



PROJETO DE LEI DO SENADO Nº , DE 2017

Estabelece diretrizes e requisitos para a delegação, no âmbito da Administração Pública Federal, do serviço público de fiscalização administrativa a particulares.



SF/17129.43735-67

O CONGRESSO NACIONAL decreta:

Art. 1º Esta Lei estabelece diretrizes e requisitos para a delegação, no âmbito da Administração Pública Federal, do serviço público de fiscalização administrativa a particulares.

Art. 2º Para os fins desta Lei considera-se:

I – delegação do serviço público de fiscalização administrativa a particular: transferência a pessoa jurídica não estatal, de direito privado, mediante autorização legal específica, do exercício de atividade de licenciamento, de vigilância ou sancionatória, mantida a titularidade estatal e preservado o regime jurídico de direito público, tendo em vista o interesse público disposto em lei;

II – poder delegante: a União, ou autarquia federal, sempre que promover a delegação do serviço público de fiscalização administrativa a particulares;

III – agente delegado: pessoa jurídica não estatal, de direito privado, a quem seja delegado serviço público de fiscalização administrativa em setor específico;

IV – atividade de licenciamento: realização de processos administrativos e edição de atos administrativos, previstos em lei em razão do interesse público, destinados a expedir licenças, autorizações, certificações ou atos equivalentes, quanto a produtos, empreendimentos ou atividades;



V – atividade fiscalizatória: medidas que verifiquem a correta ou incorreta atuação daqueles que se submetem às normas legais ou regulamentares de regulação, em relação a fatos já ocorridos, sem espaço para juízo discricionário;

VI – atividade sancionatória: imposição de determinada consequência desfavorável, prevista em lei, a alguém em razão do cometimento de ilícito administrativo, sem espaço para juízo discricionário.

Art. 3º É vedada a delegação de serviço público de fiscalização administrativa a particular:

I – sem lei específica para cada setor, que autorize e fixe seus termos;

II – nas hipóteses em que lei expressamente houver previsto a indelegabilidade.

Parágrafo único. A edição de normas regulatórias ou técnicas sobre as atividades fiscalizadas é insuscetível de delegação a concessionário de serviço público de fiscalização, devendo sua adoção ficar a cargo da entidade delegante, nos termos da lei, podendo o agente delegado cooperar com as providências materiais e os estudos técnicos envolvidos.

Art. 4º Os atos do agente delegado, no exercício do serviço público de fiscalização administrativa, sujeitar-se-ão ao acompanhamento pelo poder delegante, com cooperação dos cidadãos.

Parágrafo único. A lei específica, o regulamento e, quando for o caso, o contrato de concessão, estabelecerão os parâmetros de controle dos atos do agente delegado e as sanções a ele aplicáveis nos casos de desvio no exercício da delegação, cabendo ao regulamento e ao contrato estabelecer os indicadores para avaliação do desenvolvimento da atividade delegada.

Art. 5º O agente delegado deve adotar, no exercício do serviço público de fiscalização administrativa delegado, o devido processo administrativo, nos termos da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999.



SF/17129.43735-67



§ 1º O agente delegado deverá manter infraestrutura para receber e processar as reclamações dos cidadãos e decidir com imparcialidade e em tempo razoável.

§ 2º É garantido a todo cidadão o direito a contestar decisão de agente delegado, em recurso ao órgão ou entidade da Administração Pública encarregado da fiscalização de suas atividades.

Art. 6º Ressalvados os casos em que a lei diretamente designe como agente delegado entidade de classe, ou atribua essa qualidade a todos os integrantes de categoria econômica ou profissional, a delegação do serviço público de fiscalização administrativa dependerá de contrato de concessão de serviço público, nos regimes de concessão comum, administrativa ou patrocinada, conforme o caso, e será precedida de licitação, nos termos da legislação própria e em que se observem os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, igualdade, do julgamento por critérios objetivos e da vinculação ao instrumento convocatório.

Parágrafo único. O instrumento convocatório da licitação prevista no *caput* deverá fixar, de forma objetiva, os requisitos técnicos para participação no certame, os seus critérios de julgamento e a forma de remuneração do agente delegado.

