

VOTO

O Senhor Ministro Luiz Fux (Relator): Senhor Presidente, egrégio Plenário, ilustre representante do Ministério Público, senhores advogados presentes.

O Plenário deste Supremo Tribunal reconheceu repercussão geral ao *thema decidendum*, veiculado nos autos destes Recursos Extraordinários, referentes à definição da compatibilidade constitucional da delegação do poder de polícia administrativa a pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público integrantes da Administração Pública indireta.

I. Preliminares

Da admissibilidade dos recursos extraordinários

Ab initio, verifico que os autos em análise albergam dois recursos extraordinários, o primeiro interposto pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais e o segundo interposto pela Empresa de Transporte e Trânsito de Belo Horizonte - BHTRANS.

O Recurso Extraordinário interposto pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais impugna acórdão originário proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais no julgamento da Apelação Cível 1.0024.10.112.860-1/001, que assentou a possibilidade de delegação do Poder de Polícia Estatal para a Empresa de Transporte e Trânsito de Belo Horizonte - BHTRANS, entidade constituída sob a forma de sociedade de economia mista (e-Doc. 10, p. 191 – 204). O acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais restou assim ementado:

“ ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA BHTRANS. PODER DE POLÍCIA. FISCALIZAR O TRÂNSITO E IMPOR SANÇÕES. COMPETÊNCIA LEGISLATIVA SUPLEMENTAR. VALIDADE MATÉRIA DE INTERESSE LOCAL QUE PODE SER REGULAMENTADA PELA MUNICIPALIDADE.

A Empresa de Transporte e Trânsito de Belo Horizonte (BHTrans), criada com o objetivo de gerenciar o trânsito local, tem competência

para aplicar multa aos infratores de trânsito, nos termos do art. 24, do Código Nacional de Trânsito. Sendo o poder de polícia inerente à Administração Pública e recebendo o agente de trânsito delegação da autoridade competente para agir dentro dos limites da jurisdição do município, extrai-se que este possui o poder-dever de aplicar as multas cabíveis ao ato infracional em concreto, sob pena de sua atuação, ao final, revelar-se inócua.” (TJMG , Apelação Cível 1.0024.04.353035-1/001, Relator Desembargador Edilson Fernandes) (e-Doc. 10, p. 191).

Contra este acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, o Ministério Público do mesmo Estado interpôs, **concomitantemente**, recurso especial (e-Doc. 11, p. 18 – 44) e recurso extraordinário (e-Doc. 11, p. 46 – 73).

O Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais **admitiu ambos os recursos** interpostos pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais, tanto o especial (e-Doc. 11, p. 131-133) quanto o extraordinário (e-Doc. 11, p. 134-136).

Na sequência, a Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) deu provimento ao recurso especial interposto pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais (e-Doc. 11, p. 163-175). Posteriormente, a Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça acolheu parcialmente os embargos de declaração opostos pela Empresa de Transporte e Trânsito de Belo Horizonte - BHTRANS, com efeitos modificativos, e deu parcial provimento ao recurso especial (e-Doc. 11, p. 234-236).

Nesse contexto, importa lembrar que o âmbito de atuação do STJ e do STF no julgamento dos recursos especial e extraordinário é absolutamente autônomo, circunscrevendo-se o primeiro à uniformidade de interpretação do direito infraconstitucional e o segundo do direito constitucional. Destarte, conhecido o recurso especial e julgado o mérito do recurso, a decisão substitui o acórdão recorrido **apenas** na medida do que foi objeto da decisão, ou seja, na parte infraconstitucional (efeito substitutivo do art. 512 do CPC), restando para o STF examinar a lide no âmbito constitucional.

Nesse prisma, o Recurso Extraordinário interposto pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais merece ser conhecido, porquanto ainda

pendente a análise do acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais sob a ótica constitucional. Ressalto, ainda, que esse recurso, apesar de não veicular preliminar formal de repercussão geral, foi protocolado em 9 de novembro de 2005, data anterior à entrada em vigor da Emenda Regimental nº 21/07 ao RISTF (3 de maio de 2007), que estabeleceu as normas necessárias à execução das disposições legais e constitucionais sobre o novo instituto (QO-AI 664.567, Min. Sepúlveda Pertence). Conclui-se, assim, que o Recurso Extraordinário interposto pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais observa todos os pressupostos de recorribilidade, incluindo o da tempestividade, prequestionamento, legitimidade e o do interesse recursal, além do indispensável reconhecimento da repercussão geral da matéria pelo Plenário Virtual desta Corte (Tema 532).

A seu turno, o Recurso Extraordinário interposto pela Empresa de Transporte e Trânsito de Belo Horizonte – BHTRANS impugna acórdão proferido pela Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça em sede de Embargos de Declaração no Recurso Especial. No julgamento, o STJ acolheu parcialmente os embargos de declaração, com efeitos modificativos, para dar parcial provimento ao recurso especial, assentando que é vedada à BHTRANS a imposição de sanções, facultado, no entanto, o exercício do poder de polícia no seu aspecto fiscalizatório. Da análise dos autos, consigna-se que também o Recurso Extraordinário interposto pela Empresa de Transporte e Trânsito de Belo Horizonte – BHTRANS preenche todos os demais requisitos de admissibilidade do presente recurso, notadamente o da tempestividade, prequestionamento, legitimidade e o do interesse recursal, além do indispensável reconhecimento da repercussão geral da matéria pelo Plenário Virtual desta Corte (Tema 532).

Violação do direito à prestação jurisdicional adequada

Preliminarmente, o apelo extremo interposto pela Empresa de Transporte e Trânsito de Belo Horizonte – BHTRANS sustenta violação aos artigos 5º, XXXV, e 93, IX, da Constituição, uma vez que a temática alusiva à composição acionária da Empresa de Transporte e Trânsito de Belo Horizonte – BHTRANS não teria sido considerada pelo Superior Tribunal de Justiça, de modo que restaria prejudicada a tese de que o poder de polícia não estaria sendo exercido, *in casu*, por particulares.

Não assiste razão à recorrente.

Da análise do *decisum* da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, não entrevejo ofensa ao tecido constitucional, seja pela negativa de prestação jurisdicional ou pela ausência de fundamentação. O acórdão solucionou o caso concreto nos limites jurisdicionais conferidos àquela Corte.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é firme no sentido de que o princípio da fundamentação das decisões não obriga o órgão julgador a responder a todas as questões suscitadas pelas partes, mas somente àquelas que sejam suficientes para motivar o seu convencimento.

Afasto, pois, a preliminar.

Usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal

A recorrente, ainda em sede preliminar, aduz a tese de usurpação de competência por parte do Superior Tribunal de Justiça. Isso porque o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais teria julgado válida a delegação da atividade de controle de trânsito à Empresa de Transportes e Trânsito de Belo Horizonte S/A - BHTRANS com base em lei ordinária municipal. Assim, a análise da compatibilidade entre lei local e lei federal revelaria competência do Supremo Tribunal Federal, nos termos do artigo 102, inciso III, *d*, da Constituição.

Não assiste razão à recorrente.

A questão foi apreciada pelo Superior Tribunal de Justiça e a tese de usurpação de competência foi afastada por aquele Tribunal.

Na origem, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais não julgou válida lei local contestada em face de lei federal, mas concluiu que, pela redação da Lei Municipal 5.953/91, o Município de Belo Horizonte poderia delegar poderes de polícia administrativa à Empresa de Transportes e Trânsito de

Belo Horizonte S/A - BHTRANS. E o fez com fundamento em disposições locais, federais e constitucionais sem, contudo, julgar válida lei local contestada em face de lei federal.

O Superior Tribunal de Justiça, por sua vez, ao apreciar a matéria, também não estabeleceu que a lei específica de delegação era válida em face de lei federal. Ao analisar a possibilidade jurídica de delegação de poder de polícia a entidade de direito privado, a Corte julgou a questão sob a perspectiva infraconstitucional, com base no artigo 105, inciso III, alínea a da Constituição de 1988.

A alínea d, inciso III, artigo 102 da Constituição exige, para atração da competência do Supremo Tribunal Federal, declaração expressa da validade de lei local contestada em face de lei federal, o que, *in casu*, não se verifica.

Afasto, pois, a preliminar.

Da questão constitucional

A controvérsia *sub examine* consiste na apreciação da constitucionalidade da delegação do exercício de poder de polícia a pessoas jurídicas de direito privado integrantes da Administração Pública indireta.

A *vexata quaestio* ora submetida à apreciação deste Plenário gravita em torno de um dos temas mais sensíveis do Direito Administrativo contemporâneo, objeto de ampla reflexão doutrinária, acadêmica e jurisprudencial. Isso porque a indispensável definição acerca da possibilidade do exercício do poder de polícia administrativa por pessoas jurídicas de direito privado integrantes da Administração Pública indireta impõe a análise detida das mais variadas visões existentes na doutrina e prática jurídica brasileira.

A repercussão geral do tema decorre, pois, da necessidade de estabilização da interpretação dos dispositivos constitucionais afetos ao tema, de modo a fixar, objetivamente, tese sobre a viabilidade, ou não, de

delegação da atividade de polícia administrativa a pessoas jurídicas de direito privado integrantes da Administração Pública indireta, a ser replicada nos tribunais do país.

