

É constitucional a delegação do poder de polícia a particulares?

I. Situando o problema

Pessoas jurídicas de direito privado podem exercer poder de polícia? Se sim, em qual extensão? É constitucional que uma empresa estatal exerça atividades de polícia administrativa como, *e.g.*, multar infratores no trânsito? Essas são perguntas que vêm atizando a doutrina e a jurisprudência há um bom tempo[1]. E não é por menos. Quer se seja favorável ou não[2], fato é que, com frequência, temos assistido a transmissão de funções públicas, inclusive relacionadas ao poder de polícia, para



Jorge Lavocat Galvão
Procurador do Distrito Federal

Um exemplo atual é tentativa de transferência, por meio de resolução, de

atividades de fiscalização (ou, ao menos, essenciais à fiscalização) da Anatel para Entidade Aferidora de Qualidade (EAQ), entidade privada, que, por exemplo, passou a conduzir os processos de aferição da qualidade da banda larga fixa e móvel do país, tendo poder, inclusive, de impor às prestadoras o envio dos dados necessários à verificação de seu rendimento.[4]

Em meio a tal cenário, este artigo está inserido. O seu intuito é essencialmente o de situar o debate sobre o tema na doutrina e na jurisprudência. Em outras palavras, procura-se *esclarecer os contornos constitucionais acerca da delegação do exercício de atividades do poder de polícia*.

II. Doutrina “clássica” da indelegabilidade do poder de polícia

Delimitar o conceito de “*poder de polícia*” não é tarefa simples.[5] Porém, em linhas gerais, a doutrina “clássica” o define como o poder ou a função que a Administração Pública dispõe para condicionar, restringir e/ou limitar as esferas de liberdade e de propriedade dos particulares, em prol de objetivos de interesse público.[6] É dizer: trata-se de instituto jurídico-administrativo que, ao menos em tese, é responsável por dosar legitimamente a intervenção estatal, de um lado, e o exercício de direitos e liberdades, de outro.[7]

Antes de avançar, uma ressalva se faz necessária. Para fins didáticos, iremos definir como “*doutrina clássica*”[8] a parcela da doutrina que costuma realçar que “*não se admite, no nosso sistema constitucional, [...] delegação de atos de natureza de polícia, como a do poder de tributar [e] a sanção*”.[9] Neste artigo, a palavra “clássica” possui o significado de consolidada e não “ultrapassada” ou



“obsoleta”. É dizer: o intuito é expor visões distintas sobre o tema e não sustentar uma ordem qualitativa de ideias. Em suma, por “doutrina clássica”, entende-se: *os autores e as autoras que afirmam ser indelegável o exercício do poder de polícia, sobretudo por meio de quatro argumentos conexos.*^[10]

Em primeiro lugar, essa visão sustenta que o poder de polícia é uma *potestade estatal*, isto é, atividade relacionada ao poder coercitivo do Estado, poder esse incompatível com a paridade que deve nortear as relações entre os particulares. De forma breve, tal argumento sustenta que apenas pessoas jurídicas de direito público podem exercer atividades administrativas de polícia, pois somente a autoridade estatal é que tem legitimidade para impor restrições, limitações e condicionamentos à liberdade e à propriedade dos particulares. Nesse sentido, Celso Antônio Bandeira de Mello^[11] ressalta que a “*restrição à atribuição de atos de polícia a particulares*” estaria alicerçada no “*corretíssimo entendimento de que não se lhes pode, ao menos em princípio, cometer o encargo de praticar atos que envolvem o exercício de misteres tipicamente públicos quando em causa liberdade e propriedade*”. Isso porque, caso contrário, haveria um desequilíbrio entre os particulares, ao passo que o ordenamento definiria que certos entes privados teriam supremacia sobre outros. Conclui, portanto, que “*não há delegação de ato jurídico de polícia a particular e nem a possibilidade de que este o exerça a título contratual*”.

