

PARTICULARES EM COLABORAÇÃO COM O EXERCÍCIO DO PODER DE POLÍCIA

O "PROCEDIMENTO DE POLÍCIA"

RAFAEL WALLBACH SCHWIND

1 Introdução

1 Muito se tem discutido a respeito da participação dos particulares no exercício do poder de polícia.

Ao mesmo tempo que se afirma a "indelegabilidade" do poder de polícia, a doutrina não tem dificuldades em admitir a atuação de pessoas privadas no desempenho de atividades que denomina de acessórias ou conexas, inclusive recorrendo a diversas previsões legais que dão suporte a esse entendimento. Assim, sob certo ângulo, admite-se que particulares exerçam atividades que integram o plexo de atuações que compõem o chamado poder de polícia.

2 Na verdade, o tema da participação dos particulares no exercício do poder de polícia nada tem de novo.¹ A questão, ao que parece, é que a tendência atual do Estado em trespassar parcela de suas atividades aos privados acaba abrangendo também as atuações que envolvem o exercício do poder de polícia.

Além disso, recentemente, foram proferidas decisões judiciais que tiveram grande repercussão ao concluírem pela impossibilidade de

¹ Pela bibliografia mencionada ao longo do texto, nota-se que a questão é discutida há muito tempo.

delegação de poder de polícia a sociedades de economia mista criadas para realizar a atividade de fiscalização de trânsito.²

Esses precedentes geraram alguma preocupação ao menos por duas razões principais. Por um lado, em razão de se ter adotado tal entendimento mesmo quando as sociedades de economia mista em questão não possuíam praticamente nenhuma participação de capital privado e inegavelmente não atuavam no mercado em busca de lucro. Por outro lado, porque, como essas entidades estatais desempenhavam a atividade de polícia há muitos anos, o reconhecimento da ilegalidade da sua atuação poderia desestruturar toda a sistemática de fiscalização do trânsito — basta pensar, por exemplo, que a consequência lógica das decisões seria a invalidade de todas as sanções aplicadas por essas empresas estatais.

3 Ao comentar essas decisões, muitos criticaram o entendimento adotado. Afirmaram a viabilidade do exercício do poder de polícia por particulares, inclusive recorrendo a exemplos que, em nosso entendimento, não apresentam nenhuma relação com a atividade de polícia administrativa propriamente dita. Com base em tais exemplos, criticou-se o “dogma doutrinário” da indelegabilidade do poder de polícia. Isso ocorreu sem que se apercebessem de que a doutrina admite de forma relativamente tranquila a participação de particulares em atividades que integram o plexo de atuações que compõem o poder de polícia.

4 Neste artigo, pretendemos tratar da participação dos particulares em colaboração com o exercício do poder de polícia.³

² O caso mais noticiado é o da BHTrans, decidido pelo STJ (REsp nº 817.534, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. 10.11.2009). Decidiu-se o seguinte: “5. Somente os atos relativos ao consentimento e à fiscalização são delegáveis, pois aqueles referentes à legislação e à sanção derivam do poder de coerção do Poder Público. 6. No que tange aos atos de sanção, o bom desenvolvimento por particulares estaria, inclusive, comprometido pela busca do lucro — aplicação de multas para aumentar a arrecadação”. No final de março de 2012, o Plenário Virtual do Supremo Tribunal Federal (STF) reconheceu a existência de repercussão geral no tema contido no Recurso Extraordinário com Agravo (ARE) 662186, interposto pela BHTrans. A decisão será de enorme importância para a definição do exercício de poder de polícia por sociedade de economia mista. Há ainda outro caso semelhante, em que o Tribunal de Justiça do Paraná, na ADI nº 052.764-2 (Rel. Des. Antônio Martelozzo, j. 16.9.2011), adotou entendimento semelhante. No caso, entendeu-se que o órgão fiscalizador do trânsito daquele município (DIRETRAN), por integrar uma sociedade de economia mista (URBS – Urbanização de Curitiba S.A.), não poderia exercer o poder de polícia. Constatou da ementa o seguinte: “Delegação de atividade típica de Estado para entidade privada, *in casu*, a URBS, sociedade de economia mista – Violação do princípio da impessoalidade e da supremacia do interesse público sobre o particular”. Isso levou o município de Curitiba a constituir uma Secretaria de Trânsito (SETRAN), integrante da Administração direta, que foi instalada no início do ano de 2012 justamente para exercer o papel que anteriormente era desempenhado pela DIRETRAN.

³ Por “particulares”, neste texto, designam-se as pessoas privadas que não apresentam nenhuma participação estatal. Não se tratará aqui, portanto, das empresas estatais (empresas públicas e sociedades de economia mista). Confira-se o tema do exercício do poder de polícia por empresas estatais em artigo específico constante desta coletânea, de autoria de Rodrigo Pagani de Souza.

Entendemos que o tema não deve ser enquadrado como uma discussão acerca da possibilidade ou não de haver a “delegação do poder de polícia” a entes privados.

A expressão “delegação do poder de polícia” mais confunde do que esclarece. Isso porque não há propriamente uma atividade única que possa ser enquadrada como “poder de polícia” e sobre a qual se possa controverter a respeito da possibilidade de sua “delegação”.

O poder de polícia compreende uma série de atividades distintas, sendo em tese possível que haja o desempenho de algumas delas por particulares sem com isso ofender compreensões que guardam relação direta com o instituto (como o monopólio da violência pelo Estado e o argumento de natureza ética — relacionado com o direito constitucional da liberdade — segundo o qual não seria moralmente válido a um homem exercer sobre outro homem qualquer espécie de poder expressado pela força).⁴

Desde logo, propomos aqui que o poder de polícia seja encarado não como um ato isolado de poder, mas como um plexo de atividades de natureza distinta: um *procedimento de polícia*. Afinal, como ensina Odete Medauar, se (i) a processualidade vincula-se à disciplina do exercício do poder estatal, e se (ii) onde há o exercício do poder, há utilidade de uma concepção metodológica de processualidade ampla,⁵ o poder de polícia, sendo uma das facetas mais evidentes da imperatividade da Administração, deve ser estudado também dentro de uma concepção de processualidade ampla. Essa visão, cremos, auxilia a análise do tema e permite uma melhor compreensão acerca da atuação dos particulares no desempenho das diversas atividades que integram o chamado poder de polícia.

5 Para tratarmos do tema, inicialmente faremos uma breve explicação sobre o que se compreende por poder de polícia. Sem qualquer pretensão de esgotar o tema,⁶ será demonstrado que o poder de polícia abrange uma série de atividades diversas, encadeadas⁷ para a realização de um fim (“procedimento de polícia”), sendo que nem todas elas envolvem o uso da coerção.

Depois, serão examinadas situações que envolvem a atuação de particulares no procedimento de polícia, com ênfase em alguns casos previstos no Código de Trânsito Brasileiro (CTB). Evidentemente, existem

⁴ GUIMARÃES. As parcerias público-privadas e a transferência de atividades de suporte ao poder de polícia: em especial, a questão dos contratos de gestão privada de serviços em estabelecimentos prisionais. In: SUNDFELD (Coord.). *Parcerias público-privadas*, p. 390.

⁵ MEDAUAR. *A processualidade no direito administrativo*, p. 32.

⁶ A concepção do que se entende por poder de polícia é tema de outro ensaio publicado nesta coletânea, de autoria da professora Odete Medauar.

⁷ Segundo Odete Medauar: “O encadeamento sucessivo dos atos ocorre não como algo eventual ou meramente lícito, mas como algo juridicamente necessário e obrigatório” (*A processualidade no direito administrativo*, p. 29).

diversas outras situações, mas optou-se por restringir à análise ao CTB por se tratar de situações frequentes e que foram intensamente discutidas perante o Poder Judiciário.

Em seguida, distinguiremos algumas situações que, segundo nossa compreensão, não envolvem o exercício do poder de polícia estatal. Entendemos necessário distinguir essas situações porque, no afã de sustentar a possibilidade do exercício do poder de polícia por particulares, muitas vezes apontam-se como exemplos certas atividades que não envolvem verdadeiramente o exercício do poder de polícia — o que somente amplia a confusão em torno do tema.

Na sequência, examinaremos os arranjos negociais viabilizadores da participação dos particulares no procedimento de polícia, bem como os fatores de cautela que precisam ser observados.

