

A CONSTITUCIONALIDADE DA DELEGABILIDADE DA SANÇÃO DE POLÍCIA ADMINISTRATIVA À LUZ DA LEGISLAÇÃO PÁTRIA E DO ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

THE CONSTITUTIONALITY OF THE DELEGABILITY OF ADMINISTRATIVE POLICE SANCTION BASED ON BRAZILIAN LEGISLATION AND THE UNDERSTANDING OF THE SUPREME FEDERAL COURT

Pedro Alves Costa Neto¹

Filipe Vieira Rocha²

RESUMO

O poder de polícia pode ser compreendido como a atuação da Administração Pública no sentido de restringir direitos e liberdades em benefício da coletividade, sendo que a doutrina divide as atividades inerentes a essa atuação em quatro fases de forma sequencial, a saber, legislação, consentimento, fiscalização e sanção, as quais convencionou-se chamar de ciclo de polícia. Nessa conjuntura, busca-se neste estudo apresentar as principais nuances envolvendo os argumentos favoráveis e contrários ao traslado da atividade relacionada a sanção de polícia administrativa para entidades privadas da Administração Indireta, bem como tratar do atual posicionamento do Supremo Tribunal Federal, exarado no Recurso Extraordinário 633.782, julgado em 26/10/2020, o qual admitiu essa delegação para entidades da Administração Indireta dotadas de personalidade jurídica de direito privado que prestam serviço público em regime de monopólio. A metodologia utilizada foi a pesquisa bibliográfica, assentada na leitura de livros e artigos, bem como das decisões jurisprudenciais de que trata o assunto e da

legislação brasileira que rege o tema. A partir desse estudo, concluiu-se que é constitucional a aplicação de sanção de polícia administrativa pelas estatais com personalidade de direito privado prestadoras de serviço público em regime de monopólio, desde que haja previsão legislativa para tanto.

PALAVRAS-CHAVE: Poder de polícia. Delegação de sanção de polícia. Entidades de direito privado. Administração Indireta. Serviço público. Monopólio.

ABSTRACT

Police power can be understood as the action of the Public Administration looking for restricting rights and liberties for the benefit of the community. Doctrine divides the activities inherent to this action in four sequential phases, namely: legislation, consent, inspection and sanction, which is conventionally called the police cycle. In this context, this study seeks to present the main nuances involving the arguments in favor and against the transfer of the activity related to administrative police

*Artigo recebido em 15/03/2021 e aprovado em 25/03/2022

¹ Bacharel em Direito pela URCA – Universidade Regional do Cariri. Mestre em Educação Profissional e Tecnológica pelo IF Sertão Pernambucano. Técnico Ministerial do Ministério Público do Estado do Ceará. Especialista em Direito Ambiental pelas Faculdades Integradas de Patos-FIP, em Direito Penal e Processual Penal pela UGF - Universidade Gama Filho, em Direito Processual Civil, Constitucional e em Docência no Ensino Superior pela Universidade Cândido Mendes, em Ensino da Língua Inglesa pela Faculdade Única de Ipatinga - FUNIP e em Direito Educacional pela FAVENI - Faculdade Venda Nova do Imigrante. Pós-Graduando em Direito Administrativo e Gestão Pública pela URCA/UAB. E-mail: pedro.neto.uab@urca.br

² Assessor Jurídico do Ministério Público do Estado do Ceará. Bacharel em Direito pela Universidade Regional do Cariri – URCA. Especialista em Direito Administrativo pela Universidade Cândido Mendes – UCAM. E-mail: filiperocha945@gmail.com

sanctions to private entities of the Indirect Administration, as well as to address the current position of the Federal Supreme Court, recorded in the Extraordinary Appeal 633,782, judged in 2020, October, 26th, which admitted this delegation to Indirect Administration entities endowed with legal personality under private law that provide public service under a monopoly regime. The methodology used was bibliographic research, based on the reading of books and articles, as well as the jurisprudential decisions that deal with the subject and the Brazilian legislation that governs the theme. From this study, it was concluded that the application of administrative police sanctions by state-owned companies with a personality of private law that provide public service under a monopoly regime is constitutional, provided that there is legislative provision for that.

KEYWORDS: Police power. Police sanction delegation. Private law entities. Indirect Administration. Public servisse, Monopoly.

1 INTRODUÇÃO

A delegação do exercício do poder de polícia para entidades com personalidade jurídica de direito privado integrantes da Administração Indireta é um dos temas mais debatidos e controversos no âmbito da Administração Pública, tendo em vista que a atividade de polícia administrativa consiste, em sua essência, na restrição de direitos e liberdades dos cidadãos independentemente de prévia apreciação judicial.