Em segundo lugar, essa linha doutrinária também aduz que a indelegabilidade seria corolário do próprio Estado Democrático de Direito, na sua faceta de defesa dos direitos fundamentais. Marçal Justen Filho^[12] defende a vedação “*não por alguma qualidade essencial ou peculiar à figura*”, mas sim porque, em um Estado Democrático de Direito, o exercício da violência é necessariamente monopolizado pelo Estado. Com base nessa premissa, é que “*não se admite que o exercício da violência seja transferido a terceiros, que não agentes públicos*”.

Em terceiro lugar, defende-se que o princípio da isonomia (art. 5º, caput, da CRFB) veda tal delegação, pois, ao se atribuir o exercício de poder de polícia a particulares, estar-se-ia reconhecendo a existência de relações jurídicas desiguais entre particulares.^[13] Ao revés, somente o Estado poderia impor essas limitações, porque posicionado em hierarquia superior aos demais particulares e atuando voltado à persecução do bem comum.

Em quarto lugar, argumenta-se que a indelegabilidade se alicerça no fato de que apenas servidores públicos estáveis poderiam exercer tamanho *múnus público*. Isso, tendo em vista que sua estabilidade lhes traria maior blindagem frente às pressões externas, tais como as advindas de *atores* com alto poder econômico e influência política.^[14] Além disso, a delegação a particulares do poder de polícia geraria um indesejável conflito interno de interesses: de um lado, a busca pelo lucro e maximização de interesses pessoais; de outro, a concretização de finalidades públicas.

Sinteticamente, pode-se dizer que, no cenário nacional, consagrados doutrinadores ressaltam a impossibilidade de se delegar a particulares atos relacionados ao exercício do poder de polícia, com ressalvas pontuais.^[15]

III. Outras perspectivas dogmáticas e a jurisprudência do STJ

Ocorre que visões distintas sobre o tema têm sido ventiladas na doutrina no sentido de mitigar ou até de rechaçar essa perspectiva “clássica”. Não só o conceito de Poder de Polícia tem sido criticado por autores como Carlos Ari Sundfeld^[16] – que o avalia como incompatível com o Estado Democrático de Direito – mas, o próprio “dogma” da indelegabilidade vem sendo relativizado por outros autores.^[17]

Diogo de Figueiredo Moreira Neto^[18], por exemplo, sustenta a legitimidade da delegação de algumas atividades a partir de uma perspectiva funcional. Para o autor, o exercício do poder de polícia pode ser compreendido por meio de quatro *ciclos de polícia*: uma espécie de divisão da função de polícia em fases ou atividades, por assim dizer. O primeiro ciclo é representado pela *ordem de polícia*, que nada mais é do que o comando normativo que, previamente, determinará eventual restrição, limitação, condicionamento ou disciplina da liberdade e da propriedade dos particulares. Já o segundo diz respeito ao *consentimento de polícia*: o ato administrativo que permite o exercício de certa atividade ou o uso de uma propriedade, por exemplo. O terceiro é a *fiscalização administrativa*, que se consubstancia na verificação se as ordens de polícia estão sendo cumpridas. Por fim, e em quarto lugar, a *sanção de polícia*: atividade na qual, após a confirmação da existência de afronta à ordem de polícia, são aplicadas aos infratores as penalidades previstas no ordenamento.

Com base nessa diferenciação funcional, Diogo de Figueiredo Moreira Neto sustenta que não seria possível delegar (i) a ordem de polícia, tampouco (iv) a sanção de polícia, pois existiria uma reserva estatal quanto à elaboração de leis e regulamentos, bem como quanto ao uso coercitivo da força. Noutro giro, (ii) o consentimento de polícia e (iii) a atividade fiscalizatória poderiam ser delegados, sem vícios de inconstitucionalidade.

Essa perspectiva não influenciou somente as salas de aulas e os livros de direito administrativo. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça parece ter encampado a visão de Moreira Neto. No bojo do REsp 817.534/MG^[19], envolvendo a Empresa de Transporte e Trânsito de Belo Horizonte (BHTRANS), o relator, Min. Mauro Campbell, definiu que “*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*”. A partir de tal distinção, fixou o entendimento de 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. [Em verdade,] 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*”.

