



**UNIVERSIDADE FEDERAL DO SUL E SUDESTE DO PARÁ UNIFESSPA
INSTITUTO DE ESTUDOS EM DIREITO E SOCIEDADE- IEDS
FACULDADE DE DIREITO- FADIR**

WELLINGTA POLLYANA DA SILVA DOS SANTOS

**OS LIMITES DA DELEGABILIDADE DO PODER DE POLÍCIA ADMINISTRATIVA À LUZ
DO ENTENDIMENTO DO STF NO JULGAMENTO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO
633782/MG**

**MARABÁ/PA
2023**

WELLINGTA POLLYANA DA SILVA DOS SANTOS

**OS LIMITES DA DELEGABILIDADE DO PODER DE POLÍCIA ADMINISTRATIVA À LUZ
DO ENTENDIMENTO DO STF NO JULGAMENTO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO
633782/MG**

Monografia apresentada como requisito parcial à
obtenção do grau de Bacharel em Direito da
Universidade Federal do Sul e Sudeste do Pará -
UNIFESSPA.

Orientador Prof^o Me. José Júlio Gadelha

MARABÁ-PA

2023

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
Universidade Federal do Sul e Sudeste do Pará
Biblioteca Setorial Josineide da Silva Tavares

S2371 Santos, Wellingta Pollyana da Silva dos
Os limites da delegabilidade do poder de polícia administrativa
à luz do entendimento do STF no julgamento do recurso
extraordinário 633782/MG / Wellingta Pollyana da Silva dos
Santos. — 2023.
60 f.

Orientador (a): José Júlio Gadelha.

Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação) - Universidade
Federal do Sul e Sudeste do Pará, Campus Universitário de Marabá,
Instituto de Estudos em Direito e Sociedade, Faculdade de Direito,
Curso de Bacharelado em Direito, Marabá, 2023.

1. Poder de polícia. 2. Direito administrativo. 3. Jurisprudência. 4.
Juízes - Decisões. 5. Brasil. Supremo Tribunal Federal. I. Gadelha, José
Júlio, orient. II. Título.

CDDir: 4. ed.: 341.37

Elaborado por Miriam Alves de Oliveira – CRB-2/583



**UNIVERSIDADE FEDERAL DO SUL E SUDESTE DO PARÁ- UNIFESSPA
INSTITUTO DE ESTUDOS EM DIREITO E SOCIEDADE - IEDS
FACULDADE DE DIREITO - FADIR**

WELLINGTA POLLYANA DA SILVA DOS SANTOS

OS LIMITES DA DELEGABILIDADE DO PODER DE POLÍCIA ADMINISTRATIVA À LUZ DO ENTENDIMENTO DO STF NO JULGAMENTO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 633782/MG.

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito da Universidade Federal do Sul e Sudeste do Pará - UNIFESSPA.

Orientador: Profº Me. José Júlio Gadelha

Aprovado em: 14 de Fevereiro de 2023

Banca Examinadora

Profº Me. José Júlio Gadelha - Orientador(Presidente)

Profº Dra. Olinda Magno Pinheiro - Membro I

Profº Dr. Edieter Luiz Ceconello - Membro II

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus pelo dom da vida e as oportunidades concedidas para a realização de meus sonhos, ele que sempre foi meu guia e mestre nas caminhadas. A vida é uma dádiva e Deus é o centro de todo processo.

À minha família por terem me dado força e sustentabilidade financeira e por me incentivarem nos momentos difíceis e compreenderam a minha ausência enquanto eu me dedicava à realização deste trabalho.

Aos meus amigos de curso Adriana Vasconcelos, Andressa de Oliveira Fernandes, Itália Sabrina de Souza, Esteycy Lorena Monteiro da Silva, Flávia Hercília Ferreira da Silva e Shamara Pinto, com quem convivi intensamente durante os últimos anos, pelo companheirismo e pela troca de experiências, estudar com vocês foi muito bom, afinal, formamos uma família em que todos compartilham os momentos bons e ruins.

Ao meu professor e chefe de estágio José Júlio Gadelha pela oportunidade de me orientar na conclusão de trabalho, pelas correções e ensinamentos que me permitiram apresentar um melhor desempenho no meu processo de formação profissional.

À Universidade Federal do Sul e Sudeste do Pará, essencial no meu processo de formação profissional, pela dedicação e por tudo que aprendi ao longo dos anos de curso.

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo realizar uma análise acerca do Poder de Polícia enquanto prerrogativa de que dispõe a Administração Pública para restringir, condicionar, regular e fiscalizar as atividades de particulares objetivando assegurar o bem estar comum e o interesse público, especialmente no que diz respeito aos ciclos do poder de polícia e a possibilidade de delegação de determinadas etapas do poder de polícia para a iniciativa privada, especialmente quanto às novidades jurisprudenciais encampadas pelo STF no julgamento do recurso extraordinário nº 633782/MG. Para isso, o objeto de estudo se dará por meio da avaliação do já referido recurso extraordinário, dos entendimentos doutrinários acerca do tema bem como da análise da legislação pátria, verificando as raízes históricas e o conceito moderno de poder de polícia, os atributos inerentes ao instituto e a possibilidade de delegação de etapas do ciclo de polícia, os limites que podem ser impostos nessas hipóteses e os métodos de controle a serem eventualmente utilizados.

Palavras – Chave: Poder de Polícia. Ciclos do Poder de Polícia. Delegabilidade. Iniciativa Privada.

ABSTRACT

The present work aims to carry out an analysis about the Police Power as a prerogative that the Public Administration has to restrict, condition, regulate and supervise the activities of individuals, aiming to ensure the common well-being and the public interest, especially with regard to cycles of police power and the possibility of delegating certain stages of police power to the private sector, especially regarding the new jurisprudence adopted by the STF in the judgment of extraordinary appeal n° 633782/MG. For this, the object of study will be through the evaluation of the aforementioned extraordinary appeal, the doctrinal understandings on the subject as well as the analysis of the national legislation, verifying the historical roots and the modern concept of police power, the institute's inherent attributes and the possibility of delegating stages of the police cycle, the limits that can be imposed on these hypotheses and the control methods to be eventually used.

Keywords: Police Power. Cycles of Police Power. Delegability. Private initiative.

LISTA DE SIGLAS

STF- Supremo Tribunal Federal

STJ- Superior Tribunal de Justiça

RE- Recurso Extraordinário

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	9
2. RAÍZES HISTÓRICAS E CONCEITO MODERNO DE PODER DE POLÍCIA	11
2.1. Evolução histórica	10
2.2. Conceito de poder de polícia	15
2.3. Distinção de polícia administrativa e polícia judiciária.....	19
2.4. Fundamentos do Poder de Polícia.....	22
2.5. Atributos do poder de polícia (Autoexecutoriedade, coercibilidade e discricionariedade)	23
2.6. Ciclos do poder de polícia administrativa.....	27
3. DA DELEGABILIDADE DO PODER DE POLÍCIA ADMINISTRATIVA.....	34
3.1. Legitimidade para o exercício do poder de polícia	34
3.2. Limites à atuação do poder de polícia administrativa.....	36
3.2.a. Proporcionalidade no poder de polícia administrativa.....	37
3.2.b. Abuso de poder e desvio de finalidade na polícia administrativa	42
3.2. c. Breve comentário sobre o controle judicial dos atos de polícia administrativa	44
4. DA CONTROVÉRSIA QUANTO À DELEGAÇÃO DO PODER DE POLÍCIA NO QUE DIZ RESPEITO À APLICAÇÃO DE MULTAS PARA PESSOAS JURÍDICAS DE DIREITO PRIVADO.....	48
5. CONCLUSÃO.....	57
6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	58

1.INTRODUÇÃO

O presente trabalho de conclusão de curso é uma análise da crescente necessidade de atribuições de atividades que envolvem a manipulação de poderes públicos por parte de entes particulares tem motivado novas análises acerca do dogma da indelegabilidade do poder de polícia que possivelmente culminou no Tema 532 do STF.

Conforme se observará foi feita uma revisão sobre o Poder de Polícia enquanto instrumento de que dispõe a Administração Pública para restringir, condicionar, regular e fiscalizar as atividades de particulares objetivando assegurar o bem estar comum e o interesse público, especialmente no que diz respeito aos ciclos do poder de polícia e a possibilidade de delegação de determinadas etapas do poder de polícia para a iniciativa privada.

Será realizada uma análise do caso acerca da discussão entre o STJ e o STF sobre a possibilidade de delegação do poder de polícia a pessoa jurídica de direito privado oriundo do RE 633782/MG que posteriormente gerou o Tema 532 em Repercussão Geral.

Ao fazer uma análise da jurisprudência nacional acerca da indelegabilidade do poder de polícia, constata-se até pouco tempo atrás que a questão não parecia tão absoluta. Houve ao longo dos anos inúmeros questionamentos aos tribunais seguidos de ponderações e até mesmo ressalvas quanto a indelegabilidade absoluta do poder de polícia, exemplo disso são os debates que ocorreram com intensa pelo em relação à quais ciclos de poder de polícia poderiam vir a ser exercidos pelos conselhos profissionais sendo que nessa oportunidade a suprema já dava indícios de que a referida indelegabilidade não tinha caráter absoluto ao decidir que ser

pessoa jurídica de direito público era requisito essencial para que um ente viesse a exercer poderes de autoridade pública.

2. RAÍZES HISTÓRICAS E CONCEITO MODERNO DE PODER DE POLÍCIA.

2.1. Evolução Histórica

De início é importante destacar que a acepção moderna de Poder de Polícia não guarda relação etimológica com a origem do termo *polícia*. Em outras palavras, o conceito de Poder de Polícia tal qual o conhecemos na contemporaneidade é fruto de uma série de evoluções socioeconômicas e histórico-filosóficas que concatenadas deram origem a uma concepção moderna de Poder de Polícia.

Acerca da origem do poder de polícia, o renomado doutrinador Hely Lopes Meirelles afirma que sua origem se deu com a “necessidade de ordenação do convívio coletivo e desenvolveu-se não somente acompanhando a evolução de aglomerados urbanos e cidades, mas também em função da própria expansão dos direitos individuais e sociais, cumprindo sempre um papel primordial de preservar a estrutura social dos povos e a existência do próprio estado” (MEIRELLES. 2001. p. 440).

Ainda no regime feudal absolutista do século XVI a ideia de Poder Polícia era pautada unicamente na vontade do monarca regente, detentor de um poder centralizado, que detinha o *jus politae* para atuar como ordenador da vontade comum do povo e da ordem civil. Tem-se uma confusão do poder do estado com a figura do governante o que ocasiona uma áurea de insegurança jurídica e instabilidade social.

Observe que em um primeiro momento, tem-se que expressão “*polícia*” era usada para designar toda e qualquer atividade efetuada pela administração pública que tivesse por finalidade a regulação das atividades sob o domínio do estado, o que Maria Sylvia Zanella Di Pietro viria posteriormente designar como *Estado de Polícia*, tendo em vista que, o *jus politae* compreendia tal somente uma série de regras impostas pelo monarca absolutista aos seus

súditos de forma divorciada de princípios limitativos de ordem administrativa ou constitucional.