Nesse contexto, rememoro que esta Corte já se manifestou sobre a questão relativa à delegação de poder de polícia administrativa a entidades privadas no julgamento da ADI 1.717, de relatoria do Ministro Sydney Sanches. Naquela oportunidade, o Pleno do Tribunal concluiu pela *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*, em acórdão que veiculou a seguinte 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 .” (STF, ADI 1717, Relator Min. Sydney Sanches, Tribunal Pleno, julgado em 7/11/2002, DJ 28/3/2003)

O Superior Tribunal de Justiça, no julgamento que deu origem ao presente Recurso Extraordinário, prestigiou a tese de que somente os atos relativos ao consentimento e à fiscalização são delegáveis, seguindo o entendimento de que aqueles referentes à legislação e à sanção derivam do poder de coerção do Poder Público, este indelegável às pessoas jurídicas de direito privado. (STJ, EDcl no REsp 817.534/MG, Rel. Ministro Mauro

Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 25/5/2010, DJe 16/6/2010; e REsp. 817.534/MG, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 10/11/2009, DJe 10/12/2009.

No âmbito doutrinário, apesar de a maioria dos administrativistas sustentar a indelegabilidade do poder de polícia a entes privados, o cenário é de entendimentos díspares.

Assim, ao decidir pela tese de que somente os atos relativos ao *consentimento* e à *fiscalização* são delegáveis – na medida em que os referentes à *legislação* e à *sanção* derivam do poder de coerção do Poder Público, manifestações indelegáveis às pessoas jurídicas de direito privado –, o Superior Tribunal de Justiça adotou interpretação que merece análise detida por esta Suprema Corte, à luz das disposições do texto constitucional.

Nesse contexto, depreende-se que a questão constitucional ultrapassa os interesses das partes e é relevante do ponto de vista econômico, político, social e jurídico. Trata-se, pois, de temática sensível no âmbito do Direito Administrativo e Constitucional contemporâneo com ressonância em inúmeros feitos, o que impõe a sua análise sob a sistemática da repercussão geral.

II. Mérito

A *quaestio iuris* submetida a julgamento consiste na definição, por esta Corte, da compatibilidade constitucional de delegação da atividade de polícia administrativa a pessoas jurídicas de direito privado integrantes da Administração Pública indireta.

Para a análise da matéria *sub judice*, é indispensável, *ab initio*, a fixação de algumas premissas teóricas e a realização de um recorte teórico. A controvérsia posta em julgamento se restringe à aferição da compatibilidade constitucional da delegação do poder de polícia administrativa a pessoas jurídicas de direito privado integrantes da Administração Pública indireta. O caso concreto tem por objeto delegação conferida à sociedade de economia mista municipal. A matéria afetada, portanto, a este julgamento, em repercussão geral, não se estende a pessoas

físicas ou jurídicas desvinculadas da Administração Pública. A possibilidade de delegação do poder de polícia a particulares não é, portanto, tema destes autos.

Para adequada apreciação da *vexata quaestio*, o exame do mérito foi dividido em três partes. Na primeira, são estabelecidos os principais pressupostos teóricos para o regular exercício do poder de polícia. Prosseguindo, na segunda parte, é colacionada a jurisprudência desta Corte acerca do regime jurídico das empresas públicas e sociedades de economia mista prestadoras de serviço público em regime não concorrencial. E, por fim, na última parte, a delegação da atividade de polícia administrativa propriamente dita é examinada.

Passo à análise do mérito.

II.1. O Poder de Polícia no Direito Administrativo Contemporâneo

A conceituação exata do termo *poder de polícia*, em razão de sua complexidade e constante transformação, é tema e amplamente debatido pela doutrina pátria. Sem a pretensão de esgotamento da matéria, cabe, aqui, uma incursão breve e utilitária na definição, com a exclusiva finalidade de estabelecer os subsídios necessários ao julgamento do *thema decidendum*.

Etimologicamente, a palavra *polícia* decorre do grego *politeia* e do latim *politia*, termos que traduziam a ideia de administração das cidades, gestão da *polis*. Como se vê, o termo polícia se relaciona, intimamente, com a administração do Estado. De acordo com **DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO**:

*foi com essa acepção geral, de **administração**, que o vocábulo se manteve até o final da Idade Média, difundindo-se o seu uso nos idiomas do romance, até que, sob o influxo das ideias liberais germinadas no século XVIII, concentrou-se o seu significado para a designação das **atividades do Estado limitativas e condicionadoras***

das liberdades individuais. (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo* . Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 437). (Grifamos)

Em sua acepção histórica, apesar da raiz etimológica comum, o termo *política* se diferencia da expressão *polícia* . Na lição de **GUSTAVO BINENBOJM** :

A política significava viver na polis, isto é, estar submetido a uma forma de governo de membros autônomos e iguais, na qual as questões de interesse comum eram resolvidas mediante recurso às palavras e à persuasão, e não por meio da força e da violência. (...)

A polícia, a seu turno, designava um modo distinto de governança, de natureza pré-política, aplicável à vida fora da polis, ou seja, à vida da casa e da família, na qual o patriarca - o pater familias - comandava seus subordinados com poderes despóticos e incontestáveis. A função do patriarca era chefiar a família e zelar pela maximização do seu bem-estar e prosperidade. (Poder de Polícia, ordenação, regulação: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador . Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 27)

Com a evolução dos tempos, a expressão “ *poder de polícia*” passou a ser utilizada para designar propriamente uma prerrogativa estatal a partir dos regimes absolutistas europeus. Assevera **GUSTAVO BINENBOJM** que “ *o Estado absoluto é denominado Estado de Polícia precisamente porque o poder de polícia passa nele a designar a integralidade da ação estatal (...)*” (*Poder de Polícia, ordenação, regulação: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador* . Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 29).

A compreensão do poder de polícia é, assim, originalmente permeada por um contexto do Estado absolutista, significando, na lição de **MARCELLO CAETANO** , uma “ *atividade eminentemente discricionária, subtraída à lei e regida pelas vicissitudes e circunstâncias do bem comum e da segurança pública*” (*Manual de Direito Administrativo*. Coimbra: Almedina, 1980. V. II, p. 1147).

Em razão do ambiente histórico que envolve a matéria, surgiu, na doutrina, crítica à terminologia “ *poder de polícia*” , porquanto ela retrata

designação surgida em regime incompatível com o Estado de Direito, revelando sua inadequação em relação à sistemática atual. Comumente, são propostas novas nomenclaturas, tais como administração ordenadora, limitações administrativas à liberdade e à propriedade, dentre outras. Sobre a crítica, consigna o jurista **CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO** (*Curso de Direito Administrativo* . São Paulo: Malheiros, 30ª Edição, 2013, p. 837) que

(...) a expressão “poder de polícia” traz consigo a evolução de uma época pretérita, a do “Estado de Polícia”, que precedeu ao Estado de Direito. Traz consigo a suposição de prerrogativas dantes existentes em prol do “príncipe” e que se faz comunicar inadvertidamente ao Poder Executivo. Em suma: raciocina-se como se existisse uma “natural titularidade de poderes em prol da Administração e como se dela emanasse intrinsecamente, fruto de um abstrato “poder de polícia”.

A crítica dos inconvenientes desta expressão foi admiravelmente bem-feita por Agustín Gordillo, a quem hoje damos razão e segundo quem melhor seria que fosse banida do vocabulário jurídico. Atualmente, na maioria dos países europeus (de que a França é marcante exceção), em geral o tema é tratado sob a titulação “limitações administrativas à liberdade e à propriedade”, e não mais sob o rótulo de “poder de polícia”.

Nos Estados Unidos, por sua vez, a concepção do lá denominado *police power* se ateu ao exercício da função legislativa, de modo que, segundo a percepção de **CAIO TÁCITO** :

*a expressão **police power** surge, pela primeira vez, em 1827, utilizada por Marshall no caso **Brown v. Maryland** , voltando, dez anos mais tarde, a ser usada no caso **Mayor of New York v. Miln** , tornando-se, pouco a pouco, de emprego comum. Em uma das primeiras definições, no caso **Commonwealth v. Alger** (1853), dizia o Chief Justice Shaw, depois de aludir à relatividade dos direitos de propriedade, subordinados aos demais interesses individuais e aos da coletividade” (TÁCITO, Caio. *O Poder de Polícia e seus Limites* . Revista de Direito Administrativo, v. 27. p. 5)*

No mesmo sentido, **WESTEL WILLOUGHBY** em seu clássico *Principles of the Constitution Law of the United States* , *verbis* :

O poder a que aludimos é antes o poder da polícia, o poder investido na legislatura pela Constituição para fazer, ordenar e estabelecer todo tipo de leis, estatutos e ordenanças adequados e razoáveis, com ou sem penalidades, não repugnantes para a Constituição, como julgarão ser para o bem e bem-estar da Commonwealth, e para os destinatários da mesma. (WILLOUGHBY, Westel W. *Principles of the Constitution Law of the United States* . 2ª ed. 1935, p. 763; apud TÁCITO, Caio. *O Poder de Polícia e seus Limites* . Revista de Direito Administrativo, v. 27. p. 5)

Assim, no direito norte-americano os debates sobre o poder de polícia possuem foco no campo do Direito Constitucional, mais especificamente na esfera legislativa acerca dos limites constitucionais do poder de polícia na imposição de restrições a direitos e liberdades individuais.