Assim, decidiu-se o seguinte: a BHTRANS, por ser uma sociedade de economia mista, não pode aplicar diretamente multas aos infratores de trânsito. Isto é, por se tratar de pessoa jurídica de direito privado, a BHTRANS não pode exercer a função sancionadora do poder de polícia.

IV. Interpretação do STF sobre o tema

No âmbito do Supremo Tribunal Federal, por sua vez, a jurisprudência majoritária sustenta a impossibilidade de delegação do poder de polícia, nos termos da doutrina “clássica”. No ponto, dois casos podem ilustrar bem essa posição da Corte.

O primeiro deles é a ADI nº 2.310.^[20] O caso ajuizado pelo Partido dos Trabalhadores tratava da seguinte questão: a inconstitucionalidade da criação de empregos públicos – regidos pela CLT – no âmbito das agências reguladoras. Na linha da doutrina “clássica”, o PT defendia que, por exercer



funções inerentes à atividade do Estado, como a de fiscalização, os membros das agências não poderiam ser regidos por contratos de trabalho. Em sede monocrática, o relator original, Min. Marco Aurélio, chegou a defender que *“prescindir, no caso, da ocupação de cargos públicos, com os direitos e garantias a eles inerentes, é adotar flexibilidade incompatível com a natureza dos serviços a serem prestados, igualizando os servidores das agências a prestadores de serviços subalternos”*. Ao fim, no entanto, a ação perdeu objeto.

O segundo caso ilustrativo é a ADI nº 1.717.^[21] Ajuizada pelo PC do B, PT e PDT, a ação questionava a constitucionalidade de dispositivo legal que permitia que a fiscalização de profissões regulamentadas fosse exercida em caráter privado, a partir de delegação do Poder Público e mediante autorização legislativa.^[22] Em 2002, o plenário da Corte, ao interpretar sistematicamente a Constituição, concluiu pela *“indelegabilidade, a uma entidade privada, de atividade típica de Estado, que abrange até poder de polícia”*.

V. Novo capítulo a ser escrito pelo STF?

A discussão constitucional sobre a matéria terá novos desdobramentos em breve. É que, em 22/03/2012, o Plenário Virtual do STF se manifestou pela existência de repercussão geral da questão constitucional relativa à *“definição da possibilidade de delegação, no bojo do poder de polícia, de determinadas fases da atividade”*, especialmente no que tange ao exercício desse poder por *“pessoas jurídicas de direito privado integrantes da Administração Pública indireta”*.^[23]

Atualmente, o *leading case* designado pelo Min. Luiz Fux, relator da repercussão geral, é o RE nº 633782. Trata-se justamente do recurso extraordinário interposto pela BHTRANS, sociedade de economia mista responsável pela regulação do trânsito da capital mineira, contra o acórdão do STJ que lhe impediu de aplicar multas (isto é: de exercer o ciclo sancionador do poder de polícia). O que a estatal pretende em seu recurso é ver reconhecida a possibilidade de delegação de outras atividades relacionadas ao poder de polícia, além das hipóteses admitidas pelo STJ, reconhecendo-se como legítimo a transferência do poder sancionador a entidades particulares. Ou seja, o caso escolhido como tema de repercussão geral tem potencial de alterar por completo a compreensão do Supremo sobre o tema.

Vale ressaltar que o caso foi incluído na pauta nº 78/2019, o que colocará este debate no centro das atenções de constitucionalistas e administrativistas^[24]. O STF ultrapassará a visão “clássica” sobre o tema, até então adotada? Haverá uma extensão das atividades de polícia passíveis de delegação, como o próprio exercício sancionador? São perguntas que, ao serem respondidas, impactarão profundamente a teoria e a prática do Direito Público do país.

^[1] Vide TÁCITO, Caio. O Poder de Polícia e Seus Limites. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 27, 1952.

