

Marcos Nóbrega. Conselheiro substituto do Tribunal de Contas de Pernambuco (TCE-PE). Professor da Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Pós-doutor pela Harvard Law School e pela Kennedy School of Government da Harvard University. Pós-doutor pela Universidade de Direito de Lisboa (FDUL).

Rafael Henrique Fortunato. Procurador Federal e Assessor no Programa de Parcerias de Investimentos do Governo Federal – PPI. Mestre em Direito Administrativo pela Faculdade do Porto (FDUP).

Poder de Polícia no contexto de um *contracting state* e o papel das concessões de serviço público

Os contratos de concessão, nas últimas décadas, alcançaram o centro do debate jurídico ao atuar como importante mecanismo de implementação de políticas públicas. O universo da contratação pública, de forma geral, assumiu uma relevância inquestionável na moderna Administração Pública, de modo que hoje é possível, de acordo com Jody Freeman e Martha Minow, aludir ao Estado do nosso tempo como um *contracting state*, já que a Administração adotou a cultura do contrato como forma de realização de seus fins institucionais.¹

De acordo com Pedro Costa Gonçalves, a contratação pública reconfigurou o papel do Estado no estabelecimento de pontes de cooperação com as entidades privadas,² podendo-se dizer, num patamar de segurança jurídica inédito, que o contrato administrativo é de fato uma “instituição do nosso tempo”.³ É por meio da contratação pública que o Estado prestador ganha força para cumprir seus objetivos constitucionais.

Neste cenário, o particular assume o papel de partilha com o Estado da tarefa de prosseguir o interesse público e os respectivos fins institucionais. Dessa forma, reconhece-se aos agentes privados uma função crucial na execução de tarefas de interesse público, ele passa a desempenhar tarefas nucleares do Estado, tornando manifesto que a governação não constitui uma missão exclusiva do poder público.⁴

¹ FREEMAN, Jody; MINOW, Martha. Reframing the outsourcing debates. In: FREEMAN, Jody; MINOW, Martha. *Outsourcing and American Democracy*. Cambridge and London: Harvard University Press, 2009, p. 16

² GONÇALVES, Pedro Costa. *Entidades Privadas com Poderes Públicos: O exercício de poderes públicos de autoridade por entidades privadas com funções administrativas*. Coimbra: Almedina, 2008, p. 330.

³ GONÇALVES, Pedro Costa. *O contrato administrativo. Uma instituição do direito administrativo do nosso tempo*, 2003, pp. 31 e seguintes.

⁴ FREEMAN, Jody. Private parties, public functions and the new administrative law, ob. cit., p. 824. Ainda nesse sentido, Pedro Gonçalves, *Entidades Privadas com Poderes Públicos*, ob. cit., pp. 144 e ss., ao afirmar que o interesse público não constitui um monopólio do Estado e da Administração, não podendo excluir-se a possibilidade de os interesses privados aparecerem entrelaçados com interesses públicos.

Essas constatações nos levam a refletir sobre a reconfiguração dogmática do poder de polícia na atualidade.⁵

Em essência, o poder de polícia é a atividade da Administração Pública que impõe limites a direitos e liberdades.⁶

O conceito de poder de polícia tem origem nas sociedades patriarcais da antiguidade grega e romana, circunscrevendo-se a esfera privada da família, sofreu uma profunda transformação com o advento do absolutismo monárquico, onde passou a designar a integralidade da ação estatal. Essa noção foi revisitada com a Revolução Francesa e o Iluminismo que filosoficamente defendia a separação de poderes e o império das leis, como forma de limitar o poder absoluto do monarca e restringir o seu poder de polícia.

No Estado pós-moderno, como definido por Chevallier, o poder de polícia sofre profundas transformações, sobretudo porque há uma crise de legitimidade da soberania estatal e da própria ideia de governabilidade. Se o Estado moderno podia ser graficamente representado por uma pirâmide, o Estado pós-moderno é visto como uma rede de relações, onde diversas entidades com capacidade de ação autônoma guardam uma relação muito mais horizontal do que a verticalidade ínsita a noção de subordinação.⁷

Adilson Abreu Dallari, em 1997, já afirmava que “a Administração Pública cada vez mais se aproxima dos particulares, para deixar a cargo destes certas atividades que tradicionalmente eram ou seriam suas, tornando cada vez mais indistinto o limite entre o público e o privado”.⁸

Nesse contexto, a crescente delegação de atividades públicas ao particular tornava cada vez mais manifesto que os agentes privados poderiam desempenhar atividades eminentemente públicas e, neste ponto, o art. 175 da Constituição Federal traz a segurança jurídica necessária.⁹

⁵ Essas reflexões foram instigadas pelas lições aprendidas com o prof. Carlos Ari Sunfeld, no livro *Direito administrativo ordenador*, onde afirma ser impossível fugir da carga negativa dos termos poder de polícia, sendo necessário descartá-los e “enviar para o museu não só a expressão poder de polícia como a noção que recobre”. Para tanto, o conceitua: “são as situações subjetivas passivas, impostas por lei e controladas pela Administração (ou impostas pela Administração com base em lei, e por ela controladas), aos titulares de direitos, para definir seu campo de legítimo exercício, traduzidas em deveres de não fazer (limites do direito), fazer (encargos do direito) ou suportar (sujeições), p. 12-16 e 53.

