.

4.2 Limitantes do poder de polícia

É inegável que o poder de polícia tem um papel de suma importância para a sociedade, tendo em vista que o crescente desrespeito aos direitos dos indivíduos é latente. Todavia esse poder deve ser usado de maneira coerente, devendo este ser limitado e proporcional para que não haja nenhum tipo de injustiça.

Apesar do caráter discricionário, o poder de polícia não é ilimitado, tendo na lei seu principal limitador que impede que a Administração atue indiscriminadamente, como afirma Cretella Jr apud José dos Santos Carvalho Filho (2009, p. 79) que aduz que “a faculdade repressiva não é, entretanto, ilimitada, estando sujeita a limites jurídicos: direitos do cidadão, prerrogativas individuais e liberdades públicas asseguradas na Constituição e nas leis.”

Além da legalidade, temos dois outros aspectos limitadores ao poder de polícia: a moralidade e a proporcionalidade. No caso da moralidade administrativa, estamos nos referindo à conduta do agente público que deve estar de acordo com os preceitos da probidade administrativa, tornando-se assim um limitador natural contra ilegalidades e abusos.

Em relação à proporcionalidade José dos Santos Carvalho Filho (2009, p.80) afirma que:

O princípio da proporcionalidade deriva, de certo modo, do poder de coerção de que dispõe a Administração ao praticar atos de polícia. Realmente, não se pode conceber que a coerção seja utilizada indevidamente pelos agentes administrativos, o que ocorreria, por exemplo, se usada onde não houvesse necessidade. Em virtude disso,

tem a doutrina moderna mais autorizada erigido à categoria de princípio necessário à legitimidade do ato de polícia a existência de uma linha proporcional entre os meios e os fins da atividade administrativa.

A proporcionalidade vem adequar a sanção ao dano causado, ou seja, impede que os agentes abusem do poder causando prejuízo desproporcional ao particular.

Os limites confundem-se com as condições de validade, visto que, no momento em que observamos uma condição de validade que não foi atendida podemos classificá-la como um limitador natural.

A competência torna-se um limitador quando o agente público extrapola seus limites de atuação, assumindo responsabilidades que não lhe cabem, nesses casos haverá um ato viciado pela falta de competência do agente para atuar no caso em questão.

Assim como em ato praticado pela Administração, na atividade de polícia os fins são todos bem definidos, e estes não devem ser contra ou trazer prejuízo a sociedade ou ao interesse público. Será nulo o ato de polícia que tiver fim diverso daquele determinado em lei ou o que for feito em busca de interesse próprio.

Geralmente quando tratamos sobre poder de polícia não temos uma forma bem definida da realização dos atos, visto que, este preza pela celeridade, entretanto, os atos seguintes ao inicial devem seguir determinadas regras e formalidades para que continuem revestidos de legalidade, tomaremos como exemplo a lavratura de um auto de infração por uma autoridade sanitária em virtude de irregularidades encontradas em um estabelecimento sujeito a sua fiscalização. O auto foi lavrado dentro das normas sanitárias vigentes, porém, para que seja aberto um processo administrativo sanitário, que poderá ou não culminar em uma sanção, há a necessidade que seja dado o direito da ampla defesa e do contraditório ao autuado, mas estes direitos não lhes foram dados e somente após o encerramento do processo autoridade competente para aplicar a sanção se atentou para este fato. Esse erro poderá tornar todo o processo nulo, pois, por mais que ele tenha iniciado de maneira correta, porque de fato houve a transgressão a uma norma sanitária, esse vício torna o processo questionável e atuando como limitador ao devido andamento do mesmo.

4.3 Princípio da proporcionalidade

O princípio da proporcionalidade associado ao princípio da razoabilidade exerce um papel limitador ao poder de polícia ao passo que são princípios que visam estabelecer adequar à sanção ao ilícito, sem que esta cause um dano superior ao causado pelo transgressor. Segundo

os doutrinadores Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino (2008, p.245), o princípio de proporcionalidade é:

[...] entendido como a necessidade de adequação entre a restrição imposta pela administração e o benefício coletivo que se tem em vista com a medida, também consubstancia um limite inarredável sem vantagem correspondente para a coletividade invalida o fundamento do interesse público do ato de polícia, por ofensa ao princípio da proporcionalidade. Da mesma forma, não pode a administração – sob o pretexto de condicionar o uso de um bem – aniquilar a propriedade individual, em razão da desproporcionalidade da medida.

A administração deve ter muito cuidado na utilização dos meios coercitivos mesmo agindo dentro da lei, pois, estes interferem diretamente na propriedade e na liberdade do particular e o menor sinal de excesso na aplicação desses meios pode levar à invalidação do ato. De acordo com José dos Santos Carvalho Filho (2005, p.74-75):

[...] se a conduta administrativa é desproporcional, a conclusão inevitável é a de que um ou alguns indivíduos estão sendo prejudicados por excesso de poder, revelando-se ausente o verdadeiro interesse coletivo a ser perseguido e configurando-se, sem dúvida, ilegalidade que merece correção.

Deve haver proporcionalidade também entre a medida adotada sua extensão e sua intensidade, sendo inaceitável o excesso mesmo quando se encontra caracterizado o ilícito. Os doutrinadores Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino (2008, p. 246) dão exemplo onde:

[...] o Poder Público tenha decidido empregar a violência para dissolver uma reunião não autorizada, no entanto pacífica, causando uma desproporcionalidade na intensidade da medida. Ou ainda, que tenha decidido apreender toda a edição de uma revista, por ser ela prejudicial a uma determinada região.

A medida torna-se igualmente desproporcional em razão da extensão, porque ela é bem maior que a necessária para coibir a ilegalidade. Sendo assim nos dois casos os atos tornam-se ilegais.

A observância da proporcionalidade na hora da aplicação da sanção é de suma importância, pois pode acarretar um enorme prejuízo ao particular e este poderá acionar o Estado para que sejam reparados os danos causados pelo excesso aplicado.

4.4 Condições de validade

Assim como nos demais atos administrativos, para que o poder de polícia tenha validade no mundo jurídico ele tem de ter certos requisitos que o tornam válido, que de acordo com a doutrina majoritária são: competência, finalidade, forma, objeto, motivo. Os requisitos citados acima, como já mencionado, são comuns a todos os atos administrativos, entretanto, no caso do

poder de polícia há a necessidade de observância de mais outros preceitos que, ao mesmo tempo em que limitam, dão validade a ele, que são: a proporcionalidade, onde gradua-se a sanção imposta ao dano causado e a legalidade dos meios aplicados.