Essa discussão acerca da admissibilidade ou não do traslado de certas atividades do poder de polícia se torna ainda mais acentuada quando se trata da aplicação de sanções, isto porque se sedimentou forte posição doutrinária e jurisprudencial pela impossibilidade da delegação, justificados no fato de que a atividade de sanção de polícia é típica de Estado e que também poderia ser comprometida pelo intuito lucrativo das entidades de direito privado.

Por outro lado, tem-se construído corrente doutrinária que defende a delegação da sanção de polícia para as entidades de direito privado prestadoras de serviço público em regime de monopólio, posição que encontrou amparo em recente decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal nos autos do RE 633782 / MG, julgado em 26/10/2021.

O objetivo central desse estudo é investigar as principais nuances envoltas à supramencionada decisão jurisprudencial, tendo em vista que sua análise é fundamental para a compreensão do tema relacionada à delegação do poder de polícia de forma *ex tunc*.

Destarte, serão apresentadas as noções conceituais de poder de polícia e de seus atributos, bem como os aspectos relacionados à construção doutrinária do ciclo de polícia e dos principais argumentos favoráveis e contrários a delegação de algumas fases desse ciclo para entidades de direito privado e, por fim, serão analisados os principais argumentos utilizados pela Suprema Corte para sustentar a delegabilidade da sanção de polícia a estas entidades prestadoras de serviço público em regime de monopólio.

Foi utilizado como recurso metodológico para o desenvolvimento desse estudo a pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, realizada através da leitura exaustiva de livros e artigos científicos, bem como das decisões jurisprudenciais e da legislação brasileira que tratam sobre a delegação do poder de polícia para pessoas jurídicas de direito privado integrantes da Administração Indireta.

O levantamento bibliográfico foi feito a partir de buscas no Portal de Periódicos da CAPES, com a utilização das palavras-chave (poder de polícia, delegação de sanção de polícia, entidades de direito privado, administração Indireta, serviço público e monopólio) definindo as bases conceituais do nosso estudo, além de outros materiais, priorizando artigos científicos publicados nos últimos cinco anos, dissertações e teses sobre os temas centrais desta pesquisa, além de livros publicados por autores

consagrados na doutrina pátria como Carvalho Filho (2018), Di Pietro (2017) e outros, que serviram de base conceitual para a escrita deste estudo.

2 NOÇÕES CONCEITUAIS DO PODER DE POLÍCIA

O regime jurídico da Administração Pública foi todo planejado para garantir o bem-estar da coletividade, sendo-lhe conferidas certas prerrogativas e limitações que precisam ser sopesadas no atuar administrativo, de forma que as liberdades individuais sejam exercidas sem causar prejuízo ao interesse comum.

Para Silva (2016), a intervenção do Estado na seara dos direitos individuais se justifica em razão da necessidade de se atingir a finalidade pública, preservando o interesse coletivo em sentido amplo, de forma que não se busque apenas tutelar bens materiais, mas sim fomentar condutas aceitáveis e espetadas por parte dos indivíduos.

Assim, as prerrogativas são ferramentas que visam assegurar o exercício das atividades administrativas, ao passo que as limitações impõem restrições ao poder público para que não haja ingerência desarrazoada nos direitos individuais dos cidadãos.

Tem-se, portanto, que o poder de polícia decorre da Supremacia do Interesse Público e consiste em uma prerrogativa que possibilita a Administração Pública limitar direitos, interesses e liberdades em benefício do interesse público. Nesse sentido, são os dizeres de Carvalho Filho (2018, p. 138), que entende o poder de polícia como

[...] a prerrogativa de direito público que, calcada na lei, autoriza a Administração Pública a restringir o uso e o gozo da liberdade e da propriedade em favor do interesse da coletividade.

Observe que o autor propositadamente deixa consignado que a Administração Pública precisa de fundamento legislativo para impor restrições, o que se justifica pela sujeição ao princípio basilar da legalidade, orientador de toda atividade administrativa.

Nessa perspectiva, pode-se dizer que o poder de polícia possui duas vertentes: uma legislativa, consistente na autorização legal e outra administrativa, voltada à execução dos atos de polícia, conforme elucida Di Pietro (2017, p. 194):

O poder de polícia reparte-se entre Legislativo e Executivo. Tomando-se como pressuposto o princípio da legalidade, que impede à Administração impor obrigações ou proibições senão em virtude de lei, é evidente que, quando se diz que o poder de polícia é a faculdade de limitar o exercício de direitos individuais, está-se pressupondo que essa limitação seja prevista em lei. O Poder Legislativo, no exercício do poder de polícia que incumbe ao Estado, cria, por lei, as chamadas limitações administrativas ao exercício das liberdades públicas. A Administração Pública, no exercício da parcela que lhe é outorgada do mesmo poder, regulamenta as leis e

controla a sua aplicação, preventivamente (por meio de ordens, notificações, licenças ou autorizações) ou repressivamente (mediante imposição de medidas coercitivas).

