

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO

FACULDADE NACIONAL DE DIREITO

A POSSIBILIDADE DE DELEGAÇÃO DO EXERCÍCIO DO PODER DE POLÍCIA
ADMINISTRATIVA A PARTICULARES.

LEONARDO KIYOJI GUEDES KANO

RIO DE JANEIRO

2017

LEONARDO KIYOJI GUEDES KANO

**A POSSIBILIDADE DE DELEGAÇÃO DO EXERCÍCIO DO PODER DE POLÍCIA
ADMINISTRATIVA A PARTICULARES.**

Projeto de Monografia apresentado à Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do título de Bacharel em Direito, sob a orientação do professor Dr. Fábio Corrêa Souza de Oliveira.

RIO DE JANEIRO

2017

CIP - Catalogação na Publicação

G16p

GUEDES KANO, LEONARDO KIYOJI

A POSSIBILIDADE DE DELEGAÇÃO DO EXERCÍCIO DO PODER
DE POLÍCIA ADMINISTRATIVA A PARTICULARES. / LEONARDO
KIYOJI GUEDES KANO. -- Rio de Janeiro, 2017. 54 f.

CDD nº 341.37

Orientador: Fábio Corrêa Souza de Oliveira. De Oliveira.

Trabalho de conclusão de curso (graduação) - Universidade Federal do Rio
de Janeiro, Faculdade de Direito, Bacharel em Direito, 2017.

1. Delegação do Poder de Polícia. I. De Oliveira, Fábio Corrêa Souza de
Oliveira., orient. II. Título.

LEONARDO KIYOJI GUEDES KANO

**A POSSIBILIDADE DE DELEGAÇÃO DO EXERCÍCIO DO PODER DE POLÍCIA
ADMINISTRATIVA A PARTICULARES.**

Projeto de Monografia apresentado à Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do título de Bacharel em Direito, sob a orientação do professor Dr. Fábio Corrêa Souza de Oliveira.

Data da Aprovação: __ / __ / ____.

Banca Examinadora:

Orientador

Co-orientador (Opcional)

Membro da Banca

Membro da Banca

RIO DE JANEIRO

2017

RESUMO

KANO, Leonardo K. Guedes. *A Possibilidade de Delegação do Exercício do Poder de Polícia Administrativa a Particulares*. Monografia (graduação em Direito) Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2017.

A presente monografia pretende discutir, através da análise do caso paradigmático (Leading Case), a ação civil pública nº 2006/0025288-1, ajuizada pelo Ministério Público de Minas Gerais em face da Empresa de Transporte e Trânsito de Belo Horizonte – BHTRANS, de que maneira o ordenamento jurídico brasileiro tem se posicionado sobre a possibilidade da delegação do poder de polícia para particulares.

Palavras-chave: Direito Administrativo. Poder de Polícia Administrativa. Delegação a Particulares.

ABSTRACT

The present monograph intends to discuss, through the analysis of the paradigmatic case (Leading Case), the public civil action no. 2006 / 0025288-1, filed by the Minas Gerais Public Prosecutor's Office against the Belo Horizonte Transport and Transit Company - BHTRANS, Which way the Brazilian legal order has been positioned on the possibility of the delegation of police power to individuals.

Key-words: Administrative law. Power of Administrative Police. Delegation to Individuals.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	9
2. CONSIDERAÇÕES SOBRE A AÇÃO CIVIL PÚBLICA Nº 2006/0025288-1....	16
2.1. Qualificação.....	16
2.2. Relato da Situação Processual	18
2.3. Das Alegações da Partes.....	19
2.3.1. Das Alegações do Ministério Público do Estado de Minas Gerais	19
2.3.2. Das Alegações da BHTRANS.....	22
2.4. As Decisões Judiciais no Processo 2006/0025288-1.....	25
2.4.1. A Sentença.....	25
2.4.2. O Acórdão do Tribunal de Justiça.....	27
2.4.3. A Acórdão do Superior Tribunal de Justiça	29
3. A DOUTRINA E O PODER DE POLÍCIA	31
3.1. Os Argumentos pela Impossibilidade de Delegação	32
3.1. Os Argumentos pela Possibilidade de Delegação	39
4. CONCLUSÃO.....	50
5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	54

1. INTRODUÇÃO

A doutrina clássica definiu o poder de polícia como o exercício do poder sobre as pessoas e coisas que, através de restrições impostas aos indivíduos, é capaz de garantir o interesse da coletividade.

Os mesmos juristas defensores da definição de poder de polícia acima destacada, baseados, entre outros fundamentos, no princípio da supremacia do interesse público, defendem a indelegabilidade do exercício do poder de polícia a particulares.

Contudo, com os avanços tecnológicos, que exigem uma especialização cada vez maior para a efetivação do exercício do poder de polícia administrativa, o que aliado ao insuficiente aparato estatal, vem aumentando a discussão sobre a possibilidade da delegação do exercício do poder de polícia administrativa a particulares.

Assim, com a presente monografia se pretende discutir, através da análise do caso paradigmático (*Leading Case*), a ação civil pública nº 2006/0025288-1, ajuizada pelo Ministério Público de Minas Gerais em face da Empresa de Transporte e Trânsito de Belo Horizonte – BHTRANS, de que maneira o ordenamento jurídico brasileiro tem se posicionado sobre a possibilidade da delegação do poder de polícia para particulares.

Desse modo, através da verificação dos argumentos utilizados para resolução da referida lide, das posições doutrinárias e jurisprudenciais acerca do tema, que, de plano, demonstram a inexistência de um entendimento pacífico, se pretende fomentar as discussões sobre a possibilidade de delegação do exercício do poder de polícia para particulares.

O tema foi escolhido em razão do cenário atual no qual a visão da doutrina clássica que defende a impossibilidade da delegação do poder de polícia administrativa é cada vez mais criticada.

A modernização e as evoluções científicas fazem com que para se garantir o efetivo exercício do poder de polícia administrativa, a administração pública tenha que se especializar cada vez mais em diversas áreas do conhecimento científico.

Em que pese a necessidade de especialização da administração pública, fato é que o Estado, detentor do poder de polícia, muitas vezes não dispõe de recursos para arcar com os gastos cada vez maiores que essa especialização exige.

Sobre a importância de se discutir, não só a possibilidade de delegação do poder de polícia, no contexto atual, mais também de se questionar toda a definição acerca do poder de polícia e de sua discricionariedade, o ilustre professor Gustavo Binenbojm¹ destaca o seguinte:

Mais do que isso: os amplos poderes discricionários reconhecidos ao Estado, como emanção implícita da soberania nacional, fazem lembrar as controvertidas leis antiterrorismo editadas, por exemplo, nos Estados Unidos e na França, em reação, respectivamente, aos ataques às Torres Gêmeas do *World Trade Center*, em Nova York (2001), e à redação do jornal *Charlie Hebdo*, em Paris (2015). Nada mais atual e momentoso, portanto.

Ainda acerca da relevância do tema, destacando a existência de diversos entendimentos sobre os objetos e o tema objeto da presente monografia, a ilustre doutrinadora Odete Medauar² afirma o seguinte:

Em essência, *poder de polícia* é a atividade da Administração Pública que impõe limites a direitos e liberdades.(...)Trata-se do tema que mais diretamente se insere na encruzilhada autoridade-liberdade, Estado-indivíduo, que permeia o direito administrativo e o direito público, revelando-se, pois, muito sensível à índole do Estado e às características históricas, políticas e econômicas dos países. Por outro lado, a noção de polícia teve papel importante na história do direito administrativo, reconhecendo a este um campo próprio. Ao se pesquisar a matéria, nota-se que há corrente doutrinária contrária ao uso da expressão *poder de polícia*, pregando sua eliminação do direito administrativo. Os aspectos acima ressaltados convidam ao estudo do tema, inclusive para verificar se a noção deve persistir, sobretudo no ordenamento pátrio.

¹ BINENBOJM, Gustavo. Poder de Polícia, Ordenação, Regulação. 1ªed. Belo Horizonte: Fórum, 2016. P.22.

² MEDAUAR, Odete. Poder de Polícia na Atualidade. 1ªed. Belo Horizonte: Fórum, 2014. P.13.

Pelo exposto pela ilustre doutrinadora fica clara a importância de se discutir o instituto do poder de polícia como um todo, o que, conseqüentemente, inclui a discussão sobre a possibilidade de delegação do seu exercício para particulares.

Já acerca da análise do caso paradigmático (*Leading Case*), o já mencionado professor Gustavo Binenbojm, ao comenta-lo, afirma o seguinte:

Ao analisar o recurso especial, a 2ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, em construção sistemática até então inédita, embora tenha reformado o acórdão do E. TJMG, delimitou balizas para o legítimo exercício do poder de polícia por pessoas dotadas de personalidade jurídica de direito privado.

Especificamente, acerca do entendimento do Ministro Mauro Campbell Marques ao julgar o *LeadingCase*, Flávio Nunes³ comenta:

Ocorre que a afirmativa não explica as diversas hipóteses de exercício privado de poderes públicos, conforme ilustrado no capítulo 2. Verificamos situações em que particulares, no exercício da atividade estatal, impõem obrigações ou conseqüências desfavoráveis a terceiros em razão do descumprimento de normas previamente estabelecidas, como ocorre com o concessionário do serviço público que, para garantir a fiel execução da atividade delegada, pode suspender o fornecimento de relevantes serviços ao cidadão, desde que atendidos os requisitos previamente estabelecidos.

É bom que se diga que o acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça ao julgar o Resp817.534, nos autos da ação civil publicada ajuizada pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais em face da BHTRANS, é hoje utilizado pelo próprio STJ e pela maioria dos Tribunais de Justiça do país como principal precedente quando a matéria trata sobre a possibilidade de delegação do poder de polícia para particulares, vejamos alguns exemplos:

APELAÇÃO CÍVEL N.º 1.332.552-3 DA 2.ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA DO FORO CENTRAL DA COMARCA DA REGIÃO METROPOLITANA DE LONDRINA. APELANTE : Fernando Rumiato Advogados Associados. APELADA : Companhia Municipal de Trânsito e

³ PEREIRA, Flávio Henrique Unes. *Regulação Fiscalização Sanção: Fundamentos e Requisitos da Delegação do Exercício do Poder de Polícia Administrativa a Particulares*. 1ªed. Belo Horizonte: Fórum, 2016. P.132

Urbanização de Londrina – CMTU-LD.RELATOR : Des. Xisto Pereira.APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE. MULTA IMPOSTA PELA COMPANHIA MUNICIPAL DE TRÂNSITO E URBANIZAÇÃO DE LONDRINA (CMTU-LD). IRREGULARIDADE EM ANÚNCIO PUBLICITÁRIO (ART. 8.º, § 1.º, INC. II, DA LEI MUNICIPAL N.º 10.966/2010). SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. INADMISSIBILIDADE DE DELEGAÇÃO DO PODER DE POLÍCIA A ENTIDADE DE CARÁTER PRIVADO. RECURSO A QUE SE DÁ PROVIMENTO PARA SER JULGADA PROCEDENTE A DEMANDA. “A jurisprudência do STJ é no sentido da impossibilidade de aplicação de sanções pecuniárias por sociedade de economia mista. Precedentes: AgRg. naRcl. 9.850/PR, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, DJe 20/11/2012; REsp. 817.534/MG, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 10/12/2009” (1.ª Turma, AgRg. noAREsp. n.º 539.558/MG, Rel. Min. Benedito Gonçalves, j. em 25.11.2014).

