

ESTATAIS COM PODER DE POLÍCIA: POR QUE NÃO?

José Vicente Santos de Mendonça*

Sumário: 1 – Introdução e colocação do problema. 2 – O que é o poder de polícia. 3 – A refutação do argumento ontológico sobre a essencialidade da função. 4 – A refutação do argumento consequencialista acerca da instabilidade do regime de pessoal. 5 – Três requisitos de cautela. 6 – Conclusão: estatais podem exercer poder de polícia.

1. Introdução e colocação do problema.

O Direito Administrativo vive num processo de constante transformação.¹ Se a história dos serviços públicos, seu tema maior, pode ser contada como a história das crises da noção², o Direito Administrativo, que é uma espécie de espelho burocrático do modo como a comunidade política se percebe, é um Direito de mudança. Curiosamente, também aqui existem teses que permanecem as mesmas há muitíssimo tempo. Lugares-comuns irrefletidos, “verdades doutrinárias” que se adota como música de repetição.

A impossibilidade jurídica de as estatais exercerem poder de polícia é uma delas. O problema está nos argumentos de apoio à tese, que são adotados sem maiores exames quanto à sua validade material ou à sua consistência teórica. Tais razões de suporte podem ser agrupadas em duas linhas: (i) o poder de polícia não pode ser delegado a uma entidade privada porque é da essência das funções do Estado; tal função típica de Estado implica o uso de poder autoritário, coativo, que não se pode imaginar sendo exercido por empresa privada; (ii) o regime de pessoal das empresas estatais é o regime celetista, incompatível com o exercício do poder de polícia: o empregado público, porque não é estável, colocar-se-ia numa posição mais frágil em relação ao servidor estatutário; estaria, em tese, mais suscetível de ser ameaçado por alguma chefia má intencionada.

* Doutor e mestre em Direito Público pela UERJ. Professor permanente (mestrado e doutorado) de Direito Regulatório da Universidade Gama Filho. Professor da ESAP-PGE. Professor da Pós-Graduação (em sentido amplo) da Universidade Cândido Mendes. Procurador do Estado e advogado. Contato: jose.vicente@terra.com.br

¹ MEDAUAR, Odete. *O Direito Administrativo em evolução*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
² A expressão “crise do serviço público” ganhou curso a partir da tese de doutorado de Jean-Louis de Courail, *La crise de la notion de service public en Droit Administratif français*, apresentada em 1953 à Universidade de Toulouse (França) e publicada um ano depois pela L.G.D.J. Para um histórico das “crises do serviço público”, em nossa língua, v. ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos Serviços Públicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. pp. 239-264. Utilizamos propositalmente a palavra “noção” de serviço público, e não “conceito”, seguindo a sugestão contida em GRAU, Eros Roberto. *Constituição e serviço público*. In: GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Direito Constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo: Malheiros, 2003, *passim*.

O primeiro é um argumento ontológico, que diz respeito à natureza da função da polícia administrativa. O segundo é exemplo de argumento consequencialista, que apela às prováveis consequências da adoção de uma posição para, julgando-a de modo desfavorável, rejeitá-la. Nenhum deles está imune a críticas. Mesmo que representem o consenso da maioria dos autores de Direito Administrativo e hajam sido adotados pela maioria dos tribunais superiores, e, simbolicamente, pelo STF, estão errados e devem ser rejeitados. Este trabalho se dedica a explicar os motivos para tanto.

2. O que é o poder de polícia.

Antes de ingressarmos propriamente no assunto de base do artigo, faz-se mister dedicar algumas linhas ao esclarecimento do que venha a ser, em termos conceituais, “poder de polícia”. Não pretendemos, ao menos aqui, adotar nenhuma posição teórica contramajoritária. Trata-se de recenseamento do que a doutrina jurídica pensa a respeito das grandes linhas do tema.³

³ Sobre o poder de polícia em geral, v., na literatura em língua portuguesa, BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 25ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008. pp. 805-833; PESTANA, Marcio. *Direito Administrativo brasileiro*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. pp. 491-508; CARVALHO, Raquel Urbano. *Curso de Direito Administrativo: parte geral, intervenção do Estado e estrutura da Administração*. Salvador: JusPODIVM, 2008. pp. 326-347; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 21ª ed. São Paulo: Atlas, 2008. pp. 105-113. CRETELLA JÚNIOR, José. *Curso de Direito Administrativo*. 18ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. pp. 408-429; FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de Direito Administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2007. pp. 642-671; CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 20ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. pp. 69-91. MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo moderno*. 12ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. pp. 331-341. BEZOS, Clóvis. *Poder de polícia*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979. JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008. pp. 459-482. MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo brasileiro*. 29ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004. pp. 127-145. SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo Ordenador*. São Paulo: Malheiros, 2003. GASPARI, Diogenes. *Direito Administrativo*. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009. Pp. 126-138. LIMA, Ruy Cirne. *Princípios de Direito Administrativo*. 7ª ed. revista e reelaborada por Paulo Alberto Pasqualini. São Paulo: Malheiros, 2007. Pp. 301-338. CAETANO, Marcelo. *Princípios fundamentais do Direito Administrativo*. 2ª reimpressão portuguesa. Coimbra: Almedina, 2003. Pp. 266-282. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo: parte introdutória, parte geral, parte especial*. 14ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. pp. 395-410. ARAÚJO, Edmir Netto. *Curso de Direito Administrativo*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, pp. 987-999. Em outras línguas, v., por ex., SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. *Princípios de Derecho Administrativo General*. Vol. II. Madri: Justel, 2006. pp. 242-290; GARRIDO FALLA, Fernando; GONZÁLEZ, Herminio Losada; OLMEDA, Alberto Palomar. *Tratado de Derecho Administrativo*. Vol. II. 12ª ed. Madri: Tecnos, 2006. Pp. 164-213; ORTEGA, Ricardo Rivera. *Derecho administrativo económico*. 4ª ed. Madri: Marcial Pons, 2007. Pp. 157-166; CHAPUS, René. *Droit administratif général*. Tomo 1. 15ª ed. Paris: Montchrestien, 2001. pp. 697-745. Duas obras essenciais ao tema estão disponíveis na Internet: o primeiro é o capítulo do Tratado de Direito Administrativo do argentino Agustín Gordillo, em que se sugere o abandono da noção (porque seria autoritária e inócua: corresponderia simplesmente à aplicação da lei). Acessar em: <<<http://www.gordillo.com/Pdf/2-8/Capitulos/V.pdf>>>. Acesso em: 10 de janeiro de 2010. Outra é o livro de Ernst Freund, professor da Universidade de Chicago, publicado em 1905. Acessar o seguinte endereço eletrônico: <<<http://ia360608.us.archive.org/1/items/policepowerpubli00freuoft/policepowerpubli00freuoft.pdf>>>. Acesso em: 10 de janeiro de 2010.