O ordenamento jurídico pátrio também procurou conceituar o poder de polícia no Código Tributário Nacional (Lei nº 5.172/66), o qual dispõe em seu artigo 78:

Art. 78. Considera-se poder de polícia atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranqüilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos. (Redação dada pelo Ato Complementar nº 31, de 1966)”

A despeito de sua extensão, o que desfavorece a compreensão, é possível apreender do texto legal que a ideia central do poder de polícia consiste na restrição ao uso e gozo a direitos e liberdades individuais em favor da coletividade.

Deve-se atentar ainda que o poder de polícia se aplica a qualquer particular, independentemente de vínculo pretérito com a Administração Pública.

3 ATRIBUTOS DO PODER DE POLÍCIA

Autorizada doutrina administrativa, a exemplo de Di Pietro (2017), Carvalho Filho (2018) e Alexandrino e Paulo (2017), convencionou apontar como atributos do poder de polícia a discricionariedade, a autoexecutoriedade e a coercibilidade. Embora haja posicionamentos diversos por parte de alguns autores que entendem ser atributos apenas a discricionariedade e a autoexecutoriedade, não se verificam efeitos práticos nesta divergência.

A discricionariedade pode ser entendida como a possibilidade conferida à administração de poder escolher mediante critérios de conveniência e oportunidade como irá atuar, em que momento e quais atividades estarão sujeitas a esta atuação, sempre dentro das limitações impostas pela legislação.

Não obstante seja a regra, nos atos de polícia administrativa, não se pode dizer que a discricionariedade esteja presente em toda e qualquer atuação da Administração Pública no exercício do Poder de Polícia, isto porque existem casos em que há previsão legal de todos os pressupostos da atuação administrativa, como bem leciona Oliveira (2018):

Por outro lado, é necessário considerar que a execução do poder de polícia, assim como a totalidade das ações da Administração, deve submeter-se ao princípio da legalidade, os meios e os modos de exercício do poder de polícia devem estar previstos em lei. Na hipótese em que for ausente a norma, a autoridade competente tem a discricionariedade de escolher os meios, verificados os princípios e limitações já existentes, e ao controle jurisdicional quando necessário. Em outra perspectiva, deve à Administração realizar a regulamentação da atividade dos

indivíduos, porém essa regulamentação, não aceita, a luz constituição federal de 1988, um poder absoluto e arbitrário sobre os administrados.

Já a autoexecutoriedade trata-se de atributo característico do poder de polícia e que se manifesta principalmente nos atos repressivos, por meio do qual a Administração Pública pode impor sua vontade ao particular, independentemente de prévia autorização judicial. Nesse sentido:

A prerrogativa de praticar atos e colocá-los em imediata execução, sem dependência à manifestação judicial, é que representa a *autoexecutoriedade*. Tanto é autoexecutória a restrição imposta em caráter geral, como a que se dirige diretamente ao indivíduo, quando, por exemplo, comete transgressões administrativas. É o caso da apreensão de bens, interdição de estabelecimentos e destruição de alimentos nocivos ao consumo público. Verificada a presença dos pressupostos legais do ato, a Administração pratica-o imediatamente e o executa de forma integral. Esse o sentido da autoexecutoriedade (CARVALHO FILHO, 2018, p. 149).

Segundo Alexandrino e Paulo (2017, p. 306), alguns autores ainda subdividem a autoexecutoriedade em duas vertentes: a exigibilidade, que consiste na prerrogativa da administração usar meios indiretos de coerção, a exemplo da aplicação de multas e a executoriedade, que se instrumentaliza nos meios diretos de coerção, permitindo que a administração faça uso da força, se necessário, como acontece, por exemplo, na apreensão de mercadorias, na remoção forçada de veículo estacionado em local proibido, na interdição de um restaurante que não atenda às normas da vigilância sanitária etc.

Ademais, de acordo Carvalho (2015, p. 134), para que a administração lance mão dos meios diretos de coerção precisa estar amparada em autorização legal ou estar diante de uma situação de urgência, ao passo que, neste viés, o contraditório é diferido, visto que a administração pratica o ato e somente depois se viabiliza a manifestação do particular.

Por fim, a coercibilidade torna o ato de polícia cogente, de forma que deve ser observado independentemente da vontade do particular, conforme asseverou Carvalho Filho (2018, p. 150):

Essa característica estampa o grau de imperatividade de que se revestem os atos de polícia. A Polícia Administrativa, como é natural, não pode curvar-se ao interesse dos administrados de prestar ou não obediência às imposições. Se a atividade corresponder a um poder, decorrente do *ius imperii* estatal, há de ser desempenhada de forma a obrigar todos a observarem os seus comandos.