APL 03356874020128190001 RIO DE JANEIRO CAPITAL 18 VARA CIVEL Órgão Julgador TERCEIRA CÂMARA CÍVEL Partes APELANTE: LOCALIZA RENT A CAR S A, APELADO: COMPANHIA DE ENGENHARIA DE TRAFEGO CET RIO Publicação 07/11/2014 Julgamento 5 de Novembro de 2014 Relator RENATA MACHADO COTTA Ementa APELAÇÃO. CET-RIO. FISCALIZAÇÃO DO TRÂNSITO. DELEGAÇÃO DO PODER DE POLÍCIA À ENTIDADE PRIVADA. POSSIBILIDADE SOBRE AS FASES DE CONSENTIMENTO E FISCALIZAÇÃO. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA. A controvérsia dos autos cinge-se sobre a possibilidade de delegação do Poder de Polícia para sociedade de economia mista, pessoa jurídica de direito privado. De fato, há grande controvérsia sobre o tema. Uma primeira corrente tradicional defende o descabimento dessa delegação. Isso porque, o poder de polícia envolve ato de autoridade, de iusimperium, típico da Administração Pública, insuscetível, portanto, de delegação para particulares. Outrossim, a entidade privada atuaria no mercado econômico, com intuito de lucro, o que não se coaduna com a essência do poder de polícia, essencialmente administrativo. Essa é a posição histórica do STF, que pode ser representada pelo julgamento da Adin nº 1.717. Entretanto, vem ganhando força uma segunda posição sobre o tema, na qual me filio, pela autorização da delegação de algumas vertentes do Poder de Polícia. Para tanto, é necessário recorrer à doutrina do professor Diogo de Figueiredo Moreira Neto, que divide o Poder de Polícia em 4 fases: (i) ordem de polícia; (ii) consentimento de polícia; (iii) fiscalização e (iv) sanção. Essa divisão é essencial para essa segunda vertente, que entende pela possibilidade de delegação do poder de polícia a entidade privada, desde que esta delegação fique restrita às fases de consentimento ou fiscalização. Com efeito, as únicas fases que exercem verdadeiro ato de império da Administração são a ordem de polícia, que exige atuação normativa, e a sanção, que engloba a punição do particular, ambas atividades inerentes ao próprio Estado. Por outro lado, o consentimento e a fiscalização são etapas instrumentais do poder de polícia, que não implicam no iusimperium da Administração. Essa é a posição atualmente adotada no âmbito do STJ. In casu, cuida-se de obrigação de não fazer, requerendo a apelante que a CET-Rio deixe de exercer o poder de polícia sobre a fiscalização do trânsito. Da própria narrativa da parte autora, verifica-se que a atividade exercida pela CET-Rio cinge-se sobre a fase de fiscalização do poder de polícia de vigilância das vias de trânsito. Com efeito, os agentes, por delegação legal, podem anotar as placas dos veículos, além de operarem as câmeras conhecidas como pardais. Nesse diapasão, vale ressaltar, que todas as notificações de multas juntadas pela parte autora na inicial possuem como agente autuador a Secretaria Municipal de Transportes, órgão da Prefeitura competente para a fase de sanção. Dessa forma, entendendo ser cabível a

delegação à entidade privada da fiscalização de polícia, não merece prosperar a pretensão autoral. Recurso desprovido.

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 541.532 - MG (2014/0161741-3) ADMINISTRATIVO. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PODER DE POLÍCIA. TRÂNSITO. SANÇÃO PECUNIÁRIA APLICADA POR SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES. 1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça consolidou o entendimento de que não é possível a aplicação de sanções pecuniárias por sociedade de economia mista, facultado o exercício do poder de polícia fiscalizatório. Precedentes: EDcl no REsp 817.534/MG, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 25/5/2010, DJe 16/6/2010, AgRg no AREsp 539.558/MG, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 25/11/2014, DJe 3/12/2014, AgRg na Rcl 9.850/PR, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, julgado em 14/11/2012, DJe 20/11/2012. 2. Agravo interno a que se nega provimento.

TJ-SP - Apelação APL 10013017720158260506 SP 1001301-77.2015.8.26.0506 (TJ-SP) Data de publicação: 14/03/2016 Ementa: RECURSO DE APELAÇÃO EM AÇÃO ORDINÁRIA. ADMINISTRATIVO. APLICAÇÃO DE MULTA DE TRÂNSITO POR SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. DELEGAÇÃO DO PODER DE POLÍCIA. 1. Pretensão de desconstituição de penalidades de trânsito aplicadas por Sociedade de Economia Mista. Impossibilidade de delegação de poder de polícia à pessoa jurídica de direito privado. Questão controvertida. Repercussão Geral reconhecida pela C. Supremo Tribunal Federal. RE com Ag nº 662.186-MG. Precedentes dos Tribunais Superiores e desta E. Corte. 2. Autuações realizadas pela Administração Pública diretamente através da Polícia Militar. Regularidade. Inexistência de delegação. 3. Sentença reformada, em parte. Recurso parcialmente provido. (grifou-se).

TJ-SP - Apelação APL 00588278720138260506 SP 0058827-87.2013.8.26.0506 (TJ-SP) Data de publicação: 02/07/2015 Ementa: RECURSO DE APELAÇÃO EM AÇÃO ORDINÁRIA. ADMINISTRATIVO. APLICAÇÃO DE MULTA DE TRÂNSITO POR SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. DELEGAÇÃO DO PODER DE POLÍCIA. Pretensão de desconstituição de penalidade de trânsito aplicada por Sociedade de Economia Mista. Impossibilidade de delegação de poder de polícia à pessoa jurídica de direito privado. Questão controvertida. Repercussão Geral reconhecida pela C. Supremo Tribunal Federal. RE com Ag nº 662.186-MG. Precedentes dos Tribunais Superiores e desta E. Corte. Aplicação do disposto no art. 252 do Regimento Interno deste E. Tribunal de Justiça. Recurso desprovido. (grifou-se).

Ademais, com a entrada em vigor do novo Código de Processo Civil se tornou ainda mais importante a análise dos precedentes e da jurisprudência, já que o novo código estabelece que não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que deixar de seguir precedente ou jurisprudência invocada pela parte, sem mostrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

Para que não reste dúvida, observa-se o artigo 489 do Código de Processo Civil, *in verbis*:

Art. 489. São elementos essenciais da sentença: I - o relatório, que conterá os nomes das partes, a identificação do caso, com a suma do pedido e da contestação, e o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo; II - os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito; III - o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões principais que as partes lhe submeterem. § 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida; II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador; V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento. (grifou-se).

Pelo exposto, fica evidente a relevância jurídica, não só acerca do estudo da possibilidade de delegação do poder de polícia a entes privados, como também dos fundamentos jurídicos utilizados para resolução da ação civil pública nº 2006/0025288-1

Assim, diante do cenário atual acima apresentado e da importância do precedente adotado pela maioria dos Tribunais de Justiça, pensando em uma maior efetivação do exercício do poder de polícia, é fundamental que se formule o seguinte questionamento: existe de fato alguma característica desse instituto que o impeça de ser delegado a particulares?

Com a presente monografia, através do estudo do caso será possível verificar de maneira didática quais são as principais divergências encontradas entre as decisões tomadas para resolução da lide e as posições doutrinárias acerca do tema. Além é claro de se verificar a existência de alguma unanimidade sobre o instituto.

Ressalte-se que a escolha pelo estudo de um caso concreto permitirá retirar lições teóricas acerca do instituto do Poder de Polícia mas sem perder a pragmaticidade destas lições.

Para este estudo foi adotada a estrutura para análise de casos jurídicos proposta no livro *Méthodes d'exercices juridiques*.⁴. Nesta estrutura de estudo de caso, deve-se seguir os seguintes passos: 1) Descrição dos Fatos; 2) Classificação Jurídica; 3) Relato da Situação Processual, 4) Indicação da Pretensão das partes; 5) Identificação das Questões Jurídicas em discussão 6) Descrição da Decisão Judicial e seus fundamentos; 7) Apontar os principais argumentos jurídicos extraídos do caso, que os autores do mencionado livro chamam de “idéias-força”; e 8) Tecer breves comentários acerca do caso, da decisão judicial ou das questões jurídicas em discussão.

⁴BROS, Sara; *Méthodes d'Exercices Juridiques*. Levallois Perret, François X. Editora Éditions Francis Lefebvre. 2007.

2. CONSIDERAÇÕES SOBRE A AÇÃO CIVIL PÚBLICA Nº 2006/0025288-1

Feita a introdução acerca da possibilidade da delegação do exercício do poder de polícia a particulares, passaremos ao estudo do caso propriamente dito. Conforme foi anteriormente informado, o estudo de caso será feito com base no livro *Méthodes d'exercicesjuridique*. No presente capítulo serão demonstrados cada um dos seguintes aspectos do caso analisado: (i) Qualificação, que conterà as principais normas e princípios em que o presente caso está inserido; (ii) Relato da situação processual; (iii) Alegações das partes e suas fundamentações jurídicas; (iv) Decisões judiciais proferidas e suas fundamentações;

2.1 Qualificação

A qualificação trata do corte metodológico em que se expõe o contexto normativo em que o caso está inserido. Neste primeiro momento os diplomas legais que de alguma forma se relacionam com a lide objeto deste estudo serão apenas mencionados para que nos próximos itens seja feita a correspondência entre os mesmos e as teses jurídicas adotadas.

Pois bem, a ação civil pública nº 2006/0025288-1 foi ajuizada em 21/05/2004 e primeira lei que deve ser destacada é a Lei nº 7.347 de 1985 que regulamenta a ação civil pública. A respeito do referido diploma legal para o estudo da lide em questão é importante destacarmos o inciso I do artigo 5º que estabelece como legitimado para ajuizar a ação civil pública o Ministério Público.

Outro diploma legal que merece destaque para o entendimento do presente caso é a Lei 6.404/1976 que versa sobre o regime das sociedades de economia mista. Ressalte-se que a BHTRANS é uma sociedade de economia mista e por isso a importância da Lei 6.404/1976.

Ainda sobre a legislação que dispõe sobre o regime das sociedades de economia, cabe destaque o art. 5º, III, do Decreto 200/1967, *in verbis*:

Art. 5º Para os fins desta lei, considera-se: I - Autarquia - o serviço autônomo, criado por lei, com personalidade jurídica, patrimônio e receita próprios, para executar atividades típicas da Administração Pública, que requeiram, para seu melhor funcionamento, gestão administrativa e financeira descentralizada. II - Empresa Pública - a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, com patrimônio próprio e capital exclusivo da União, criado por lei para a exploração de atividade econômica que o Governo seja levado a exercer por força de contingência ou de conveniência administrativa podendo revestir-se de qualquer das formas admitidas em direito. (Redação dada pelo Decreto-Lei nº 900, de 1969) **III - Sociedade de Economia Mista - a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, criada por lei para a exploração de atividade econômica**, sob a forma de sociedade anônima, cujas ações com direito a voto pertençam em sua maioria à União ou a entidade da Administração Indireta. (grifos nossos).

O próximo diploma que deve ser anunciado, não só por ter sido utilizado pelos julgadores neste caso, mais também por ser um dos poucos textos legais que tratam explicitamente sobre o poder de polícia, é o artigo 78 do Código Tributário Nacional, que dispõe o seguinte, *in verbis*:

Art. 78. Considera-se poder de polícia atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranqüilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos. (Redação dada pelo Ato Complementar nº 31, de 28.12.1966) 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 de atividade que a lei tenha como discricionária, sem abuso ou desvio de poder.

O artigo 22 da Constituição Federal de República de 1988 merece destaque, pois elenca as matérias de competência legislativa da União e, dentre elas, insere a referente ao trânsito e transporte. O inciso I do artigo 30 da Constituição também deve ser ressaltado, já que determina ao Município competência para legislar sobre os assuntos de interesse local.

