



**FACULDADE DE ADMINISTRAÇÃO E NEGÓCIOS DE SERGIPE - FANESE
CURSO DE DIREITO**

WALLERY STEPHANY SANTOS

**ANÁLISE ACERCA DA POSSIBILIDADE DA DELEGAÇÃO DO PODER DE
POLÍCIA ÀS ENTIDADES PRIVADAS SOB A ÓTICA DA
CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO ADMINISTRATIVO**

**ARACAJU
2023**

S237a

SANTOS, Wallery Stephany

Análise acerca da possibilidade da delegação do poder de polícia às entidades privadas sob a ótica da constitucionalização do direito administrativo / Wallery Stephany Santos. - Aracaju, 2023 20 f.

Trabalho de Conclusão de Curso (Artigo) Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe. Coordenação de Direito.

1. Orientador(a): Prof. Esp. Sílvio Eduardo de Assunção. V. Carvalho
 1. Direito 2. Constitucionalização 3. Estatais
2. 4. Delegação - Atos de Império I Título

CDU 34 (045)

WALLERY STEPHANY SANTOS

ANÁLISE ACERCA DA POSSIBILIDADE DA DELEGAÇÃO DO
PODER DE POLÍCIA ÀS ENTIDADES PRIVADAS SOB A ÓTICA DA
CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO ADMINISTRATIVO

Artigo Científico apresentado à Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe –
FANESE, como requisito parcial e elemento obrigatório para a obtenção do grau de
bacharel em Direito no período de 2023.1.

Aprovado com média: 10,0

Silvio Eduardo de Assunção Vieira Carvalho

Prof.(a) Sílvio Eduardo de Assunção Vieira Carvalho

1º Examinador (Orientador)

Denival Dias de Souza

Prof.(a) Denival Dias de Souza

2º Examinador(a)

Luis Rogério Santos de Jesus

Prof.(a) Luis Rogério Santos de Jesus

3º Examinador(a)

Aracaju (SE), 09 de junho de 2023

ANÁLISE ACERCA DA POSSIBILIDADE DA DELEGAÇÃO DO PODER DE POLÍCIA ÀS ENTIDADES PRIVADAS SOB A ÓTICA DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO ADMINISTRATIVO*

Wallery Stephany Santos

RESUMO

O Instituto do Poder de Polícia no Direito Administrativo tem passado por constantes mudanças ao longo dos anos, tendo a necessidade de se adaptar à nova realidade social com o escopo de promover a consecução dos interesses públicos. Dessa forma, foi necessário trazer para a academia essa discussão, tendo em vista que a constitucionalidade da delegação desse poder é bastante questionável, assim o presente artigo busca analisar acerca dessa possibilidade de delegação desse poder a pessoas jurídicas de direito privado sob uma nova releitura do direito administrativo em torno desse poder. Tendo como objeto de estudo a Delegabilidade do Poder de Polícia, principalmente, às Estatais. Essa possível delegação tem se tornado um dos temas mais polêmicos do direito administrativo atual, tendo divergência jurisprudencial dos principais tribunais, ou seja, Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, ocasionando uma verdadeira insegurança jurídica. Assim, a discussão direciona-se na possibilidade de ocorrer a delegação de atos de império às pessoas jurídicas de direito privado. O artigo é norteado sob a perspectiva de dois problemas acerca do tema, quais sejam: Quais riscos decorrem de uma delegação a pessoa jurídica de direito privado e se a natureza de direito privado é obstáculo intransponível para a delegação? Além disso objetiva-se com a pesquisa demonstrar se é possível que a delegação seja feita, tendo em vista a nova releitura do direito administrativo e analisar os limites que essa delegação estaria submetida, tanto no aspecto formal (requisitos que legitimem essa delegação), como no aspecto material (quais seriam as entidades que poderiam exercer). Para isso, foi adotado a revisão bibliográfica e jurisprudencial como procedimento metodológico com o intuito de trazer os divergentes entendimentos, tanto da doutrina, como da jurisprudência, de modo a analisar e confrontá-los dentro da perspectiva que o objeto da pesquisa se propõe, onde foram investigados os entendimentos principais de alguns autores acerca da possibilidade de delegar o poder de polícia para entidades privadas. Assim, como se verá ao longo do artigo admite-se a delegabilidade de determinadas fases desse poder, desde que cumprido com os requisitos propostos pela Suprema Corte e que não burle o princípio da isonomia, ademais apesar da não prevista na Constituição de 1988 não se pode afirmar que a mesma aceita ou nega a delegabilidade, mas o fato é que ela permite a criação de estatais prestadoras de serviço público, logo não haveria impedimento para o desempenho de atividades vistas como típicas estatais por parte dessas entidades.

Palavras-chave: Constitucionalização. Delegação de atos de império. Estatais. Nova releitura do direito administrativo.

1 INTRODUÇÃO

O poder de polícia é uma prerrogativa estatal voltada para limitações de direitos individuais e regulação de atividades econômicas em prol da coletividade, impondo limites

✉*Artigo apresentado à banca examinadora do curso de Direito da Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe, em junho de 2023, como critério parcial e obrigatório para a obtenção do título de Bacharel em Direito. Orientador: Prof. Esp. Sílvio Eduardo de Assunção Vieira Carvalho

sendo fundamental para alcançar a paz social. Sendo uma forma de regular os indivíduos a partir de regras e normas para que eles possam viver em sociedade superando a visão do Estado Natural e dando espaço ao estado administrativo, já que em um pensamento tradicional para viver é necessário limitar direitos individuais como liberdade e propriedade.

Dessa forma, uma vez passada a contextualização inicial, ao se falar de poder de polícia é necessário recordar que o exercício do direito a liberdade e a propriedade, os quais sujeitam-se a incidência deste poder, não podem estar em confronto com os interesses coletivos, pelo contrário deve haver um entrosamento. Nesse sentido, para que ocorra a realização da atividade administrativa tendo por finalidade o interesse público vontades pessoais não devem prevalecer, posto que existe um dever vinculado a uma norma preexistente e um objetivo que atende ao coletivo (MELLO, 2010).