Considerada a mais antiga das funções do Estado⁴, o poder de polícia, também chamado de polícia administrativa, não se confunde com polícia judiciária: não prepara o exercício da jurisdição penal, pode incidir prévia ou simultaneamente ao fato, e é, ao contrário daquela, exercido por uma ampla gama de órgãos e entidades públicas.⁵ Num esforço de síntese, pode-se dizer que o poder de polícia é o dever-poder administrativo consistente na imposição, em prol do interesse público, de restrições, limitações e/ou condicionamentos à conduta do particular. Há quem diga que também é poder de polícia a atividade de formular normativamente tais restrições, por intermédio de lei ou de ato administrativo normativo – este seria um sentido amplo de poder de polícia.⁶ O sentido estrito e mais usual da expressão seria o ato de fiscalizar condutas privadas, anuir previamente a elas (quando houvesse previsão legal disso) e, eventualmente, interdita-las, confiscar bens e/ou aplicar multas pecuniárias. Comparando-a à segunda atividade administrativa do Estado, cronologicamente falando, que é a prestação de serviços públicos, a polícia assumiria feição *negativa*: ela restringiria, condicionaria, limitaria; ao passo que os serviços públicos possuiriam conteúdo *positivo*, já que consistiriam no oferecimento de utilidades ou de comodidades a seus usuários.⁷

Mais recentemente, propôs-se a substituição do termo “poder de polícia”, de datada origem histórica – o Estado liberal clássico, cuja intervenção na vida privada era estritamente negativa, coisa que não ocorre mais no abrangente e multiatrefado Estado contemporâneo – e com ascendência semântica autoritária (a palavra “poder” remete a uma época em que Administração Pública exercia-o antes e independentemente da lei; a expressão pode fazer supor a existência de um poder discricionário implícito e ilimitado de interferir na vida privada) por outras expressões, como “limitações administrativas” ou “Administração Ordenadora”. As expressões são, de fato, melhores, mas, como costuma ocorrer no conservador mundo do Direito, a idéia que vence é a mais antiga, e a noção melhor, porém mais nova, vira nota de rodapé.⁸

⁴ Até mesmo porque a expressão “polícia” era utilizada, no início, para designar uma atuação genérica do Poder Público – é bom que não se esqueça que “polícia” vem do grego *polis*. No século XVIII, toda atividade desempenhada pelo Estado era chamada de polícia, daí a existência de termos como *ius polittiae*, empregado para se referir ao Direito Público como um todo. V. PALASÍ, José Villar. La actividad industrial del estado en el Derecho Administrativo. In: *Revista de Administración Pública*. Madri: Centro de Estudios Constitucionales. Número 3, pp. 53-129, aqui, pp. 58-59. Ainda, SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. *Princípios de Derecho Administrativo General*. Vol. II. Madri: Justel, 2006. P. 246. O sentido do texto principal, contudo, é o de que a atividade de prevenção e repressão é anterior à de fornecimento de bens e serviços.

⁵ Cf., por exemplo, com algumas peculiaridades para o sistema francês, CHAPUS, René. *Droit administratif général*. Tomo 1. 15ª ed. Paris: Montchrestien, 2001. pp. 735-745.

⁶ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 20ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. Pp. 69-70.

⁷ Mas ver o questionamento da afirmação, baseado em Gordillo, em CAMPOS, Alexandra Cerqueira de; OLIVEIRA, Parlei Martins Riccio de. Poder de polícia: anotações à margem de Agustín Gordillo. In: *Direito Administrativo Brasil-Argentina: estudos em homenagem a Agustín Gordillo*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. pp. 173-174.

⁸ O debate, com a proposta do termo “Administração Ordenadora”, está em SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo Ordenador*. São Paulo: Malheiros, 2003. pp. 9-19.

Outro aspecto mais atual do poder de polícia é o destaque do tema acerca do controle de seu exercício, exercício que se pretende limitado pelo respeito aos direitos fundamentais dos particulares. Haveria, então, uma espécie de leitura jusfundamental do poder de polícia, que produziria o efeito de submetê-lo a uma série de limites para além do tradicional respeito à existência de uma habilitação legal para que opere e de que sua exteriorização formal venha num ato administrativo formalmente válido. Tais limites – que não são exclusivos ao Direito Administrativo – são expressos em noções como razoabilidade, proporcionalidade, dignidade da pessoa humana, razão pública, respeito ao núcleo essencial dos direitos fundamentais, etc.⁹

Duas últimas observações, que serão úteis logo à frente. Primeira: um dos mais operacionais desenvolvimentos teóricos a respeito do poder de polícia é a proposição de um ciclo para seu exercício. É o chamado *ciclo de polícia*. A teoria do ciclo de polícia divide a polícia administrativa em quatro fases: a *ordem de polícia*, que é o preceito legal com base no qual se vai exercer o poder; o *consentimento de polícia*, que é o ato administrativo de anuência do Poder Público ao comportamento do particular, nos casos em que isso esteja previsto em lei (formalmente, teremos ou um alvará de licença ou um alvará de autorização); a *fiscalização de polícia*, na qual se verifica o cumprimento das ordens de polícia e, nos casos aplicáveis, a manutenção das condições estabelecidas no consentimento de polícia; e, finalmente, tudo o mais falhando, a *sanção de polícia*, que é a imposição de medidas punitivas ao particular.¹⁰

Segunda observação: embora comum, não há uma vinculação logicamente necessária entre exercício da coação e exercício do poder de polícia. É que o exercício do poder de polícia envolve impor condicionamentos por intermédio das chamadas “ordens”, emitir autorizações ou licenças, fiscalizar e, também, impor sanções – mas as atividades não precisam ser exercidas, todas elas, por um mesmo órgão ou entidade. Cada fase do ciclo de polícia poderia, em tese, ser exercida por uma pessoa diferente. Desse modo, responder à pergunta sobre se as estatais podem exercer poder de polícia pode significar duas coisas: ou saber se as empresas estatais podem desempenhar todas as atividades associadas ao seu exercício, ou se podem desempenhar alguma(s) delas, com especial destaque para a de fiscalizar e a de impor sanções (que são as mais diretamente atacadas pelos argumentos contrários ao exercício de polícia administrativa por estatal).

Feitas essas observações preliminares, vamos ao tema do artigo.

⁹ A respeito da submissão geral do Direito Administrativo ao regime dos direitos fundamentais, v. SANTOS NETO, João Antunes. *O impacto dos direitos humanos fundamentais no Direito Administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2008. Em relação ao tema específico da submissão do poder de polícia aos direitos fundamentais e aos limites mais “modernos”, além da bibliografia mencionada na nota de rodapé n.º 4 – hoje em dia, os manuais já se referem ao assunto –, v., por ex., FREITAS, Juarez. *Direito fundamental à boa administração pública e o reexame dos institutos da autorização de serviço público, da convalidação e do “poder de polícia administrativa”*. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Direito Administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. pp. 310-334 (esp. pp. 326-332).

¹⁰ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo: parte introdutória, parte geral, parte especial*. 14ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. pp. 398-401.

3. A refutação do argumento ontológico sobre a essencialidade da função.

Argumentos ontológicos apelam para a essência das coisas. Pretendem deduzir o significado dos conceitos partindo de reflexões que não recorrem à experiência. O exemplo clássico de argumento ontológico diz respeito à existência de Deus e foi formulado por Santo Anselmo: se Deus é a maior coisa em que se pode pensar, e se isso existisse apenas na cabeça de quem pensasse nisso, tal circunstância iria contra a própria definição de Deus; logo, Deus deve existir não só na mente, mas, também, na realidade.¹¹

De Deus às estatais. O que chamamos aqui de argumento ontológico a respeito da essencialidade da função de polícia administrativa é a razão, usualmente presente em livros e artigos doutrinários, e em decisões judiciais, de que o poder de polícia é típico, e daí exclusivo, de pessoas de direito público. Haveria uma relação necessária entre o exercício da autoridade pública e a natureza jurídica de direito público. O regime jurídico-administrativo tornaria isso claro: uma série de prerrogativas e de restrições atribuídas às pessoas jurídicas de direito público para que possam exercer, controladamente, a autoridade pública. Admitir que pessoas jurídicas de direito privado exercessem poder de polícia – função administrativa que envolve a prática de atos de império – significaria aceitar que uma entidade que não possui nem os meios nem os métodos de controle desempenhasse função para a qual não foi criada.

