

Alguns novos rumos do poder de polícia

Tarcísio Vieira de Carvalho Neto*

No mundo jurídico contemporâneo, descortina-se, como necessidade ímpar, a busca de um profícuo diálogo entre doutrina e jurisprudência, numa perspectiva de maior democratização de ambas, na mira do aprimoramento dos respectivos papéis na criação do Direito, como objeto vivo e em constante transformação.

Noutro giro, estando o próprio Direito Administrativo em franca reformulação, mais do que natural que os seus temas clássicos sejam objeto de revisitação dogmática.

O poder de polícia, tema clássico do Direito Administrativo, encontra-se fincado, justamente, na encruzilhada acima divisada, impondo reflexões.

Diante de sociedades cada vez mais complexas e realidades instigantes e desafiadoras¹, é intuitivo supor que o Direito Administrativo não poderia passar ao largo, imune, sobranceiro, aos impactos da globalização econômica, de inegáveis reflexos jurídicos, e dos direitos humanos fundamentais numa perspectiva também global.

Ganham força, mais até no contexto doutrinário internacional do que no nacional, as ideias de crise do Estado², de Direito Administrativo sem Estado³, de direitos fundamentais na arena global e Direito Administrativo supranacional⁴.

Tem-se, então, que, num contexto de crise ou de fim de paradigmas, não convém percorrer pormenores do poder de polícia em abordagem ensimesmada,

mas sim num espectro dinâmico, típico de um Direito Administrativo, em franca e irreversível evolução⁵.

Dentre os inúmeros aspectos que o tema do poder de polícia inspira e oferece à revisitação, encontra-se a questão da possibilidade de delegação a particulares e, sobre ela, a questão, num sentido de (respeitosa) crítica, merece superação a visão jurisprudencial tradicional.

Com o devido respeito, para dizer sem rodeios, deflui a impressão de que a visão jurisprudencial que se tem do poder de polícia é no mínimo questionável.

Preocupa-se a jurisprudência, em geral, com a conexão do instituto do poder de polícia a uma legalidade meramente formal, semântica, muitas vezes hipócrita e vazia, quando o melhor seria homenagear a chamada legalidade material, substancial, tida numa visão mais abrangente e significativa, de “bloco de legalidade” (Harriou) ou de ordem jurídica (justa).

Ao vincular o poder de polícia a uma visão superada de legalidade administrativa, armada numa desconfiança do cidadão em relação à Administração Pública e suas eventuais intenções veladas, a jurisprudência nacional fica escrava de uma série de conclusões de racionalidade e juridicidade duvidosas.

Com a progressiva democratização da Administração Pública, exigência do chamado Estado *Democrático*, e de sua submissão concreta aos princípios e valores constitucionais derivados do nosso modelo de Estado *de Direito*, desmoronam, como num *castelo de cartas*, alguns dogmas ainda hoje repetidos, com invulgar frequência, como *mantras jurisprudenciais*.

Na sua concepção originária, o princípio da legalidade esteve vinculado à separação de poderes como oposição às desprezíveis práticas do período absolutista. A legalidade do Direito Público, historicamente considerada, traduzia supremacia do Legislativo e menor valia de um emparedado Poder Executivo.

A legalidade, então, revelava uma justificável supremacia política, com reflexos jurídicos, da lei sobre os atos e medidas administrativas. E, com a submissão

*Professor Assistente da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília. Subprocurador-Geral do Distrito Federal e advogado.

¹ Recomenda-se, no particular, a leitura do interessante artigo de Raffaele De Giorgi, da Faculdade de Direito da Universidade de Lecce, in RDA 256, p. 9 a 21, intitulado *A administração pública na sociedade complexa*.

² No ponto, são extremamente relevantes os trabalhos desenvolvidos pelo professor italiano Sabino Cassese, da Faculdade de Direito de Roma, *La Sapienza*, dentre os quais *A crise do Estado*, Campinas: Saberes Editora, 2010.

³ Faz-se oportuna a leitura da interessante obra de Luís Filipe Colaço Antunes, da Universidade do Porto, Portugal, *O Direito Administrativo sem Estado: Crise ou Fim de um paradigma*, Coimbra Editora, 2008.

⁴ Destacam-se os trabalhos de Suzana Tavares da Silva, da Universidade de Coimbra, Portugal, mas especificamente dois: *Direitos Fundamentais na Arena Global*, Coimbra, 2011, e *Direito Administrativo Europeu*, Coimbra, 2010.

