

PODER DE POLÍCIA E OMISSÃO DO PODER PÚBLICO NA FISCALIZAÇÃO DO TRANSPORTE CLANDESTINO DE PASSAGEIROS – RESPONSABILIZAÇÃO POSSÍVEL DO MUNICÍPIO

Jair Eduardo Santana

Mestre em Direito do Estado – PUC/SP

O Município pode ser responsabilizado por omissão no exercício de seu poder de polícia em relação à fiscalização de trânsito, notadamente por não impedir e inibir a circulação de transportadores clandestinos?

O poder de polícia é considerado um dever de agir ou seria simples faculdade da Administração Pública?

1. Introdução

O transporte clandestino de passageiros não é prerrogativa desta ou daquela cidade brasileira. E o fenômeno nem mesmo se circunscreve aos limites territoriais das grandes capitais.

A par de atrair acalorados debates, o que é compreensível em situações tais,¹ o fato é que, no Brasil dos últimos tempos, o tema vem ganhando dimensão.

E se o trânsito já é em si, como anunciado, assunto extremamente tormentoso, polêmico e dinâmico, colorido especial ganha a discussão se ele for confrontado com o tema poder de polícia, matéria também incandescente.

Tal discussão por certo ficará potencializada se houver um ingrediente relativo à eventual possibilidade de responsabilizar o ente público por omissão no trato da matéria, já que implicará também saber se o poder de polícia, no caso, mostra-se como dever ou mera faculdade.

Para cuidar de tais questões, faremos rápida incursão sobre o poder de polícia, registrando

seus contornos elementares, propiciadores da discussão que aqui se pretende travar. Depois, explicado o regime jurídico do trânsito, avançaremos sobre a hipótese ventilada no título deste artigo: a responsabilização do Município por omissão no exercício de seu poder de polícia para inibir o transporte clandestino.

2. Poder de polícia

Poder de polícia² não é matéria nova. Ao reverso, a expressão há muito acompanha a sociedade política e talvez ainda hoje a única segurança que tenhamos no tocante ao instituto seja a de afirmar que é ele um dos mais desafiadores e instigantes temas existentes no Direito Administrativo.³

A expressão poder de polícia, lançada dentre nós sob tal rubrica ainda em regime imperial, não revelava – como ainda não revela – a menor extensão de seu significado.⁴ Não debateremos aqui, entretanto, a (des)necessidade de alterar o respectivo signo, deixando tão-somente a idéia segundo a qual é ele, o poder de polícia, emanação estatal corporificada através de atos con-

1. Porque o tema revela não somente a sua face jurídica, mas igualmente o seu sentido social, econômico, dentre outros. E, por isso, não seria razoável deixar de mencionar tais circunstâncias.
2. Um texto doutrinário que deve ser lido para melhor compreensão e aprofundamento em questões relativas ao poder de polícia é o trabalho homônimo produzido por Odete Medauar. Sem favor nenhum, é um dos excelentes artigos que já se produziram em nosso cenário ("Poder de polícia", in *BDA – Boletim de Direito Administrativo*, São Paulo, Editora NDJ, dez. 1996, pp. 814/819).
3. Embora não se possa dizer que o assunto pertença ao domínio do Direito Administrativo com exclusividade. Desenvolvemos trabalho intitulado provisoriamente de *Poder de Polícia Eleitoral*, ainda inédito, em que se foca o tema em referência no âmbito das atividades da chamada Justiça Eleitoral.
4. Em sua evolução consideravam-no desde um aspecto amplo, que englobava toda a atividade da Administração Pública, consistindo no "ordenamento político do Estado ou da cidade" (*idem*, p. 815), a um mais restrito, visando à ordem pública de cada cidade. No primeiro momento ligava-se intimamente à noção de "polícia", enquanto no segundo desenvolveu-se o termo Administração Pública.

cretos ou normativos, que parametriza direitos e liberdades.⁵

Chamado também de polícia administrativa, o poder de polícia manifesta-se tanto por atos gerais (atos normativos) quanto por emanações concretas, abarcando ainda atos acauteladores e fiscalizatórios.

O fundamento do exercício dessa polícia administrativa reside na supremacia do interesse normativo que é, em última instância, o local onde se guardam a supremacia geral e o interesse público.

