

**ODETE MEDAUAR
VITOR RHEIN SCHIRATO**

Coordenadores

PODER DE POLÍCIA
NA ATUALIDADE

ODETE MEDAUAR
VITOR RHEIN SCHIRATO
(*Coordenadores*)

PODER DE POLÍCIA NA ATUALIDADE

ANUÁRIO DO CENTRO DE ESTUDOS DE
DIREITO ADMINISTRATIVO, AMBIENTAL E
URBANÍSTICO – CEDAU DO ANO DE 2011

Belo Horizonte

 **EDITORA**
Fórum

2014

© 2014 Editora Fórum Ltda.

É proibida a reprodução total ou parcial desta obra, por qualquer meio eletrônico, inclusive por processos xerográficos, sem autorização expressa do Editor.

Conselho Editorial

Adilson Abreu Dallari	Flávio Henrique Unes Pereira
Alécia Paolucci Nogueira Bicalho	Floriano de Azevedo Marques Neto
Alexandre Coutinho Pagliarini	Gustavo Justino de Oliveira
André Ramos Tavares	Inês Virgínia Prado Soares
Carlos Ayres Britto	Jorge Ulisses Jacoby Fernandes
Carlos Mário da Silva Velloso	Juarez Freitas
Cármem Lúcia Antunes Rocha	Luciano Ferraz
Cesar Augusto Guimarães Pereira	Lúcio Delfino
Clovis Beznos	Marcia Carla Pereira Ribeiro
Cristiana Fortini	Márcio Cammarosano
Dinorá Adelaide Musetti Grotti	Maria Sylvania Zanella Di Pietro
Diogo de Figueiredo Moreira Neto	Ney José de Freitas
Egon Bockmann Moreira	Oswaldo Othon de Pontes Saraiva Filho
Emerson Gabardo	Paulo Modesto
Fabício Motta	Romeu Felipe Bacellar Filho
Fernando Rossi	Sérgio Guerra



Luis Cláudio Rodrigues Ferreira
Presidente e Editor

Supervisão editorial: Marcelo Belico
Revisão: Patrícia Falcão

Bibliotecária: Izabel Antonina A. Miranda – CRB 2904 – 6ª Região

Capa e projeto gráfico: Walter Santos

Diagramação: Derval Braga

Av. Afonso Pena, 2770 – 16º andar – Funcionários – CEP 30130-007

Belo Horizonte – Minas Gerais – Tel.: (31) 2121.4900 / 2121.4949

www.editoraforum.com.br – editoraforum@editoraforum.com.br

P742 Poder de polícia na atualidade: Anuário do Centro de Estudos de Direito Administrativo, Ambiental e Urbanístico – CEDAU do ano de 2011 / Coordenadores: Odete Medauar, Vitor Rhein Schirato. – Belo Horizonte: Fórum, 2014.

328 p.
ISBN 978-85-7700-815-5

1. Direito administrativo. 2. Direito do Estado. I. Medauar, Odete. II. Schirato, Vitor Rhein.

CDD: 342.04

CDU: 342.9

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

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. 328 p. 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.

da delegação do poder de polícia a entidades de direito privado e seus agentes, sem atentar para a circunstância de que estas consequências, abstratamente cogitadas, carecem de firme comprovação na experiência concreta.

Decisões que afirmem a indelegabilidade de poderes de polícia a empresas estatais com base na invocação de riscos, em abstrato, dessa delegação, e que, no entanto, ignorem a experiência jurídica acumulada por empresas estatais constituídas para exercê-los, devem ser rechaçadas. São, nitidamente, decisões que padecem de insuficiência de motivação.

O presente capítulo pretende contribuir com a difusão dessa percepção.

2 A empresa estatal constituída para o exercício de poder de polícia

Ensina a doutrina que o "exercício do poder de polícia" consiste na atividade estatal de impor limitações e condicionamentos à liberdade e à propriedade dos particulares, ajustando-as aos interesses coletivos. Quando exercida pela Administração Pública, tal atividade é chamada de "polícia administrativa". Pode realizar-se por atos jurídicos de alcance geral (a exemplo dos regulamentos) ou por atos jurídicos de alcance específico (a exemplo das licenças e autorizações).

Há muito a doutrina também constata que a noção é abrangente, talvez demasiadamente abrangente, englobando atividades de Administração Pública nas áreas mais variadas, classificadas segundo os interesses coletivos a tutelar. Nesse sentido, as palavras de Alcides Cruz, registradas no início do século XX em seu *Direito administrativo brasileiro*, ainda soam apropriadas ao momento presente: "São tão numerosas as atividades que recaem sob o domínio das leis policiais, que, dizendo-se são todas as medidas assecuratórias da ordem e da salubridade públicas, ainda assim pode ser contestado o haver-se dito tudo".² E é certo que o campo sujeito à atuação estatal de polícia, passados mais de cem anos, só aumentou.

Ao longo do século XX, o Estado lançou-se a zelar por mais numerosos interesses coletivos, agigantando, assim, a quantidade e o campo de incidência de suas normas. Os provimentos jurídicos da Administração Pública sobre a liberdade e a propriedade, para conformá-las à tutela dos novos interesses coletivos, também se multiplicaram.

A Administração Pública também se tornou maior e mais complexa. Disseminou-se o emprego da técnica da "descentralização administrativa", pela qual atividades antes exercidas pela Administração central foram descentralizadas, é dizer, transferidas para outras pessoas jurídicas integrantes da Administração Pública. A esse conjunto de pessoas jurídicas criadas

² CRUZ. *Direito administrativo brasileiro*, p. 167.

mediante descentralização administrativa denominou-se Administração indireta, para distingui-la da Administração central, chamada Direta. A noção de Administração indireta, designadora de fenômeno cada vez mais expressivo na realidade, foi inclusive incorporada à legislação de organização administrativa, pela dicção do art. 4º, II, do Decreto-Lei nº 200, de 1967. Segundo esse preceito legal, a Administração indireta compreenderia "as seguintes categorias de entidades, dotadas de personalidade jurídica própria: a) autarquias; b) empresas públicas; c) sociedades de economia mista", além das "d) fundações públicas", conforme emenda mais tarde introduzida pela Lei nº 7.596, de 1987.

Entre as entidades da Administração Indireta figuram, portanto, as empresas públicas e as sociedades de economia mista, ambas espécies do gênero "empresa estatal". Interpretando a Constituição de 1988, a doutrina acostumou-se a enquadrar as empresas estatais sempre numa de duas categorias: a das prestadoras de serviço público ou a das exploradoras de atividade econômica. Assim as explica (cada uma dessas espécies) uma das recentes obras voltadas à compreensão do regime e do fenômeno das empresas estatais no contexto brasileiro:

A empresa estatal é capaz de operar em dois ambientes bastante distintos. Primeiro, pode servir de técnica de organização jurídica para prestação descentralizada de serviços públicos incluídos na competência de qualquer das três esferas políticas de governo, conforme critérios de conveniência e oportunidade administrativa. Segundo, pode funcionar como veículo para exploração de atividade econômica sujeita à livre iniciativa e em regime de concorrência, nas hipóteses autorizadas pela Constituição Federal (relevante interesse coletivo e segurança nacional). Em ambos os casos, a intervenção por meio da empresa estatal pode contribuir para implementar políticas públicas que visam atender aos direitos fundamentais da pessoa humana, considerados como dever institucional do Estado, além de condicionar o comportamento de agentes privados, buscando o alinhamento com os objetivos prestigiados pela ordem econômica e social.³

Se é certo que empresas estatais podem ser prestadoras de serviços públicos ou exploradoras de atividades econômicas, cabe indagar se existe, ainda, uma terceira alternativa: podem ser constituídas para exercer poder de polícia?

Há diversas leis que preveem esta terceira alternativa. Muitas são as estatais que não apenas exercem poder de polícia, mas que foram constituídas especificamente para realizar atividades de polícia administrativa.

Exemplo emblemático na área de proteção ambiental, no estado de São Paulo, é o da Companhia Ambiental do Estado de São Paulo (CETESB), originalmente chamada de Companhia Estadual de Tecnologia de Saneamento Básico e de Controle de Poluição das Águas (CETESB). Sua

³ PINTO JUNIOR. *Empresa estatal: função econômica e dilemas societários*, p. 5.

constituição foi autorizada pela Lei estadual nº 118, de 29 de junho de 1973, e, recentemente, teve a sua denominação e atribuições redefinidas pela Lei estadual nº 13.542, de 8 de maio de 2009.

O caso é emblemático porque a empresa tem nítidas atribuições de polícia administrativa, tais como proceder ao licenciamento ambiental de estabelecimentos e atividades e fiscalizar e impor penalidades a quem cause poluição ou degradação do meio ambiente.⁴

Outros exemplos podem ser apontados na área de ordenação do trânsito:

- no município de São Paulo, a Companhia de Engenharia de Tráfego (CET), cuja constituição foi autorizada pela Lei municipal nº 8.394, de 28 de maio de 1976;⁵
- no município do Rio de Janeiro, a Companhia de Engenharia de Tráfego (CET-RIO), cuja constituição foi autorizada pela Lei municipal nº 881, de 11 de julho de 1986;⁶

⁴ Suas atribuições encontram-se definidas pelo art. 2º da Lei estadual nº 118/1973, com a redação que lhe foi dada pela Lei estadual nº 13.542/2009: "Art. 2º A CETESB, na qualidade de órgão delegado do Governo do estado de São Paulo no campo do controle da poluição, de órgão executor do Sistema Estadual de Administração da Qualidade Ambiental, Proteção, Controle e Desenvolvimento do Meio Ambiente e Uso Adequado dos Recursos Naturais (SEAQUA), e de órgão do Sistema Integrado de Gerenciamento de Recursos Hídricos (SIGRH), tem as seguintes atribuições: I - proceder ao licenciamento ambiental de estabelecimentos e atividades utilizadoras de recursos ambientais, considerados efetiva e potencialmente poluidores, bem como capazes, sob qualquer forma, de causar degradação ambiental; II - autorizar a supressão de vegetação e intervenções em áreas consideradas de Preservação Permanente e demais áreas ambientalmente protegidas; III - emitir alvarás e licenças relativas ao uso e ocupação do solo em áreas de proteção de mananciais; IV - emitir licenças de localização relativas ao zoneamento industrial metropolitano; IV - fiscalizar e impor penalidades: a) a quem instale ou opere as atividades de que trata o inciso I deste artigo, sem licença ou autorização ambiental ou descumpra as exigências e condições nela impostas; b) a quem cause poluição ou degradação do meio ambiente; c) aos infratores da legislação sobre o uso e ocupação do solo em áreas de proteção de mananciais; d) aos infratores da legislação sobre o zoneamento industrial metropolitano VI - executar o monitoramento ambiental, em especial da qualidade dos recursos hídricos superficiais e subterrâneos, do ar e do solo; VII - efetuar exames e análises necessários ao exercício das atividades de licenciamento, fiscalização e monitoramento ambiental; VIII - desenvolver estudos e pesquisas de interesse de seu campo de atuação; IX - promover treinamento e aperfeiçoamento de pessoal para as atividades relacionadas com seu campo de atuação; X - prestar serviços técnicos especializados a terceiros no âmbito de seu campo de atuação; XI - explorar direta ou indiretamente os resultados das pesquisas realizadas; XII - promover o intercâmbio de informações e transferência de tecnologia com entidades nacionais e internacionais no âmbito de seu campo de atuação; XIII - expedir normas técnicas específicas e suplementares no âmbito de suas atribuições."

