

Voto vogal

O Senhor Ministro Edson Fachin: Saúdo o bem lançado relatório proferido pelo e. Ministro Luiz Fux. Apenas para explicitar as premissas que subsidiam o entendimento aqui esboçado, rememoro tratar-se de recurso extraordinário interposto por Empresa de Transportes e Trânsito de Belo Horizonte S/A – BHTRANS, em face de acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça, o qual, complementado por aresto em embargos declaratórios, deu provimento a recurso especial do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, e negou à recorrente, sociedade de economia mista municipal, a competência para aplicar multas de trânsito, como se depreende das seguintes ementas:

“ADMINISTRATIVO. PODER DE POLÍCIA. TRÂNSITO. SANÇÃO PECUNIÁRIA APLICADA POR SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. IMPOSSIBILIDADE.

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

2. No que tange ao mérito, convém assinalar que, em sentido amplo, poder de polícia pode ser conceituado como o dever estatal de limitar-se o exercício da propriedade e da liberdade em favor do interesse público. A controvérsia em debate é a possibilidade de exercício do poder de polícia por particulares (no caso, aplicação de multas de trânsito por sociedade de economia mista).

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

4. No âmbito da limitação do exercício da propriedade e da liberdade no trânsito, esses grupos ficam bem definidos: o CTB estabelece normas genéricas e abstratas para a obtenção da Carteira Nacional de Habilitação (legislação); a emissão da carteira corporifica a vontade o Poder Público (consentimento); a Administração instala

equipamentos eletrônicos para verificar se há respeito à velocidade estabelecida em lei (fiscalização); e também a Administração sanciona aquele que não guarda observância ao CTB (sanção).

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

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

7. Recurso especial provido.”

“PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÕES INEXISTENTES. CONTRADIÇÃO CARACTERIZADA. (ADMINISTRATIVO. PODER DE POLÍCIA. TRÂNSITO. SANÇÃO PECUNIÁRIA APLICADA POR SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. IMPOSSIBILIDADE.)

1. Nos aclaratórios, sustenta a parte embargante que existem vícios a serem sanados no acórdão combatido, a saber: (i) omissão acerca da regra de competência, a qual imputa o processamento e o enfrentamento da presente causa ao Supremo Tribunal Federal (incompatibilidade entre lei local em face de lei federal); (ii) omissão acerca das regras constitucionais de balizamento da matéria de fundo (possibilidade de sociedade de economia mista exercer a atividade de controle de trânsito ante à inexistência de vedação constitucional no ponto); e (iii) contradição existente entre o provimento final do acórdão (provimento integral do especial) e sua fundamentação, na qual restou afirmada a possibilidade de a embargante exercer atos relativos a fiscalização.

2. Em relação ao item (i), tem-se que o acórdão da origem apreciou apenas a tese jurídica – possibilidade de delegação de poder de polícia para particulares – com base em diversos dispositivos de lei local, lei federal e da própria CR/88, mas jamais entendeu que a lei específica de delegação (lei local) era válida em face de lei federal. Trechos do acórdão da origem.

3. É possível, e isso é de cotidiana percepção pelos magistrados que integram o STF e o STJ, que um provimento judicial de última instância adote, simultaneamente, argumentos de ordem constitucional e infraconstitucional.

4. Daí ser igualmente possível o manejo (autônomo e simultâneo) de recurso especial e de recurso extraordinário, sem que se possa dizer que o julgamento do especial importa em usurpação de competência do Supremo Tribunal Federal.

5. O que se tem, nesses casos, é uma competência cindida para apreciação de matérias distintas: o STJ aprecia a alegada ofensa à legislação infraconstitucional federal e o STF aprecia as questões de sua competência.

6. Na espécie, entendeu-se que o art. 24 do CTB permitia a delegação do poder de polícia para particulares.

7. Tal tese encontra-se, pois, no âmbito da legislação infraconstitucional, pois envolve a *correta extensão do conteúdo de norma integrante de diploma normativo federal – norma cuja mal interpretação importaria ipso facto na ofensa a legislação infraconstitucional*. Cabível, portanto, o recurso especial, com base no art. 105, inc. III, “a”, da CR/88.