Art. 7º Nos casos em que a delegação legal direta a entidade de classe ou a todos os integrantes de categoria econômica ou profissional autorizar o delegado a adotar normas técnicas a serem observadas pelos agentes sujeitos à sua fiscalização, o delegado terá o dever de observar os limites da lei e de assegurar, por meio de consulta ou audiência pública, oportunidade de participação aos potenciais interessados.

§ 1º A adoção das normas técnicas será motivada, levando em consideração os argumentos e aspectos técnicos apontados pelos participantes da consulta ou audiência pública previstos no *caput*.

§ 2º O controle administrativo e jurisdicional sobre decisão técnica de agente delegado incidirá sobre eventual desvio de finalidade, pelo exame da motivação técnica que a fundamentou.



SF/17129.43735-67



Art. 8º A lei que autorizar a delegação a particular de serviço público de fiscalização administrativa deverá regular especificamente o processo administrativo correspondente, garantindo os princípios da ampla defesa e do contraditório.

Art. 9º O exercício de atividade sancionatória por agente delegado de serviço público de fiscalização administrativa tem caráter estritamente vinculado, em observância ao devido processo administrativo.

§ 1º A decisão do agente delegado em atividade sancionatória deverá ser motivada, apresentando o relato completo das ponderações de todos os envolvidos e a respectiva fundamentação técnica, embasada em razões de fato e de direito, que refute ou acolha tais manifestações.

§ 2º Na hipótese de resistência ao cumprimento de sanção, o agente delegado poderá requerer força policial.

Art. 10. Os agentes delegados, no exercício da delegação do de serviço público de fiscalização administrativa, responderão objetivamente pelos danos causados a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

Parágrafo único. O poder delegante tem responsabilidade subsidiária pelos danos previstos no *caput*.

Art. 11. O agente delegado subordina-se à legislação que regula o acesso dos cidadãos às informações públicas, particularmente à Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011.

Art. 12. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

JUSTIFICAÇÃO

Este projeto de lei tem o propósito de firmar diretrizes e requisitos para que o Poder Público Federal efetue delegação do serviço público de fiscalização administrativa a particulares. Embora existam diversos exemplos práticos de atribuição de poder de fiscalização a particulares – alguns deles previstos em legislação esparsa –, o ordenamento



SF/17129.43735-67



jurídico brasileiro ainda carece de um marco legal para regular o instituto de forma mais abrangente.

O desenvolvimento do Estado moderno, especialmente do seu papel normativo e regulador, induziu não apenas ao crescimento do espectro de incidência do serviço público de fiscalização administrativa, mas também a uma maior necessidade de especialização por parte da atividade fiscalizatória estatal.

Muitas regiões metropolitanas enfrentam elevados índices de ocupação irregular do solo, sem que o aparato estatal consiga fiscalizar, autuar e sancionar quaisquer responsáveis, indicando que a ausência do Estado se dê por uma verdadeira impossibilidade fática.

Também nos grandes centros, dados relativos a acidentes de trânsito apontam a exigência por atuação mais amíu de fiscalização administrativo.

No âmbito da vigilância sanitária, por exemplo, o poder público deve fiscalizar os estabelecimentos que armazenam e transportam alimentos. No exercício dessa atividade, as irregularidades comumente fiscalizadas vão desde acondicionamento incorreto, procedência desconhecida e prazo de validade vencido até a falta de autorização para comercializar produtos.

Aliás, em razão dos dramas atuais vividos pela sociedade brasileira, vale destacar outra atividade inserida no escopo da fiscalização administrativa relativa à vigilância sanitária, qual seja, o combate a doenças mediante controle da proliferação de mosquitos transmissores, como é caso do famigerado *aedes aegypti*, atualmente pivô de uma questão de saúde pública global em torno do chamado *zika* vírus.

Outra tragédia nacional que está relacionada com tema ora tratado foi o incêndio da boate em Santa Maria, no Rio Grande do Sul, ocorrido em 27.01.2013. O fato retrata bem os problemas afetos à omissão do serviço público de fiscalização administrativa. À época, uma manchete do jornal “O Tempo” anunciava: “*Falta pessoal para fiscalizar lei mais dura para boates: há 64 homens para verificar casas em 33 cidades.*”

Pelas mesmas razões, vale mencionar recente tragédia ocorrida no município de Mariana, em Minas Gerais, com o rompimento da barragem



SF/17129.43735-67



de Fundão, que tem sido apontado como o maior desastre ambiental da história brasileira.