5 ABUSO DO PODER DE POLÍCIA

Todo agente público no cumprimento de suas funções está sujeito a cometer abuso de poder, seja por excesso, por omissão ou por desvio de finalidade. No nosso país essa prática tem ficado cada vez mais comum, visto que a impunidade ainda é grande. De acordo com os ensinamentos de Meirelles (2007, p. 83):

O abuso do poder, como todo ilícito, reveste as formas mais diversas. Ora se apresenta ostensivo como a truculência, às vezes dissimulado como o estelionato, e não raro encoberto na aparência ilusória dos atos legais. Em qualquer desses aspectos – flagrante ou disfarçado – o abuso do poder é sempre uma ilegalidade invalidadora do ato que o contém.

Poderíamos considerar o abuso de poder como uma condição de validade ao ato poder de polícia, entretanto, essa condição encontra-se implicitamente dentro da proporcionalidade, da legalidade e da finalidade anteriormente mencionadas. Em atos discricionários, onde há uma maior flexibilidade de atuação do agente diante do caso concreto, há uma maior chance do abuso acontecer, visto que, o agente público se valerá da margem de escolha dada pela lei para sustentar sua escolha feita, mesmo que esta não tenha visado o interesse da administração.

Por ser utilizado apenas em casos emergenciais e nos demais que a lei assim dispuser, o abuso de poder dentro do poder de polícia torna-se bem mais danoso, tendo em vista não haver uma análise prévia do judiciário sobre o ato praticado que gera seus efeitos imediatamente.

5.1 Espécies de abuso de poder

O abuso de poder, como se trata de gênero, é um conceito mais amplo, subdividindo-se em duas espécies que são: Excesso de poder e desvio de poder.

O excesso de poder manifesta-se quando há uma atuação fora dos limites estipulados por lei por parte do agente, ou seja, ele apesar de ser competente para realizar o ato proposto, extrapola os limites predeterminados seja para mais ou para menos, caracterizando o abuso por omissão ou comissão.

Essa incompetência pode ser total ou parcial, visto que, o agente pode iniciar o ato dentro de sua competência, sendo este legítimo, e no decorrer dos procedimentos extrapolar

seus limites atuando com excesso de poder ou já iniciar um ato que é totalmente incompetente para praticar, também agindo com excesso de poder.

Finalizando a parte de excesso de poder temos no artigo nº 55 da Lei nº 9.784 de janeiro de 1999 que trata dos procedimentos administrativos:

Art. 55. Em decisão na qual se evidencie não acarretarem lesão ao interesse público nem prejuízo a terceiros, os atos que apresentarem defeitos sanáveis poderão ser convalidados pela própria Administração.

Daí concluímos que os atos mesmo eivados de vícios podem ser convalidados pela Administração, desde que não tenham causado prejuízo a terceiros e à própria Administração

O desvio de poder caracteriza-se no momento em que se observa que o fim proposto pelo ato praticado diverge do fim atingido. Segundo Hely Lopes Meirelles (2016, p. 97):

O desvio de poder verifica-se quando a autoridade, embora atuando nos limites de sua competência, pratica o ato por motivos ou fins diversos dos objetivados por lei ou exigidos pelo interesse público. É uma violação moral da lei, colimando o administrador fins não queridos pelo legislador, ou utilizando motivos ou meios imorais para a prática de um ato administrativo aparentemente legal.

Um exemplo clássico dessa situação seria a transferência de um servidor pelo chefe imediato, por motivos pessoais não buscando o melhor para o serviço público.

6 MEIOS DE TRANSFERÊNCIA DA EXECUÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS

O serviço público constitui uma atividade prestacional assumida pelo Estado, no intuito de garantir alguns serviços essenciais à sociedade. Com o avanço do Estado de direito, foram crescendo também os direitos dos indivíduos e conseqüentemente o tornou mais lenta e de pior qualidade a execução desses serviços públicos, e no intuito de melhorar e acelerar a prestação destes surge a possibilidade da transferência de certas atividades típicas do Estado à outros entes, públicos ou privados.

Os meios utilizados para que ocorra essa transferência são: a outorga ou a delegação. Cada um desses institutos é utilizado de forma separada de acordo com o objeto e o órgão a que se pretende transferir o serviço.

6.1 Descentralização e desconcentração

A transferência da execução/execução e titularidade do serviço público pode gerar duas situações distintas na Administração. A primeira é a descentralização dos serviços, situação que ocorre no âmbito de mais de uma pessoa jurídica, ou seja, existe a transferência de titularidade de competência de uma pessoa jurídica para outra, sendo que esta poderá já existir ou ser criada por lei com esse objetivo específico. Como exemplo, temos a outorga de serviços antes prestados pelo estado ao município e também a criação de uma autarquia para que esta assuma a execução de determinada atividade antes prestada por outro órgão.

A descentralização gera a especialização e conseqüentemente maior qualidade dos serviços prestados e justamente por esse motivo já se falava em especialização no ano de 1967, no inciso III do artigo 6º do Decreto Lei nº 200:

Art. 6º As atividades da Administração Federal obedecerão aos seguintes princípios fundamentais:

- I - Planejamento.
- II - Coordenação.
- III - Descentralização.
- IV - Delegação de Competência.
- V - Controle.

Esse Decreto Lei dispõe sobre a organização da Administração Federal e estabelece algumas diretrizes para a Reforma Administrativa e como podemos ver a descentralização e a delegação são tidas como princípios fundamentais da administração federal.

A segunda situação que pode ser gerada a partir da transferência de atividades do Estado é a desconcentração, que consiste na distribuição de competências no âmbito de uma mesma pessoa jurídica.

Assim, podemos notar que a diferença entre descentralização e desconcentração reside na amplitude da transferência, enquanto que na desconcentração essa transferência se limita à extensão de um único órgão, a descentralização pressupõe a participação de dois órgãos distintos.

6.2 Outorga de atividades e serviços

Como bem sabemos a administração tem a prerrogativa de desenvolver ela própria a execução de suas atividades e serviços, entretanto, a execução juntamente com a titularidade pode ser transferida a outro órgão. A essa prática damos o nome de outorga, e esta só poderá ocorrer no âmbito da Administração indireta, ou seja, não há que se falar em particulares.

Podemos conceituar outorga como a transferência da titularidade de serviços públicos, originariamente pertencentes a um órgão da Administração direta, a órgãos da Administração indireta por meio de lei para que estes o desenvolvam sob sua responsabilidade e em conformidade com o interesse público.

Por tratar-se da transferência da competência e não somente da execução de serviços, existe a necessidade dessa outorga ser feita através de lei específica, que além de regulamentar todo o processo de execução da atividade ou serviço criará uma nova pessoa jurídica dotada de todas as prerrogativas necessárias ao cumprimento de suas obrigações, lembrando também que o mesmo meio que atribuiu tal capacidade deve ser utilizado para retirá-la.