Acerca desse primeiro momento histórico, Odete Medauar em seu artigo *Poder de Polícia* publicado pela Revista de Direito Administrativo da Fundação Getúlio Vargas, dispõe que:

Assim, nos primórdios do século XVIII polícia designa o total da atividade pública interna, sem a justiça e as finanças. E consiste na faculdade estatal de regular tudo o que se encontra no âmbito do estado, sem exceção. Esse momento de apogeu coincide com o chamado "Estado de polícia", no fim do período absolutista, Estado esse que realizava intromissão opressiva na vida dos particulares. A partir daí, o sentido amplo de polícia começa a dar lugar à noção de Administração Pública. O sentido de polícia então se restringe, principalmente sob influência das idéias da Revolução Francesa, da valorização dos direitos individuais e da concepção do Estado de direito e Estado liberal. (MEDAUAR, 1995 p.90).

No século XVIII, marcado pela decadência do absolutismo e o surgimento da Idade Moderna como consequência da ascensão política da burguesia nos estados ocidentais influenciada por novos movimentos filosóficos, religiosos e sociais que impulsionaram o surgimento de teorias constitucionalistas que defendiam o liberalismo econômico e uma menor intervenção do estado na vida privada, a concepção de poder de polícia passa a modificar-se.

A palavra *polícia* tem um longo percurso onomasiológico. Nasce na Antiguidade Clássica greco-romana, com o vocábulo '*politeia*' dos gregos e '*politia*' dos romanos, com o significado de *governo da Cidade-estado*. Na Idade Média, o conceito de polícia evoluiu para significar a boa ordem da sociedade civil, promovida pelo príncipe. Na Idade Moderna, com a emergência

das teorias absolutistas do Poder, o conceito de polícia passou a designar toda a atividade do Estado tendente ao bom governo da nação e à ordem pública em geral. O direito policial (*jus polittiae*), entendido como a ciência de governar os homens, constituía o meio através do qual o príncipe atingia o fim eudemonológico do Estado: a felicidade da nação. Com o fim do Antigo Regime e a introdução dos valores liberais, o conceito de polícia tomou um novo rumo, reduzindo-se às dimensões de garantia da segurança pública para o exercício dos demais direitos e liberdades. O Estado de direito ajustou-o aos seus princípios dogmáticos. (AFONSO, 1995, p. 2013).

Dentre dos diversos movimentos que compunham o conjunto de revoluções liberais que ocorreram durante o século XVIII destaca-se os movimentos constitucionalistas, notadamente inglês e norte americano, reforçando que muito embora os movimentos constitucionalistas fossem muitos, a base era sempre a mesma.

Em breve síntese, o constitucionalismo pode ser definido como um movimento ocorrido no século XVII na França e no século XVIII nos Estados Unidos da América que teve como principal objetivo imitar o poder com uma nova organização do estado e estabelecer direitos e garantias fundamentais sendo tal movimento o responsável por romper com o modelo até então dominante e inaugurar o que viria a ser denominado de *Era das Constituições Escritas* e o conseqüente conceito moderno de constituição como sendo a ordenação sistemática e racional da comunidade política explicitada em um documento escrito que organiza o estado e estabelece direitos e garantias fundamentais.

A ideia de Constituição, tal como a conhecemos hoje, é produto da Modernidade, sendo tributária do Iluminismo e das revoluções burguesas dos séculos XVII e XVIII, ocorridas na Inglaterra, nos Estados Unidos e na França. Ela está profundamente associada ao constitucionalismo moderno, que preconiza a limitação jurídica do poder político, em favor dos direitos dos governados (...) O constitucionalismo moderno sustenta a limitação jurídica

do poder do Estado em favor da liberdade individual. Ele surgiu na Modernidade, como forma de superação do Estado Absolutista, em que os monarcas não estavam sujeitos ao Direito 16 — eram legibus solutos. Alguns desenvolvimentos históricos foram essenciais para o surgimento do constitucionalismo moderno, como a ascensão da burguesia como classe hegemônica; o fim da unidade religiosa na Europa, com a Reforma Protestante; e a cristalização de concepções de mundo racionalistas e antropocêntricas, legadas pelo Iluminismo. (SARMENTO, Daniel e NETO Cláudio, 2012, p.53/54).

Posteriormente, na segunda metade do século XX nasce um novo movimento denominado de constitucionalismo contemporâneo ou neoconstitucionalismo caracterizado por ser um movimento consolidado pós segunda guerra mundial cujo objetivo era o estabelecimento de um novo modo de compreender, interpretar e aplicar o direito constitucional buscando maior efetividade e eficácia das constituições levando em consideração a jurisdição constitucional e os novos métodos de interpretação e tendo como marco filosófico os pensadores do pós positivismo que pleiteavam ir além da legalidade estrita sem desconsiderar o direito posto defendendo uma reaproximação entre o direito e a moral, a ética e à justiça.

Todo esse cenário histórico consolidou o *Estado Constitucional de Direito* característico do constitucionalismo moderno que possui como elemento central a limitação do poder estatal quer sejam jurídicas – por meio de normas *ius cogens*, constituições, normas de direito internacional e a própria lei ordinária- quer sejam não jurídicas – por meio do pluralismo político, do senso de justiça ou da opinião pública e meios de comunicação social. O estado passa a ser lastreado por normas jurídicas nas quais o administrador passa a encontrar limites à sua atuação no regramento jurídico imposto.

Com a consolidação dos ideais constitucionalistas vários outros ramos do direito passar a se modificar, a constituição é o vértice do ordenamento

jurídico em um estado moderno e com as mudanças de paradigma à ela imposta pelos movimentos liberais têm-se a formação de um efeito dominó que gerou efeitos práticos que alterou a faceta de outros ramos do direito, especificamente do direito administrativo e a forma pela qual era visto o Poder de Polícia até então. Acerca desse segundo momento histórico, Odete Medauar em seu artigo *Poder de Polícia* publicado pela Revista de Direito Administrativo da Fundação Getúlio Vargas, dispõe que:

Esse momento de apogeu coincide com o chamado "Estado de polícia", no fim do período absolutista, estado esse que realizava intromissão opressiva na vida dos particulares. A partir daí, o sentido amplo de polícia começa a dar lugar à noção de Administração Pública. O sentido de polícia então se restringe, principalmente sob influência das ideias da Revolução Francesa, da valorização dos direitos individuais e da concepção do Estado de direito e Estado liberal. (MEDAUAR, 1995 p.91).

Ocorre o que Maria Sylvia Zanella Di Pietro viria posteriormente designar como *Estado de Direito* que consolida uma nova era de pensamento na qual não é mais aceito a existência de normas arbitrárias e aplicáveis apenas aos particulares, sem que houvesse igualmente a submissão do Monarca. O cerne de todo e qualquer ordenamento jurídico deveria ser a submissão de todos ao império das leis.

Polícia passa a ser vista como uma parte da atividade da Administração, destinada a manter a ordem, a tranquilidade, a salubridade e o uso livre das coisas públicas. Aos poucos deixou-se de usar o vocábulo polícia isoladamente para designar essa parte da atividade da Administração. Surgiu primeiro a expressão "polícia administrativa" na França, quando o Código do 3 Brumário do ano IV (1795) mencionou a divisão da polícia em polícia administrativa e polícia judiciária. E deu como objeto da primeira à ordem pública como segurança, tranquilidade e salubridade públicas, fórmula típica do direito

francês, até hoje reiterada na doutrina desse país. (MEDAUAR,1995 p.91).

2.2. Conceito de Poder de Polícia

Diversos autores debruçaram -se sobre o direito administrativo, buscando dentre outras coisas, delimitar o conceito para o instituto do poder de polícia. Se em um primeiro momento o Poder de Polícia se caracteriza pelo estado absolutista operando uma intromissão opressiva na vida dos particulares após as revoluções liberais e a consolidação dos ideais encampados pelos movimentos constitucionalistas, o poder de polícia passa a ser considerado um instrumento administrativo de intervenção do estado na vida privada de forma limitada e subordinada aos princípios constitucionais e administrativos, centrado não mais na

realização dos caprichos do governante mas sim à persecução do bem estar social e do interesse da coletividade.

Poder de Polícia é expressão polissêmica, isto é, possui a propriedade de apresentar distintos significados aplicáveis à um mesmo instituto, quer seja por meio conceitos de ordem doutrinária quer seja por meio de conceitos de ordem legal. Muito embora, normalmente se dê ênfase nos conceitos doutrinários é certo que os mesmos derivam e se relacionam com o conceito legal, de forma que, necessário se mostra uma dupla avaliação acerca do conceito do referido instituto.

De início, registra-se o Poder de Polícia encontra-se positivado no ordenamento jurídico brasileiro na Lei Complementar nº 5.172/66 que dispõe acerca do Sistema Tributário Nacional, que em seu artigo 78 disciplinou o seguinte:

Art. 78. Considera-se poder de polícia a 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.

Parágrafo único: 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 atividade que a lei tenha como discricionária, sem abuso ou desvio de poder.

Com base no conceito legal observa-se que o Poder Polícia é uma atividade da administração que tem como finalidade principal a regulação das atividades do particular objetivando a consecução do interesse público geral e sendo por este limitado. Nesse contexto, o professor José dos Santos Carvalho Filho traz um conceito que reflete a legislação tributária, porém mais direta, dispondo que o Poder de Polícia é:

O modo de atuar da autoridade administrativa que consiste em intervir no exercício das atividades individuais suscetíveis de fazer perigar interesses gerais, tendo por objeto evitar que se produzam, ampliem ou generalizem os danos sociais que a lei procura prevenir (CARVALHO FILHO. 2021. p.131).

Ademais, Carvalho Filho reforça ainda que o conceito de Poder de Polícia pode ser compreendido tanto em sentido amplo quanto em sentido estrito. Na primeira hipótese, o instituto se caracterizaria como o conjunto de toda e qualquer ação restritivas impostas pelo estado em detrimento de um particular, nos termos já vistos antes. Na segunda hipótese, o instituto se caracterizaria como o conjunto de ações restritivas impostas tão somente no exercício da atividade administrativa.

A expressão poder de polícia comporta dois sentidos, um amplo e um estrito. Em sentido amplo, poder de polícia significa toda e qualquer ação restritiva do Estado em relação aos direitos individuais. Sobreleva nesse enfoque a função do Poder Legislativo, incumbido da criação do *ius novum*, e isso porque apenas as leis, organicamente consideradas, podem delinear o perfil dos direitos, elastecendo ou reduzindo o seu conteúdo. É princípio constitucional o de que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” (art. 5º, II, CF). Em sentido estrito, o poder de polícia se configura como atividade administrativa, que consubstancia, como vimos, verdadeira prerrogativa conferida aos agentes da Administração, consistente no poder de restringir e condicionar a liberdade e a propriedade. Aqui se trata, pois, de atividade tipicamente administrativa e, como tal, subjacente à lei, de forma que esta já preexiste quando os administradores impõem a disciplina e as restrições aos direitos. É nesse sentido que nos concentraremos, porque o tema é inerente ao Direito Administrativo (CARVALHO FILHO. 2021. p.131).