^[2] Para uma visão crítica acerca do fenômeno, de forma mais ampla, vide BERCOVICI, Gilberto. **A volta dos que não foram: para lembrar o “Estado Regulador”**. Consultor Jurídico, Brasília, 5 de junho de 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-jun-05/estado-economia-volta-nao-foram-lembrar-estado-regulador> Acesso em 13 de junho de 2019.



[3] “A transferência de funções públicas tipicamente regulatórias, inclusive com poderes de polícia, para entidades privadas é um fenômeno que vem sendo verificado cada vez com maior frequência”. BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Rcl 14.284 MC/DF**, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 22 dez. 2012, DJ 31 mar. 2013.

[4] Disponível em <https://www.anatel.gov.br/legislacao/resolucoes/2011/57-resolucao-574> Acesso em 29 de agosto de 2019.

[5] Vale ressaltar que o **art. 78 do Código Tributário Nacional (CTN)** disciplina o tema no seguinte sentido:

“Considera-se poder de polícia atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranquilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos.” O seu parágrafo único complementa que “considera-se regular o exercício do poder de polícia quando desempenhado pelo órgão competente nos limites da lei aplicável, com observância do processo legal e, tratando-se de atividade que a lei tenha como discricionária, sem abuso ou desvio de poder”.

[6] Vide, por exemplo: MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 11ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 331; CRETELLA JÚNIOR, José. **Do poder de polícia**. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 7.

[7] Para uma discussão contemporânea acerca da definição do poder de polícia, vide: GOMES, Estevão. **Poder de Polícia no Direito Administrativo Contemporâneo**: críticas, modelos alternativos e transformações da polícia administrativa. Lúmen Juris: Rio de Janeiro, 2019, p. 9-31.

[8] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 25ª Edição. São Paulo: Editora Atlas, 2012, p. 127-128; CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 24ª Ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2011, p. 97-98.

[9] MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 38ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 128-129.

[10] Sobre o tema, vide BINENBOJM, Gustavo. **Poder de Polícia, Ordenação e Regulação**: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2016, p. 246-251.



[11] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 32ª ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p.863-865.

[12] JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 11ª ed. rev. Ampl. E atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 585.

[13] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 32ª ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p.847-853.

[14] MENDONÇA, José Vicente Santos de. Estatais com poder de polícia: por que não? **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v.252, 2009.

[15] Vide MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Serviço Público e Poder de Polícia: concessão e delegação. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, n. 7, jul./set. 2006, p. 7.

[16] SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito administrativo ordenador**. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 20.

[17] Sobre o tema, vide KLEIN, Aline Lícia. **Delegação de Poder de Polícia**. São Paulo: Enciclopédia Jurídica da PUCSP, Tomo Direito Administrativo Constitucional, Edição 1, Abril de 2017; SCHWIND, Rafael Wallbach. **Particulares em colaboração com o exercício do Poder de Polícia**. In: MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Vitor Rhein. **Poder de Polícia na Atualidade**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2013; MARRARA, Thiago. O Exercício do poder de polícia por particulares. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 269, maio/ago. 2015.

[18] MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo**: parte introdutória, parte geral e parte especial. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009, p. 444.

[19] BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **REsp 817.534/MG**, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, SEGUNDA TURMA, DJe 10/12/2009.

[20] BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **ADI 2.310 MC**. Rel. Min. Marco Aurélio, posteriormente Min. Carlos Velloso, j. em 19/12/200, DJ 01/02/2001.

[21] BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **ADI 1.717**. Rel. Min. Sydney Sanches, PLENÁRIO, j. em 07/11/2002, DJ 18/11/2002.



[22] BINENBOJM, Gustavo. **Poder de Polícia, Ordenação e Regulação**: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2016, p. 256.

[23] BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **ARE 662.186**, Rel. Min. Luiz Fux, PLENÁRIO, j. em 22/03/2012, DJe 13/09/2012, p. 4.

[24] Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4005451> Acesso em 26 de Agosto de 2019.

Date Created

31/08/2019