No campo do Direito Administrativo da tradição francesa, por sua vez, o conceito da *police administrative* relaciona-se estritamente com a preservação da ordem pública, da segurança, da tranquilidade e da salubridade públicas. A doutrina clássica, vinculada a essa tradição francesa, preleciona que a noção de poder de polícia deveria ser compreendida como mero “ *processo negativo de manutenção da sociedade contra os excessos individualistas* ” . Nesse contexto, **OTTO MAYER** afirma que “ *o poder de polícia consiste, em suma, na ação da autoridade estatal para fazer cumprir o dever de não perturbar a boa ordem da coisa pública (gute Ordnung des Gemeinwesens)* ” (Apud TÁCITO, Caio. *O Poder de Polícia e seus Limites* . Revista de Direito Administrativo, v. 27. p. 3). Assim, o poder de polícia se resumiria no dever de *não perturbar*.

A partir de uma conceituação mais moderna, entretanto, prestigia-se uma maior extensão à compreensão do poder de polícia administrativa. Nesse sentido, **CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO** , citando **RENATO ALESSI** , reconhece ao Estado um papel mais amplo e ativo da atividade de polícia administrativa, *verbis* :

“sem desconhecer o caráter eventualmente repressivo da polícia administrativa (...) a atividade administrativa preordenada à proteção do todo social e de suas partes, mediante uma ação, ora de observação, ora de prevenção, ora de repressão contra os danos que a eles poderiam ocorrer em razão da atividade dos indivíduos (...) a atividade da Administração Pública, expressa em atos normativos ou concretos, de condicionar, com fundamento em sua supremacia geral

e na forma da lei, a liberdade e a propriedade dos indivíduos, mediante ação ora fiscalizadora, ora preventiva, ora repressiva, impondo coercitivamente aos particulares um dever de abstenção (“non facere”) a fim de conformar-lhe os comportamentos aos interesses sociais consagrados no sistema normativo”. (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 30ª Edição, 2013, p. 851 e 853).

Prosseguindo na difícil tarefa da definição do poder de polícia, **CAIO TÁCITO** nos apresenta o seguinte conceito:

“o poder de polícia é, em suma, o conjunto de atribuições concedidas à administração para disciplinar e restringir, em favor de interesse público adequado, direitos e liberdades individuais. Essa faculdade administrativa não violenta o princípio da legalidade porque é da própria essência constitucional das garantias do indivíduo a supremacia dos interesses da coletividade. Não há direito público, seja em sua formação ou em seu exercício” (TÁCITO, Caio. *O Poder de Polícia e seus Limites*. Revista de Direito Administrativo, v. 27. p. 08).

Nessa esteira, **DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO** entende que:

“o que se tinha como um “poder de polícia” deve hoje ser entendido apenas como o exercício de função reservada ao legislador, pois apenas por lei é constitucionalmente possível limitar e condicionar liberdades e direitos em tese, enquanto, distintamente, a função de polícia, como aplicação da lei, no exercício de função reservada ao administrador, pois a este cabe concretizar a incidência das limitações e condicionamentos legais nas hipóteses previstas” (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 438).

Nesse contexto, a doutrina pátria biparte o poder de polícia em sentido amplo e em sentido estrito. O magistério de **JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO** bem delimita tal diferenciação:

*“Em sentido amplo, **poder de polícia** significa toda e qualquer ação restritiva do Estado em relação aos direitos individuais. Sobreleva nesse enfoque a função do Poder Legislativo, incumbido da*

criação do ius novum, e isso porque apenas as leis, organicamente consideradas, podem delinear o perfil dos direitos elidindo ou reduzindo o seu conteúdo. É o princípio constitucional de que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” (art. 5º, II, CF).

Em sentido estrito, poder de polícia se configura como atividade administrativa, que consubstancia (...) verdadeira prerrogativa conferida aos agentes da Administração, consistente no poder de restringir e condicionar a liberdade e a propriedade.” (CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo . 31 ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 78).

Como se vê, a noção estrita de poder de polícia conferiu as bases para a definição do que, atualmente, se entende por *polícia administrativa*. Vale dizer, ainda, que função de polícia administrativa, em sua acepção estrita, não se confunde com a da polícia judiciária, atividade que, embora administrativa, relaciona-se com a preparação para atuação da jurisdição penal e é executada por órgãos de segurança pública, elencados no artigo 144 da Constituição da República.

O objeto do julgamento, como já exposto, é, por conseguinte, a aferição da compatibilidade constitucional da delegação da atividade de polícia administrativa a estatais prestadoras de serviço público.

Após essa incursão doutrinária acerca dos contornos conceituais do poder de polícia, tem-se como traço fundamental da definição a tutela do interesse público primário. O poder de polícia administrativa, portanto, ao limitar os excessos no exercício das liberdades, mostra-se como instrumento de garantia da própria liberdade e do interesse da coletividade, sem desamparar os direitos fundamentais individuais.

Sob o enfoque legislativo, a Constituição da República prevê a possibilidade de instituição de taxas em razão do exercício do poder de polícia. E a definição legal de poder de polícia também consta do disposto no artigo 78 do Código Tributário Nacional, *in verbis*:

Art. 78. *Considera-se poder de polícia atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos*

costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranqüilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos.

Parágrafo único . Considera-se regular o exercício do poder de polícia quando desempenhado pelo órgão competente nos limites da lei aplicável, com observância do processo legal e, tratando-se de atividade que a lei tenha como discricionária, sem abuso ou desvio de poder.”

A previsão normativa do poder de polícia, embora não precisa, traça os aspectos gerais relacionados às limitações de direitos e estabelece uma enumeração exemplificativa de suas manifestações.

A doutrina, por sua vez, criou a teoria do ciclo de polícia, que se desenvolve em quatro fases, cada uma correspondendo a um modo de atuação da Administração: a **ordem de polícia** , o **consentimento de polícia** , a **fiscalização de polícia** e a **sanção de polícia** . De acordo com o magistério de **DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO** (*Curso de Direito Administrativo* . Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 440/444):

A **ordem de polícia** é o **preceito legal básico** , que possibilita e inicia o **ciclo de atuação** , servindo de referência específica de **validade** e satisfazendo a **reserva constitucional** (art. 5º, II), para que **se não faça** aquilo que possa prejudicar o interesse geral ou para que **se não deixe fazer** alguma coisa que poderá evitar ulterior prejuízo público, apresentando-se, portanto, sob duas modalidades (...), em que ambos os casos, a **limitação** é o instrumento básico da atuação administrativa de polícia. Essas modalidades, referem-se, portanto, respectivamente, a **restrições** e a **condicionamentos** . (...)

O **consentimento de polícia** , em decorrência, é o ato administrativo de **anuência** que possibilita a utilização da propriedade particular ou o exercício da atividade privada, em todas as hipóteses legais em que a ordem de polícia se apresenta sob a segunda modalidade: com a **previsão de reserva de consentimento** , a provisão pela qual o legislador exige um **controle administrativo prévio** da efetiva **compatibilização do uso de certo bem ou do exercício de certa atividade com o interesse público** . (...)

Segue-se, no ciclo, a **fiscalização de polícia** , a função que se desenvolverá tanto para a verificação do **cumprimento das ordens de polícia** , e não apenas quanto à observância daquelas absolutamente vedatórias, que não admitem exceções, como para constatar se,

naquelas que foram consentidas, não ocorrem **abusos do consentimento** nas utilizações de bens e nas atividades privadas, tanto nos casos de outorga de **licenças** como de **autorizações**.

A utilidade da **fiscalização de polícia** é, portanto, dupla: porque, primeiramente, realiza a prevenção das infrações pela observação do adequado cumprimento, por parte dos administrados, das ordens e dos consentimentos de polícia; e, em segundo lugar, porque prepara a repressão das infrações pela constatação formal da existência de atos infratores. (...)

Finalmente, falhando a fiscalização preventiva, e verificada a ocorrência de infrações às ordens de polícia e às condições de consentimento, desdobra-se a fase final do **ciclo jurídico** em estudo, com a **sanção de polícia** - que vem a ser a **função pela qual se submete coercitivamente o infrator a medidas inibidoras (compulsivas) ou dissuasoras (suasivas) impostas pela Administração**.

A teoria do ciclo de polícia exsurge como um relevante marco teórico, especialmente para a análise da constitucionalidade da delegação do poder de polícia, uma vez que demonstra o desenvolvimento de sua manifestação em fases bem delimitadas.

No acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça, ora impugnado por este recurso extraordinário, a teoria do ciclo de polícia foi base para a predileção pela tese de indelegabilidade das fases de *ordem de polícia* e *sanção de polícia* à Empresa de Transportes e Trânsito de Belo Horizonte S/A - BHTRANS, ao entendimento de que tais modos de atuação seriam restritos a pessoas jurídicas de direito público.

Estabelecidas as premissas teóricas fundamentais acerca do poder de polícia, passa-se à análise da jurisprudência desta Suprema Corte no tocante ao tratamento dispensado às empresas públicas e sociedades de economia mista prestadoras de serviço público.

II.2. Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: regime jurídico das Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista prestadoras de serviço público e extensão do regime inerente à Fazenda Pública

A Constituição da República, ao dispor sobre as empresas públicas e sociedades de economia mista, prescreve a submissão dessas entidades da Administração Pública indireta ao regime jurídico de direito privado.

Entretanto, embora privado, o regime aplicável às empresas públicas e sociedades de economia mista prestadoras de serviço público se diferencia, em muito, daquele a que as exploradoras de atividade econômica ou mesmo ao que os particulares em colaboração com a Administração estão submetidos.