⁵ A expressão é da lavra da professora Odete Medauar, da Universidade de São Paulo, e dá nome à lúcida obra *O Direito Administrativo em Evolução*, 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

da Administração Pública à lei, o poder tornava-se objetivado. Obedecer à Administração era, então, rigorosamente igual a obedecer à lei e ao Parlamento, ou seja, ao povo, titular de *todo* o poder político, que havia e há de ser exercido em seu nome. Nunca à vontade instável do administrador e tampouco aos caprichos dos *ditadores de plantão*.

No contexto contemporâneo, como ensina e adverte Odete Medauar⁶, embora persista a ideia de lei como *simples* garantia contra abusos, novos influxos se fazem sentir, e não podem ser desprezados pelo estudioso fiel, dentre os quais, a *sacralização da legalidade*, com reflexos na criação do chamado *legalismo*, e o agigantamento do Poder Executivo.

Percebe-se certa fadiga, falência, para ser gentil, da clássica doutrina da separação dos poderes, pedra de toque do chamado Estado de Direito, ou, pelo menos, descortina-se a necessidade de um novo olhar sobre a divisão de tarefas entre Executivo, Legislativo e Judiciário, mormente no ambiente do chamado Estado Social.

No mundo de hoje, com foco na realidade brasileira, o Executivo predomina sobre o Legislativo e a lei deixou de representar a vontade geral para se transformar na vontade de parlamentares *garroteados* pelo Executivo. A fórmula originária da Separação de poderes, então, magistralmente sistematizada por Montesquieu, já não se ajusta, numa espiral crescente, à realidade política-institucional dos Estados hodiernos. Tampouco à do Brasil!

Com o advento do Executivo eleito diretamente, não mais se justifica a supremacia do Legislativo. Há, por assim dizer, choque de legitimações, ambas advindas das mesmas urnas. Ademais, a ampliação das funções do Estado, cada vez mais numerosas e complexas, inclusive no âmbito social e econômico, colocou na forca a lentidão do processo legislativo. O Executivo passou, inclusive, a ter atividade legislativa (normativa) intensa⁷.

Se assim é, como entender doravante o Poder de Polícia?

Segue sendo uma atividade da Administração que implica limites ao exercício de direitos e liberdades. Aliás, o poder incide sobre a liberdade e, por isso

mesmo, deve ser exercido com responsabilidade e controlado com rigor. Segue sendo, também, uma fortíssima expressão da face de *autoridade* do Poder Público. Entenda-se bem: face *autoridade*, não face *autoritária*. O tema está inserido no Direito Administrativo Democrático, em favor do cidadão. Não está mais fincado no seio do desprezível *Direito Administrativo Autoritário*, à disposição de um Estado postado *de costas* para o cidadão.

Num tal contexto, a expressão *poder de polícia*, em si, já parece imprópria. E não é por outra razão que inúmeros autores, aqui e alhures, não mais se referem a *poder* ou tratam do tema, sem maiores alardes, no campo das atividades administrativas ordenadoras. Chega-se a pregar a eliminação da noção de poder de polícia do Direito Administrativo. Mas de qual poder de polícia?

Para Odete Medauar⁸, quem prega a eliminação é ainda colonizado pela (falsa) ideia de um poder de polícia indeterminado, independente de fundamentação legal, lastreado num suposto dever geral dos indivíduos de respeitar a ordem ou baseado num *domínio eminente* do Estado.

O tema, em verdade, só pode ser divisado quando bem compreendida a noção contemporânea de Estado de Direito, com maior respeito, pela Administração, a princípios e valores de índole constitucional, sobretudo na mira do reconhecimento de direitos fundamentais.

É fato, como afirma Marcello Caetano⁹, que *“a vida de todos nós está cada vez mais enleada numa rede vasta e miúda de regulamentos”* e *“por mais que faça, nenhum Estado moderno foge a ser Estado policial”* e, ainda, que *“tendo que evitar ao máximo os danos que as actividades perigosas possam causar, também dificilmente deixará de ser paternalista”*.

As restrições às liberdades individuais para a consecução do bem comum são e sempre serão uma necessidade e uma realidade no mundo jurídico. O objeto da polícia foi, é e continuará sendo a prevenção dos perigos causadores dos danos sociais.

Enlaçando tais ideias, forçoso concluir que tal atividade, levada a efeito por uma Administração Pública, não de legalidade meramente aparente, retórica, semântica, mas sim, diferentemente, comprometida com a ordem jurídica justa, deve, então,

⁶Extremamente convincentes, no ponto, as lições de Odete Medauar, *Direito Administrativo Moderno*, 15. ed. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 130.