⁵ Seu objetivo social é definido pelo art. 2º da Lei municipal nº 8.394/1976: "Art. 2º É objetivo social da Companhia: I - Planejar e implantar, nas vias e logradouros do município, a operação do sistema viário, com o fim de assegurar maior segurança e fluidez do trânsito e do tráfego; II - Promover a implantação e a exploração econômica de equipamentos urbanos e atividades complementares, na forma e em locais definidos por decreto do Executivo, de modo a melhorar as condições do trânsito e do tráfego; III - Prestar serviços ou executar obras relacionadas à operação do sistema viário, mediante contratos celebrados com entidades públicas da administração centralizada ou descentralizada, bem como com as entidades em que o Poder Público seja detentor da maioria do capital social."

⁶ Suas atribuições são definidas pelo art. 8º da Lei municipal nº 881/1986: "Art. 8º. A CET-RIO terá o seguinte objeto social: I - planejamento, implantação e execução, nas vias e logradouros do

- no município de Belo Horizonte, a Empresa de Transportes e Trânsito de Belo Horizonte S.A. (BHTrans), cuja constituição foi autorizada pela Lei municipal nº 5.953, de 31 de julho de 1991.⁷

Nesses três exemplos em matéria de trânsito, as leis autorizativas não são tão claras, quanto no caso da CETESB, a respeito da inclusão da polícia administrativa entre os objetivos da empresa estatal. Todavia, ao amparo de atribuições de caráter genérico, como a da “implantação da operação do sistema viário”, essas empresas estatais têm se dedicado à ordenação do trânsito nas vias municipais, valendo-se de agentes que autuam infrações à legislação de trânsito e aplicam multas.

Tivesse que ser encaixada em alguma das duas alternativas — prestadora de serviço público ou exploradora de atividade econômica —, a empresa estatal constituída para exercer polícia administrativa estaria mais próxima da prestadora de serviço público. É que, na atividade de polícia ou ordenação administrativa, existe, por certo ângulo, um “serviço público”. As missões de ordenar o trânsito de uma cidade, ou proteger o seu patrimônio ambiental, envolvem, elas mesmas, prestação de “serviços públicos” em amplo sentido.

A relativa proximidade entre as noções de polícia administrativa e serviço público foi notada pela doutrina francesa, como observou Marcos Augusto Perez.⁸ E vale acrescentar que o próprio ministro Gilmar Mendes, do STF, reconheceu a “inegável essência de serviço público” do poder de polícia, ainda que seja este exercido “em benefício primordial da coletividade, não do fiscalizado”.⁹

município, dos serviços técnicos e administrativos relativos à operação do sistema viário e de circulação; II - planejamento, implantação, administração, operação e exploração dos estacionamentos e garagens próprios ou públicos municipais; III - execução dos serviços de operação, controle e manutenção do sistema de sinalização do município do Rio de Janeiro; IV - a implantação e a exploração econômica de equipamentos urbanos e atividades complementares, na forma e em locais definidos por decreto do Poder Executivo; V - prestação de serviços, autorização, coordenação, execução, controle e fiscalização de obras relacionadas com a operação do sistema viário, ou que com ela interfira, nas vias e logradouros do município; VI - a prestação de consultoria em assuntos técnicos de sua especialidade.”

⁷ Sua finalidade é definida pelo art. 2º da Lei municipal nº 5.953/1991 (com a redação que lhe foi dada pela Lei municipal nº 7.037/1996): “Art. 2º A BHTRANS terá por finalidade 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, respeitadas a legislação federal e a estadual pertinentes, bem como o planejamento urbano do município.”

⁸ Na expressão de Pierre Devolvé, “[...] a missão de manter a ordem corresponde ela mesmo a um serviço público: a polícia é um serviço público” (*Le droit administratif*. Paris: Dalloz, 1994. p. 29 *apud* Marcos Augusto Perez. Delegação das atividades chamadas de polícia administrativa ou poder de polícia. *Fórum Administrativo*, p. 11, nota de rodapé n. 13.

⁹ Nesse sentido, o Min. Gilmar Mendes observou, de passagem, em voto proferido no RE nº 588.322/RO (rel. Min. Gilmar Mendes, j. 16.6.2010, por maioria de votos): “Embora inegável sua essência de serviço público — o exercício do poder de polícia possui uma característica singular, relevante para o ramo do direito tributário: é exercido em benefício primordial da coletividade, não do fiscalizado. Em outras palavras, a fiscalização incidente sobre qualquer atividade particular

O paradoxo da existência de empresas estatais constituídas para o exercício de poder de polícia em matérias como ordenação do trânsito e controle de atividades de impacto ambiental é que, na doutrina e em decisões judiciais, há uma corrente que defende a "indelegabilidade do poder de polícia a empresas estatais". Trata-se de corrente pouco expressiva se comparada a outra, mais contundente, que sustenta a "indelegabilidade do poder de polícia a particulares". Esta última vai se tornando quase um dogma, à medida que repetido sem maior reflexão sobre a sua significação e validade.¹⁰

As manifestações de uma e outra corrente por vezes se embaralham, sendo uma imprecisão frequente a de estender para as empresas estatais argumentos de "indelegabilidade" que só se aplicariam a particulares. Toma-se o traço comum entre empresas estatais e empresas particulares, que é o de serem pessoas jurídicas de direito privado, e, a partir daí, coloca-se todas na mesma categoria. O pensamento corre mais ou menos assim: "o poder de polícia é indelegável a particulares; particulares são pessoas de direito privado; sendo as empresas estatais organizadas como pessoas de direito privado, o poder de polícia também é indelegável às empresas estatais". Ou seja, tudo na suposição de que o que seria indelegável a particulares também o seria a empresas estatais.

Daí ser uma providência importante, ao enfrentar-se questão acerca da viabilidade do exercício de poder de polícia por empresas estatais, começar por não confundi-la com a questão acerca da delegabilidade de poder de polícia a particulares.

3 Delegação a particulares *versus* delegação a empresas estatais

A delegação de poder de polícia a particulares e a sua delegação a empresas estatais realmente não se confundem. São questões diferentes, pelo simples fato de que empresas estatais não se confundem com particulares. As primeiras são pessoas estatais, estes são pessoas não estatais.

Aproximam-se, é claro, em que aquelas, tal como estes, têm personalidade jurídica de direito privado. Mas as empresas estatais integram o aparelho administrativo do Estado; os particulares, não. A pertença ao aparelho

não se destina ao estabelecimento isoladamente considerado, mas a todos os administrados que serão indistintamente beneficiados pelo agir da administração pública, ou seja, o serviço do poder de polícia tem o objetivo precípua de acautelara a coletividade." Mais adiante, complementou: "De fato, o exercício do poder de polícia deverá ser efetivo e concreto, em razão de sua natureza de serviço público profilático, exercido em prol da coletividade." (grifos nossos)

¹⁰ Nesse sentido, as observações de Marina Fontão Zago: "A doutrina brasileira segue no sentido da indelegabilidade do poder de polícia, embora, muitas vezes, não busque justificar o seu porquê, considerando-a quase como um dogma" (O dogma da indelegabilidade do poder de polícia defrontado com casos do Código de Trânsito Brasileiro. *Fórum Administrativo - FA*, p. 3.

do Estado atrai, para as empresas estatais, um arcabouço normativo próprio do mundo estatal, ao qual não se sujeita o mundo empresarial privado.

É preciso dar o devido reconhecimento, pois, à circunstância de que empresas estatais são, sem dúvida, Estado, e agem, pois, em nome do Estado e frequentemente com a autoridade do Estado, ainda que organizadas sob figurino de direito privado e sujeitas em alguma medida a regime empresarial privado.

Não apenas são em alguma medida distintos os debates sobre a "indelegabilidade de poder de polícia a particulares", de um lado, e "a empresas estatais", de outro, como também despertam distintos graus de atenção na doutrina publicista brasileira.

A preocupação com a "indelegabilidade do poder de polícia" parece ser relativamente recente entre os manualistas brasileiros. A questão tardou a frequentar os nossos manuais de direito administrativo, embora, desde a época do Império, neles já se encontrassem capítulos dedicados à atividade de "polícia" da Administração Pública.¹¹

Há indícios de que somente a partir da primeira década do século XXI a questão ganhou espaço nos manuais.¹² Ainda assim, ao entrar na pauta, surgiu para a defesa da indelegabilidade do poder de polícia a *particulares*, não se propondo os autores, na sua maioria, a enfrentar especificamente o tema de sua delegação a *empresas estatais ou outras pessoas estatais de direito privado*.¹³ São poucos os manuais que tangenciam esta última

¹¹ Na época do Império, Veiga Cabral incluiu em seu *Direito administrativo brasileiro*, de 1859, um capítulo intitulado "Polícia do Estado" (p. 220-251); durante a Primeira República, Alcides Cruz, em seu *Direito administrativo brasileiro*, de 1914 (2. ed.), também incluiu capítulo intitulado "Da Polícia" (p. 160 *et seq.*). Mas em ambos a preocupação com a indelegabilidade não esteve manifesta. Já na década de 1940 menciona-se a obra de Tito Prates da Fonseca (*Lições de direito administrativo*, de 1943), que dedicou seção aos "Atos de Polícia" (p. 382-383), mas também não tratou do tema da indelegabilidade. Na década de 1960, Hely Lopes Meirelles, em seu *Direito administrativo brasileiro*, de 1966 (2. ed.), no capítulo sobre "O Poder de Polícia e as limitações administrativas" (p. 93 *et seq.*), também não se ocupou da questão. Na década de 1980, Celso Antônio Bandeira de Mello, em seu *Elementos de direito administrativo*, de 1980, obra precursora de seu *Curso de direito administrativo*, também dedicou capítulo específico ao tema do "Poder de polícia", mas não tratou da questão da sua indelegabilidade. Aliás, tampouco o fizera antes, no artigo intitulado "Apontamentos sobre o poder de polícia" (*RDP*, n. 9, p. 55-68, jul./set. 1969), artigo intitulado "Apontamentos sobre o poder de polícia" (*RDP*, n. 9, p. 55-68, jul./set. 1969), que parece ter sido a base do capítulo depois incorporado ao seu manual. Apenas décadas mais tarde esta questão viria a ser nele incorporada (é dizer, na 11ª edição de seu *Curso de direito administrativo*, 1999, ela ainda não aparece, mas já consta da 13ª, de 2001, sob a rubrica "Delegação de atos de polícia administrativa", p. 699 *et seq.*). Maria Sylvia Zanella Di Pietro também não abordou especificamente a questão na edição inaugural de seu *Direito administrativo*, de 1990, embora também nela tenha dedicado capítulo ao tema do "Poder de polícia". O mesmo se verifica no capítulo sobre "Poder de Polícia" da obra *Direito administrativo moderno*, de Odete Medauar, na sua edição primeira, de 1996.