Quando se fala de renovação na forma de olhar o Direito administrativo destaca-se a releitura a um dos institutos desse direito que é o poder de polícia. Demonstrando uma forma inovadora ao qual esse instituto está submetido, seja na incorporação de novos sujeitos para a realização da atividade administrativa, seja nos modos de organização que essa atividade passa a ser executada, logo esse poder administrativo tem sido observado sob o que se chama de duplo giro do direito administrativo, tanto no giro democrático constitucional, como no giro pragmático, que são formas de compreender o Direito administrativo contemporâneo (BINENBOJM, 2016).

Essa prerrogativa estatal por ser estritamente dotado de características estatais, discute-se acerca de sua delegação às pessoas jurídicas de direito privado, logo tal estudo é relevante, por conta da presença de direitos individuais sensíveis como a liberdade e propriedade e a sua situação com essa possibilidade de delegação que gera controvérsias. Sendo assim, o objeto consiste na Delegabilidade do Poder de Polícia às Estatais, que será analisado dentro de uma nova realidade jurídica administrativa que foi transformada tanto para a administração que passou a ter novas necessidades, como por parte do administrado.

Dentro desse cenário, o presente artigo trata de um dos temas que tem se tornado mais espinhosos e conflitantes no Direito Administrativo atual, qual seja: O Instituto do Poder de Polícia no Direito Administrativo e sua possibilidade de Delegação, pois tanto há divergência doutrinária, como jurisprudencial ocasionando uma verdadeira insegurança jurídica acerca do tema. Nesse sentido, o artigo vai expor a visão de alguns doutrinadores em relação a temática, que se dividem entre os que defendem condicionando ao preenchimento de alguns requisitos e os que não defendem a delegabilidade do instituto, ademais apresentará alguns

posicionamentos jurisprudenciais que demonstram divergentes entendimentos não tendo assim uniformidade nas decisões, inclusive trazendo o caso da BHTRANS como exemplo.

Cabe registrar, que a pesquisa tem o objetivo de analisar se é possível que a delegação seja feita, tendo em vista a nova releitura do direito administrativo e também os limites que essa delegação estaria submetida, tanto no aspecto formal (requisitos que legitimem essa delegação), como no aspecto material (quais seriam as entidades que poderiam exercer). Dessa forma, tais metas propostas auxiliarão na análise do objeto a ser estudado.

Essa pesquisa estrutura-se em torno de duas questões que serão norteadoras da mesma: Quais riscos decorrem de uma delegação a pessoa jurídica de direito privado? E se essa natureza de direito privado é obstáculo intransponível para que não ocorra a delegação de atividades administrativas? Tais perguntas são revestidas de problemáticas que causam certo alvoroço em alguns doutrinadores mais conservadores, pois princípios como o da Isonomia quedaria afetado com tal possibilidade, além disso tem se admitido que a natureza jurídica do delegado não influenciará na possível delegação de atividades do Estado como pode ser visto na recente decisão no julgamento do Recurso Extraordinário 633782 do Supremo Tribunal Federal com Repercussão Geral reconhecida no Tema 532, ao qual refere-se a delegação da atividade de aplicação de Multas a uma Sociedade de Economia Mista em Minas Gerais (caso BHTrans).

A partir dessas duas questões norteadoras a pesquisa se estrutura da seguinte forma: Após a Introdução, o Capítulo 2 destina-se às considerações iniciais do poder de polícia. O capítulo 3 destina-se ao uso da expressão poder de polícia e a crítica que alguns doutrinadores fazem a ela, já que remeteria à noção de Estado Príncipe. O capítulo 4 tem a finalidade de apresenta os meios de atuação desse poder, já o capítulo 5 é voltado aos atributos dele. O capítulo 6 e 7 visam apresentar a delegação em seus aspectos gerais e sob a ótica da constitucionalização. Enquanto que o 8 apresentará uma breve análise do caso concreto do Recurso Extraordinário 633782-MG da BHTRANS, que servirá como fundamento na tentativa de mostrar que a superação do dogma da indelegabilidade está caminhando a passos largos. E por último o 9 é a conclusão da pesquisa que abordará as dificuldades enfrentadas para a produção do artigo e o resultado.

Ademais, o método de pesquisa a ser adotado será a revisão bibliográfica e jurisprudencial com o intuito de trazer os divergentes entendimentos, tanto da doutrina, como da jurisprudência, de modo a analisar e confrontá-los dentro da perspectiva que o objeto da pesquisa se propõe. Para isso, se fará uso de entendimentos judiciais antigos e atuais principais para se verificar a fundamentação que deu base a tais decisões e no que diz respeito

a revisão bibliográfica se fará uso de alguns doutrinadores para analisar seus entendimentos de forma isolada e dentro de um novo sistema no direito administrativo.

Para tanto, serão investigados os entendimentos principais de alguns autores acerca da possibilidade de delegar o poder de polícia para entidades privadas. Assim, se investigará sua origem e sua base de fundamentação que legitima esse poder, quais ciclos podem ser delegados, a natureza dos atos de império contidos nesse poder e como a delegação poderá ser feita sem afrontar princípios tradicionais, levando em conta o direito administrativo moderno.

2 CONSIDERAÇÕES INICIAIS ACERCA DO PODER DE POLÍCIA

Em primeira análise, é necessário analisar os traços jurídicos desse poder, dito em outras palavras em que local se insere, antes de passarmos ao cerne do objeto de estudo.

Cabe ressaltar que, existem duas formas de incidência desse poder, quais sejam: poder de polícia judiciária e poder de polícia administrativo, no entanto o foco do artigo é direcionado a esse último. Logo, o objetivo não será esgotar o tema em relação ao primeiro já que não é o objeto do estudo proposto.