6.3 Modalidades de delegação

A menor amplitude na transferência de poderes faz com que a delegação se diferencie da outorga. Na delegação não existe a necessidade da edição de uma lei em sentido formal da palavra, para que esta possa se concretizar e muito menos a criação de uma nova pessoa jurídica.

A lei que define todo o processo necessário para que seja feita a delegação é a de nº 8.987 de 13 de fevereiro de 1995, nela são mostradas duas modalidades delegação: a concessão e a permissão.

Entendemos por concessão, a transferência da execução de atividades ou serviços públicos por um contrato de concessão, mediante prévia licitação na modalidade concorrência, onde o consórcio ou pessoa jurídica realiza por sua conta e risco a execução de determinados serviços públicos.

A Lei 11.079/2004, que institui as normas de licitação e contratação de parcerias público-privadas, ainda subdividiu a concessão em duas: a concessão patrocinada, onde o serviço é realizado pela empresa e esta receberá além da tarifa cobrada do usuário, uma contraprestação do poder público, e a concessão administrativa, onde a própria Administração é o usuário direto ou indireto do serviço sendo esta obrigada a arcar com cem por cento dos custos.

Temos também a modalidade de delegação chamada permissão, e esta só poderá ser formalizada mediante contrato de adesão segundo disposto no artigo 40 da lei nº 8.987/95. Boa parte da doutrina considera esse tipo de delegação como um ato administrativo discricionário, unilateral e precário. Existem também a necessidade da licitação, porém, sem modalidade específica e também sem previsão da contratação com consórcios admitindo apenas pessoas físicas e jurídicas.

Por fim temos as autorizações, que diferentemente das outras duas modalidades independe de licitação. Na autorização existe a execução de serviços de interesse coletivo de caráter instáveis, emergenciais e transitórios por particulares. Temos como exemplo bem básico o serviço de táxi, despachantes, segurança partículas.

As formas de delegação mostradas acima são as mais conhecidas e mais usuais pela administração, entretanto nada impede que mais formas sejam regulamentadas através de lei.

7 QUEM ESTÁ AUTORIZADO A USAR O PODER DE POLÍCIA

De acordo com nossa interpretação do que está disposto no artigo 78 do CTN, onde temos o conceito de poder de polícia, poderá utilizar o poder de polícia todo ente, seja ele público ou privado, que realizar atividade típica da Administração pública que limite ou discipline direito, interesse ou liberdade, em razão de interesse público. Extraímos o conceito acima a partir da interpretação da literalidade do artigo 78 do CTN, que em nenhum momento limita ou aponta quais são os agentes detentores do poder em questão, deixando claro apenas o tipo de atividade realizada, sendo possível assim a utilização por qualquer, público ou privado, desde que atendessem ao fim desejado, mas desse assunto trataremos mais à frente.

A respeito da competência, esta deve estar prevista em lei e na falta dessa previsão legal, deve ficar sob a responsabilidade do ente com maior grau de interesse na matéria, ou seja, assuntos de interesse nacional devem ficar a cargo da União, as matérias de interesse regional sob responsabilidade dos estados e os assuntos de interesse local ficam sob responsabilidade municipal. Além dessa partilha constitucional baseada no interesse, temos também as competências privativas, onde apenas um ente é responsável pela regulamentação de determinada matéria, mesmo sendo esta de interesse de outro ente e a concorrente onde há um compartilhamento de determinada matéria, ficando à cargo de duas pessoas jurídicas sua regulamentação.

7.1 Agências reguladoras

No período do Programa Nacional de Desestatização e das Reformas Constitucionais, o Estado passou a não mais exercer diretamente muitas atividades, passando estas para a iniciativa privada, obrigando assim o Estado a mudar sua postura de prestador para fiscalizador de serviços. A partir de então, através de emendas constitucionais, o legislador passou a descentralizar essa fiscalização/regulação dos serviços públicos delegados a particulares.

A atuação das agências reguladoras é um exemplo clássico do exercício do poder de polícia administrativo, tendo em vista que, a criação destas é voltada única e exclusivamente para realizar a fiscalização da qualidade dos serviços públicos prestados pela iniciativa privada através de concessões públicas. Essa regulação se dá por meio da criação de leis que controlam e limitam as mais variadas atividades e setores da economia no intuito de preservar os direitos do consumidor sociedade e assegurar o interesse público.

Agências reguladoras são autarquias em regime especial com personalidade jurídica de direito privado sendo criadas por lei específica com o objetivo de regular, em nome do Estado, setores de interesse público. A criação dessas agências não está limitada ao âmbito federal, podendo ser encontradas também na esfera estadual e municipal, entretanto, sua área de atuação é um pouco mais limitada em relação as federais.

A título de informação temos hoje onze agências reguladoras federais atuando no Brasil, são elas: Agência Nacional de Águas (ANA), Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC), Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL), Agência Nacional do Cinema (ANCINE), Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL), Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP), Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), Agência Nacional de Transportes Aquaviários (ANTAQ), Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT), Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), Agência Nacional de Mineração (ANM).

7.2 Poder de polícia originário e derivado

Antes de adentrarmos o tema proposto pelo trabalho, que é a possibilidade de delegação do poder de polícia à entes de direito privado, é imprescindível que façamos algumas colocações, sendo a primeira delas a divisão que a doutrina faz do ato de polícia em originário e derivado.

Segundo MEIRELLES (2009, p. 134):

(...) deve-se distinguir o poder de polícia originário do poder de polícia delegado, pois que aquele nasce com a entidade que o exerce e este provém de outra, através de transferência legal. O poder de polícia originário é pleno no seu exercício e consecutório, ao passo que o delegado é limitado aos termos da delegação e se caracteriza por atos de execução. Por isso mesmo, no poder de polícia delegado não se compreende a imposição de taxas, porque o poder de tributar é intransferível da entidade estatal que o recebeu constitucionalmente. Só esta pode taxar e transferir recursos para o delegado realizar o policiamento que lhe foi atribuído. Mas no poder de polícia delegado está implícita a faculdade de aplicar sanções aos infratores, na forma regulamentar, pois que isto é atributo de seu exercício.

Hely Lopes Meirelles, define o poder de polícia originário como pleno, atribuído sempre aos representantes da Administração direta (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) e proveniente diretamente da constituição que atribui a cada um deles sua área de atuação, ao passo que o derivado (ou outorgado) seria limitado aos termos e moldes ao qual foi delegado, através de lei específica, e de caráter meramente executório.

As duas principais diferenças que separam o poder de polícia originário do derivado seriam: o modo como o ente foi investido desse poder, se constitucionalmente ou por delegação através de lei formal; e a extensão de atuação desse poder, se limitado a atos meramente executórios ou em sua total plenitude, desde a legislação até a sanção.