3. O trânsito e seu regime jurídico

Um registro histórico merece ser feito:

Certa vez, o Diretor-Geral do Departamento de Trânsito do Estado do Rio de Janeiro expediu ato determinando sentido de mão de direção de logradouro no centro do Município de Niterói.

O Supremo Tribunal Federal, chamado a se manifestar sobre o caso, assentou:

“– A regulamentação urbana de trânsito, inclusive na fixação de mão de direção, diz com peculiar interesse do Município, resguardado em sua autonomia pela norma constitucional.

– A faculdade conferida à União pelo art. 164 da Constituição, de estabelecer, mediante lei complementar, regiões metropolitanas, constituídas por Municípios, para a realização

de serviços comuns, não interfere com a disciplina do trânsito local”.⁶

O ocorrido, apesar de ter-se passado sob a égide da Constituição revogada, não altera em absolutamente nada a competência que o Município tinha (e tem) sobre a matéria.

O importante, ainda para uma leitura atual, é que a autonomia do Município constitui princípio de organização política e administrativa, pois o ente é peça estrutural do regime federativo brasileiro. Mencionada prerrogativa autonômica é, pois, oponível aos demais entes da Federação, e seu conteúdo, insuscetível de derrogação por lei ordinária.

E registre-se, porque igualmente oportuno, que não se deve confundir sistema viário com transportes e com trânsito, já que são realidades distintas.⁷

Então, se já não havia, na leitura dos textos legais existentes anteriores a 1988, nenhuma dúvida sobre as atribuições locais para o tema “trânsito”, a Constituição Federal vigente, aliada ao Código de Trânsito Brasileiro (Lei nº 9.503, de 23.9.1997), impede qualquer indagação neste sentido. O trânsito continua sendo tema local, principalmente por abarcar situações particulares ao espaço a que se destina.

Vale dizer, em reforço ao antes afirmado, que além das normas constitucionais que disciplinam o assunto (arts. 22, XI; 23, XII; e 30, I e II), o Código de Trânsito Brasileiro, em 1997, deu mais

Na França dos primórdios do século XVIII “polícia” tinha designação direcionada aos modos de ação administrativa, no que tangia à atividade pública interna, à exceção da justiça e das finanças.

Já na Alemanha, em meados do mesmo século, vigorou a idéia de atuação negativa do poder de polícia, de modo que o termo designava “um dever preexistente do indivíduo de não perturbar a boa ordem da coisa pública” (Otto Mayer *apud* Odete Medauar, ob. cit., nota 2, p. 816).

No Direito anglo-saxônico vinculava-se ao “poder dos estados-membros de editar leis limitadoras de direito, em benefício do interesse público” (*idem*, p. 816). Ligava-se, pois, à imposição de restrições aos direitos fundamentais, através da atividade legislativa.

5. Com a evolução do Estado ampliaram-se as suas funções, e por isto questionou-se um possível retrocesso do poder de polícia à época em que o chamavam apenas de “polícia”. A indagação levou alguns a sugerir a mudança do termo.
6. Brasília, Supremo Tribunal Federal. Trânsito. Poder de Polícia. Município, Recurso Extraordinário nº 98.588, Auto Viação 1001 S.A. e Diretor-Geral do Departamento de Trânsito do Estado do Rio de Janeiro, rel. Ministro Rafael Mayer, j. em 17.6.1983, *BDA – Boletim de Direito Administrativo*, São Paulo, Editora NDJ, jul. 1995, pp. 45/47.
7. Conforme assinalado no recurso extraordinário citado. Interessante notar, sob o aspecto da autonomia local, que nem mesmo o fato de integrar o respectivo Município dada região metropolitana pode ser “fator” inibidor das competências primárias. “Assim, indiscrepante é o entendimento, inclusive da boa doutrina, no sentido de que a regulamentação urbana do trânsito, inclusive na fixação da mão de direção, pertinente à vida da cidade, diz com a predominância do peculiar interesse do Município, resguardado em sua autonomia pela norma constitucional”. (...) “Todavia a faculdade conferida à União, pelo art. 164 da Constituição, de estabelecer, mediante lei complementar, regiões metropolitanas, constituídas por Municípios para a realização de serviços comuns, não autoriza se restrinja, por esse meio, a realização dos serviços próprios ou peculiares, como é o caso da disciplina do trânsito local” (*idem*, p. 47).

consistência às ações locais, a partir das determinações inseridas nos arts. 24 e seguintes.