Ao final, relacionaremos as conclusões a que chegamos no desenvolvimento do tema.

2 O poder de polícia

2.1 A noção de poder de polícia

6 O poder de polícia pode ser definido como a atividade administrativa de condicionamento dos direitos e da liberdade, ajustando-os aos interesses coletivos. Para Odete Medauar, trata-se de uma das atividades em que mais se expressa a face imperativa da Administração Pública. Segundo a doutrinadora, onde existe um ordenamento, este não pode deixar de adotar medidas para disciplinar o exercício de direitos fundamentais de indivíduos e grupos.⁸

7 O poder de polícia é uma atividade essencialmente administrativa. Ou seja, é desempenhado pela Administração, ainda que com a colaboração de particulares em determinadas situações.

Por vezes, aponta-se que a elaboração normativa de restrições, por meio de leis, seria atividade integrante do poder de polícia. Entretanto, é mais comum a adoção de uma concepção mais restritiva, segundo a qual o poder de polícia compreende unicamente as intervenções tanto gerais e abstratas (como os regulamentos) quanto concretas e específicas (como autorizações, licenças, fiscalização, sanções) da Administração destinadas a condicionar a atuação dos administrados.

8 Podem ser apontadas algumas características nucleares do poder de polícia.

⁸ MEDAUAR. *Direito administrativo moderno*, p. 331.

Além de ser uma atividade administrativa (portanto, exercida pela Administração Pública, ainda que com a colaboração dos particulares, como será visto abaixo), o exercício do poder de polícia é subordinado à ordem jurídica. Deve observar os princípios da legalidade, moralidade, impessoalidade, proporcionalidade, dentre outros, sujeitando-se sempre ao controle jurisdicional.

O poder de polícia limita o uso da liberdade e da propriedade, de tal forma que tais limitações integram o próprio perfil dos direitos dos particulares. Logo, não há limitações *ao direito* da liberdade ou *ao direito* da propriedade, e sim limitações à liberdade e à propriedade.⁹ Existe uma disparidade entre o conteúdo abstrato de um direito e o seu conteúdo real.

O poder de polícia, portanto, limita, condiciona. Apresenta uma feição negativa, ao contrário do que ocorre com os serviços públicos, que apresentam um conteúdo positivo, de oferecimento de utilidades aos seus usuários.

Além disso, o poder de polícia como manifestação coativa funda-se na legitimidade do poder político.

Estas são as noções mais usuais acerca do poder de polícia.

2.2 A complexidade do poder de polícia no Estado contemporâneo e a conveniência do recurso à atuação dos particulares

9 Mais recentemente, propôs-se a superação do termo “poder de polícia” por outras expressões mais adequadas, como a de “administração ordenadora” — que seria um dos três grandes setores da ação administrativa, ao lado da *administração de gestão* e da *administração fomentadora*.¹⁰

Isso porque a noção de poder de polícia foi criada para um Estado mínimo que, sem qualquer preocupação em interferir na economia, voltava-se à imposição de limites negativos à liberdade e à propriedade a fim de que houvesse condições de convivência dos direitos. Daí cunhar-se a ideia de poder de polícia como uma imposição ao particular do dever de abstenção, de não fazer.

Entretanto, conforme sustenta Carlos Ari Sundfeld,

[...] modernamente, a interferência estatal se intensificou e mudou de qualidade, por conta da superação do liberalismo clássico. O Estado Social, mais do que pretender a harmonização dos direitos individuais, impõe projetos a serem implementados coletivamente: o desenvolvimento nacional, a redução das desigualdades, a proteção do meio ambiente, a preservação do

⁹ É a lição de Celso Antônio Bandeira de Mello, com base nos ensinamentos de Renato Alessi (*Curso de direito administrativo*, p. 776).

¹⁰ SUNDFELD. *Direito administrativo ordenador*, p. 16.

patrimônio histórico. De atuação restrita ao campo *microjurídico*, o Estado avançou para o setor do *macrojurídico*.¹¹

10 Não cabe aqui nos aprofundar no tema da reavaliação do papel do poder de polícia (ou da atuação ordenadora da Administração Pública) no Estado contemporâneo. Definitivamente, não é este o objeto do presente estudo.

Para os efeitos deste ensaio, contudo, basta-nos a constatação da existência de uma crescente complexidade no exercício do poder de polícia. De fato, as demandas pelo exercício do poder de polícia numa estrutura estatal que assume funções e atividades cada vez mais variadas adquire uma complexidade crescente. O desempenho do poder de polícia nesse contexto passa a demandar uma alta especialização dos seus executores, técnicas mais apuradas, recursos humanos e financeiros mais elevados. A colaboração dos particulares no exercício de certas atividades pode ser um fator relevante para o desempenho mais eficaz e eficiente do poder de polícia. Daí a atuação de particulares por meio da realização de uma série de arranjos diferenciados: contratação da prestação de serviços, terceirizações, parcerias público-privadas, franquias, entre outras. Com isso, em vez de se aparelhar de forma desmesurada, o que seria altamente custoso e ineficiente, o Estado se vale da atuação dos particulares para o desempenho de determinadas atividades que integram o exercício do poder de polícia.¹²

É o que aponta Adilson Abreu Dallari. Em artigo que tratava da figura do credenciamento, publicado ainda em 1997, o doutrinador, mencionando a *parceria* como uma palavra da moda naquela época, dizia que “a Administração Pública cada vez mais se aproxima dos particulares, para deixar a cargo destes certas atividades que tradicionalmente eram ou seriam suas, tornando cada vez mais indistinto o limite entre o público e o privado”.¹³

O exemplo mencionado pelo doutrinador para ilustrar essa afirmação era justamente o da vistoria preliminar ao licenciamento de veículos, que ainda hoje gera intensas discussões. Tal atividade sempre foi desempenhada de maneira rudimentar e empírica; agora, exigem-se para tal vistoria sofisticados aparelhos eletrônicos, de custo elevado, cuja aquisição pela Administração Pública é impossível ou no mínimo inconveniente. Nesse contexto, “não é de se esperar que o Poder Público venha a investir na aquisição de equipamentos e na preparação de pessoal para desenvolver atividades que exijam alta tecnologia. Assim, não existe alternativa senão recorrer, com maior ou menor aqodamento, ao concurso de particulares”.¹⁴

¹¹ SUNDFELD. *Direito administrativo ordenador*, p. 14.

¹² ZAGO. O dogma da indelegabilidade do poder de polícia defrontado com casos do Código de Trânsito Brasileiro, *Fórum Administrativo – FA*, p. 48.

¹³ DALLARI. Credenciamento. In: BANDEIRA DE MELLO (Coord.). *Estudos em homenagem a Geraldo Ataliba*, p. 42.

¹⁴ DALLARI. Credenciamento. In: BANDEIRA DE MELLO (Coord.). *Estudos em homenagem a Geraldo Ataliba*, p. 43.

As vantagens de se valer de particulares para o exercício de atividades que guardam relação com o poder de polícia é ressaltada também por José Vicente Santos de Mendonça. Para ele, “há certas características do regime de direito privado, como a desobstrução burocrática e a maior velocidade na resposta aos estímulos externos, que tornariam mais eficiente o exercício do poder de polícia”.¹⁵

Portanto, a complexidade do desempenho do poder de polícia no Estado contemporâneo gera um ambiente propício para se intensificar a participação dos particulares no seu desempenho — evidentemente, com uma série de limitações que serão tratadas abaixo.

2.3 O “procedimento de polícia” e a ausência de vinculação necessária entre exercício de coação e exercício de poder de polícia

11 Outro dado relevante para o exame da participação dos particulares em colaboração com o desempenho do poder de polícia diz respeito à constatação de que o poder de polícia envolve um complexo de atividades distintas, sendo que elas não precisam todas ser exercidas necessariamente pela mesma pessoa nem pelo mesmo órgão.

Um dos desenvolvimentos teóricos que melhor ilustra essa afirmação consiste na proposição de que existe um ciclo para o exercício do poder de polícia. Trata-se do chamado “ciclo de polícia”.¹⁶

A teoria do ciclo de polícia divide o desempenho do poder de polícia em quatro fases: (i) “ordem de polícia”, que é o preceito legal que servirá de base para o exercício do poder; (ii) “consentimento de polícia”, que é o ato de anuência do Poder Público à atuação do particular nos casos em que a lei exige tal ato (licenças, alvarás, autorizações, entre outros); (iii) “fiscalização de polícia”, em que se verifica o cumprimento das ordens de polícia e a manutenção das condições exigidas para o consentimento de polícia; (iv) “sanção de polícia”, que corresponde à aplicação de medidas punitivas ao administrado.