Discorrendo acerca do conceito amplo e restrito de Poder de Polícia, Aldemir Berwig destaca que é por meio da atividade de poder de polícia – dentre todas as atividades realizadas- que o estado externa sua faceta mais imperativa, tratando-se, entretanto, de uma imperatividade limitada tendo em vista que seu exercício se dá nos termos impostos na legislação.

Ademais, Berwig reforça a distinção de Poder de Polícia em duas acepções, quais sejam, ampla e restrita. Nesse sentido:

No seu sentido amplo vai englobar todas as atividades estatais que impõem limitações aos direitos dos cidadãos, sejam elas legislativas, jurisdicionais ou administrativas. Assim, o poder Legislativo aprova leis que impõem limitações ao exercício das liberdades públicas. O poder Executivo exerce seu poder por meio da regulamentação de leis ou quando controla a sua aplicação. Este controle pode ser preventivo, por intermédio de ordens, notificações, licenças, autorizações, ou repressivo,

mediante imposição de medidas coercitivas. De forma semelhante, o Judiciário, ao resolver litígios, impõe medidas coercitivas que deverão ser acatadas pelas partes. Num sentido estrito, expressa o poder da administração pública de limitar legalmente liberdades fundamentais, de modo direto, em prol do bem-estar coletivo, sendo por isso denominada polícia administrativa.

Por fim, outra definição que merece ser destacada é aquela encampada por Maria Sylvia Zanella Di Pietro que considerando que os inúmeros fatores históricos, econômicos e sociais que influenciaram nas diferentes acepções que o instituto do poder de polícia adquiriu buscou defini-lo partindo de diferentes pontos de vistas, de forma que, o conceito subdivide-se em conceito clássico e moderno.

Pela visão clássica, poder de polícia seria um instituto jurídico relacionado à filosofia liberal do século XVIII abarcando “toda a atividade estatal que limitava o exercício dos direitos individuais em benefício da segurança” (DI PIETRO, 2020, p.354). Sendo assim, o conceito de Poder de Polícia sob a ótica clássica consiste em uma definição mais generalizada voltada relacionada à ideia de limitação dos direitos individuais visando tão somente à garantia da segurança pública.

Na sequência, define o conceito moderno de poder de polícia – atualmente adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro - como sendo “a atividade do estado, consistente em limitar o exercício dos direitos individuais em benefício do interesse público” (DI PIETRO, 2020, p.354). Isto é, a prerrogativa de limitação ou condicionamento a atividade de particulares e até mesmo aplicar sanções em virtude de uma relação geral com estado.

Por fim, o que se nota da análise concreta é que o Brasil adotou o conceito clássico de poder de polícia compreendendo-o como como um poder amplo em sua abrangência apto a estabelecer limites e mecanismos de controle

de atuação dos particulares, por meio do qual, valendo-se de meios legalmente postos mantém a ordem social coletiva evitando abusos de ordem particular.

2.3. Distinção de polícia administrativa e polícia judiciária.

Em direito administrativo o objeto de estudo é a polícia administrativa. Entretanto, é muito comum que ocorra dúvidas e confusões acerca da nomenclatura e funções de duas distintas classificações de poder de polícia, a saber: a polícia administrativa e a polícia judiciária.

A polícia administrativa é relacionada à ilícitos de natureza administrativa, limitando o indivíduo em prol da coletividade. Como já visto no tópico “ 2.2. conceito de Poder de Polícia” trata-se da prerrogativa de que dispõe a Administração de condicionar e restringir determinados particulares em prol da coletividade, o objetivo é a manutenção da ordem pública, impedindo que comportamentos individuais gerem prejuízos à coletividade.

A Administração controla, determina, fiscaliza e rege a forma pela qual os particulares irão exercer seus direitos, usar e fruir de seus bens e exercer suas atividades com fim de proteger valores como a segurança pública, à ordem pública, a tranquilidade pública, higiene e saúde pública, economia popular, moralidade pública e higiene e saúde pública.

Ademais, a polícia administrativa possui natureza de caráter predominantemente preventivo¹ com o fito de evitar que ocorram danos ao direito coletivo manifestando -se por meio de ordens, licenças, notificações ou autorizações, dentre outros meios.

A polícia administrativa não tem como cerne de sua atuação a punição de um particular pós ilícito cometido, mas sim a proteção prévia da coletividade

¹ ¹ O Poder de Polícia pode manifestar-se tanto preventivamente quanto repressivamente. Porém, a regra é que a natureza do Poder de Polícia é majoritariamente preventiva posto que o objetivo é evitar a ocorrência de ilícitos administrativos que venham a causar danos ao interesse público. O poder repressivo do Poder de Polícia manifesta-se tão somente nas hipóteses de descumprimento de normas anteriormente postas, a exemplo das interdições de estabelecimentos comerciais ou apreensões de bens obtidos ilegalmente.

de modo a evitar a ocorrência dos ilícitos.

Por seu turno, a polícia judiciária é relacionada à ilícitos penais, é exercida por órgãos de caráter ostensivo e repressivo tendo por objetivo a investigação criminal e a instrução processual penal possuindo caráter predominantemente repressivo. O objetivo central da polícia judiciária é a repressão à atividade delinvente por meio da realização de diligências investigativas que levem à captura de criminosos e forneçam subsídios à ação penal, auxiliando o poder judiciário no cumprimento de sua função jurisdicional.

Ademais, entre outros pontos de distinção é possível elencar brevemente os seguintes: **a)** a polícia judiciária pode incidir sobre a pessoa do indivíduo diferentemente da polícia administrativa que como visto incide sobre bens e direitos, **b)** a polícia judiciária é regida pelo direito processual penal diferentemente da polícia administrativa, regida pelo direito administrativo, **c)** a polícia judiciária é exercida privativamente por determinadas organizações especializadas, tais quais, a polícia civil e militar diferentemente da polícia administrativa cuja execução se reparte entre inúmeros órgãos da administração.

Acerca da distinção entre polícia administrativa e polícia judiciária

José dos Santos Carvalho Filho, dispõe que:

A Polícia Administrativa é atividade da Administração que se exaure em si mesma, ou seja, inicia e se completa no âmbito da função administrativa. O mesmo não ocorre com a Polícia Judiciária, que, embora seja atividade administrativa, prepara a atuação da função jurisdicional penal, o que a faz regulada pelo Código de Processo Penal (arts. 4º ss) e executada por órgãos de segurança (polícia civil ou militar), ao passo que a Polícia Administrativa o é por órgãos administrativos de caráter mais fiscalizador. Outra diferença reside na circunstância de que a Polícia Administrativa incide basicamente sobre atividades dos indivíduos, enquanto a polícia judiciária preordena-se ao indivíduo em si, ou seja, aquele a quem se atribui o cometimento de ilícito penal. Vejamos um exemplo: quando agentes administrativos estão executando serviços de fiscalização em atividades de comércio, ou em locais proibidos para menores, ou

sobre as condições de alimentos para consumo, ou ainda em parques florestais, essas atividades retratam o exercício de Polícia Administrativa. Se, ao contrário, os agentes estão investigando a prática de crime e, com esse objetivo, desenvolvem várias atividades necessárias à sua apuração, como oitiva de testemunhas, inspeções e perícias em determinados locais e documentos, convocação de indiciados etc., são essas atividades caracterizadas como Polícia Judiciária, eis que, terminada a apuração, os elementos são enviados ao Ministério Público para se for o caso, providenciar a propositura da ação penal. Por pretender evitar a ocorrência de comportamentos nocivos à coletividade, reveste-se a Polícia Administrativa de caráter eminentemente preventivo: pretende a Administração que o dano social sequer chegue a consumir-se. Já a Polícia Judiciária tem natureza predominantemente repressiva, eis que se destina à responsabilização penal do indivíduo. Tal distinção, porém, não é absoluta, como têm observado os estudiosos. Na verdade, os agentes da Polícia Administrativa também agem repressivamente, quando, por exemplo, interditam um estabelecimento comercial ou apreendem bens obtidos por meios ilícitos. Por outro lado, os agentes de segurança têm a incumbência, frequentemente, de atuar de forma preventiva, para o fim de ser evitada a prática de delitos.(CARVALHO FILHO. 2021. p.121).

2.4. Fundamentos do Poder de Polícia

O Poder de Polícia encontra-se fundamentado em um dos princípios basilares do direito administrativo, a saber: o princípio da supremacia do interesse público.

Para compreender o conceito de supremacia do interesse público é preciso compreender primeiro a dicotomia existente entre a proteção aos direitos individuais e a necessidade de satisfação dos interesses coletivos. De um lado, tem -se os direitos e liberdades individualmente considerados aplicáveis a um particular específico. Por outro lado, tem -se os direitos de um grupo de pessoas coletivamente considerados.

A Administração deve estar pautada na busca pelo bem estar comum de toda a sociedade, para isso gozando de determinadas prerrogativas executadas no âmbito do exercício de suas funções e que servem de instrumento para consolidação de suas atividades e lhe conferem superioridade em relação aos particulares.

O princípio da supremacia do interesse público, muito embora não esteja positivado no ordenamento jurídico brasileiro é extraído da constituição por meio de uma análise constitucional sistemática, especialmente no que diz respeito aos art. 5º, XXIV e XXV; e art. 170, III, V e VI.

O referido princípio confere à Administração Pública uma série de benefícios, a exemplo da atuação imperativa, autoexecutoriedade e da autotutela, tornando-se o que Celso Antônio Bandeira de Melo denomina de *Condição de Existência do Direito Administrativo*.

Podemos notar melhor esse contexto nas palavras de Hely Lopes Meirelles:

A razão do poder de polícia é o interesse social e o seu fundamento está na supremacia geral que o estado exerce em seu território sobre todas as pessoas, bem e atividades, supremacia que se revela nos mandamentos constitucionais e nas normas de ordem pública, que a cada passo opõem condicionamentos e restrições aos direitos individuais em favor da coletividade, incumbindo ao poder público o seu policiamento administrativo. (MEIRELLES.2010. p. 137).

Todas essas prerrogativas concedem à administração pública um enorme poder frente ao ente particular sendo, portanto, necessário o estabelecimento de ferramentas que permitam contrabalançar o poderio conferido ao estado objetivando mitigar a supressão das liberdades individuais

frente ao coletivo, de forma que, todas as prerrogativas sejam exercidas tão somente no âmbito da legalidade.

Em suma, o regime de liberdades de que os indivíduos dispõe dentro de uma sociedade liberal e democrática não é absoluta ou ilimitada, assegura-se o exercício de direitos individuais entretanto tais liberdades admitem exceções manifestadas por meio de limitações, restrições e condicionamentos que ficam a cargo da polícia administrativa com a finalidade de garantir o estado de bem estar social, entretanto, o exercício de tal função restritiva não autoriza o abuso, o desrespeito às liberdades públicas ou a aniquilação dos direitos fundamentais nos moldes elencados na Constituição Federal.