Diversos artigos da Lei 9503/97, o Código de Trânsito Nacional, foram aplicados na presente lide. Como exemplo, cabe destaque o artigo 21 que dispõe, respectivamente o seguinte, *in verbis*:

Art. 21. Compete aos órgãos e entidades executivos rodoviários da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, no âmbito de sua circunscrição: I - cumprir e fazer cumprir a legislação e as normas de trânsito, no âmbito de

suas atribuições;II - planejar, projetar, regulamentar e operar o trânsito de veículos, de pedestres e de animais, e promover o desenvolvimento da circulação e da segurança de ciclistas;III - implantar, manter e operar o sistema de sinalização, os dispositivos e os equipamentos de controle viário; IV - coletar dados e elaborar estudos sobre os acidentes de trânsito e suas causas;V - estabelecer, em conjunto com os órgãos de policiamento ostensivo de trânsito, as respectivas diretrizes para o policiamento ostensivo de trânsito;VI - executar a fiscalização de trânsito, autuar, aplicar as penalidades de advertência, por escrito, e ainda as multas e medidas administrativas cabíveis, notificando os infratores e arrecadando as multas que aplicar; VII - arrecadar valores provenientes de estada e remoção de veículos e objetos, e escolta de veículos de cargas superdimensionadas ou perigosas;**VIII - fiscalizar, autuar, aplicar as penalidades e medidas administrativas cabíveis, relativas a infrações por excesso de peso, dimensões e lotação dos veículos, bem como notificar e arrecadar as multas que aplicar;** (grifos nossos).

2.2 Relato da Situação Processual

A ação civil pública nº 2006/0025288-1 foi ajuizada em 2004. Após três anos a ação foi julgada improcedente em primeira instância, em síntese, sob o argumento de que o ordenamento jurídico pátrio não impede a delegação dessa função às sociedades de economia mista.

Em seguida o Ministério Público do Estado de Minas Gerais interpôs apelação e em suas razões reiterou os argumentos no sentido de que a (extenso)BHTRANS é incompetente para exercer o poder de polícia de trânsito, o que a impede de aplicar sanções administrativas, já que é uma sociedade de economia mista, tipo societário eminentemente empresarial, sendo-lhe vedada a delegação da atividade de fiscalização e autuação de infrações do trânsito. Assim, o Ministério Público requereu a reformada sentença de primeiro grau a fim de que, nos moldes da inicial, a BHTRANS seja condenada na obrigação de não exercer o poder de polícia do trânsito, mediante a cominação de multa de R\$100.000,00 por dia de descumprimento.

Contudo, o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, por razões que veremos mais detalhadamente a seguir, entendeu que, ainda que a BHTRANS fosse em sua gênese uma sociedade de economia mista, não há que se impedir a delegação do poder de policial estatal, haja vista que a referida sociedade exerce de fato atividade pública, o que demonstra o interesse social dessa relação. Assim por unanimidade de votos os

Desembargadores do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais negaram provimento ao recurso interposto pelo Ministério Público.

Ainda inconformado com o entendimento proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais o Ministério Público interpôs Recurso Especial em que o Superior Tribunal de Justiça acolheu a sua tese e, por unanimidade, deu provimento ao Recurso Especial.

Isto porque, o Superior Tribunal de Justiça, conforme veremos detalhadamente a seguir, entendeu que os atos de sanção de trânsito, praticados pela BHTRANS, derivam do poder de coerção do Poder Público e, portanto, não podem ser delegados aos particulares.

Em 09/03/2012, a possibilidade da BHTRANS exercer a função de poder de polícia teve sua repercussão geral reconhecida pelo Ministro Luiz Fux, o que ocorreu através do Agravo em Recurso Extraordinário nº 662.186. Contudo, até a data de hoje o STF não julgou esse processo.

2.3 Das Alegações da Partes

2.3.1 Das Alegações do Ministério Público do Estado de Minas Gerais

O Ministério Público instruiu a inicial do processo em análise neste trabalho com base no Procedimento Preliminar nº 14/04, visando apurar supostas irregularidades no exercício do policiamento e autuações de infrações de trânsito em Belo Horizonte, que naquele momento era exercido pela (nome completo –BHTRANS).

Logo no princípio de suas alegações o Ministério Público chamou a atenção para o fato de que a BHTRANS foi constituída sob a forma de sociedade de economia mista, autorizada pela Lei Municipal nº 5.953 de 31/07/1991, e, portanto, na forma do artigo 173 da Constituição Federal de 1988, deve ser considerada uma pessoa jurídica de direito privado.

Segundo o Ministério Público, o BHTRANS foi constituído para exercer o policiamento e fiscalização das infrações de trânsito na cidade de Belo Horizonte/MG, procedendo às autuações de veículos e motoristas.

Entretanto, na ótica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, o exercício de policiamento e fiscalização de trânsito, uma vez que está voltado para a preservação da segurança no trânsito, é dotado de Poder de Polícia e, portanto, só pode ser exercido pelo Poder Público, sendo incabível sua delegação para uma pessoa jurídica de direito privado, pois estes não gozam do Poder de Polícia inerente aos atos da Administração.

Sobre a indelegabilidade do Poder de Polícia a pessoa jurídica do direito privado, o Ministério Público citou os ensinamentos do ilustre doutrinador Celso Antônio Bandeira de Mello⁵, que aproveito para também aqui destacar:

enquanto o serviço público visa ofertar ao administrado uma utilidade, ampliando, assim, o seu desfrute de comodidades, mediante prestações feitas em prol de cada qual, o "poder de polícia", inversamente (conquanto para a proteção do interesse de todos), visa a restringir, limitar, condicionar, as possibilidades de sua atuação livre, exatamente para que seja possível um bom convívio social. Então, a polícia administrativa constitui-se em uma atividade orientada para a contenção dos comportamentos dos administrados, ao passo que o serviço público, muito ao contrário, orienta-se para a atribuição aos administrados de comodidades e utilidades materiais.

Reproduzindo os referidos ensinamentos do ilustre professor, o Ministério Público em sua fundamentação conceituou o serviço público, em sentido amplo, como todo aquele prestado pelo Estado, podendo classificá-lo como serviço público próprio do Estado ou serviço público impróprio.

Dentre as atividades que fariam parte do serviço público próprio do Estado estão aquelas consideradas atribuições típicas do Poder Público, dentre as quais foram destacadas segurança pública, polícia, fiscalização e autuação de trânsito. Tais atividades por serem consideradas atribuições típicas do Poder Público e, portanto, dotadas de poder

⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de: "Curso De Direito Administrativo". 15 Ed. Malheiros, São Paulo, 2002. p. 623.

de polícia, só poderiam ser exercidas por pessoas jurídicas de direito público, não havendo a possibilidade de serem delegadas para particulares.

Assim, para o Ministério Público, as atividades de policiamento e autuações de infrações de trânsito são próprias do poder público e, por isso, indelegáveis a pessoas jurídicas de direito privado, já que essas não se valem da supremacia do interesse público sobre o particular e os seus atos carecem de autoexecutoriedade.

Sobre o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular, o MP, mais uma vez, invocou os ensinamentos do Ilustre Professor Celso Antônio Bandeira de Mello⁶, que leciona o seguinte:

resulta, em prol da Administração, posição juridicamente correspondente à preponderância do interesse entregue à sua cura. Daí a possibilidade que tem, nos termos da lei, de constituir terceiros em obrigações mediante atos unilaterais. Tais atos são imperativos como quaisquer atos do Estado. Demais disso, trazem consigo a decorrente exigibilidade, traduzida na previsão legal de sanções ou providências indiretas que induzam o administrado a acatacos. Bastas vezes ensejam, ainda, que a própria Administração possa, por si mesma, executar a pretensão traduzida no ato, sem necessidade de recorrer previamente às vias judiciais para obtê-la. É chamada auto-executoriedade dos atos administrativos

Em seguida o Ministério Público valeu-se de uma definição de poder de polícia e da consequente razão de sua indelegabilidade, que neste momento cabe a citação para que no momento oportuno deste trabalho seja feita a sua análise. Vejamos, *in verbis*:

Nesse azimute, o poder de polícia consiste na capacidade de que é dotado o Estado para, mediante lei, condicionar e/ou limitar a liberdade e a propriedade dos administrados, com o fim de proporcionar a boa convivência social. Com isso, somente o Estado, através do exercício regular do poder de polícia, poderá exigir dos administrados que se conduzam de acordo com os ditames da lei.

O MP também defendeu a tese de que o Código de Processo Civil de 1973 atribuiu uma série de prerrogativas à Fazenda Nacional no curso do processo como uma forma de

⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de: "Curso De Direito Administrativo". p. 690. 15 Ed. Malheiros, São Paulo, 2002.

efetivar o Poder de Polícia ao Estado, como, por exemplo, o prazo para se recorrer em dobro e para se contestar em quádruplo.

Ocorre que para o MP a ausência dessas e de outras prerrogativas, devido a representação judicial feita por uma pessoa jurídica de direito privado, poderia comprometer a garantia da paz social que é razão da existência do Poder de Polícia.

Como último argumento, o MP destaca que, por ser uma sociedade de economia mista, o BHTRANS não está obrigado a obedecer a regra do teto salarial constitucional, bem como à criação de seus cargos e a fixação de suas respectivas remunerações independentem de lei. Tais características aliadas à imensa capacidade arrecadatória advinda do Poder de Polícia são capazes de gerar um imenso dano na sociedade.

2.3.2 Das Alegações da BHTRANS

A BHTRANS inaugura sua tese de defesa ressaltando a existência de dois regimes jurídicos previstos pela Constituição Federal de 1988 para a Administração Pública, sendo um regime privado, obrigatoriamente, para o caso de exploração de atividade econômica e o outro público e opcional para os casos de prestação de serviços públicos.

Assim, a BHTRANS defende que o caput do artigo 175 da Constituição Federal de 1988 incumbiu o legislador de decidir pelo regime adequado às suas prestadoras de serviço público. Para que se entenda claramente a referida alegação vejamos o artigo 175 da Constituição Federal de 1988, *in verbis*:

Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

Com isso, defendeu a BHTRANS que, ao contrário do que apontou o MP, ela não é uma exploradora de atividade econômica, mas uma prestadora de serviço público, tendo o legislador que a instituiu optado pelo regime privado, como lhe faculta a Constituição.

Ademais, a BHTRANS defendeu que ordenamento jurídico pátrio atual é claro quanto aos critérios de atuação descentralizada, por meio de delegação, sempre através de lei. Sobre esse tema citou o Decreto Lei nº 200/67, de aplicação no âmbito federal, que em seu artigo 10 dispunha que a execução das atividades da Administração Federal deverão ser amplamente descentralizadas.

A BHTRANS ainda fez questão de diferenciar os conceitos desconcentração e descentralização, ocorrendo o último apenas quando existe uma pessoa distinta do Estado. Assim, segundo a BHTRANS, a descentralização ocorre quando a Administração Pública alcança o seu fim através de outra pessoa que não ela própria.

Após a referida conceituação, a BHTRANS passou propriamente a discussão da possibilidade de delegação do poder de polícia. Sobre o tema, a BHTRANS defendeu que a distinção histórica entre o Poder de Polícia e a prestação de Serviço Público não pode caracterizar um conflito entre os dois institutos, ao contrário, em certos momentos o serviço público para ser efetivo depende do poder de polícia.

Sobre o tema destacou o seguinte ensinamento de Jean Rivero⁷:

É preciso compreender que, se bem que a polícia enquanto atividade, seja distinta da atividade de serviço público, nem por isso deixa de existir um serviço público de polícia, ou seja, uma organização encarregada dessa atividade.

Neste momento, a BHTRANS afirma que cabe ao legislador e somente a ele estabelecer as atividades que serão exercidas pelo delegatário do serviço público. Tal princípio decorreria do já mencionado *caput* do artigo 175 da Constituição Federal de 1988. Também sobre o tema foi colacionado o seguinte entendimento do doutrinador José dos Santos Carvalho Filho⁸:

O Estado, porém, não age somente por seus agentes e órgãos internos. Várias atividades administrativas e serviços públicos são executados por pessoas administrativas vinculadas ao Estado. A dúvida consiste em saber se tais

⁷RIVERO, Jean. Direito Administrativo, trad. De Rogério Ehrhardt Soares, Coimbra: Almedina, 1981, p.478.