Outras proposições ainda poderiam dividir o desempenho do poder de polícia em outras fases.¹⁷

¹⁵ MENDONÇA. Estatais com poder de polícia: por que não?. *Revista de Direito Administrativo – RDA*, p. 102.

¹⁶ MOREIRA NETO. *Curso de direito administrativo*, p. 444-447. Trata-se, aliás, de uma visão compatível com a nossa proposta de se examinar o exercício do poder de polícia dentro de uma visão de processualidade ampla: procedimento de polícia.

¹⁷ Ao tratar do poder de polícia resultante das competências reguladas pelo Código de Trânsito Brasileiro, por exemplo, Marina Fontão Zago entende que há três fases no seu desempenho: (i) fiscalização, (ii) constatação da infração de trânsito; e (iii) emissão do auto de infração

12 Na realidade, a divisão teórica do exercício do poder de polícia em fases perfeitamente delimitadas e caracterizadas nos parece algo bastante artificial. Em certos casos, não haverá a presença de todas as fases. Em outros, não será possível isolar uma fase da outra.

Para nós, basta a constatação de que o poder de polícia envolve uma série de atividades distintas, praticadas de modo encadeado e voltadas a um fim, que é o condicionamento dos direitos em sociedade. Trata-se, portanto, de um *procedimento de polícia*.

Essa proposta metodológica do “procedimento de polícia” tem a virtude de demonstrar que o desempenho do poder de polícia engloba um plexo de atividades de naturezas diversas, sendo que nem todas envolvem diretamente o exercício de coerção sobre o administrado.

É o que ressalta Carlos Ari Sunfeld. Para ele, “é preciso ter presente que poder de polícia e coação administrativa não caminham necessariamente juntos. Um órgão pode exercer atividade de polícia sem que esteja legitimado à coação administrativa”.¹⁸

Assim, havendo atividades distintas que integram o procedimento de polícia, sendo que nem todas elas envolvem o emprego da coerção, pode-se admitir que as diversas fases sejam exercidas por pessoas distintas, eventualmente até por particulares.¹⁹ Afinal, não havendo o emprego de coerção em certas atividades, deixa de haver o impedimento de natureza ética — de que não é moralmente válido que um homem exerça sobre outro homem qualquer espécie de poder expressado pela força.

José Vicente Santos de Mendonça sintetiza bem esse pensamento. Segundo ele,

[...] embora comum, não há uma vinculação logicamente necessária entre exercício da coação e exercício do poder de polícia. É que o exercício do poder de polícia envolve impor condicionamentos por intermédio das chamadas ‘ordens’, emitir autorizações ou licenças, fiscalizar e, também, impor sanções — mas as atividades não precisam ser exercidas, todas elas, por um mesmo órgão ou entidade. Cada fase do ciclo de polícia poderia, em tese, ser exercida por uma pessoa diferente.²⁰

13 Assim, cabe examinar adequadamente até que ponto os particulares podem colaborar com o exercício do poder de polícia.

(O dogma da indelegabilidade do poder de polícia defrontado com casos do Código de Trânsito Brasileiro, *Fórum Administrativo* – FA, p. 51).

¹⁸ SUNDFELD. Empresa estatal pode exercer o poder de polícia. *Boletim de Direito Administrativo*, p. 101.

¹⁹ Por isso não se pretende reduzir a discussão em termos de ser possível ou não a “delegação do poder de polícia” a particulares. O poder de polícia envolve atividades distintas, de naturezas diversas. Algumas delas poderão ser desempenhadas por particulares sem que com isso haja ofensa aos princípios éticos e ao monopólio da violência detido pelo Estado. Mas não se deve afirmar de modo genérico que o poder de polícia pode (ou não) ser delegado a particulares.

²⁰ Estatais com poder de polícia: por que não? *Revista de Direito Administrativo* – RDA, p. 100.

3 Limites à colaboração dos particulares no exercício do poder de polícia

3.1 Pressupostos

14 Ainda que se admita a participação de particulares no desempenho de atividades que integram o “procedimento de polícia”, é inegável que há limites para a sua atuação.

15 Um dos fundamentos do poder de polícia reside na *supremacia do Estado* perante os administrados. Justamente por ser o ente responsável pela ordenação e pela instituição da ordem em seu território, é imprescindível que o Estado condicione os direitos individuais fazendo uso de normas e sanções.

Assim, a atribuição irrestrita do exercício do poder de polícia a particulares afetaria o núcleo do Estado, atingiria sua razão de ser.

16 Além disso, o exercício do poder de polícia pelo Estado constitui uma decorrência direta da legitimidade do poder político. Atribui-se poder ao Estado para que ele, de forma legítima, exerça competências em busca do atendimento dos interesses da própria coletividade. É essa legitimidade que justifica a atribuição de espaços de discricionariedade à Administração para que ela conforme os direitos individuais.

Atribuir irrestritamente a função de polícia a terceiros equivaleria a delegar poderes administrativos decisórios a pessoas que não dispõem de legitimidade para tanto. Ao Estado não é dado delegar funções de autonomia pública, uma vez que os particulares não têm legitimidade para definição dos interesses coletivos. O Estado é o único legitimado a promover escolhas políticas acerca dos interesses sociais que permeiam o exercício do poder de polícia.

17 Outro fator relevante diz respeito ao monopólio da força pelo Estado, que se relaciona diretamente com o princípio da isonomia entre os administrados.

O Estado, como mecanismo legítimo para a conformação dos direitos individuais, é quem decide acerca do uso da violência — a qual, evidentemente, tem um caráter instrumental voltado ao atendimento dos valores fundamentais. Sendo a violência um monopólio do Estado, o exercício de coação de um particular sobre o outro (salvo previsões legais absolutamente excepcionais) ocasionaria a quebra de um equilíbrio imanente nas relações entre os particulares.

18 Por fim, há um argumento de natureza ética já mencionado acima, e que também se relaciona com o princípio da isonomia entre os administrados. Não é moralmente válido que um homem exerça qualquer espécie de poder pela força sobre outro homem. Se uma pessoa pudesse impor restrições e condicionamentos aos direitos individuais de outra pessoa, sem

qualquer recurso aos meios estatais de tutela (como o Judiciário), deixaria de haver o necessário equilíbrio entre elas.

Portanto, há uma série de limitações que restringem a participação de particulares no desempenho do poder de polícia. Os particulares não poderão desempenhar competências imperativas e coercitivas, sob pena de contrariar-se a própria razão de ser do Estado e de haver uma quebra do equilíbrio imanente entre os administrados. Seria inconcebível que o Estado atribuísse genericamente a pessoas de direito privado o exercício do poder de polícia.

3.2 Inexistência de critérios genéricos e absolutos de gradação do nível de ingerência do particular

19 Entretanto, como visto acima, o *iter* procedimental do exercício do poder de polícia (procedimento de polícia) envolve a realização de atividades diversas, sendo que não há uma relação necessária entre todas elas e o exercício da coação.

O fato é que nem todas as atividades que integram o procedimento de polícia são intrinsecamente estatais. Algumas delas podem ser exercidas por particulares sem que se viole o monopólio da violência pelo Estado ou o princípio da isonomia entre os administrados.

Não há nenhum óbice, por exemplo, a que o Estado acometa a um particular o encargo de colocar à disposição do Poder Público os recursos materiais e técnicos necessários ao exercício da autoridade.

O que não se admite é que a Administração abdique genericamente do poder que a sociedade lhe atribuiu de exercer a imperatividade e a capacidade de coação. Eventual transferência de atividades intrinsecamente estatais seria inválida.

Uma coisa é decidir o conteúdo jurídico e político relacionado com o poder de polícia. Outra, bem diferente, é a promoção daquilo que foi deliberado pela autoridade pública competente. O procedimento de polícia envolve atividades decisórias e executivas. As primeiras não podem ser exercidas por particulares; as segundas podem.

Ressalve-se que uma atividade essencialmente executiva pode até envolver a tomada de determinadas decisões, mas esse não será um conteúdo decisório estratégico. Terá uma faceta, por assim dizer, mais cotidiana.