2.5. Atributos do Poder de Polícia: Autoexecutoriedade, Coercibilidade e Discricionariedade.

Como já visto, o fundamento do poder de polícia é o princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado. O referido princípio confere à Administração Pública uma série de prerrogativas denominadas pela doutrina de atributos do poder de polícia.

A doutrina elenca a existência de três atributos do poder de polícia, a saber: a autoexecutoriedade, coercibilidade e discricionariedade, formando um conjunto de prerrogativas que Celso Antônio Bandeira de Melo denomina de *condições de existência do direito Administrativo*.

Por meio da atuação imperativa a Administração Pública pode realizar os atos de império, isto é, determinações e comandos unilaterais por meio dos quais se impõe coercitivamente determinados atos aos administrados não existindo a possibilidade de obediência facultativa pelo particular. Em outras palavras, o particular não necessariamente cumpre uma determinação estatal por livre e espontânea vontade, mas sim por meios coercitivos de que o estado dispõe para obrigar o administrado à adoção de determinadas condutas ou medidas.

Sobre o tema José dos Santos Carvalho Filho discorre o seguinte:

Atos de império são os que se caracterizam pelo poder de coerção decorrente do *ius imperii* (poius imperii), não intervindo a vontade dos administrados para sua prática. Como exemplo, os atos de polícia (apreensão de bens, embargo de obra), os decretos de regulamentação etc. (CARVALHO FILHO. 2021. p.).

A coercibilidade é o atributo que melhor demonstra a imperatividade do poder estatal, demonstrando o poder do estado em valer suas vontades, mediante a imposição coercitiva das medidas determinadas pela Administração Pública diante de negativa ou resistência do particular administrado podendo, inclusive, valer-se meios de coação direta e indireta.

José dos Santos Carvalho Filho leciona ainda o seguinte:

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. Diga-se, por oportuno, que é intrínseco a essa característica o poder que tem a Administração de usar a força, caso necessária para vencer eventual recalcitrância. É o que sucede, por exemplo, quando, em regime de greve, operários se apoderam manu militari da fábrica e se recusam a desocupá-la na forma da lei.

Por sua vez, a autoexecutoriedade é a prerrogativa da qual dispõe a administração para executar por meios administrativos às ordens por ela emanadas sem que haja necessidade de intervenção judicial. É atributo pelo qual os atos administrativos produzirão efeitos independentemente de ordem judicial. Em outras palavras, é a característica que permite à administração “praticar atos e colocá-los em imediata execução, sem dependência à manifestação judicial, é que representa a autoexecutoriedade” (CARVALHO FILHO.2021. p. 145).

Trata-se, portanto, de um atributo que confere à administração a faculdade de decidir e executar de forma direta suas decisões, pelos meios que dispõe para tal, sem que haja necessidade de prévio aval ou intervenção do judiciário.

Merece destaque a lição de Hely Lopes Meirelles no que diz respeito à autoexecutoriedade, segundo a qual:

A auto executoriedade, ou seja, a faculdade de a Administração decidir e executar diretamente sua decisão por seus próprios meios, sem intervenção do Judiciário, é outro atributo do poder de polícia. Com efeito, no uso desse poder, a Administração impõe diretamente as medidas ou sanções de polícia administrativa necessárias à contenção da atividade anti-social que ela visa obstar. Se o particular se sentir agravado em seus direitos, sim, poderá reclamar, pela via adequada, ao judiciário, que intervém oportunamente para a correção de eventual ilegalidade administrativa ou fixação da indenização que for cabível. O que o princípio da autoexecutoriedade autoriza é a prática do ato de polícia administrativa pela própria Administração independente de mandado judicial.

Da mesma forma que a autoexecutoriedade, e coercibilidade mostra-se como um atributo que permite a administração valer-se da força por através de métodos de coerção direta pra fazer cumprir suas determinações sempre que houve tentativa do particular de dificultar ou impossibilitar a consumação da ordem administrativamente posta.

Por fim, o atributo da discricionariedade² confere à Administração a liberdade para escolher sua forma de atuação determinando quais atividades serão fiscalizadas e quais as sanções serão aplicadas dentre aquelas dispostas pelo ordenamento. A Administração possui uma margem de escolha de atuação

² Registre-se que muito o a discricionariedade seja atributo do Poder de Polícia, alguns atos de polícia podem ser exercidos de forma vinculada, como ocorre com os atos de consentimento, a exemplo das licenças.

dentro das limitações legalmente impostas. É exemplo da discricionariedade do instituto do Poder de Polícia a escolha pelos órgãos de trânsito do momento e do local de realização de uma blitz. Conforme leciona Ana Cláudia Campos:

O poder discricionário oferece certa margem de liberdade ao administrador para que este possa analisar, em cada caso concreto, dentre duas ou mais alternativas, a que se apresenta mais conveniente e oportuna. Entretanto, não se pode confundir discricionariedade com arbitrariedade. Esta ocorre quando se atua fora dos limites impostos ou aceitos pela lei. Por exemplo, pelo Estatuto dos servidores públicos civis federais (Lei 8.112/1990), não poderá o superior hierárquico impor uma pena de prisão administrativa ao seu subordinado, pois as únicas sanções admitidas legalmente são as previstas no art. 127: São penalidades disciplinares: I – advertência; II – suspensão; III – demissão; IV – cassação de aposentadoria ou disponibilidade; V – destituição de cargo em comissão; VI – destituição de função comissionada. Logo, um ato nunca será integralmente discricionário, visto que o administrador deve agir sempre dentro dos limites da lei e do interesse público. Podemos inclusive citar alguns princípios utilizados com a função de limitar a discricionariedade administrativa, tais como: indisponibilidade do interesse público (impõe restrições à atuação dos agentes públicos), legalidade (o administrador só pode agir dentro dos termos e limites da lei), proporcionalidade e razoabilidade (sempre se deve atuar sem excessos, ou seja, a prática do ato deve ser necessária e adequada).

A discricionariedade da atuação administrativa não deve ser confundida com arbitrariedade de atuação. O atributo da discricionariedade deve estar pautado sempre nos limites legais. Ademais, a discricionariedade conferida a administração pode ser justificada pelos seguintes pontos: a) Impossibilidade de a lei prever todas as situações, b) Conceitos jurídicos indeterminados e c) Vontade própria da lei.

2.6. Ciclos do Poder de Polícia Administrativa.

Um dos doutrinados que melhor tratou acerca do ciclo do poder de polícia de forma detalhada foi Diogo de Figueiredo Moreira Neto segundo o qual “o exercício da função de polícia se desenvolve em quatro fases – o denominado ciclo de polícia correspondendo a seus quatros modos de atuação”. (NETO. 2014.p, 439).

Logo, observa-se que o exercício da polícia administrativa se desenvolve em obediência a uma ordem cronológica previamente determinada de atos administrativos que executados em conjunto compõem o ciclo de polícia administrativa. Fazem parte desse conjunto de atos administrativos: a ordem (norma) de polícia, o consentimento de polícia, a fiscalização de polícia e a sanção de polícia.

O Superior Tribunal de Justiça já consolidou tal entendimento acerca dos quatro atos que compõem o ciclo de polícia, com a seguinte linha de argumentação:

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

3. As atividades que envolvem a consecução do poder de polícia podem ser sumariamente divididas em quatro grupo, a saber: **(i)** legislação, **(ii)** consentimento, **(iii)** fiscalização e **(iv)** sanção. 4. No âmbito da limitação do exercício da propriedade e da liberdade no trânsito, esses grupos ficam bem definidos: o CTB estabelece normas genéricas e abstratas para a obtenção da Carteira Nacional de Habilitação (legislação); a emissão da carteira corporifica a vontade o Poder Público (consentimento); a Administração instala equipamentos eletrônicos para verificar se há respeito à velocidade estabelecida em lei (fiscalização); e também a Administração sanciona aquele que não guarda observância ao CTB (sanção). (STJ - REsp: 817534 MG 2006/0025288-1, Relator: Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, Data de Julgamento: 10/11/2009, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 10/12/2009).

Inicialmente, cumpre destacar que, da mesma forma que todos os demais atos da atividade administrativa, o exercício do poder de polícia encontra-se subordinado ao princípio da legalidade, estando sua atuação demarcada pelos preceitos ditados pela norma jurídica, nos termos previstos no art. 37 da Constituição Federal, nos seguintes termos:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

Neste contexto, para atuação do poder polícia é necessária atuação do poder legislativo da edição de leis e do executivo através da edição de atos normativos complementares. São esses atos normativos complementares que condicionam, restringem ou estabelecem condições aos particulares, caracterizando as ordens de polícias.

Pela lei, criam-se as limitações administrativas ao exercício dos direitos e das atividades individuais, estabelecendo-se normas gerais e abstratas dirigidas indistintamente às pessoas que estejam em idêntica situação; também por meio de lei são definidas as infrações administrativas e respectivas sanções, bem como as medidas preventivas e repressivas cabíveis; trata-se de exigência que decorre do princípio da legalidade, previsto no artigo 37, caput, da Constituição e do seu artigo 5º, inciso II, pelo qual ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei; disciplinando a aplicação da lei aos casos concretos, pode o Executivo baixar decretos, resoluções, portarias, instruções. (DI PIETRO, 2020, p.166)

Sendo assim, a norma ou ordem de polícia pode ser definida como a fase do ciclo do poder de polícia na qual ocorre a atividade legislativa

propriamente dita, isto é, o momento em que se dá a criação das regras que limitam e restringem um determinado direito ou que estabelecem requisitos ao exercício de determinada atividade.

De forma bastante elucidativa Diogo de Figueiredo Moreira Neto leciona em sua obra “curso de direito administrativo” que:

A ordem de polícia é o preceito legal básico, que possibilita e inicia o ciclo de atuação, servindo de referência específica de validade e satisfazendo a reserva constitucional (art. 5.º, II), para que se não faça aquilo que possa prejudicar o interesse geral ou para que se não deixe de fazer alguma coisa que poderá evitar ulterior prejuízo público, apresentando-se, portanto, sob duas modalidades, adiante expostas, em que, em ambos os casos, a limitação é o instrumento básico da atuação administrativa de polícia. Essas modalidades referem-se, portanto, respectivamente, a restrições e a condicionamentos. (NETO. 2014.p, 439).

Observe-se que, a ordem de polícia pode ser exercida de duas modalidades: por meio da limitação/restrição absoluta ou por meio da imposição de condicionantes ao exercício, de modo que, a limitação se torne apenas relativa. A norma imposta pela administração pode, por exemplo, veda a aquisição por particulares de armas de fogo de um determinado calibre cujo uso deve ser reservado apenas às forças militares, ou pode condicionar a aquisição de armas de determinado calibre por particulares ao cumprimento de determinadas condições que devem obrigatoriamente estarem legalmente postas.