⁸ CARVALHO FILHO, José dos Santos, iJ!, Manual de Direito Administrativo. 4ª ed., RJ: Lumen Juris, 1999, p.48.

peças têm idoneidade para exercer o poder de polícia. E a resposta não pode deixar de ser positiva, conforme proclama a doutrina mais autorizada. Tais entidades, com efeito, são o prolongamento do Estado e recebem deste o suporte jurídico para o desempenho, por delegação, de funções públicas a ele cometidas. Indispensável, todavia, para a validade dessa atuação é que a delegação seja feita por lei formal, originária da função regular do legislativo. Observe-se que a existência da lei é o pressuposto de validade da polícia administrativa exercida pela própria Administração Direta e, desse modo, nada obstará que sirva também como respaldo da atuação de entidades paraestatais. Quando a lei confere a uma entidade administrativa o poder acima referido, diz-se que há na hipótese poder de polícia delegado.

Ainda sobre a delegação do poder de polícia administrativa foi apresentada a seguinte explicação feita pelo ilustre Professor Carlos Ari Sunfeld⁹, *in verbis*:

Nada existe de peculiar nos atos oriundos da polícia administrativa que possa ensejar a indelegabilidade. O fato de a beneficiária da transferência do poder de polícia ser pessoa constituída no figurino de direito privado é também irrelevante. É que não se confundem o regime da pessoa com o regime da atividade. Empresa que executa atividade pública sujeita-se ao direito público, no que respeita a essa atividade. Por fim, também não vejo problema em atos administrativos de polícia serem praticados por agentes submetidos ao regime trabalhista. Não há vínculo necessário entre o regime estatutário e o poder da autoridade. [...] Assim sendo, só posso concluir que a competência para exercer o poder de polícia nada tem a ver com a estabilidade do agente no posto. o ato de autoridade, seja qual for o regime do agente que o pratique, é impugnável por mandado de segurança; é pacífica a jurisprudência admitindo a impetração contra ato de empresa estatal, desde que no exercício de 'função delegada' do Poder Público. O abuso de autoridade é penalmente punível ainda que seu autor seja 'empregado público' e não funcionário. Logo, a proteção do particular atingido por atos de polícia é a mesma, quer estes provenham de funcionários, quer de empregados.

Outro argumento utilizado pela BHTRANS é que há previsão no texto constitucional para que as prestadoras de serviço público sejam criadas por lei que lhes fixe o regime. Tais regimes imputam funções e poderes, incluído o poder de polícia.

Tal fato seria o que exatamente teria ocorrido com a BHTRANS, já que segundo a própria, ela foi criteriosamente criada não só nos termos do art. 24 do CTB, mas em sintonia com a Lei Orgânica Municipal que assim estabelece:

Art. 193 -Incumbe ao Município, respeitadas as legislações federal e estadual, planejar, organizar, dirigir, coordenar, executar, delegar e controlar a prestação de serviços públicos relativos a transporte coletivo e individual de passageiros, tráfego, trânsito e sistema viário municipal. § 1º -Os serviços a que se refere o artigo, incluído o de transporte escolar, serão prestados diretamente ou

⁹ SUNDFELD, Carlos Ari. "Empresa Estatal pode exercer o Poder de Polícia. BDA fevereiro/93.

mediante delegação, nos termos da lei. § 2º -À entidade da administração indireta, que será criada pelo Poder Público, caberão as atribuições, entre as referidas no artigo, fixadas em lei.

A BHTRANS também defendeu que o argumento, adotado pelo Ministério Público, de que as multas importam em atividade extremamente lucrativa capaz de comprometer o devido exercício do poder de polícia para a BHTRANS não tem fundamento, já que toda a receita das multas é destinada ao Fundo de Transportes Urbanos.

Por fim a BHTRANS ressaltou que o fato de não possuir algumas prerrogativas de pessoas jurídicas de direito público como, por exemplo, o teto salarial constitucional de seus agentes e alguns benefícios processuais não pode ser visto de nenhum modo como uma fragilidade, já que as leis que preveem tais prerrogativas normais são muito específicas e devem ter um fim útil e determinado.

2.4 As Decisões Judiciais no Processo 2006/0025288-1

Feita a exposição das alegações feitas pelas partes, passaremos as decisões proferidas nesse processo a começar pela sentença até o julgamento do Recurso Especial feito pelo Superior Tribunal de Justiça, ressaltando apenas os pontos relevantes a este trabalho.

Sobre as referidas decisões vale dizer que, infelizmente, nem todos os argumentos trazidos aos autos pelas partes foram enfrentados, o que torna o debate sobre o tema um pouco mais escasso. Todavia, conforme veremos mais adiante no presente trabalho, se os julgadores não trataram de todos os aspectos que envolvem a possibilidade de delegação do poder de polícia, a doutrina assim o fez.

2.4.1 A Sentença

Inicialmente, ao julgar o mérito da causa o juiz de primeiro grau diferenciou o exercício do poder de polícia administrativa do poder de manutenção da ordem pública, ao seu ver, exercido exclusivamente pelas polícias militares. Já o poder de polícia

administrativa se relacionaria com a preservação de outros valores, como a saúde pública, o meio ambiente e o trânsito, cuja competência, originária ou delegada, pertence aos órgãos e entidades por eles responsáveis.

Ressaltou que o próprio Código de Trânsito Nacional, em seu artigo 21, ao disciplinar o sistema de trânsito nacional, teria delegado competência tanto para os órgãos da União, Estados e Municípios quanto para os seus chamados entes, dando uma ideia de descentralização.

O magistrado ainda chamou a atenção para o fato de que as sociedades de economia mista são entidades da administração indireta e que, embora dotadas de personalidade de direito privado, se submetem aos controles interno e externo, inclusive ao da ação popular, e aos princípios constitucionais da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, estabelecidos no caput do artigo 37 da Constituição Federal de 1988.

Assim, no entender do magistrado, a sociedade de economia mista poderia exercer a atividade de fiscalização de trânsito desde que autorizada pela Lei, o que no caso concreto ocorreu com a Lei municipal 5.953/91, que instituiu a BHTRANS.

Através da referida Lei e dos Decretos que posteriormente a regulamentaram, foi transferida à BHTRANS, a designação genérica de controle de trânsito que, no entender do magistrado singular, deve ser interpretada também como a faculdade de aplicar sanções aos infratores, atributo, de resto, indispensável para a prestação dos serviços.

Assim, concluiu o juiz singular em sua sentença que a BHTRANS poderia desempenhar a atividade de polícia administrativa de trânsito no Município de Belo Horizonte e, portanto, julgou improcedente o pedido formulado pelo Ministério Público de Minas Gerais.

2.4.2 O Acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais

Os Desembargadores, por unanimidade de votos, decidiram negar provimento à apelação interposta pelo Ministério Público de Minas Gerais e mantiveram a sentença proferida pelo juiz singular.

O desembargador relator iniciou o seu voto ressaltando as regras de competência previstas na Constituição Federal de 1988, sobretudo, o inciso I, do artigo 30 que delega ao Município a competência de legislar sobre os assuntos de interesse local, desde que as regras estabelecidas não afrontem o comando da norma geral, editada pela União ou Estado, adaptando-as somente as suas necessidades locais.

Ainda sobre as regras de competência, observou que o Município cumpre as referidas competências constitucionais de diversas maneiras, dentre elas, através da descentralização. A descentralização ocorre quando o poder público (União, Estados ou Municípios) cria uma pessoa jurídica de direito público ou privado e a ela atribui a titularidade e a execução de determinado serviço público.

Utilizando-se das palavras da ilustre professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro¹⁰, definiu:

essa criação somente pode dar-se por meio de lei e corresponde, basicamente, à figura da autarquia, mas abrange também fundações governamentais, sociedades de economia mista e empresas públicas, que exerçam serviços públicos.

O desembargador também deu ênfase ao estabelecido, no já mencionado, o artigo 175 da Constituição Federal, que possibilita ao Poder Público por meio de licitação ou concessão a delegação dos serviços públicos.

Sobre o referido dispositivo constitucional o desembargador relator afirmou que, tendo por base a jurisprudência e a doutrina de vanguarda, deve se entender serviço

¹⁰Direito Administrativo, 15ª ed., São Paulo: Atlas, 2003, pág. 351.

público, no que tange a possibilidade de sua delegação, como qualquer atividade estatal, até mesmo do poder de autoridade em geral.

Para corroborar com o seu entendimento, o desembargador trouxe o seguinte ensinamento do professor Carlos Ari Sunfeld¹¹:

Quanto a estas, não se têm opostos óbices à sua transferência a outros entes, desde que caracterizados como pessoas jurídicas de direito público. Dois mecanismos podem ser mencionados, nesse sentido. De uma parte, a instituição de autarquias e fundações governamentais públicas. De outro, a celebração de convênios com outras entidades públicas (entre estados e municípios, por exemplo). A justificativa, aqui, para a admissão da transferência, está no caráter público da pessoa que vai desempenhar a atividade, em coerência com as peculiaridades da função, também marcadamente pública, que vai exercer.

Tomando por base o ensinamento acima, o desembargador pontuou que não há impedimento à delegação do Poder de Polícia Estatal para entidades que, apesar da sua forma de constituição, isto é, de natureza privada, exercem atividade nitidamente pública, extraindo-se então, o seu interesse social das atividades por elas desempenhadas.

Sobre o tema foi trazida a lição do doutrinador José Celso de Mello Filho¹², que defende o seguinte:

se houver regra legal expressa, será válida a atribuição do poder de polícia a quaisquer entidades privadas, inclusive pessoas físicas ou naturais, desde que estejam no exercício de uma função pública outorgada ou delegada

Em seguida o desembargador definiu o poder polícia administrativa como sendo a limitação à liberdade e à propriedade, por meio de imposição ou abstenção, em nome da coletividade. Já o serviço público seria em seu entender a prestação de uma atividade de interesse coletivo.

¹¹ *Texto extraído do artigo "Empresa Estatal pode exercer o poder de Polícia", BDA -Boletim de Direito Administrativo, fev/93, pág. 99 - grifei).*

¹² *Constituição Federal Anotada, São Paulo: Saraiva, 1984, pág. 402).*

Asseverou que seria inegável os benefícios decorrentes da delegação estatal, uma vez que permitiria maior disponibilidade de tempo aos integrantes da Administração Pública para, por exemplo, garantir o exercício efetivo da segurança pública.

E concluiu com a seguinte afirmativa “esta delegação é perfeitamente viável, desde que o Poder concedente a realize para maior eficiência do serviço público, e, ao depois, se quiser, avocá-lo”.

2.4.3 O Acórdão do Superior Tribunal Justiça

Conforme já informado, o Superior Tribunal de Justiça entendeu, por unanimidade, pela impossibilidade de delegação do exercício do poder de polícia para a BHTRANS. Todavia, o voto do relator do Ministro Mauro Campbell Marques, embora tenha deixado de enfrentar diversos aspectos levantados pelas partes acerca da delegação do poder de polícia, vem sendo utilizado tanto pelo Superior Tribunal de Justiça quanto pelos Tribunais do Estado como principal precedente do país, especialmente, por aqueles que advogam pela indelegabilidade.

Pois bem, o Mauro Campbell Marques, em relação ao mérito iniciou o seu voto definindo o poder de polícia como o dever estatal de limitar-se o exercício da propriedade e da liberdade em favor do interesse público.

Em seguida, dividiu as atividades relacionadas ao poder de polícia nos seguintes grupos: (i) legislação, (ii) consentimento, (iii) fiscalização e (iv) sanção. Então, adequou sua divisão ao disposto no Código de Trânsito Brasileiro da seguinte forma, *in verbis*:

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).

Depois concluiu que apenas os atos relativos ao consentimento e à fiscalização seriam delegáveis, já que os que se referem à legislação e à sanção derivariam do poder de coerção do Poder Público.

Por fim, o Mauro Campbell Marques, alegou que os atos de sanção não podem ser bem desenvolvidos por particulares, pois esses agentes seriam apenas comprometidos com o lucro.

3. A DOUTRINA E O PODER DE POLÍCIA

Exposta todas as teses e fundamentações adotadas pelas partes e pelos magistrados que julgaram a lide também em análise no presente trabalho, passaremos a verificar no presente capítulo de que modo a jurisprudência e a doutrina tem no Brasil tem se posicionado acerca da possibilidade de delegação do poder de polícia a particulares e como essas concepções contradizem ou corroboram com os fundamentos adotados pelas partes do referido processo.