Então, de forma bem sucinta esclarece que a polícia judiciária é aquela que atua junto à função jurisdicional do Estado, sendo executada por órgãos de segurança como a título de exemplo a Polícia Civil e Polícia Federal e incide no próprio indivíduo, ou seja, para aquele que vem a cometer um ilícito penal, tendo caráter eminentemente repressivo como regra, o que não impede que em certos momentos possua caráter repressivo, como na situação de tarefas de inteligência dos órgãos policíacos.

Atentando-se ao objeto de estudo, que é o poder de polícia administrativo, de acordo com as lições de Di Pietro (2020) a administração pública se sujeita a um regime jurídico próprio de direito público, no qual estão presentes as prerrogativas que pertencem a administração, com elas o Estado tem legitimidade para a realização de suas atividades e também estão presentes as sujeições que funcionam como mitigações ao exercício da administração pública, uma vez que esse exercício deve estar em benefício da coletividade, ou seja, são medidas de controle para verificação de atendimento ao interesse público.

Convém ressaltar que, é o único poder da administração que possui previsão legal, um fato curioso é que essa definição está presente no Código Tributário Nacional (CTN), isso tem uma razão de ser, uma vez que conforme os dizeres de Di Pietro (2020), o poder de polícia do Estado constitui-se como sendo um dos fatos geradores (expressão do direito tributário que remete a uma situação de fato ocorrida que faz com que nasça uma obrigação tributária) da

taxa que é uma espécie de tributo existente. Como pode ser visto, conforme o artigo 78 da Lei nº 5172, de 25 de outubro de 1966

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 ou autorização do Poder Público, à tranquilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos.

A previsão legal citada acima, dispõe sobre esse poder de polícia administrativa que mitiga ou regra determinado direito, dessa forma pergunta-se qual o motivo que fundamenta tal disposição que o legitima para tanto e a resposta se dá em razão da existência de um dos princípios que configuram como sendo uma das ‘pedras de toque’ (expressão utilizada pelo jurista Celso Antônio Bandeira de Mello) do Direito administrativo que é o Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Privado, ou seja, a administração pública está em uma posição de superioridade em relação ao administrado caracterizando uma relação de verticalidade. Contudo é necessário o devido cuidado, pois nas palavras de Cunha Júnior (2006) não é porque a administração restringe o exercício de um direito ou de uma liberdade que sempre ocorrerá manifestação desse poder, uma vez que a mesma pode restringir, mas isso vem a causar efeitos no âmbito interno, tendo assim um vínculo especial e nesse caso há a manifestação, na verdade, do poder hierárquico e não do de polícia, já que esse incide em um vínculo geral.

Por isso é comum falar que o Poder de Polícia se fundamenta na Supremacia do interesse público sobre o Privado, no entanto qual supremacia? A Geral ou Específica? Existe diferença acerca destas supremacias, pois se for no tocante a polícia administrativa entende-se que se trata de uma supremacia geral, pois há uma relação da administração pública para com os particulares, de forma a alinhar as vontades desses ao interesse coletivo, incidindo nos cidadãos e nas pessoas jurídicas, por meio de comportamentos e atitudes administrativas, enquanto que na supremacia específica há uma relação de sujeição específica, não condiciona a liberdade das pessoas em geral e sim de um grupo seletivo, o qual possui um vínculo específico com a administração ou que tenha uma relação funcional. Tal distinção é importante e necessária para saber quem enquadra-se no campo das ‘limitações administrativas à liberdade e propriedade’ que como já visto não é a supremacia específica e sim a geral.

Em alusão ao doutrinador italiano Renato Alessi, Mello preconiza que “descaberia falar em limitação a direitos, pois os atos restritivos, legais ou administrativos, nada mais significam senão a formulação jurídica do âmbito do Direito” (MELLO, 2010, p. 820). Seguindo essa linha de pensamento, para este há a distinção das expressões direito a liberdade ou direito a propriedade em relação a liberdade e propriedade em si, pois as limitações integram o corpo normativo da ciência jurídica. Logo, o poder de polícia não incide sobre o direito de liberdade ou de propriedade em si, pelo contrário ele vem a incidir no momento que há o abuso do uso ou gozo desses direitos, os quais não podem estar em confronto com o interesse coletivo devendo haver um entrosamento.

3 CRÍTICAS À EXPRESSÃO PODER DE POLÍCIA

¹A expressão poder de polícia é alvo de críticas, como prova disso Mello (2010) chama de “designativo manifestamente infeliz” onde preconiza que a expressão traz consigo uma ideia de um Estado pretérito, em que o titular do poder é o Estado, causando assim conflito com a noção de Estado Democrático de Direito, já que o poder não nasceu no Estado, apenas há leis que lhe conferem legitimidade. Além disso um outro argumento trazido é que na expressão há o abraço tanto das leis, como de atos administrativos que são diferentes e inconciliáveis. Outro argumento trazido por ele para corroborar com a afirmação de que descabe tal expressão é que a França inclusive tem designado como “limitações administrativas à liberdade e à propriedade”. Apesar das críticas o autor reconhece que é uma expressão tradicional utilizada por muitos estudiosos e por isso não a que se ignorar.

Em sentido consoante com o de Mello, Carlos Ari Sundfeld também critica a expressão considerando que para os interesses da coletividade é um nome problemático, em razão do seu possível caráter autoritário. Da mesma forma que Mello, Sundfeld (2003) considera que esse poder não é algo intrínseco da administração, que adveio da própria, na verdade são poderes que advêm da lei, pois não há um poder abstrato e genérico da administração pública. Outra perspectiva citada pelo autor é que a expressão não se

¹Apesar de a expressão ser motivo de polêmica o fato é que não se pode rejeitar tal expressão, já que a maioria dos doutrinadores ainda a usa. Em relação ao primeiro argumentado do autor, com a devida data vênua não há nenhuma incompatibilidade da expressão poder abraçar tanto os atos, como as leis, pois são os modos de atuação deste poder, além disso os atos administrativos executados pela administração pública são dotados de imperatividade e coercibilidade sendo verdadeiros poderes concedidos para a administração efetuar suas atividades finalísticas. Ademais, esses poderes não são absolutos já que se submetem a controle judicial para combater possíveis abusos. Por outro lado, destacar a França como um país que já adotou outra maneira de designar a expressão não nos parece tão idôneo, uma vez que mudar a designação da expressão não seria a solução encontrada para retirar o aspecto de autoritarismo dela e sim procurar formas de atingir o princípio da consensualidade buscando aproximar o administrado cada vez mais da administração pública, ou seja, uma das soluções seria a modificação do seu conteúdo e não a mera alteração nominal.