Nesse contexto, é interessante fazer referência à lembrança de Fernando Vernalha Guimarães acerca do costume em se classificar a gestão das atividades em geral em *estratégica*, *operacional* e *executiva*.²¹ A *gestão estratégica* de uma atividade é a função mais elevada, compreendendo a

²¹ GUIMARÃES. As parcerias público-privadas e a transferência de atividades de suporte ao poder de polícia: em especial, a questão dos contratos de gestão privada de serviços em estabelecimentos prisionais. In: SUNDFELD (Coord.). *Parcerias público-privadas*, p. 392.

direção e a orientação de uma atividade. A *gestão operacional* é a gestão do funcionamento de um serviço em seus aspectos de regulação e otimização (logística, resolução de conflitos, racionalização, entre outras). A *gestão executiva* compreende a execução material da atividade.

Utilizando-se dessa classificação, o doutrinador menciona que os particulares, no que se refere aos serviços relacionados a funções típicas do Estado, podem receber a transferência de função *executiva*. Jamais as competências *decisórias*, presentes em certa medida na gestão estratégica e na gestão operacional. Assim, admite-se que o particular opere os instrumentos que servem à autoridade decisória, e não que ele exerça a própria autoridade decisória.

Na realidade, essas construções servem apenas para ilustrar em que medida o particular poderia atuar no desempenho das atividades compreendidas no procedimento de polícia. Esse procedimento não é composto necessariamente de fases perfeitamente delimitadas e estanques. Mas é inegável que compreende atividades distintas, nem todas afetas ao exercício direto e imediato de poder de autoridade que é reconhecido ao Estado. O próprio doutrinador ressalva que “em certas situações será extremamente difícil, na prática, delimitar as hipóteses de *gestão da decisão de gestão da execução*”.²²

20 A rigor, será imprecisa qualquer proposta que pretenda estabelecer critérios absolutos e gerais para a delimitação da atuação dos particulares no exercício do *iter* procedimental do poder de polícia.

Por um lado, as atividades que compreendem o poder de polícia são multifacetadas. Envolve decisões normativas, conformações prévias, fiscalizações e sanções. Além disso, lidam com valores bastante diversos: saúde, questões sanitárias, segurança, função social da propriedade, entre outros.

Por outro lado, a evolução tecnológica pode fazer com que a gradação da margem de interferência privada se altere com o tempo.²³

Como critério geral, entendemos que o que importa é que a Administração não abra mão de poderes seus que dependam do exercício da legitimidade política. Mas a solução a respeito da margem adequada

²² As parcerias público-privadas e a transferência de atividades de suporte ao poder de polícia: em especial, a questão dos contratos de gestão privada de serviços em estabelecimentos prisionais, p. 392.

²³ O impacto da evolução tecnológica na gradação do nível de ingerência dos particulares no exercício do poder de polícia é bem ilustrada pelo seguinte exemplo mencionado por Fernando Vernalha Guimarães (*op. cit.*, p. 398). Na Inglaterra, o *Criminal Justice Act*, de 1991, dotou os juizes do poder de expedir ordens de recolher detentos maiores de 16 anos em regime de monitoramento eletrônico. A questão é que empresas de segurança privada encarregam-se da supervisão do programa. Tais empresas, assim, têm acesso a dados essenciais do detento: local em que está, horários etc.

de atuação dos particulares no exercício do poder de polícia há de ser encontrada caso a caso, e a partir dos arranjos negociais travados entre a Administração e as pessoas privadas.

3.3 Casos concretos

21 Como a gradação do nível de ingerência dos particulares no exercício do poder de polícia depende do exame de cada caso concreto, pretendemos agora fazer uma breve análise de três situações previstas no CTB em que há a atuação de entes privados no exercício das atividades que compõem o procedimento de polícia.

Não há aqui nenhuma pretensão de esgotar todos os casos. Existe uma infinidade de situações em que os particulares assumem responsabilidades diretamente ligadas ao conceito de poder de polícia. Assim, trataremos de apenas alguns casos previstos no CTB, por serem bastante disseminados e ilustrarem bem a participação dos particulares no procedimento de polícia.

3.3.1 Inspeção veicular

22 Em regra, qualquer pessoa pode exercer a propriedade sobre um veículo. O direito de propriedade compreende o direito de dispor sobre o bem, de trafegar com esse veículo pelas vias públicas, de alterar algumas configurações o veículo, entre outros. Entretanto, é evidente que o direito em questão não é absoluto. O sujeito deve observar uma série de condicionamentos.

Um desses condicionamentos diz respeito às condições de segurança, de controle de emissão de gases e de ruído do veículo. Por questões ambientais e de segurança, o CTB previu a figura da inspeção veicular, nos seguintes termos:

Art. 104. Os veículos em circulação terão suas condições de segurança, de controle de emissão de gases poluentes e de ruído avaliadas mediante inspeção, que será obrigatória, na forma e periodicidade estabelecidas pelo CONTRAN para os itens de segurança e pelo CONAMA para emissão de gases poluentes e ruído. [...]

§5º Será aplicada a medida administrativa de retenção aos veículos reprovados na inspeção de segurança e na de emissão de gases poluentes e ruído.

Portanto, a pessoa que deseja exercer o direito de trafegar com seu veículo — algo que se insere no seu direito de propriedade — deverá obter avaliações periódicas e aprovações em inspeções veiculares que examinarão os itens de segurança e os níveis de emissão de gases poluentes e de ruído. Atestado o atendimento das condições necessárias, emite-se o ato

de licença. Já em caso de reprovação, será aplicada a medida preventiva de retenção, e o particular não mais poderá exercer o direito de trafegar com o veículo até que as condições sejam regularizadas.

23 A inspeção veicular tem evidente relação com o exercício do poder de polícia. Trata-se de uma atividade desempenhada para avaliar se o veículo atende aos requisitos mínimos para que possa trafegar pelas vias terrestres. Em caso de reprovação, o particular perde momentaneamente o direito de utilizar o veículo (direito esse que compõe o seu direito de propriedade) até que haja a adaptação às condições exigidas pelas autoridades competentes.

Em princípio, o Estado poderia realizar diretamente a inspeção veicular por meio de servidores públicos, utilizando-se inclusive de equipamentos adquiridos pelo próprio Estado. Entretanto, o Estado com frequência se vale da atuação de particulares para a realização das inspeções (e, note-se, não há nenhuma vedação no CTB a que a inspeção veicular seja desempenhada por pessoas privadas). Trata-se de pessoas *credenciadas* pelo Poder Público para a realização da atividade de inspeção veicular, ou que recebem um instrumento de *delegação* para o desempenho dessa atividade. Tais pessoas privadas realizam a inspeção dos veículos propriamente dita e, ao final, emitem um atestado (ou certificado) de inspeção técnica que relata as condições do veículo.

O atestado de inspeção técnica emitido pelo particular que inspecionou o veículo é o instrumento que proporcionará à autoridade pública competente as informações técnicas necessárias à tomada de decisão quanto à emissão do ato de licenciamento ou para a determinação de retenção do veículo.

24 Como se vê, no caso das inspeções veiculares, o particular que realiza a inspeção não toma nenhuma decisão propriamente dita. Ele apenas realiza o ato técnico de inspeção, emitindo um documento (atestado de inspeção) que é repassado à autoridade competente para o seu exame. A autoridade pública é que toma a decisão de licenciar o veículo, ou de aplicar a medida administrativa de retenção, ainda que se baseando no relatório emitido pelo particular. Não há, portanto, um ato de poder praticado pelo particular. Este desempenha uma atividade eminentemente técnica, que subsidiará a decisão a ser tomada pela autoridade pública competente.