No dizer de **MIGUEL REALE**, em suas lições introdutórias ao estudo do Direito, é preciso sempre ter em mente que:

(...) a verdade, muitas vezes, consiste em distinguir as coisas sem separá-las. Ao homem afoito e de pouca cultura basta perceber uma diferença entre dois seres para, imediatamente, extremá-los um do outro, mas os mais experientes sabem a arte de distinguir sem separar, a não ser que haja razões essenciais que justifiquem a contraposição (Lições preliminares de Direito . 27ª edição, 2002, 12ª tiragem, 2014, p. 41).

As empresas públicas e sociedades de economia mista prestadoras de serviço público, embora sejam figuras jurídicas classificadas como pessoas de direito privado, possuem características que identificam traços de **natureza jurídica híbrida**, que ora se aproximam do regime de direito público, ora se afastam. A classificação, por conseguinte, dessas entidades como pessoas jurídicas de direito privado, não possui o condão de dissociá-las, de modo absoluto, de incidências do regime de direito público, em razão de sua atuação destinada à prestação de serviços públicos.

Nesse sentido, **GUSTAVO BINENBOJM** afirma que:

“A despeito de sua natureza jurídica de direito privado, isso não é obstáculo per se a que elas exerçam certos atos e funções que um dia foram tidos como exclusivos do Estado. Tanto assim que se reconhece com certa tranquilidade, que as empresas estatais praticam atos de império no âmbito de licitações e concursos públicos, por imperativo do art. 37, II e XXI, da Constituição de 1988. Se as estatais se sujeitam

ao regime jurídico de seleção de pessoal e de fornecedores, faz sentido que elas exerçam algum nível de autoridade. O processo licitatório e os atos relativos ao concurso público são tipicamente de Estado e aproximam-se da sua lógica de império. Daí se reconhecer, inclusive, o cabimento de mandado de segurança contra atos de autoridade praticados por empresas estatais.” (Poder de Polícia, ordenação, regulação: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 273)

Ipsa facto , esta Suprema Corte tem vasta jurisprudência no sentido de reconhecer a incidência de traços do regime de direito público às estatais que desempenham determinadas funções públicas, reafirmando a natureza híbrida de tais entidades. Consolidou-se a compreensão de que sociedades de economia mista e empresas públicas prestadoras de serviços públicos em regime não concorrencial possuem algumas prerrogativas, originalmente, destinadas apenas a pessoas jurídicas de direito público. Essa tendência do Tribunal, conforme observa **GUSTAVO BINENBOJM** , vem sendo denominada pela doutrina de “*autarquização das empresas estatais prestadoras de serviço públicos*” ou “*feições autárquicas*” dessas entidades da Administração indireta (*Poder de Polícia, ordenação, regulação: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 273*).

Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal pacificou, *verbi gratia* , que as sociedades de economia mista prestadoras de serviço público de atuação própria do Estado e de natureza não concorrencial submetem-se ao regime de precatório. Dentre outros precedentes, recorro que, no julgamento do RE 852.302, de relatoria do Ministro Dias Toffoli, a 2ª Turma a tese foi aplicada. O caso concreto se referia a uma sociedade de economia mista prestadora de serviços de abastecimento de água e saneamento que prestava serviço público primário e em regime de exclusividade. Segundo o *decisum* , a atuação desta sociedade de economia mista correspondia à própria atuação do Estado, porquanto não existia objetivo de lucro e o capital social era majoritariamente estatal. O precedente veiculou a seguinte ementa:

“Agravos regimentais 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.” (STF, 2ª Turma, RE 852302 AgR/AL, Rel. Min. Dias Toffoli, julgado em 15/12/2015)

A contrario sensu , esta Corte já havia decidido, no julgamento da Tese de Repercussão Geral 253, que “ **sociedades de economia mista que desenvolvem atividade econômica em regime concorrencial não se beneficiam do regime de precatórios, previsto no art. 100 da Constituição da República .**”, pois: “ (...) **Os privilégios da Fazenda Pública são inextensíveis às sociedades de economia mista que executam atividades em regime de concorrência ou que tenham como objetivo distribuir lucros aos seus acionistas. Portanto, a empresa Centrais Elétricas do Norte do Brasil S.A. - Eletronorte não pode se beneficiar do sistema de pagamento por precatório de dívidas decorrentes de decisões judiciais** (art. 100 da Constituição) . (...) O acórdão, da lavra do Ministro Joaquim Barbosa, foi, assim, emendado:

“FINANCEIRO. SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. PAGAMENTO DE VALORES POR FORÇA DE DECISÃO JUDICIAL. INAPLICABILIDADE DO REGIME DE PRECATÓRIO. ART. 100 DA CONSTITUIÇÃO. CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL. MATÉRIA CONSTITUCIONAL CUJA REPERCUSSÃO GERAL FOI RECONHECIDA.

Os privilégios da Fazenda Pública são inextensíveis às sociedades de economia mista que executam atividades em regime de concorrência ou que tenham como objetivo distribuir lucros aos seus acionistas. Portanto, a empresa Centrais Elétricas do Norte do Brasil S. A. - Eletronorte não pode se beneficiar do sistema de pagamento por precatório de dívidas decorrentes de decisões judiciais (art. 100 da Constituição). Recurso extraordinário ao qual se nega provimento.” (STF, Plenário, RE 599628, Rel. Min. Ayres Britto, Redator p/acórdão Min. Joaquim Barbosa, julgado em 25/5/2011).

A jurisprudência foi reafirmada pelo Tribunal no julgamento da ADPF 387, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, em que restou assentada na no item 4 da ementa a conclusão, no sentido de que “ *é aplicável o regime dos precatórios às sociedades de economia mista prestadoras de serviço público próprio do Estado e de natureza não concorrencial* ”. Há, ainda, inúmeros outros precedentes no mesmo sentido.

Ademais, no julgamento da ADI 1.642, de relatoria do Ministro Eros Grau, esta Corte estabeleceu distinção relativa ao regime jurídico aplicável às estatais exploradoras de atividade econômica e às prestadoras de serviço público, reconhecendo a esta última natureza jurídica híbrida, *verbis* :

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ALÍNEA “d” DO INCISO XXIII DO ARTIGO 62 DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DE MINAS GERAIS. APROVAÇÃO DO PROVIMENTO, PELO EXECUTIVO, DOS CARGOS DE PRESIDENTE DAS ENTIDADES DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA INDIRETA ESTADUAL PELA ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO DO DISPOSTO NO ARTIGO 173, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. DISTINÇÃO ENTRE EMPRESAS ESTATAIS PRESTADORAS DE SERVIÇO PÚBLICO E EMPRESAS ESTATAIS QUE DESENVOLVEM ATIVIDADE ECONÔMICA EM SENTIDO ESTRITO. REGIME JURÍDICO ESTRUTURAL E REGIME JURÍDICO FUNCIONAL DAS EMPRESAS ESTATAIS. INCONSTITUCIONALIDADE PARCIAL. INTERPRETAÇÃO CONFORME À CONSTITUIÇÃO.

(...)

2. As sociedades de economia mista e as empresas públicas que explorem atividade econômica em sentido estrito estão sujeitas, nos termos do disposto no § 1º do artigo 173 da Constituição do Brasil, ao regime jurídico próprio das empresas privadas.

*3. **Distinção entre empresas estatais que prestam serviço público e empresas estatais que empreendem atividade econômica em sentido estrito.***

4. O § 1º do artigo 173 da Constituição do Brasil não se aplica às empresas públicas, sociedades de economia mista e entidades (estatais) que prestam serviço público. (...).” (STF , ADI 1642, Relator Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 3/4/2008, DJe 18/9 /2008.

Nos autos do RE 229.696, o STF equiparou a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos à Fazenda Pública, assegurando o regime de impenhorabilidade aos seus bens, rendas e serviços, *verbis* :

“RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS. IMPENHORABILIDADE DE SEUS BENS, RENDAS E SERVIÇOS. RECEPÇÃO DO ARTIGO 12 DO DECRETO-LEI Nº 509/69. EXECUÇÃO. OBSERVÂNCIA DO REGIME DE PRECATÓRIO. APLICAÇÃO DO ARTIGO 100 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

1. À empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, pessoa jurídica equiparada à Fazenda Pública, é aplicável o privilégio da impenhorabilidade de seus bens, rendas e serviços. Recepção do artigo 12 do Decreto-lei nº 509/69 e não-incidência da restrição contida no artigo 173, § 1º, da Constituição Federal, que submete a empresa pública, a sociedade de economia mista e outras entidades que explorem atividade econômica ao regime próprio das empresas privadas, inclusive quanto às obrigações trabalhistas e tributárias.

2. Empresa pública que não exerce atividade econômica e presta serviço público da competência da União Federal e por ela mantido. Execução. Observância ao regime de precatório, sob pena de vulneração do disposto no artigo 100 da Constituição Federal. Recurso extraordinário conhecido e provido.” (STF, RE 229696, Relator Min. Ilmar Galvão, Redator p/ o acórdão Min. Maurício Corrêa, Primeira Turma, julgado em 16/11/2000, DJ 19/12/2002)

Na mesma linha, este Supremo Tribunal também reconheceu a hipótese constitucional de imunidade recíproca Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, *verbis* :

“CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS: IMUNIDADE TRIBUTÁRIA RECÍPROCA: C.F., art. 150, VI, a. EMPRESA PÚBLICA QUE EXERCE ATIVIDADE ECONÔMICA E EMPRESA PÚBLICA PRESTADORA DE SERVIÇO PÚBLICO: DISTINÇÃO.