Pois bem: não há uma relação necessária, no rigor do termo, entre pessoas jurídicas de direito público e exercício de autoridade pública. Prova disso é a formação histórica dos Estados nacionais, cuja proteção se fez, muitas vezes, baseada na força de mercenários – guerreiros privados. E a atividade de guerra é, a olhos vistos, mais intrinsecamente pública do que, digamos, a polícia sanitária. O que há é uma proximidade historicamente contingente entre algumas atividades e o Poder Público. Muito do argumento ontológico a respeito da impossibilidade de empresas estatais exercerem o poder de polícia remete à discussão acerca de um conteúdo material para a noção de serviço público: certas atividades, “por sua própria natureza”, seriam típicas de serviço público; as atividades de polícia administrativa, “por sua própria natureza”, só poderiam ser exercidas por entidades de direito público. Só que não existe, pelo menos em termos estritamente dogmáticos de Direito Público, uma “natureza das coisas” estreme de dúvidas. Fundar uma inconstitucionalidade – é essa a qualificação técnica do argumento – na extensão essencialística das atribuições do Estado é torcer para que o interlocutor concorde com você. Dependendo da atividade, da época e do interlocutor, a taxa de concordância vai ser maior ou menor.

É evidente que o regime de direito público é mais adaptativo, *grosso modo*, ao exercício do poder de polícia. Só que, aí, a questão não é de um vínculo intrínseco entre a essência do regime jurídico e o conteúdo da atividade, mas de aptidão institucional. De competência, no sentido contemporâneo e norte-americano do termo: capacidade

¹¹ STREFLING, Sérgio Ricardo. *O argumento ontológico de Santo Anselmo*. Porto Alegre: Edipucrs, 1997.

de fazer bem.¹² E, mesmo nesse caso, a afirmação deve ser aceita com ressalvas: há certas características do regime de direito privado, como a desobstrução burocrática e a maior velocidade na resposta aos estímulos externos, que tornariam mais eficiente o exercício do poder de polícia. Ou seja: a ligação entre regime de direito público e poder de polícia é vínculo contingente, baseado na maior aptidão institucional das entidades com personalidade jurídica de direito público para o exercício dessa espécie de atividade administrativa. Nada mais.¹³

Se analisarmos as atividades incluídas no poder de polícia, veremos que muitas são tranquilamente delegadas a entidades privadas. Tomemos como exemplo a prática de atos imperativos ou de imposição de deveres. O reitor de uma universidade privada emite ato imperativo, com a nota da autoridade, ao expedir um diploma – e, ao contrário do que consta em muitos acórdãos, admite-se que ele seja a autoridade impetrada numa ação de mandado de segurança não porque a atividade de educação privada se faça num regime de concessão, afirmação tecnicamente equivocada, mas porque a atividade privada de educação possui tamanha importância que alguns de seus atos serão imperativos.¹⁴ Também são imperativos os atos que, praticados por concessionária – privada, note-se bem – de serviços públicos, servirão a “promover desapropriações e constituir servidões” (art. 31, VI, da Lei federal nº 8.987/95).

Permita-se-nos retomar a comparação com a prestação de serviços públicos. É atividade que já se definiu como praticamente sinônimo de Estado. E, hoje, há quase que uma euforia em prol de sua execução privada, por intermédio do regime de concessões ou de permissões. Já a disciplina do poder de polícia, cuja importância é grande, mas não se compara à dos serviços públicos, fica preservada como último

¹² SUNSTEIN, Cass; VERMEULE, Adrian. *Interpretation and Institutions. University of Chicago Public Law Research Paper n° 28.* VERMEULE, Adrian. *Judging under uncertainty: an institutional theory of legal interpretation.* Cambridge: Harvard University Press, 2006.

¹³ Mas é importante citar e comentar a seguinte passagem do professor Marçal: “Veda-se a delegação do poder de polícia a particulares não por alguma qualidade essencial ou peculiar à figura, mas porque o Estado Democrático de Direito importa o monopólio estatal da violência.” (JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo.* 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 473). Marçal está rejeitando um conteúdo público intrínseco à figura do poder de polícia, mas remete o vínculo ao grande tema do monopólio público da violência legítima, expressão de raízes weberianas. Está correto. O propósito deste artigo não é vindicar uma delegação indiscriminada de poderes públicos a pessoas privadas, coisa que se deve rejeitar pelo argumento (externo, prático, não-ontológico) da segurança dos cidadãos e de um eventual comprometimento estratégico das atividades do Estado. É dizer: concordamos com a doutrina e a jurisprudência majoritárias quanto à impossibilidade de delegação de poderes públicos coercitivos a entidades estritamente privadas (leia-se: entidades não integrantes da Administração Pública Indireta). Nosso problema é com a impossibilidade da delegação a entidades privadas que façam parte da Administração Pública. E mais: como vai ficar claro mais adiante, proporemos, até, uma restrição dentro das entidades privadas da Administração Pública Indireta aptas a exercerem poder de polícia, fundada, basicamente, nos mesmos receios práticos que orientam a preocupação da doutrina majoritária em relação aos riscos de delegação de poderes administrativos a pessoas privadas. Não temos nada contra, por ex., o art. 4º, III, da Lei federal n.º 11.079/2004 (Lei das PPPs), que veda a delegação das funções de “regulação, jurisdicional, do exercício do poder de polícia e de outras atividades exclusivas do Estado” às empresas privadas concessionárias. A respeito dos riscos da delegação indiscriminada, v., por ex., VERKUIL, Paul R. *Outsourcing sovereignty: why privatization of government functions threatens democracy and what we can do about it.* Cambridge: Cambridge University Press, 2007.

¹⁴ SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 322.

bastião, talvez até simbólico, de estatalidade. Com uma agravante: o que se discute, aqui, não é o exercício do poder de polícia por entidades privadas. O tema é o exercício de atividades típicas da Administração Ordenadora por *entidades integrantes da Administração Pública*. O paradoxo está formado: admite-se, até mesmo se espera, que os serviços públicos, alma do Direito Público, sejam executados por entidades inteiras e inegavelmente privadas, mas não se aceita que sociedades da Administração Pública possam executar atividades de polícia administrativa. A Construtora Odebrecht, autorizada, pode desapropriar um prédio, mas a CEDAE não pode aplicar uma multa.

Em síntese: refutamos o argumento ontológico a respeito da essencialidade da função de polícia administrativa – que diz que é da essência da atividade o ser exercida por pessoas jurídicas de direito público – porque não acreditamos numa “essência” inadaptativa das atividades humanas. O que se pode afirmar é que existe, sim, uma proximidade empírica entre poder de polícia e personalidade jurídica de direito público – o que não quer dizer que tenha sido ou que deva ser sempre assim.¹⁵ Boa hipótese para explicar tal proximidade é a da aptidão institucional do regime de direito público para imprimir eficiência ao exercício da polícia administrativa, o que também não permite concluir que o regime privado seja desprovido de benefícios comparativos ou que seja essencialmente incompatível com a Administração Ordenadora.¹⁶

4. A refutação do argumento consequencialista acerca da instabilidade do regime de pessoal.

O próximo argumento apresentado em favor da impossibilidade do exercício de poder de polícia por empresas estatais é um argumento consequencialista. De modo simples, seu modo de apresentação é o seguinte: ele adianta mentalmente uma ou várias prováveis consequências da adoção de uma das teses em disputa, e, julgando as consequências com base em algum critério, hierarquiza-as e retrocede até as teses, rejeitando-as ou aceitando-as a partir do resultado da hierarquização das consequências.¹⁷ Há um extenso debate teórico a respeito da aceitação, ou não, de teorias jurídicas baseadas na filosofia de base do consequencialismo – o pragmatismo utilitarista –, mas, seja como for, é perfeitamente possível utilizar raciocínios

¹⁵ Aliás, dos fatos não se extraem normas.