8. Não fosse isso bastante, a regra consubstanciada no art. 237 da Lei n. 6.404/76 autoriza concluir acerca da impossibilidade da transferência do poder de polícia para particulares. Esta foi a conclusão adotada no voto-vista proferido pelo Min. Herman Benjamin.

9. Fácil perceber, nesta esteira, que o âmbito de atuação do STJ deu-se nos estritos limites de sua competência, interpretando unicamente a legislação infraconstitucional (dispositivos do CTB e da Lei n. 6.404/76).

10. Uma tese de reforço: a rigor, os votos que fundamentaram o acórdão da Corte Superior sequer fizeram menção à lei local - limitaram-se a discutir a possibilidade de delegação de poder de polícia a particular. Então, não houve nenhum juízo de validade acerca da lei local.

11. Mesmo que não houvesse lei local específica, as teses vencedoras nesta instância especial seriam exatamente as mesmas, o que bem demonstra que não houve a dita incursão em competência do STF.

12. Bem, além da incidência dos arts. 7º e 24 do CTB, a origem, é bem verdade, discutiu a possibilidade de delegação de serviços públicos a particulares, com base no art. 175 da CR/88, bem como a competência municipal para gerir os serviços públicos locais (art. 30 da Lei Maior). Neste ponto, cabível a interposição do extraordinário (a propósito: o Ministério Público estadual protocolou mesmo o extraordinário).

13. Em suma: a origem conclui pela possibilidade de delegação do exercício do poder de polícia para sociedades de economia mista com base no alcance e conteúdo (i) dos arts. 22, 30 e 175 da CR/88 e (ii) dos arts. 7º e 24 do CTB. Não se julgou válida lei local em confronto com lei federal, mas apenas e tão-só definiu parâmetros de interpretação de lei federal e de normas constitucionais. Assim, uma parte dos argumentos enfrentava especial; a outra parte, extraordinário. Neste contexto, o julgamento do especial não implica usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal.

14. No que tange ao item (ii), é pacífica a jurisprudência desta Corte Superior no sentido de que não cabem embargos de declaração para que o STJ enfrente matéria constitucional, ainda que para fins de

prequestionamento, sob pena de usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal. Precedentes.

15. Finalmente, no que diz respeito ao item (iii), assiste razão à embargante.

16. Tanto no voto condutor, como no voto-vista do Min. Herman Benjamin, ficou claro que as atividades de consentimento e fiscalização podem ser delegadas, pois compatíveis com a personalidade privadas das sociedades de economia mista.

17. Nada obstante, no recurso especial, o pedido do Ministério Público tinha como objetivo impossibilitar que a parte embargante exercesse atividades de policiamento e autuação de infrações, motivo pelo qual o provimento integral do especial poderia dar a entender que os atos fiscalizatórios não podiam ser desempenhados pela parte recorrida-embargante.

18. Mas, ao contrário, permanece o teor da fundamentação e, para sanar a contradição, é necessária a reforma do provimento final do recurso, para lhe dar parcial provimento, permitindo os atos de fiscalização (policiamento), mas não a imposição de sanções.

19. Embargos de declaração parcialmente acolhidos, com efeitos modificativos, para dar parcial provimento ao recurso especial, no sentido de que permanece a vedação à imposição de sanções pela parte embargada, facultado, no entanto, o exercício do poder de polícia no seu aspecto fiscalizatório.”

Inconformada, a recorrente suscita, em síntese, violação aos artigos 5º, XXXV e 93, IX; 102, III, *d* ; e 175, 30, I e V, e 37, *caput* e XIX, do texto constitucional.

O apelo extraordinário foi selecionado pelo i. Relator como substituto do paradigma referente ao Tema 532 da sistemática da repercussão geral, reconhecida pelo Plenário nos seguintes termos:

“Direito constitucional e administrativo. Aplicação de multa de trânsito por sociedade de economia mista. Poder de polícia. Delegação dos atos de fiscalização e sanção a pessoa jurídica de direito privado.”