Vejamos:

Pela definição contida já no art. 1º, § 1º, do mencionado Código,

“considera-se trânsito a utilização das vias por pessoas, veículos e animais isolados ou em grupos, conduzidos ou não, para fins de circulação, parada, estacionamento e operação de carga ou descarga”.⁸

O conceito normativo cuida de atos vinculados às atividades ordinárias da comuna. No mesmo sentido é a fixação das competências municipais pela mencionada lei, em seu art. 24, incs. I a XXI.

O que mais nos interessa, por ora, é o disposto no inc. VI do art. 24 do Código de Trânsito Brasileiro. Ali se atribui competência aos órgãos e entidades executivos de trânsito do Município para:

“executar a fiscalização de trânsito, autuar, aplicar as medidas administrativas cabíveis, por infrações de circulação, estacionamento e parada previstas neste Código, no exercício regular do Poder de Polícia de Trânsito”.

Da leitura do dispositivo depreende-se que a atividade administrativa de fiscalização decorrente do poder de polícia de trânsito compete à localidade, nos limites de sua circunscrição. E não se está aqui a se referir ao policiamento ostensivo⁹, que é atividade exercida com exclusividade constitucional pelas polícias militares (CF, art. 144, § 5º).

Já o transporte coletivo urbano é serviço essencial, que cabe à municipalidade, competência que encontra apenas um limitador, constante no art. 21, XX, da Lei Suprema (à União toca fixar as diretrizes para o transporte urbano). O fato é que os Municípios não têm usado de seu poder para dispor legislativamente sobre o tema. E assim, o quadro já caótico se vê cada vez mais agravado.

Sem querer esgotar a discussão e no simples intuito de melhorar o raciocínio quanto ao

tema, coloquemos em relevo duas questões: a) a competência privativa da União para legislar sobre trânsito (art. 22, XI) não esgota a possibilidade de a comuna fazê-lo de forma suplementar (art. 30, II); b) a competência da União para traçar diretrizes sobre transporte (art. 21, XX), apesar de exclusiva, igualmente não esgota a competência legislativa do Município (art. 30, I e V), a quem caberá cuidar de assuntos mais específicos relacionados à implantação, regulamentação e execução do serviço, que é de sua responsabilidade.

4. A responsabilização do Município pela omissão no exercício do poder de polícia. Dever de fiscalizar e inibir o transporte clandestino de passageiros

Verificou-se que a municipalização do trânsito imposta pelas regras do Código de Trânsito Brasileiro – CTB (Lei nº 9.503, de 23.9.1997) incumbiu o Município de executar a fiscalização de trânsito, no exercício regular do poder de polícia (art. 24, VI).

Se, de um lado, o Município possui primariamente competência para disciplinar o trânsito, regulando-o através de atos de implantação, regulamentação, organização e fiscalização, por óbvio que as atribuições da polícia administrativa (ou poder de polícia) estarão aí presentes.

É regra geral, aliás, apontada pela doutrina, visando identificar e desatar a questão da competência para exercitar o poder de polícia, que ele se liga (enquanto emanção da Administração Pública) à competência para legislar sobre a matéria.

Firmemos então a idéia segundo a qual o Município é competente para o trato da matéria; tanto legislativa, quanto administrativamente.

Se ele (Município) exercitará suas atividades administrativas centralizada ou descentralizadamente, isso é outra questão. Aliás, outra expressiva polêmica que aqui não podemos enfrentar, em razão dos limites iniciais propostos.¹⁰

8. Brasília, Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997 (institui o Código de Trânsito Brasileiro); João Baptista da Silva, *Código de Trânsito Brasileiro Explicado*, Belo Horizonte, Editora O Lutador, 1999, p. 30.

9. Confira-se, a propósito da diferenciação das atividades mencionadas (polícia administrativa e polícia judiciária), o trabalho de Álvaro Lazzarini intitulado “Poder de polícia” (in *BDA – Boletim de Direito Administrativo*, São Paulo, Editora NDJ, out. 1986, pp. 715 e ss.).