¹⁶ A questão talvez seja, aí, por exemplo, a de um *trade-off* entre menos prerrogativas e mais agilidade. É importante lembrar, mais uma vez, que estamos pensando na hipótese de entidades privadas integrantes da Administração Pública. Para entidades privadas em geral, parece-nos que qualquer consideração de ganho de eficiência vá ceder diante dos riscos inerentes ao exercício de potestades públicas dentro de um regime lucrativo (risco de supressão de direitos individuais em prol de lucro; risco de comprometimento de funções estratégicas do Estado; etc.).

¹⁷ Sobre o uso do argumento consequencialista na argumentação jurídica, v. CALVO, Raúl; VENIER, Carlos. *Racionalidad de las justificaciones consequencialistas en las decisiones judiciales.* In: *Isonomia*, nº 19, outubro de 2003, pp. 155-182; MENGONI, Luigi. *Ermeneutica e dogmática jurídica: saggi.* Milão: Giuffrè editore, 1996; MACCORMICK, Neil. *Legal Reasoning and Legal Theory.* Oxford: Clarendon Press, 2003. Sobre o consequencialismo a partir da perspectiva da ética filosófica, v. DARWALL, Stephen (ed.) *Consequentialism and its Critics.* Oxford: Oxford University Press, 1998. MASON, Elinor; MILLER, Dale E. (eds.) *Morality, rules and consequences: a critical reader.* Maryland: Rowman & Littlefield Publishers, Inc., 2000.

consequencialistas na prática do Direito sem “ir muito fundo” em seus eventuais pressupostos filosóficos (ou sequer cogitá-los).¹⁸ Foi o que se fez na apreciação e no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.310-DF, até agora a mais recente manifestação jurisprudencial a respeito do nosso tema.¹⁹ A decisão não trata especificamente do poder de polícia das estatais – é, na verdade, um debate sobre qual deve ser o regime de pessoal das agências reguladoras federais –, mas sua principal razão de decidir é emblemática do argumento consequencialista utilizado contra a possibilidade de as estatais atuarem na Administração Ordenadora.

A ação foi proposta pelo Partido dos Trabalhadores em face de alguns artigos da Lei Geral de Pessoal das Agências Reguladoras – a Lei federal nº 9.986/2000 –, que estabeleçam o regime da CLT para os (então) novos agentes públicos que integrariam o quadro de pessoal das agências reguladoras federais. A petição inicial alegava que, sendo autarquias, as agências reguladoras deveriam ter seus quadros compostos por servidores públicos, e não por empregados públicos; que seria difícil aceitar a adoção do regime trabalhista, privado, a agências reguladoras, “que têm por competência o exercício de funções exclusivas de Estado na área de regulação e fiscalização, dotadas, portanto, do exercício do poder de polícia que é inerente e exclusivo à ação estatal.”²⁰ A inicial argumentava, ainda, e sempre na mesma toada, que as atividades a serem exercidas pelos agentes públicos seriam atividades exclusivas de Estado, circunstância incompatível não apenas com o regime não-estável da CLT, mas, também, com a ausência de uma série de prerrogativas intrinsecamente características ao regime funcional dessa espécie de agente público.

Ao apreciar a medida cautelar requerida na Adin, o ministro Marco Aurélio, em decisão liminar – a Adin propriamente dita viria a perder o objeto, em virtude da revogação dos dispositivos normativos que tiveram sua constitucionalidade questionada pela Lei federal nº 10.871/2004 –, afirmou, dentre outras coisas, o seguinte (os destaques foram acrescentados):

Prescindir, no caso, da ocupação de cargos públicos, com os direitos e garantias a eles inerentes, é adotar *flexibilidade incompatível com a natureza dos serviços a serem prestados*, igualizando os servidores das agências a prestadores de serviços subalternos, dos quais não se exige, até mesmo, escolaridade

¹⁸ ARGUELHES, Diego Werneck; LEAL, Fernando. Pragmatismo como (meta) teoria normativa da decisão judicial: caracterização, estratégias e implicações. *Mimeo*, pp. 1-49, *passim*.

¹⁹ Outra decisão importante do STF, anterior a essa, é a que declarou inconstitucional a transformação dos conselhos profissionais em fundações de direito privado (Adin. nº 1.717, ajuizada em face de artigos da lei federal nº 9.649/98). No acórdão consta, textualmente, o seguinte: “(...) Isso porque 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 (...)”

²⁰ Petição inicial na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.310-DF. O texto pode ser obtido no seguinte endereço virtual: << http://www.sinagencias.org.br/conteudo_arquivo/190609_F9F040.pdf>>. Acesso em: 8 de janeiro de 2010. O itálico foi acrescentado.

maior, como são serventes, artífices, mecanógrafos, entre outros. Atente-se para a espécie. *Está-se diante de atividade na qual o poder de fiscalização, o poder de polícia fazem-se com envergadura ímpar, exigindo, por isso mesmo, que aquele que a desempenhe sinta-se seguro, atue sem receios outros, e isso pressupõe a ocupação de cargo público, a estabilidade prevista no artigo 41 da Constituição Federal*. Aliás, o artigo 247 da Lei Maior sinaliza a conclusão sobre a necessária adoção do regime de cargo público relativamente aos servidores das agências reguladoras.²¹

As razões da decisão do Supremo, nessa Adin, foram, então, as seguintes: o regime do emprego público não é compatível com o exercício do poder de polícia porque (a) ele é instável, (b) ele não é seguro o suficiente para que seu ocupante atue livre de pressões que seriam disparadas a partir de um exercício vigoroso do poder de polícia. Em outras palavras: só o regime estatutário, só a estabilidade prevista no art. 41 da Constituição da República – e, portanto, só pessoas jurídicas de direito público, cujo pessoal é essencialmente composto por servidores públicos – poderiam exercer poder de polícia. A partir da decisão, a associação de idéias passou a ser: emprego público é incompatível com poder de polícia; estatais não podem exercer poder de polícia. A essa conclusão a maioria da doutrina já havia chegado há tempos, sugerindo que as estatais não poderiam atuar na prática de atos de autoridade ou de atos da “essência do Estado”.²²

O argumento do Supremo Tribunal Federal é consequencialista porque opera segundo a um adiamento de consequências tidas como prováveis, e, depois, a uma avaliação delas e a rejeição da tese inicial: se o pessoal das autarquias for submetido ao regime privado, isso provavelmente fará com que se tornem mais frágeis diante de pressões externas, circunstância de todo em todo indesejada; assim, o regime celetista é incompatível com o exercício de atividades como a regulação ou o poder de polícia, e o pessoal das agências reguladoras deve se submeter a um vínculo legal, e não contratual.

Para refutá-lo, precisamos rebater ou o fato de que, se existir um regime celetista nesses moldes, a instabilidade no exercício da regulação pública ou do poder de polícia decorrerá logicamente dele, ou o fato de que o regime celetista adotado pela Administração Pública, hoje, é um regime celetista “nesses moldes”, ou seja, um regime que abre espaço a tal instabilidade. Ora, parece inevitável concluir que, de fato, se o regime celetista adotado na Administração Pública for tal que admita, por exemplo,

²¹ Voto do ministro Marco Aurélio na Medida Cautelar da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.310-DF, proferido em 19 de dezembro de 2000, *ad referendum* do Colegiado do STF.

²² “É proibida pela Lei Fundamental a atribuição a título normal ou não precário do exercício de poderes ou prerrogativas de autoridade soberana a entidades organizadas sob formas jurídicas típicas do Direito Privado, tal como se lhes deve considerar negado o exercício normal de atividades nucleares da função administrativa.” OTERO, Paulo. *Vinculação e liberdade de conformação jurídica do sector empresarial do Estado*. Coimbra: Coimbra Editora, 1998. p. 240.

a dispensa imotivada ou a livre transferência de locais de exercício ou de atribuições, então o empregado público estará nas mãos de seu chefe, o que é temerário para quem, no exercício profissional, provavelmente vai contrariar interesses econômicos (sem falar em suas quase inevitáveis ramificações políticas). O problema do argumento é que, hoje em dia, o regime celetista adotado na Administração Pública indireta simplesmente não possui mais as características que o tornariam tão instável. Entenda-se o porquê.