Em relação à possibilidade de delegação do exercício do poder de polícia para particulares, assim como é possível perceber através dos argumentos apresentados tanto pelo Ministério Público de Minas Gerais quanto pela defesa da BHTRANS, ou até mesmo pela divergência que ocorreu entre os magistrados de diferentes graus ao julgarem essa lide, existem atualmente diversas correntes doutrinárias sobre tema, que, apesar de atualmente parecer mais tendente pela doutrina a possibilidade de se permitir a delegação do poder de polícia administrativa aos particulares, ainda que com algumas restrições, a jurisprudência, especialmente, a do Superior Tribunal de Justiça tem entendido o oposto.

Assim, as divergências que envolvem o tema parecem ser tão irreconciliáveis que, aparentemente, essa discussão está muito longe de ser superada.

Por uma opção didática, serão expostos a seguir, respectivamente; os principais argumentos dos doutrinadores que defendem a impossibilidade de delegação do poder de polícia para particulares; e os argumentos dos juristas que defendem a possibilidade de delegação do poder de polícia com certa limitação.

Essa opção de ordem pela exposição das correntes doutrinárias acerca da possibilidade de delegação do poder de polícia a particulares se mostra mais adequada, na medida em que muitos dos argumentos dos que defendem a delegabilidade consistem em críticas ao entendimento clássico da definição do poder de polícia e de seus atributos.

Ressalte-se que a análise das correntes doutrinárias mencionadas acima servirão para que se confronte os argumentos apresentados pelos operadores do direito na ação civil pública nº 2006/0025288-1, também sob análise no presente trabalho.

3.1. Os argumentos pela impossibilidade de delegação

Na visão dos que entendem pela indelegabilidade do poder de polícia a entes privados, tal impedimento, inicialmente, ocorre pela inexistência de previsão constitucional acerca da possibilidade de delegação do poder de polícia a particulares.

Nesse sentido, a previsão feita no artigo 236 da Constituição Federal¹³ sobre a atividade notarial e de registro serviria como exceção a regra e, assim, como foi expressamente incluída no texto constitucional indicaria que a regra é pela indelegabilidade do poder de polícia para particulares.

Ademais, a indelegabilidade do poder de polícia para particulares passaria pela explicação de quais seriam os atributos inerentes ao Estado e sob essa condição tais atributos, dentre eles o poder de polícia, se tornariam intransferíveis a terceiros.

Sobre o tema merece destaque o ensinamento da professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro¹⁴:

Analisados os princípios que estão na base de toda a função administrativa do Estado, é necessário examinar alguns dos poderes que deles decorrem para as autoridades administrativas; tais poderes são inerentes à Administração Pública pois, sem eles, ela não conseguiria fazer sobrepor-se a vontade da lei à vontade individual, o interesse público ao interesse privado. Embora o vocábulo poder dê a impressão de que se trata de faculdade da administração, na realidade trata-se de poder-dever, já que reconhecido ao poder público para que o exerça em benefício da coletividade; os poderes são, pois, irrenunciáveis. Todos eles encerram prerrogativas de autoridade, as quais, por isso mesmo, só podem ser exercidas nos limites da lei. Dentre eles, serão aqui analisados o poder normativo, o disciplinar e os decorrentes da hierarquia; o poder de polícia.

¹³ Artigo 236 da Constituição Federal de 1988: Os serviços notariais e de registro são exercidos em caráter privado, por delegação do Poder Público.

¹⁴DI PIETRO, Maria Sylvia Zanela. Direito Administrativo. 19ª ed, São Paulo: Atlas, 2012.

Nesse mesmo sentido, Raquel Urbano de Carvalho¹⁵:

Ora, as atividades de polícia administrativa são próprias do Estado e, assim, indelegáveis. Devem permanecer sob a égide do regime jurídico de direito público, com prestação por órgãos ou por entidades públicas da Administração Indireta. Afinal, foi a execução de atividades de polícias essenciais à sobrevivência social que justificou o próprio surgimento do Estado, não sendo lícita qualquer conduta de renúncia, sob pena de sério risco de corrosão na sua sustentabilidade.

E justamente baseando-se nesse fundamento, o Superior Tribunal de Justiça decidiu que a BHTRANS não poderia exercer a atividade de sanção, pois essa atividade seria derivada do poder de coerção estatal inerente ao Poder Público e, portanto, indelegável a terceiros.

Isto porque, conforme já foi relatado, no presente trabalho, o relator, Ministro Mauro Campbell Marques entendeu que o exercício de sanção seria indelegável, já que derivaria do poder de coerção do Poder Público, que, por sua vez, se justificaria pela supremacia do interesse público.

Assim, a supremacia do interesse público sobre o interesse particular seria um dos fundamentos do poder de polícia administrativa e a sua indelegabilidade a particulares resultaria também do princípio da indisponibilidade do interesse público.

Desse modo, mesmo que o ordenamento jurídico não tenha expressamente vedado a delegação do poder de polícia para particulares, tal impossibilidade decorreria da aplicação do princípio da indisponibilidade do interesse público e da supremacia do interesse público.

Filiando-se a essa corrente o Ministério Público do Estado de Minas Gerais fundamentou seu pleito pela impossibilidade de delegação do poder de polícia para a BHTRANS nos seguintes termos, *in verbis*:

¹⁵ CARVALHO, Raquel Melo Urbano de. Curso de Direito Administrativo; parte geral, intervenção do Estado e estrutura da administração. Salvador; JusPodivm, 2008. p. 343.

Entretanto, tal serviço público, uma vez que está voltado para a preservação da segurança no trânsito de Belo Horizonte, reveste-se do Poder de Polícia, pelo que somente poderia ser exercido pelo Poder Público Municipal, sendo incabível sua delegação para os Órgãos paraestatais municipais, pois estes não gozam do Poder de Império inerente aos atos da Administração.

Ademais, para os defendem a indelegabilidade do poder de polícia, a coerção capaz de gerar aos terceiros novas obrigações e autoexecutoriedade, isto é, capacidade de fazer com que as obrigações se cumpram sem a intervenção do Judiciário, são também fundamentos que seriam inerentes ao exercício do poder de polícia e, portanto, também justificariam a sua indelegabilidade aos particulares.

A professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro¹⁶, sobre as características do poder de polícia, explica o seguinte:

Costuma-se apontar como atributos do poder de polícia a discricionariedade, a autoexecutoriedade e a coercibilidade, além de corresponder a uma atividade negativa. [...] A autoexecutoriedade (que os franceses chamam de executoriedade apenas) é a possibilidade que tem a Administração de, com os próprios meios, por em execução as suas decisões, sem precisar recorrer previamente ao Poder Judiciário. Alguns autores desdobram o princípio em dois: a exigibilidade (*privilège de préalable*) e a executoriedade (*privilège d'action d'office*). O *privilège de préalable* resulta da possibilidade que tem a Administração de tomar decisões executórias, ou seja, decisões que dispensam a Administração de dirigir-se preliminarmente ao juiz para impor a obrigação ao administrado. A decisão administrativa impõe-se ao particular ainda contra a sua concordância; se este quiser se opor, terá que ir a juízo. O *privilège d'action d'office* consiste na faculdade que tem a Administração, quando já tomou a decisão executória, de realizar diretamente a execução forçada, usando, se for o caso, da força pública para obrigar o administrado a cumprir a decisão. [...] A coercibilidade é indissociável da autoexecutoriedade. O ato de polícia só é autoexecutório porque dotado de força coercitiva.

E, conforme já foi relatado, no presente trabalho, foi com base nesse entendimento de que a coercibilidade, atributo do poder de polícia, é indelegável aos particulares, o relator, Ministro Mauro Campbell Marques decidiu o seguinte:

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

¹⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 19ª ed, São Paulo: Atlas, 2012. P. 130.

Outro argumento trazido pelos que entendem que o poder de polícia não pode ser transferido para particulares é o desequilíbrio que seria gerado nas relações entre os mesmos.

O professor Celso Antonio Bandeira de Mello, apesar de defender que até certa medida há a possibilidade de delegação de alguns dos atos que compõem o poder de polícia, demonstra preocupação no que tange a eventual desequilíbrio gerado através da superioridade do particular detentor do poder de polícia em relação ao seu semelhante.

a restrição à atribuição de atos de polícia a particulares funda-se no corretíssimo entendimento de que não se lhes pode, ao menos em princípio, cometer o encargo de praticar atos que envolvem o exercício de misteres tipicamente públicos quando em causa liberdade e propriedade, porque ofenderiam o equilíbrio entre os particulares em geral, ensejando que uns oficialmente exercessem supremacia sobre os outros.

Destaca-se que superioridade advinda do poder de polícia, para essa corrente doutrinária, só se justificaria ao Estado pois somente a ele cabe o poder-dever de sobrepor o interesse público ao interesse particular.

Ao contrário dessa finalidade imputada ao Estado, encontra-se o particular que, segundo posição doutrinária adotada pelo Ministério Público para o ajuizamento ação civil pública em face da BHTRANS, está perpetuamente vinculado ao desejo de obter lucro, o que impediria o exercício isento do poder de polícia por particulares.

Sobre esse aspecto asseverou o jurista Alexandre Jorge Carneiro da Cunha¹⁷

Neste passo, um dos receios que se tem, ao simplesmente autorizar a delegação de própria função de polícia a entes privados, a nosso ver, é o risco de se autorizar que atividades dirigidas (legitimamente) ao lucro possam se valer de poderes que deveriam ser exercidos com isenção na aplicação sóbria e teleológica da lei, isto é, perseguindo-se exclusivamente as condições necessárias à harmonia da vida em sociedade.

¹⁷ DA CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro. Poder de Polícia: Compreensão contemporânea do instituto e discussão sobre a possibilidade de delegação de seu exercício a entes privados. 1ª ed. São Paulo: IELD, 2014. P.85.

Ressalte-se que o Ministério Público de Minas Gerais nos autos da ação civil pública em face da BHTRANS foi um pouco além do entendimento adotado pela doutrina e argumentou que, ao contrário dos funcionários públicos que tem na constituição um teto salarial, os funcionários de sociedades de natureza privada não possuem essa limitação salarial, o que também colaboraria pela busca do lucro a qualquer preço.

Além da alegada predestinação ao lucro, os que advogam pela indelegabilidade do poder de polícia para particulares entendem que o exercício do poder de polícia exige que seus agentes possuam garantias capazes de assegurar decisões imparciais e obedientes à lei.

Ressalte-se que para atender essa garantia, os agentes públicos, sobretudo os responsáveis pelo cumprimento de atividades tipicamente estatais, possuem maior estabilidade, o que os torna capazes de não se submeterem à intervenções externas e, portanto, garantirem o fiel cumprimento da lei.

Sobre essa tese defende Juarez Freitas¹⁸:

Somente pessoa jurídica de direito público pode exercer competências privativas da Administração, uma vez que se inserem no âmbito indelegável da “utilização de poderes de soberania” (AusubughoheitsrechtlicherBefugnisse). Mais: apenas servidor de carreira, ocupante de cargo de provimento efetivo, pode executar funções peculiares à fiscalização, haja vista que suas tarefas são de cunho permanente e, ao pressuporem utilização de poderes de sabedoria exigem, por simetria, o arrimo estatutário de um status especial.

Assim, de acordo com essa perspectiva, a garantia de estabilidade dada aos agentes públicos que exercem o poder de polícia administrativa não pode ser vista apenas como uma garantia pessoal concedida ao agente, mas principalmente como um requisito para efetivação do exercício do poder de polícia.

Em relação, especificamente, as sociedades de economia mista, tanto para o Ministério Público de Minas Gerais, quanto para parte da doutrina clássica, todos os

¹⁸ FREITAS, Juarez. O direito fundamenta à boa administração pública. P.124.

argumentos acima apontados valem também como impeditivos a delegação do poder de polícia essa modalidade de sociedade.

Isto porque, as empresas públicas e as sociedades de economia mista são entes paraestatais e, portanto, não gozam das mesmas prerrogativas dos entes estatais, o que, conseqüentemente, até mesmo para se efetivar o instituto poder de polícia, as impede de exercerem funções típicas do Estado.