Entretanto, até se poderia admitir a tomada de decisão por particular. Segundo Pedro Gonçalves,

[...] há, abstractamente, duas possibilidades de explicar a natureza pública dos poderes actuados na realização de inspeções: ou se entende que às entidades autorizadas está cometida uma função de natureza meramente preparatória, no âmbito de um procedimento administrativo que culmina com uma decisão de uma autoridade pública (sistema italiano), ou se considera que a essas entidades cabe a preparação do procedimento, bem como

a tomada da decisão que o encerra. O sistema português é claramente o segundo. Entre nós, como na Alemanha ou em Espanha (e ao contrário do que se verifica na Itália), a entidade autorizada, sem qualquer intervenção administrativa posterior, toma a decisão de aprovar ou reprová-lo veículo. A decisão positiva, documentada por uma ficha de inspeção e por uma vinqueta ou por um certificado, e que constitui um *acto certificativo*, comporta um efeito jurídico positivo que imediatamente se incrusta na esfera jurídica do proprietário do veículo.²⁴

Poder-se-ia questionar a possibilidade de realização de inspeções veiculares por entes privados, sob o argumento de que o poder de polícia não pode ser delegado a particulares.

Entretanto, a discussão a respeito de haver ou não uma delegação do poder de polícia na atividade de inspeção veicular não contribui para a compreensão do fenómeno. Em nossa visão, há um procedimento de polícia, em que o particular colabora com a Administração Pública para a prática de um ato de polícia. A colaboração do particular se dá mediante o desempenho de uma atividade de natureza técnica, não decisória, que por si só não afeta diretamente o exercício do direito de propriedade sobre o veículo avaliado.

25 Tampouco nos parece relevante tentar fazer uma distinção entre atividades-fim e atividades-meio, que supostamente justificaria o exercício destas (e não daquelas) por particulares.

A inspeção veicular, desempenhada ou não por particulares, não é o fim último buscado pelo Poder Público. Nesse sentido, ela é acessória ao ato final do procedimento de polícia. Nem por isso, contudo, a inspeção veicular é um ato menor. Seria uma ingenuidade afirmar que a inspeção veicular constituiria uma atividade secundária. Ela é talvez a atividade principal do procedimento de polícia, em que se verificam e se relatam as condições do veículo. Entretanto, trata-se de atividade objetiva, de natureza técnica, cujo resultado será levado em conta pela autoridade competente se houver sido desempenhada em conformidade com as especificações consideradas válidas e pertinentes pela Administração. O Estado não fica propriamente refém das conclusões do particular, mas confiará nelas se os procedimentos previamente estabelecidos foram seguidos.

Mesmo sendo a inspeção veicular uma atividade central (talvez a mais importante e decisiva) do procedimento de polícia que culmina no licenciamento ou retenção, não há nenhuma vedação a que seja desempenhada por particular. Entendimento contrário levaria à conclusão de que aos particulares somente poderiam ser trespassadas atividades desimportantes, secundárias ou irrelevantes, o que seria uma afirmação evidentemente equivocada.

Outro ponto importante é que a inspeção veicular constitui uma atividade objetiva. É claro que não existe tal coisa como o conhecimento neutro, que gere aplicações destituídas de alternativas. Afirmar o contrário refletiria uma concepção positivista de ciência, incompatível com a realidade. Entretanto, isso não impede a realização de inspeções veiculares por entes privados, desde que se assegurem condições mínimas de cautela para garantir a regularidade da sua atuação — como a fixação de procedimentos técnicos a serem observados, o estabelecimento de sistemática de remuneração que não crie conflitos objetivos de interesse, entre outras que serão tratadas abaixo. Algo semelhante ocorre também se a inspeção veicular for realizada diretamente pelo Estado. Isso não afastaria o risco de subjetividade por parte de seus funcionários — o que é minimizado com a fixação de procedimentos objetivos e controláveis, dentre outras medidas.

3.3.2 Radares fotográficos

26 A operação de radares fotográficos pode constituir mais um caso em que os particulares atuam no procedimento de polícia.

A fiscalização de trânsito e a aplicação de sanções constituem atividades de polícia. Refletem-se diretamente sobre os direitos fundamentais dos indivíduos.

O §2º do artigo 280 do CTB estabelece que a comprovação das infrações deverá ser feita por declaração do agente de trânsito ou por meio tecnológico possível e regulamentado pelo CONTRAN. Os radares fotográficos que captam excesso de velocidade, avanço de sinal, conversões proibidas e outros tipos de infrações nada mais são do que aparelhos eletrônicos destinados a comprovar essas infrações.

O CTB não prevê expressamente que os radares fotográficos podem ser operados por particulares, mas não nos parece haver dúvidas quanto à viabilidade dessa solução.

É plenamente possível que um particular opere radares fotográficos, instalando tais equipamentos, realizando a sua manutenção periódica — inclusive para que se afira de tempos em tempos a sua precisão — e processando os dados obtidos por esses aparelhos. Tais atividades não precisam ser desempenhadas diretamente pelo Estado.

Portanto, no caso de radares fotográficos operados por particulares, estes participam do procedimento de polícia que pode culminar na aplicação de sanções aos indivíduos. Os particulares executam uma atividade material, objetiva, destinada a gerar dados que serão utilizados pelo Poder Público para tomar uma decisão quanto à aplicação ou não de sanção.

É evidente que algumas cautelas devem ser tomadas. Por exemplo, se a remuneração do particular estiver vinculada ao número de infrações constatadas, haverá um conflito objetivo de interesses que poderá

²⁴ GONÇALVES. *Entidades privadas com poderes públicos*, p. 873.

comprometer a regularidade do desempenho da atividade. Entretanto, não há nenhum impedimento à atuação de particulares no procedimento em questão.

27 Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello,

[...] nada importa que os equipamentos pertençam ou sejam geridos pelo Poder Público ou que pertençam e sejam geridos por particulares, aos quais tenha sido delegada ou com os quais tenha sido meramente contratada. É que as constatações efetuadas por tal meio caracterizam-se pela *impessoalidade* (daí por que não interfere o tema do sujeito, da pessoa) e asseguram, além de exatidão, uma *igualdade* completa no tratamento dos administrados, o que não seria possível obter com o concurso da intervenção humana.²⁵

Há muito tempo, Hartmut Maurer se refere à utilização de formas mecanizadas de produção de atos como sendo casos de “decisões automaticamente produzidas”.²⁶ Não consideramos essa expressão a mais adequada, uma vez que não há como se tomar uma decisão automática, de forma mecânica. O ato de decisão é por essência um ato intelectual, humano, jamais automático. Mas é inegável a existência de atos mecanizados, ainda que não dispensem a participação humana em algum momento.

28 É evidente que a operação dos radares fotográficos constitui atividade central no procedimento de polícia. Se o radar estiver em condições adequadas de funcionamento e de precisão, as informações por ele coletadas serão levadas em consideração pela autoridade pública competente para a aplicação das penalidades cabíveis. Entretanto, a relevância da atividade de operação dos radares fotográficos não exclui a possibilidade de que seja executada por particulares. Não há nenhuma relação entre a importância de uma atividade e a sua possibilidade ou não de ser desempenhada por pessoas privadas.

3.3.3 Certificado de segurança para modificação de veículo ou fabricação artesanal

29 Outro caso de participação dos particulares no procedimento de polícia diz respeito à verificação da regularidade de modificações de veículos e de fabricação artesanal.

Essa possibilidade está prevista no artigo 106 do CTB, nos seguintes termos:

Art. 106. No caso de fabricação artesanal ou de modificação de veículo ou, ainda, quando ocorrer substituição de equipamento de segurança

²⁵ BANDEIRA DE MELLO. *Curso de direito administrativo*, p. 798.

²⁶ MAURER. *Direito administrativo geral*, p. 524.

especificado pelo fabricante, será exigido, para licenciamento e registro, certificado de segurança expedido por instituição técnica credenciada por órgão ou entidade de metrologia legal, conforme norma elaborada pelo CONTRAN.

Portanto, no caso de fabricação artesanal ou de modificação, ou ainda de substituição de equipamento de segurança, o proprietário somente poderá utilizar o veículo após uma verificação das condições de segurança. Essa verificação poderá ser feita por instituições técnicas privadas, desde que credenciadas por órgão ou entidade de metrologia legal. Constatado o atendimento aos requisitos de segurança, o particular que realizou a inspeção emite um certificado de segurança, que embasará o ato da autoridade pública de licenciamento e registro do veículo.

Nesse caso, o particular participa do procedimento de polícia. Desempenha uma atividade técnica de verificação das condições do veículo. O particular não é o responsável pelo licenciamento e pelo registro, mas é inegável que a sua atividade é de extrema relevância. Afinal, se desempenhada de acordo com os requisitos e as normas técnicas aplicáveis, o Poder Público produzirá um ato de polícia (licenciamento e registro) com base nas informações produzidas.