7.3 Fases da atividade polícia

Chamamos de Ciclo de polícia administrativa ou fases da atividade de polícia a sequência lógica dos atos administrativos dentro da atuação do poder de polícia. Fazem parte dessa sucessão de atos: a ordem, o consentimento, a fiscalização e a sanção.

A primeira fase refere-se à fundamentação legal das ordens emanados pela Administração que limitam o exercício dos direitos individuais. Essas ordens fundamentam-se em leis emanadas pelo judiciário e são complementadas pela Administração através de atos infralegais.

Tais ordens podem restringir o exercício de direito de forma absoluta (ex.: vedação de aquisição de determinada substância química) ou pode condicionar seu uso (ex.: autorização para funcionamento de determinado estabelecimento mediante a adequação deste às exigências legais). Neste caso, uma vez atendidas tais condições, o Poder Público confere a licença ou autorização necessária ao exercício do direito.

A segunda fase trata do consentimento, que é “dado” pela Administração mediante o preenchimento de alguns pré-requisitos pelo indivíduo. Esse consentimento pode se materializar em um alvará de sanitário, uma autorização de funcionamento, uma licença para dirigir. Sendo que, para fazer jus a esse consentimento dado pela Administração deve haver uma continuidade por parte do administrado em relação às exigências que o tornaram apto para tal, sob pena de cassação caso este venha a descumprir alguma delas.

A terceira fase é a da fiscalização, que se caracteriza por ser uma fase de controle na qual a Administração se vale de todos os meios necessários para verificar o cumprimento das normas vigentes. Essa fiscalização poderá ser realizada *in loco* através de inspeções ou via análise documental se assim bastar para a verificação da conduta à lei. Lembrando que essa fiscalização poderá ser proposta pela pessoa diretamente ligada ao ato, por terceiro interessado ou via ofício.

A quarta e última fase é a da sanção, que consiste como o próprio nome já diz na aplicação da sanção. Entretanto, o ciclo de polícia administrativa pode se exaurir sem que esta

última fase aconteça, tudo dependerá do que foi apurado na fase anterior, a fiscalização, visto que, se não houve a verificação de nenhum ilícito por parte do indivíduo não há que se falar em punição ao mesmo.

Essa divisão da execução da atividade de polícia em fases, veio para fortalecer a ideia da possibilidade de delegação do poder de polícia, pois assim podemos separar fases delegáveis das indelegáveis.

7.4 Delegação do poder de polícia

Originariamente o poder de polícia é atribuído ao órgão competente por utilizá-lo pela Constituição Federal, que de acordo com seus interesses faz a partilha entre os entes da federação. Já no caso da delegação é um pouco diferente, visto que, essa descentralização se fará obedecendo algumas formalidades, como a edição de lei específica, ser a pessoa ente da administração pública indireta e tenha personalidade jurídica de direito público, para que não haja divergência do interesse da Administração.

Como frisamos, para que haja a delegação o ente deverá ser de direito público, ou seja, excluem-se até mesmo as pessoas jurídicas de direito privado integrantes da administração pública indireta, a saber, as sociedades de economia mista e as empresas públicas.

Segundo ARAGÃO (2012, P. 193):

A vedação da atribuição de poder de polícia a pessoas privadas tem sido atenuada quando essa pessoa privada é integrante da Administração Pública Indireta. O exemplo mais comum são as empresas públicas municipais às quais têm sido atribuídas competências de polícia administrativa de trânsito, a exemplo da guarda municipal do Município do Rio de Janeiro, que é uma empresa pública, considerada constitucional pelo Tribunal de Justiça sob o argumento da autonomia do Município de escolher os meios pelos quais exercerá as suas funções e pelo fato de essas pessoas privadas estarem de qualquer forma sujeitas à supervisão do ente público.

O que o autor tenta nos colocar é que, por mais que o órgão seja de direito privado ele ainda assim faz parte da Administração Pública e pelo fato de dele valer-se do poder de polícia delegado, não atua com total plenitude sob os atos que pratica, pois não tem competência para legislar sobre a matéria em questão, tendo poder apenas fiscalizatório e de consentimento. Da mesma ideia comunga MAFFINI (2009, p. 75-76):

(...) a simples transferência a entidades de direito privado integrantes da Administração Pública não retira do Estado a ingerência sobre o poder de polícia. Por óbvio, se restar comprovado que empresas do Estado fazem mau uso do poder de polícia, por exemplo, visando, com ele, a majorar indevidamente sua receita, em tal hipótese deverão os atos de polícia administrativa ser invalidados por desvio de finalidade. Trata-se, inegavelmente, de posição minoritária, mas é importante salientar

que não há pronunciamento claro a propósito do tema nos tribunais superiores brasileiros.

Do exposto acima podemos inferir que de fato há a possibilidade da delegação do poder de polícia tão somente a entes da Administração pública indireta, sendo estes de direito público ou privado. Entretanto um ponto onde ainda há uma grande divergência doutrinária é no que tange à possibilidade dessa mesma delegação ocorrer com entes fora da esfera da Administração pública indireta.

7.5 Delegação do poder de polícia a ente privado

No inciso III, do art. 4º, da Lei Federal nº 11.079 de 30 de dezembro de 2004, lei das chamadas parcerias público-privadas, o legislador aponta como uma diretriz a ser seguida a “indelegabilidade das funções de regulação, jurisdicional, do exercício do poder de polícia e de outras atividades exclusivas do Estado”.

De acordo com o que se pode depreender da leitura desse inciso, o poder de polícia conta com mais do que duas funções na sua execução, tendo em vista que duas delas foram especificadas, e que as atividades exclusivas do Estado não podem ser delegadas, nos fazendo pensar que nada nos impediria de delegar ao ente privado, já que estamos falando em parcerias público-privadas, as demais funções do poder de polícia e as atividades não exclusivas do Estado.

Diferente do CTN, que não entra no mérito sobre a competência para atuação, a lei nº11.079/04 deixa claro a impossibilidade de delegação de certos atos a particulares, essa preocupação do legislador se dá devido a diversos fatores, porém, o principal deles é o fato do particular agir visando o lucro e o benefício próprio sem levar em consideração o interesse coletivo. De antemão já podemos afirmar que pelo menos em um caso pode haver essa delegação, mas vamos separar os entes privados em dois grupos: os que fazem parte da Administração Pública indireta e os que não tem esse vínculo com o Estado.

7.6 Sociedades de economia mista e empresas públicas

As primeiras empresas públicas no Brasil datam do século XIX, tendo como principais destaques dessa época, o Banco do Brasil (1808) e a Caixa Econômica Federal (1861), entretanto foi só a partir da década de 40, na Era Vargas, que houve uma maior necessidade desse tipo de empresa devido à rápida necessidade de industrialização do Brasil. Essas empresas

nasceram com o intuito de criar instrumentos para o exercício e regulação de atividades econômicas.