É fato que os empregados públicos não possuem a estabilidade do art. 41 da Constituição da República, que fala que são estáveis os “servidores nomeados para cargos de provimento efetivo”.²³ No entanto, após a Constituição de 1988, entendeu-se que a admissão de empregados em empresas estatais, passado um período inicial de vacilação jurisprudencial²⁴, deve ser precedida de aprovação em concurso público. Essa forma específica de admissão de pessoal, procedimentalizada e tendente à garantia da isonomia, não se coaduna com a dispensa imotivada – como, aliás, nenhuma atividade administrativa se coaduna com uma dispensa absoluta de

²³ “Ainda que da integração das empresas de economia mista na Administração do Estado possam advir peculiaridades no regime jurídico da dispensa de seus empregados, não lhes é aplicável o art. 41 da Constituição Federal.” Agravo regimental no Agravo de Instrumento nº 387.498-CE, relator ministro Sepúlveda Pertence, 1ª turma do STF, publicado no DJU do dia 16 de abril de 2004, p. 66. (O itálico, que foi acrescentado, vai integrar argumento a ser desenvolvido no corpo do texto.) “Esta Corte orientou-se no sentido de que as disposições constitucionais que regem os atos administrativos não podem ser invocadas para estender aos funcionários de sociedade de economia mista, que seguem a Consolidação das Leis do Trabalho, uma estabilidade aplicável somente aos servidores públicos, estes sim submetidos a uma relação de direito administrativo.” Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 469.189-RS, relatora ministra Ellen Gracie, 2ª turma do STF, publicado no DJU do dia 3 de fevereiro de 2006, p. 40. V. ainda, no mesmo sentido, as decisões do STF nos seguintes processos: Ag. Reg. no AI nº 465.780-CE; RE nº 363.328-DF; Ag. Reg. no AI nº 326.144-GO; Ag. Reg. no AI nº 323.346-CE.

²⁴ Boa parte da doutrina entendia que, quando o art. 173, parágrafo primeiro, II, da Constituição da República, fala que as estatais vão se submeter a um regime jurídico de direito privado, isso significaria uma exceção à regra geral do concurso público (art. 37, II, da CRFB-88). Com base nisso, algumas estatais passaram a admitir seus empregados sem concurso público – coisa com a qual os tribunais de contas jamais concordaram. O STF veio a pacificar seu entendimento, que é favorável à submissão de todas as estatais ao regime do concurso público, somente em 23 de abril de 1993, ao julgar do Mandado de Segurança nº 21.322-DF. Só a partir dessa data que a exigência passou a, realmente, valer, porque, para as estatais que admitiram sem concurso entre a data da promulgação da Constituição, e até o dia 23 de abril de 1993, concluiu-se que havia um estado de dúvida jurídica razoável, e as admissões de pessoal foram validadas com base no princípio da segurança jurídica (é o famoso caso das admissões na INFRAERO, julgado no MS nº 22.357-DF). Registre-se que há, ainda hoje, quem defenda que, para as empresas estatais devotadas ao exercício da atividade econômica em sentido estrito, não se deva aplicar a regra do concurso público diante de certas situações excepcionais, em virtude da regra da igualdade com as demais empresas privadas. É nesse sentido o seguinte trecho de Celso Antônio Bandeira de Mello, com o qual, aliás, estamos de acordo: “Embora a Constituição não o diga de maneira expressa e literal, há outras duas ordens de hipóteses de dispensa de concurso – já agora para empregos – que não de ser havidas como implicitamente previstas. (...) Outra, finalmente, refere-se às hipóteses em que empresas estatais *exploradoras de atividade econômica* – embora também obrigadas, como regra, ao regime de concurso público para admissão de pessoal – vejam-se na contingência de dispensá-lo perante situações em que, se não o fizessem, frustrariam a necessidade de uma atuação expedita inerente ao cumprimento de seus fins e requerida pelas circunstâncias do momento, ou perderiam a possibilidade de admitir pessoal qualificado que não se interessaria em disputar concursos, por ser de pronto absorvido pela demanda do mercado.” BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 25ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 277. O itálico corresponde ao original.

motivação, sob pena de arbítrio, justificado, no mínimo, pela não-transparência. Do contrário, seria como tornar rigoroso o modo de admissão nas estatais, para evitar a pessoalidade e o compadrio, deixando uma larga avenida para esses vícios no modo como se vai operar a dispensa.

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)^{25,26}, seja porque ingressaram nas entidades por intermédio de um processo de concurso público, seja porque a garantia do contraditório e do devido processo legal aplica-se indistintamente a todos.²⁷ É bem verdade que, ao não poder demitir livremente, igual às demais empresas privadas, isso pode acrescentar algum dado de não-isonomia ao regime das estatais competitivas – mas tal dado, funcionalmente idêntico à não-isonomia trazida pela submissão das estatais à admissão de seu pessoal via concurso público, é um mínimo sacrifício que se deve admitir em prol da incidência possível dos princípios constitucionais da Administração Pública (art. 37, *caput*, da CRFB-88). Registre-se que, para os empregados públicos federais, há, mesmo, lei específica que veda a demissão imotivada, a Lei federal nº 9.962, de 22 de fevereiro de 2000.²⁸

²⁵ “Conclui-se, portanto, que, além de se considerar necessária a motivação do ato demissório de empregado público de uma paraestatal, entende-se necessário sejam asseguradas as garantias da ampla defesa e do contraditório, o que não implica reconhecimento de estabilidade aos servidores celetistas, nem mesmo supressão da discricionariedade da sociedade de economia mista ou empresa pública quando do ato de dispensa.” CARVALHO, Raquel Urbano. *Curso de Direito Administrativo: parte geral, intervenção do Estado e estrutura da Administração*. Salvador: JusPODIVM, 2008. p. 701.

²⁶ Embora o tema esteja longe de estar pacificado na jurisprudência, há uma importante exceção recente no STF: no RE nº 461.452-0, o Supremo entendeu, de modo felizmente não-unânime, que é possível a demissão imotivada de celetista empregado público. Caso essa linha decisória venha a se firmar como jurisprudência do Supremo, o argumento consequencialista estará correto. Mas, aí, as repercussões de tal jurisprudência seriam muito mais graves do que a simples invalidação do nosso artigo: estar-se-ia (i) admitindo a existência de atos administrativos restritivos de direitos desprovidos de qualquer motivação; (ii) excepcionando a incidência de uma série de princípios constitucionais da Administração Pública para as estatais; (iii) neutralizando, em termos consequencialistas, a garantia tendencialmente isonomista do regime do concurso público.

²⁷ “Agravo regimental em Recurso Extraordinário. Constitucional. Administrativo. Demissão de servidor público não estável. Garantia do contraditório e da ampla defesa. Inobservância. I. Servidor público não estável. Demissão por motivo de conveniência administrativa e interesse público. Inexistência de processo administrativo. Nulidade do ato de dispensa por inobservância da garantia constitucional do contraditório e da ampla defesa. Agravo regimental não provido.” Agravo regimental no Agravo por Instrumento nº 223.927-MG, relator Maurício Corrêa, 2ª turma do STF, publicado no DJU do dia 2 de março de 2001, p. 6. O destaque foi acrescentado.