3.4 Figuras afins

30 Certas atividades assemelham-se ao exercício do poder de polícia, mas não se confundem com este. Neste tópico, entendemos necessário esclarecer algumas situações, uma vez que são constantes as menções a casos de “exercício do poder de polícia por particulares” que, na realidade, não apresentam nenhuma relação propriamente com o poder de polícia.

3.4.1 Legítima defesa e detenção em flagrante por qualquer cidadão

31 É conhecida a possibilidade de qualquer cidadão exercer legítima defesa e de realizar a detenção em flagrante de outra pessoa que esteja praticando algum crime às suas vistas (artigo 301 do Código de Processo Penal). Em ambos os casos, o cidadão pode exercer força (inclusive física) em face de outro — ainda que, evidentemente, dentro dos limites da proporcionalidade.²⁷

²⁷ A legítima defesa deverá ser proporcional à conduta do infrator. A detenção em flagrante por qualquer cidadão também deverá ser razoável. Não se confere a ninguém, por exemplo, a possibilidade de manutenção de outras pessoas sob cárcere privado. O cidadão deve encaminhar o sujeito à autoridade pública competente tão logo quanto possível.

Por se tratar de situações que envolvem o emprego de força, é bastante frequente que se relacionem esses casos ao exercício do poder de polícia por particulares. Entretanto, entendemos que tal relação é incorreta.

O exercício da legítima defesa e a detenção por qualquer indivíduo constituem faculdades do particular. Não são um dever.

As situações são diversas, por exemplo, daquela em que o capitão de um navio tem o dever de zelar pela ordem na embarcação. No microcosmo que é a embarcação, não há cidadãos emancipados do poder do Estado. Por isso, conforme explica Pedro Gonçalves,

[...] a *sociedade de bordo* pressupõe uma *autoridade de bordo*, isto é, uma instância hierarquicamente superior, com poderes para, nessa qualidade, tomar medidas que um funcionário público na mesma situação teria competência para adotar. Essa autoridade é o *comandante do navio*.²⁸

Assim, o comandante do navio adquire pelo ordenamento a capacidade de exercer poderes públicos (de polícia propriamente dita) no âmbito da embarcação.

Já o cidadão que exerce legítima defesa ou que efetua a detenção de um criminoso não está exercendo poder de polícia. O ato de força que exerce é apenas tolerado pelo ordenamento. Não se trata de um dever e, mesmo que seja exercido em benefício do interesse da coletividade, não constitui exercício de poder de polícia.

Considerar que nessas duas situações haveria o exercício de poder de polícia por particular seria uma visão excessivamente estadualizada da questão. O particular que exerce legítima defesa ou que realiza a detenção de pessoa que cometeu crime às suas vistas não recebeu do Estado essas atribuições. Trata-se do exercício de faculdades que são inerentes ao indivíduo e, ao mesmo tempo, toleradas pelo ordenamento.

32 Portanto, não existe relação necessária entre o exercício de poder de polícia e o emprego de força física. Ainda que o Estado exerça o monopólio da coação, o ordenamento tolera determinadas situações específicas, sem no entanto atribuir-lhes a qualificação de exercício de poder de polícia.

3.4.2 Autorregulação e aplicação de códigos de conduta

33 A autorregulação e a elaboração e aplicação de códigos de conduta por entidades setoriais (o que não deixa de ser uma espécie de autorregulação) também não se confundem com o exercício de poder de polícia.

Determinados setores da economia exercem uma autorregulação bastante desenvolvida sobre os seus agentes. São frequentes as entidades

que editam normas de conduta, exigem a sua observância por terceiros e eventualmente até aplicam sanções em caso de descumprimento. Nesse caso, contudo, não se está exercendo poder de polícia estatal. Há uma *voluntariedade* do setor no sentido de sua autorregulação. Esse poder provém dos próprios sujeitos autorregulados, e não do Estado.

Isso significa que o exercício de “poder normativo” e de “poder sancionatório” não significa necessariamente que se está diante do exercício do poder de polícia. Existe regulação e sanção para além das fronteiras do poder de polícia.

No Brasil, a situação mais conhecida e desenvolvida de autorregulação é a do Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária (CONAR), entidade que exerce a autorregulação da publicidade e propaganda no país. O CONAR edita normas, fiscaliza atos e aplica sanções que são observadas pelas empresas do setor. Entretanto, seu poder e sua legitimidade derivam de concerto do próprio setor, e não do Estado.

Caso semelhante é o do Conselho Executivo das Normas-Padrão (CENP), também do setor de publicidade. Para se associar ao CENP, uma agência de publicidade precisa se comprometer a observar as regras de conduta instituídas pela entidade. Assim, uma agência poderá apresentar a interessados um atestado emitido pelo CENP informando que a empresa se sujeita às regras estabelecidas pelo conselho. O CENP, contudo, não exerce poder de polícia. Não é investido de poderes específicos pelo Estado.

O Estado pode até incentivar a autorregulação e se valer dela para seu próprio benefício. É o que ocorre, por exemplo, com o artigo 4º e §1º da Lei nº 12.232, de 2010, que prevê a contratação, pelo Estado, de agências de publicidade que disponham de certificado de qualificação técnica de funcionamento emitido pelo CENP ou por entidade equivalente. Mas a autorregulação não constitui exercício de poder de polícia nem mesmo nesses casos.

3.4.3 Normatizações e certificações técnicas

34 Situação semelhante ocorre com as normatizações e certificações técnicas emitidas por entidades não estatais.

Existem várias entidades privadas que desenvolvem normas técnicas e outras que realizam certificações. Essas atuações não envolvem o exercício de poder de polícia estatal. Trata-se de atividades privadas, ainda que o Estado as estimule por incutirem nos particulares uma cultura da qualidade e de exigência.

O Estado até poderá exigir, inclusive por lei, o atendimento a normas técnicas editadas por entidades privadas de alta respeitabilidade. Mas isso não significa evidentemente que tais entidades estarão exercendo poder de polícia.

²⁸ GONÇALVES. *Entidades privadas com poderes públicos*, p. 789.

35 Enfim, o fato de haver o monopólio da coerção pelo Estado não significa que particulares não possam aplicar sanções, nem prever “normas” acerca de diversas matérias. Mas nem por isso esses particulares estarão exercendo propriamente o poder de polícia estatal.

3.5 Considerações críticas

36 Parece-nos que a participação de particulares no procedimento de polícia equivale ao relevante fenômeno que está ocorrendo nos processos administrativos, que diz respeito à atuação de particulares como parciais condutores de atos inseridos nesses procedimentos.

A esse fenômeno Schmidt-Assmann denomina de “privatização do procedimento”.²⁹

Segundo o doutrinador, a tendência à “privatização” do procedimento administrativo constitui um desenvolvimento impulsionado pelo direito comunitário e pode ser visto com bastante clareza no regulamento sobre auditoria ecológica. Trata-se do fenômeno no qual as empresas desenvolvem mecanismos de aprendizagem e autoavaliação de seu impacto ambiental, emitindo declarações que são examinadas por técnicos também privados. Com isso, busca-se flexibilizar o direito ambiental sem necessidade de uma interferência estatal direta e contínua.

Algo semelhante ocorre com a participação de particulares no procedimento de polícia. Em todos esses casos, a rigor, não deixa de haver um procedimento administrativo. No procedimento de inspeção veicular, por exemplo, deve-se assegurar ao fiscalizado mecanismos de discordância em relação à inspeção realizada. A “novidade”, por assim dizer, é que existe a prática de determinados atos por uma pessoa privada, a serviço da Administração. A rigor, não é a Administração que está praticando determinados atos, muito embora esteja com eles de acordo, ao menos em princípio.

A participação de entes privados como auxiliares da Administração, em atos de suma importância no interior de procedimentos administrativos de polícia, é um fenômeno que não pode ser rejeitado. Deve-se, contudo, haver cautela para resguardar a sua validade, conforme será visto abaixo.

4 Arranjos viabilizadores da participação dos particulares no desempenho do poder de polícia

37 Definido que particulares podem desempenhar atividades que integram o procedimento de polícia, cabe examinar o modo como se viabiliza a sua atuação. Sem prejuízo da formulação de arranjos diferentes,

²⁹ SCHIMIDT-ASSMAN. *La teoría general del derecho administrativo como sistema*, p. 370.

pode-se afirmar que há pelo menos três formas de viabilizar a atuação dos particulares: credenciamento, contratos administrativos de colaboração, e contratos de concessão (estes últimos notadamente na formatação de concessões administrativas).