I. - As empresas públicas prestadoras de serviço público distinguem-se das que exercem atividade econômica. A Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos é prestadora de serviço público de prestação obrigatória e exclusiva do Estado, motivo por que está

abrangida pela imunidade tributária recíproca: C.F., art. 150, VI, a. (...).” (STF, RE 407099, Relator Min. Carlos Velloso, Segunda Turma, julgado em 22/6/2004)

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é, pois, sólida em distinguir o regime aplicável às empresas públicas e sociedades de economia mistas prestadoras de serviço público que atuam em regime de monopólio daquelas exploradoras de atividade econômica em regime concorrencial, em razão da natureza híbrida resultante da inevitável incidência de aspectos próprios do regime de direito público àquelas que prestam serviço público sem qualquer concorrência.

Vale, ainda, o registro de que esta Corte decidiu, no julgamento do RE 658.570, pela constitucionalidade do exercício do poder de polícia pelas guardas municipais, inclusive com a possibilidade de aplicação de sanções administrativas previstas em lei, fixando tese em repercussão geral, nos seguintes termos: “ **é constitucional a atribuição às guardas municipais do exercício de poder de polícia de trânsito, inclusive para imposição de sanções administrativas legalmente previstas** ”, em decisão que veiculou a seguinte ementa:

“DIREITO ADMINISTRATIVO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PODER DE POLÍCIA. IMPOSIÇÃO DE MULTA DE TRÂNSITO. GUARDA MUNICIPAL. CONSTITUCIONALIDADE.

1. Poder de polícia não se confunde com segurança pública. O exercício do primeiro não é prerrogativa exclusiva das entidades policiais, a quem a Constituição outorgou, com exclusividade, no art. 144, apenas as funções de promoção da segurança pública.

2. A fiscalização do trânsito, com aplicação das sanções administrativas legalmente previstas, embora possa se dar ostensivamente, constitui mero exercício de poder de polícia, não havendo, portanto, óbice ao seu exercício por entidades não policiais.

3. O Código de Trânsito Brasileiro, observando os parâmetros constitucionais, estabeleceu a competência comum dos entes da federação para o exercício da fiscalização de trânsito.

4. Dentro de sua esfera de atuação, delimitada pelo CTB, os Municípios podem determinar que o poder de polícia que lhe compete seja exercido pela guarda municipal.

5. O art. 144, §8º, da CF, não impede que a guarda municipal exerça funções adicionais à de proteção dos bens, serviços e instalações do Município. Até mesmo instituições policiais podem

cumular funções típicas de segurança pública com exercício de poder de polícia. Entendimento que não foi alterado pelo advento da EC nº 82/2014.

6. Desprovemento do recurso extraordinário e fixação, em repercussão geral, da seguinte tese: é constitucional a atribuição às guardas municipais do exercício de poder de polícia de trânsito, inclusive para imposição de sanções administrativas legalmente previstas. " (STF, RE 658570, repercussão geral, Relator Min. Marco Aurélio, Redator para acórdão Min. Roberto Barroso, Tribunal Pleno, julgado em 6/8/2015)

Anote-se, contudo, que, embora, inicialmente, tenha sido constituída sob a forma de empresa pública, a guarda municipal do Município do Rio de Janeiro foi transformada em autarquia pela Lei Complementar do Município do Rio de Janeiro 100, de 15 de outubro de 2009.

Assim, as estatais prestadoras de serviço público de atuação própria do Estado, embora sejam concebidas em regime de direito privado, praticam atos natureza jurídica pública. Por atuarem no campo próprio do Estado, exercem funções eminentemente públicas, e não predominantemente privadas. À função de natureza pública, portanto, incide regime de direito público próximo ao aplicável ao Estado.

Nessas hipóteses de atuação, o foco está no sentido objetivo da noção de administração pública, e não em seu sentido subjetivo. É que, conforme a lição de **MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO**:

*“são dois sentidos em que se utiliza mais comumente a expressão **Administração Pública** : a) em sentido **subjetivo** , **formal** ou **orgânico** , ela designa os entes que exercem a atividade administrativa; compreende **pessoas jurídicas** , **órgãos** , e **agentes públicos** incumbidos de exercer uma das funções em que se triparte a atividade estatal: a função administrativa; b) em sentido **objetivo** , **material** ou **funcional** , ela designa a natureza da atividade exercida pelos referidos entes; nesse sentido, a Administração Pública é a própria **função administrativa** (...)” (*Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 27ª ed., 2014, p. 50).*

Dos precedentes desta Suprema Corte sobre a matéria, é possível identificar alguns fatores que justificam a extensão de prerrogativas destinadas à Fazenda Pública a empresas públicas e sociedades de

economia mista prestadoras de serviço público em regime de monopólio e, conseqüentemente, a aplicação de regime jurídico público aos atos por elas praticados. A extensão da aplicação de regras do regime de direito público àquelas pessoas jurídicas se restringe a **entidades integrantes da Administração Pública indireta destinadas à prestação de serviço público de atuação própria do Estado , em regime não concorrencial e cujo capital social seja majoritariamente público .**

Analizados os precedentes desta Corte e extraídas suas premissas, passo, enfim, à análise da *quaestio iuris* propriamente dita, relativa à constitucionalidade da delegação do poder de polícia a entidades integrante da Administração Pública indireta de regime jurídico de direito privado.

II.3. Delegação e parâmetros para o exercício do poder de polícia por entidades da Administração Pública indireta

A Constituição de 1988 atribuiu ao Estado brasileiro o dever de atuar em diversos campos da sociedade, circunstância que originou os mais variados mecanismos organizacionais legais para o atendimento dos comandos constitucionais.

A delegação surge, por conseguinte, nesse contexto, como técnica organizacional de transferência de atribuições públicas a destinatários diversos daqueles dotados das competências originárias. Isso com a finalidade precípua de atender ao princípio da eficiência na atuação da Administração Pública.

No Brasil, tradicionalmente, assentou-se a tese de que o poder de polícia é indelegável a pessoas jurídicas privadas. Como já mencionado anteriormente, esta Corte já se manifestou sobre a questão relativa à delegação de poder de polícia a entidades privadas no julgamento da ADI 1.717, de relatoria do Ministro Sydney Sanches. Naquela oportunidade, o Pleno do Tribunal concluiu, em síntese, pela *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.* (**STF** , ADI 1717, Relator Min. Sydney Sanches, Tribunal Pleno, julgado em 7/11/2002, DJ 28/3/2003)

Entretanto, a *quaestio iuris* relativa à compatibilidade constitucional da delegação de poder de polícia a sociedades de economia mista e empresas públicas prestadoras de serviço público desafia a tese tradicional da indelegabilidade. Isso porque, como exposto no tópico anterior, as estatais prestadoras de serviços públicos em regime de monopólio, embora sejam pessoas jurídicas de direito privado, possuem características que identificam traços de natureza jurídica híbrida, que ora se aproximam do regime de direito público, ora se afastam. Essa característica, amplamente reconhecida pela jurisprudência desta Suprema Corte, implica tratamento condizente com suas particularidades.

O direito administrativo contemporâneo brasileiro reclama constante revisitação aos paradigmas impostos e repetidos pelos Tribunais. A ciência jurídica é dinâmica e repleta de intercessões, de modo que, raramente, uma afirmação genérica se mantém incólume frente a todas as possibilidades da realidade. Por isso, é indispensável a contemporização e submissão de tais paradigmas aos fenômenos jurídicos que se apresentam na efetiva aplicação das normas jurídicas.

Nesse contexto, a tese da indelegabilidade do poder de polícia a pessoas jurídicas de direito privado, majoritária na doutrina e jurisprudência pátria, certamente, não possui caráter absoluto. Com o devido cuidado que a matéria exige, há hipóteses em que a descentralização daquela atividade administrativa revela compatibilidade com a Constituição da República, a exemplo, já adiantado, do caso específico, ora em julgamento, de delegação, ***por meio de lei***, a ***pessoas jurídicas de direito privado integrantes da Administração Pública indireta de capital social majoritariamente público que prestem exclusivamente serviço público de atuação própria do Estado em regime não concorrencial***.

A lógica da indelegabilidade do exercício do poder de polícia a pessoas jurídicas de direito privado se fundamenta, basicamente, em quatro pilares argumentativos: (*i*) ***ausência de autorização constitucional*** ; (*ii*) ***indispensabilidade da estabilidade do serviço público para o seu exercício*** ; (iii) ***impossibilidade de delegação da prerrogativa da coercibilidade, atributo intrínseco ao poder de polícia, por ser atividade típica de Estado, e*** (iv) ***incompatibilidade da função de polícia com finalidade lucrativa*** .

Passo a analisar cada uma dessas questões individualmente, a fim de demonstrar que, nenhuma delas, possui incidência na hipótese específica de delegação a sociedades de economia mista e empresas públicas que possuem os traços identificadoras da natureza jurídica híbrida, extraídas da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, ou seja, entidades da Administração Pública indireta que prestem exclusivamente serviço público de atuação própria do Estado de capital social majoritariamente público, sem o objetivo de lucro, em regime não concorrencial.