²⁸ Leia-se, em especial, seu art. 3º: “O contrato de trabalho por prazo indeterminado somente será rescindido por ato unilateral da Administração pública nas seguintes hipóteses: I – prática de falta grave, dentre as enumeradas no art. 482 da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT; II – acumulação ilegal de cargos, empregos ou funções públicas; III – necessidade de redução de quadro de pessoal, por excesso de despesa, nos termos da lei complementar a que se refere o art. 169 da Constituição Federal; IV – insuficiência de desempenho, apurada em procedimento no qual se assegurem pelo menos um recurso hierárquico dotado de efeito suspensivo, que será apreciado em trinta dias, e o prévio conhecimento dos padrões mínimos exigidos para continuidade da relação de emprego, obrigatoriamente estabelecidos de acordo com as peculiaridades das atividades exercidas.”

Ou seja: ocorrendo perseguição, desvio de finalidade, transferência punitiva, etc., o empregado público, de forma idêntica ao servidor público, poderá impugnar administrativa ou judicialmente os atos que concretizem tais desvios. O servidor público e o empregado público estão igualmente “seguros” quanto ao exercício de suas atribuições legais e constitucionais.²⁹ A rigor, aliás, quando se fala que as garantias do regime de emprego público, apesar de aproximações ao regime estatutário, ainda não são as mesmas, faz-se isso como concessão a uma percepção difusa e indefinida de que o regime estatutário garante “mais” do que o celetista – o que, no fundo, não faz muito sentido, porque, ou uma garantia é garantia de verdade (e, assim, protege inteiramente seu objeto defendido), ou é uma falácia. O empregado público está tão protegido quanto o servidor público em relação a pressões indevidas – e, se não estiver, não vai ser a diversidade de regimes que irá protegê-lo (nessa hipótese, é possível afirmar que estatutário e celetista estarão igualmente sujeitos aos desvios da chefia [ou de quem quer que seja]). Além disso, há, na associação entre estabilidade e capacidade de exercício do poder de polícia, uma nítida incongruência sistêmica: admite-se que servidores públicos efetivos, porém ainda não estáveis, como os servidores em estágio probatório, e, mesmo, servidores ocupantes apenas de cargos em comissão, exerçam atos de polícia administrativa. Se o problema fosse a estabilidade, um fiscal de rendas recém-aprovado em concurso público não poderia atuar na fiscalização – afinal, “não é estável, e, por causa disso, pode estar sujeito a todo tipo de pressão” –³⁰, assim como o presidente de uma autarquia sanitária também não poderia decidir coisa alguma: ocupa cargo em comissão, e, como pode ser exonerado a qualquer tempo, também será presa fácil de interesses ocultos.

Se o regime celetista é tão frágil, melhor avisar à Petrobras, maior empresa do Brasil e uma das maiores do planeta, e que, até pouco tempo, operava o monopólio público de um bem mineral cujo interesse estratégico e econômico motivou guerras. Se o regime privado é tão frágil, como justificar que o pessoal da Petrobras não haja sido transformado em estatutário?³¹ Afinal, mesmo sem operar integralmente o monopólio público, o qual foi flexibilizado pela EC nº 9/95, a empresa ainda continua atuando em setores estratégicos para a economia nacional, e poderá ser, no futuro, parte integrante de todos os consórcios de exploração e de produção de petróleo e de

²⁹ “(...) Com o advento da Constituição de 1988, os regimes de cargo e emprego público foram consideravelmente aproximados. Tal aproximação, em primeiro lugar, decorre da necessidade de concurso público para a investidura, tanto nos cargos públicos, quanto nos empregos públicos, consoante previsão expressa do inciso II do artigo 37 da Constituição Federal. Em segundo lugar, referida aproximação decorre da impossibilidade de exoneração a qualquer tempo e sem motivação de servidores e empregados públicos.” SCHIRATO, Vítor Rhein. Novas anotações sobre as empresas estatais. In: *Revista de Direito Administrativo*. Vol. 239. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. pp. 224-225.

³⁰ SUNDFELD, Carlos Ari. Empresa estatal pode exercer o poder de polícia. In: *Boletim de Direito Administrativo*. Ano IX, nº 2. São Paulo: Editora NDJ Ltda., fevereiro de 1993. pp. 98-103, aqui, p. 101.

³¹ Estamos fazendo um exercício hipotético. Em termos dogmáticos atuais, a resposta seria: porque houve o retorno ao Regime Jurídico Único da Administração Federal, com a declaração de inconstitucionalidade da redação trazida ao art. 39 da Constituição da República pela Emenda à Constituição nº 19/98 (Adin nº 2.135-4). Com a volta do RJU, uma sociedade de economia mista federal só pode adotar uniformemente o regime de emprego público.

gás natural em áreas do pré-sal.³² Sem sequer entrar na discussão acerca da capacidade de exercer misteres na área da regulação pública ou do exercício do poder de polícia, é evidente que, se um regime jurídico de pessoal é frágil, ele o será qualquer que seja o conteúdo material da atividade exercida. Ora, a expandir o raciocínio, não poderia existir celetista na Administração Pública sem uma vassoura nas mãos, porque, ou a atividade faz parte da Administração Direta, e aí é tradicionalmente estatutária; ou se trata de atividade monopolizada, e aí o interesse estratégico é evidente; ou se trata de uma intervenção direta em concorrência com as outras empresas privadas, e aí o caso será de (art. 173, *caput*, CRFB-88) “relevante interesse coletivo” (que não poderia ficar nas mãos de um “frágil” empregado público) ou de “segurança nacional” (*idem*).

Evidente que o raciocínio está equivocado. Sua redução ao absurdo só torna isso mais claro. Há um duplo equívoco na construção do pressuposto fático de base para a consequência provável aventada pelo Supremo. Há *exagero* num lado da análise – que é o de pressupor que o regime estatutário confira maior garantia ao agente público, diante dos riscos de manipulação, do que a que de fato produz – e *minimização* em outro: na garantia conferida pelo regime celetista *da forma como é efetivamente aplicado na Administração Pública (e como se tem entendido que deva sê-lo pelos tribunais)*. Ao se comparar uma versão supergarantista de regime estatutário de pessoal, de um lado, e uma versão subgarantista de regime privado de emprego público, de outro, é claro que a opção é em favor do primeiro. Mas as coisas não são assim.

Existe relação entre o regime celetista, tal como é aplicado na Administração Pública, e facilidade de manipulação pela chefia? Na forma como costuma ser apresentado pela doutrina, e adotado como razão para decidir pelos tribunais, não. Pode até ter existido, na época em que empregados públicos podiam, na teoria, ser livremente demitidos – é importante lembrar que isso nunca foi prática administrativa, nunca foi realidade cotidiana das estatais brasileiras – mas essa época já passou, embora, pelo que se vê, uma teoria do passado ainda presida uma decisão do presente.

Em resumo: refutamos o argumento consequencialista da instabilidade de regime de pessoal – segundo o qual a atribuição de poder de polícia aos empregados públicos das empresas estatais vai gerar a consequência indesejável de uma fragilidade em seu exercício diante de pressões não-republicanas – porque empregados públicos não estão essencialmente mais (ou menos) protegidos do que servidores, em especial diante de entendimentos doutrinários e jurisprudenciais que vedam a demissão imotivada. O que há é, de um lado, uma superavaliação das garantias do regime estatutário, e, de outro, uma subavaliação das garantias do regime de emprego privado tal como aplicado na Administração Pública do século XXI. De resto, a se admitir tal instabilidade do regime de emprego privado, haver-se-ia logicamente que reputá-lo inconstitucional quando aplicado a praticamente todas as atividades significativas da Administração Pública, o que também mostra o equívoco do argumento.

³² Conforme prevê o art. 4º do Projeto de Lei nº 5.938, de 1º de setembro de 2009, um dos quatro projetos de lei que irão constituir, caso aprovados, o Marco Regulatório do Pré-Sal: “Art. 4º - A PETROBRAS será a operadora de todos os blocos contratados sob o regime de partilha de produção, sendo-lhe assegurada, a este título, participação mínima no consórcio previsto no art. 20”.