4.1 Credenciamento

38 Em termos gerais, credenciamento é o ato pelo qual o credenciado recebe do Poder Público uma qualificação, uma prerrogativa ou ainda uma situação jurídica, sem o qual dela não disporia. Por meio do credenciamento, acresce-se ao credenciado uma qualidade que o habilitará a realizar atividades (normalmente materiais e técnicas), as quais apresentarão determinada qualificação jurídica justamente por conta da outorga do credenciamento.³⁰

A concessão do credenciamento se faz por meio de um ato formal. Estão presentes interesses recíprocos tanto do Estado (que considera de utilidade pública a atuação do credenciado), quanto do credenciado (que receberá uma qualificação que enriquece o seu patrimônio jurídico).

O núcleo do credenciamento está na função de *acreditar, confiar*. Os atos praticados pelo credenciado serão tidos pelo credenciante como verdadeiros, confiáveis, em situação muito semelhante à presunção de veracidade dos atos administrativos. O Poder Público praticará atos jurídicos baseando-se na atividade material ou técnica desenvolvida pelo credenciado. Com isso, há uma colaboração decisiva do credenciado para a realização de atividades de interesse coletivo desenvolvidas pelo Estado. Este se vale da qualificação técnica do credenciado e, assim, não precisará se valer de agentes públicos para o desempenho da atividade objeto do credenciamento.

Segundo Adilson Abreu Dallari, “o credenciamento está precipuamente voltado para a execução, por particulares, dos serviços instrumentais necessários ao desenvolvimento das atividades de polícia administrativa”.³¹

De fato, pelo credenciamento, o Poder Público pode outorgar a particulares a possibilidade de praticarem atos que se enquadrarão no procedimento de polícia. A previsão do artigo 106 do CTB (verificação das condições de segurança de veículo de fabricação artesanal, de modificação

³⁰ Adilson Abreu Dallari assim define o credenciamento: “Credenciamento é uma outorga ou atribuição. O credenciado recebe do Poder Público uma qualificação, uma situação jurídica ou uma prerrogativa que, sem isso, não lhe assistiria. O resultado do credenciamento é um acréscimo; o enriquecimento do patrimônio jurídico de alguém, pessoa física ou jurídica” (Credenciamento. In: BANDEIRA DE MELLO (Coord.). *Estudos em homenagem a Geraldo Ataliba*, p. 52).

³¹ DALLARI. Credenciamento. In: BANDEIRA DE MELLO (Coord.). *Estudos em homenagem a Geraldo Ataliba*, p. 51.

e de substituição de equipamento de segurança) constitui exemplo claro do exercício de atividades no procedimento de polícia por um ente credenciado, que poderá ser um particular.

4.2 Contratos administrativos de colaboração

39 O particular pode ser simplesmente contratado pelo Poder Público para o desempenho de atividades que se inserem no procedimento de polícia.

Tratar-se-á de contratos de colaboração, ou seja, de contratações administrativas para o desempenho de serviços à Administração, regulados em geral pela Lei nº 8.666. O particular desempenhará a atividade (por exemplo, operação e manutenção de radares fotográficos de trânsito) para o Estado, e receberá sua remuneração do Poder Público.

4.3 Concessões

40 Pode-se também estabelecer um arranjo contratual com natureza de concessão por meio do qual o particular desempenhará certas atividades que se inserem no procedimento de polícia.

Nesse contexto, a figura da concessão administrativa, prevista na Lei nº 11.079, constitui arranjo plenamente eficaz para o desempenho de atividades diversas, especialmente se envolverem investimentos mais substanciais por parte do ente privado.

Como mencionam Maurício Portugal Ribeiro e Lucas Navarro Prado: “No caso das concessões administrativas, permite-se a contratação sob uma nova estrutura econômico-contratual de serviços que já podiam ser contratados pela Administração junto aos particulares, nos termos da Lei nº 8.666/1993”.³²

A concessão administrativa pode ser utilizada, por exemplo, para a atividade de inspeção veicular. Pode-se estabelecer que o particular desempenhe essa atividade providenciando todos os investimentos necessários à sua realização, e de modo que os recursos empregados sejam amortizados ao longo da execução do contrato.

5 Fatores de cautela na atuação dos particulares

41 O fato de particulares desempenharem atividades essenciais ao exercício do poder de polícia demanda algumas cautelas para que sua atuação seja válida e não haja prejuízo às pessoas sujeitas aos atos de polícia.

³² RIBEIRO; PRADO. *Comentários à Lei de PPP – parceria público-privada: fundamentos econômico-jurídicos*, p. 95.

Um exame mais detalhado das cautelas necessárias sempre deverá ser feito à luz de cada caso concreto. São inúmeras as peculiaridades de cada situação que demandarão cuidados específicos. Entretanto, podem ser apontados dois fatores que nos parecem relevantes e que abrangerão a grande maioria dos casos.

42 O primeiro deles é que a remuneração do particular deverá ser concebida de tal forma que não crie conflitos objetivos de interesse. Ou seja, a remuneração do ente privado não deverá ser fixada de modo a afetar a sua atuação e, conseqüentemente, a decisão do Poder Público tomada com base na atividade do particular.

Um exemplo ilustra bem o que aqui se afirma. Suponha-se que a remuneração do particular seja estabelecida de tal forma que ele seja incentivado a realizar reprovações nas inspeções veiculares que realiza. Quanto mais frequentes forem as reprovações, melhor remunerado será o particular. Nesse caso, a sistemática de remuneração gerará conflitos objetivos de interesse, os quais devem ser evitados.

Outro exemplo de sistemática inadequada de remuneração seria o de estabelecer que o particular receberá pagamentos proporcionais à quantidade de infrações verificada nos radares fotográficos que opera. Aqui também existiria um conflito objetivo de interesses que sempre colocará em questionamento as informações repassadas ao Poder Público pelo ente privado.

Não se está afirmando aqui que a remuneração do particular jamais poderá ser vinculada à dimensão da sua atuação. O que se afirma é que conflitos objetivos de interesse devem ser evitados.

É claro que a existência de um conflito objetivo de interesses não significa necessariamente que o particular estaria atuando de modo irregular. Mas é importante que esse tipo de situação seja evitada, como forma de resguardar o próprio ente privado que atua no procedimento de polícia.

Por fim, ainda no que se refere à remuneração, é relevante notar que o particular que atua no procedimento de polícia pode ser remunerado tanto pelo Estado quanto diretamente por aquele que está sujeito aos atos de polícia. Não há nenhuma irregularidade em se fixar que o particular será remunerado pelo fiscalizado — o que, aliás, é comum, especialmente nos casos de credenciamento e de concessões administrativas. Segundo Adilson Abreu Dallari,

[...] quando um particular estiver desenvolvendo tal atividade técnica, instrumental, ele certamente deverá ser remunerado pelo trabalho executado. Essa remuneração ou será paga pelo Poder Público que o contratou especificamente para isso (contrato de colaboração) ou, então, pelo particular diretamente interessado na obtenção da situação jurídica para a qual o trabalho executado é meio, instrumento ou ônus a ser suportado.³³

³³ DALLARI. Credenciamento. In: BANDEIRA DE MELLO (Coord.). *Estudos em homenagem a Geraldo Ataliba*, p. 51.

43 O segundo fator de cautela consiste na preocupação do Poder Público com a objetivação da conduta do particular que atua no procedimento de polícia. O particular não tem absoluta liberdade para fixar critérios para sua atuação, a seu talento. A Administração, na qualidade de “cliente” do particular, deve estabelecer as linhas gerais de atuação deste, inclusive para que seja possível o controle *a posteriori* da atividade desempenhada.

Por exemplo, no caso de uma inspeção das condições de segurança de um veículo de fabricação artesanal (artigo 106 do CTB), o particular que realizar tal inspeção deve saber exatamente quais os itens a serem verificados e quais as condições que o Poder Público considera suficientes para a aprovação do veículo. Ainda que o particular discorde de tais condições, por considerá-las muito brandas ou excessivas, deverá aplicar os critérios estabelecidos pela Administração. Será comum, por exemplo, que a Administração estabeleça o atendimento a determinadas normas técnicas reconhecidas pelo mercado como forma de objetivar a atuação do particular.