Na primeira hipótese, trata-se de um preceito negativo absoluto, que impõe uma obrigação de não fazer ao particular, isto é, veda de forma absoluta o exercício de um determinado direito.

A primeira modalidade referida – não se faça – é, nitidamente, um preceito negativo absoluto, no qual são vedadas certas formas de

exercício de atividades individuais e de uso da propriedade privada, por serem consideradas incompatíveis com a boa ordem social. Por esta modalidade, são impostas restrições ao exercício de liberdades, de direitos e de faculdades. (NETO. 2014.p, 440).

Na segunda hipótese, trata-se de um preceito negativo com reserva de consentimento, isto é, veda-se o exercício de um determinado direito quando não cumpridas as condições legalmente impostas pelas normas emanadas da administração.

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

Em resumo, a ordem de polícia é a etapa inicial do ciclo do poder de polícia, sendo que todas as demais etapas são decorrentes dela. A ordem de polícia deve obediência à legalidade de forma que somente pode ocorrer limitação ou condicionamento das hipóteses expressamente previstas sendo que a Administração Pública possui legitimidade para proceder a verificação do cumprimento das obrigações pelos particulares.

A segunda etapa do poder de polícia é o consentimento de polícia que se caracteriza por ser a fase na qual se tem a anuência da administração para exercício de bens, direitos e liberdades. Trata-se justamente da materialização da hipótese de preceito negativo com reserva de consentimento. É na fase de consentimento de polícia que ocorrerá a anuência da Administração Pública

acerca da possibilidade ou não do exercício de uma atividade que depende do cumprimento de requisitos.

O consentimento de polícia, em decorrência, é o ato administrativo de anuência que possibilita a utilização da propriedade particular ou o exercício da atividade privada, em todas as hipóteses legais em que a ordem de polícia se apresente sob a segunda modalidade: com a previsão de reserva de consentimento, a previsão pela qual o legislador exige um controle administrativo prévio da efetiva compatibilização do uso de certo bem ou do exercício de certa atividade com o interesse público. (NETO. 2014.p, 440).

A etapa de consentimento pode ser exercida em duas modalidades: "ato de licença ou um ato de autorização, a serem outorgados pelo Poder Público, que emitirá formalmente, conforme o caso, ou um alvará de licença ou um alvará de autorização" (NETO. 2014.p, 440).

Na sequência, tem-se a etapa de fiscalização de polícia caracterizada por se a etapa do poder de polícia na qual se realiza a verificação de cumprimento de condicionantes e requisitos para exercício de direitos e liberdade. A Administração Pública é detentora da competência para verificar se as atividades submetidas ao poder de polícia estão ou não de acordo com as regras determinadas na ordem de polícia.

É por meio da fiscalização que a Administração averigua o adequado "cumprimento das ordens de polícia e a adequada fruição do consentimento de polícia" (NETO. 2014.p, 442).

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

Nesse sentido, uma vez que durante a realização da fiscalização se vislumbra o desrespeito às normas de polícia – quer seja pela realização de atividade vedada quer seja pelo descumprimento de requisitos para o exercício – a autoridade administrativa fiscalizadora, estará apta a impor sanções ao particular infrator.

A última fase do ciclo de polícia é a sanção de polícia, por meio da qual, a Administração Pública realiza a aplicação das sanções previstas em lei quando verificado for o descumprimento das leis ou atos administrativos. Nesse contexto, o poder de polícia perde sua característica da preventividade e passa a atuar de modo repressivo afim de refrear a conduta ilícita realizada.

Verificada a ocorrência de infrações às ordens de polícia e às condições de consentimento, desdobra-se a fase final do ciclo jurídico em estudo, com a sanção de polícia – que vem a ser a função pela qual se submete coercitivamente o infrator a medidas inibidoras (compulsivas) ou dissuasoras (suasivas) impostas pela Administração. Define-se, nesta fase a pena de polícia, do mesmo modo que o fez o clássico Otto Mayer, como a sanção coercitiva que se aplica se consumada a infração – inconfundível com o instituto afim do constrangimento de polícia, que também é uma variedade de sanção coercitiva, que, distintamente, é aplicada contemporaneamente à infração ou na iminência de ser consumada, com a finalidade imediata de cessar a prática infracional. Vale observar que, no desempenho da atividade de polícia, dá-se a aplicação de uma sanção externa, ou extroversa, modalidade que a Administração pode impor a todos os administrados, em geral, em oposição à sanção interna, ou introversa, que recai apenas sobre servidores públicos. São, ambas, espécies do gênero sanção unilateral, imposta imperativamente pelo Poder Público, que, por sua vez, se opõe ao gênero sanção convencional, que só é aplicável desde que consensualmente pactuada. A sanção de polícia, em suma, é ato unilateral, extroverso e interventivo, que visa a assegurar, por sua aplicação, a repressão da infração e a restabelecer o atendimento do interesse público, compelindo o

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

É primordial a compreensão dessas fases para ideal compreensão da delegação. Poderia o estado delegar a titularidade do poder de polícia para outras pessoas? E quanto ao exercício, poderia este vir a ser delegado? A delegação pode ocorrer apenas para outras entidades da administração pública ou também para particulares?

3. DA DELEGABILIDADE DO PODER DE POLÍCIA ADMINISTRATIVA.

3.1 Legitimidade para o exercício do Poder de Polícia.

Inicialmente, destaca-se que a evolução do direito administrativo em sua concepção moderna é fruto da profunda transformação ocorrida a partir do século XX que pode ser traduzida na tendência de constitucionalização dos ramos do direito, o que invariavelmente atingiu também o direito administrativo que a partir de então passou a ser guiado pelos princípios limitantes e legitimantes do direito constitucional impondo-se limites ao poder e supremacia estatal.

Registra-se que a abstração à qual denominamos de “estado” é um ente que sempre permeou a história da humanidade. Ainda quando a humanidade não tinha sequer superado o seu caráter de irracionalidade a ideia de hierarquização organizacional dos grupos familiares, clãs e tribos por si só já demonstraram a necessidade de formação de um estado embrionário e por consequência a necessidade de delimitar o poder e as limitades individuais daqueles integrantes da sociedade ainda latente.

Ante as dificuldades da vida isolada, desde os princípios o homem vive em sociedade, seja ela mais ou menos complexa. O surgimento do Estado justifica-se como uma entidade superior

formada, hipoteticamente, pela vontade conjugada dos cidadãos com o objetivo de mútua segurança. É, em última análise, o sacrifício de parcela da liberdade em prol da segurança da vida social organizada. (MENDONÇA. ARAUJO. A constituição, direitos fundamentais e democracia: a constitucionalização do direito administrativo moderno. Pag. 2).

Como já destacado no capítulo anterior existem determinadas situações que conferem ao estado a prerrogativa de medidas restritivas de direito individuais e garantias fundamentais. A despeito da referida atuação estatal respaldo legal, fato é que, o poder de polícia não pode ser exercido de forma ilimitada uma vez que tende a atentar contra os direitos e liberdades individuais garantidas asseguradas tanto constitucionalmente quanto através de mecanismo internacionais de proteção de direitos humanos, de forma que, a referida intervenção deverá encontrar um ponto de equilíbrio entre a autoridade estatal e a liberdade individual.

Nesse contexto, é possível afirmar que são dois os poderes considerados legítimos para exercer o poder de polícia, a saber: O poder Legislativo e o poder Executivo. O primeiro por meio da atividade legislativa criando as normas que estabelecem as limitações administrativas. O segundo por meio da regulamentação e controle de aplicação das leis, quer seja em atuação preventiva ou em atuação repressiva.

Importante frisar que, em todos os casos, os atos da Administração Pública encontram-se limitados. Isto é, os atos coercitivos e restritivos do estado como um todo e especialmente da Administração Pública somente podem ser realizados diante da existência de leis que os limitem e os disciplinem, devendo o estado atuar pautando-se na supremacia dos direito público sobre o direito privado, cabendo sempre a busca por um ponto de equilíbrio quando os princípios entram em choque.

Sob essa ótica, Lucas Furtado em sua obra Curso de direito Administrativo elenca cinco requisitos que conferem legitimidade ao poder de polícia administrativa, a saber:

1. Necessidade de observação da conformação aos direitos fundamentais como meio de justificar qualquer restrição às liberdades pessoais;
2. Necessidade de observação do princípio da legalidade, uma vez que, as atuações estatais devem ter como pressuposto leis que autorizem tais atuações;
3. A avaliação quanto à efetiva necessidade de atuação da Administração Pública valendo-se das prerrogativas do poder de polícia;
4. A necessidade de ponderação entre os meios e os fins através da aplicação do princípio da proporcionalidade;
5. A necessidade de observação do princípio pro liberdade, que reforça a ideia de que nos casos em que a lei ofereça mais de uma forma de restringir os direitos individuais, deve ser escolhida a forma menos gravosa ao particular.

3.2.Limites à atuação do Poder de Polícia Administrativa.

... Eu conheço

o plano que meus amigos sempre me aconselham a seguir:

*"Algeme-a, constrinja-na!" **Mas quem há de vigiar os próprios vigilantes?***

(Poema “As sátiras” de Juvenal)

Diante de tudo o quanto foi exposto anteriormente, levanta-se o seguinte questionamento: qual é a limitação de atuação de agente público no exercício do poder de polícia? Quais seriam os elementos que deteriam o referido poder? Como manter a proporcionalidade entre a limitação a ser imposta e ato coercitivo a fim de não extrapolar os limites estabelecidos?

3.2.A. Proporcionalidade no Poder de Polícia Administrativa

Primeiramente, é importante registrar que, no Brasil, os atos praticados pela Administração Pública, devem obrigatoriamente submeter-se às normas constitucionais e aos princípios delas oriundos. Tais normas, atuam como uma via de mão dupla, conferindo prerrogativas ao exercício da atividade estatal e do poder de polícia ao mesmo tempo em que estipulam sujeições à Administração Pública.

Ao exercer a função administrativa, notadamente o poder de polícia administrativa, os agentes públicos submetem-se à obrigação de atuar nos termos determinados pela legislação posta respeitando os requisitos legais que condicionam a sua atuação.

Neste contexto, a proporcionalidade é um dos mais importantes princípios constitucionais, atuando como um dos mais importantes mecanismos de limitação de poderes estatais, empregado tanto pela jurisprudência nacional quanto pela jurisprudência internacional, cuja principal finalidade é a “contenção do arbítrio estatal, provendo critérios para o controle de medidas restritivas de direitos fundamentais ou de outros interesses juridicamente protegidos, visando conter o arbítrio dos governantes (SARMENTO,).

Sendo assim, a proporcionalidade é a medida exata na qual a atuação

estatal deve agir em suas funções específicas, não atuando nem com demasia a ponto de ferir os direitos fundamentalmente postos e nem agir de forma insuficiente na realização de seus objetivos.