transformou conforme a passagem do tempo, pois já não estamos na 1ª geração dos direitos fundamentais, em que o Estado era mínimo e que apenas se atentava a injunções negativas aos indivíduos, uma vez passada essa geração tivemos a introdução de deveres ou ações positivas à população, dessa forma a noção de abstenção que traz o designativo não se coaduna com o novo perfil que o Estado tem incorporado. Inclusive, a doutrina contemporânea como são os casos de Matheus Carvalho e Rafael Oliveira admitem o poder de polícia na função positiva e negativa (exigir e evitar alguma prática que confronte o bem-estar social).

Nesse contexto, há de estar em conformidade com o autor, sobretudo, porque a expressão apesar de tradicional, traz não só problemas para compatibilizar com o novo perfil do Estado, como também com a constitucionalização do Direito Administrativo, tendo em vista que esse direito passou por uma releitura em seus institutos, além mesmo nos mais tradicionais como é o caso do poder de polícia, incorporando na hora de analisá-lo princípios constitucionais, desse modo a Constituição de 1988 passou a ser luz deste Direito.

Uma outra situação proposta por Sundfeld (2003) é abranger a visão abarcada pelo instituto, posto que ligá-lo diretamente a fiscalização não é o mais idôneo, porque a administração tem se tornado também ordenadora, isto é, atua não somente de forma preventiva e repressiva, mas também organizando a vida privada dos indivíduos em sociedade.

E por último, mas não menos importante segundo as lições do autor argentino Augustin Gordillo expõe que: “Sostener esta noción es negar la finalidad misma del derecho administrativo; es en definitiva preferir el poder y no la libertad; la autoridad y no los derechos. Pero esto, como bien lo sabemos, es el problema de todo el derecho administrativo tradicional” (GORDILLO, 2009, p.225). Nesse sentido, como pode se perceber é mais um autor que se soma a lista de críticos com a designação, fazendo alusão que o problema não é apenas a expressão em si, mas sim de todo o direito administrativo tradicional.

4 MEIOS DE ATUAÇÃO

No dia a dia esse poder pode ser visualizado desde a concessão de uma licença por meio de um alvará até a interdição de um estabelecimento, mostrando-se dessa forma como o poder público realiza suas atividades, sendo que a prática delas se dá mediante os atos administrativos.

Na visão de Di Pietro (2020) esse poder administrativo também atua nos atos normativos. Aqui, há a presença de uma lei dotada de generalidade e abstração que será

responsável por criar limitações administrativas, ao mesmo tempo definirá quais as infrações administrativas que o sujeito incorrerá aplicando assim sanções, atendendo assim ao Princípio da Legalidade previsto no artigo 5º, II da Magna Carta, uma vez que se não houvesse dispositivo normativo o indivíduo não seria obrigado a fazer a ação positiva ou deixar de fazer, contudo como existe a lei ela vem para limitar as liberdades desse indivíduo. Cabe destacar que o Executivo pode participar na disciplina de aplicação da lei para o exercício desse poder, já que decretos, resoluções, portarias e instruções são também formas de atuação. Portanto, um decreto que estabelece medidas de enfrentamento da Covid, como a título de exemplo o “*Lockdown*” é uma manifestação expressa desse poder de polícia administrativo.

Alguns autores como Cunha Júnior (2006) além de citar os atos normativos, acrescenta os atos individuais que seriam uma apreensão de um medicamento, um embargo, ou um guincho, isto é determinações que incidem em um indivíduo e não em mais de um como no caso dos atos normativos, cuja característica é a generalidade. Ademais cita atos de fiscalização que seriam destinados a medidas de prevenção antes de se aplicar sanções aos administrados. Logo, quando a vigilância sanitária vai ao restaurante fazer as devidas inspeções é mais uma forma de atuação do poder de polícia administrativo.

5 ATRIBUTOS DO PODER DE POLÍCIA

Como já dito anteriormente, a administração dispõe de prerrogativas estatais que fazem com que sua atuação seja dotada de legitimidade e presumivelmente verídica. Elas possuem características que fortalecem a relação vertical que o Estado tem para com o particular.

A discricionariedade, a autoexecutoriedade e a coercibilidade são apontadas como atributos do poder de polícia pela maioria dos doutrinadores, sendo que um dos autores em específico, acrescenta a característica da Indelegabilidade. No tocante ao primeiro, existe certa discussão doutrinária para esclarecer se realmente é discricionário ou vinculado. Para Di Pietro (2020) existirão situações que demandam um caráter discricionário e outras um vinculado. Quando a administração pública, diante de um caso concreto, aprecia segundo o juízo de oportunidade e conveniência, de modo a escolher uma dentre várias soluções válidas segundo o ordenamento jurídico, como é o caso de uma autorização para portar arma, já que a administração pode ou não conceder, nesse caso há a presença da discricionariedade. No entanto, haverá outras hipóteses em que a lei prevê atuação vinculada, aqui não há escolha é o caso por exemplo da licença, se cumpridas as exigências previstas em lei, não pode a

administração denegar tal ato administrativo. A autora destaca que estes atos administrativos não são taxativos, pois ora a licença pode ser discricionária, ora a vinculada, da mesma forma ocorre com a autorização. Sendo assim, deixa a ²critério do intérprete para verificar em qual situação caberá o uso dos vocábulos.