⁶ O Código Tributário Nacional disciplina no art. 78 o tema no seguinte sentido: “Considera-se poder de polícia atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranquilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos.”

⁷ CHEVALLIER, Jacques. *O Estado Pós-moderno*. Trad. Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 20-35.

⁸ DALLARI. Credenciamento. In: BANDEIRA DE MELLO (Coord.). *Estudos em homenagem a Geraldo Ataliba*, p. 43.

⁹ Esse é acertadamente o posicionamento de Gustavo Binbenojm, in: BINENBOJM, Gustavo. *Poder de Polícia, Ordenação, Regulação: transformações político-jurídicas, econômicas*. 3ª Edição, Ed. Fórum: Belo

No entanto, a ausência de um dispositivo constitucional semelhante, que permitisse a delegação do poder de polícia, inviabilizou até o momento, por parte dos nossos tribunais superiores, a revisão do dogma da sua indelegabilidade.¹⁰

A doutrina majoritária também é contrária a possibilidade de delegação do poder de polícia. Há uma defesa da tese segundo a qual a imposição de restrições e condicionamentos à liberdade e à propriedade dos particulares é atividade própria e inerente à soberania, ao princípio democrático e atentaria quanto ao princípio da isonomia.¹¹ Há ainda autores que defendem que este *munus* público só poderia ser exercido por servidores públicos estáveis.¹² A posição majoritária, portanto, é a de que não se pode permitir a delegação das atividades de ordenação, ou seja do exercício de atos de autoridade pública.¹³

Ocorre que, na nossa opinião, a ausência de um dispositivo constitucional que autorize expressamente o exercício do poder de polícia por agentes privados não pode ser interpretado como vedação à delegação do poder de polícia.¹⁴

O intérprete constitucional não pode se furtar de analisar o contexto atual no qual está inserido a prestação de serviços públicos no Brasil, em grande parte executado por meio de contratos de parcerias.

Com efeito, a nova realidade constitucional, menos verticalizada e consensual, já impõe por si só uma leitura menos rígida do dogma da indelegabilidade do poder de polícia, sobretudo considerando o princípio da eficiência e de uma Administração Pública gerencial.

Horizonte, p. 270. O livro do autor é uma obra completa e bem estruturada que aborda com excelência os conceitos de desestatização e desterritorialização do poder de polícia.

¹⁰ No mesmo sentido, o STJ decidiu no REsp nº 712.312 a legitimidade da utilização dos aparelhos de fiscalização eletrônicas (“pardais”), por concluir que os referidos aparelhos apenas fornecem elementos fáticos para que o órgão competente lavre o auto e imponha sanções quando comprovadas as infrações. Por sua vez, no REsp nº 817.534 o Tribunal decidiu que somente os atos relativos ao consentimento e à fiscalização de polícia seriam delegáveis a pessoas jurídicas de direito privado, já os atos de ordenação e sanção, por derivarem unicamente do Estado, seriam indelegáveis a particulares. O STF, no entanto, reviu o posicionamento do STJ, Tema 532, para considerar constitucional a delegação do poder de polícia, por meio de lei, a pessoas jurídicas de direito privado integrantes da Administração Pública indireta de capital social majoritariamente público que prestem exclusivamente serviço público de atuação própria do Estado e em regime não concorrencial.

¹¹ MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. 38ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 128-129. Também, DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. 25ª Edição. São Paulo: Editora Atlas, 2012, p. 127-128; CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 24ª Ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2011, p. 97-98. No mesmo sentido, BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de direito administrativo. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 863. Citar outros autores e alguns julgados.

¹² OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Curso de direito administrativo. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 258.

¹³ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Serviço público e poder de polícia: concessão e delegação. Revista Eletrônica de Direito do Estado, n. 7, p. 7, jul.-set. 2006.

¹⁴ Nesse sentido, BINENBOJM, Gustavo. Poder de Polícia, Ordenação, Regulação: transformações político-jurídicas, econômicas. 3ª Edição, Ed. Fórum: Belo Horizonte.

No caso dos serviços públicos exercidos sob regime de concessão, a possibilidade dessa delegação é ainda mais justificável, não apenas a partir de uma abordagem pragmática, já que muitas vezes não será viável por parte do Estado a adoção de medidas de polícia em tempo hábil ou mesmo porque ela demandará custos tão significativos que não se concretizará, mas também sob a ótica constitucional, uma vez que a atuação do privado pode favorecer a criação de novas soluções mais aderentes ao serviço público que já executa e, portanto, prestigiar-se-á o princípio da eficiência, previsto no art. 37 da Constituição Federal.