¹² Cf., entre outros, a seção intitulada "Delegação de atos de polícia administrativa", em Celso Antônio Bandeira de Mello (*Curso de direito administrativo*, p. 699-701); o item "Indelegabilidade", em Diogenes Gasparini (*Direito administrativo*, p. 136-137); e o tópico "A impossibilidade de delegação do poder de polícia a particulares", em Marçal Justen Filho (*Curso de direito administrativo*, p. 392).

¹³ Nesse sentido, cf. Celso Antônio Bandeira de Mello (*Curso de direito administrativo*, p. 699-701); Diogenes Gasparini, *op. cit.*, p. 136-137; e Marçal Justen Filho, *op. cit.*, p. 392.

indagação.¹⁴ A atenção doutrinária maior, portanto, parece destinar-se ao tema da delegação do poder de polícia a particulares.

Externada inicialmente como indelegabilidade a particulares, a tese evoluiu para a sua feição atual. Hoje, a tese adotada por diversos autores é a de que o poder de polícia se desdobra em algumas atividades, sendo delegáveis a particulares *determinadas atividades materiais preparatórias ou acessórias da produção de atos jurídicos de polícia, ou, ainda, consistentes na sua execução material*, mas não a edição destes atos jurídicos em si.¹⁵

Nesta sua feição atual, contudo, a tese já é alvo de críticas, como as de Marina Fontão Zago, em artigo no qual demonstra, atenta a casos concretos de delegação de poderes de polícia em matéria de ordenação do trânsito, que a doutrina defensora da tese da sua indelegabilidade a particulares, ao cunhar a distinção entre “atividades-meio” e “atividades-fim” de polícia e sustentar serem indelegáveis apenas essas últimas, o fez como forma de acomodá-la a uma realidade fática cada vez mais repleta de exemplos de delegação. Noutros termos, a doutrina cunhou a distinção para “[...] driblar o dogma da indelegabilidade do poder de polícia por ela construído”.¹⁶

¹⁴ Para Diogenes Gasparini, embora a regra seja a indelegabilidade, “[...] admite-se a delegação desde que outorgada a uma pessoa pública administrativa, como é a autarquia, ou a uma pessoa governamental, como é a empresa pública” (*Direito administrativo*, p. 136). Edmir Netto de Araújo assim toca na questão: “A atividade de polícia *provém privativamente de autoridade pública* [...] Discute-se ainda a possibilidade da atividade de polícia administrativa ser delegada a particulares, legal ou contratualmente, para evitar dano social, como no caso da aplicação de multas por agentes não funcionários públicos, ou na constância de concessões de serviços públicos. No entanto, o [...] art. 78 do CTN (Código Tributário Nacional) que define o *Poder de Polícia* como atividade da Administração Pública, no parágrafo único considera regular seu exercício quando desempenhado pelo órgão competente, nos limites da lei aplicável (sem especificar sua natureza), o que pode indicar que a expressão Administração Pública é utilizada em sentido genérico, abrangendo também Administração descentralizada e concessionárias, obviamente ‘no limite da lei aplicável’” (*Curso de direito administrativo*, p. 1049). José dos Santos Carvalho Filho parece subscrever a tese de que “o que importa [...] é que haja expressa delegação na lei pertinente e que o delegatário seja entidade integrante da Administração Pública”. Embora o autor não mencione as empresas estatais como possíveis beneficiárias da delegação, mas apenas as “fundações criadas pelo Estado como entidades paraestatais”, dá a entender que podem ser beneficiárias da delegação quaisquer entidades paraestatais, “[...] mesmo que sejam elas dotadas de personalidade jurídica de direito privado”. Incluem-se na sua assertiva, logicamente, as empresas estatais (*Manual de direito administrativo*, p. 57).

¹⁵ Para Celso Antônio Bandeira de Mello, da indelegabilidade de atos de autoridade pública a particulares “[...] não se segue, entretanto, que certos atos materiais que precedem atos jurídicos de polícia não possam ser praticados por particulares, mediante delegação, propriamente dita, ou em decorrência de um *simplex contrato de prestação*” (*Curso de direito administrativo*, p. 699-700). Do mesmo autor, confira-se também Serviço público e poder de polícia: concessão e delegação. *Revista Eletrônica de Direito do Estado – REDE*, p. 6 et seq. Para Marçal Justen Filho, a impossibilidade de delegação do poder de polícia a particulares “[...] não significa vedação a que algumas atividades materiais acessórias ou conexas ao exercício do poder de polícia sejam transferidas ao exercício de particulares. O que não se admite é que a imposição coercitiva de deveres seja exercitada por terceiros, que não os agentes públicos” (*op. cit.*, p. 392).

¹⁶ *Op. cit.*, p. 14.

Examinando os exemplos que colacionou, de delegações de atividades relacionadas à polícia de trânsito, a autora concluiu existir uma “falta de fundamentação e coerência da doutrina para a aceitação da delegação das atividades instrumentais em contraposição com a defesa ferrenha da indelegabilidade das atividades-fim”.¹⁷ Isso porque muitas das atividades que seriam consideradas delegáveis à luz dos critérios doutrinários seriam, em verdade, tão ou mais importantes que as tidas como indelegáveis. Ademais, os critérios doutrinários seriam de difícil aplicação prática, ante as dificuldades de se distinguir concretamente, nos casos examinados, as “atividades-instrumentais” das “atividades-fim” da polícia administrativa.¹⁸

Embora enfoque a delegação a particulares, esta tese da indelegabilidade em sua nova feição, que passou a distinguir entre atos preparatórios (ou executórios) de polícia e atos jurídicos de polícia para defender que apenas os últimos são indelegáveis, parece gerar reflexos na discussão sobre o cabimento do exercício de poder de polícia por empresas estatais. Municípios e companhias municipais de ordenação do trânsito, por exemplo, parecem estar sensíveis à tese quando distribuem agentes de fiscalização das companhias pelas vias públicas, para autuarem infrações, mas não notificam os alegados infratores em nome da companhia que os fiscaliza, e sim em nome do ente municipal revestido de personalidade de direito público.

A tese da indelegabilidade do poder de polícia *a pessoas estatais de direito privado*, embora não tenha obtido o mesmo grau de atenção que a da indelegabilidade a particulares nos manuais, já foi enfrentada em importantes artigos e pareceres publicados. Em alguns sustenta-se que empresas estatais podem exercer poder de polícia.¹⁹ Há também exemplo de defesa de que apenas empresas públicas podem exercê-lo, mas não sociedades de economia mista.²⁰ E há quem tenha escrito especificamente

¹⁷ *Op. cit.*, p. 13.

¹⁸ *Op. cit.*, p. 13.

¹⁹ Cf. SUNDFELD. Empresa estatal pode exercer poder de polícia. *Boletim de Direito Administrativo – BDA*, p. 98-103; e Delegação das atividades chamadas de polícia administrativa ou poder de polícia. *Fórum Administrativo – FA*, p. 1-12. Na mesma linha foi o parecer de José Afonso da Silva, publicado sob o título “Poder de polícia” (*Revista de Direito Administrativo – RDA*, p. 247). Nele o jurista examinou a possibilidade de a EMPLASA, uma empresa pública do estado de São Paulo, exercer poder de polícia para fins de proteção de mananciais, concluindo pela sua impossibilidade. A razão, contudo, foi o fato de que a lei não lhe tinha atribuído competência para tal exercício. Mas, quanto à viabilidade de empresas estatais exercerem poder de polícia, tanto empresas públicas como sociedades de economia mista, desde que investidas nessa competência por lei, a sua conclusão foi peremptória, no sentido da sua viabilidade. Nesse sentido, registrou que o direito brasileiro “[...] admite, mediante norma legal expressa, a atribuição de competência para o exercício de atividade de polícia até mesmo a pessoas privadas, quando no exercício de uma função pública [...]” *op. cit.*, p. 247. E esclareceu que tal conclusão valia não só para empresas públicas, mas também para sociedades de economia mista (*op. cit.*, p. 248).

²⁰ Cf. José Vicente Santos de Mendonça, “Estatais com poder de polícia: por que não?” *Revista de Direito Administrativo – RDA*, p. 97-118.

para defender a sua indelegabilidade a sociedades de economia mista, sem tratar da hipótese das empresas públicas.²¹

Aparentemente, o posicionamento majoritário na doutrina é de que sim, empresas estatais podem exercer poder de polícia — embora, como se verá, o tema se apresente mais controvertido nos tribunais.

4 Possibilidade jurídica de empresas estatais exercerem poder de polícia

Realmente, a tese da “indelegabilidade de poder de polícia a empresas estatais” já foi examinada e bem rebatida na doutrina. O que se fará aqui, portanto, é recuperar em boa medida o que nela já se apontou.²² Adiante-se, desde logo, o nosso entendimento, também, de que empresas estatais podem — evidentemente, conforme previsão legal — exercer poder de polícia.

São quatro, basicamente, os argumentos que costumam embasar a tese da suposta indelegabilidade: 1. O de que o exercício de poderes de império, por empresa estatal, seria inconciliável com a natureza de pessoa jurídica de direito privado; 2. O de que a persecução do lucro, pelas empresas estatais, seria inconciliável com o exercício de poderes de polícia; 3. O de que o regime de trabalho dos empregados das empresas estatais, que é o celetista, seria incompatível com o exercício do poder de polícia, por não lhes assegurar estabilidade no emprego e assim, em tese, não os proteger contra perseguições e outras represálias em razão do exercício da função; e 4. O de que o regime de remuneração dos agentes dessas empresas, eventualmente com base na *performance* de fiscalização, geraria distorções, indicativas de desvio de poder no exercício da função de polícia.

A ideia de que a empresa estatal não poderia editar atos jurídicos dotados de imperatividade, por ser pessoa jurídica de direito privado, simplesmente não procede. A empresa estatal é, antes de tudo, estatal — isto é, um instrumento de ação do Estado, que pratica atos em nome do Estado. Não há porque negar imperatividade a atos seus, só pelo fato de organizar-se sob a forma de pessoa de direito privado. A lei pode ditar que tenham imperatividade.

²¹ Rafael Aliprandi de Mendonça (A indelegabilidade do poder de polícia às sociedades de economia mista. *Fórum Administrativo – FA*, p. 1-10). O artigo, vale frisar, não tece considerações sobre a aplicabilidade ou não de suas conclusões às empresas públicas, limitando-se a tratar das sociedades de economia mista.

²² Confira-se, em especial, Carlos Ari Sundfeld, *op. cit.*; e José Vicente Santos de Mendonça, *op. cit.* Ambos os trabalhos estruturam-se a partir da síntese dos argumentos ordinariamente empregados em defesa da tese da indelegabilidade do poder de polícia a empresas estatais, para, em seguida, refutá-los um a um.

Tomando-se para análise uma estatal constituída para o exercício de poder de polícia na área ambiental, verifica-se que os atos de imposição de multa que aplique a poluidores são, sim, dotados de imperatividade, em nada importando a forma privada de organização da empresa. Se a CETESB autua e multa alguém, é o Estado fazendo-o, não um particular, e a imperatividade de seus atos decorre da lei que disciplina a sua atuação.