⁷Recomendável o exame da excelente obra de Fabrício Motta, *Funções Normativas da Administração Pública*, Belo Horizonte: Forum, 2007.

⁸*Direito Administrativo Moderno*, 15. ed. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 355.

⁹*Princípios Fundamentais do Direito Administrativo*. Almedina, 2003, p. 269.

ser encarada com maior naturalidade pelos cidadãos. Deixar as desconfiças de lado, o que nem sempre é fácil, será o primeiro passo para a reengenharia de mentes que se impõe.

Assim divisadas as coisas, é possível criticar, sempre respeitosamente, diversos julgados alicerçados numa compreensão mais formal da legalidade, subjacente à atividade de polícia. E ganha força a seguinte indagação, a propósito da distinção entre poder de polícia originário e delegado: pode haver delegação? E outras mais: há necessidade de lei formal? Entes da Administração Indireta podem exercer poder de polícia? Há distinção substancial, em tema de poder de polícia, entre *fiscalização (atividade executória)* e *criação de normas (atividade inovadora)*?

É preciso avançar.

No trato do tema logo acima aludido, um acórdão tem merecido, doutrinariamente, atenção especial. Trata-se do conhecido caso da BHTRANS, já julgado pelo Superior Tribunal de Justiça, com RE já admitido para julgamento no eg. Supremo Tribunal Federal (REsp 817.534/MG, rel. Min. Mauro Campbell).

Em apertada síntese, o Ministério Público do Estado de Minas Gerais ajuizou ação civil pública em face da Empresa de Transportes e Trânsito de Belo Horizonte S/A – BHTRANS, visando a proibição das atividades de “policiamento, fiscalização e autuações de trânsito no Município de Belo Horizonte/Minas Gerais, ou qualquer atividade assemelhada [...]”. A tese da petição inicial foi a da indelegabilidade do poder de polícia a pessoas jurídicas de direito privado, já que a BHTRANS é constituída sob a forma de sociedade de economia mista, de capital fechado.

Só que a Empresa de Transportes e Trânsito de Belo Horizonte – BHTRANS é composta por: a) 98% - Município de Belo Horizonte; b) 1% - Sudacap (Superintendência de Desenvolvimento da Capital), autarquia municipal responsável por obras viárias estruturantes de Belo Horizonte; c) 1% - Prodabel (Empresa de Informática e Informação do Município de Belo Horizonte), sociedade de economia mista, responsável pela gestão da informática pública do Município.

A decisão de piso foi no sentido da improcedência do pedido, firme na compreensão de que

[...] a BHTrans pode desempenhar a atividade de polícia administrativa de trânsito no Município de Belo Horizonte, por intermédio de seus próprios agentes, que, nessa qualidade, são considerados agentes públicos.

E a apelação que se seguiu foi desprovida pelo TJMG, por meio do aresto assim ementado:

Administrativo e Constitucional. Ação civil pública. BHTRANS. Poder de polícia. Fiscalizar o trânsito e impor sanções. Competência Legislativa Suplementar. Validade. Matéria de interesse local que pode ser regulamentada pela municipalidade. A Empresa de Transporte e Trânsito de Belo Horizonte (BH Trans), criada com o objetivo de gerenciar o trânsito local, tem competência para aplicar multa aos infratores de trânsito, nos termos do art. 24, do Código Nacional de Trânsito. Sendo o poder de polícia inerente à Administração Pública e recebendo o agente de trânsito delegação da autoridade competente para agir dentro dos limites da jurisdição do município, extrai-se que este possui o poder-dever de aplicar as multas cabíveis ao ato infracional em concreto, sob pena de sua atuação, ao final, revelar-se inócua.

O MP/MG opôs declaratórios, os quais restaram rejeitados, à míngua dos vícios autorizadores da medida, seguindo-se, daí, recurso especial a fim de se ver prestigiada a tese acerca da indelegabilidade de poder de polícia à pessoa jurídica de direito privado, mesmo que efetivada por meio de lei específica do Município.

O col. Superior Tribunal de Justiça, por meio da 2ª Turma, assentou a inviabilidade de delegação do poder de sanção (aplicação de multa) à BHTRANS, efetivada por lei local (Lei Municipal 5.953/1991), em face das previsões contidas no Código de Trânsito Brasileiro, ao entendimento de se tratar de atividade incompatível com a finalidade de lucro almejada pelo particular. Eis a ementa do julgado, *in expressis*:

Administrativo. Poder de polícia. Trânsito. Sanção pecuniária aplicada por sociedade de economia mista. Impossibilidade.