10. Vale referir, a respeito da possibilidade de delegar a atividade de polícia administrativa (inclusive em matéria de trânsito), o excelente trabalho do professor Carlos Ari Sunfeld (publicado no *BDA – Boletim de Direito Administrativo*, São Paulo, Editora NDJ, fev. 1993, pp. 98 e ss.) intitulado “Empresa estatal pode exercer poder de polícia”.

O fato é que o Município é o senhor da atividade fiscalizatória do trânsito.

Se não disciplinou o tema, regrado na localidade o transporte coletivo de passageiros, a omissão é patente. Não exercitou a competência expressamente prevista na Lei Maior (art. 30, I e V, c/c os arts. 22, IX e XI, e 24, § 2º).

O transporte clandestino realizado às margens da lei (o Código de Trânsito o proíbe expressamente em seu art. 231, VIII) é nocivo ao Estado e à sociedade e, como tal, deve ser reprimido:

“Art. 231. Transitar com o veículo (...) VIII – efetuando transporte remunerado de pessoas ou bens quando não for licenciado para esse fim, salvo casos de força maior ou com permissão da autoridade competente: Infração média; penalidade: multa; medida administrativa: retenção do veículo”.

Se, em contrário, o Município fez valer sua autonomia e regulamentou, por lei, o assunto, o transporte clandestino afronta diretamente a lei local e também deve ser inibido.

Queremos fazer crer que tanto num quanto noutro caso o Poder Público municipal não pode omitir-se na fiscalização do trânsito, inibindo o transporte coletivo (clandestino) de passageiros.

A idéia exposta (não em tal dimensão) é sufragada pelo Supremo Tribunal Federal em caso digno de relato.

Em recurso extraordinário¹¹, a União foi considerada responsável pela morte de passageiro em decorrência de omissão culposa dos deveres mínimos de fiscalização do Estado na manutenção das aeronaves pelas empresas concessionárias do transporte aéreo. Óbvio que assim o seja.

Por evidência que a responsabilidade que se fala do Poder Público local não é aquela escrita no art. 37, § 6º, da Lei das Leis. Ali se cuida da chamada responsabilidade objetiva do Estado.

Imaginamos que – no caso do transporte clandestino – a causa de eventuais danos não seja a própria omissão em si, mas os atos dos terceiros (transportadores). E o Estado, no caso,

não poderia ser responsabilizado objetivamente por atos de terceiros.

Como se dará a responsabilidade? Seguramente dependerá também da demonstração do dano.

A responsabilidade subjetiva rege a omissão estatal. Em sendo esta oriunda de ato ilícito doloso ou culposo, tal fato se dará quando houver obrigação legal de resguardo ou amparo do direito por parte do Estado e este omitir-se, ou o prestar inadequada ou insuficientemente e, com esta conduta, causar lesão a terceiro.

A conduta estatal deve ser condição e não causa do dano, necessitando que o ente esteja obrigado a impedi-lo. Entretanto, na caracterização da responsabilidade do Estado há que levar em conta o nível de expectativa comum da sociedade e do próprio Estado em casos semelhantes.

A prova por parte do lesado em casos tais torna-se difícil, pois implica avaliar o aparato estatal. Celso Antônio Bandeira de Mello¹² afirma, inclusive, que nestes casos se devem assegurar as vias de direito indispensáveis para a apuração e efetiva responsabilização do Estado por omissão nos danos que causar, de modo que seja razoável ocorrer a inversão do ônus da prova.

A responsabilidade subjetiva dar-se-á também quando o Estado não impedir atuação lesiva de terceiros. Este o caso dos transportadores clandestinos, a cuja repressão está obrigado o Poder Público municipal, nos limites de sua circunscrição.

Quanto ao dano, deve este ser certo, real, como também deve estar configurada uma lesão a direito do administrado, cujo resguardo é obrigação do Estado.

Se há, conforme já demonstrado, previsão legal de dever por parte do Município para a fiscalização de trânsito, e se este pode, inclusive, legislar quanto ao tema e não o faz, incorre inevitavelmente em omissão, lesando eventualmente (e por exemplo) o direito daqueles que contrataram com o Poder Público para a prestação do respectivo serviço essencial. Havendo, também,

11. Brasília, Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário nº 258.726-5, União Federal e Ana Maria Duarte Baracho e outros, rel. Ministro Sepúlveda Pertence, 1ª Turma, j. em 14.5.02, Coord. de Análise de Jurisprudência, *Ementário* nº 2073-5, DJ de 14.6.02.