A **primeira questão** se relaciona com a tese de ausência de autorização constitucional para a delegação do poder polícia administrativa. O argumento é de que, como a norma contida no artigo 175 da Constituição se restringe à descentralização do desempenho de atividades relacionadas a serviços públicos em sentido estrito, não haveria autorização para a delegação de outras atividades administrativas. É que a previsão constitucional, ao admitir a execução indireta de atividades estatais, alude, apenas, serviços públicos, deixando de fora, *verbi gratia*, a possibilidade de delegação da atividade de polícia administrativa.

Entretanto, apesar da afirmada ausência de permissivo constitucional para a delegação de poder de polícia, admite-se, amplamente, a transferência dessa atividade a pessoas jurídicas de direito público. A justificativa para tal possibilidade está na natureza jurídica de direito público da pessoa que desempenhará a função de polícia delegada, em simetria à natureza jurídica do ente delegante, de modo que, neste caso, não haveria qualquer óbice ao exercício do poder de polícia pelo delegatário pessoa jurídica de direito público.

Nesse contexto, na hipótese específica de atribuição de atividade de polícia administrativa a estatais prestadoras de serviço público, não se sustenta a lógica da indelegabilidade por ausência de permissivo constitucional. É que o regime jurídico híbrido das estatais prestadoras de serviço público em regime de monopólio é plenamente compatível com a delegação, nos mesmos termos em que se admite a constitucionalidade do exercício delegado de atividade de polícia por entidades de regime jurídico de direito público. Como mencionado anteriormente, a incidência de normas de direito público em relação àquelas entidades da Administração indireta tem o condão de as aproximar do regime de direito público, do regime fazendário e acabar por desempenhar atividade própria do Estado.

Deveras, o fato de a pessoa jurídica integrante da Administração Pública indireta destinatária da delegação da atividade de polícia administrativa ser constituída sob a roupagem do regime privado não a impede de exercer a função pública de polícia administrativa. Isso porque não se pode confundir os o regime jurídico da pessoa com o regime da função desenvolvida. Na lição de **CARLOS ARI SUNDFELD** , “ *empresa que executa atividade pública sujeita-se ao direito público, **no que respeita a essa atividade** .” (*Empresa Estatal pode Exercer o Poder de Polícia* . Boletim de Direito Administrativo, v. 2, São Paulo: NDJ, fev. 1993. p. 101).*

O enfoque, portanto, consiste no regime necessariamente público da atividade desempenhada, de modo que o que deve ser viável, sob o prisma constitucional, é o desempenho da função pelos destinatários da delegação da atividade de polícia administrativa. Assim, tem-se como possível o exercício de uma função de Estado por uma pessoa jurídica integrante da Administração Pública indireta prestadora de serviço público. Essa é exatamente a razão por que a jurisprudência deste Tribunal admite a incidência de normas de direito público na hipótese de estatais prestadoras de serviço público de atuação própria do Estado, de capital social majoritariamente público, sem o objetivo de lucro, em regime não concorrencial .

Nesse ponto, é importante que não se confunda. A delegação da função de atuação própria do Estado à particular se diferencia, em muito, daquela relativa a pessoas jurídicas de direito privado integrantes da Administração Pública, que, como já exposto, possuem características que permitem o desempenho de atividades de natureza, eminentemente, estatal.

Conseqüentemente, a Constituição da República, ao autorizar a criação de empresas públicas e sociedades de economia mista que tenham por objeto exclusivo a prestação de serviços públicos de atuação típica do Estado, autoriza, conseqüentemente, a delegação dos meios necessários à realização do serviço público delegado, sob pena de restar inviabilizada a atuação dessas entidades na prestação de serviços públicos.

Assim, a afirmada indelegabilidade do poder de polícia por ausência de permissivo constitucional não se sustenta na hipótese do exercício da atividade por estatal prestadora de serviço público de atuação própria do

Estado. Nesse seguimento, é forçoso concluir que mais relevante do que restringir os possíveis atores estatais com competência para o exercício do poder de polícia e, por conseguinte, para a aplicação de sanções, é identificar caminhos para uma melhor racionalização e sistematização do direito punitivo estatal, que também se materializa através desse poder da Administração. O papel ordenador, regulatório e preventivo do poder de polícia é que deve ganhar o devido destaque no cenário atual, ainda que poder de polícia seja exercido por pessoas integrantes da Administração Pública e constituídas sob o regime de direito privado. No dizer de **VALTER SHUENQUENER DE ARAÚJO**:

“O Direito Administrativo Sancionador não é um fim em si mesmo. Seu precípua papel é o de organizar atividades e de incentivar comportamentos desejáveis pela sociedade. Deve, assim, haver uma melhor sistematização das suas regras.

A sanção deve ser compreendida como uma ferramenta estatal para a regulação de atividades privadas. (...) o Direito Administrativo Sancionador brasileiro é desprovido de uma sistematização e racionalização, gera insegurança jurídica e origina, não raras vezes, decisões injustas, desproporcionais e fundadas em noções generalistas e principiológicas. (...) a estratégia punitiva estatal e a sua metodologia podem impactar, sobremaneira, a produção de riquezas em um país e ofender direitos fundamentais. Um modelo sancionador eficiente é ponto de partida fundamental para a preservação dos direitos e garantias fundamentais e para o pleno desenvolvimento de um Estado e de sua sociedade.” (ARAÚJO, Valter Shuenquener de. Direito Administrativo Sancionador no Brasil. Uma contribuição para a efetividade dos direitos fundamentais. In: Constituição da República: 30 anos depois. Uma análise da eficiência dos direitos fundamentais. Estudos em homenagem ao Ministro Luiz Fux. p. 435-448. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 446, 447).

Nessa mesma linha, **ESTEVÃO GOMES** evidencia a relevância da racionalidade para o eficiente exercício do poder de polícia na contemporaneidade, *verbis*:

“Os ganhos de racionalidade derivados da aproximação entre o direito administrativo e a ciência econômica são relevantes para o poder de polícia, pois trazem critérios mais objetivos para a escolha de medidas de polícia, incluindo na caixa de ferramentas da Administração Pública a utilização de dados empíricos e de linguagem matemática, elementos que, em última análise, auxiliam a

elevar o nível de tecnização da função administrativa policial.”
(GOMES, Estevão. Poder de polícia no Direito Administrativo Contemporâneo. Rio de Janeiro: Lumen Juris., 2019, p. 210)

O **segundo argumento**, fundado na afirmação de que a estabilidade no serviço público, predicado dos servidores públicos estatutários, seria requisito indispensável ao exercício do poder de polícia, também não se sustenta.

O alicerce desta tese está na afirmação de que a estabilidade própria dos servidores públicos estatutários os preservaria de eventuais pressões externas em sua atuação. Tal argumento foi utilizado quando da concessão de medida cautelar na ADI 2.310, oportunidade em que se entendeu pela inadmissibilidade do exercício do poder de polícia por agentes submetidos ao regime celetista, uma vez que não lhe seriam conferidas as mesmas garantias dos agentes públicos regidos pelo regime estatutário.

Data maxima venia aos que aderem a essa posição, essa conclusão não pode subsistir, quando confrontada com o exercício da atividade de polícia por empregados públicos de empresas públicas e sociedades de economia mista prestadoras de serviço público de atuação própria do Estado.

Inicialmente, vale lembrar que nem todos os servidores estatutários possuem estabilidade. Os ocupantes de cargos em comissão não possuem tal garantia, sendo, inclusive, demissíveis *ad nutum*. Além deles, os servidores em estágio probatório também não contam com a estabilidade até o término do período de prova. Todavia, essas peculiaridades não deslegitimam a prática atos derivados do poder de polícia.

Nesse contexto, se a questão da estabilidade afastasse a possibilidade do exercício do poder de polícia, conforme observação de **CARLOS ARI SUNDFELD** :

“(...) um agente fiscal recentemente admitido não poderia exercer sua função, devendo aguardar o término do estágio probatório para começar a trabalhar. Ao chefe da unidade encarregada da expedição de licenças, por ocupar cargo em comissão, ficaria vedada a prática

exatamente dos atos que justificam a existência do órgão.” (Empresa Estatal pode exercer o Poder de Polícia . Boletim de Direito Administrativo, v. 2, São Paulo: NDJ, fev. 1993, p. 103)

Os empregados públicos, por sua vez, embora não contem com a prerrogativa da estabilidade contida no art. 41 da Constituição da República, não estão submetidos a regime idêntico ao aplicável à iniciativa privada. Pelo contrário, atualmente, o regime celetista aplicado à Administração indireta possui características que afastam o argumento da instabilidade.

É consabido que a admissão de empregados públicos em empresas estatais deve ser sempre precedida de concurso público, característica que, ao menos em relação à ECT, não se coaduna com a dispensa imotivada. Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento dos Embargos de Declaração no RE 589.998, relatado pelo Ministro Luís Roberto Barroso, assentou que “ *A Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – ECT tem o dever jurídico de motivar, em ato formal, a demissão de seus empregados*”, em decisão assim ementada:

“DIREITO CONSTITUCIONAL E DIREITO DO TRABALHO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DISPENSA SEM JUSTA CAUSA DE EMPREGADOS DA ECT. ESCLARECIMENTOS ACERCA DO ALCANCE DA REPERCUSSÃO GERAL. ADERÊNCIA AOS ELEMENTOS DO CASO CONCRETO EXAMINADO.

1. No julgamento do RE 589998, realizado sob o regime da repercussão geral, esta Corte estabeleceu que a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos - ECT tem o dever de motivar os atos de dispensa sem justa causa de seus empregados. Não houve, todavia, a fixação expressa da tese jurídica extraída do caso, o que justifica o cabimento dos embargos.