A ideia transmitida pelo preceito da proporcionalidade é de que a realização de qualquer norma constitucional, independentemente de seu caráter de regras ou princípios, não pode conduzir à restrição de um direito fundamental que lhe retire aquilo que se considera um grau de eficácia ou eficiência mínimos, que seja capaz de lhe agregar significado no mundo jurídico, à luz de uma situação concreta. (DUQUE, 2014).

Nesse sentido merece transcrição o trecho do artigo intitulado “*Limites do exercício do poder de polícia à luz direitos fundamentais: análises das medidas restritivas adotadas durante a pandemia do COVID - 19*”, segundo o qual:

O poder de polícia, em seu sentido extenso, envolve um sistema total de regulamentação interna, pelo qual o Estado procura não só poupar a ordem pública senão ainda constituir para a vida de relações dos cidadãos aquelas normas de boa conduta e de boa vizinhança que se julgam indispensáveis para impedir conflito de direitos e para avalizar a cada um o gozo continuado de seu próprio direito, até onde for razoavelmente combinante com os direitos dos demais. (MOURA. Limites do exercício do poder de polícia à luz direitos fundamentais: análises das medidas restritivas adotadas durante a pandemia do COVID - 19)

Sendo assim, o poder de polícia encontra-se submetido à observância do princípio da proporcionalidade, sendo exigido que a medida restritiva tomada seja adequada - isto é, capaz de atingir o bem coletivo almejado - necessária - isto é, não existir outra medida menos gravosa que levaria à mesma finalidade- e

proporcional - isto é, respeito à relação necessária entre a limitação ao direito individual e a finalidade a ser atingida.

A limitação dos direitos fundamentais aos fins de promoção do bem comum decorre da subordinação razoável do interesse público ao interesse privado ao público, que em conflito apenas irá se sobrepor quando o bem comum se tornar necessário e não for alcançável por outro meio e sem resultar a destruição do direito fundamental. (MOURA. Limites do exercício do poder de polícia à luz direitos fundamentais: análises das medidas restritivas adotadas durante a pandemia do COVID - 19).

Sobre isso observa ainda Di Pietro:

Quanto ao objeto, ou seja, quanto ao meio de ação, a autoridade sofre limitações, mesmo quando a lei lhe dê várias alternativas possíveis. Tem aqui aplicação um princípio de direito administrativo, a saber, o da proporcionalidade dos meios aos fins; isto equivale a dizer que o poder de polícia não deve ir além do necessário para a satisfação do interesse público que visa proteger; a sua finalidade não é destruir os direitos individuais, mas, ao contrário, assegurar o seu exercício, condicionando-o ao bem-estar social; só poderá reduzi-los quando em conflito com interesses maiores da coletividade e na medida estritamente necessária à consecução dos fins estatais.

Do mesmo modo leciona Caio Tácito:

A coexistência da liberdade individual e do poder público repousa na conciliação entre a necessidade de respeitar essa liberdade e a de assegurar a ordem social. O requisito de conveniência ou de interesse público é, assim, pressuposto necessário à limitação dos direitos do indivíduo. (TÁCITO, p.10)

Neste contexto, a fundamentação para a intervenção do estado no âmbito individual, tem por fundamento a necessidade de buscar a consolidação dos interesses públicos observando o viés coletivo em sua acepção ampla. Em outras palavras, a proporcionalidade aplicada ao exercício do Poder de Polícia objetiva resguardar a efetiva adequação entre os meios e os fins na persecução de suas atividades considerando a sua natureza condicionante e restritiva.

Os tribunais superiores já vêm há anos aplicando o princípio da proporcionalidade em inúmeros processos que envolvem limitações à atuação estatal e ao exercício do Poder de Polícia. Exemplo ilustrativo de tal aplicação se deu com as sanções políticas tributárias.

Há normas que fixam, para a hipótese de não pagamento de tributos, sanções como a apreensão de mercadorias, o lacre do estabelecimento ou a cassação do registro de funcionamento da empresa. O Supremo Tribunal Federal, há décadas, entende que tais sanções são incompatíveis com a Constituição: o que se perde com essa grave restrição da livre iniciativa não seria compensado pelo que se ganha em eficiência na garantia da recuperação dos créditos tributários. Embora haja aumento significativo da probabilidade do pronto pagamento dos tributos, perdem-se empregos, a renda diminui, o consumidor tem reduzidas as suas possibilidades de escolha (SARMENTO ...)

Observa-se assim que ao aplicar o princípio da proporcionalidade tem sido adotado uma postura que estabelece uma simetria entre a importância da conduta reprimida ou prevenida e as medidas sancionatórias impostas pelo ente estatal no exercício do poder de polícia levando em consideração o gozo dos

direitos individuais.

Com efeito, já foi afirmado em capítulo anterior, que o Poder de Polícia possui como característica o seu caráter discricionário, que pode levar a errada impressão de dicotomia quando se fala na imposição de aplicação da proporcionalidade. Entretanto, tal dicotomia é superada quando leva-se em consideração que até a mesmo a discricionariedade enquanto característica do Poder de Polícia é restrita, uma vez que encontra-se limitada pela legislação e somente é legitimada quando observados os ditames constitucionais.

Em resumo, é possível afirmar que a Administração Pública, ao mesmo tempo em que goza de prerrogativas constitucionalmente estipuladas encontram-se igualmente submetidas a um rol de sujeições das quais não podem dispor, de forma que, o exercício do poder de polícia encontram-se obrigatoriamente submetidos às sujeições constitucionais.

O Poder de Polícia enquanto manifestação de poder político do estado deve procurar afastar-se de arbitrariedades ou abusos de poder adequando-se ao respeito às prerrogativas dos direitos fundamentais consagradas no texto constitucional.

Diante de todo o exposto, a conclusão é que o poder de polícia administrativa deve observância aos elementos intrínsecos à sua formação, a saber: objeto, a competência, a finalidade, a forma e o motivo, bem como os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, indispensáveis ao devido processo legal.

3.2.B. Abuso de poder e desvio de finalidade na polícia administrativa.

O poder de polícia conferido à Administração Pública possui natureza jurídica instrumental, o que permite ao Estado exercer os atos restritivos

necessários a fazer prevalecer os interesses coletivos sobre os interesses gerais. Entretanto, como visto, tal poder instrumental encontra limites que visam frear os ímpetos autoritários do estado.

O Poder de Polícia. porém, tem barreiras que, se ultrapassadas, levam ao exercício anormal desse poder administrativo, ou seja, levam ao arbítrio, à arbitrariedade, ao abuso de poder, ao abuso de autoridade, sujeitando o agente público responsável, de qualquer dos Poderes Políticos e nível hierárquico, às sanções legais, de natureza administrativa, criminal e civil. (LAZZARINI. Abuso de Poder e Poder de Polícia).

Os agentes públicos somente podem atuar dentro dos limites que a lei expressamente determina. Caso a Administração Pública não atue nos termos legalmente determinados, ocorre o que a doutrina denomina de abuso de poder que manifesta-se por meio do desvio de finalidade ou excesso de poder. Em outras palavras, o uso indevido das prerrogativas instrumentais conferidas por lei aos agentes públicos ensejará o abuso do poder de polícia genericamente considerado do qual são espécies o desvio de finalidade e o excesso de poder.

Segundo Hely Lopes Meirelles o abuso do poder de polícia “ocorre tanto por ação como por omissão sendo ambas as formas - comissiva e omissiva- capazes de afrontar as leis e causar lesão a direito individual do administrado”(MEIRELLES, 1995).

A primeira modalidade do abuso de poder de polícia, a saber: o excesso de poder caracteriza-se quando o agente atua fora dos limites de sua competência, quer seja pela ausência total de competência, quer seja pelo extrapolamento dos limites da competência atribuída legalmente.

Em outras palavras, afirmar que determinada atuação estatal se deu com excesso de poder é o mesmo que afirmar que um determinado agente

público mesmo que observe os limites atribuídos à sua competência pode vir a praticar o ato viciado quando o faz extrapolando os limites.

Nesse sentido leciona Alexandre Mazza:

O excesso de poder ocorre quando a autoridade, embora competente para praticar o ato, vai além do permitido e exorbita no uso de suas faculdades administrativas Excede, portanto, sua competência legal e, com isso, invalida a situação de fato e a conduta praticada pelo agente. (MAZZA.2013.)

No mesmo sentido Fabrício Bolzan de Almeida descreve o excesso de poder da seguinte forma:

No excesso de poder o administrador possui competência para praticar o ato administrativo, mas extrapola os limites legais. Nesse caso, existe um vício no elemento “competência” do ato administrativo. Assim, quando um policial aborda alguém na rua com violência para pedir sua identificação, apesar de ter competência para pedir o RG do suspeito, excedeu-se no desempenho de suas atribuições, ou seja, atuou com excesso de poder ou excesso de competência (ALMEIDA.2020).

A segunda modalidade do abuso de poder de polícia, a saber: o desvio de finalidade que caracteriza-se quando o ato é praticado nos limites da competência estipulada entretanto o ato é praticado objetivando a consecução de finalidade diversa daquela prevista nas regras de competência.

Nesse sentido leciona Alexandre Mazza:

No desvio de poder (ou finalidade), o agente competente atua visando interesse alheio ao interesse público (MAZZA.2013).

Como se observa, em que pese o ato praticado se dê em conformidade com as disposições constantes no ordenamento jurídico observa-se que a finalidade da prática se dá em desconformidade com os fins para os quais a norma foi elaborada.

4.2.C. Breve comentário sobre o controle judicial dos atos de polícia administrativa.

De início, destaca-se que todo ato administrativo, incluindo-se os atos de praticados em poder de polícia, conterão dois pólos, a saber: o aspecto legal - geralmente ligados à competência, finalidade, formalidade legalmente estabelecida- e o aspecto de mérito - geralmente ligados ao motivo e ao objeto. Os elementos de mérito são justamente os elementos que fazem incidir o caráter discricionário de um determinado ato, uma vez que, é por meio dos atos discricionários que confere-se o direito de opção à administração pública. Quando se atua com discricionariedade, atua-se modificando os aspectos relacionados ao motivo e ao objeto.

É exatamente aqui que entra o controle judicial. Quando se fala em controle judicial a referida forma de controle encontra-se atrelada aos elementos legais, isto é, a competência, finalidade, formalidade.

Não há controle judicial quando se fala em mérito. Isto pois, o mérito é uma característica que determina as ações da determinação pública mediante fatos e análises, entende-se que julgar o mérito seria o equivalente à julgar o “a cabeça do administrador público”. Uma coisa é uma decisão própria, outra é uma decisão que confronta a legalidade.

Dito isso, destaca-se que os atos de poder de polícia encontram-se nos atos considerados como atos discricionários da Administração Pública. Nesse sentido, Caio Tácito elenca que :

O poder de polícia é uma das faculdades discricionárias do Estado, visando a proteção da ordem, da paz e bem - estar sociais. Por consequência, enquanto um poder discricionário, sua atuação será pautada através da análise de conveniência, necessidade e eficácia do ato em questão" (2001, p.19).