Enquanto ao segundo atributo da autoexecutoriedade consiste na imediata realização do objeto do ato, ou seja, o ato administrativo poderá ser executado pela administração pública sem a necessidade de intervenção dos outros poderes para a toma de suas decisões. Sendo que há alguns autores que fazem a subdivisão desse atributo em dois: Exigibilidade e Executoriedade. No primeiro a administração faz a utilização de meios indiretos como forma de coerção, que serão definidos em Lei, já no segundo utiliza meios diretos, nesse caso independe de previsão legal em razão do caráter urgente da situação que afeta consideravelmente o interesse público (DI PIETRO, 2020).

E por último, mas não menos importante temos o terceiro atributo que é o da coercibilidade, o qual segundo a autora “ é indissociável da autoexecutoriedade. O ato de polícia só é autoexecutório porque é dotado de força coercitiva”(DI PIETRO, 2020, p. 330).

6 DELEGAÇÃO DO PODER DE POLÍCIA

Após abordar considerações importantes nos capítulos anteriores acerca do poder de polícia administrativo para poder adentrar no objeto de estudo da pesquisa, agora se faz necessário fazer abordagem sobre a possibilidade de delegação, tema que é objeto de divergência doutrinária e jurisprudencial. Sendo assim, o tópico presente será dividido em subtópicos, primeiro se abordará os aspectos gerais dessa delegação, para depois trazer divergências doutrinárias e jurisprudencial.

7.1 ASPECTOS GERAIS

²Cabe destacar que nem sempre será possível prever todas as hipóteses que poderão vir a surgir para aplicação ou não de um ato administrativo. Nesse sentido, o surgimento de lacunas poderá ocorrer e nesses casos interpretar ou escolher tendo como base os Princípios gerais do direito administrativo que baseiam o ordenamento jurídico é de suma importância. Visto que a LINDB possui reflexos no âmbito da administração pública, especialmente quando falamos de atuação discricionária contribuindo até em uma melhor eficiência da atuação Estatal. Tudo isso é possível graças ao advento da Lei nº 13.655/2018, responsável por introduzir novos artigos na LINDB promovendo mudanças no Direito Público.

Nos últimos anos, é notório que novos sujeitos pertencentes e não pertencentes da administração pública tenham praticado atos de caráter estatal, tal prática é motivo de crítica, uma vez que tais atos configuram-se como sendo estritamente exclusivos do Estado. No entanto, tal argumento não se sustenta, tendo em vista que resumir a administração pública na administração direta é um erro jurídico bastante considerável, já que quando fala-se de administração pública há de considerar o sentido lato sensu, no qual está integrada também a administração pública indireta, na qual situam-se 4 entidades administrativas, quais sejam: as autarquias, fundações públicas, empresas públicas e sociedades de economia mista. A partir daí surge um dos debates acerca da pesquisa sobre a possibilidade destas duas últimas poderem praticar atos de estado, ou seja, delegação do poder de polícia para essas entidades de direito privado, se é uma prática constitucional ou não.

Nesse contexto, tentativas de justificação para corroborar com o fundamento da indelegabilidade pela natureza jurídica da estatal, se torna equívoca, tendo em vista que embora o regime seja considerado exclusivamente privado, ele na verdade é híbrido, já que é um privado com incidência de algumas normas de direito público como licitação, concurso público e controle pelo tribunal de contas na hora de analisar os gastos cometidos por tais entidades.

Em primeira análise, o dogma da indelegabilidade defendido por muitos vem se tornando ultrapassado, já que defender um monopólio estatal em pleno século XXI, levando em consideração as transformações não só jurídicas, mas também econômicas que a administração pública tem sofrido é tapar os olhos para a realidade. Cumpre ressaltar ainda que, a Magna Carta de 1988 não possibilita, nem impossibilita já que não há dispositivo constitucional que ratifique ou retifique o dogma, dessa forma abre-se possibilidades para que o princípio da Consensualidade prevista na Lei de Introdução às normas do direito brasileiro e aceito pela doutrina ganhe protagonismo diante do surgimento dessa lacuna, visto que a LINDB possui reflexos no âmbito da administração pública, especialmente quando falamos de atuação discricionária contribuindo até em uma melhor eficiência da atuação Estatal. Tudo isso é possível graças ao advento da Lei nº 13.655/2018, responsável por introduzir novos artigos na Lei de introdução às normas do Direito Brasileiro promovendo mudanças no Direito Público. Esse princípio dialoga com o giro pragmático constitucional que será mais adiante, possibilitando que novos sujeitos façam parte da atividade administrativa, mas não se trata de desestatização, tampouco de privatização, uma vez que a titularidade permanece com o poder público, e sim um desapego a raízes passadas que não só não condizem com a nova realidade social, como também prejudicam a realização das atividades públicas.

Em segunda análise, para aqueles que não concordam com a delegação desse poder desconsideram que o exercício de tais atividades públicas demandam um custo alto com consideráveis gastos financeiros, sendo assim a concepção pragmática e também a democrática constitucional vem como forma de reconhecer que o poder público possa se valer de auxílio de entes privados com o objetivo do cumprimento dos objetivos públicos, desse modo abrindo asas para uma administração menos burocrática e mais consensualista. Logo, é inevitável que haja a delegação, pois há a necessidade não só de amparo tecnológico, mas também de um volume de indivíduos para a prática, o que acaba geralmente esbarrando nas restrições inerentes do poder público, prejudicando um dos princípios mais importante no âmbito da administração pública- Princípio da Eficiência-, por isso que a releitura pragmática se faz tão presente, tendo em vista a necessidade e urgência de que ocorra a legitimidade de novos sujeitos que permitam que o poder público se una a eles para fins de ajudar nas tarefas públicas trazendo uma maior efetividade e eficiência para elas. (BINENBOJM, 2016).

Cabe ressaltar que a ausência de dispositivo na Constituição dispendo sobre a possibilidade ou impossibilidade da delegação do poder de polícia mostra-se como uma falha jurídica considerável por parte do legislador ordinário, já que com tal previsão diminuiria os apelos doutrinários pelo dogma da indelegabilidade, pois com a anuência da Suprema Corte e disposição na Magna Carta a delegação teria sua legitimidade e constitucionalidade respaldada. Dessa forma, trata-se de norma que efetivamente deveria estar prevista na Constituição já que é necessária, enquanto outras, por exemplo, prevista no artigo 242 § 2º da mesma não é eminentemente constitucional nem necessária, mas tem respaldo constitucional.