Carlos Ari Sundfeld lembra, ainda, que a delegação de atos imperativos pelo Estado é admitida em diversos casos — quando está embutida na transferência de serviço público, na delegação de capacidade tributária ativa e, ainda, na delegação do poder de promover desapropriações. Em todos esses casos, a possibilidade de delegação do poder de edição de atos imperativos é admitida com tranquilidade.²³

Ademais, a ideia de que a persecução de lucro pelas empresas estatais seria necessariamente incompatível com o exercício de poder de polícia também não procede. Qual a incompatibilidade? Se lucro a empresa estatal auferir ou perseguir, nem por isso o exercício de atividade de polícia por ela pode ser de alguma maneira ilegal. A legalidade tem de ser observada por quem exerça poder de polícia, empresa estatal ou entidade estatal de outra natureza. A maior "rentabilidade" do exercício do poder de polícia (p. ex., pela aplicação de multas) não depende, necessariamente, da natureza jurídica de quem o exerce; depende da estratégia empregada para exercê-lo. Uma empresa estatal, assim como uma autarquia ou a Administração direta de um município, pode adotar estratégias de exercício do poder de polícia que sejam mais eficazes na autuação de descumprimentos da lei e na aplicação de multas. E estas estratégias podem ser rentáveis. Mas a raiz do problema, caso condenada a estratégia como um desvio dos legítimos fins a que deve se prestar o exercício do poder de polícia, não está na natureza jurídica da entidade que o aplica, mas na própria estratégia de aplicação.

Veja-se o caso da empresa estatal constituída para o exercício de poder de polícia. Observe-se que, se porventura enveredar para uma estratégia de se tornar uma "indústria de multas", dando ensejo a controvérsias sobre a existência de desvio de finalidade na sua atuação, ela não estará fazendo nada diferente do que poderia fazer, na prática, uma autarquia ou uma secretaria de Estado. Estas, no exercício de poder de polícia, também poderiam enveredar por estratégia semelhante, produzindo os mesmos resultados.

Alguém dirá que a empresa estatal transformada em "indústria de multas", se for empresa pública, estará desviando-se de suas funções para produzir dividendos para o seu acionista, o Estado. Mas o mesmo valerá para a autarquia, dotada de funções de polícia, que enverede pelo mesmo caminho, transformando-se em "indústria de multas", já que estará igualmente intensificando a arrecadação de receita para os cofres públicos.

²³ *Op. cit.*, p. 101.

Alguém poderá alegar, ainda, que esta empresa estatal, se for sociedade de economia mista, estará desviando-se de suas funções para produzir dividendos não só para o seu acionista majoritário, o Estado, mas também para os seus acionistas minoritários, particulares. A peculiaridade do caso estaria no favorecimento, supostamente indevido, de determinados acionistas privados, mas mesmo nesse caso não se deve tirar conclusões precipitadas.

Primeiro, cumpre conhecer a disciplina legal da atuação da companhia e da destinação das receitas por ela auferidas no exercício do poder de polícia. O suposto favorecimento a acionistas minoritários pode ser simplesmente inviável, a depender da disciplina legal (a qual fixe, p. ex., a destinação de receitas oriundas da aplicação de multas a um fundo público, gerido externamente à companhia).

Segundo, cumpre examinar outras circunstâncias do caso concreto, como, p. ex., quem são esses acionistas minoritários aos quais tenham sido destinados recursos, ou se haveria algum conflito de interesses entre a distribuição de dividendos a esses acionistas e a intensificação da aplicação de multas pela companhia.

Já se vê que os casos concretos podem variar muito de perfil, o que desaconselha uma conclusão, *a priori*, de alcance geral, no sentido de que toda e qualquer sociedade de economia mista, independentemente da sua conformação jurídica, de suas práticas de governança, do nível e características da participação privada no seu capital, seja incapaz de desempenhar poderes de polícia com a necessária isenção. Antes, é mais razoável o exame de cada caso, atento às características da sociedade de economia mista envolvida (verificando-se quem participa de seu capital, qual a efetiva destinação dos recursos que arrecada etc.).

Já a ideia de que o regime celetista de trabalho a que se submete o pessoal das empresas estatais, se comparado ao estatutário, deixaria o agente responsável pela fiscalização e sanção de particulares excessivamente exposto a perseguições e represálias em virtude do exercício da função, cumpre notar que é exagerada. Ademais, passadas décadas de fiscalização por agentes celetistas de diferentes empresas estatais, a ideia parece contraditória com a experiência. Inclusive, nas inúmeras vezes em que alegado esse risco de represália, a alegação não costuma vir acompanhada de demonstração de casos concretos em que isso tenha acontecido.

É verdade que apenas os agentes públicos ocupantes de cargo, sujeitos, pois, ao regime estatutário, gozam da garantia constitucional da estabilidade (é dizer, os ocupantes de cargos efetivos, nos termos do art. 41 da Constituição Federal) e, por isso, não podem ser demitidos após três anos de seu efetivo exercício, salvo sob determinadas condições específicas. Mas os agentes ocupantes de empregos públicos e, pois, sujeitos ao regime celetista, não estão tão expostos à demissão quando se poderia supor à primeira vista.

José Vicente Santos de Mendonça destaca o raciocínio de que os celetistas também são admitidos por concurso público, de tal modo que “essa forma específica de admissão de pessoal, procedimentalizada e tendente à garantia da isonomia, não se coaduna com a dispensa imotivada”.²⁴ E complementa:

Com base nesse raciocínio, boa parte da doutrina e da jurisprudência passou a admitir uma garantia contra demissões imotivadas dos empregados públicos (ainda que não se trate de uma garantia idêntica à dos servidores, já que a dispensa não vai requerer a instauração de um processo administrativo igual à do servidor estável).²⁵

Em suma, nega-se a possibilidade da dispensa imotivada de empregados públicos, pelo fato de ocuparem postos de trabalho aos quais acederam por concurso público, tal como um ocupante de cargo.

Ademais, nem todos os ocupantes de cargo gozam a estabilidade tida por essencial para o exercício do poder de polícia. Tanto aqueles que se encontram ainda em estágio probatório, quando aqueles ocupantes de cargos em comissão, como costumam ser muitos dos que estão no topo da hierarquia administrativa, não gozam de estabilidade.

A levar-se às suas reais consequências a defesa de que só ocupantes de cargo efetivo, que gozem de estabilidade, podem exercer poder de polícia, então, aponta Sundfeld, “[...] um agente fiscal recentemente admitido não poderia exercer sua função, devendo aguardar o término do estágio probatório para começar a trabalhar”.²⁶ Na mesma linha, anota José Vicente Santos de Mendonça que “o presidente de uma autarquia sanitária também não poderia decidir coisa alguma”, pois “ocupa cargo em comissão e, como pode ser exonerado a qualquer tempo, também será presa fácil de interesses ocultos”.²⁷

Enfim, os exemplos ajudam a perceber que exigir a ocupação de cargo para o exercício do poder de polícia não é garantia de que o agente fiscalizador gozará de estabilidade. E significa também exigir comportamentos absurdos da Administração Pública, como o de não admitir que servidor ingressante para o exercício de função de polícia trabalhe realmente, ou que os ocupantes de cargos em comissão desempenhem seus ofícios.

Finalmente, a ideia de que a remuneração de agentes de empresas estatais segundo as suas *performances* de trabalho geraria distorções ou desvios de finalidade no exercício de funções de polícia também não está vinculada à natureza do regime laboral. Remunerações por *performance*

²⁴ *Op. cit.*, p. 107.

²⁵ *Op. cit.*, p. 107.

²⁶ *Op. cit.*, p. 101.

²⁷ *Op. cit.*, p. 108-109.

podem ser perfeitamente instituídas para ocupantes de cargo, como já feito para o caso de professores de instituições públicas de ensino, no estado de São Paulo. Se algum incentivo pernicioso aos interesses públicos, na adoção de estratégias de remuneração por *performance*, pode existir, então o problema a discutir será a conveniência da remuneração por *performance* em cada caso, e não a natureza da entidade à qual se vincula o agente público submetido a esse regime.

Em suma, remuneração de trabalhadores por desempenho não é exclusividade ou privilégio de empresa estatal, mas cabe também no âmbito de entidades estatais de direito público. Querendo-se travar uma discussão sobre a conveniência de remunerações por desempenho em situações de aplicação de poder de polícia, então que se trave a discussão relativamente a esse exercício por quaisquer entidades estatais — de direito público ou privado —, pois a natureza jurídica delas não é o fator determinante.

5 Como a legislação tem reagido à controvérsia

Ademais, um fenômeno relevante se observa na legislação sobre trânsito. Esta tem *reagido* à teoria da “indelegabilidade do poder de polícia” para atender à necessidade de o Estado valer-se de empresas estatais e colaboradores particulares no desempenho de atividades ligadas à polícia de trânsito. Essa reação pode ser ilustrada com alguns exemplos de alteração legislativa.

No estado de São Paulo, o Decreto-Lei nº 5, de 6 de março de 1969, havia autorizado a criação da DERSA, uma empresa pública voltada a explorar, mediante concessão, o uso das rodovias Anchieta e Imigrantes. José Afonso da Silva observou interessante movimentação legislativa ocorrida à época. Constatou que, originalmente, dita lei não dera à empresa estatal, explicitamente, competência para o exercício de poder de polícia na área, mas, pouco depois, a Lei nº 95, de 29 de dezembro de 1972, alterou-a para que expressamente conferisse à DERSA competência para

[...] exercer, nas rodovias abrangidas pela concessão, além de outras atividades úteis ou necessárias ao cumprimento de suas finalidades, todos os poderes implícitos e explícitos, com os respectivos direitos e obrigações, inclusive o poder de polícia administrativa, inerente e por isso necessário ao bom desempenho dos serviços concedidos.²⁸

Mais recentemente, sob a vigência do atual Código de Trânsito Brasileiro (Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997, ou CTB), outro fenômeno significativo de alteração legislativa em matéria de polícia de trânsito foi

²⁸ SILVA, *op. cit.*, p. 247-248.

notado pela doutrina. Camila Maia Pyramo Costa e José Nilo de Castro observaram que, até o advento do atual CTB, o agente responsável pelas autuações de infrações às leis de trânsito

[...] sempre foi o policial militar. Todavia, ao cometer a fiscalização também aos municípios, os quais não possuem polícia militar em seus quadros, o CTB estendeu a atribuição fiscalizadora à categoria dos *servidores civis*. Referida ampliação foi objeto de uma emenda apresentada pelo Senador Francelino Pereira, para que constassem as expressões *servidor civil, estatutário ou celetista*.²⁹

O objetivo teria sido eliminar dois tipos de dúvida: sobre a competência de servidor não militar — portanto, civil — para autuar infrações de trânsito e sobre a possibilidade de que esse servidor seja estatutário ou celetista.

Ambos os casos, um do início da década de 1970 e outro ocorrido quase 30 anos mais tarde, evidenciam a influência da teoria da “indelegabilidade do poder de polícia” na prática administrativa brasileira, bem como algumas reações legislativas a ela. Foram reações tomadas para garantir que a delegação pudesse ocorrer sempre nos termos da lei.