A questão ora trazida a debate insere-se, portanto, dentro de uma grande temática, qual seja, a da possibilidade de atribuição do poder de polícia, em todas as competências nas quais ele se manifesta, a entidades privadas. Nada obstante, compreendo que o próprio reconhecimento da repercussão geral da matéria operou um recorte necessário – a fim de não majorar as complexidades envolvidas nesse grande tema e não discutidas

pelas partes nos autos – cingindo-se a discussão à **possibilidade de aplicação de multa de trânsito por sociedade de economia mista** .

Peço vênia ao Eminentíssimo Relator, pois especialmente neste ponto divirjo da tese proposta. Saúdo e o cumprimento pelo voto prolatado, mas tenho uma divergência parcial quanto a fixação da tese, pois entendo fundamental que esta explicitamente o recorte da definição do tema de repercussão geral: cingir-se ao âmbito de aplicação de multas de trânsito.

A competência para fiscalização e sanção em matéria de trânsito é conferida pelo Código de Trânsito Brasileiro aos entes municipais, nas seguintes hipóteses:

“Art. 24. Compete aos órgãos e entidades executivos de trânsito dos Municípios, no âmbito de sua circunscrição:

I - cumprir e fazer cumprir a legislação e as normas de trânsito, no âmbito de suas atribuições;

II - planejar, projetar, regulamentar e operar o trânsito de veículos, de pedestres e de animais, e promover o desenvolvimento da circulação e da segurança de ciclistas;

III - implantar, manter e operar o sistema de sinalização, os dispositivos e os equipamentos de controle viário;

IV - coletar dados estatísticos e elaborar estudos sobre os acidentes de trânsito e suas causas;

V - estabelecer, em conjunto com os órgãos de polícia ostensiva de trânsito, as diretrizes para o policiamento ostensivo de trânsito;

VI - **executar a fiscalização de trânsito em vias terrestres, edificações de uso público e edificações privadas de uso coletivo, autuar e aplicar as medidas administrativas cabíveis e as penalidades de advertência por escrito e multa, por infrações de circulação, estacionamento e parada previstas neste Código, no exercício regular do poder de polícia de trânsito, notificando os infratores e arrecadando as multas que aplicar, exercendo iguais atribuições no âmbito de edificações privadas de uso coletivo, somente para infrações de uso de vagas reservadas em estacionamentos ;**

VII - **aplicar as penalidades de advertência por escrito e multa, por infrações de circulação, estacionamento e parada previstas neste Código, notificando os infratores e arrecadando as multas que aplicar ;**

VIII - **fiscalizar, autuar e aplicar as penalidades e medidas administrativas cabíveis relativas a infrações por excesso de peso, dimensões e lotação dos veículos, bem como notificar e arrecadar as multas que aplicar ;**

IX - **fiscalizar o cumprimento da norma contida no art. 95, aplicando as penalidades e arrecadando as multas nele previstas ;**

X - implantar, manter e operar sistema de estacionamento rotativo pago nas vias;

XI - arrecadar valores provenientes de estada e remoção de veículos e objetos, e escolta de veículos de cargas superdimensionadas ou perigosas;

XII - credenciar os serviços de escolta, fiscalizar e adotar medidas de segurança relativas aos serviços de remoção de veículos, escolta e transporte de carga indivisível;

XIII - integrar-se a outros órgãos e entidades do Sistema Nacional de Trânsito para fins de arrecadação e compensação de multas impostas na área de sua competência, com vistas à unificação do licenciamento, à simplificação e à celeridade das transferências de veículos e de prontuários dos condutores de uma para outra unidade da Federação;

XIV - implantar as medidas da Política Nacional de Trânsito e do Programa Nacional de Trânsito;

XV - promover e participar de projetos e programas de educação e segurança de trânsito de acordo com as diretrizes estabelecidas pelo CONTRAN;