Oficialmente foi apenas em 1967 com o decreto-lei nº 200 que as estatais passaram a fazer parte da Administração pública indireta juntamente com as autarquias e posteriormente em 1987 vieram as fundações públicas.

O Decreto-Lei 200/67, em seu artigo 5º, inciso II define Empresa Pública como sendo:

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

Já a sociedade de economia mista é definida no inciso III do mesmo artigo do Decreto-Lei nº 200/67 da seguinte maneira:

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.

Tanto as empresas públicas quanto as sociedades de economia mista são entes de direito privado, estando assim sujeitas ao regime das empresas privadas, entretanto, elas devem respeitar os preceitos constitucionais contidos nos parágrafos do artigo 173 da CF.

A criação de uma empresa pública ou de uma sociedade de economia mista, não pode ser concebida simples e unicamente pelo desejo do Estado, sua criação “só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei” como preceitua o CAPUT do artigo 173 da Constituição Federal. O que queremos mostrar com o exposto anteriormente, é que, apesar de ter personalidade jurídica de direito privado e em alguns aspectos ser equiparado à empresas privadas, esses entes não deixam de fazer parte da Administração pública e compartilham dos mesmos objetivos desta, ou ao menos não estão contrários aos mesmos, visto que, são criados com objetivos bem definidos e únicos. Estando também sujeitos à fiscalização do Estado, que provavelmente não se manteria inerte se algum desses entes pudesse vir a causar dano para a coletividade ou ao próprio Estado.

8 ENTENDIMENTO DOS TRIBUNAIS SUPERIORES

Por ser um tema cheio de controvérsias tanto na jurisprudência quanto na doutrina nacional o tema, delegação do poder de polícia a entidades privadas integrantes da Administração Pública indireta, acabou sendo matéria de discussão nos tribunais superiores.

Começando pelo Superior Tribunal de Justiça, temos o Recurso Especial nº 817.534/MG, que trata justamente da possibilidade da atuação de uma sociedade de economia mista, no caso em questão a BHTRANS, exercer atividades típicas de polícia administrativa na esfera de trânsito.

Esse recurso foi julgado pela Segunda turma do STJ, que para julgar tal recurso valeu-se de dispositivos do CTN e da Lei nº 6.404/76, que trata das sociedades por ações, tendo em vista o escasso número de jurisprudências sobre o assunto. O entendimento do egrégio tribunal, assim como já foi dito anteriormente, é que o exercício do poder de polícia pressupõe a realização de quatro atos distintos, sendo eles, a legislação (ou ordem), o consentimento, a fiscalização e a sanção, sendo que das quatro citadas apenas o consentimento e a fiscalização poderiam ser delegadas ficando terminantemente proibido a delegação de atos legislativos, impedindo que a estatal criasse novos deveres ao regulado em matéria de trânsito, e de atos sancionatórios, proibindo a aplicação de multas por parte da BHTRANS.

Para melhor entendimento passemos a ver a ementa do acórdão da Segunda Turma do STJ.

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

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

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

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

4. No âmbito da limitação do exercício da propriedade e da liberdade no trânsito, esses grupos ficam bem definidos: o CTB estabelece normas genéricas e abstratas para a obtenção da Carteira Nacional de Habilitação (legislação); a emissão da carteira corporifica a vontade o Poder Público (consentimento); a Administração instala

equipamentos eletrônicos para verificar se há respeito à velocidade estabelecida em lei (fiscalização); e também a Administração sanciona aquele que não guarda observância ao CTB (sanção).

5. Somente 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.

(STJ - REsp: 817534 MG 2006/0025288-1, Relator: Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, Data de Julgamento: 10/11/2009, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 10/12/2009)

Podemos notar que o relator se mostrou preocupado a respeito da possibilidade da delegação de atos sancionatórios ao ente particular, tendo em vista a possibilidade de haver um desvio de finalidade por parte do mesmo, buscando o interesse próprio, no caso o lucro e da mesma forma o fez impossibilitando a delegação dos atos legislativos.

Vale ressaltar que no ano de 2010 o STJ julgou o embargo de declaração oposto à decisão citada acima conforme é possível verifica no (ANEXO A). Nele o embargante sustenta que o acórdão referente à primeira decisão se encontrava com vícios de competência, alegando que o mesmo é de competência do STF não do STJ, alega também que houve omissão por parte da mesa julgadora quanto às regras constitucionais de balizamento de matéria de fundo e por fim termina argumentando respeito de uma possível contradição entre a fundamentação e o provimento final do acórdão.

De todas as alegações acima mencionadas apenas a última foi acatada, visto que de fato houve um equívoco quanto ao provimento integral do recurso, sendo acolhido parcialmente o embargo de declaração, com seus efeitos modificativos, para dar provimento parcial ao recurso especial.

Entretanto foi mantido o entendimento do posicionamento favorável a possibilidade da delegação dos atos fiscalizatórios do poder de polícia ao ente privado da Administração indireta e vedação à imposição de sanção.

Como já havíamos dito anteriormente, esse novo julgado do embargo de declaração veio apenas confirmar o que já havia sido decidido no Recurso Especial 817.534/MG, que a sociedade de economia mista em questão poderia executar atos fiscalizatórios na esfera de trânsito e manteve a vedação aos atos de sanção.

Assim como na doutrina majoritária, o Superior Tribunal de Justiça mostrou-se favorável à ideia da delegação do poder de polícia, com reservas certamente, às entidades de direito privado pertencentes à Administração indireta. Entretanto, temos de ter em mente que

cada caso deve ser analisado separadamente levando em conta suas particularidades exigidas para o exercício correto e proporcional dessas limitações.

A matéria em questão ainda não se encontra pacificada no ordenamento nacional, tanto que é uma questão de repercussão geral sob o nº 532 ainda em análise no Superior Tribunal Federal desde 2010.

Para visualizarmos melhor vejamos o seguinte agravo regimental do ano de 2016 disponível no (ANEXO B). Onde o então relator, o ministro Luiz Fux, verificou que já havia dado provimento ao ARE 662.182 onde determinou sua conversão em recurso extraordinário 840.230, para que a matéria pudesse ser melhor examinada. Diante disto o ministro determinou a substituição do RE 840.230 pelo presente recurso, o 633.782, passando assim a ser o paradigma do tema nº 532 da repercussão geral.

A questão da possibilidade ou não desse tipo de delegação ainda não se encontra pacificada no ordenamento jurídico brasileiro, até a presente data ainda encontra-se aguardando julgamento no STF a questão de repercussão geral nº 532.