2. O regime da repercussão geral, nos termos do art. 543-A, § 7º, do CPC/1973 (e do art. 1.035, § 11, do CPC/2015), exige a fixação de uma tese de julgamento. Na linha da orientação que foi firmada pelo Plenário, atese referida deve guardar conexão direta com a hipótese objeto de julgamento.

3. A questão constitucional versada no presente recurso envolvia a ECT, empresa prestadora de serviço público em regime de exclusividade, que desfruta de imunidade tributária recíproca e paga suas dívidas mediante precatório. Logo, a tese de julgamento deve estar adstrita a esta hipótese.

4. *A fim de conciliar a natureza privada dos vínculos trabalhistas com o regime essencialmente público reconhecido à ECT, não é possível impor-lhe nada além da exposição, por escrito, dos motivos ensejadores da dispensa sem justa causa. Não se pode exigir, em especial, instauração de processo administrativo ou a abertura de prévio contraditório.*

5. *Embargos de declaração providos em parte para fixar a seguinte tese de julgamento: A Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos - ECT tem o dever jurídico de motivar, em ato formal, a demissão de seus empregados”.*

Deveras, eventual despedida de empregado público demanda a indispensável motivação idônea, a fim de se tutelar, especialmente, o princípio da impessoalidade e o dever de motivação.

Os empregados públicos se submetem, ainda, aos princípios constitucionais vetores da atuação da Administração, constantes do artigo 37 da Carta Política. Assim, eventuais interferências indevidas em sua atuação são objeto de controle administrativo e judicial, tendo por parâmetro os preceitos regentes da Administração Pública.

Sob outro enfoque, não há qualquer comprovação científica de que existe uma represália dirigida aos celetistas que exercem poder de polícia. Sobre o tema, **RODRIGO PAGANI DE SOUZA**, salienta que:

“passadas décadas de fiscalização por agentes celetistas de diferentes empresas estatais, a ideia parece contraditória com a experiência. Inclusive, nas inúmeras vezes em que alegado esse risco de represália, a alegação não costuma vir acompanhada de demonstração de casos concretos em que isso tenha acontecido.”
(SOUZA, Rodrigo Pagani de. Empresas estatais constituídas para o exercício de poder de polícia. Fórum Administrativo – FA, Belo Horizonte, ano 15, n. 170, abr. 2015, p. 169)

Assim, na atual conformação normativa-jurisprudencial que circunscreve a temática, não se sustenta a afirmada incompatibilidade entre o regime celetista aplicado às empresas estatais prestadoras de serviço público de atuação própria do Estado e o exercício de atividade de polícia administrativa pelos agentes públicos daquelas entidades da Administração indireta.

O **terceiro argumento** e, talvez o mais sensível, relaciona-se com a tese de que o poder de polícia seria indelegável a pessoas jurídicas de direito privado, em razão de seu atributo da coercibilidade.

Nesse contexto, o Superior Tribunal de Justiça, no acórdão objeto de impugnação por meio do presente Recurso Extraordinário, utilizando a tese, ao desdobrar o ciclo de polícia, entendeu que “ *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*” (**STJ** , REsp. 817.534/MG, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 10/11/2009, DJe 10/12/2009).

Apesar da substancialidade da tese, *in casu* , verifica-se que, em relação às estatais prestadoras de serviço público de atuação própria do Estado e em regime de monopólio, não há razão para o afastamento do atributo da coercibilidade inerente ao exercício do poder de polícia, sob pena de esvaziamento da finalidade para a qual aquelas entidades foram criadas.

A coercibilidade é, de fato, um dos atributos do poder de polícia caracterizado pela aptidão que o ato de polícia possui de criar unilateralmente uma obrigação a ser adimplida pelo seu destinatário. Conforme mencionado anteriormente, segundo a teoria do ciclo de polícia, o atributo da coercibilidade é identificado na fase de **sanção de polícia** , que, de acordo com o magistério de **DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO** compreende “ *a função pela qual se submete coercitivamente o infrator a medidas inibidoras (compulsivas) ou dissuasoras (suasivas) impostas pela Administração* .” (*Curso de Direito Administrativo* . Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 440/444).

Ainda sob o enfoque da coercibilidade, o artigo 144, § 5º, da Constituição de 1988 prevê exclusivamente às entidades elencadas naquele dispositivo constitucional a competência para a coação na hipótese de policiamento ostensivo para preservação da ordem pública. Por outro lado, em se tratando do exercício do poder de polícia em relação a outros valores, a exemplo da ordenação do trânsito, não há exclusividade constitucional consagrada. Nesse sentido, **CARLOS ARI SUNDFELD** :

*“(...) A Constituição da República, em seu art. 144, § 5º, diz caber às Polícias Militares a “polícia ostensiva e a preservação da ordem pública”. Isso não significa dizer, obviamente, que esses órgãos sejam os únicos autorizados a usar da coação administrativa. Significa, isto sim, que eles detêm com exclusividade a competência para a coação, **quando necessária à preservação da ordem pública**. Quando, porém, o uso da força esteja ligado a outros valores (ex.: preservação da saúde, do meio ambiente, do trânsito; em suma, à administração ordenadora) a competência pertence aos órgãos por eles responsáveis.*

Trata-se, como reconhecido universalmente, de poder tipicamente administrativo. Assim, afora a exceção mencionada – a da preservação da ordem pública – não vejo como se possa sustentar a impossibilidade de empresa estatal manejá-lo através de seus agentes, desde que devidamente autorizada por lei. (Empresa Estatal pode exercer o Poder de Polícia . Boletim de Direito Administrativo, v. 2, São Paulo: NDJ, fev. 1993, p. 103)

Conforme mencionado anteriormente, no julgamento do RE 658.570, esta Corte fixou a tese, em repercussão geral, no sentido da constitucionalidade da delegação do poder de polícia de trânsito às guardas municipais, nos seguintes termos: *“ é constitucional a atribuição às guardas municipais do exercício de poder de polícia de trânsito, inclusive para imposição de sanções administrativas legalmente previstas ”.*

No contexto do julgamento do RE 658.570, restou consignado que o poder de polícia não se confunde com segurança pública, de modo que o exercício do poder de polícia não é prerrogativa exclusiva das entidades policiais, a quem a Constituição da República outorgou com exclusividade apenas as funções de promoção da segurança pública, nos termos do disposto no seu artigo 144.

Conseqüentemente, a fiscalização do trânsito com aplicação de sanções administrativas constitui mero exercício de poder de polícia. Não há, portanto, proibição de que seja exercida por entidades estranhas ao corpo policial, a exemplo das guardas municipais e, *in casu*, das estatais prestadoras de serviço público de atuação própria do Estado.

Noutro giro, o Código de Trânsito Brasileiro previu competência comum para o exercício da fiscalização de trânsito e, ao receber essa atribuição, de acordo com o entendimento fixado, o Município pode

determinar, por meio de lei, que o poder de polícia de trânsito seja exercido pela guarda municipal ou, na hipótese ora em julgamento, por entidades da Administração indireta prestadoras de serviço público de atuação própria do Estado, desde que de capital social majoritariamente público e em regime não concorrencial.

Portanto, de acordo com as premissas jurisprudenciais fixadas por esta Suprema Corte, não há qualquer óbice constitucional para a delegação de atos de polícia às estatais que possam ter um regime jurídico próximo do fazendário.

Finalmente, o **quarto e último argumento** contrário à delegação se refere à alegada incompatibilidade da função de polícia com a finalidade lucrativa. O receio, neste ponto, é com o que se denomina “*indústria de multas*”, consubstanciada no perigo de que uma função tipicamente estatal seja desviada para aferição de lucro por pessoas jurídicas de direito privado exploradoras de atividade econômica.

Da mesma forma, não há motivo para, *in casu*, afastar a delegação sob este fundamento, porquanto as estatais prestadoras de serviço público de atuação própria do Estado não exploram atividade econômica em regime de concorrência. A razão é óbvia: a atuação típica do Estado não se dirige precipuamente ao lucro. É dizer, se a entidade exerce função pública típica, a obtenção de lucro não é o seu fim principal.