Um exemplo dessa suposta fragilidade enfrentada pelas entidades paraestatais no exercício do poder de polícia, seria, segundo o Ministério Público nos autos da ação civil pública, a ausência de prerrogativas processuais como, por exemplo, o prazo em dobro para interposição de recursos, que são concedidas às pessoas jurídicas de direito público.

Ressalte-se que para essa parte da doutrina a limitação ao exercício de poder de polícia a essa espécie societária se explica, sobretudo, pelo fato das sociedades de economia mista terem sido criadas para exploração de atividade econômica e não para prestação de serviço público.

Nesse sentido, vejamos o que determina o inciso III, do artigo 5º, do Decreto Lei 200 de 1967, que dispõe, entre outras coisas, sobre a criação das sociedades de economia mista, *in verbis*:

III - Sociedade de Economia Mista - a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, criada por lei para a exploração de atividade econômica, sob a forma de sociedade anônima, cujas ações com direito a voto pertençam em sua maioria à União ou a entidade da Administração Indireta.

No entanto, para outra parcela da doutrina, ainda que se admita que as sociedades de economia mista prestem serviço público, esses devem ser apenas os chamados serviços públicos impróprios do Estado, ou seja, aqueles serviços públicos que visam satisfazer interesses comuns dos membros da comunidade de forma remunerada pelo seu uso efetivo.

Lembrando-se que os serviços públicos próprios do Estado, ao contrário dos serviços impróprios, seriam aqueles que necessitariam do poder de império estatal e, por isso, não poderiam ser delegados aos particulares, tais como segurança pública e fiscalização.

Ressalte-se que esse entendimento foi novamente confirmado pelo Superior Tribunal de Justiça em um recente julgamento do dia 23/08/2016. Vejamos:

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 541.532 - MG (2014/0161741-3) ADMINISTRATIVO. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PODER DE POLÍCIA. TRÂNSITO. SANÇÃO PECUNIÁRIA APLICADA POR SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES. 1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça consolidou o entendimento de que não é possível a aplicação de sanções pecuniárias por sociedade de economia mista, facultado o exercício do poder de polícia fiscalizatório. Precedentes: EDcl no REsp 817.534/MG, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 25/5/2010, DJe 16/6/2010, AgRg no AREsp 539.558/MG, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 25/11/2014, DJe 3/12/2014, AgRg na Rcl 9.850/PR, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, julgado em 14/11/2012, DJe 20/11/2012. 2. Agravo interno a que se nega provimento. (grifou-se).

Entendimento esse que vem sendo repetido pelos diversos Tribunais de Justiça do país.

TJ-SP - Apelação APL 10013017720158260506 SP 1001301-77.2015.8.26.0506 (TJ-SP) Data de publicação: 14/03/2016 Ementa: RECURSO DE APELAÇÃO EM AÇÃO ORDINÁRIA. ADMINISTRATIVO. APLICAÇÃO DE MULTA DE TRÂNSITO POR SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. DELEGAÇÃO DO PODER DE POLÍCIA. 1. Pretensão de desconstituição de penalidades de trânsito aplicadas por Sociedade de Economia Mista. Impossibilidade de delegação de poder de polícia à pessoa jurídica de direito privado. Questão controversa. Repercussão Geral reconhecida pela C. Supremo Tribunal Federal. RE com Ag nº 662.186-MG. Precedentes dos Tribunais Superiores e desta E. Corte. 2. Autuações realizadas pela Administração Pública diretamente através da Polícia Militar. Regularidade. Inexistência de delegação. 3. Sentença reformada, em parte. Recurso parcialmente provido. (grifou-se).

TJ-SP - Apelação APL 00588278720138260506 SP 0058827-87.2013.8.26.0506 (TJ-SP) Data de publicação: 02/07/2015 Ementa: RECURSO DE APELAÇÃO EM AÇÃO ORDINÁRIA. ADMINISTRATIVO. APLICAÇÃO DE MULTA DE TRÂNSITO POR SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. DELEGAÇÃO DO PODER DE POLÍCIA. Pretensão de desconstituição de penalidade de trânsito aplicada por Sociedade de Economia Mista. Impossibilidade de delegação de poder de

polícia à pessoa jurídica de direito privado. Questão controvertida. Repercussão Geral reconhecida pela C. Supremo Tribunal Federal. RE com Ag nº 662.186-MG. Precedentes dos Tribunais Superiores e desta E. Corte. Aplicação do disposto no art. 252 do Regimento Interno deste E. Tribunal de Justiça. Recurso desprovido. (grifou-se).

Pelo exposto, pode-se resumir os seguintes argumentos pela defesa da contrariedade da delegação do exercício de polícia para particulares; (i) inexistência de previsão constitucional nesse sentido; (ii) a existência do princípio da supremacia do interesse público; (iii) a impossibilidade dos atributos da coercibilidade e da autoexecutoriedade serem exercidos pelos particulares; (iv) a busca ilimitada pelo lucro, característica dos entes privados; e (v) a ausência de prerrogativas dos agentes privados no exercício do poder de polícia, sobretudo a estabilidade.

3.2 Os Argumentos pela Possibilidade de Delegação

Embora a Constituição Federal não tenha, expressamente, estabelecido a possibilidade de delegação do poder de polícia particulares, para uma parte dos juristas, defensores da possibilidade da delegação do poder de polícia para particulares, através de uma interpretação sistemática da Constituição Federal, seria possível verificar que a delegação do poder de polícia é constitucional.

Sobre o tema o professor Gustavo Binbenbojm¹⁹ defende o seguinte:

Com efeito, a ausência de dispositivo constitucional que vede ou que autorize, expressa ou tacitamente, o exercício do poder de polícia administrativa por entes privados não pode ser interpretada como vedação ou permissão genéricas à delegação. Na máxima de Carl Sagan, “a ausência de evidência não significa a evidência de ausência”. Há matérias que simplesmente não são reguladas pela Constituição, mas nem por isso se pode entender que tal silêncio seja eloquente. Daí por que, salvo em hipóteses excepcionais submetidas à reserva constitucional, o exercício de funções de ordenação pode eventualmente ser atribuído a entes privados. [...] Dito de outra forma: se, por um lado, a Constituição não interditou a delegação do poder de polícia a particulares, nem compeliu o Poder Público a fazê-lo, por outro lado, ela abriu caminho a que se buscassem arranjos institucionais consentâneos com a realidade, com as necessidades e com o dinamismo de cada época.

¹⁹ BINENBOJM, Gustavo. Poder de Polícia, Ordenação, Regulação. 1ªed. Belo Horizonte: Fórum, 2016. P 263

Conforme será demonstrado a seguir, diversos dispositivos constitucionais indicam a possibilidade de delegação da prestação de serviço público para pessoas jurídicas de direito privado, o que, para parte da doutrina, indicaria a possibilidade de também se delegar exercício do poder de polícia.

Nesse sentido o inciso XIX do artigo 37 da Constituição Federal estabelece o seguinte:

XIX – somente por lei específica poderá ser criada autarquia e autorizada a instituição de empresa pública, de sociedade de economia mista e de fundação, cabendo à lei complementar, neste último caso, definir as áreas de sua atuação

O dispositivo acima prevê a descentralização administrativa por meio da criação de entidades de natureza privada para prestação de serviço público – atividade típica do Estado, o que, seguindo esse mesmo raciocínio, indicaria também a possibilidade de delegação do exercício do poder de polícia administrativa para particulares.

Ainda o em relação ao artigo 37 da Constituição Federal, agora o inciso XXI estabelece o seguinte:

XXI ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações

Sobre o dispositivo acima, Carlos Pinto Coelho Motta²⁰ afirma:

Sob o prisma constitucional, não há qualquer obstáculo ao trespasse de atividades de pessoa jurídica pública ou governamental a particulares que possam desempenhá-las a contento. O inciso XXI do art. 37 da Constituição Federal não distingue os serviços que admitem, ou não, execução por terceiros: não caberia, pois ao intérprete fazer tal distinção.

Outro dispositivo constitucional utilizado para corroborar com esse entendimento é o artigo 175, que dispõe o seguinte:

²⁰ MOTTA, Carlos Pinto Coelho, Boletim de Direito Administrativo, São Paulo, p.799-800, 1997.

Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

Para os defensores da possibilidade de delegação do exercício do poder de polícia para particulares, o dispositivo acima, mais do que autorizar a transferência do exercício da prestação do serviço público para particulares, aponta para possibilidade de delegação do exercício da atividade tipicamente estatal para particulares.

Assim, como o constituinte atribuiu à Administração Pública a liberdade para contratar os serviços públicos, a partir da interpretação ampla do conceito de serviço público na qual o poder de polícia é inserido, seria possível também delegar o seu exercício a particulares.

É justamente com base nesse dispositivo que a BHTRANS, em defesa da possibilidade de delegação do exercício do poder de polícia, alega que o artigo 175 é claro em estabelecer que administração pública é livre para escolher se será público ou privado o regime de exercício de determinado serviço público, o que também incluiria o exercício do poder de polícia.

Argumento esse acolhido pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais ao julgar a ação civil pública nº2006/0025288-1. Vejamos que o relator, Desembargador, entendeu, a partir do entendimento doutrinário e jurisprudencial de vanguarda, extrai-se que a atividade administrativa descrita no art. 175 da Constituição Federal, não deve se restringir à prestação de serviços públicos, na acepção da palavra, devendo ser interpretada em sentido amplo, ou seja, como sinônimo de qualquer atividade estatal.

Além disso, parte da doutrina não entende que a omissão constitucional acerca da possibilidade de delegação do poder polícia particulares implique na sua impossibilidade, ao contrário.

Nesse sentido, ensina José dos Santos Carvalho Filho²¹ o seguinte:

²¹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 23 ed. Ver. Ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

Inexiste qualquer vedação constitucional para que pessoas administrativas de direito privado possam exercer o poder de polícia em sua modalidade fiscalizatória. Não lhes – é lógico – o poder de criação de normas restritivas de polícia, mas, uma vez já criadas, como é o caso das normas de trânsito, nada impede que fiscalizem o cumprimento das restrições. Alias, cabe aqui observar que a Lei 9503/97 (Código de Trânsito Brasileiro) é claríssima ao admitir que o agente da autoridade de trânsito, a quem incumbe comprovar a infração, seja servidor civil, estatutário ou celetista, ou ainda, policial militar designado pela autoridade de trânsito.

Corroborando com esse entendimento Flávio Henrique Unes Pereira²²:

Ocorre que inexistente fundamento constitucional que obrigue disciplina no próprio texto constitucional acerca da possibilidade de delegar o exercício de determinada função estatal. Em outras palavras, a ausência de regra constitucional expressa sobre a delegação do poder de polícia administrativa não pode ser interpretada como proibição a tal delegação.

Ressalte-se que para essa parcela da doutrina o que na verdade a Constituição Federal estabelece é uma liberdade para que o legislador possa, efetivamente, atender as necessidades coletivas transferir o exercício do poder de polícia para particulares.

Assim, ao contrário do entendimento já exposto pelos defensores da impossibilidade de delegação do exercício do poder de polícia administrativa, o artigo 236 da Constituição Federal indicaria que, assim como a atividade notarial e de registro pode ser exercida por particulares, o poder de polícia também poderia.

Outros dois dispositivos constitucionais que, apesar de versarem sobre aspectos setoriais, mais uma vez, podem ser vistos como indicativos a delegação do poder de polícia a particulares, são os artigos 216, parágrafo 1º, e o artigo 225. Vejamos:

Art. 216. Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem: I - as formas de expressão; II - os modos de criar, fazer e viver; III - as criações científicas, artísticas e tecnológicas; IV - as obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais; V - os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico.

²² PEREIRA, Flávio Henrique Unes. Regulação Fiscalização Sanção: Fundamentos e Requisitos da Delegação do Exercício do Poder de Polícia Administrativa a Particulares. 1ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016. P. 107

§ 1º O Poder Público, *com a colaboração da comunidade*, promoverá e protegerá o patrimônio cultural brasileiro, por meio de inventários, registros, vigilância, tombamento e desapropriação, e de outras formas de acautelamento e preservação. (grifou-se).