8.1 Riscos e benefícios da delegação do poder de polícia

De um modo geral temos que a delegação é uma boa forma de tornar mais célere e eficiente o trabalho, no entanto, temos de atentar para quem e o que devemos ou não delegar. Em relações estritamente privadas a delegação se torna menos complicada, porém, quando se trata de setores públicos as coisas são bem mais complexas. Quando falamos em delegação entre dois entes públicos com personalidade jurídica de direito público não temos muito o que falar em choque de interesse sendo mais fácil esta situação, pois, ambos tem o interesse público como objetivo principal.

No nosso caso mais especificamente, que é a delegação do poder de polícia a entidade pertencente a Administração Pública Indireta de personalidade jurídica de direito privado, tem de haver um cuidado redobrado, tendo em vista que, apesar de fazerem parte da Administração, existe a previsão do auferimento de lucro por parte dessas entidades sendo assim necessária uma fiscalização constante. Esse tipo de delegação pode ser tido como uma descentralização da atividade oferecida pelo Estado, tornando pelo menos em tese, mais célere e eficiente o serviço prestado, pois o prestador de serviço estaria encarregado de prestar apenas aquele serviço específico.

Há grandes riscos nesse tipo de delegação de atos, pois os agentes responsáveis pela execução deles não fazem parte do quadro efetivo de servidores da Administração, são celetistas, sendo estes passíveis de serem corrompidos em troca de vantagens ou até mesmo da simples permanência no cargo. Outra questão está na possibilidade ou não de trabalhadores regidos pela CLT executarem atividades de polícia. Grande parte da doutrina posiciona-se contra essa possibilidade tendo como justificativa a falta de estabilidade desses trabalhadores. Entretanto outra parte posiciona-se a favor, mas com ressalvas referentes aos atos que estes podem realizar ou não.

Podemos citar como pontos positivos da delegação desse tipo de ato, a especialização do serviço, a desburocratização, a celeridade e a maior qualidade do serviço prestado, como pontos negativos nós temos o afastamento da fiscalização do ente delegante possibilitando assim possíveis fraudes, o desvio de finalidade por parte do órgão delegatário buscando benefícios próprios e a possibilidade de causar danos irreparáveis ao indivíduo tendo em vista tratar-se do poder de polícia.

9 CONCLUSÃO

De tudo o que já foi exposto até aqui, apesar das divergências, tudo nos leva a acreditar na possibilidade da delegação de certas atividades típicas do Estado, não exclusiva deste, a outros entes visando o aprimoramento e maior rapidez na sua execução. Em se tratando de pessoas jurídicas de direito privado sem vínculo algum com a Administração Pública é passível o entendimento que essa delegação, seria no mínimo temerária, visto que, tais empresas buscam o lucro em primeiro lugar e o fato de não haver obrigação de subordinação destes aos princípios aos quais a administração se submete, traz aí uma incompatibilidade que impede esse tipo de delegação.

Já em relação aos entes de direito privado pertencentes à Administração Pública indireta, vemos que grande parte dos doutrinadores brasileiros aceita a ideia da execução de atos de polícia através da delegação. O fato de pertencerem à Administração legitima tal atuação, tendo em vista que, atuam de acordo com os princípios constitucionais que resguardam à supremacia do interesse público, pois se encontram vinculados aos objetivos aos quais foram criados.

De acordo com a doutrina e alguns julgados dos tribunais superiores a respeito do assunto, a execução do poder de polícia pode ser dividida em quatro atos, que são a legislação (ou ordem), o consentimento, a fiscalização e a sanção e dentre eles apenas dois poderão ser delegados, sendo eles o consentimento e a fiscalização. A razão pela qual não se pode delegar o ato da legislação ao ente particular encontra-se fundamentada no Caput do artigo 61 da Constituição Federal, onde é dito expressamente que a iniciativa para a criação de leis complementares e ordinárias cabe a qualquer membro ou comissão da Câmara, do Senado, do Congresso, ao Presidente da República, ao STF, aos Tribunais superiores, ao Procurador Geral da República e por fim aos cidadãos, ou seja, não tem competência para propor iniciativa de lei nenhuma pessoa se não as citadas acima.

O processo legislativo nacional é bem rígido no nosso país, passando duas vezes pela Câmara dos Deputados, depois pelo Senado Federal e só então irá para o veto ou publicação do Presidente da República. Isso ocorre devido à necessidade de haver a segurança jurídica em todas as decisões tomadas pela Administração, pois esta tem o dever de garantir os direitos individuais de cada cidadão e alterar a legislação conforme o entendimento de cada um, no nosso caso as pessoas de direito privado, poderia causar grande prejuízo tanto para a população

quanto para a própria Administração, logo optou-se por manter essa prerrogativa exclusiva dos entes citados pelo artigo acima.

Voltando a falar em segurança jurídica, temos a impossibilidade da execução de atos sancionatórios através de delegação, pois, por mais que a legislação tenha passado por todo o rigoroso processo legislativo o ato de polícia tem caráter discricionário, o que dá uma margem de escolha sobre qual sanção deverá ser aplicada a determinado indivíduo de acordo com o ilícito praticado. Nessa questão a doutrina preocupa-se com a utilização dessa “ margem de escolha”, que o particular terá se praticar esses atos, podendo utilizá-la como moeda de troca para conseguir vantagens pessoais ou meios para lesar possíveis desavenças ou concorrentes.

O consentimento, como já falamos, trata-se do cumprimento de determinadas adequações que o indivíduo deverá fazer para que faça jus a um determinado serviço, autorização ou licença. Neste caso, pelo menos em um primeiro momento não há que se falar em risco, posto que, no ato em que forem atendidos os requisitos necessários à concessão do direito, a administração estará “obrigada” a fazer a concessão, logo, esse ato não goza de privilégios de atuação exclusiva pelo Estado podendo este ser objeto de delegação.

Por fim temos a fiscalização, que poderá ser delegada tendo em vista ser uma fase de controle, de adequação da realidade à norma. A aceitação de entes privados realizando essa etapa do ciclo de polícia se dá devido a vinculação dos procedimentos, que só poderão obter como resposta final, a conformidade com a legislação, o que encerraria o ciclo, ou a desconformidade com esta, dando início à fase da sanção. Já é quase certo que o entendimento do STF tende a seguir no mesmo caminho da doutrina, porém essa decisão ainda se encontra pendente de resolução.

Voltando às questões levantadas no início do trabalho, temos que de fato não existe nenhuma legislação que expressamente negue a possibilidade da delegação de atos de polícia à entes com personalidade privada, tendo apenas uma incompatibilidade moral de interesses. Em relação ao modo como é de fato efetuada essa transferência de competência, vemos que deve haver uma lei específica para que isso ocorra.

E por fim a questão da inconstitucionalidade. Só haverá inconstitucionalidade se o ente delegatário ir de encontro aos princípios que regem a administração, ou seja, buscar fim diverso do pretendido pelo Estado.