6 Como os tribunais têm reagido à controvérsia

A despeito de bem respondidos os receios da atribuição de poderes de polícia a empresas estatais, a questão não está pacificada nos tribunais. Em verdade, enquanto a doutrina parece se posicionar, majoritariamente, no sentido da viabilidade do exercício de poderes de polícia por empresas estatais, no âmbito do Judiciário ainda há muita divergência entre os órgãos julgadores.

Mencione-se, a título exemplificativo, que, no Tribunal de Justiça do estado de São Paulo (TJ/SP), há julgados no sentido de que o exercício de poder de polícia pela CETESB é perfeitamente legal e constitucional,³⁰ assim como o é a atuação de agentes de fiscalização da CET (“marronzinhos”) na fiscalização do trânsito.³¹ Há também, por outro lado, julgado no sentido de que tais agentes e a CET não podem exercer poder de polícia.³²

²⁹ Autuações por infração à legislação de trânsito: competência dos agentes celetistas em período integral: poder de polícia estatal. *Revista Brasileira de Direito Municipal – RBDM*, p. 2.

³⁰ Cf. TJ/SP, Câmara Reservada ao Meio Ambiente, Apelação Cível nº 994.03.081217-0/Marília, rel. Des. Eduardo Braga, j. 3.2.2011; e TJ/SP, Câmara Reservada ao Meio Ambiente, Apelação nº 0004634.31.2008.8.26.0302, rel. Des. Eduardo Braga, j. 9.2.2012.

³¹ Cf. TJ/SP, 7ª Câmara de Direito Público, Apelação Cível nº 126.676.5/1-00, rel. Des. Sérgio Pitombo, j. 4.6.2011.

³² Cf. TJ/SP, 3ª Câmara de Direito Público, Apelação nº 0001961-90.2010.8.26.0562, rel. Des. Leonel Costa, j. 6.9.2011.

No Tribunal de Justiça do estado de Minas Gerais (TJ/MG) há julgado no sentido de que a BHTrans não pode exercer poder de polícia, curvando-se ao entendimento manifestado pelo STJ.³³ E, no Tribunal de Justiça do estado do Rio de Janeiro (TJ/RJ), há julgado no sentido de que sociedades de economia mista não podem exercer poder de polícia.³⁴ São indícios de que a matéria encontra-se ainda bastante controversa nos tribunais de justiça.

Vale aqui, todavia, contrastar os dois julgamentos em sentidos opostos do TJ/SP, para fins de análise de seus fundamentos. Primeiro, confira-se o julgamento no qual o tribunal, por sua 3ª Câmara de Direito Público, por maioria de votos, entendeu ilegítima a autuação de infrações de trânsito por agentes da CET. Prevaleceu, assim, a seguinte visão do Des. Leonel Costa:

Assim sendo, entendo que eventual lei municipal ou convênio que autorize empresa pública para administrar o sistema viário é válido, mas não o é para se substituir ao Estado (Município) para lavrar autos de infração e de imposição de multa, posto que se trata de atividade de poder de polícia típica, indelegável, com risco de mercantilização do interesse público e metamorfose do poder de polícia em sistema paralelo de arrecadação e de lesão grave aos particulares.

A indelegabilidade do poder de polícia de atividade estatal é compatível com a necessidade de impedir a transformação da fiscalização da observância das normas de trânsito em indústria rentável de multas com a sujeição da cidadania, em grau exacerbado, à tirania do Poder Público, que goza das prerrogativas de serem os seus atos presumivelmente verdadeiros, legais e legítimos. A contrapartida democrática para isso é, sem dúvida, a exigência de que agente fiscal seja integrante do serviço público, cujos requisitos de admissão e de manutenção no cargo respeitam, ao menos, o mínimo estabelecido no art. 37 da Constituição da República. [...]

Os serviços de exator e os demais que implicam limitação à liberdade do cidadão não são passíveis de serem delegados.

É preciso por fim à vergonha da situação que vivenciamos, em que as multas de trânsito não objetivam mais a segurança do cidadão e do trânsito e o seu regramento, mas, sim, a simples arrecadação de fundos com utilização de métodos pelo Poder Público que constituem verdadeiras armadilhas vergonhosas contra o proprietário do veículo.

Isso posto, voto para dar procedência à ação, com provimento ao recurso, para anular as multas lavradas para todos os efeitos, invertendo-se a sucumbência. (Apelação nº 000196-90.2010.8.26.0562, rel. designado Des. Leonel Costa, j. 6.9.2011).

³³ Cf. TJ/MG, 7ª Câmara Cível, Agravo de Instrumento Cível nº 1.0024.10.002318-3/001/Belo Horizonte, rel. Des. André Leite Praça, j. 8.6.2010.

³⁴ Cf. TJ/RJ, 9ª Câmara Cível, Apelação cível nº 2009.001.57417, rel. Des. Roberto de Abreu e Silva, j. 20.10.2009.

De outro lado, votou vencido o Des. Marrey Uint, aduzindo:

A Lei municipal autorizou o Poder Executivo a criar uma empresa pública para administrar o sistema viário e gerenciar o transporte e trânsito na comarca. Não há, portanto, que se falar em ilegitimidade da CET em fiscalizar e aplicar multas. Cita precedentes. (Apelação nº 000196-90.2010.8.26.0562, rel. designado Des. Leonel Costa, j. 6.9.2011)

O que se nota, claramente, é que, enquanto o posicionamento vencedor se baseou na alegação de que consequências negativas adviriam do exercício do poder de polícia pela empresa estatal em foco, o vencido baseou-se na existência de autorização legal para tal exercício.

A argumentação vencedora foi toda em abstrato, sobre consequências futuras que se supunha que seriam negativas — daí aludir, p. ex., a “risco de mercantilização do interesse público”, à “necessidade de impedir a transformação da fiscalização [...] em indústria rentável de multas [...]”. Já a argumentação vencida se baseou na lei e, ainda, na experiência passada que viria sendo avalizada pelo tribunal, segundo precedentes. Incorreu a argumentação vencedora nesse caso, portanto, no vício mais frequente nas decisões acerca da matéria, contra o qual se volta o presente estudo: é calcada puramente em riscos abstratos, sem comprovação de que, no caso examinado, eles se concretizam.

O posicionamento vencedor também criticou “métodos” de arrecadação de fundos por intermédio do exercício do poder de polícia. Porém, a esse respeito, já se observou aqui que tais métodos não têm na circunstância de tratar-se de empresa estatal a exercer o poder de polícia um fator determinante. Métodos condenáveis de exercício da polícia de trânsito, que incorram em desvio de finalidade nesse exercício, podem ser praticados igualmente por entidades de direito público, mediante servidores estatutários. Não há correlação necessária entre o regime da empresa estatal e o de seus trabalhadores com os métodos de arrecadação que a posição majoritária quis condenar.

De outro lado, mencione-se, do mesmo TJ/SP, acórdão proferido por votação unânime da Câmara Reservada ao Meio Ambiente, reconhecendo como absolutamente legítimo o exercício de poderes de polícia pela CETESB. Contraposto com o anterior, o caso sugere que a controvérsia quanto à viabilidade do exercício do poder de polícia por empresa estatal não está pacificada no tribunal paulista:

I - MANDADO DE SEGURANÇA. Cobrança através de correspondência-notificação, por parte da CETESB, de valores relativos a autos de infrações ambientais lavrados. [...]

II - MULTAS AMBIENTAIS. Autos de infrações lavrados pela CETESB. [...] CETESB. Empresa pública. Poder de polícia. Existência, eis que esta tem como objeto exercer as atividades relativas ao controle de poluição das águas e

do ar, incumbindo-lhe o efetivo exercício do controle da qualidade do meio ambiente em todo o território estadual além de outras atividades úteis ou necessárias ao cumprimento de suas finalidades, inclusive o poder de polícia administrativa, inerente e indispensável ao bom desempenho de seus serviços (inciso I do artigo 3º do Decreto n. 5.993/1975). Tal poder está diretamente relacionado à competência comum (inciso VI do artigo 23 da CF). Trata-se de poder conferido à Administração Pública, que pode exercê-lo de forma direta ou indireta. Outrossim, os autos de infração impugnados não apresentam qualquer ilegalidade patente e, bem por isso, gozam de presunção de legitimidade. SEGURANÇA DENEGADA. (Apelação Cível nº 994.03.081217-0/ Marília, rel. Des. Eduardo Braga, j. 3.2.2011, excerto da ementa)³⁵

Mas, embora controvertida nos tribunais estaduais, a matéria chegou à pauta do STF por meio da já aludida reclamação no "Caso BHTrans". Vale atentar, então, para as decisões já proferidas pelo STF.

Embora não se tenha notícia de decisão da Corte Suprema versando especificamente sobre a questão da constitucionalidade do exercício de poderes de polícia por empresa estatal, há decisões tratando de temas conexos, que podem influenciar o rumo das discussões sobre a questão específica. Em suma, é tempo de construção da jurisprudência do STF sobre a questão.³⁶

6.1 Empresas estatais e poderes de polícia

Na pauta do STF, conforme mencionado no início deste estudo, está o chamado "Caso BHTrans" (Reclamação nº 9.702/MG, rel. Min. Luiz Fux). Nela a questão da viabilidade jurídica do exercício do poder de polícia por empresas estatais foi levada à apreciação do STF e encontra-se pendente de apreciação.

As reclamantes são a Empresa de Transportes e Trânsito de Belo Horizonte S.A. (BHTrans), que é sociedade de economia mista constituída pelo município de Belo Horizonte, e o município de Belo Horizonte. Ambas se insurgiram contra acórdão proferido pela 2ª Turma do STJ (REsp. nº 817.534-MG, rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. 10.11.2009).

³⁵ Em outro julgamento recente, o TJ/SP, também por sua Câmara Reservada ao Meio Ambiente, reiterou esse entendimento acerca da possibilidade do exercício de poder de polícia pela CETESB (Apelação nº 0004634.31.2008.8.26.0302, rel. Des. Eduardo Braga, v.u., j. 9.2.2012).

³⁶ Aliás, é interessante notar que, segundo decidiu o STF recentemente, existem campos sobre os quais sequer o Estado pode exercer poder de polícia, como é o caso da atividade jornalística. Confira-se: "A impossibilidade de estabelecimento de controles estatais sobre a profissão jornalística leva à conclusão de que não pode o Estado criar uma ordem ou um conselho profissional (autarquia) para a fiscalização desse tipo de profissão. O exercício do poder de polícia do Estado é vedado nesse campo em que imperam as liberdades de expressão e de informação" (cf. ementa do RE nº 511.961/SP, rel. Min. Gilmar Mendes, j. 17.6.2009, grifos nossos).

Esse acórdão considerou inviável o exercício do poder de polícia pela BHTrans. Os fundamentos adotados pela 2ª Turma do STJ podem ser sintetizados em três: 1. Atos de legislação e sanção, por derivarem do poder de coerção estatal, não podem ser exercidos por empresas estatais; 2. Atos de sanção são incompatíveis com a finalidade lucrativa das empresas estatais; e 3. A personalidade jurídica de direito privado das empresas estatais é incompatível com o exercício do poder de polícia. Os dois primeiros foram apresentados pelo relator, Min. Mauro Campbell Marques, e o último pelo Min. Herman Benjamin, em voto-vista.