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público *e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações*.(grifou-se).

Em relação aos dispositivos acima Flávio Henrique Unes Pereira²³ comenta que “as normas veiculam clausulas setoriais que autorizam os particulares a exercerem o poder de polícia, respectivamente, nas áreas de tutela do patrimônio histórico cultural e do meio ambiente”.

Ressalte-se que, como já dito, a interpretação dos referidos dispositivos constitucionais feita pela doutrina, que defende a delegação do exercício do poder de polícia, se relaciona ao fato de que nem sempre o aparato estatal tem sido eficaz no exercício do poder de polícia. Para doutrina de vanguarda o poder de polícia deve ser visto como protetor e garantidor de direitos fundamentais, daí tira-se a sobreposição da sua eficácia em relação ao seu exercício.

Nesse sentido, o professor Gustavo Binenbojm²⁴ ensina:

Como já se expôs, o exercício de funções públicas não pode desconsiderar os custos que elas envolvem e as limitações impostas pela realidade concreta. Por vezes não será viável nem factível, material e tecnologicamente, a adoção de medidas de polícia diretamente pelo ente público. [...] Nesses casos, o impulso paradigmático aponta para a necessidade do reconhecimento da legitimidade de arranjos institucionais que permitam que o Poder Público se valha do auxílio de particulares, em maior ou menor grau, para o exercício de funções de ordenação na vida social e econômica.

Neste ponto vale lembrar que o Ministro Mauro Campbell Marques, ao decidir pela impossibilidade de delegação do exercício do poder de polícia a BHTRANS, desconsiderou totalmente a interpretação do poder de polícia como garantidor de direitos

²³ PEREIRA, Flávio Henrique Unes. Regulação Fiscalização Sanção: Fundamentos e Requisitos da Delegação do Exercício do Poder de Polícia Administrativa a Particulares. 1ªed. Belo Horizonte: Fórum, 2016. Pág. 115

²⁴ BINENBOJM, Gustavo. Poder de Polícia, Ordenação, Regulação. 1ªed. Belo Horizonte: Fórum, 2016. P. 265

fundamentais, já que optou por ao iniciar o seu voto definindo o poder de polícia como o dever estatal de limitar-se o exercício da propriedade e da liberdade em favor do interesse público.

Noutro giro, é justamente sob a ótica de se efetivar a defesa das garantias fundamentais que se defende a inexistência de uma supremacia geral estatal em relação ao particular que é, por vezes, ventilada como impeditivo a delegação do exercício do poder de polícia.

E com base nesse entendimento, o desembargador relator do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, ao negar provimento à apelação interposta pelo Ministério Público na ação civil pública nº2006/0025288-1, concluiu que a delegação do poder de polícia a particulares é perfeitamente viável, desde que o Poder concedente a realize para maior eficiência do serviço público, e, ao depois, se quiser, avocá-lo.

Também ao contrário do entendimento proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, ainda nos autos da ação civil pública nº2006/0025288-1, invocando o argumento da supremacia geral estatal que o Ministro do Superior Tribunal de Justiça Herman Benjamin votou pela impossibilidade de delegação do exercício do poder de polícia à BHTRANS.

Na ocasião, o Ministro iniciou seu voto, recordando a lição da professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro que considera o poder de polícia fundamentado no princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado. A partir desse princípio, o referido ministro afirmou ser “temerário que o trânsito de uma metrópole possa ser considerado atividade econômica ou empreendimento”.

Sobre a referida assertiva do Ministro Herman Benjamin, o professor Flávio Henrique Unes Pereira²⁵ comenta:

²⁵ PEREIRA, Flávio Henrique Unes. Regulação Fiscalização Sanção: Fundamentos e Requisitos da Delegação do Exercício do Poder de Polícia Administrativa a Particulares. 1ªed. Belo Horizonte: Fórum, 2016. P.114.

Ocorre que o exercício da atividade de poder de polícia administrativa por particular não desnatura a função delegada. Não é porque interveio o particular na fiscalização ou na sanção das infrações de trânsito que haveria conversão da atividade estatal em “atividade econômica ou empreendimento”. Do mesmo modo, serviço público não deixa de ser serviço público pelo fato de ser prestado pelo particular numa concessão de serviço público.

Assim, para essa parcela da doutrina, não é porque se transfere o exercício do poder de polícia, que a atividade perde a sua relevância ou eficácia por conta da busca pelo lucro característica do entes privados.

O relator da ação civil pública nº2006/0025288-1 no Superior Tribunal de Justiça, Ministro Mauro Campbell Marques, como já explicitado, também votou pela indelegabilidade do exercício de sanção por parte da BHTRANS, tendo como base o entendimento de que, diferentemente do que ocorre com o exercício de fiscalização, a sanção é dotada de coercibilidade, que, por sua vez, atributo exclusivo estatal e, portanto, indelegável a particulares.

Entendimento esse muito combatido pela doutrina que chama a atenção para o fato de existirem em nosso ordenamento diversas previsões em que o particular, exercendo a atividade estatal, impõe obrigações a outros particulares.

Especificamente, acerca do entendimento do Ministro Mauro Campbell Marques, Flávio Nunes²⁶ comenta:

Ocorre que a afirmativa não explica as diversas hipóteses de exercício privado de poderes públicos, conforme ilustrado no capítulo 2. Verificamos situações em que particulares, no exercício da atividade estatal, impõem obrigações ou consequências desfavoráveis a terceiros em razão do descumprimento de normas previamente estabelecidas, como ocorre com o concessionário do serviço público que, para garantir a fiel execução da atividade delegada, pode suspender o fornecimento de relevantes serviços ao cidadão, desde que atendidos os requisitos previamente estabelecidos.

Em idêntico entendimento o professor Carlos Ari Sunfeld em parecer utilizado pela defesa da BHTRANS:

²⁶ PEREIRA, Flávio Henrique Unes. Regulação Fiscalização Sanção: Fundamentos e Requisitos da Delegação do Exercício do Poder de Polícia Administrativa a Particulares. 1ªed. Belo Horizonte: Fórum, 2016. P.132

O fato de a beneficiária da transferência do poder de polícia ser pessoa constituída no figurino de 'direito privado é também irrelevante. Os particulares concessionários de serviço público também são entes privados e nem por isso a concessão se inviabiliza. É que não se confundem o regime da pessoa com o regime da atividade. Empresa que executa atividade pública sujeita-se ao direito público, no que respeita essa atividade.

Acerca do tema destaca-se o brilhante ensinamento do professor Jacintho Arruda Câmara²⁷:

Não vejo razão para apartar a busca pelo lucro da realização de algum outro interesse coletivo ou mesmo da proteção da segurança nacional. Ao contrário, se o Estado opta por desenvolver uma atividade de interesse público, por meio de uma empresa e não por outro modelo de estruturação organizacional (como uma autarquia ou fundação) só pode ser para conjugar características próprias da atividade empresária (essencialmente lucrativas) com outros objetivos públicos. A Constituição Federal prevê uma série de modelos organizacionais da administração pública. Além da atuação direta, o Estado pode agir por meio de entes integrantes da chamada Administração indireta, composta por autarquias, fundações governamentais, empresas públicas e sociedades de economia mista. A atuação por meio da Administração Direta e da autárquica se dá em regime de direito público. Nesse campo não espera realmente a obtenção de superávits econômico-financeiros de cada atividades. O mesmo se dá com o horizonte finalístico natural de estruturas fundacionais, sejam elas governamentais ou não, de direito público ou privado. Todavia, em estruturas empresariais a lucratividade é algo a ser buscado. Assim, quando a Constituição admite expressamente que o Estado atue por meio de empresas parece claro que o fez por aceitar que essa atuação administrativa não é incompatível com um dos fins precípuos da atuação empresarial, que é a de gerar lucros. O artigo 173 da Constituição Federal estabelece finalidades que um empresa estatal deve necessariamente perseguir. Mas essa indicação não exclui do universo de objetivos das estatais, implícita ou explicitamente, a obtenção de lucro.

Até mesmo porque para a maioria dos juristas que defendem a possibilidade de delegação do poder de polícia para particulares, o Estado continuará a fiscalizar o exercício desse poder pelos particulares.

Assim, não se trata de uma desestatização permanente do poder de polícia, já que o Estado, assim como ocorre com o serviço público, continuará sendo o titular do poder de polícia delegando apenas o seu exercício a fim de que se efetive o seu exercício.

²⁷ CÂMARA, Jacinto Arruda. O Lucro nas Empresas Estatais. Revista Brasileira de Direito Público, Belo Horizonte, p. 9-10, 2012.

Sintetizando o entendimento de se priorizar a efetividade do exercício do poder de polícia, de que a persecução do lucro não é um óbice a sua delegação e que caberá ao Estado a fiscalização do exercício do poder de polícia pelo particular, ensina Gustavo Binenbojm²⁸:

Na linha dos influxos pragmático e democrático-constitucional antes vistos, a atuação coordenada do Estado com pessoas privadas (sejam elas empresas estatais ou não) na realização de atos tendentes à restrição da propriedade e das liberdades exsurge, hoje, como solução institucional justificada pela realidade fática (que desnuda as diversas limitações da esfera pública) como pela tendência de maior consensualidade. O fato de pessoas privadas perseguirem o lucro não é um impeditivo a tanto. A preocupação, em cada caso, deve ser com a implementação de anteparos institucionais capazes de evitar desvios e assegurar a eficiência.

Ademais, para os defensores da delegabilidade do poder de polícia, a ausência de estabilidade (prerrogativa dos servidores públicos) por parte dos agentes que exercem o poder de polícia não pode, por si só, ser um óbice a sua delegação. Isto porque, é por meio do processo administrativo que se pretende evitar abusos por parte da Administração Pública e não pela condição do servidor público.

Seguindo esse entendimento ensina Flávio Henrique Unes Pereira²⁹:

É por meio do devido processo administrativo, e não simplesmente a condição de servidor público, que será possível resistir à arbitrariedade. Como afirmamos, no Estado Democrático de Direito, descabem pressuposições de que o exercício do poder público será mais impessoal ou imparcial pelo simples fato de o agente integrar a Administração Pública. Do mesmo modo, não se presume que o agente privado terá um desempenho mais eficiente no exercício de tais funções pelo mero fato de não se incluir no aparato estatal. Em ambas as hipóteses, haverá riscos de desvios, pois em jogo condutas humanas.

Além disso, defende Flávio Henrique Unes Pereira que as principais decisões administrativas são tomadas por agentes públicos que ocupam cargos de provimento em comissão e que, portanto, por não ingressarem no serviço público através de concurso público, não possuem estabilidade.

²⁸ BINENBOJM, Gustavo. Poder de Polícia, Ordenação, Regulação. 1ªed. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p.276-277

²⁹ PEREIRA, Flávio Henrique Unes. Regulação Fiscalização Sanção: Fundamentos e Requisitos da Delegação do Exercício do Poder de Polícia Administrativa a Particulares. 1ªed. Belo Horizonte: Fórum, 2016. P.122

Carlos Ari Sunfeld defende essa tese, em parecer, que, embora tenha sido utilizado pela defesa da BHTRANS, infelizmente, acabou não sendo enfrentado pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento da ação. Vejamos o que alega o referido jurista:

Creio interessante levantar as razões pelas quais se poderia sustentar que apenas os funcionários públicos estão legitimados ao exercício do poder de polícia. Imagino que a mais relevante delas seria a estabilidade a que têm direito, o que, em tese, os preserva contra as pressões indevidas. O problema com esse argumento é que nem todos os funcionários têm estabilidade. Os ocupantes de cargo com comissão e os efetivos em estágio probatório não a têm. Dever-se-á então negar-lhes legitimidade para a produção de atos de polícia? Isso certamente conduziria ao total absurdo. Por esse raciocínio, um agente fiscal recentemente admitido não poderia exercer sua função, devendo aguardar o término do estágio probatório para começar a trabalhar. Ao chefe de unidade encarregada da expedição de licenças, por ocupar cargo em comissão, ficaria vedada a prática exatamente dos atos que justificam a existência do órgão.