5. Três requisitos de cautela.

Os dois principais argumentos em favor da indelegabilidade a estatais do poder de polícia já foram enfrentados. Poder-se-ia recensear outras razões³³, mas essas são as mais recorrentes. Se acabamos de refutá-los, não significa que admitamos uma delegação plena, pura e simples de poder de polícia às estatais. Vamos propor três requisitos de cautela em seu exercício. Pode-se dizer, embora com certo cuidado quanto à muitas vezes ingênua pretensão de transformar categorias doutrinárias em “lei”, que dois deles, os dois primeiros, são dever jurídico em sentido estrito. Ao menos, parecem bastante óbvios.

O primeiro: para evitar qualquer sombra de potencial conflito de interesses entre interesse público e capital privado, e, de certa forma, manter a proximidade institucional com a figura das autarquias, *na estatal que for exercer poder de polícia só pode existir capital público, jamais privado*. Ou seja: apenas empresas públicas, jamais sociedades de economia mista, podem exercer poder de polícia. Pode-se, até, admitir as sociedades de economia mista cujos únicos acionistas privados sejam os membros do Conselho de Administração, já que se trata, na verdade, de empresas públicas nas quais o Estado “empresta” ações para cumprir uma formalidade da Lei das S.A.³⁴ Mas nunca uma economia mista de verdade.³⁵ Caso interessante, e que nos permite a formulação de segunda exceção à nossa própria regra da integralidade do capital público, é o da BH TRANS, sociedade de economia mista municipal responsável pela regulação do trânsito, no âmbito municipal, de Belo Horizonte. Recentemente (novembro de 2009), o STJ entendeu que a empresa não poderia aplicar multa de trânsito, porque se tratava de sociedade de economia mista, pessoa jurídica de direito privado.³⁶ Aplicou-se o entendimento tradicional. O caso se encontra, graças à interposição de recurso extraordinário, sob análise do Supremo, que, em tempos de tantas transformações de sua jurisprudência, bem poderia rever seu posicionamento clássico. Em nossa opinião, considerando a composição do capital da BH TRANS – sociedade de economia mista cujo município de Belo Horizonte, acionista majoritário, divide a composição do capital com uma série de entidades públicas ou privadas integrantes da Administração Pública municipal: um hospital

municipal, uma autarquia, outra economia mista de capital fechado etc. –, não há participação do capital privado propriamente dito na gestão da companhia (no máximo, há a participação de outra sociedade de economia mista, entidade sempre controlada pelo Poder Público). Assim, inexistiria qualquer potencialidade de conflito de interesses entre os pólos público e privado, e as multas de trânsito da empresa, ainda mais à luz de análise consequencialista que valorasse o efeito deletério de uma eventual invalidação desse exercício do poder de polícia – o envio de uma mensagem à população segundo a qual multas de trânsito, no fundo, “não são para valer”, já que ou o ente público não as executa, ou se descobre algum argumento técnico para invalidá-las –, deveriam ser confirmadas. Esse seria, então, outra exceção à regra de que só empresas públicas podem exercer poder de polícia: também as sociedades de economia mista cuja composição do capital seja feita integralmente por entidades pertencentes à Administração Pública, sejam de direito público ou privado, e desde que a presença do capital privado propriamente dito seja insignificante (em termos de gestão e de participação), pode-se *tolerar* tal exercício diante de uma invalidação que sacrifique valores maiores. Fala-se tolerar porque a situação não é, de fato, ideal, já que na participação do capital privado há um segundo problema, além do potencial conflito de interesses: o capital privado, que se associa à sociedade de economia mista, busca o lucro – e esse deve decorrer de atividades econômicas produtivas, e não da própria disciplina das atividades privadas. Em outras palavras, deveres e limites são impostos para tornar possível a vida em sociedade, não para enriquecer ninguém³⁷⁻³⁸.

Segundo requisito: *as empresas públicas que exercerem poder de polícia não poderão intervir concorrencialmente na economia*. Só podem ser prestadoras de serviços públicos. Ou, ao menos, e ainda que atuem nas duas finalidades, como é cada

³³ Como a da suposta ausência de lei que autorizasse as estatais a exercer o poder de polícia. O argumento é o seguinte: tanto órgãos da Administração Direta quanto autarquias possuem leis específicas que os tornam aptos a exercerem sua fração da polícia administrativa. As estatais, não. O contra-argumento: as estatais têm sua criação autorizada por lei, e, portanto, pode-se entender que a autorização para o exercício da polícia está implícita na autorização à sua constituição e ao exercício de seu objeto social. Pode-se imaginar, mesmo, uma autorização explícita, na lei autorizativa da constituição da empresa, para o exercício do poder de polícia. SUNDFELD, Carlos Ari. Empresa estatal pode exercer o poder de polícia. In: *Boletim de Direito Administrativo*. Ano IX, nº 2. São Paulo: Editora NDJ Ltda., fevereiro de 1993. pp. 98-103, aqui, p. 102.

³⁴ O art. 146 da Lei das S.A. exige que os membros do Conselho de Administração das S.A. sejam acionistas. Por sua vez, o art. 239 impõe que as sociedades de economia mista tenham um Conselho de Administração.

³⁵ SCHIRATO, Vítor Rhein. Novas anotações sobre as empresas estatais. In: *Revista de Direito Administrativo*. Vol. 239. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. pp. 227-228.

³⁶ Recurso Especial nº 817.534, julgado em 10 de novembro de 2009.

³⁷ No caso da BH TRANS, então, vai-se aceitar o exercício do poder de polícia – e, possivelmente, o lucro do acionista privado, por poucos que sejam (à conta da participação na sociedade de economia mista que é acionista da BH TRANS) à luz da evitação de um mal maior, que é a invalidação das multas. Em termos dogmáticos, o STF poderia declarar que a lei que autorizou a BH TRANS a se constituir sob a forma de sociedade de economia mista é ainda constitucional, mas em vias de se tornar inconstitucional. Seria uma solução intermediária, que permitiria a transformação da empresa, ou num órgão municipal, ou numa autarquia, ou numa empresa pública, todos eles capazes do exercício do poder de polícia.

³⁸ Para tornar mais claro o que estamos explicando, e já que mencionamos o caso de uma sociedade de economia mista em que se poderia tolerar o exercício do poder de polícia, vamos a um exemplo em que a polícia administrativa, exercida por uma economia mista, seria intoleravelmente inválido. O IRB, Instituto de Resseguros do Brasil, é uma sociedade de economia mista federal. O Decreto-lei federal nº 73/66 (hoje revogado pela Lei Complementar nº 126/2007), em seu art. 44, inciso I, alínea “e”, dizia que caberia ao IRB a polícia das atividades de resseguros no Brasil. Dado a acrescentar: a participação de capital privado no IRB é maciça. Não se trata de uma sociedade de economia mista *pro forma*, como nos casos em que os acionistas privados são, só, os membros do Conselho de Administração, ou de uma economia mista titularizada por um aglomerado de entidades da Administração Pública, como é o caso da BH TRANS. É uma economia mista “para valer”. Pelo que se sabe, o principal acionista privado é o grupo Itaú-Unibanco. Na prática, esse exercício do poder de polícia nunca chegou a ser exercido, já que havia um monopólio do IRB como única empresa resseguradora no país – mas, com o fim do monopólio, como é hoje, e caso se mantivesse tal poder de polícia nas mãos da entidade, ele seria efetivamente inválido por inconstitucional. (O poder de polícia do mercado ressegurador passou para a SUSEP, uma autarquia federal.) Imagine-se a hipótese de que a então entidade reguladora tivesse que fiscalizar e, eventualmente, multar uma empresa resseguradora pertencente ao grupo Itaú. O conflito de interesses dispensa explicações. Pior: imagine-se os acionistas privados estimulando a atividade fiscalizatória, em especial contra seus concorrentes, com o duplo propósito de lucrar *com e na* fiscalização.

dia mais comum³⁹, nunca poderão se servir do poder de polícia em apoio ao exercício da atividade econômica em sentido estrito que exerçam. É claro: do contrário, tratar-se-ia de uma intervenção concorrencial absolutamente anti-isonômica, já que nenhuma outra entidade privada estaria dotada de tal poder extroverso.