Em linhas gerais podemos concluir que nesse tipo de delegação a Administração deve se cercar de todos os cuidados possíveis, posto que, mesmo não delegando funções de legislação

ou de sanção existem inúmeras possibilidades do particular tirar vantagem de sua posição em benefício próprio lesando direitos individuais e a Administração.

REFERÊNCIAS

- ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito Administrativo Descomplicado**. 17. Ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009.
- ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Curso de direito administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 193
- BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Administrativo**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p.153
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 25^a ed., rev. e ampl. e atual. até a Lei no. 12.587, de 3-1-2012. São Paulo: Atlas, 2012, página 120.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 14 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2005.p 74-75
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 21. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris: 2009
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 22 ed. São Paulo: Atlas, 2009.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*, 16^a ed., São Paulo: Editora Atlas, 2003.
- FONTES, Paulo Gustavo Guedes. **Investigação criminal. Direito comparado dá razão ao Ministério Público**. Publicado na Revista Consultor Jurídico, 1 de setembro de 2005. Disponível em http://www.conjur.com.br/2005-set-01/direito_comparado_razao_ministerio_publico. Acesso em: 26 jun. 2017
- MAFFINI, Rafael. **Direito administrativo**. 3^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, pp. 75-76
- MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 35^a ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 134
- MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 27^a Edição. São Paulo: Malheiros, 2002, p.115.
- MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2016, p.97

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 26^a. ed., rev e atual. até a EC 57 de 18.12.2008. Editora Malheiros, 2009, página 413.

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

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discricionariedade e Controle Jurisdicional**. 2^a ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 48

MEZZOMO, Renato Ismael Ferreira. **Atributos e características do poder de polícia**. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 21 jun. 2014. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.48711&seo=1>>. Acesso em: 20 jul. 2017.

MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 11^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p.332.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 5 ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 1999. P. 294.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do Direito Administrativo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2001, p.328-329.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p.1817.

PAULO, Vicente & ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito Administrativo**. 16^a ed. São Paulo: Método, 2008, p.245.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 27^a ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p 37

ANEXOS

ANEXO A - EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÕES INEXISTENTES

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÕES INEXISTENTES. CONTRADIÇÃO CARACTERIZADA. (ADMINISTRATIVO. PODER DE POLÍCIA. TRÂNSITO. SANÇÃO PECUNIÁRIA APLICADA POR SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. IMPOSSIBILIDADE.)

1. Nos aclaratórios, sustenta a parte embargante que existem vícios a serem sanados no acórdão combatido, a saber: (i) omissão acerca da regra de competência, a qual imputa o processamento e o enfrentamento da presente causa ao Supremo Tribunal Federal (incompatibilidade entre lei local em face de lei federal); (ii) omissão acerca das regras constitucionais de balizamento da matéria de fundo (possibilidade de sociedade de economia mista exercer a atividade de controle de trânsito ante à inexistência de vedação constitucional no ponto); e (iii) contradição existente entre o provimento final do acórdão (provimento integral do especial) e sua fundamentação, na qual restou afirmada a possibilidade de a embargante exercer atos relativos a fiscalização.
2. Em relação ao item (i), tem-se que o acórdão da origem apreciou apenas a tese jurídica – possibilidade de delegação de poder de polícia para particulares – com base em diversos dispositivos de lei local, lei federal e da própria CR/88, mas jamais entendeu que a lei específica de delegação (lei local) era válida em face de lei federal. Trechos do acórdão da origem.
3. É possível, e isso é de cotidiana percepção pelos magistrados que integram o STF e o STJ, que um provimento judicial de última instância adote, simultaneamente, argumentos de ordem constitucional e infraconstitucional.
4. Daí ser igualmente possível o manejo (autônomo e simultâneo) de recurso especial e de recurso extraordinário, sem que se possa dizer que o julgamento do especial importa em usurpação de competência do Supremo Tribunal Federal.
5. O que se tem, nesses casos, é uma competência cindida para apreciação de matérias distintas: o STJ aprecia a alegada ofensa à legislação infraconstitucional federal e o STF aprecia as questões de sua competência.
6. Na espécie, entendeu-se que o art. 24 do CTB permitia a delegação do poder de polícia para particulares.
7. Tal tese encontra-se, pois, no âmbito da legislação infraconstitucional, pois envolve a correta extensão do conteúdo de norma integrante de diploma normativo federal – norma cuja mal interpretação importaria ipso facto na ofensa a legislação infraconstitucional. Cabível, portanto, o recurso especial, com base no art. 105, inc. III, “a”, da CR/88.

8. Não fosse isso bastante, a regra consubstanciada no art. 237 da Lei nº 6.404/76 autoriza concluir acerca da impossibilidade da transferência do poder de polícia para particulares. Esta foi a conclusão adotada no voto-vista proferido pelo Min. Herman Benjamin.
9. Fácil perceber, nesta esteira, que o âmbito de atuação do STJ deu-se nos estritos limites de sua competência, interpretando unicamente a legislação infraconstitucional (dispositivos do CTB e da Lei nº 6.404/76).
10. Uma tese de reforço: a rigor, os votos que fundamentaram o acórdão da Corte Superior sequer fizeram menção à lei local - limitaram-se a discutir a possibilidade de delegação de poder de polícia a particular. Então, não houve nenhum juízo de validade acerca da lei local.
11. Mesmo que não houvesse lei local específica, as teses vencedoras nesta instância especial seriam exatamente as mesmas, o que bem demonstra que não houve a dita incursão em competência do STF.
12. Bem, além da incidência dos arts. 7º e 24 do CTB, a origem, é bem verdade, discutiu a possibilidade de delegação de serviços públicos a particulares, com base no art. 175 da CR/88, bem como a competência municipal para gerir os serviços públicos locais (art. 30 da Lei Maior). Neste ponto, cabível a interposição do extraordinário (a propósito: o Ministério Público estadual protocolou mesmo o extraordinário).
13. Em suma: a origem conclui pela possibilidade de delegação do exercício do poder de polícia para sociedades de economia mista com base no alcance e conteúdo (i) dos arts. 22, 30 e 175 da CR/88 e (ii) dos arts. 7º e 24 do CTB. Não se julgou válida lei local em confronto com lei federal, mas apenas e tão-só definiu parâmetros de interpretação de lei federal e de normas constitucionais. Assim, uma parte dos argumentos enfrentava especial; a outra parte, extraordinário. Neste contexto, o julgamento do especial não implica usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal.
14. No que tange ao item (ii), é pacífica a jurisprudência desta Corte Superior no sentido de que não cabem embargos de declaração para que o STJ enfrente matéria constitucional, ainda que para fins de prequestionamento, sob pena de usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal. Precedentes.
15. Finalmente, no que diz respeito ao item (iii), assiste razão à embargante.
16. Tanto no voto condutor, como no voto-vista do Min. Herman Benjamin, ficou claro que as atividades de consentimento e fiscalização podem ser delegadas, pois compatíveis com a personalidade privadas das sociedades de economia mista.