Portanto, salienta-se registrar que as estatais têm por finalidade serem tanto prestadoras de serviço público, como exploradoras de atividade econômica, sendo um fator importante na hora de analisar e verificar se a delegação deste poder administrativo.

7.2 POSSIBILIDADE DE DELEGAÇÃO DENTRO DA ÓTICA DE CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO ADMINISTRATIVO

O instituto do poder de polícia passou por transformações jurídicas e econômicas, principalmente pela mudança ocorrida na administração pública, sendo necessário uma análise constitucional implícita, já que não há previsão expressa, para que se possa analisar se é possível essa delegação tendo em vista a nova releitura do direito administrativo, esta análise será fundamental para a materialidade do objetivo do artigo proposto.

Existem os chamados giros do direito administrativo sob uma ótica constitucional, que se caracterizam como giro democrático constitucional e o giro pragmático, que são formas de entender o direito administrativo contemporâneo. O primeiro giro sob o ponto de vista da constitucionalização inclusão e da constitucionalização releitura. Esse giro como um todo tem como tese principal a centralização dos direitos fundamentais (situados no topo do sistema normativo), fazendo a incorporação dessa constitucionalização no direito administrativo ocorre a legitimidade da intervenção administrativa. Nesse sentido, a Constituição passa a ser uma norma onde estarão presentes os objetivos e os instrumentos capazes de realizar a atividade administrativa como também de legitimá-la. Já em sentido estrito, a constitucionalização inclusão consiste na constituição ser um estatuto jurídico da administração pública, existe aqui a elevação do direito administrativo às normas constitucionais (BINENBOJM, 2016).

Essa releitura citada acima traria algumas consequências na nova forma de interpretar o direito administrativo e influenciaria na nova visão do instituto clássico poder de polícia. Pode-se citar a democratização da administração pública, tendo em vista que a administração deve enxergar no administrado um parceiro ou um cidadão e não um súdito ou um fiel como em épocas pretéritas. Por isso a denominação Superioridade/Supremacia do interesse público perdeu força, pois o administrativo tem que ser visto com um sujeito interessado na tomada de decisão contribuindo para a persecução do princípio da consensualidade. A valorização do princípio da segurança jurídica nas relações com particulares também se mostra com uma consequência, no entanto do ponto de vista positivo, até porque essas novas relações que seriam feitas entre estado e particular precisariam do fortalecimento desse princípio. A releitura do princípio da legalidade também se faz presente, pois ele evoluiria a uma juridicidade administrativa, dessa forma a administração pública não estaria vinculada a noção de cumprimento de lei forma, mas sim de lei em sentido lato sensu, sendo assim o administrador diante de situações em que se exija sua atuação não estaria vinculado a aplicar somente a lei em sentido formal e sim a Constituição. Além disso, a administração pode realizar ações positivas e não se limitar a ações para não violar os direitos fundamentais, superando a vinculação meramente negativa (BINENBOJM, 2016).

Já o giro pragmático centra-se na ideia de melhores resultados e com medidas que sejam efetivas e eficientes, o artigo 37 da Constituição estabelece o princípio da eficiência como um dos nortes que direciona atuação da administração pública. A busca para entregar ao administrativo o que ele realmente espera, cabendo submeter a administração a uma “legalidade finalística” controla a administração sob o prisma dos resultados que foram

alcançados por ela. Diante disso, há a demonstração da necessidade de inovação que o instituto precisa, seja na incorporação de novos sujeitos para a realização da atividade administrativa, seja nos modos de organização que essa atividade passa a ser executada (BINEBOJM, 2016).

Ao se falar de entidades que seriam incumbidas de realizar atividades públicas têm-se não só entidades da administração pública indireta, como as Estatais, leia-se, empresas públicas e sociedades de economia mista, como também entidades transnacionais que produzem novas formas de regulação, dessa forma a globalização tem um papel importante, fundamentando-se na conclusão de que o estado não é capaz de regular sozinho todos os incidentes que ocorrem na sociedade por isso a necessidade da superação do dogma da indelegabilidade o que para alguns é chamado nesse último caso de desterritorialização (BINENBOJM, 2016).

A discussão doutrinária é evidente acerca do tema, já que a doutrina majoritária entende que não cabe a delegação do poder de polícia para pessoas jurídicas de direito privado, especialmente às estatais, pois sustenta que a delegação não pode ser concedida, pois estas entidades não são dotadas de caráter estatal, já que não exercem atividades típicas de Estado, um grande defensor desta impossibilidade de delegar é o jurista Mello, que ainda ressalta a excepcionalidade em situações bem específicas como é o caso dos poderes dados aos comandantes de navio. Nesse sentido, assim entende o autor:

Os atos jurídicos expressivos de poder público, de autoridade pública, e portanto, os de polícia administrativa, certamente não poderiam, ao menos em princípio e salvo circunstâncias excepcionais ou hipótese muito específicas (caso, *exempli gratia*, dos poderes reconhecidos aos capitães de navio), ser delegados a particulares, ou ser por eles praticados. (MELLO, 2010, p.846).

Tal entendimento fundamenta-se no argumento de que a delegabilidade causaria um desequilíbrio entre os particulares, visto que uns particulares estariam sobre uma situação de superioridade em relação aos outros configurando assim uma violação ao Princípio da Isonomia.

De forma parecida ao autor, Di Pietro (2020) advoga que “[...] o poder de polícia envolve o exercício de prerrogativas próprias do poder público, especialmente a repressão, insuscetíveis de serem exercidas por um particular sobre o outro.” (DI PIETRO, 2020, p. 331).