Esta síntese de fundamentos, contudo, já resulta de um esforço de interpretação das declarações de voto, que por seus específicos termos geram muitas dúvidas.³⁷ Para conhecer as manifestações com exatidão, melhor é transcrever alguns de seus trechos essenciais. E ir apontando as razões pelas quais este estudo diverge do posicionamento do STJ e de seus fundamentos, recuperando algo das razões já destacadas acima.

O voto do relator, após aludir que as atividades que envolvem o exercício de poder de polícia podem ser divididas em quatro tipos — nos seus exatos termos, “(i) legislação; (ii) consentimento; (iii) fiscalização; e (iv) sanção” — e referir como é que cada uma delas se manifestaria na polícia de trânsito, concluiu com a seguinte assertiva: “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”. Ou seja, para o voto, a parcela do exercício do poder de polícia que envolve a *coerção* é indelegável a particulares.³⁸

³⁷ Inclusive, é de se notar que a controvérsia foi apresentada nas declarações de voto dos ministros de maneiras ligeiramente diferentes. O relator, Min. Mauro Campbell Marques, apresentou-a assim: “A controvérsia em debate é a possibilidade de exercício do poder de polícia por particulares (no caso, aplicação de multas de trânsito por sociedade de economia mista).” Já o Min. Herman Benjamin assim a definiu: “A questão posta nos autos diz respeito à possibilidade de exercício do Poder de Polícia, imposição de multas de trânsito, por Sociedade de Economia Mista – BHTRANS.” A diferença entre as duas formas de apresentação é que, segundo os termos empregados pelo relator, sociedades de economia mista parecem sinônimo de particulares, enquanto o autor do voto-vista limita-se a referir as sociedades de economia mista. O problema de se tomar sociedade de economia mista por particular é, como já salientado neste estudo, acabar, dessa forma, subvalorizando a sua natureza estatal, a sua pertença ao Estado, e as consequências daí advindas.

³⁸ A origem dessa classificação adotada pelo Min. Mauro Campbell Marques não é explicitada em seu voto. Contudo, na doutrina, encontra-se em Diogo de Figueiredo Moreira Neto (*Curso de direito administrativo*) classificação assemelhada. Segundo este autor, “[a] função de polícia é exercida em quatro fases, o ciclo de polícia, correspondendo a quatro modos de atuação: a ordem de polícia, o consentimento de polícia, a fiscalização de polícia e a sanção de polícia.” A aludida “ordem de polícia”, aduz o autor, “é o preceito legal”. O “consentimento de polícia” é “o ato administrativo de anuência, que possibilita a utilização da propriedade particular ou o exercício da atividade privada, nas hipóteses em que o legislador tenha exigido um controle prévio, por parte da Administração, da compatibilização do uso do bem ou do exercício da atividade com o interesse público”. A “fiscalização de polícia” serve “para a verificação do cumprimento das ordens de polícia” e “para observar se não estão ocorrendo abusos nas utilizações de bens e nas atividades privadas

Seu principal argumento, assim, foi mesmo o de que o poder estatal de coerção é indelegável a sociedades de economia mista. Na esteira desse raciocínio, a BHTrans, enquanto sociedade de economia mista, estaria proibida de aplicar multas de trânsito na medida em que tal atividade envolveria o exercício do poder estatal de coerção.

O argumento suscita dúvidas quanto ao seu teor e refutação do seu sentido geral. A dúvida decorre do fato de que, embora sustente que o poder de coerção compete, com exclusividade, ao Poder Público, de outro lado o argumento não esclarece a razão pela qual as sociedades de economia mista não são consideradas parte integrante do Poder Público. Como já repisado aqui, elas integram a estrutura orgânica do Estado; são, portanto, parte do Poder Público. O que a forma de expressão do raciocínio pelo STJ omite é o fato de que, embora parte do Poder Público, a sociedade de economia mista, como a empresa pública, tem personalidade jurídica de direito privado. Aproxima-se, portanto, quanto à sua personalidade jurídica, de uma empresa particular. O raciocínio implícito parece ter sido o de que determinados poderes de coerção só podem ser exercidos por certos tipos de pessoas estatais, organizadas sob regime de direito público. Fica a dúvida quanto à razão pela qual o voto teria entendido que o regime de direito privado, ainda que de pessoa estatal, seria incompatível com a função de polícia.

A refutação do argumento de que atos imperativos, ou poderes de coerção, são indelegáveis, já foi feita nesse estudo. Além de admitida em nosso Direito a delegação de atos imperativos em diversos casos,³⁹ há de se ter em vista que o próprio regime legal que disciplina a atividade de polícia pode reconhecer imperatividade aos atos de polícia que provenham da empresa estatal e seus agentes.

Já o segundo argumento adotado pelo voto do relator foi o de que o exercício do poder de polícia em questão — aplicação de multas de trânsito — seria incompatível com um dos objetivos almejados pelas atividades empresariais de particulares, que seria a obtenção de lucro. Nesse sentido, afirmou: “No que tange aos atos de sanção, o bom desenvolvimento por particulares estaria, inclusive, comprometido pela busca do lucro — aplicação de multas para aumentar arrecadação”.

O argumento também já foi refutado aqui. Quanto às empresas estatais em geral, já se observou que o regime da pessoa não se confunde com o regime da atividade. A empresa estatal que exerce atividade

que foram consentidas pela Administração”. E a “sanção de polícia” é a “submissão coercitiva do infrator a medida inibidoras [...] ou dissuasoras [...] impostas pela Administração” (op. cit., p. 388-391, grifos no original).

³⁹ Cf. SUNDFELD, op. cit., p. 101.

pública sujeita-se ao direito público, no que diz respeito a essa atividade.⁴⁰ A observação é importante no caso das empresas estatais constituídas para o exercício de poder de polícia, tendo em vista que a atividade que exercem é, indubitavelmente, pública. Devem atuar, portanto, em conformidade com o regime de direito público aplicável à atividade de polícia. Não se trata de atividade especialmente orientada para fins de lucratividade, mas sujeita a outras finalidades de interesse público, como a ordenação do trânsito e a proteção do patrimônio ambiental.

Ademais, o problema da "aplicação de multas para aumentar a arrecadação", que parece preocupar o STJ, também já foi analisado aqui. Ele está longe de ser um fenômeno oriundo da natureza jurídica das empresas estatais, estando, antes, relacionado a estratégias do Estado no exercício de seu poder de polícia. Autarquias de toda ordem, municipalidades, entre outros entes e entidades de direito público, todos podem enveredar pela adoção desse tipo de estratégia, incorrendo eventualmente em desvio de finalidade no exercício do poder de polícia. Se a estratégia é condenável, então seja ela, a estratégia, discutida, e não a natureza jurídica da entidade na qual porventura tenha sido adotada. Não é ela, a natureza jurídica, determinante para a adoção de estratégias de maximização de receitas com a aplicação de multas no exercício do poder de polícia; cabem as mesmas estratégias no exercício do poder de polícia pela administração direta ou por entidades de direito público.

Quanto ao caso específico da BHTrans, Marcos Augusto Perez interpreta a legislação de regência da sua atuação e chega a significativa conclusão: trata-se de sociedade de economia mista cuja arrecadação, oriunda da aplicação de multas, é destinada, por lei, ao caixa municipal, não servindo, pois, para enriquecer particulares. Nas suas palavras:

Ao afirmar que o bom desenvolvimento dos particulares estaria comprometido com o lucro, o STF parece ignorar que o destino da receita arrecadada com a aplicação de multas de trânsito é determinado pela Lei Federal nº 9.503/97 (Código de Trânsito Brasileiro).

Segundo o art. 320 dessa Lei, do total arrecadado com multas, 5% devem ser destinados ao Fundo Nacional de Segurança e Educação de Trânsito (FUNSET) e o restante deve ser aplicado em implantação e manutenção de sinalização, engenharia de tráfego, de campo, de policiamento, fiscalização e educação de trânsito.

Em Belo Horizonte, as gestões orçamentária e financeira dos sistemas de transporte e trânsito são efetuadas pela BHTrans e pela Prefeitura Municipal, através do Fundo de Transporte Urbano (FTU). O FTU, por sua vez, é regulamentado pelo Decreto Municipal nº 1.633, de 08.07.98, e está vinculado às normas da Lei nº 4.320/64.

⁴⁰ *Op. cit.*, p. 101.

A receita das multas de trânsito é, portanto, destinada ao FTU e aplicada nos termos do artigo 320, do CTB. As multas cobradas são destinadas, portanto, ao caixa do município, mais precisamente, do FTU, e não da BHTrans. Completamente descabido, portanto, falar-se em lucro da BHTrans com a arrecadação de multas.⁴¹

A conclusão relativa ao caso ilustra um ponto mais geral sustentado aqui: a própria legislação que disciplina a atividade da empresa pode neutralizar potenciais disfunções no exercício do seu poder de polícia. E, em se tratando de sociedade de economia mista, cada caso merece análise em separado, pois a conformação jurídica da companhia e de sua atuação pode ser tal que neutralize, de fato, o potencial conflito entre o exercício da atribuição de polícia e a lucratividade.

Por fim, o terceiro argumento que sensibilizou a 2ª Turma do STJ foi o mencionado no voto-vista. Nele afirmou-se que as sociedades de economia mista, por lei, “[...] têm fins empresariais e, conforme pacificado na doutrina, servem para desempenhar atividade de natureza econômica.” Posto isso, avaliou-se que “[...] é temerário afirmar que o trânsito de uma metrópole pode ser considerado atividade econômica ou empreendimento, fins para os quais dever ser constituída entidade com essa natureza jurídica.” Foi o bastante para concluir-se que, “[...] na hipótese de gerenciamento de trânsito, não é possível a transferência de poder de polícia para Sociedade de Economia Mista[...]”.

Centrou-se, portanto, o voto-vista, no argumento de que a personalidade jurídica de direito privado, da sociedade de economia mista, seria incompatível com o exercício de poder polícia para o gerenciamento de trânsito.

A refutação desse argumento também já se fez aqui. Ele é inadmissível por não dialogar com a realidade. Se a função de ordenação do trânsito, em diversas capitais brasileiras, vem sendo desempenhada por empresas estatais, como demonstra a experiência jurídica acumulada no país, então que seja comprovada, empiricamente, a tese abstratamente lançada de que a natureza privada dessas empresas tem comprometido o desempenho da função. É preciso demonstrar que as empresas estatais que gerenciam o trânsito, na experiência concreta, têm incorrido em desvios de finalidade nesse gerenciamento, por razões ligadas à sua natureza empresarial.

Por todos os ângulos em que examinada a fundamentação do acórdão proferido pela 2ª Turma do STJ, portanto, a conclusão é de que ele não deve prosperar. Levada a posição ao exame do STF, será fundamental que os temores que suscita em abstrato sejam confrontados com a realidade do caso específico e, ainda, com a experiência acumulada no país por diversas

⁴¹ *Op. cit.*, p. 8-9.

empresas estatais constituídas para o exercício do poder de polícia, em áreas como ordenação de trânsito e proteção ambiental.