Como se pode observar, a compreensão destas questões relacionadas aos atributos do poder de polícia, em especial no que se refere a possibilidade da utilização de meios diretos e indiretos de coerção, é fundamental para a análise da viabilidade da delegação da sanção de polícia administrativa aos entes estatais com personalidade jurídica de direito privado, haja vista envolver aspectos do poder de império do Estado.

4 A CONSTRUÇÃO DOUTRINÁRIA DO CICLO DE POLÍCIA

Consoante restou demonstrado nos capítulos anteriores, o Poder de Polícia não se restringe a atividades executórias e concretas por parte da Administração Pública, mas também envolve uma atuação legislativa, pois depende da edição de leis que estabeleçam limitações aos direitos e liberdades individuais.

Nessa perspectiva, considerando que a atividade de polícia pode conter diversas fases para sua concretização, alguns doutrinadores encampam a teoria do ciclo de polícia que visa ordenar de forma sequencial cada uma das fases da atuação administrativa no exercício do ciclo de polícia.

Moreira Neto (2014, p. 534), ao discorrer sobre o tema, destacou que a atividade de polícia compreende quatro fases sequenciais, as quais ele denomina de “*ciclo de polícia*”. Segundo o autor, este ciclo envolve as quatro formas de atuação da polícia administrativa: a *ordem de polícia*, o *consentimento de polícia*, a *fiscalização de polícia* e a *sanção de polícia*.

A ordem de polícia consiste na criação normativa estatal que restringe liberdade individual em nome da coletividade e decorre do próprio princípio da legalidade, orientador de toda atividade administrativa. Nesse aspecto, obtempera Alexandrino e Paulo (2017, p. 300):

A ordem de polícia corresponde à legislação que estabelece os limites e condicionamentos ao exercício de atividades privadas e ao uso de bens. A ordem de polícia sempre deve estar presente e é a fase inicial de qualquer ciclo de polícia. Em razão do postulado da legalidade, a ordem primária estará invariavelmente contida em uma lei, a qual pode estar regulamentada em atos normativos infralegais que detalhem os seus comandos, a fim de permitir a correta e uniforme observância da lei pelos administrados e pela própria administração que lhe dará aplicação.”

Já o consentimento de polícia se consubstancia na autorização do Estado para que o particular desenvolva atividades ou use a propriedade, a exemplo da licença para dirigir ou para construir. Aqui, bastante esclarecedoras são as lições de Carvalho Filho (2018, p. 146):

Os *consentimentos* representam a resposta positiva da Administração Pública aos pedidos formulados por indivíduos interessados em exercer determinada atividade, que dependa do referido consentimento para ser considerada legítima. Aqui a Polícia Administrativa resulta da verificação que fazem os órgãos competentes sobre a existência ou inexistência de normas restritivas e condicionadoras, relativas à atividade pretendida pelo administrado.”

Noutro giro, por meio dos atos de fiscalização, o Estado busca aferir se o particular agiu de acordo com a ordem de polícia (norma legal) e com as condicionantes estabelecidas no consentimento da administração.

De acordo com Carvalho Filho (2018, p. 147), a fiscalização pode se efetivar de forma preventiva, quando a atuação administrativa busca evitar um dano social, bem como de forma repressiva,

quando já houve a transgressão da norma de polícia, e o Estado atua no sentido de sancionar o particular subversivo.

Para finalizar o ciclo, há a sanção de polícia que consiste na atividade repressiva materializada em medidas coercitivas aplicadas aos particulares pelo descumprimento da ordem ou dos limites estabelecidos no consentimento.

Importante reportar, nesse ponto, as lições de Alexandrino e Paulo (2017, p. 300), para quem sanção de polícia:

[...] é a atuação administrativa coercitiva por meio da qual a administração, constatando que está sendo violada uma ordem de polícia, ou que uma atividade privada previamente consentida está sendo executada em desacordo com as condições e os requisitos estabelecidos no ato de consentimento, aplica ao particular infrator uma medida repressiva (sanção), dentre as previstas na lei de regência.

Insta registrar, ainda, que assim como toda atuação administrativa depende de previsão legal, somente por meio de lei podem ser criadas sanções de polícia, prevendo condutas tipificadas como infrações administrativas e sujeitas a serem sancionadas.

5 FASES DO CICLO DE POLÍCIA DELEGÁVEIS A PESSOAS JURÍDICAS DE DIREITO PRIVADO INTEGRANTES DA ADMINISTRAÇÃO INDIRETA

As noções conceituais tratadas nos capítulos anteriores consistiram em fundamentos para os temas que serão explanados a partir de agora, ponto nodal deste trabalho. No entanto, antes de passar à análise da delegação dos atos relacionados ao poder de polícia propriamente dito, passa-se, doravante, a analisar a delegação em sentido amplo, com vistas a melhor compreensão do assunto ora tratado.