Como já dito no capítulo anterior a discricionariedade é a margem de liberdade conferida à Administração Pública para, dentro dos limites estipulados legalmente, optar pela realização de determinada medida.

Nesse sentido, Celso Antônio Bandeira de Mello, já elenca em sua obra curso de direito administrativo, que:

Discricionariedade é a margem de liberdade que remanesça ao administrador para eleger, segundo critérios consistentes de razoabilidade, um, dentre pelo menos dois comportamentos cabíveis, perante cada caso concreto, a fim de cumprir o dever de adotar a solução adequada à satisfação da finalidade legal, quando, por força da fluidez das expressões da lei ou da liberdade conferida no mandamento, dela não se possa extrair objetivamente, uma solução unívoca para a situação vertente (2010, p. 973).

Registra-se que o caráter discricionário não pode ser confundido com arbitrariedade, que manifesta-se quando a Administração Pública age, como já vimos, com desvio de finalidade e excesso de poder. Por essa razão, existe a possibilidade de controle interno, praticado pela própria administração por meio da autotutela bem como do controle externo, realizado pelo poder judiciário.

O próprio texto da Constituição Federal é enfática em afirmar os atos praticados pela Administração Pública são passíveis de responsabilização:

Art. 37 A administração pública direta ou indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficácia

§ 6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

Sendo assim, embora exista discricionariedade no exercício dos atos de poder de polícia, não é possível afirmar que tal discricionariedade possui caráter absoluto, podendo ocorrer a responsabilização dos entes estatais pela prática dos atos de polícia.

5. DA CONTROVÉRSIA QUANTO À DELEGAÇÃO DO PODER DE POLÍCIA NO QUE DIZ RESPEITO À APLICAÇÃO DE MULTAS PARA PESSOAS JURÍDICAS DE DIREITO PRIVADO

O caso em análise versa acerca da discussão entre o STJ e o STF sobre a possibilidade de delegação do poder de polícia a pessoa jurídica de direito privado oriundo do RE 633782/MG que posteriormente gerou o Tema 532 em Repercussão Geral.

Em Belo Horizonte, a atividade de policiamento de trânsito é feita pela Empresa de Transporte e Trânsito de Belo Horizonte- BHTrans, sendo esta empresa, inclusive, a responsável pela aplicação das multas de trânsito. O ponto polêmico e controverso reside no fato de que a Empresa de Transporte e Trânsito de Belo Horizonte- BHTrans é uma sociedade de economia mista e portanto Pessoa Jurídica de Direito Privado.

Como já exhaustivamente explicado no capítulo anterior, o Poder de Polícia pode ser classificado em fases ou ciclos de poder. O doutrinador Diogo de

Figueiredo Moreira Neto em sua obra “*Curso de Direito Administrativo*” classifica os ciclos do Poder de Polícia valendo-se de um critério cronológico por meio do qual as atividades que envolvem o exercício do poder de polícia podem ser subdivididas em quatro ciclos, quais sejam: a ordem de polícia, o consentimento de polícia, a fiscalização de polícia e a sanção de polícia.

Em resumo, a fase inicial do poder de polícia refere-se à atividade legislativa propriamente dita e externa-se através da edição de leis e de regulamentos. Trata-se, em síntese, de um preceito legal que confere validade ao exercício da atuação administrativa e detalha a esfera de prerrogativas dos agentes públicos. Registra-se que todas as fases do poder de polícia seriam oriundas obrigatoriamente do poder de polícia, uma vez que, quaisquer ordenamento ou restrições impostas pela Administração Pública serão efetivadas apenas diante de autorizativo legal para tal.

Noutro giro, verifica-se o consentimento de polícia relaciona-se com a anuência e consentimento em cumprir determinação disposta no processo legislativo.

Por sua vez, a fiscalização de polícia é aplicável quando ocorrem episódios de desrespeito aos atos ou condutas individuais que apesar de não constituir atitudes criminosas constituem inconvenientes nocivos à coletividade.

Por fim, a sanção de polícia ocorre quando um ato administrativo que visa assegurar o bem-estar coletivo, bem como restabelecer a ordem, punindo o indivíduo que estiver praticando uma infração administrativa.

Diante desse cenário surge o seguinte questionamento: é possível a delegação do poder polícia, inclusive a possibilidade de aplicação de multas, para pessoas jurídicas de direito privado tendo em vista a sanção de polícia tratar-se de prerrogativa de direito público?

É comum a afirmação da indelegabilidade do exercício de poder de polícia administrativa como sendo uma regra sólida dentro do direito administrativo, de forma que seria impossível eventual delegação às entidades privadas tendo em vista tratar-se de manifestação do poder de império do estado. Sendo assim, pela lógica, a autoridade de polícia administrativa deveria ser exercida diretamente pelo Estado, não existindo a possibilidade de atribuir o seu exercício direto à entidades privadas. Os principais argumentos invocados para justificar tal vertente de pensamento pauta-se na Soberania e no monopólio estatal da violência.

A soberania enquanto manifestação máxima de autoridade estatal deveria ser exercida essencialmente por atos unilaterais praticados de forma direta pelo estado.

Ao fazer uma análise da jurisprudência nacional acerca da indelegabilidade do poder de polícia, constata-se até pouco tempo atrás que a questão não parecia tão absoluta. Houve ao longo dos anos inúmeros questionamentos aos tribunais seguidos de ponderações e até mesmo ressalvas quanto a indelegabilidade absoluta do poder de polícia, exemplo disso são os debates que ocorreram com intensa pelo em relação à quais ciclos de poder de polícia poderiam vir a ser exercidos pelos conselhos profissionais sendo que nessa oportunidade a suprema já dava indícios de que a referida indelegabilidade não tinha caráter absoluto ao decidir que ser pessoa jurídica de direito público era requisito essencial para que um ente viesse a exercer poderes de autoridade pública.

Por ocasião do julgamento da ADI 1717-6 a suprema corte brasileira reputou inconstitucional o art. 58 da Lei n 9.649/98 que tinha a pretensão de atribuir personalidade jurídica de direito privado às corporações profissionais que detém prerrogativas para exercer o poder de polícia.

Posteriormente, o STF em julgamento da ADI n 3.026 reconheceu que a Ordem dos Advogados do Brasil não integrava a estrutura da administração pública quer seja direta ou indiretamente porém reconheceu ser dotada de personalidade jurídica de direito público e portanto apta ao exercício de poder de polícia.

O posicionamento que parecia até então consolidado foi novamente reaberto por ocasião do debate oriundo da legitimidade do exercício de fiscalização de trânsito e aplicação de penalidades por entes que integram a estrutura administrativa indireta embora ostentasse personalidade jurídica de direito privado a partir do posicionamento do Supremo Tribunal de Justiça ao decidir que a BHTrans, sociedade de economia mista de Belo Horizonte somente poderia exercer as funções referentes à fase de consentimento e de fiscalização mas não a fase de sanção do poder de polícia.

O Superior Tribunal de Justiça possuía julgado no sentido de que a aplicação de multas baseia-se no exercício de poder de polícia da administração com base no “poder de império do Estado” e devido a isso o exercício do poder de polícia não poderia ser delegado para particulares. Devido a isso, o poder de polícia enquanto atividade típica do estado, não poderia vir a ser delegada.

Segundo o entendimento até então dominante no STJ até seria possível que o estado delegasse para particulares a realização de atividades de apoio ao exercício do poder de polícia, ou seja apenas os aspectos materiais do poder de polícia.

Nesse sentido, os ciclos de ordem e de fiscalização estão em todo e qualquer ato de poder de polícia enquanto as fases de consentimento e sanção ou não. Para fins de exemplificação, segundo o entendimento até então adotado pelo Superior Tribunal de Justiça é uma atividade de poder de polícia e, portanto, somente poderia ser exercida pelo Estado, entretanto, seria possível à

Administração Pública realizar a contratação de empresa privada para fins de instalação e manutenção de radares de velocidade nas vias públicas, entretanto a aplicação própria de multa continuaria sendo privativa do Estado.

Como resumo, segundo o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça o poder de polícia seria uma atividade típica de Estado e por isso não poderia ser delegada a particulares, um exemplo disso seriam justamente às aplicações de multas. Enquanto as atividades de apoio ao poder de polícia poderiam vir a ser delegadas, a saber: a instalação de radares.

Acerca disso destaca-se o seguinte trecho da ementa:

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

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

4. No âmbito da limitação do exercício da propriedade e da liberdade no trânsito, esses grupos ficam bem definidos: o CTB estabelece normas genéricas e abstratas para a obtenção da Carteira Nacional de Habilitação (legislação); a emissão da carteira corporifica a vontade o Poder Público (consentimento); a Administração instala equipamentos eletrônicos para verificar se há respeito à velocidade estabelecida em lei (fiscalização); e também a Administração sanciona aquele que não guarda observância ao CTB (sanção).

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

(STJ. 2ª Turma. REsp 817.534/MG, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 10/11/2009)

Em suma, o que o Superior Tribunal de Justiça faz ao desenvolver essa tese é aplicar o entendimento segundo o qual na aplicação dos ciclos de poder de polícia apenas os atos administrativos referentes ao consentimento e à fiscalização são delegáveis visto que aqueles referentes à legislação e à sanção derivam do poder de coerção oriundo do Poder Público. O entendimento acatado aqui é de que a sanção de polícia caracteriza-se pela aptidão que a prática do ato de poder de polícia possui de inovar unilateralmente criando uma obrigação a ser adimplida pelo seu destinatário.

Por sua vez, o Superior Tribunal Federal considera que a delegação do poder de polícia, inclusive a possibilidade de aplicação de multas para as pessoas jurídicas de direito privado.

Nesse sentido segundo o entendimento encampado pelo Superior Tribunal Federal:

É constitucional a delegação do poder de polícia, por meio de lei, a pessoas jurídicas de direito privado integrantes da Administração Pública indireta de capital social majoritariamente público que prestem exclusivamente serviço público que prestem exclusivamente serviço público de atuação própria do Estado e em Regime não concorrencial.

STF. Plenário. RE 633782/MG. Min. Luiz Fux, julgado em 23/10/2020 (repercussão geral - Tema 532)

A corte superior passou a entender que o fato da Pessoa Jurídica integrante da Administração Pública indireta destinatária da delegação da atividade de polícia administrativa ser constituída sob a modalidade associativa de regime privado não a impede de exercer a função pública de polícia administrativa.

Entende a suprema corte que o Regime Jurídico Híbrido das empresas estatais prestadoras de serviço público em regime de monopólio seria perfeitamente compatível com a hipótese de delegação do serviço tendo em vista o fato de que admite-se a constitucionalidade do exercício delegado da atividade de polícia por entidades de regime jurídico de direito público.

A ideia central é de que a incidência de normas de direito público em relação àquelas entidades da Administração Indireta tem o condão de aproximar as sociedades de economia mista do regime de direito público fazendário, fazendo-as desempenhar papéis próprios de Estado.