Com efeito, é importante deixar claro que, da mesma forma como a delegação do serviço público não exige o Estado da responsabilidade pela sua prestação, a delegação do poder de polícia não significa a exclusão do Estado do seu exercício. Em ambas as hipóteses, caberá ao poder público regular tanto a delegação do serviço público quanto a delegação do poder de polícia.

No caso dos serviços públicos exercidos sob o regime de concessão, a delegação do poder de polícia não será, como regra, o único objeto da delegação da função pública ao particular, mas acessória ou incidental.¹⁵ Nesse ponto, cabe trazer as lições do Prof. Pedro Costa Gonçalves que defende que as concessionárias de serviço público podem, dentro do exercício regular das atividades que lhe foram cometidas, e desde que previsto na lei e no contrato de concessão, exercer: (i) poderes públicos regulamentares em caráter infralegal, por meio dos quais os delegatários elaboram regulamentos próprios de instrução aos usuários quanto à prestação de serviços públicos; (ii) poderes impositivos e de execução coercitiva, por meio dos quais eles exercem funções específicas de comando sobre terceiros no que concerne à prestação do serviço público delegado; e (iii) poderes públicos administrativos gerais, que garantem às concessionárias e permissionárias, em alguns casos, o poder de celebrar contratos administrativos na condição de Poder Público, instituindo-se cláusulas exorbitantes.¹⁶

No mesmo sentido, Flávio Amaral e Rafael Vêras defendem que a concessão do Porto Organizado representa hipótese de “concessão de serviço público cumulada com o exercício de uma função de polícia administrativa, por meio da qual o concessionário, de acordo com a autorização prévia legislativa, estabelece limitações e condicionamentos à liberdade individual em prol de um interesse coletivo”.¹⁷

¹⁵ Nesse sentido, quanto às empresas estatais, MENDONÇA, José Vicente Santos de. Estatais com poder de polícia: por que não?. *Revista de Direito Administrativo*, v. 252, p. 112, set.-dez. 2009.

¹⁶ GONÇALVES, Pedro Antônio Pimenta da Costa. *Entidades privadas com poderes públicos: o exercício de poderes públicos de autoridade por entidades privadas com funções administrativas*. Coimbra: Almedina, 2008, p. 805-806.

¹⁷ GARCIA, Flávio Amaral; FREITAS, Rafael Vêras de. *Portos brasileiros e a nova assimetria regulatória: os títulos habilitantes para a exploração da infraestrutura portuária*. In: MOREIRA, Egon Bockmann (Org.). *Portos e seus regimes jurídicos: a Lei nº 12.815/2013 e seus desafios*. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 247. A leitura do art. 17 da Lei nº 12.815/2013 deixa claro que ao concessionário cabe, para além de meros atos materiais, exercer atividades relacionadas à prática de atos coativos, fiscalizatórios, de consentimento, arrecadatórios, sancionatórios e regulamentares.

O Programa de Parcerias de Investimentos do Governo Federal – PPI vem trabalhando na estruturação de projetos de concessão de parques e florestas nacionais. Nesses equipamentos públicos, a proteção ambiental é a máxima perseguida pelos órgãos de governo, o que impõe ao particular um grande esforço de fiscalização e monitoramento, sem que, para tanto, lhe seja possível exercer o poder de polícia em todas as suas dimensões.¹⁸

Nesse sentido, especialmente em grandes áreas ambientalmente protegidas, onde há riscos de invasão, desmatamento ou incêndios, ao particular apenas cabe comunicar aos poderes públicos as ilegalidades que constatar, sem que, para tanto, o uso coercitivo do poder de polícia lhe seja possível. É sobre esse cenário que o operador do direito deve se debruçar e questionar se não devemos, como sociedade, avançar com uma nova interpretação constitucional que possa efetivamente garantir a proteção de bens e serviços delegados aos parceiros privados.

Por fim, cabe ficar atento ao Projeto de Lei que cria o Estatuto da Segurança Privada, aprovado pelo Senado Federal (SCD 6/2016, texto original PLS 135/2010) que define quais são os serviços de segurança privada, entre eles está incluído a segurança em unidades de conservação. Um passo importante na proteção de áreas ambientalmente sensíveis.

No mais, importante ter em conta que o disposto no art. 4º, III, da Lei nº 11.079/2004, que veda a delegação do exercício do poder de polícia nos contratos de Parceria Público-Privada – PPP não impede sua delegação nos contratos de concessão da Lei nº 8.987/1995. A opção do legislador para os contratos de PPP, a nosso ver, é equivocada e anacrônica, na medida em que não observa as especificidades dos mais diversos serviços públicos passíveis de execução na forma prevista pela Lei nº 11.079/2004.

¹⁸ Moreira Neto, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*, Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009, p. 444-447.