De saída, cumpre destacar que alguns fatores têm influenciado a parceria da administração pública com a iniciativa privada para a implementação de atividades de interesse coletivo, o que desemboca na necessidade de delegação de certos atos aos particulares.

Entre estes fatores destaca-se uma tendência de aplicação do princípio da subsidiariedade na atuação da Administração Pública, ao passo que se procura dar ênfase à iniciativa privada na promoção de seus interesses.

Nesse aspecto, Marques Neto (2006, p. 10) leciona que o fundamento do princípio da subsidiariedade encontra-se no pressuposto de que os atores sociais não dependem da tutela estatal para dirimir grande parte de seus conflitos, de forma que o Estado deve reservar sua atuação apenas para aquelas situações em que os particulares se mostrarem incapazes de solucionar os problemas originados do convívio em sociedade.

Outro fator influente trata-se do fenômeno denominado por alguns autores de fuga do direito administrativo, consistente na tentativa por parte da Administração de se despir das restrições impostas pelo regime jurídico público, o que, em tese, poderia colaborar com a eficiência da atividade administrativa.

Quando à essa finalidade de flexibilização do regime jurídico para conferir maior liberdade de atuação na execução de atividades administrativas, importa registrar as lições de Di Pietro (2017, p.85), a qual pontifica que essa tendência “não tem como concretizar-se com a extensão que se possa pretender, tendo em vista que o direito privado, quando utilizado pela administração pública, é sempre derogado por normas de direito público, muitas delas com fundamento constitucional”.

Feitas estas considerações, chega-se ao momento de compreender em que consiste a delegação empregada aos fins colimados no presente estudo e quais os contornos que assume quando aplicada às atividades típicas do poder de polícia da Administração.

A possibilidade de algumas atividades da Administração Pública serem transferidas a particulares encontra amparo no próprio tecido constitucional, conforme se depreende do art. 175 da CF/88: “Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos”.

Como se nota, no que diz respeito especificamente ao traslado do exercício de serviços públicos para particulares, a norma fundamental exige que seja realizado na forma da lei regulamentadora, daí porque se depreende que essa delegação se submete a certas restrições impostas por texto normativo, o que, não necessariamente, deve ser compreendido como autorização legislativa específica.

Com efeito, o STF, em alguns julgados, a exemplo da ADI 462 BA e do Agravo de Instrumento 755.058, têm se posicionado no sentido da desnecessidade de edição de lei autorizativa para delegar serviços públicos mediante concessão e permissão, sob a justificativa que tal exigência seria inconstitucional, pois vulneraria a separação dos poderes, já que poderia se entender que o Poder Legislativo estaria se imiscuindo no campo de atuação do Poder Executivo.

Quanto à delegação da atividade de polícia administrativa aos entes da Administração Indireta, este trabalho segue a corrente que defende que esta delegação depende de lei formal, isso porque, a autorização legislativa é pressuposto de validade do exercício do poder de polícia pela própria administração direta, conforme assentou Carvalho Filho (2017, p. 82):

Indispensável, todavia, para a validade dessa atuação é que a delegação seja feita por *lei formal*, originária da função regular do Legislativo. Observe-se que a existência da lei é o pressuposto de validade da polícia administrativa exercida pela própria Administração Direta e, desse modo, nada obstará que servisse também como respaldo da atuação de entidades paraestatais, mesmo que sejam elas dotadas de personalidade jurídica de direito privado. O que importa, repita-se, é que haja expressa delegação na lei pertinente e que o delegatário seja entidade integrante da Administração Pública.

Nessa conjuntura, fixa-se como premissa básica para admissibilidade da delegação de qualquer atividade relacionada ao exercício do poder de polícia a necessidade de previsão legislativa, sendo que, por óbvio, tal exigência também decorre do princípio constitucional da legalidade, orientador de toda atividade administrativa.

Após estas pontuações fundamentais à compreensão do tema abordado nesse trabalho, passa-se a análise das questões mais sensíveis atreladas à delegação do poder de polícia.

A princípio, é de se salientar que não há qualquer previsão constitucional específica autorizando ou proibindo que o exercício do poder de polícia seja delegado a particulares.

Não obstante, já se construiu fortes argumentações tanto na seara doutrinária quanto jurisprudencial pela admissão do translado de certos atos de polícia administrativa para particulares.

Importa registrar que os doutrinadores Moreira Neto, Bandeira de Mello e Di Pietro entendem ser inviável a delegação do poder de polícia à pessoa com personalidade jurídica de direito privado.

Nesse ponto, interessante registrar lição de Alexandrino e Paulo (2017, p. 344), os quais pontuam que a doutrina majoritária sustenta ser inválida a delegação de poder de polícia a pessoas jurídicas de direito privado integrantes da Administração Indireta, fundada no argumento que o poder de polícia decorre do poder de império que é próprio e privativo do Estado, de modo que seria inviável a delegação do poder de polícia às pessoas jurídicas de direito privado.