Como se observa o cerne da tese elencada pelo Supremo Tribunal Federal pauta-se na ideia segundo a qual às estatais prestadoras de serviço público de atuação própria do Estado e com regime de monopólio não haveria razão para o afastamento da atribuição da coercibilidade vinculado ao exercício do poder de polícia uma vez que isso acarretaria no esvaziamento da finalidade para a qual as referidas entidades foram criadas.

Registra-se que a Constituição da República ao encampar a autorização para criação de empresas públicas e de sociedades de economia mista que objetivem única e exclusivamente a prestação de serviço público, ou seja, uma atuação típica de estado acabou por autorizar também a delegação dos meios necessários à realização do serviço público delegado dos meios necessários à realização dos referidos serviços.

Por essa lógica, os atos de consentimento, atos de fiscalização e de aplicação de sanções poderiam vir a ser delegados às entidades estatais que passariam a ter um regime jurídico similar ao regime jurídico até então aplicável às fazendas públicas.

O que observa-se é que a crescente necessidade de atribuições de atividades que envolvem a manipulação de poderes públicos por parte de entes

particulares tem motivado novas análises acerca do dogma da indelegabilidade do poder de polícia que possivelmente culminou no Tema 532 do STF.

O julgamento do RE 633782/MG e a publicação do Tema 532 por parte do STF marca um movimento já tratado por doutrinadores segundo o qual a interdição de delegação de atividades de polícia administrativa comporta cada vez mais exceções. Nesse sentido, existem doutrinadores, a exemplo de Diogo Figueiredo Moreira Neto, que defende uma maior sistematização do poder de polícia administrativa por meio do que ele denominou os “ciclos de poder de polícia”. Para o referido autor, somente não seriam passíveis de delegação os atos de ordem de polícia - por se tratar de matéria reservada à lei- e os atos de sanção - por se tratar de mecanismo de coerção estatal.

A conclusão de Diogo Figueiredo Moreira Neto é a seguinte:

Assim, tanto a delegação legal da normatividade secundária discricionária (regulada) de polícia quanto a delegação legal do exercício das atividades de consentimento e de fiscalização de polícia são compatíveis com o Estado de Direito Democrático, em que se reconhece a necessária origem popular do poder político. (MOREIRA NETO, p.133).

De forma semelhante, Marçal Justen Filho afirma a inviabilidade da possibilidade de transferência de fase do poder de polícia à terceiros, à vista de que a competência normativa e a coerção física em face de terceiros deveria ser monopólio do estado.

Entretanto, ainda que seja recorrente a afirmação da indelegabilidade do exercício de atividade do poder de polícia é possível encontrar de forma cada vez mais recorrente a consolidação de argumentos que criam ressalvas e exceções consolidando um pensamento pelo qual torna-se possível a delegação de várias atividades.

A existência de entes dotados de personalidades jurídicas públicas denota a possibilidade de exercício de inúmeros direitos e prerrogativas, por tratam-se de atividades que atuam para dar cumprimento ao conjunto de atividades desempenhadas pelo Estado, que sejam material e essencialmente públicas, isto é, que não poderiam deixar de ser prestada de forma direta pelo Estado, são atividades típicas de estado, caracterizadas pela irrenunciabilidade e que portanto não poderiam vir a ser transferida aos particulares.

São tais prerrogativas diferenciadas da capacidade de direito público que se sobressaem quando comparadas com as possibilidades de atuação conferidas aos entes dotados de personalidade jurídica de direito privado. A liberdade de atuação, ainda que não seja uma liberdade de caráter absoluto aliado a uma flexibilidade de controle impede, via de regra, que seja atribuído o exercício de determinados poderes a entidades dotadas de personalidade privada.

A despeito disso, o julgamento do STF no RE 633782/MG com a posterior publicação do Tema 532, modificou o cenário vigente, notadamente quando trata-se das pessoas jurídicas de direito público dotados de personalidade jurídica de direito privado, de forma que, o conceito que passa a vigorar quanto às pessoas jurídicas de direito privado integrantes da estrutura da administração pública - ainda que indireta- é distinto do conceito que vigora quanto às pessoas jurídicas de direito privados não integrantes da estrutura administrativa.

Ao aplicar tal entendimento os ministros da suprema corte consideraram que tais entidades já submetem-se a um regime jurídico rígido justamente pelo fato de desempenharem as referidas atividades estatais. São hipóteses nas quais os regimes de controle, limites e restrições aplicáveis são próximos ao controle, limites e restrições aplicáveis aos entes integrantes da administração pública direta, distanciando-se muito das atividades desempenhadas pelos entes privados de forma geral.

Sendo assim, ao permitir a incidência do controle, limites e restrições para o exercício da atividade de polícia administrativa, implicitamente a administração pública acaba por permitir que os entes dotados de personalidade privada tornem-se mais próximos dos aspectos públicos do que privados.

Desse modo, o regime jurídico no qual uma atividade determinada é exercida, juntamente com os efeitos daí decorrentes confere uma maior quantidade e qualidade de identificação dos elementos aptos a firmar e identificar a possibilidade ou não de exercício de prerrogativas públicas por meio de atos de entes privados.

A grande controvérsia entretanto reside em saber se sociedades de capitais misto enquanto entidades aptas a prática do exercício de autoridade tendo em vista o potencial conflito existente o entre o exercício do poder de polícia para almejar os fins públicos aos quais se propõe e a busca pelos interesses de mercado, especialmente no que tange ao uso de mecanismos estatais para busca de lucratividade.

É necessário ponderar o fato de que o cenário criado pelo STF gera a possibilidade de ocorrência de divergências no que diz respeito ao exercício da prerrogativa pública de manuseio do poder de polícia e os interesses privados dos titulares de capital social, especialmente quanto aos titulares de recursos privados, risco este que teoricamente não ocorreria quando se trata de entes integralmente públicos.

De fato, tratando-se de sociedades de economia mista é inevitável que os sócios e investidores detentores do capital atuem de forma a privilegiar e proteger seus lucros, de forma que, a atuação dos detentores de capital repercute nas decisões tomadas, não sendo possível portanto negar o cunho empresarial, o que gera questionamentos inclusive quanto ao desenvolvimento abusivo de tais

atividades públicas, especialmente com o uso de tais poderes instrumentais para criar uma lucrativa indústria da multa aplicando-as de forma indiscriminada.

Entretanto, tal argumento pode ser facilmente rebatido usando por base os critérios de controle já elencados nos capítulos anteriores. Explico.

O risco de desvios do poder de polícia não são exclusividade de entes dotados de personalidade jurídica de direito privado - prova disso são inúmeros escândalos de corrupção, desvio de poder e abusos de finalidade envolvendo capital público administrado pelo estado. Em outras palavras, todos os que exercem poder de polícia - quer sejam entes de direito público ou quer sejam entes de direito privado- estão sujeitos à práticas de eventuais desvirtuamentos. De mesmo modo, ocorrendo a prática dos referidos desvirtuamentos a própria legislação já estabeleceu a previsão segundo a qual sempre que forem praticados desvios e abusos ocorra a atuação dos mecanismos de contenção e controle especialmente designados para isso.

Finalmente, considerando tudo o quanto foi exposto, é possível afirmar que o risco de desvios e abusos dos mecanismos instrumentais do estados existe, por si só, e isso independe da pessoa jurídica apta a praticar determinado ato e o tipo de personalidade jurídica adotada por um determinado ente, não pode, por si só, servir de justificada para fins de determinar uma suposta impossibilidade de exercício do poder de polícia devendo a questão ser averiguada a cada caso concreto caso verifique-se a ocorrência de malversação dos poderes e prerrogativas.

6. CONCLUSÃO

Neste trabalho abordou-se a temática do Poder de Polícia e a relativização de sua delegabilidade no direito brasileiro por meio de uma revisão da jurisprudência gerada a partir do julgamento do Recurso Extraordinário nº nº 633782/MG. Tal objetivo foi almejado realizou-se o estudo do já referido recurso extraordinário, dos entendimentos doutrinários acerca do tema bem como da análise da legislação pátria, verificando as raízes históricas e o conceito moderno de poder de polícia, os atributos inerentes ao instituto e a possibilidade de delegação de etapas do ciclo de polícia, os limites que podem ser impostos nessas hipóteses e os métodos de controle a serem eventualmente utilizados.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

MENDONÇA. Maria Lírida Calou de Araújo e Mendonça. ARAÚJO. Guilherme Dourado Aragão Sá. **A constituição, direito fundamentais e democracia: a constitucionalização do direito administrativo moderno.**

FURTADO, Lucas Rocha. Curso de direito administrativo. 2.ed. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

OLIVEIRA. De Murilo Delanhesi. NEVES. Fabiana Junqueira Tamaoki. **O alcance e os limites do Poder de Polícia.** Faculdades Integradas Antônio Eufrásio de Toledo Presidente Prudente.

TÁCITO, Caio. O poder de polícia e seus limites. Revista de Direito Administrativo nº 27. Rio de Janeiro. 1952. p. 10

LAZZARINI. Álvaro. **Abuso de Poder e Poder de Polícia**

MZZA. Alexandre. **Manual de direito administrativo.** 3^o edição. Editora Saraiva. São Paulo. 2013.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo.** 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. 1089 p.

TÁCITO, Caio, **O poder de polícia e seus limites, Revista de Direito Administrativo,** nº 27, 1952.

AFONSO, J. J. R. **Polícia: etimologia e evolução do conceito.** Revista Brasileira de Ciências Policiais, [S. l.], v. 9, n. 1, p. 213–260, 2018. DOI: 10.31412/rbcp.v9i1.539. Disponível em: <https://periodicos.pf.gov.br/index.php/RBCP/article/view/539>. Acesso em: 3 jul. 2022.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Segunda Turma. Recurso Especial nº. 817534/Minas Gerais. Recorrente: Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Recorrido: Empresa de Transporte e Trânsito de Belo Horizonte – BHTrans. Relator: Min. Mauro Campbell Marques. Julgado em 10 de novembro de 2019.

CAMPOS, Ana C. **Direito Administrativo Facilitado**. Grupo GEN, 2021. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559641536/>. Acesso em: 05 jul. 2022.

CARVAHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. São Paulo Grupo GEN, 2021. 9788597027259. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597027259/>. Acesso em: 04 jul. 2022.

DANIEL, Sarmiento. NETO Cláudio Pereira de Souza. **Direito Constitucional teoria, história e métodos de trabalho**. 2012. Editora Fórum, Belo Horizonte

MEDAUAR, O. Poder de polícia. **Revista de Direito Administrativo**, [S. l.], v. 199, p. 89–96, 1995. DOI: 10.12660/rda.v199.1995.46490. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/46490>. Acesso em: 3 jul. 2022.

MEIRELLES. Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 77

° edição.

NETO, Diogo de Figueiredo M. **Curso de Direito Administrativo**. Grupo GEN, 2014.978-85-309-5372-0. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-5372-0/>. Acesso em: 06 jul. 2022.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella D. **Direito Administrativo**. Grupo GEN, 2022. 9786559643042. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559643042/>. Acesso em: 07 jul. 2022.