1. Antes de adentrar o mérito da controvérsia, convém afastar a preliminar de conhecimento levantada pela parte recorrida. Embora o fundamento da origem tenha sido a lei local, não há dúvidas que a tese sustentada pelo recorrente em sede de especial (delegação de poder de polícia) é retirada, quando o assunto é trânsito, dos dispositivos do Código de Trânsito Brasileiro arrolados pelo recorrente (arts. 21 e 24), na medida em que estes artigos tratam da competência dos órgãos de trânsito. O enfrentamento da tese pela instância ordinária também tem por consequência o cumprimento do requisito do prequestionamento.

2. No que tange ao mérito, convém assinalar que, em sentido amplo, poder de polícia pode ser conceituado como o dever estatal de limitar-se o exercício da propriedade e da liberdade em favor do interesse público. A controvérsia em debate é a possibilidade de exercício do poder de polícia por

particulares (no caso, aplicação de multas de trânsito por sociedade de economia mista).

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

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

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

6. No que tange aos atos de sanção, o bom desenvolvimento por particulares estaria, inclusive, comprometido pela busca do lucro - aplicação de multas para aumentar a arrecadação.

7. Recurso especial provido. (destacamos)

Foram opostos embargos de declaração e, paralelamente, foi manejada reclamação (RCL 9.702), ainda não apreciada.

No âmbito do Superior Tribunal de Justiça, os embargos declaratórios restaram acolhidos, em parte, explicitando-se que a proibição se restringe à imposição de sanções por parte da BHTRANS.

O acórdão em evidência, com o devido respeito, embora bastante engenhoso e representativo de considerável evolução, parece haver sido construído ainda sobre uma herança de compreensão de poder de polícia de legalidade formal. Afinal de contas: a) sociedade de economia mista não é um particular qualquer; b) a BHTRANS é órgão da administração pública municipal; c) A BHTRANS é prestadora de serviço público.

O conteúdo deve sobrepujar a forma. Quando se está errado, pegando *carona* no caso da BHTRANS, que diferença faz ser multado por um agente do Estado ou por um particular em colaboração formal com o poder

público? Para o administrado, é mesmo relevante a diferenciação? A edificação jurídica não estaria fora de uma efetiva preocupação do corpo social?

Fechar os olhos a novas realidades que tais seria pecado capital do Direito Administrativo. O Direito Administrativo deve se abrir às novas tecnologias. Deve compreender e decodificar desafios sociais. Deve se reconstruir, se reinventar, buscar novas legitimações no mundo contemporâneo, de sociedades de massa e realidades complexas.

Propugna-se, como certo o entendimento de que a chamada constatação de fatos, ligada à operacionalização de máquinas, como, por exemplo, as de triagem nos aeroportos e os radares eletrônicos tutelados pelos órgãos de trânsito, possa ser desenvolvida, sem maiores traumas, por particulares. Mesmo porque, *in casu*, não há sequer delegação propriamente dita. E o que importa é corrigir a imperfeição, em prol do interesse público¹⁰.

Uma coisa é dizer que o poder de polícia não pode ser delegado a particulares, da iniciativa privada, sem qualquer vínculo com o poder público para além de uma parceria cívica e moral, o que é correto porque, realmente, faleceria a potestade (*ius imperii*), necessária ao desempenho da atividade de polícia. Outra coisa, bem diferente, o que parece um despropósito, é tolher fiscalizações formalmente consentidas pelo Poder Público a (bem intencionados) particulares, mercê de contratos administrativos comprometidos com a realidade social e na linha de um moderno Direito Administrativo, bom e justo.

¹⁰ Como ensina Roberto Dromi (Derecho Administrativo. 8. ed. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 2000, p. 683): "El Estado debe asegurar el imperio del derecho y una justa convivencia social; por ello puede imponer limitaciones en la forma, modo o extensión del goce de los derechos. Estas limitaciones, impuestas por el poder de policía, aparecen en beneficio del Estado, pero en suma son para *el bien de la comunidad toda*, pues se trata de una protección en defensa del *interés social* al equilibrar la extensión de los derechos de un individuo, respecto de otros, y del Estado mismo. Pues precisamente al Estado le incumbe el deber de verificar el cumplimiento del deber que tienen todos los administrados, de no perturbar el buen orden de la cosa pública e impedir los trastornos que puedan incidir en su propia existencia".