XVI - planejar e implantar medidas para redução da circulação de veículos e reorientação do tráfego, com o objetivo de diminuir a emissão global de poluentes;

XVII - **registrar e licenciar, na forma da legislação, veículos de tração e propulsão humana e de tração animal, fiscalizando, autuando, aplicando penalidades e arrecadando multas decorrentes de infrações** ;

XVIII - conceder autorização para conduzir veículos de propulsão humana e de tração animal;

XIX - articular-se com os demais órgãos do Sistema Nacional de Trânsito no Estado, sob coordenação do respectivo CETRAN;

XX - fiscalizar o nível de emissão de poluentes e ruído produzidos pelos veículos automotores ou pela sua carga, de acordo com o estabelecido no art. 66, além de dar apoio às ações específicas de órgão ambiental local, quando solicitado;

XXI - vistoriar veículos que necessitem de autorização especial para transitar e estabelecer os requisitos técnicos a serem observados para a circulação desses veículos.

§ 1º As competências relativas a órgão ou entidade municipal serão exercidas no Distrito Federal por seu órgão ou entidade executivos de trânsito.

§ 2º Para exercer as competências estabelecidas neste artigo, os Municípios deverão integrar-se ao Sistema Nacional de Trânsito, conforme previsto no art. 333 deste Código.”

Sustenta a BHTRANS em seu recurso que o Município de Belo Horizonte, no uso de sua competência em matéria de trânsito, optou, dentro de sua discricionariedade administrativa, por descentralizar as funções referentes à organização de trânsito na cidade, instituindo uma sociedade de economia mista, da qual detém 98% (noventa e oito por cento) do capital, por meio da Lei Municipal 5953/1991. Afirma, ademais, que a delegação dessas competências está de acordo com as disposições contidas nos artigos 30, I e V, e 175 da Constituição da República, inexistindo a ilegalidade apontada pelo acórdão recorrido, sendo plenamente possível que o ente competente delegue o poder de polícia a essas entidades.

De fato, a BHTRANS foi instituída pelo Poder Público Municipal, com as seguintes competências:

“Art. 2º. A BHTRANS terá por finalidade planejar, organizar, dirigir, coordenar, executar, delegar e controlar a prestação de serviços públicos relativos a transporte coletivo e individual de passageiros, tráfego, trânsito e sistema viário, respeitadas a legislação federal e a estadual pertinentes, bem como o planejamento urbano do Município.”

Assim como no Município de Belo Horizonte, outras cidades também optaram pela criação de pessoas jurídicas de direito privado para o exercício das funções referentes à organização do sistema de trânsito municipal.

Como referidas entidades consistem em pessoas jurídicas constituídas sob a forma de sociedades de economia mista prestadoras de serviço público em regime de exclusividade e sem previsão legal de distribuição de lucros entre seus acionistas, enquadram-se como verdadeiros braços estatais para a consecução de finalidades públicas, as quais esta Corte já reconheceu posição diferenciada frente ao ordenamento jurídico:

“Arguição de descumprimento de preceito fundamental. 2. Ato lesivo fundado em decisões de primeiro e de segundo grau do Tribunal Regional do Trabalho da 22ª Região que determinaram bloqueio, penhora e liberação de valores oriundos da conta única do Estado do Piauí, para pagamento de verbas trabalhistas de empregados da Empresa de Gestão de Recursos do Estado do Piauí S/A (EMGERPI). 3. Conversão da análise do pedido de medida cautelar em julgamento de mérito. Ação devidamente instruída. Possibilidade.

Precedentes. 4. É aplicável o regime dos precatórios às sociedades de economia mista prestadoras de serviço público próprio do Estado e de natureza não concorrencial. Precedentes. 5. Ofensa aos princípios constitucionais do sistema financeiro e orçamentário, em especial ao da legalidade orçamentária (art. 167, VI, da CF), aos princípios da independência e da harmonia entre os Poderes (art. 2º da CF) e ao regime constitucional dos precatórios (art. 100 da CF). 6. Arguição de descumprimento de preceito fundamental julgada procedente.”