Seguindo a linha de outro autor que, por sua vez, abre hipóteses para que a delegabilidade possa ser constitucional, desde que observe alguns requisitos, dessa forma preconiza que “ [...] (a) o impedimento de conflito entre os interesses público e privado, (b) o afastamento do setor econômico de mercado e (c) o acidentalismo do poder de polícia, significando que o ente delegado não deve exercê-lo como essência institucional, mas sim em decorrência da própria prestação do serviço público.” (CARVALHO FILHO, 2020, p.205). No tocante, ao terceiro requisito nota-se uma clara defesa de que o Estado continua sendo o titular do serviço, sendo que a pessoa jurídica de direito privado apenas o executará.

Defende-se que a inclusão dessas entidades não acarreta em dizer que é prescindível a presença do estado, pelo contrário o objetivo dessas transformações é estabelecer novas maneiras de relacionamento do estado com as pessoas jurídicas de direito privado e com particulares com o objetivo precípua de satisfazer cumprir com o escopo social. O objetivo é mostrar que esse dogma da indelegabilidade se mostra superado sob o viés da força giro do direito administrativo, desde que preenchidos requisitos de legitimidade que legitimam o exercício por cada uma das entidades citadas. Para que quando for possível, o Estado saia dessa posição direta a qual se encontra para a execução dos atos e passe para uma posição fiscalizatória ou ordenadora de forma a disciplinar e observar o exercício dessas atividades pelos entes privados, seguindo nessa lógica ocorreria a inclusão constitucional já citada.

Em que pese a doutrina majoritária nacional defender a indelegabilidade por razões diversas, o foco é destacar que é possível ocorrer a delegação sem violar princípios democráticos pertinentes as garantias estatais de forma a dar uma maior atenção nos resultados e na eficiência das atividades das tarefas de polícia. Alude ainda, que a não previsão constitucional de dispositivo que permita ou vede a delegação não poderá ser interpretada como uma permissão ou vedação genérica. Dessa forma, se faz necessário a interpretação e análise dos giros já preconizados acima.

Ademais já existe doutrina que aceita a possibilidade de que a delegabilidade pode ocorrer não apenas para entes da indireta, mas também para conselhos profissionais, para permissionários e concessionário de serviço público e outras entidades de natureza privada. Nesse contexto, no caso das Estatais apesar de o regime ser de direito público privado, isso não é um obstáculo intransponível para que a delegação seja feita, uma vez que quando prestadoras de serviço público estariam dotadas prerrogativas públicas, apesar da personalidade jurídica de direito privado continuar sendo assim quando estivessem nessa função poderiam exercer tais atividades. (BINENBOJM, 2016).

O caso das permissionárias e concessionárias de serviço público é mais delicado, tendo em vista que não fazem parte da administração pública, apesar de prestarem serviços públicos, no entanto não possuem prerrogativas públicas como pode ser o caso das estatais. Logo, sua natureza é do início ao fim privada. Apesar de Binebojm defender ser possível a delegabilidade para permissionária e concessionária ser realizada de modo subsidiário ou acessório na prestação do serviço público.

Assim, percebe-se ser possível no âmbito das estatais a delegação levando em consideração a nova releitura desde que disponha de uma lei para evitar que o fim lucrativo não se sobreponha aos objetivos sociais e não cause um ‘‘desequilíbrio odioso concorrencial’’ (BINEBOJM, 2016).

8 BREVE ANÁLISE DO CASO CONCRETO DA BHTRANS NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 633.782- MG

Um caso que aconteceu em um passado não tão distante foi o da BHTRANS, que é responsável não só pelo planejamento de mobilidade urbana, como também lhe incumbe a aplicação de multas de trânsito em Minas Gerais. O grande problema que reside nesse caso é que se trata de uma Sociedade de Economia Mista tendo uma prerrogativa que é vista como eminentemente estatal.

O anterior entendimento era de impossibilidade de delegar atividades típicas de estado para as estatais, tal percepção tinha embasamento no Superior Tribunal de Justiça que tinha como foco demonstrar que nesse instituto há a presença de ciclos ou fases que a depender do tipo respectivo pode ou não ser delegada, com base no poder extroverso só Estado. Apenas o consentimento e a fiscalização poderiam ser delegados, enquanto que a ordem de polícia e a sanção de polícia não. Nesse sentido, no tocante à sanção de polícia haveria a possibilidade de contratar empresas responsáveis pela instalação de radares com a finalidade de fiscalização do trânsito, não se trataria de uma exceção, já que a titularidade continuaria com o estado, mas sim uma espécie de descentralizar o serviço, para atividades de apoio, tal entendimento se coaduna com a doutrina majoritária. É possível observar abaixo através de um trecho da ementa de uma das decisões que a visão do STJ é bem clara quanto ao assunto, vejamos:

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

[...] 2. No que tange ao mérito, convém assinalar que, em sentido amplo, poder de polícia pode ser conceituado como o dever estatal de limitar-se o exercício da propriedade e da liberdade em favor do interesse público. A controvérsia em debate é

a possibilidade de exercício do poder de polícia por particulares (no caso, aplicação de multas de trânsito por sociedade de economia mista). 3. As atividades que envolvem a consecução do poder de polícia podem ser sumariamente divididas em quatro 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. (...) STJ. 2ª Turma. REsp 817.534/ MG, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 10/11/2009.