12. *Curso de Direito Administrativo*, São Paulo, Malheiros, 2000.

prova do dano, restará configurado o dever de indenizar.

O Poder Judiciário tem papel relevante na apreciação do exercício do poder de polícia da Administração Pública. Há muito se pronunciara o STF:

“Cabe ao Poder Judiciário apreciar a realidade e a legitimidade dos motivos em que se inspira o ato discricionário da administração.

O exercício do poder de polícia está sujeito à censura judiciária”.¹³

Se for correto que o Juiz não pode substituir o administrador ou tampouco o legislador, igualmente certo é que nos dias de hoje o controle da atividade administrativa está cada vez mais sob o influxo dos “ecos” que soam no corpo social (exigindo não somente a perfeição à legalidade). Exige-se cada vez mais eficiência, presteza, moralidade e respeito a todos os demais princípios norteadores da atividade da Administração Pública.

Levando-se em conta que o transporte coletivo, de caráter essencial, dar-se-á diretamente pelo Poder Público ou através de permissão ou de concessão, e, nestes casos, por meio de certame licitatório (art. 30, V, c/c o art. 175 da CF), há que se considerar a figura do permissionário ou concessionário a quem se deve, por força de norma legal (Lei nº 8.987/95, art. 9º, § 2º), assegurar o equilíbrio econômico-financeiro do contrato celebrado com a municipalidade.

A omissão da municipalidade traz consigo outros fatores negativos, de repercussões desastrosas ao equilíbrio da própria Administração Pública. O transporte clandestino é realizado em veículos de adequações duvidosas, em situações desconhecidas, nas quais não foi dada à comuna a oportunidade de participar da escolha dos veículos, nem de exigir limites quanto a eles e ao próprio transporte em si. Sobre o transporte coletivo clandestino igualmente não incide carga tributária. Tais fatores margeiam a participação do Município e, naturalmente, de seus habitantes na concretização do transporte coletivo, e ainda se lhes retira o direito à percepção dos tributos que deveriam reverter-se em forma de benefícios à própria municipalidade. Ousamos ir mais além.

A tolerância na realização de mencionada atividade clandestina atenta ainda contra o Estado de Direito, pois retira a participação, ainda que indireta, da sociedade em assunto de seu peculiar interesse, relegando a prestação do serviço ao arbítrio do particular, e, conseqüentemente, a seus anseios individuais, voltados à lucratividade.

A ilegal permissão ao transporte clandestino constitui, deste modo, ato atentatório ao equilíbrio da vida social, de repercussões que, a longo prazo, tendem a ser desastrosas pois, se hoje, ao fechar os olhos à clandestinidade, o Município tolera a existência de serviços paralelos em seu espaço físico, num futuro não muito distante estaremos a conviver em um Estado de duas realidades distintas: uma oficial, respeitante aos princípios norteadores da República Federativa; outra marginal, ofensiva a mencionados princípios, livre dos olhos daquele que tem por dever garantir o equilíbrio social. Tolerar mencionada realidade significa admitir a incapacidade do Estado de reger questões básicas da vida social, bem como de propiciar aos cidadãos condições mínimas essenciais, tal como pretendia o legislador constituinte. É, sobretudo, permitir uma transformação desorientada do Estado de Direito, o que não se revela atitude consciente e comprometida por parte da Administração Pública.

Em conclusão:

Afirmamos que o Poder Público pode ser responsabilizado pela omissão na fiscalização de trânsito, especialmente por não impedir e inibir a atividade de transportadores clandestinos.

O exercício do poder de polícia respectivo, no caso, não é algo que se aloca na moldura da discricionariedade, nos termos em que situamos o debate do assunto no decorrer deste escrito.

Não obstante, a omissão em si mesma não é bastante para gerar direito a indenização a eventual lesado. Ou seja, haverá desbordamento investigatório tanto das causas quanto dos efeitos em dupla dimensão: Poder Público e ato de terceiros (os transportadores clandestinos, no caso).

Por isso, não se trata na hipótese de mera responsabilidade objetiva do Poder Público.

13. Rio de Janeiro, Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário nº 17.126, Prefeitura Municipal de Cataguazes e Rádio Cataguazes S.A., rel. Hahneemann Guimarães, 2ª Turma, j. em 31.8.1951.