(ADPF 387, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 23/03/2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-244 DIVULG 24-10-2017 PUBLIC 25-10-2017)

“EMENTA Agravo regimental no recurso extraordinário. Constitucional. Sociedade de economia mista. Regime de precatório. Possibilidade. Prestação de serviço público próprio do Estado. Natureza não concorrencial. Precedentes. 1. A jurisprudência da Suprema Corte é no sentido da aplicabilidade do regime de precatório às sociedades de economia mista prestadoras de serviço público próprio do Estado e de natureza não concorrencial. 2. A CASAL, sociedade de economia mista prestadora de serviços de abastecimento de água e saneamento no Estado do Alagoas, presta serviço público primário e em regime de exclusividade, o qual corresponde à própria atuação do estado, haja vista não visar à obtenção de lucro e deter capital social majoritariamente estatal. Precedentes. 3. Agravo regimental não provido.”

(RE 852302 AgR, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, julgado em 15/12/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-037 DIVULG 26-02-2016 PUBLIC 29-02-2016)

“E M E N T A: INFRAERO - EMPRESA PÚBLICA FEDERAL VOCACIONADA A EXECUTAR, COMO ATIVIDADE-FIM, EM FUNÇÃO DE SUA ESPECÍFICA DESTINAÇÃO INSTITUCIONAL, SERVIÇOS DE INFRA-ESTRUTURA AEROPORTUÁRIA - MATÉRIA SOB RESERVA CONSTITUCIONAL DE MONOPÓLIO ESTATAL (CF, ART. 21, XII, "C") - POSSIBILIDADE DE A UNIÃO FEDERAL OUTORGAR, POR LEI, A UMA EMPRESA GOVERNAMENTAL, O EXERCÍCIO DESSE ENCARGO, SEM QUE ESTE PERCA O ATRIBUTO DE ESTATALIDADE QUE LHE É PRÓPRIO - OPÇÃO CONSTITUCIONALMENTE LEGÍTIMA - CRIAÇÃO DA INFRAERO COMO INSTRUMENTALIDADE ADMINISTRATIVA DA UNIÃO FEDERAL, INCUMBIDA, NESSA CONDIÇÃO INSTITUCIONAL, DE EXECUTAR TÍPICO SERVIÇO PÚBLICO (LEI Nº 5.862/1972) - CONSEQÜENTE EXTENSÃO, A ESSA EMPRESA PÚBLICA, EM MATÉRIA DE IMPOSTOS, DA PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL FUNDADA NA GARANTIA DA IMUNIDADE TRIBUTÁRIA RECÍPROCA (CF, ART. 150, VI, "A") - O ALTO SIGNIFICADO POLÍTICO-JURÍDICO DESSA GARANTIA CONSTITUCIONAL,