Com efeito, Bandeira de Mello (2014, p. 857) ensina que a atividade de polícia é típica de Estado, visto que possui campo de atuação bastante sensível em razão de envolver limitações a liberdade e a propriedade, de forma que esta atribuição tenderia a causar desequilíbrio entre os particulares.

Posição semelhante é a perfilhada por Di Pietro (2017, p. 198), para quem o poder de polícia é atividade típica de Estado, já que envolve prerrogativas próprias da Administração Pública, de forma que somente pelo ente estatal deve ser exercido.

Contudo, segundo Vieira (2016) essa noção se alterou com o advento da alteração da concepção de Estado, que sai de atuação baseada apenas na defesa externa e de policiamento interno para desenvolver atividades nos mais diversos campos da vida coletiva, inclusive prestando serviços públicos e explorando atividade econômica, o que leva a uma mudança em seu modo de se relacionar com a sociedade, a qual, por sua vez, passa a ser compreendida como um campo a ser pautado por vínculos de coordenação e não como simplesmente uma soma de autonomia de vontades de indivíduos formalmente iguais perante as leis.

Por outro lado, pela possibilidade de delegação do poder de polícia a pessoas jurídicas de direito privado integrantes da Administração Indireta escreveu Carvalho Filho (2018, p. 141) que o Estado não age apenas por meio de seus agentes e órgãos internos, mas também por entidades a ele vinculadas, as

quais também são idôneas para a prática de atos de polícia, pois são uma extensão do Estado e dotadas de respaldo jurídico para desempenhar tais atividades, desde que autorizadas por lei formal, ainda que tais entidades sejam revestidas de personalidade jurídica de direito privado.

Contudo, considerando ser manifestação do poder de império do Estado, marcado pela posição de superioridade da administração e caracterizado pela prerrogativa de restringir direitos, parte da doutrina entende que essa delegabilidade para entidades privadas integrantes da administração pública não pode ser genérica, mas apenas para certos atos específicos de natureza técnica, fiscalizatória e material, conforme destacam Alexandrino e Paulo (2017, p. 344):

Cumpra registrar, todavia, que respeitados autores admitem a delegação de exercício de poder de polícia a entidades com personalidade jurídica de direito privado, desde que integrem a administração pública formal e a competência seja expressamente conferida por lei. Existe, ainda, uma posição doutrinária intermediária, que considera válida a delegação de apenas algumas das categorias de atos integrantes do ciclo de polícia (principalmente os fiscalizatórios).

Nessa linha, Moreira Neto (2001, p. 133) ao desenvolver o estudo do ciclo de polícia, assevera ser possível a delegação da regulamentação infralegal de polícia, das atividades de consentimento e de fiscalização de polícia, pois considera estar de acordo com a legitimidade popular do poder político, ao passo que coloca a sanção de polícia como atividade administrativa indelegável, por ser caracterizada pela força coercitiva estatal.

Posição semelhante parece ser a perfilhada pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento do REsp 817.534/MG, julgado em 10/11/2009, quando decidiu pela admissibilidade da delegação das fases de consentimento e fiscalização a uma pessoa jurídica de direito privado integrante da Administração Indireta. Pelo teor bastante elucidativo da ementa, transcreve-se abaixo:

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 grupos, a saber: (i) legislação, (ii) consentimento, (iii) fiscalização e (iv) sanção.

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

Nesse julgado, a corte cidadã firmou entendimento no sentido de que as fases de ordem de polícia (legislação) e sanção de polícia seriam indelegáveis, fundamentando sua posição basicamente em dois argumentos: primeiro, porque a legislação e a sanção se revestem da coercibilidade do poder público e, segundo, porque os atos de sanção poderiam ser comprometidos pelo intuito lucrativo da entidade privada, que, no caso em análise, estaria consubstanciada na aplicação de multas para potencializar a arrecadação.

5.1 A aplicação da sanção de polícia administrativa por entes da administração indireta com personalidade jurídica de direito privado prestadores de serviço público e a visão do Supremo Tribunal Federal

Conforme se depreende da análise do estudo desenvolvido no tópico anterior, aqueles que se posicionam pela indelegabilidade da sanção de polícia aos entes de direito privado, seja a doutrina ou a jurisprudência, apresentam como premissas basilares para negar essa delegação o argumento de que a sanção de polícia, por se revestir de coercibilidade, se caracteriza como atividade típica de Estado e, portanto, indelegável; bem como, o fato de que a aplicação de sanção de polícia por entes privados vulneraria o interesse público, uma vez que a limitação de direitos e liberdades poderiam ficar comprometidos pela busca do lucro.