17. Nada obstante, no recurso especial, o pedido do Ministério Público tinha como objetivo impossibilitar que a parte embargante exercesse atividades de policiamento e autuação de infrações, motivo pelo qual o provimento integral do especial poderia dar a entender que os atos fiscalizatórios não podiam ser desempenhados pela parte recorrida-embargante.

18. Mas, ao contrário, permanece o teor da fundamentação e, para sanar a contradição, é necessária a reforma do provimento final do recurso, para lhe dar parcial provimento, permitindo os atos de fiscalização (policiamento), mas não a imposição de sanções.

19. Embargos de declaração parcialmente acolhidos, com efeitos modificativos, para dar parcial provimento ao recurso especial, no sentido de que permanece a vedação à imposição de sanções pela parte embargada, facultado, no entanto, o exercício do poder de polícia no seu aspecto fiscalizatório.

(STJ, EDcl no REsp 817534/MG, Segunda Turma, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, julgado em 25/05/2010, DJe 16/06/2010)

ANEXO B - AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ADMINISTRATIVO. APLICAÇÃO DE MULTA DE TRÂNSITO POR SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. PODER DE POLÍCIA. DELEGAÇÃO DOS ATOS DE FISCALIZAÇÃO E SANÇÃO A PESSOA JURÍDICA DE DIREITO PRIVADO. MATÉRIA QUE AGUARDA EXAME SOB O ENFOQUE DA REPERCUSSÃO GERAL. TEMA Nº 532. RE 840.230. SUBSTITUIÇÃO DE PARADIGMA. JUNTADA DE MANIFESTAÇÃO. INTIMAÇÕES. VISTA À PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA.

DECISÃO: Trata-se de agravo regimental interposto pela Empresa de Transportes e Trânsito de Belo Horizonte S/A - BHTRANS contra decisão na qual determinei a devolução do feito à origem, por entender que a controvérsia guardava identidade com o Tema 532, ARE 662.186-RG, de minha relatoria. Inconformado com a referida decisão, o agravante interpõe o presente recurso, alegando, em síntese: “Não se discute que o E. STF reconheceu a existência de repercussão geral – no tocante à possibilidade de delegação de atividades relacionadas ao poder de polícia, notadamente a aplicação de multas de trânsito, a pessoa jurídica de direito privado – no bojo do ARE nº 662.186 (decisão de 23.03.2012 – Plenário Virtual. Aliás, no referido processo, alçado à condição de leading case, também figura como Recorrente a BHTRANS. Ocorre que, após a apresentação de manifestação do MPF sugerindo a devolução dos presentes autos à origem, para aplicação da sistemática da repercussão geral, a BHTRANS, por intermédio da Procuradoria Geral do Município de Belo Horizonte, apresentou petição, acostada às fls. 682-683 dos autos, explicitando a inconveniência da determinação do retorno dos presentes autos à origem, que infelizmente não foi objeto de apreciação pela Corte. Na oportunidade, evidenciou-se que seria indicado o julgamento conjunto do caso dos autos e do ARE nº 662.186, a fim de viabilizar uma discussão mais abrangente dos complexos aspectos envolvidos na controvérsia, sobretudo diante do fato de que a repercussão geral foi reconhecida em um processo de agravo. No julgamento de agravo em recurso extraordinário, além da incerteza existente quanto ao efetivo enfrentamento do mérito (deve ficar assentada a admissibilidade do recurso extraordinário) não se tem, como curial, a possibilidade de realização de sustentação oral, tanto das partes, como da sociedade em geral, pela via do amicus curiae, sendo certo que a sistemática da repercussão geral, considerando o alcance e os efeitos da decisão a ser adotada pelo E. STF, recomendam ampla e adequada discussão do tema. Não se pode perder de mira, ainda que o presente processo voltasse contra acórdão do Superior Tribunal de Justiça (RESP 817.534), prolatado em sede de ação civil pública, cuidadosamente

construída pelo Ministério Público de Minas Gerais (natureza coletiva do processo), que bem ensejando numerosos e complexo debates jurídicos nos diversos tribunais pátrios, diante dos argumentos consignados naquela Corte Superior. De outro lado, o ARE nº 662.186 ataca aresto oriundo do TJ/MG, prolatado no contexto de ação ordinária, movida no interesse exclusivo de uma cidadã residente em Belo Horizonte, que utilizou como norte interpretativo, sem consistentes reflexões, exatamente o julgamento efetivado do STJ (RESP nº 817.534), analisado de forma originária e pormenorizada nos presentes autos.” Requer, ao fim, a reconsideração da decisão agravada ou a submissão do feito ao conhecimento da Turma. É o relatório. DECIDO. Primeiramente, verifico que em 11/09/2014 dei provimento ao ARE 662.186 e determinei a sua conversão em recurso extraordinário, para melhor exame da matéria. Assim, o recurso paradigma da repercussão geral no Tema 532 passou a ser o RE 840.230. Observo, contudo, que o presente recurso trata da mesma matéria objeto do RE 840.230, de minha relatoria, no qual foi reconhecida a existência de repercussão geral. Isso posto, reconsidero a decisão agravada, ficando prejudicado o agravo regimental, e determino que se proceda à substituição do RE 840.230 pelo presente recurso, atualizando-se os sistemas informatizados da Corte, para fazer constar o RE 633.782 como paradigma do Tema nº 532 da repercussão geral. À Secretaria Judiciária para a juntada de cópia da manifestação pelo reconhecimento da repercussão geral exarada nos autos do ARE 662.186. Intimem-se as partes. Após, abra-se vista dos autos à Procuradoria-Geral da República, para elaboração de parecer.

Publique-se.

Brasília, 29 de junho de 2016.

Ministro LUIZ FUX

Relator

Ficha gerada por meio do SIGAA/Biblioteca com dados fornecidos pelo(a) autor(a).
Núcleo Integrado de Bibliotecas/UFMA

Sousa Mendes, Cássio.

PODER DE POLÍCIA ADMINISTRATIVA : uso por entidades de direito privado pertencentes à Administração Indireta / Cássio Sousa Mendes. - 2017.

54 f.

Orientador(a): Raimundos Nonato Serra Campos Filho.

Monografia (Graduação) - Curso de Direito, Universidade Federal do Maranhão, São Luís, 2017.

1. Administração Indireta. 2. Características. 3. Competência. 4. Delegação. 5. Poder de Polícia. I. Nonato Serra Campos Filho, Raimundos. II. Título.