QUE TRADUZ UMA DAS PROJEÇÕES CONCRETIZADORAS DO POSTULADO DA FEDERAÇÃO - IMUNIDADE TRIBUTÁRIA DA INFRAERO, EM FACE DO ISS, QUANTO ÀS ATIVIDADES EXECUTADAS NO DESEMPENHO DO ENCARGO, QUE, A ELA OUTORGADO, FOI DEFERIDO, CONSTITUCIONALMENTE, À UNIÃO FEDERAL - DOCTRINA - JURISPRUDÊNCIA - PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - AGRAVO IMPROVIDO. - A INFRAERO, que é empresa pública, executa, como atividade-fim, em regime de monopólio, serviços de infra-estrutura aeroportuária constitucionalmente outorgados à União Federal, qualificando-se, em razão de sua específica destinação institucional, como entidade delegatária dos serviços públicos a que se refere o art. 21, inciso XII, alínea "c", da Lei Fundamental, o que exclui essa empresa governamental, em matéria de impostos, por efeito da imunidade tributária recíproca (CF, art. 150, VI, "a"), do poder de tributar dos entes políticos em geral. Conseqüente inexigibilidade, por parte do Município tributante, do ISS referente às atividades executadas pela INFRAERO na prestação dos serviços públicos de infra-estrutura aeroportuária e daquelas necessárias à realização dessa atividade-fim. O ALTO SIGNIFICADO POLÍTICO-JURÍDICO DA IMUNIDADE TRIBUTÁRIA RECÍPROCA, QUE REPRESENTA VERDADEIRA GARANTIA INSTITUCIONAL DE PRESERVAÇÃO DO SISTEMA FEDERATIVO. DOCTRINA. PRECEDENTES DO STF. INAPLICABILIDADE, À INFRAERO, DA REGRA INSCRITA NO ART. 150, § 3º, DA CONSTITUIÇÃO. - A submissão ao regime jurídico das empresas do setor privado, inclusive quanto aos direitos e obrigações tributárias, somente se justifica, como consectário natural do postulado da livre concorrência (CF, art. 170, IV), se e quando as empresas governamentais explorarem atividade econômica em sentido estrito, não se aplicando, por isso mesmo, a disciplina prevista no art. 173, § 1º, da Constituição, às empresas públicas (caso da INFRAERO), às sociedades de economia mista e às suas subsidiárias que se qualifiquem como delegatárias de serviços públicos."

(RE 363412 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 07/08/2007, DJe-177 DIVULG 18-09-2008 PUBLIC 19-09-2008 EMENT VOL-02333-03 PP-00611 RTJ VOL-00206-01 PP-00407)

A essa espécie de entes da Administração Indireta, portanto, o Supremo Tribunal Federal já reconheceu ser inaplicável a disciplina do §1º do artigo 173 da Constituição Federal, pois não se equiparam a empresas do setor privado, por exercerem atividades de delegatárias de serviços públicos, incidindo, portanto, o disposto no artigo 175 da Carta da República, *in verbis* :

“Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

Parágrafo único. A lei disporá sobre:

I - o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão;

II - os direitos dos usuários;

III - política tarifária;

IV - a obrigação de manter serviço adequado.”

É no artigo 175 da Constituição da República que há de ser buscado o fundamento de validade para solver a questão acerca da possibilidade de delegação do poder de polícia, ora traduzido como de fiscalização e sanção, às sociedades de economia mista prestadoras de serviço público.

E, ao analisar o dispositivo em comento, não depreendo nele residir qualquer vedação à hipótese que ora se analisa.

A doutrina administrativista define o poder de polícia administrativa como sendo “ *a competência para disciplinar o exercício da autonomia privada para a realização de direitos fundamentais e da democracia, segundo os princípios da legalidade e da proporcionalidade* ” (JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de direito administrativo. 13.ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 497).

Trata-se, portanto, de competência para limitar o exercício de direitos e liberdades dos particulares, em prol da concretização de direitos fundamentais e do Estado Democrático de Direito, dentro de parâmetros claramente estabelecidos pela lei.

Considerando, portanto, a gravidade ínsita ao poder de limitar direitos, parcela considerável da doutrina administrativista brasileira compreende ser indelegáveis as atribuições de poder de polícia que signifiquem a transferência do *locus* decisório e do sancionamento a particulares.

Como resume Luis Manuel Fonseca Pires:

“Carlos Ari Sundfeld defende a possibilidade de descentralização do poder de autoridade para pessoas jurídicas de direito público,

como as autarquias e as fundações públicas, e ainda admite a delegação por meio de convênios entre entes estatais, a exemplo de uma parceria do Estado com um dos seus municípios; sustenta ainda ser possível a delegação a empresas estatais da capacidade de editar atos imperativos porque não vislumbra impedimento que o “poder de polícia” seja praticado também por empregados públicos e não apenas por agentes submetidos ao regime estatutário.