Não obstante, no julgamento Recurso Extraordinário 633782 / MG, julgado em 26/10/2020, o qual foi interposto em face do acórdão do REsp 817.534/MG, julgado em 10/11/2009, já mencionado no capítulo anterior, o Ministro Relator do Julgado, Luiz Fux, cujo voto foi seguido pela maioria dos ministros da Suprema Corte, destacou que, em se tratando de entidades privadas prestadoras de serviço público em regime de monopólio, estes argumentos não são idôneos para afastar a possibilidade de aplicação da sanção de polícia. Em seu voto, Luiz Fux deixou consignado que as estatais prestadoras de serviço público em regime de monopólio se submetem a um regime jurídico híbrido, de maneira que a sujeição a determinados regramentos de direito público as aproximam do regime tipicamente aplicável à Fazenda Pública.

Cumpra trazer a lume nesse ponto, outra importante passagem do voto do ministro Luiz Fux no Recurso Extraordinário supramencionado:

Nesse contexto, o Superior Tribunal de Justiça, no acórdão objeto de impugnação por meio do presente Recurso Extraordinário, utilizando a tese, ao desdobrar o ciclo de polícia, entendeu que “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” (STJ REsp. 817.534/MG, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 10/11/2009, DJe 10/12/2009).

Apesar da substancialidade da tese, *in casu*, verifica-se que, em relação às estatais prestadoras de serviço público de atuação própria do Estado e em regime de monopólio, não há razão para o afastamento do atributo da coercibilidade inerente ao exercício do poder de polícia, sob pena de esvaziamento da finalidade para a qual aquelas entidades foram criadas.

Assentou ainda o ministro Luiz Fux, em seu voto, que a Constituição Federal no art. 144, § 5º prevê que apenas as entidades apontadas no referido dispositivo detêm competência para coação quando no exercício do policiamento ostensivo para preservação da ordem pública, contudo, destaca que tal exclusividade não é conferida ao exercício do poder de polícia (RE 633782 / MG). Tal posição fica ainda mais clara no seguinte trecho do seu voto:

No contexto do julgamento do RE 658.570, restou consignado que o poder de polícia não se confunde com segurança pública, de modo que o exercício do poder de polícia não é prerrogativa exclusiva das entidades policiais, a quem a Constituição da República outorgou com exclusividade apenas as funções de promoção da segurança pública, nos termos do disposto no seu artigo 144.

Conseqüentemente, a fiscalização do trânsito com aplicação de sanções administrativas constitui mero exercício de poder de polícia. Não há, portanto, proibição de que seja exercida por entidades estranhas ao corpo policial, a exemplo das guardas municipais e, *in casu*, das estatais prestadoras de serviço público de atuação própria do Estado.”

Noutro giro, Luiz Fux asseverou que as estatais prestadoras de serviço público desempenham função típica estatal, não desempenhando atividade econômica em concorrência com a iniciativa privada e, portanto, não possui como finalidade primordial auferir receita (RE 633782 / MG).

Importa destacar que a entidade privada no exercício da atividade sancionatória se submete a todas as restrições do regime jurídico público, sendo que eventual desvio de finalidade no sentido de malversar a atividade sancionatória para auferir lucro estará sujeito a controle por parte do ente delegante e da sociedade.

Nesse aspecto, pontua o Ministro Luiz Fux que a administração pública deve dispor de mecanismos de controle do poder de polícia capaz de assegurar de forma efetiva a aplicação dos princípios constitucionais e que os cidadãos estejam protegidos contra práticas desvirtuadas por parte de quem esteja investido desse poder (RE 633782 / MG).

Ademais, deve-se atentar que a titularidade desse poder coercitivo permanecerá sempre com o ente público, sendo que apenas o exercício dessa atividade é que será delegada à entidade de direito privado, que, por previsão constitucional, está sujeita ao controle finalístico do ente público instituidor, de forma que não há que se falar em ausência de legitimidade da entidade privada ou desfiguração do poder de império estatal.

Diante dessas considerações, pode se dizer, à luz da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que o exercício da atividade de sanção de polícia administrativa pode ser delegada, por lei formal, às pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público em regime de monopólio, visto que, segundo o entendimento firmado pela Suprema Corte (RE 633782 / MG), “a única fase do ciclo de polícia que, por sua natureza, é absolutamente indelegável: a ordem de polícia, ou seja, a função legislativa”, isto porque, a edição de leis somente pode ser efetivada pelos entes públicos que receberam expressa outorga constitucional.

6 CONCLUSÃO

Pelo exposto, verifica-se que não há que se falar em qualquer inconstitucionalidade na aplicação de sanção de polícia administrativa pelas estatais com personalidade de direito privado prestadoras de serviço público em regime de monopólio, desde que haja previsão legislativa para tanto.