6.2 Conselhos profissionais e poderes de polícia

Outro caso decidido pelo STF que discute a delegação do exercício do poder de polícia diz respeito aos conselhos de fiscalização de profissões regulamentadas (ADI nº 1.717-6/DF, rel. Min. Sydney Sanches, j. 7.11.2002). Nele, o Partido Comunista do Brasil (PC do B) e o Partido Democrático Trabalhista (PDT) ajuizaram ação direta de inconstitucionalidade contra o art. 58 e parágrafos da Lei federal nº 9.649, de 1998, que dispõe sobre os conselhos de fiscalização de profissões regulamentadas.

O dispositivo legal questionado estabelecia, basicamente, que os serviços de fiscalização de profissões regulamentadas seriam “[...] executados em caráter privado, por delegação do Poder Público, mediante autorização legislativa”.⁴²

Em juízo cautelar, a 22.9.1999, o STF suspendeu a eficácia dessas normas legais (exceto da que tratava da submissão do pessoal dos conselhos profissionais à legislação trabalhista, devido à mudança posterior da redação original do art. 39 da Constituição Federal e, assim, do parâmetro de análise da constitucionalidade). Em juízo definitivo, a 7.11.2002, o STF julgou-a parcialmente procedente, por unanimidade de votos (a procedência parcial deveu-se à circunstância de que parte do pedido ficou prejudicada com a alteração superveniente do art. 39 da Constituição).

Concluiu o tribunal, estribado no voto do relator, Min. Sydney Sanches:

[...] a interpretação conjugada dos artigos 5º, XIII, 22, XVI, 21, XXIV, 70, parágrafo único, 149 e 175 da Constituição Federal, leva à conclusão, no sentido da indelegabilidade, a uma entidade privada, de atividade típica de Estado, que abrange até poder de polícia, de tributar e de punir, no que concerne ao exercício de atividades profissionais regulamentadas, como ocorre com os dispositivos impugnados. (excerto da ementa do acórdão; grifos nossos)

O voto condutor, do Min. Sydney Sanches, invocou precedente da Corte no qual ficara assentado o entendimento de que os conselhos de fiscalização profissional têm o dever de prestar contas ao TCU. E baseou-se

⁴² Ademais, previa que: 1. Os conselhos que os prestassem, “dotados de personalidade jurídica de direito privado”, não teriam “qualquer vínculo funcional ou hierárquico” com os órgãos da Administração Pública; 2. Seus empregados seriam “regidos pela legislação trabalhista”; 3. Ficariam autorizados a fixar, cobrar e executar as contribuições anuais devidas por pessoas físicas ou jurídicas; 4. “Por constituírem serviço público, gozariam de imunidade tributária”; 5. Adaptariam seus estatutos à lei; e 6. A apreciação de controvérsias que os envolvessem ficariam sujeitas à competência da Justiça Federal.

também no parecer exarado pela Procuradoria-Geral da República, que, no que tange ao ponto que aqui importa salientar, destacou:

Antes pessoas jurídicas de direito público, assim caracterizadas em seus Estatutos, passam a configurar pessoas jurídicas de direito privado, que, por meio de delegação, desenvolvem uma atividade típica de Estado, a qual, por força do art. 21, XXIV, da Constituição, é de competência da União Federal.

Entendeu violada, portanto, o STF, em especial, a competência da União para "organizar, manter e executar a inspeção do trabalho" (art. 21, XXIV).

Se tomado sozinho o enunciado da "indelegabilidade de atividade típica de Estado a entidade privada", constante da ementa, pode-se chegar à equivocada conclusão de que os fundamentos do julgado alcançariam quaisquer entidades organizadas como pessoas jurídicas de direito privado. Aliás, esse enunciado tem sido mesmo citado por acórdãos de tribunais de justiça como prova de que o STF já teria decidido que quaisquer entidades de direito privado, inclusive empresas estatais, não podem exercer poder de polícia.⁴³

Mas o seu objeto específico foram os conselhos de fiscalização do exercício de profissões regulamentadas, e o STF se deteve, no caso, exclusivamente, sobre tais conselhos. Não fez nele uma reflexão sobre a delegabilidade do poder de polícia a empresas estatais, que se distinguem, de modo relevante, dos conselhos profissionais.

O exemplo dos conselhos profissionais é realmente peculiar. Na doutrina tais conselhos têm sido identificados como "entidades paraestatais", ou, ainda, como "entidades públicas não estatais", à medida que não integram a estrutura orgânica do Estado, mas são criados mediante autorização legal, reunindo características híbridas, típicas do mundo privado com outras típicas do regime de pessoas estatais. É a conclusão de Carla Osório, em análise de seu regime jurídico:

Os conselhos profissionais, embora se afigurem como sobrevivências de realidades de outras épocas, no atual regime constitucional podem ser compreendidos como paradigmáticos da interpenetração entre as esferas pública e privada. A forma como estão configurados, o seu papel e a atividade que exercem não se mostram compatíveis com o seu enquadramento na estrutura orgânica do Estado, com todas as consequências jurídicas que desse enquadramento decorreriam. Por outro lado, a sua tarefa de índole administrativa, bem como os poderes que possuem para exercê-la, impedem a sua configuração como simples organização da sociedade civil, submetida a normas de direito privado. Daí a pertinência de sua percepção como entidades públicas não-estatais, jungidas apenas à observância das

⁴³ Cf. TJ/RJ, 9ª Câmara Cível, Apelação Cível nº 2009.001.57417, rel. Des. Roberto de Abreu e Silva, j. 20.10.2009.

normas de direito administrativo cuja aplicação se justifique, tendo em vista esse seu caráter.⁴⁴

O poder de polícia cujo exercício é geralmente autorizado por lei a tais conselhos profissionais é a edição de normas, a fiscalização de seu cumprimento e a aplicação de sanções, envolvendo restrições à liberdade do exercício da profissão.

Sobre a questão da viabilidade do exercício desses poderes por tais conselhos, Osório parte da premissa de que são “entidades públicas não estatais”, não se confundindo, portanto, com entidades estritamente privadas ou particulares. E observa que a discussão acerca da indelegabilidade do poder de polícia a particulares não se aplica em toda a sua extensão ao caso dos conselhos profissionais. Conclui que o argumento central, este sim aplicável ao caso dos conselhos, para sustentar-se a impossibilidade de exercerem poder de polícia, seria o de que o Estado detém o monopólio do uso da coerção. Contudo, a esse argumento contrapõe a percepção de que as tarefas de polícia dos conselhos profissionais “[...] resultam de uma atribuição legal e nesses limites devem ser exercidas”.⁴⁵

É possível identificar uma semelhança entre o ponto salientado por Carla Osório, de que o exercício do poder de polícia por conselhos profissionais submete-se à lei, com o apontado por Carlos Ari Sundfeld, já mencionado, no sentido de que não se deve confundir o regime da pessoa com o da atividade; a empresa estatal que exerce atividade pública se sujeita ao direito público, no que respeita a essa atividade. O mesmo raciocínio, pois, emprega Osório, ao apontar que a atividade de polícia do conselho profissional se sujeita à legislação — e, infere-se, ao direito público —, ainda que o regime da pessoa, isto é, do conselho profissional, possa ser de direito privado. Em suma, ambos reconhecem que o regime da pessoa pode ser de direito privado, mas a atividade pública que desempenha — poder de polícia — estará regulada pelo direito público.

Mas o STF não tolerou essa distinção entre o regime da pessoa e o da atividade, ao ter decidido que os conselhos profissionais não poderiam ser transformados pela lei em entidades de direito privado dedicadas a atividades de polícia administrativa, tipicamente sujeitas ao direito público.

6.3 Servidores celetistas e poder de polícia

Vale atentar ainda para a decisão monocrática do Min. Marco Aurélio, do STF, proferida *ad referendum* do plenário, sobre pedido de medida

⁴⁴ OSÓRIO. Os conselhos profissionais integram a estrutura orgânica do Estado?. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, p. 4-5.

⁴⁵ *Idem*, p. 4.

liminar em ação direta de inconstitucionalidade ajuizada pelo Partido dos Trabalhadores (PT) contra dispositivos da Lei nº 9.986, de 18 de julho de 2000, atinente à gestão de recursos humanos nas agências reguladoras (ADI-MC nº 2.310/DF, rel. Min. Marco Aurélio, j. 19.12.2000). A ação foi julgada prejudicada por perda de objeto, em virtude da superveniente alteração da lei questionada pela Lei nº 10.871, de 20 de maio de 2004 (ADI nº 2.310/DF, rel. Min. Carlos Velloso, j. 7.12.2004).

Mas a decisão monocrática previamente exarada trouxe, de todo modo, elementos relevantes para a discussão do tema deste artigo.

No que importa aqui assinalar, a Lei nº 9.986/2000 previa que as relações de trabalho no âmbito das agências reguladoras seriam regidas pela CLT, e, desde logo, criava empregos públicos nas agências. Tais normas foram revogadas pela Lei nº 10.871/2004, que determinou que ditas relações deveriam sujeitar-se ao regime estatutário.

Antes, porém, de que a nova lei instituisse o regime estatutário em lugar do celetista para os servidores das agências, a ADI nº 2.310 havia sido ajuizada sob a alegação de impossibilidade de instituição de empregos públicos nas agências reguladoras, com base no entendimento de que o exercício de funções de fiscalização e, pois, de poderes de polícia, seria incompatível com tal regime de trabalho.

Na ocasião, o Min. Marco Aurélio deferiu o pedido de suspensão cautelar das disposições da Lei nº 9.986/2000, fazendo-o ao entendimento de que,

[...] em suma, não se coaduna com os objetivos precípuos das agências reguladoras, verdadeiras autarquias, embora de caráter especial, a flexibilidade inerente aos empregos públicos, impondo-se a adoção da regra que é revelada pelo regime de cargo público, tal como ocorre em relação a outras atividades fiscalizadoras — fiscais do trabalho, de renda, servidores do Banco Central, dos Tribunais de Conta etc.⁴⁶

O argumento da instabilidade do regime celetista e da sua suposta incompatibilidade com o exercício de poderes de polícia já foi aqui rebatido.

Importa apenas chamar a atenção para a percuciente denominação que lhe deu José Vicente Santos de Mendonça, em comentários a essa mesma decisão monocrática tomada no âmbito do STF. O autor classificou o argumento do STF de “consequencialista”, visto que antecipa consequências supostamente prováveis da submissão do pessoal das agências ao regime celetista, para, então, sustentar que o regime celetista é imprestável para as agências.⁴⁷ E refutou tal argumento por duas frentes: primeiro,

⁴⁶ Decisão monocrática, *ad referendum* do plenário, do Min. Marco Aurélio (ADI-MC nº 2.310/DF, rel. Min. Marco Aurélio, j. 19.12.2000).

⁴⁷ *Op. cit.*, p. 105-106.

demonstrando que “[...] hoje em dia, o regime celetista adotado pela Administração Pública indireta simplesmente não possui mais as características que o tornariam tão instável”;⁴⁸ depois, noutra frente, sustentando que a fragilidade do regime celetista, se realmente existisse, teria que levar ao abandono do regime por completo na Administração Pública.⁴⁹

7 Aprendendo com a experiência jurídica acumulada

O STF tem, com o “Caso BHTrans”, uma oportunidade de exame da questão da constitucionalidade de atos normativos que atribuem exercício de poder de polícia a empresa estatal (Recl. nº 9.702, Min. Luiz Fux).