Em relação a esta última questão, vale o registro de que esta Suprema Corte reconheceu repercussão geral em relação ao tema da constitucionalidade da imunidade recíproca a entidade cuja composição acionária, objeto de negociação em Bolsa de Valores, revela inequívoco objetivo de distribuição de lucros a investidores públicos e privados, em decisão que porta a seguinte ementa:

“TRIBUTÁRIO. IMUNIDADE TRIBUTÁRIA RECÍPROCA. SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. PARTICIPAÇÃO ACIONÁRIA DISPERSA E NEGOCIADA EM BOLSA DE VALORES. EXAME DA RELAÇÃO ENTRE OS SERVIÇOS PÚBLICOS PRESTADOS E O OBJETIVO DE DISTRIBUIÇÃO DE LUCROS A INVESTIDORES PÚBLICOS E PRIVADOS COMO ELEMENTO DETERMINANTE PARA APLICAÇÃO DA SALVAGUARDA

CONSTITUCIONAL. ART. 150, VI, A DA CONSTITUIÇÃO. Tem repercussão geral a questão consistente em saber se a imunidade tributária recíproca se aplica a entidade cuja composição acionária, objeto de negociação em Bolsas de Valores, revela inequívoco objetivo de distribuição de lucros a investidores públicos e privados.” (STF , RE 600867 RG, Relator Min. Joaquim Barbosa, julgado em 8/12/2011, DJe 9/2/2012 publicação 10/2/2012)

A questão, no entanto, merece ser examinada sob outro prisma: a possibilidade de ocorrerem abusos de poder no exercício do poder de polícia delegado. É certo que eventuais abusos não decorrem, exclusivamente, da atuação de pessoas jurídicas de direito privado, mas também de pessoas jurídicas de direito público. Fato é que os abusos devem ser, constantemente, apurados e reprimidos pelo Estado, de modo a diminuir a sua incidência. Sobre a questão específica do trânsito, **JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO** observa o seguinte:

“Nessa questão de trânsito, costuma-se reclamar contra o que se vem denominando de “indústria de multa”, acusação desferida contra entidades encarregadas da fiscalização do trânsito, que estariam aplicando multas de forma abusiva para a arrecadação de recursos. A questão aqui é outra. Cuida-se de abuso de poder, que precisa ser severamente reprimido pelas autoridades competentes. Tal abuso, todavia, tanto pode vir de pessoas privadas quanto de pessoas públicas incumbidas da função fiscalizadora. Portanto, esse aspecto não serve para solucionar juridicamente a questão posta sob enfoque. O que se exige é o controle exemplar e a punição pelo cometimento de abusos (...)” (Manual de Direito Administrativo . 31 ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 83)

Os riscos, *per se*, de ocorrerem abusos e desvios no exercício do poder de polícia administrativa por entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado não revela fundamento capaz de afastar o instituto da delegação daquela atividade. Por certo, excessos no exercício de poderes administrativos não são determinados pela natureza jurídica da pessoa que os exerce. Isso porque, diuturnamente, são constatados excessos perpetrados pelo próprio Estado.

O enfoque deve ser outro. Os mecanismos de exercício e controle dos poderes administrativos, em especial, do poder de polícia, devem garantir, por meio de um sistema efetivo, a proteção adequada dos cidadãos frente a eventuais excessos praticados pelas pessoas investidas daqueles poderes.

Nesse contexto, os instrumentos de exercício e controle da atividade de polícia administrativa deve garantir a observância dos princípios constitucionais que regem a atuação da Administração, mormente a impessoalidade, de modo a garantir que não existam subjetividades no exercício da função pública.

Não há, pois, razão jurídica constitucional para se afastar a delegação do poder de polícia administrativa das sociedades de economia mista, em razão dos riscos de abuso e desvios, em virtude do fato de serem pessoas jurídicas de direito privado.

De todo o exposto, resta afastada a tese da indelegabilidade do poder de polícia a pessoas jurídicas de direito privado integrantes da Administração Pública indireta de capital social majoritariamente público que prestem exclusivamente serviço público de atuação própria do Estado, sem o objetivo de lucro, em regime não concorrencial. O desempenho de atividade em regime não concorrencial é, no dizer de **JOSÉ VICENTE SANTOS DE MENDONÇA** um dos requisitos a serem observados para a delegação do poder de polícia à estatais. Caso contrário, a estatal poderia indevidamente criar regras delimitadoras da liberdade capazes de comprometer a concorrência.

Não se pode olvidar, ainda, que a delegação do poder de polícia a uma estatal também depende da edição de lei formal. **JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO** consigna a indispensabilidade de tal requisito, *verbis* (*Manual de Direito Administrativo*. 31 ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 82):

“ Indispensável (...) para a validade dessa atuação é que a delegação seja feita por lei formal, originária da função regular do Legislativo. Observe-se que a existência da lei é o pressuposto de validade da polícia administrativa exercida pela própria Administração Direta e, desse modo, nada obstará que servisse também como respaldo da atuação de entidades paraestatais, mesmo

que elas sejam dotadas de personalidade jurídica de direito privado. O que importa, repita-se, é que haja expressa delegação na lei pertinente e que o delegatário seja entidade integrante da Administração Pública.”

No mesmo sentido, **CAIO TÁCITO** consigna que:

“a competência é sempre condição vinculada dos atos administrativos, decorrentes necessariamente de prévia enunciação legal. A sua verificação constitui, portanto, outro limite à latitude da ação de polícia que somente poderá emanar de autoridade legalmente habilitada” (O Poder de Polícia e seus Limites . Revista de Direito Administrativo, v. 27. p. 09).

Nessa mesma esteira, destaca-se que a aplicação de qualquer sanção administrativa decorrente do exercício do poder de polícia deve observar a garantia constitucional do devido processo em sua dupla acepção: processual e substantiva. Assim, a aplicação de uma sanção administrativa derivada do exercício do poder de polícia pressupõe, para que seja válida, a instauração do devido processo administrativo por ato motivado da autoridade competente. Deve ser garantida a notificação do cidadão, submetido ao efetivo poder de polícia, sendo assegurando, ainda, o amplo acesso aos autos e o direito de extração de cópias de todos os documentos e decisões, de modo que seja possível, a todo tempo, o controle jurisdicional dos atos praticados pela Administração.

Por fim, cumpre ressaltar a única fase do ciclo de polícia que, por sua natureza, é absolutamente **indelegável** : a **ordem de polícia** , ou seja, a **função legislativa** . Os atos de consentimento, de fiscalização e de aplicação de sanções podem ser delegados a estatais que, à luz do entendimento desta Corte, possam ter um regime jurídico próximo daquele aplicável à Fazenda Pública.

A competência legislativa é restrita aos entes públicos previstos na Constituição da República, sendo vedada sua delegação, fora das hipóteses expressamente autorizadas no tecido constitucional, a pessoas jurídicas de direito privado.

III. Tese objetiva

Após o exame detido das premissas teóricas e jurisprudenciais que circunscreve o *thema decidendum* veiculado neste recurso extraordinário, proponho a fixação da seguinte tese objetiva em repercussão geral:

“ É constitucional a delegação do poder de polícia, por meio de lei, a pessoas jurídicas de direito privado integrantes da Administração Pública indireta de capital social majoritariamente público que prestem exclusivamente serviço público de atuação própria do Estado e em regime não concorrencial. ”

IV. Caso Concreto

Assentada a tese jurídica objetiva acima enunciada, **passo à análise do caso concreto** .

Conforme se depreende dos autos do Recurso Extraordinário, aduz-se, em suma, a possibilidade constitucional de delegação da execução de serviço público, incluída a atividade de controle de trânsito, à Empresa de Transporte e Trânsito de Belo Horizonte – BHTRANS, sociedade de economia mista municipal, e que tal delegação, operada por via legal, consubstanciaria exercício regular de competência legislativa municipal.

O acórdão atacado do Superior Tribunal de Justiça prestigiou a tese de que somente os atos relativos ao consentimento e à fiscalização são delegáveis, porque aqueles referentes à legislação e à sanção derivariam do poder de coerção do Poder Público, este indelegável às pessoas jurídicas de direito privado, de modo que a recorrente seria possível apenas a prática da atividade de policiamento do trânsito de Belo Horizonte em relação aqueles dois tipos de atos de polícia.

Tendo como parâmetro a tese jurídica objetivamente fixada, verifico que, *in casu* , estão presentes todos os pressupostos necessários à compatibilização da delegação da atividade de polícia administrativa à Empresa de Transporte e Trânsito de Belo Horizonte – BHTRANS.

A Empresa de Transporte e Trânsito de Belo Horizonte – BHTRANS é sociedade de economia mista, entidade, portanto, integrante da

Administração Pública indireta prestadora de serviço público, em regime não concorrencial, consubstanciado no policiamento do trânsito do Município de Belo Horizonte do Estado de Minas Gerais.

Além disso, sua composição acionária é expressivamente pública. Dessume-se dos autos que 98% (noventa e oito por cento) de suas ações pertencem ao Município Belo Horizonte e os outros 2% (dois por cento) são distribuídos entre duas entidades da Administração Pública indireta: 1% (um por cento) pertencente à SUDECAP, autarquia municipal, e 1% (um por cento) à PRODABEL, sociedade de economia mista dependente e de capital fechado.

Assim, tendo em conta que a Empresa de Transporte e Trânsito de Belo Horizonte – BHTRANS - cujo capital social é majoritariamente público, presta serviço público de atuação própria do Estado e em regime não concorrencial, consistente no policiamento de trânsito da cidade de Belo Horizonte, não há óbice constitucional ao exercício da atividade de polícia administrativa, inclusive quanto à aplicação de multas.

Ex positis, voto no sentido de (i) **CONHECER** e **DAR PROVIMENTO** ao recurso extraordinário interposto pela Empresa de Transporte e Trânsito de Belo Horizonte – BHTRANS e (ii) **CONHECER** e **NEGAR PROVIMENTO** ao recurso extraordinário interposto pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais, para reconhecer a compatibilidade constitucional da delegação da atividade de policiamento de trânsito à Empresa de Transporte e Trânsito de Belo Horizonte – BHTRANS, nos limites da tese jurídica objetivamente fixada pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal.

Sem prejuízo, voto no sentido de fixar a tese jurídica objetiva, em repercussão geral, nos seguintes termos:

“ É constitucional a delegação do poder de polícia, por meio de lei, a pessoas jurídicas de direito privado integrantes da Administração Pública indireta de capital social majoritariamente público que prestem exclusivamente serviço público de atuação própria do Estado e em regime não concorrencial. ”

É como voto.