Para Juarez Freitas o “poder de polícia” em si é privativo do Poder Público, por isso, indelegável; o que admite é a delegação de “atos ‘mediatamente’ de polícia ou ‘instrumentais’, não-inerentemente estatais, sobretudo nas relações de parceria público-privada (‘PPP’), sem qualquer ofensa à mencionada indelegabilidade”. De modo similar é o que diz Diógenes Gasparini; e ainda José Roberto Pimenta Oliveira, em estudo específico sobre os presídios, ao recusar a possibilidade de delegação do “poder de polícia” no que diz respeito ao conteúdo jurídico dos atos normativos que o exteriorizam.

Celso Antônio Bandeira de Mello contempla no “poder de polícia” a prática de atos preventivos (autorizações e licenças), fiscalizadores (inspeções, vistorias e exames) e repressivos (multas, embargos, interdição de atividade e apreensões). Prossegue para distinguir os *atos jurídicos* que expressam o poder estatal, os atos de autoridade pública, e não podem, salvo excepcionalmente, ser delegados a particulares, dos que considera serem passíveis de delegação, apenas as *atividades materiais* que instrumentalizam o “poder de polícia”: a) *atividades materiais precedentes* à expedição de ato jurídico, a exemplo dos equipamentos que captam imagens de veículos em velocidade superior à permitida para um local; b) *atividades materiais sucessivas* ao ato jurídico, como a demolição de um prédio que ameaça ruir; e c) *atividades materiais contemporâneas* à expedição de ato jurídico, o que se exemplifica com os aparelhos de empresa particular contratada que servem como parquímetros em regiões centrais da cidade.” (PIRES, Luis Manuel Fonseca. Sobre a delegação do “poder de polícia”. *Revista Brasileira de Direito Municipal – RBDM*, Belo Horizonte, ano 15, n. 53, jul./set. 2014, p. 101-102).

De outro lado, no entanto, há doutrinadores que consideram ser necessário, diante dos desafios contemporâneos, admitir a delegação de grande parcela desse poder limitador a outros entes, em ganho de eficiência e produtividade na consecução dos fins estatais, sem prejuízo da responsabilidade e do controle majorado exercido pela Administração Pública.

Nas palavras de Marçal Justen Filho:

“A recondução do instituto do poder de polícia ao conceito de competência administrativa, a delimitação crescente da discricionariedade e a submissão dos poderes estatais a controles cada vez mais intensos alteraram radicalmente esse cenário. Se as atribuições de poder de polícia podem ser objeto de controle (inclusive pelo Poder Judiciário), segundo critérios razoavelmente objetivos, o seu exercício por um sujeito privado torna-se plenamente aceitável. Ou seja, a submissão do exercício do poder de polícia a controles definidos permite a sua delegação a sujeitos privados. Qualquer desvio ou irregularidade no exercício do poder de polícia autorizará medidas de defesa dos interesses violados. É indiferente, então, a identidade do sujeito que exercita o poder de polícia. A disciplina jurídica será a mesma, independentemente de que o poder de polícia seja exercido pelo Estado ou por um particular delegatário” (JUSTEN FILHO, Marçal. *Ob. cit.*, p. 511).

E, de fato, analisando as circunstâncias trazidas ao debate no presente feito, entendo não subsistir razões para impedir que sociedade de economia mista instituída para a prestação de serviço público em regime de exclusividade não possa desempenhar as tarefas de fiscalização e sanção no que concerne à ordenação do trânsito municipal.

É certo que esta Corte decidiu, no precedente formado na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1717, ser indelegável o poder de polícia a particulares, como se depreende da ementa a seguir citada:

“EMENTA: DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 58 E SEUS PARÁGRAFOS DA LEI FEDERAL Nº 9.649, DE 27.05.1998, QUE TRATAM DOS SERVIÇOS DE FISCALIZAÇÃO DE PROFISSÕES REGULAMENTADAS. 1. Estando prejudicada a Ação, quanto ao § 3º do art. 58 da Lei nº 9.649, de 27.05.1998, como já decidiu o Plenário, quando apreciou o pedido de medida cautelar, a Ação Direta é julgada procedente, quanto ao mais, declarando-se a inconstitucionalidade do "caput" e dos § 1º, 2º, 4º, 5º, 6º, 7º e 8º do mesmo art. 58. 2. 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, no que concerne ao exercício de atividades profissionais regulamentadas, como ocorre com os dispositivos impugnados. 3. Decisão unânime.”