O entendimento desse Tribunal foi superado com a recente posição da Suprema Corte no sentido de ser possível a sociedade de economia mista aplicar multas, independentemente se atividades de apoio ou não, desde que cumprido com alguns requisitos que são exigíveis para ocorrer a delegabilidade. Nesse sentido, o STF define limites do ponto de vista formal(requisitos que legitimam) para a materialização da delegação, quais sejam: feita por meio de Lei a pessoas jurídicas de direito privados que sejam integrantes da administração pública e com capital social público majoritariamente que seja prestadora de serviço público não estando em regime concorrencial. Tal decisão foi proferida em sede de repercussão geral como pode ser visto a seguir na tese fixada:

É constitucional a delegação do poder de polícia, por meio de lei, as pessoas jurídicas de direito privado integrantes da Administração Pública indireta de capital social majoritariamente público que prestem exclusivamente serviço público de atuação própria do Estado e em regime não concorrencial. STF. Plenário. RE 633782/MG, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 23/10/2020

Portanto, em acertada decisão o Supremo privilegiou as estatais que sofrem a incidência de normas de direito público, já que o fato de serem de direito privado não impede a delegação, até porque como visto anteriormente não há apenas as exploradoras de atividade econômica, mas também as prestadoras de serviço público, tendo essa função de prestar serviço público isso só entrelaça as relações entre estado e essas pessoas jurídicas para o desempenho das atividades. Nesse sentido, é inegável a presença de riscos que a delegação poderia trazer restando afetado o princípio da isonomia e o da supremacia do interesse público sobre o privado, pois caso fossem exploradoras de atividade econômica visariam o lucro, prejudicando o conseqüente público, além disso intervir concorrencialmente na economia prejudicaria a isonomia, contudo com as limitações impostas pelo Supremo Tribunal Federal

deixam as estatais prestadoras de serviço público com regime jurídico próximo às pessoas jurídicas de direito público, até porque se a Constituição permitiu a criação dessas pessoas jurídicas é porque queria que de alguma forma um mútuo auxílio e apoio na busca da realização das atividades de interesse público.

9 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto acima, verificou-se que na execução do trabalho houve dificuldades enfrentadas na busca do objeto investigado, como a definição das questões norteadoras que norteiam todo o trabalho, pois por ser um tema estritamente jurídico e que necessita de um recorte preciso a busca pelos problemas necessitou uma leitura mais crítica e pensante, para evitar que houvesse problemas bastante amplos. Além disso, uma outra dificuldade apresentada foi na formulação de uma intervenção inovadora dentro do que se propõe o objeto de estudo, a ausência de trabalhos acadêmicos de forma a visualizar outras formas de enxergar o objeto apresentado, além dos tradicionais como o arcabouço doutrinário também foi um dos pontos fracos do trabalho.

Mesmo diante das dificuldades, esse artigo pretendeu se debruçar-se em um dos institutos mais clássicos do direito administrativo através de uma nova visão trazida por uma doutrina contemporânea e uma jurisprudência recente, tendo como análise ao final um caso concreto em que foi possível observar a aplicação dessa jurisprudência e doutrina que não se limita a entendimentos pretéritos que não se atentam as novas necessidades da administração pública e do serviço público dessa forma as novas releituras desse direito foram capazes de demonstrar isso com a possibilidade de novas relações ou arranjos formados a partir de entidades capazes de exercer esse poder.

Foi possível verificar também que essa delegação para ser feita deve cumprir com requisitos que legitimem tal delegação, não sendo feita de forma aleatória e sem qualquer respaldo, inclusive tais pressupostos foram objeto de decisão fundamentada pela Suprema Corte. Esses objetivos caminharam com questões norteadoras ao longo do artigo, em relação a natureza de direito privado dessas entidades como possível obstáculo para a delegação e uma vez delegado esse poder quais possíveis riscos que poderia trazer essa delegação ao ordenamento jurídico? Cumpre ressaltar que o presente artigo tentou responder as perguntas propostas, mas não com o objetivo de esgotar todo o tema, mas sim de abrir mais as discussões acerca do tema, pois apesar de alguns entendimentos doutrinários não convergir com a realidade é plausível os receios e a polêmica em torno do assunto.

À vista disso, esse estudo nasce da necessidade de debate no tocante ao tema, pois por se tratar de um instituto que além de ter permanente contato com direitos individuais como liberdade e propriedade, também traz transformações não só do ponto de vista social, mas econômico e político, o se faz imprescindível que sempre venha à tona o debate não somente para a academia, mas também para a sociedade, na tentativa de dirimir ou evitar prejuízos para a coletividade. O fato é que a centralização das atividades nas mãos do estado já se mostrou que atualmente é ineficaz e infrutífera. Desse modo, o artigo é apenas uma ponta de uma longa discussão que como já dito não se esgota aqui. Sendo assim, tem-se como resultado a possibilidade de haver sim a delegabilidade sendo constitucional a sua autorização, embora a natureza jurídica das estatais, em um primeiro momento, se mostre incompatível, a sua hibridade a legítima, portanto não é um óbice intransponível para que ocorra.

E por último, deixa-se as portas abertas para que possa ocorrer melhorias no tocante ao direcionamento da presente pesquisa e resultados mais satisfatórios a fim de que haja um aprimoramento para pesquisas futuras, como outras propostas de problemas que viabilizem a validade de uma possível delegação.

REFERÊNCIAS

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

BRASIL. **LEI nº 5.172/66, de 25 de outubro de 1966**. Código Tributário Nacional.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. (2º TURMA) **RECURSO ESPECIAL 817.534 Minas Gerais**. ADMINISTRATIVO. PODER DE POLÍCIA. TRÂNSITO. SANÇÃO PECUNIÁRIA APLICADA POR SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. IMPOSSIBILIDADE(...) Min. Mauro Campbell Marques, 2009. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo>. Acesso em: 5 mar. 2023.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 34. ed. Rev, atual e ampl. São Paulo: Atlas, 2020

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **É possível a delegação do poder de polícia – inclusive da possibilidade de aplicação de multas – para pessoas jurídicas de direito privado?**. Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/19e901474bd32d47931f0219992ff889>. Acesso em: 05 mar. 2023.

CUNHA JUNIOR, DIRLEY. **Curso de Direito Administrativo**. 4. ed. Salvador: Jus Podivm, 2006

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 33.ed. Rev. ampl e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

GORDILLO, Agustín. **Tratado de Derecho Administrativo**. T.2 (La defensa del usuario y del administrado). 9º ed. Buenos Aires: F.D.A. 2009. Disponível em: <http://www.gordillo.com/tomo2.html>. Acesso em: 25 nov. 2022.

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

SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo Ordenador**. São Paulo: Malheiros, 2003