Desse modo, apesar de parte da doutrina defender que a estabilidade do agente público torna em tese suas decisões menos suscetíveis a defesa de interesses pessoais, o que ocorre de fato no país é que diversas decisões são tomadas por agentes que não possuem a estabilidade como prerrogativa.

Especificamente, em relação às sociedades de economia mista, como é o caso da BHTRANS, a obrigatoriedade dessas espécies societárias se utilizarem de processo licitatório e de concurso público, além da possibilidade de figurarem no polo passivo de eventual mandado de segurança, corroborariam com entendimento de ser plenamente possível o exercício do poder de polícia.

Sobre o tema, Carlos Ari Sunfeld³⁰ ensina:

O ato de autoridade, seja qual for o regime do agente que o pratique, é impugnável por mandado de segurança; é pacífica a jurisprudência admitindo a impetração contra ato de empresa estatal, desde que no exercício de 'função delegada' do Poder Público. O abuso de autoridade é penalmente punível ainda que seu autor seja 'empregado público' e não funcionário. Logo, a proteção do particular atingido por atos de polícia é a mesma, quer estes provenham de funcionários, quer de empregados.

³⁰ SUNDFELD, Carlos Ari. "Empresa estatal pode exercer o Poder de Polícia", São Paulo 1993.

Todavia, no que se desrespeito a possibilidade de figurar no polo passivo de mandado de segurança, vale destacar o seguinte julgado que adota o entendimento de que qualquer pessoa jurídicas de direito privado pode ser demandada em mandado de segurança desde que no exercício de atividade estatal.

TJ-DF - Mandado de Segurança MSG 20150020023842 (TJ-DF) Data de publicação: 07/07/2015 Ementa: DIREITO ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL. CONCURSO PÚBLICO. METRÔ/DF. DECADÊNCIA. TERMO A QUO. ATO CONCRETO. PREJUDICIAL REJEITADA. AVALIAÇÃO PSICOLÓGICA. PREVISÃO EM LEI. ENTE DA ADMINISTRAÇÃO INDIRETA. PESSOA JURÍDICA DE DIREITO PRIVADO. CONCURSO PÚBLICO. APLICAÇÃO INTEGRAL. SEGURANÇA CONCEDIDA. 1 –“O termo a quo do prazo decadencial para a impetração de mandado de segurança em que se impugna regra prevista no edital de concurso público, conta-se a partir do momento em que o candidato toma ciência do ato administrativo que, fundado em regra editalícia, determina a sua eliminação do certame.” (STJ, EREsp1266278/MS) 2 – Consoante a jurisprudência consolidada desta Corte (Súmula n.º 20), e do Enunciado de Súmula Vinculante nº 44, somente por lei se pode sujeitar candidato a cargo público à realização de exame psicológico. 3 –o Constituinte Originário vinculou o ingresso aos quadros da Administração Pública à realização de prévio concurso público, não fazendo distinção entre a Administração Direta e a Indireta, ao revés, mencionou expressamente no inciso II do art. 37 da Constituição Federal que a investidura em “cargo ou emprego público” depende de concurso público. 4 – Estando expresso na Lei Maior que o preenchimento de emprego público depende de concurso público (art. 37, inciso II), o regime jurídico do concurso público ser-lhe-á integralmente aplicável. Segurança concedida.

Pelo exposto, é possível destacar os seguintes argumentos em defesa da possibilidade de delegação do exercício do poder de polícia para particulares; (i) não há vedação constitucional para delegação do poder de polícia; (ii) para delegação do exercício do poder de polícia não é obrigatória previsão expressa constitucional; (iii) através de interpretação sistemática da constituição é possível observar a intenção do constituinte pela delegação; (iv) deve-se levar em consideração aspectos pragmáticos em relação ao exercício efetivo do poder de polícia, que deve ser visto como poder defensor de garantias fundamentais; (v) a busca pelo lucro não pode ser visto como impedimento ao exercício do poder de polícia; e (vi) a estabilidade do agente no exercício do poder de polícia não é sinônimo de imparcialidade.

Vale dizer que, parte da doutrina que defende a possibilidade de delegação do poder de polícia para particulares entende que são necessários os seguintes requisitos para delegação do exercício do poder de polícia: (i) previsão legal sobre a delegação, (ii) parâmetro de controle do exercício de polícia e (iii) isonomia na escolha do agente.

5. CONCLUSÃO

Pela análise do presente trabalho fica fácil perceber que a possibilidade de delegação do exercício de polícia para particulares representa um verdadeiro embate entre a concepção clássica do poder de polícia e a concepção mais vanguardista do mesmo instituto.

E, justamente, tratando sobre esse embate, no caso concreto, foi ajuizada a ação civil pública nº 2006/0025288-1, ajuizada pelo Ministério Público de Minas Gerais (defensor da visão clássica de poder de polícia que baseado, entre outros fundamentos, no princípio da supremacia do interesse público, defende a sua indelegabilidade) em face da Empresa de Transporte e Trânsito de Belo Horizonte – BHTRANS (defensora da visão moderna de poder de polícia que, tendo em vista a necessidade de se garantir maior efetividade, advoga pela delegabilidade).

Embora os argumentos adotados pelas partes sejam utilizados, sobretudo, para defesa de interesses próprios, a análise da ação civil pública nº 2006/0025288-1 se mostra extremamente didática para se discutir a possibilidade de delegação do poder de polícia para particulares, pois constam dos autos os mais diversos argumentos expostos por alguns dos juristas mais importantes do nosso país.

Assim, a clareza dos argumentos trazidos pelas partes, tendo em vista o caso concreto, torna muito mais fácil se observar os posicionamentos adotados acerca do tema.

Ressalte-se que os argumentos trazidos pelo Ministério Público e pela BHTRANS são praticamente idênticos aos mencionados pela doutrina para defender ou não,

genericamente, a delegação do exercício do poder de polícia para particulares. Tal fato tornou ainda mais didática a análise do *leading case*.

Ademais, aumentando ainda mais a importância da ação civil pública nº 2006/0025288-1 e, portanto, de sua análise, ao ser julgada pelo Superior Tribunal de Justiça, o entendimento proferido pela referida corte passou a ser repetido até hoje pelo próprio Superior Tribunal de Justiça como também pelos outros Tribunais do país.

Acerca da análise da ação civil pública nº 2006/0025288-1 o já mencionado professor Gustavo Binenbojm, afirma o seguinte:

Ao analisar o recurso especial, a 2ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, em construção sistemática até então inédita, embora tenha reformado o acórdão do E. TJMG, delimitou balizas para o legítimo exercício do poder de polícia por pessoas dotadas de personalidade jurídica de direito privado.

Em relação, propriamente, aos argumentos mencionados no *leading case* e expostos no presente trabalho destacamos, dessa vez sobrepostos para uma maior compreensão, os seguintes:

Pela impossibilidade de delegação do exercício do poder de polícia para particulares; (i) inexistência de previsão constitucional nesse sentido; (ii) a existência do princípio da supremacia do interesse público; (iii) a impossibilidade dos atributos da coercibilidade e da autoexecutoriedade serem exercidos pelos particulares; (iv) a busca ilimitada pelo lucro, característica dos entes privados; e (v) a ausência de prerrogativas dos agentes privados no exercício do poder de polícia, sobretudo a estabilidade.

Já em defesa da possibilidade de delegação do exercício do poder de polícia para particulares; (i) não há vedação constitucional para delegação do poder de polícia; (ii) para delegação do exercício do poder de polícia não é obrigatória previsão expressa constitucional; (iii) através de interpretação sistemática da constituição é possível observar a intenção do constituinte pela delegação; (iv) deve-se levar em consideração aspectos pragmáticos em relação ao exercício efetivo do poder de polícia, que deve ser visto como poder defensor de garantias fundamentais; (v) a busca pelo lucro não pode ser

visto como impedimento ao exercício do poder de polícia; e (vi) a estabilidade do agente no exercício do poder de polícia não é sinônimo de imparcialidade.

Pois bem, levando em conta todos os argumentos apresentados não parece ser mais coerente impedir a delegação do exercício de polícia pelos particulares, principalmente, tendo por fundamento a definição atual do poder de polícia como protetor das garantias fundamentais.

Tal fundamento deve ser adotado na medida em que não se pode ignorar o fenômeno da constitucionalização, que consiste na análise dos institutos jurídicos através da constituição.

Até mesmo por essa razão deve-se buscar alternativas que de fato garantam à população o exercício efetivo do poder de polícia, isto é, a garantia do interesse público.

Fato é que, tendo em vista a grave crise econômica estatal, tem sido cada vez mais difícil para o Estado, por meios próprios, tornar efetivo o exercício do poder de polícia administrativa. Por essa razão, o constituinte previu diversas formas de delegação de funções estatais, o que, apesar de não mencionarem expressamente o poder de polícia indicam essa possibilidade.

Nesse sentido, o professor Gustavo Binjenbojm³¹ ensina:

Como já se expôs, o exercício de funções públicas não pode desconsiderar os custos que elas envolvem e as limitações impostas pela realidade concreta. Por vezes não será viável nem factível, material e tecnologicamente, a adoção de medidas de polícia diretamente pelo ente público. [...] Nesses casos, o impulso paradigmático aponta para a necessidade do reconhecimento da legitimidade de arranjos institucionais que permitam que o Poder Público se valha do auxílio de particulares, em maior ou menor grau, para o exercício de funções de ordenação na vida social e econômica.

Além disso, o argumento de que a estabilidade do agente público proporcionaria que o exercício do poder de polícia ocorreria de maneira isenta, não se mostra razoável,

³¹ BINENBOJM, Gustavo. Poder de Polícia, Ordenação, Regulação. 1ªed. Belo Horizonte: Fórum, 2016. Pág. 265

pois, além de desconsiderar que as decisões tidas como mais importantes da Administração Pública são tomadas por agentes não concursados que não possuem estabilidade, ignora também os diversos casos de corrupção em que o agente público se utiliza de sua posição para atender interesse próprio.

Por fim, chamo a atenção para o fato de que a delegação do exercício do poder de polícia, assim como ocorre com o serviço público, não implica em transferência de sua titulariedade, que continuaria sendo do Estado.

Todavia, conforme já exposto, esses e outros argumentos a favor da delegação do exercício do poder para particulares ainda sofrem muita resistência nos Tribunais de Justiça do país.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICA

BINENBOJM, Gustavo. *Poder de Polícia, Ordenação, Regulação*. 1ªed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

BROS, Sara; *Méthodes d'Exercices Juridiques*. Levallois Perret, François X. Editora Éditions Francis Lefebvre. 2007.

CARVALHO, Raquel Melo Urbano de. *Curso de Direito Administrativo; parte geral, intervenção do Estado e estrutura da administração*. Salvador; JusPodivm, 2008

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 23 ed. Ver. Ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

DA CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro. *Poder de Polícia: Compreensão contemporânea do instituto e discussão sobre a possibilidade de delegação de seu exercício a entes privados*. 1ª ed. São Paulo: IELD, 2014.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanela. *Direito Administrativo*. 19ª ed, São Paulo: Atlas, 2012.

MEDAUAR, Odete. *Poder de Polícia na Atualidade*. 1ªed. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de: "*Curso De Direito Administrativo*". 15 Ed. Malheiros, São Paulo, 2002.

MOTTA, Carlos Pinto Coelho, *Boletim de Direito Administrativo*, São Paulo. 1997

PEREIRA, Flávio Henrique Unes. *Regulação Fiscalização Sanção: Fundamentos e Requisitos da Delegação do Exercício do Poder de Polícia Administrativa a Particulares*. 1ªed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

RIVERO, Jean. *Direito Administrativo*, trad. De Rogério Ehrhardt Soares, Coimbra: Almedina, 1981.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Empresa Estatal pode exercer o Poder de Policia.* BDA fevereiro/93.