(ADI 1717, Relator(a): Min. SYDNEY SANCHES, Tribunal Pleno, julgado em 07/11/2002, DJ 28-03-2003 PP-00063 EMENT VOL-02104-01 PP-00149)

Nada obstante, esse entendimento, aplicável aos conselhos de fiscalização profissional, não parece conter elementos que permitam espriá-lo a hipóteses distintas, como o caso da delegação do poder de polícia a entidades integrantes da Administração Pública Indireta e que atuam, inequivocamente, como verdadeira *longa manus* do Estado, criadas especificamente para o desempenho de serviços públicos.

Mesmo a questão da “sanha arrecadatória” é resolvida pelo disposto no artigo 320 do Código de Trânsito Brasileiro, que vincula expressamente o montante arrecadado com as multas de trânsito às finalidades ali expostas:

“Art. 320. A receita arrecadada com a cobrança das multas de trânsito será aplicada, exclusivamente, em sinalização, engenharia de tráfego, de campo, policiamento, fiscalização e educação de trânsito.

§ 1º O percentual de cinco por cento do valor das multas de trânsito arrecadadas será depositado, mensalmente, na conta de fundo de âmbito nacional destinado à segurança e educação de trânsito.

2º O órgão responsável deverá publicar, anualmente, na rede mundial de computadores (internet), dados sobre a receita arrecadada com a cobrança de multas de trânsito e sua destinação.”

Finalmente, nem o argumento de que o artigo 175 permite apenas a delegação do serviço público, mas não do poder de polícia. De fato, o momento atual não permite uma separação absoluta entre as atividades, mas exige uma conjugação entre ambas para a consecução das finalidades estatais, quais sejam a concretização dos direitos fundamentais e da democracia. É dizer, “ *a restrição à autonomia privada para realização da ordem pública é vinculada aos mesmos valores inerentes ao serviço público, consistente na promoção dos direitos fundamentais. Serviço público e poder de polícia refletem vias diversas orientadas aos mesmos fins* ” (JUSTEN FILHO, Marçal. *Ob. cit.*, p. 505).

No entanto, é necessário, por se tratar de limitações ao exercício de direitos e liberdades pelos cidadãos, que todos os elementos referentes às sanções venham previstos em **lei formal**, inclusive no que concerne à

expressa delegação do poder sancionatório para aplicação de multas pelas sociedades de economia mista, em concretização às normas contidas nos artigos 5º, II e 37, XIX, da Constituição da República.

Assim, compreendo inexistir vedação constitucional para a delegação do poder fiscalizador e sancionatório, em matéria de trânsito, a sociedades de economia mista, criadas especificamente para esse fim.

Portanto, **manifesto-me pela aprovação de tese no sentido de ser possível a delegação da atividade de fiscalização e aplicação de multas de trânsito a sociedades de economia mista, por meio da regular descentralização administrativa, desde que todos os seus contornos estejam previstos por lei.**

No que concerne ao recurso extraordinário ora em análise, compreendo que a ausência de previsão da delegação do poder sancionatório por meio de lei formal impede o provimento do apelo por fundamento diverso daquele adotado pela Corte de origem.

De fato, como citei acima, a lei criadora da BHTRANS transfere à sociedade a atribuição fiscalizatória, mas a competência para aplicação de multas adveio apenas por meio do Decreto Municipal nº 10.941/2002.

Assim, ausente lei formal a amparar a delegação válida da atividade de aplicar sanções de trânsito, divirjo do Ilustre Relator e voto pelo desprovimento do recurso extraordinário interposto pela Empresa de Transporte e Trânsito de Belo Horizonte – BHTRANS e pela delimitação do âmbito da tese à aplicação de multas de trânsito.

É como voto.