Os outros dois casos conexos à questão não a resolveram, mas importam porque trataram, em alguma medida, de argumentos aos quais ela é sensível. O argumento de que a natureza de direito privado seria incompatível com o exercício de poder de polícia está presente no “Caso dos Conselhos Profissionais” (ADI nº 1.717-6/DF, rel. Min. Sydney Sanches, j. 7.11.2002), enquanto o argumento de que o regime celetista do pessoal seria também incompatível com o exercício de poder de polícia está presente na decisão cautelar do Min. Marco Aurélio no “Caso da Lei das Agências” (ADI-MC nº 2.310/DF, rel. Min. Marco Aurélio, j. 19.12.2000).

Apesar desses casos conexos ao assunto, não se tem notícia de posicionamento do STF quanto à constitucionalidade de leis que atribuem poderes de polícia a empresas estatais.

Todavia, existe uma experiência jurídica acumulada de autorizações legislativas para a constituição de empresas estatais cuja missão precípua é o exercício de funções de ordenação administrativa.

Defende-se aqui que essa experiência precisa ser considerada. Eventual adoção da tese da inviabilidade da atribuição de poderes de polícia às empresas estatais não pode basear-se no temor das consequências, em abstrato, desse exercício. Já existe uma experiência significativa desse exercício, sem notícia de que, pela natureza privada da entidade estatal que o exerce, ou pelo regime celetista de seus empregados, a atividade de polícia esteja desvirtuada.

O próprio STF — eis aqui um caso inspirador para que a Corte Suprema construa suficiente motivação em futuro julgamento — já rechaçou, no passado, argumentos baseados no temor das consequências em abstrato do exercício do poder de polícia.

Tratava-se de caso em que a Empresa de Correios e Telégrafos (ECT) pugnava pela não sujeição das agências de correios ao poder de polícia

⁴⁸ *Idem*, p. 106.

⁴⁹ *Idem*, p. 110.

municipal de expedição de licenças de uso e funcionamento, ao argumento de que, se sujeitas a tanto, o serviço de correios restaria comprometido em seu funcionamento. Deixaria de poder expandir-se a critério da União, detentora de monopólio sobre ele, e ficaria submetido ao crivo das municipalidades. A ECT, portanto, não deveria pagar as taxas de polícia que vinham sendo cobradas pelas municipalidades, em virtude das licenças de uso e funcionamento expedidas em favor das agências dos correios. Rechaçando essa argumentação da ECT, o STF decidiu:

Não procede a alegação de que o exercício do poder de polícia pelo município poderia comprometer o funcionamento do serviço federal monopolizado, que a ECT desempenha. Se ocorrer abuso ou desvio de poder da autoridade municipal, no exercício do poder de polícia, a ordem jurídica dispõe de remédio eficaz a repará-lo. (RE nº 90.470-1-PB, rel. Min. Cordeiro Guerra, rel. para o acórdão Min. Néri da Silveira, j. 10.12.1981)

Nessa linha, vale transcrever trecho do voto do Min. Rafael Mayer:

O estorno ou o comprometimento do serviço federal, em virtude de atividade discricionária do policiamento administrativo, resultaria tão somente de abuso ou desvio de poder que, além de remediáveis, não desautorizariam, se ocorrentes, a legitimidade do seu exercício quando contido nos limites legais. Desse modo, regular o exercício de poder de polícia, legítima é a taxa que nele tem o fato gerador. Argumento tirado das informações dos autos, aí se vê que a Agência da ECT havia requerido normalmente o alvará ao município, sem que nisso vislumbresse qualquer estorno, vindo a mudar de atitude apenas quando lhe foi exigida a pertinente taxa de polícia.

Note-se que, justamente diante da alegação de que o exercício de poder de polícia municipal acarretaria consequências danosas ao serviço federal, o STF exigiu comprovações concretas. Inclusive, apontou que, mesmo na hipótese de ocorrência de algum abuso ou desvio de finalidade no exercício do poder de polícia, haveria meios específicos para lidar com a conduta abusiva. Em suma, não seria o caso de se declarar inviável o exercício do poder de polícia devido ao mero temor de eventuais consequências danosas daí advindas.

De resto, o voto do Min. Rafael Mayer apurou que, sob o manto da alegação de que a ECT não estaria subordinada ao poder de polícia municipal, havia interesses. O interesse essencial, no caso, era o não pagamento da correspondente taxa de polícia, cuja cobrança — esta sim, e não o exercício do poder de polícia em si — teria sido o estopim para a tese lançada pela empresa federal.

O caso traz lições importantes para futuros julgamentos do STF, que envolvam matéria de delegação do exercício de poderes de polícia, inclusive às empresas estatais.

Ensina, primeiro, que o mero temor das consequências, em abstrato, do exercício do poder de polícia, como justificativa para negar-se a possibilidade de que seja exercido por alguém, deve ser analisado com muita cautela. Especialmente, o temor é injustificado — e os argumentos nele baseados serão improcedentes — se já existir experiência acumulada de seu exercício, sem gerar os desvios ou abusos cogitados em tese. Tal como os municípios já têm experiência acumulada e consolidada de polícia urbanística, inclusive sobre imóveis afetados a serviços de outras esferas da federação, também há empresas estatais que detêm experiência acumulada no exercício do poder de polícia em matérias como ordenação de trânsito e proteção ambiental. Tais experiências importam; não podem ser simplesmente ignoradas por decisões que aceitem alegações de consequências que existiriam em abstrato, como se já não houvesse experiência a analisar.

O caso ensina ainda ao colocar a nu os interesses subjacentes a alegações de que o poder de polícia não pode ser exercido por alguém. No caso, descortinou-se indício de que a polícia urbanística dos municípios, a princípio, em nada impactava o funcionamento dos correios; resistia-se a ela, apenas, para fins de não pagamento da correspondente taxa de polícia. O exemplo demonstra que é preciso enxergar esses interesses subjacentes a alegações de que uma empresa estatal, ou um agente celetista, não podem exercer poderes de polícia porque, se o exercerem, “será o fim do Estado”. Normalmente, são meras alegações, sem qualquer comprovação de desvio estatal no caso concreto.

Sob a alegação de que fiscais de trânsito celetistas não podem exercer poder de polícia, pode estar um descontentamento com a própria polícia de trânsito, independentemente de quem a exerça (suas estratégias, sua intensificação etc.). Sob a alegação de que leis não podem transformar conselhos profissionais em entidades privadas, definindo-lhes claramente o regime, ou o pessoal das agências reguladoras em celetistas, para reduzir o impacto previdenciário da criação das agências, porque isto seria o “fim do Estado”, podem estar interesses corporativistas, contrários às políticas públicas escolhidas pelas leis.

Enfim, é possível e provável que haja mais interesses por trás de alegações de “indelegabilidade de poder de polícia” do que, à primeira vista, possa parecer. O real interesse talvez não seja, sempre, salvar o Estado.

8 Conclusão

O que mais preocupa, nas respostas judiciais que têm negado a possibilidade de delegação de poderes de polícia a empresas estatais — tanto a da 2ª Turma do STJ no Resp. nº 817.534-MG, j. 10.11.2009, quanto as de alguns tribunais de justiça citados nesse estudo — é, acima de tudo, a insuficiência de suas motivações.

A experiência acumulada de leis autorizativas, algumas vigentes há décadas, que conferem poderes de polícia a determinadas empresas estatais, precisam ser examinadas, aferindo-se suas reais consequências.

É insuficiente a alegação de que o regime de direito privado das empresas estatais, bem assim o regime celetista de seus agentes públicos, poderia, em abstrato, comprometer a higidez do exercício do poder de polícia. O temor das consequências, em abstrato, de se confiar tal exercício a tais pessoas e a tais agentes, precisa ser confrontado com a realidade.

Existem leis que há muito outorgam a empresas estatais, especialmente nas áreas de fiscalização ambiental e de trânsito, o exercício de poderes de polícia, feito por agentes celetistas. Essa experiência jurídica acumulada precisa ser analisada, em seus efeitos reais e concretos, por magistrados que, mudando a interpretação constitucional feita pelo Poder Legislativo, pretendam declarar a inconstitucionalidade do exercício do poder de polícia por empresas estatais constituídas para exercê-lo. Ou seja, é preciso que as decisões judiciais analisem empiricamente as consequências dessa experiência, provando que, no mundo real, essas consequências são negativas.

Referências

- ARAÚJO, Edmir Netto de. *Curso de direito administrativo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Apontamentos sobre o poder de polícia. *Revista de Direito Público – RDP*, São Paulo, n. 9, p. 55-68, jul./set. 1969.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Elementos de direito administrativo*. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Serviço público e poder de polícia: concessão e delegação. *Revista Eletrônica de Direito do Estado – REDE*, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 7, jul./set. 2006. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 28 fev. 2012.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 8. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.
- COSTA, Camila Maia Pyramo; CASTRO, José Nilo de. Autuações por infração à legislação de trânsito: competência dos agentes celetistas em período integral: poder de polícia estatal. *Revista Brasileira de Direito Municipal – RBDM*, Belo Horizonte, ano 5, n. 14, out./dez. 2004. Versão digital.
- CRUZ, Alcides. *Direito administrativo brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1914.
- GASPARINI, Diogenes. *Direito administrativo*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005.
- FONSECA, Tito Prates da. *Lições de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1943.
- MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1966.

MENDONÇA, José Vicente Santos de. Estatais com poder de polícia: por que não?. *Revista de Direito Administrativo – RDA*, Rio de Janeiro, v. 252, p. 97-118, set./dez. 2009.

MENDONÇA, Rafael Aliprandi. A indelegabilidade do poder de polícia às sociedades de economia mista. *Fórum Administrativo – FA*, Belo Horizonte, ano 11, n. 119, p. 60-65, jan. 2011.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

OSMO, Carla. Os conselhos profissionais integram a estrutura orgânica do Estado?. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 6, n. 21, jan. 2008. Versão digital.

PEREZ, Marcos Augusto. Delegação das atividades chamadas de polícia administrativa ou poder de polícia. *Fórum Administrativo – FA*, Belo Horizonte, ano 10, n. 111, maio 2010. Versão Digital.

PINTO JUNIOR, Mario Engler. *Empresa estatal: função econômica e dilemas societários*. São Paulo: Atlas, 2010.

SILVA, José Afonso da. Poder de polícia. *Revista de Direito de Administrativo – RDA*, Rio de Janeiro, v. 132, p. 241-255, abr./jun. 1978. Parecer.

SUNDFELD, Carlos Ari. Empresa estatal pode exercer poder de polícia. *Boletim de Direito Administrativo – BDA*, p. 98-103, fev. 1993.

VEIGA CABRAL, P. G. T. *Direito administrativo brasileiro*. Rio de Janeiro: Typographia Universal de Laemmert, 1859.

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):

SOUZA, Rodrigo Pagani de. Empresas estatais constituídas para o exercício de poder 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. 157-187. ISBN 978-85-7700-815-5.