Terceiro requisito: *o exercício do poder de polícia deve ser acidental em relação à prestação de serviços públicos*. Quer dizer, não poderia existir uma empresa pública cujo objeto social seja o de exercer a polícia administrativa das profissões, ambiental, urbanística etc. Numa comparação apropriada, seria como a concessionária de serviços públicos, que pode exercer algum poder de autoridade dentro do propósito da prestação do serviço, por força do já mencionado art. 31, VI, da Lei federal nº 8.987/95.⁴⁰ A Guarda Municipal do Rio de Janeiro, empresa pública municipal, deve se transformar em autarquia ou órgão da Administração Direta não porque seus agentes públicos, na condição de empregados públicos, estejam incapacitados de exercer poder de polícia – já vimos que, em tese, podem –, muito menos porque haja algo na condição de “empresa pública” que a torne ontologicamente incapaz de exercer tal poder administrativo. O problema é que a Guarda é uma empresa municipal cuja finalidade societária é a polícia dos próprios municipais.⁴¹ Por outro lado, a CEDAE, empresa pública prestadora do serviço público de saneamento básico no estado do Rio de Janeiro, poderia emitir atos de império imediatamente constitutivos do comportamento privado, e, mesmo, executá-los (mas não a SABESP, sua congênere paulistana, que é uma sociedade de economia mista de capital aberto).

O último requisito demanda explicação. Qual o motivo para que não possam existir empresas públicas aos quais se atribua, direta e exclusivamente, o exercício de algum poder de polícia setorial? Em tese, a solução é possível. Ocorre que, como dissemos, a personalidade jurídica de direito privado acaba sendo uma modelagem sub-ótima em relação à personalidade de direito privado quando se trata de exercer o poder de polícia. E, já que empresas públicas que desempenhem atividades econômicas em sentido estrito não podem dispor de tal poder, sob pena de violação da isonomia em relação às concorrentes, só restam as empresas públicas prestadoras de serviços públicos. O problema não é de uma “essência finalística” das empresas públicas, algo que não as vocacionasse ontologicamente ao exercício, tão-somente, do poder de polícia, muito menos é caso de impossibilidade de exercício exclusivo

³⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. O regime jurídico das empresas estatais e a distinção entre “serviço público” e “atividade econômica”. In: *Revista de Direito do Estado*. Vol. 1. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. pp. 119-135.

⁴⁰ Há quem diga que o poder expropriatório integra o poder de polícia (p. ex., DI PIETRO, Maria Sylvania. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 1990. p. 97). Ainda que não seja esse o caso, ninguém há de negar que ser capaz de desapropriar um bem é exercer um óbvio e evidente poder de império.

⁴¹ Aqui, por razões ainda maiores do que no caso da BH TRANS, deve-se validar as multas de trânsito eventualmente impostas. Afinal, caso elas fossem invalidadas, estar-se-ia sacrificando o potencial elemento pedagógico geral das sanções de trânsito, aplicadas ao longo de anos e anos, em prol de um fetichismo da personalidade jurídica de direito público (na teoria tradicional, que coloca o “privado”, sem analisar qualquer outro dado, como óbice absoluto ao exercício do poder de polícia), ou de uma preferência por um modelo institucional mais eficiente (na nossa teoria, conforme será explicado adiante no corpo do texto principal).

de polícia administrativa por ausência de disposição constitucional (a Constituição também nada fala sobre estatais prestadoras de serviços públicos e sua admissão é relativamente tranquila na doutrina e unânime na jurisprudência). A questão é, estritamente, de eficiência da intervenção. Uma empresa pública prestadora de serviços públicos pode se beneficiar sinergicamente do exercício do poder de polícia, de modo tal que a eficiência agregada final na prestação do serviço público compense o exercício sub-ótimo do poder de polícia. Voltando ao nosso exemplo, a CEDAE só teria a ganhar se pudesse imediatamente lacrar “gatos” e atuar infratores, sem depender da cooperação da Polícia Militar. A extinta Rede Ferroviária Federal⁴² só teria benefícios se o serviço público que prestava fosse acompanhado, por hipótese, da possibilidade do exercício do poder de polícia, sem depender dos Batalhões Ferroviários constituídos pelas Polícias Militares. Outros exemplos poderiam ser citados, mas é hora de encerrar o texto.

6. Conclusão: estatais podem exercer poder de polícia.

É curioso que se admita, hoje em dia de modo até relativamente tranquilo, que as estatais possam prestar serviços públicos, mas que o “medo da forma privada”, que já se venceu há muito tempo no campo do Direito dos Serviços Públicos – atualmente há, como dissemos, quase que uma euforia da execução privada dos serviços públicos –, ainda ronde o exercício do poder de polícia. Se entidades *da* Administração Pública, de capital *integralmente público*, com *bens públicos* (ou aos quais se reconhecem garantias típicas dos bens públicos⁴³), integradas por agentes públicos que estão garantidos contra pressões tanto quanto servidores estatutários, podem prestar serviços públicos, por que não poderiam exercer alguma fração do poder de polícia que se vincule diretamente ao exercício da prestação?⁴⁴ A não se reconhecer sem subterfúgios isso, vai-se precisar recorrer a construções algo artificiais, como dizer que delegação diz respeito a uma alguma fase delegável daquelas incluídas no ciclo de polícia, para se legitimar, em certas situações, o exercício dessa ordenação administrativa por empresas públicas. Uma leitura antifundacionalista e voltada

⁴² Deve-se abstrair, do exemplo, o fato de que a Rede Ferroviária Federal foi constituída sob a forma de sociedade de economia mista. De qualquer forma, não conseguimos identificar a composição de seu capital para saber se ela não cairia em uma das duas exceções apresentadas em nosso trabalho.

⁴³ Na medida em que se reconhece a garantia da impenhorabilidade aos bens de empresas estatais diretamente afetados à prestação de serviços públicos. Na doutrina, dentre tantos outros, v. DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas*. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2008. pp. 303-304; FERES, Marcelo Andrade. O Estado empresário: reflexões sobre a eficiência do regime jurídico das sociedades de economia mista na atualidade. In: *Revista de Direito do Estado*. Ano 2, nº 6. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 284.

⁴⁴ “Sendo assim, qual a diferença prática entre uma autarquia e uma empresa pública? Como já exaustivamente afirmado, a única diferença consiste no fato de uma ter personalidade de direito público (autarquia) e a outra personalidade de direito privado (empresa pública). Todavia, tal diferença é por si só bastante para *ipso facto* rejeitarmos a possibilidade de uma empresa estatal exercer atividades da Administração Ordenadora, como inquestionavelmente aceitamos para as autarquias?” SCHIRATO, Vitor Rhein. Novas anotações sobre as empresas estatais. In: *Revista de Direito Administrativo*. Vol. 239. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 224.

à realidade da economia e às consequências práticas das interpretações do Direito Administrativo não pode ter medo de afirmar: *empresas públicas*⁴⁵, em certos casos, podem exercer o poder de polícia. C.q.d.

⁴⁵ E, em situações especialíssimas, até sociedades de economia mista.