Isso não significa que a atuação do particular no procedimento de polícia seja totalmente automatizada, mecanizada. Haverá sempre uma margem de interpretação inerente a qualquer atividade. Essa margem será maior ou menor, a depender da prestação desempenhada. Entretanto, é necessário haver padrões objetivos e justificados. Isso proporcionará segurança ao fiscalizado, resguardará o particular que atua no procedimento e polícia e permitirá o controle pelo Poder Público.

Pode até haver uma tendência em se ampliar a liberdade do particular na fixação de critérios, o que seria uma decorrência do fato de que tal fixação pode depender de conhecimentos técnicos cada vez mais específicos, que são detidos pelo particular. Entretanto, ainda assim será necessário que haja a sua motivação, e a Administração evidentemente deverá estar ciente do que está sendo aplicado.

6 Conclusões

44 Do exposto nos tópicos acima, chegamos às seguintes conclusões:

- (i) por envolver limitações à atuação dos administrados, o poder de polícia constitui expressão do monopólio da violência pelo Estado e relaciona-se com o direito constitucional de liberdade, que não admite que um administrado imponha seu poder sobre o outro mediante o emprego da força;
- (ii) apesar de envolver o emprego da coerção, poder de polícia e coerção não caminham necessariamente juntos;
- (iii) diversas atividades que integram o poder de polícia (“procedimento de polícia”) podem não envolver o emprego da coerção, sendo que não precisam todas elas ser exercidas obrigatoriamente por uma mesma pessoa;

- (iv) considerando a crescente complexidade das atividades de polícia, que demandam alta especialização e significativos recursos humanos e materiais, a participação dos particulares no desempenho dessas atividades pode ser uma solução adequada para proporcionar maior eficiência;
- (v) é intuitivo, contudo, que os particulares não podem exercer todas as atividades que compreendem o poder de polícia, sob pena de ofensa ao monopólio da coerção pelo Estado e de se permitir condutas inaceitáveis do ponto de vista ético;
- (vi) há várias situações em que os particulares desempenham atos que são centrais, de mais alta relevância, no procedimento de polícia, não sendo possível dizer que se trate de atos secundários ou de menor importância. Entretanto, não há nenhum óbice a que os particulares desempenhem atos relevantes. Entendimento contrário conduziria à afirmação de que restaria aos particulares a prática de atos supérfluos, o que evidentemente é um equívoco;
- (vii) a participação de particulares no procedimento de polícia é equivalente ao que Schmidt-Assmann denomina de “privatização do procedimento”. Dispensa-se a atuação direta do Estado em determinados momentos desse procedimento, o que não significa que deixe de haver um procedimento regular;
- (viii) há diversos arranjos que possibilitam a participação de particulares no procedimento de polícia, dentre os quais se destacam o credenciamento, os contratos administrativos de colaboração e as concessões, notadamente do tipo concessões administrativas;
- (ix) para garantir a validade do procedimento de polícia e resguardar tanto o particular que desempenha funções ao Estado quanto aquele que sofre a incidência do poder de polícia, é necessário adotar alguns fatores de cautela, dentre os quais a fixação de métodos de remuneração que evitem conflitos objetivos de interesse, e a objetivação da conduta do particular que atua no procedimento para evitar juízos subjetivos e permitir um controle mais adequado.

Referências

- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Serviço público e poder de polícia: concessão e delegação. *Revista Eletrônica de Direito do Estado – RDE*, Salvador, n. 5, 2006. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>.
- DALLARI, Adilson Abreu. Credenciamento. In: BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio (Coord.). *Estudos em homenagem a Geraldo Ataliba*. São Paulo: Malheiros, 1997. v. 2, p. 38-54.

- GONÇALVES, Pedro. *Entidades privadas com poderes públicos*. Coimbra: Almedina, 2005.
- GUIMARÃES, Fernando Vernalha. As parcerias público-privadas e a transferência de atividades de suporte ao poder de polícia: em especial, a questão dos contratos de gestão privada de serviços em estabelecimentos prisionais. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). *Parcerias público-privadas*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 368-405.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 7. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011.
- MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. A contratação de empresas para suporte da função reguladora e a “indelegabilidade” do poder de polícia. *Revista Trimestral de Direito Público – RTDP*, n. 32, p. 65-82, 2000.
- MAURER, Hartmut. *Direito administrativo geral*. Barueri: Manole, 2006.
- MEDAUAR, Odete. *A processualidade no direito administrativo*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- MENDONÇA, José Vicente Santos de. Estatais com poder de polícia: por que não?. *Revista de Direito Administrativo – RDA*, Rio de Janeiro, n. 252, p. 97-118, set./dez. 2009.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. Parcerias público-privadas: indelegabilidade no exercício da atividade administrativa de polícia e na atividade administrativa penitenciária. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.) *Parcerias público-privadas*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 406-432.
- PEREZ, Marcos Augusto. Delegação das atividades chamadas de polícia administrativa ou poder de polícia. *Fórum Administrativo – FA*, Belo Horizonte, ano 10, n. 111, p. 39-45, maio 2010.
- RIBEIRO, Maurício Portugal; PRADO, Lucas Navarro. *Comentários à Lei de PPP – parceria público-privada: fundamentos econômico-jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2007.
- SCHIMIDT-ASSMAN, Eberhard. *La teoría general del derecho administrativo como sistema*. Madrid: Marcial Pons, 2003.
- SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo ordenador*. 1. ed. 3. tir. São Paulo: Malheiros, 2003.
- SUNDFELD, Carlos Ari. Empresa estatal pode exercer o poder de polícia. *Boletim de Direito Administrativo*, v. 9, n. 2, p. 98-103, fev. 1993.
- VITTA, Heraldo Garcia. *Poder de polícia*. São Paulo: Malheiros, 2010.
- ZAGO, Marina Fontão. O dogma da indelegabilidade do poder de polícia defrontado com casos do Código de Trânsito Brasileiro, *Fórum Administrativo – FA*, Belo Horizonte, ano 10, n. 111, p. 46-58, maio 2010.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

SCHWIND, Rafael Wallbach. Particulares em colaboração com o exercício do poder de polícia: o “procedimento de polícia”. In: MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Vitor Rhein (Coord.). *Poder de polícia na atualidade: Anuário do Centro de Estudos de Direito Administrativo, Ambiental e Urbanístico – CEDAU* do ano de 2011. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 131-156. ISBN 978-85-7700-815-5.

EMPRESAS ESTATAIS CONSTITUÍDAS PARA O EXERCÍCIO DE PODER DE POLÍCIA

RODRIGO PAGANI DE SOUZA

1 Introdução

O objetivo deste capítulo é chamar a atenção para a existência de um fenômeno importante na organização administrativa brasileira, que é o das empresas estatais constituídas para o exercício de poder polícia. Mais do que entidades estatais que ocasionalmente empregam poder de polícia, são entidades constituídas, em boa medida, para o exercício do poder de polícia. Este, portanto, não é ocasional, mas é a própria missão dessas entidades.

Conhecer tal fenômeno afigura-se especialmente importante na atualidade, em que se encontra na pauta do Supremo Tribunal Federal (STF) controvérsia sobre a constitucionalidade de lei que atribui poder de polícia a empresa estatal.¹

A questão chega ao STF em momento no qual a ideia — às vezes, dogma — da “indelegabilidade do poder de polícia” reverbera em decisões judiciais, em sua maioria tomadas sem a compreensão da experiência acumulada, há décadas, por empresas estatais constituídas para exercê-lo.

Essas decisões são problemáticas. Reafirmam o dogma apoiando-se em interpretações normativas que apontam “prováveis” consequências negativas

¹ Trata-se da Reclamação nº 9.702, inicialmente sob a relatoria do Min. Eros Grau e, em virtude de sua aposentadoria, atualmente sob a relatoria do Min. Luiz Fux. A reclamação foi ajuizada em 22.12.2009, pela Empresa de Transportes e Trânsito de Belo Horizonte (BHTrans), que é sociedade de economia mista do município de Belo Horizonte, e pelo próprio município, com pedido de medida liminar, para suspender decisão do Superior Tribunal de Justiça (STJ) que determinou a impossibilidade de aplicação de multas pelos agentes da empresa municipal.