Isto porque, o tecido constitucional não faz qualquer restrição no sentido de que a aplicação de sanção de polícia deve ser efetivada por pessoas jurídicas de direito público, além do que, o mero traslado de uma atividade executória de polícia administrativa não retira a titularidade do Poder de Polícia do ente público delegante.

Nessa perspectiva, tem-se que o ordenamento jurídico brasileiro não traz vedação à delegação, mas apenas estabelece os limites em que poderá ocorrer, sempre tendo como pressuposto fundamental o favorecimento ao interesse público e sem qualquer ilegalidade que venham a ferir os princípios constitucionais.

Ademais, as entidades privadas prestadoras de serviço público em regime de monopólio estarão submetidas às limitações do regime jurídico de direito público, sendo que sua forma de atuação se aproxima daquela própria da Fazenda Pública, de maneira que não possuem o intuito lucrativo como finalidade precípua.

Dessa forma, eventual desvio de finalidade, caracterizado pela busca de auferir vantagem econômica no exercício do poder coercitivo pela entidade privada, está sujeito aos mecanismos de controle disponíveis para toda a atividade administrativa.

De outro lado, quanto à necessidade de lei formal para a delegação da sanção de polícia, ou qualquer outra atividade de polícia administrativa, tem-se que decorre do próprio princípio da legalidade, bem como do fato de que a autorização legislativa é pressuposto de validade do exercício do poder de polícia pela própria Administração Direta.

Por fim, é imperioso considerar que a Administração Pública busca a eficiência em sua atuação como princípio fundamental previsto na Constituição Federal de 1988, de forma que o traslado da sanção de polícia administrativa a pessoas jurídicas sob regime jurídico de direito privado integrantes da administração indireta, efetivado de maneira controlada e fiscalizada pelo Estado por meio de lei, respeita as normas constitucionais e os princípios administrativos, bem como garante a finalidade precípua do Estado consistente na busca do interesse público.

7 REFERÊNCIAS

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito administrativo descomplicado**. 25. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro : Forense; São Paulo: Método, 2017.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

BRASIL. **Código Tributário Nacional**. Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15172compilado.htm>. Acesso em: 14 jan. 2021.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. 5 de out. de 1988. Diário Oficial da União, Brasília. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 21 jan. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 817.534/MG**, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 10/11/2009, DJe 10/12/2009). Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>>. Acesso em: 07 jan. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 462**. 20 ago. 1997. Relator (a): Min. Moreira Alves, Tribunal Pleno, julgado em 20/08/1997, DJ 18-02-2000. EMENTÁRIO VOL-01979-01. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266365>>. Acesso em: 12 jan. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 05 mar. 2013. **Agravo de Instrumento nº 755.058**. Relator (a): Min. Gilmar Mendes, Decisão Monocrática, Julgado em 05/03/2013, DJe-056 DIVULG 24/03/2011 PUBLIC 25/03/2011. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/despacho195259/false>>. Acesso em: 18 jan. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 633782**, Relator(a): LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 26/10/2020, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-279 DIVULG 24-11-2020 PUBLIC 25-11-2020). Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=RE%20633782&base=acorda>>

os&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=_score&sortBy=desc&isAdvanced=true&origem=AP>. Acesso em: 05 jan. 2021.

CARVALHO, Matheus. **Manual de direito administrativo**. 2. ed. rev. ampl. atual. – Salvador: JusPodivm, 2015.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 32. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2018.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo** / Maria Sylvia Zanella Di Pietro. 30. ed. Rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2017.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Limites à Abrangência e à Intensidade da Regulação Estatal**. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº 4, p. 1-21, nov/dez. 2005, jan. 2006. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/codrevista.asp?cod=70>>. Acesso em: 07 jan. 2021.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**: parte introdutória, parte geral e parte especial. 16ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do Direito Administrativo**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

OLIVEIRA, Fabrício Rodrigues de. **A viabilidade do exercício do poder de polícia por pessoas jurídicas de direito privado em busca da eficiência administrativa no atual ordenamento jurídico brasileiro**. 2018. 44 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, 2018. Disponível em: <<https://repositorio.ufu.br/handle/123456789/2321>>. Acesso em: 30 jan. 2022.

SILVA, Nathália Alves da. **Os limites da atuação do poder de polícia na esfera privada**. NOVOS DIREITOS – Revista Acadêmica do Instituto de Ciências Jurídicas - PB. v. 3, n. 1: jan. jun. 2016. Disponível em: <<http://revistas.unifan.edu.br/index.php/RevistaICJ/article/view/324>>. Acesso em: 30 jan. 2022.

VIEIRA, Ariane Shermam Moraes. **Os limites à delegação do exercício do poder de polícia estatal: análise sobre a possibilidade de atuação dos particulares** / Ariane Shermam Moraes Vieira. - 2016. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/1843/BUOS-ASJF74>>. Acesso em: 08 mar. 2022.