Salta aos olhos o fato de que, o Relatório final da Comissão Temporária da Política Nacional de Segurança de Barragens instalada nesta Casa mostrou que a área de fiscalização minerária do DNPM contava, em 2015, com 198 servidores, entre especialistas em recursos minerais, geólogos, engenheiros e técnicos de nível médio. Esses profissionais, entretanto, dedicam-se a atender todas as demandas do Código de Mineração e da legislação minerária em geral, como outorga e gestão de títulos minerários, fiscalização da pesquisa mineral, da lavra autorizada e da extração mineral não autorizada, além de atividades administrativas de autuações, publicações e de gestão (chefias).

Ainda segundo o relatório da Comissão, dedicados, de fato, à fiscalização de barragens de rejeitos de mineração em todo o território nacional, ainda que não exclusivamente a essa atividade, há apenas 18 servidores do DNPM, assim distribuídos: 4 em Minas Gerais, 4 na Bahia, 2 no Pará, 2 em Santa Catarina, 2 no Mato Grosso do Sul, 1 em São Paulo, 1 em Goiás, 1 no Amapá e 1 no Amazonas. Entre esses servidores, somente 5 técnicos (três engenheiros de minas, um geólogo e um engenheiro civil) possuem curso de especialização de 320 horas em fiscalização da gestão de segurança de barragens. Esses técnicos treinados estão assim distribuídos: 3 em Minas Gerais, 1 na Bahia e 1 na sede do DNPM em Brasília.

Pode-se atribuir dois fatores para esse cenário extremamente preocupante. Primeiro as limitações de gastos com pessoal, haja vista os limites impostos pelo art. 169 da Constituição Federal, bem como pelo art. 19 da Lei de Responsabilidade Fiscal. Segundo, a incapacidade do aparato estatal para especializar-se em setores extremamente específicos e que exigem, muita vez, grande investimento tecnológico.

Todos esses fatos e fatores estão a indicar uma necessária mudança de paradigma jurídico, com vistas a viabilizar novas formas de parceria com a iniciativa privada visando ao atendimento da demanda pela efetiva prestação do serviço público de fiscalização administrativa.

A Administração Pública tem muito a ganhar em termos de racionalização e eficiência com a regulação das possibilidades de delegação a particulares da execução de fiscalização administrativa. Em uma área conexas, a prestação de serviços públicos, a participação da iniciativa privada,



SF/17129.43735-67



por meio dos institutos da permissão e da concessão, vem trazendo ganhos expressivos à sociedade, ao permitir uma expansão da capacidade de atuação do Estado. Acreditamos que, com a devida regulamentação, a delegação de serviço público de fiscalização administrativa a particulares pode trazer benefícios similares. As possibilidades são vastas, especialmente, conforme já tratado, na seara do Direito Administrativo, Urbanístico e Ambiental.

Do ponto de vista jurídico, antecipando-nos às críticas que podem ser levantadas ao projeto, gostaríamos de apresentar algumas ponderações.

O principal argumento levantado por uma corrente de juristas que defende a indelegabilidade do serviço público de fiscalização administrativa reside na ausência de previsão expressa da Constituição Federal nesse sentido, o que qualificaria a atividade de polícia administrativa como tipicamente estatal.

A essa ideia devemos contrapor o fato de que, por mais que o Direito brasileiro se baseie em um texto constitucional analítico e extenso, não se pode esperar que a Lei Maior regule com minudencia todas as possibilidades de atuação estatal e sua relação com os cidadãos. Ademais, a Constituição não tratou de forma sistematizada a delegação de competências públicas a entidades de direito privado. Todavia, diversos dispositivos constitucionais promovem delegação de competências públicas, seja por meio de cláusulas gerais, seja mediante cláusulas setoriais. São exemplos nesse sentido as previsões constitucionais para prestação de serviços públicos pela iniciativa privada ou a delegação dos serviços notariais e registrais a particulares. Não se pode apontar, contudo, a existência de fundamento constitucional que determine a obrigatoriedade de expressa previsão no texto constitucional da possibilidade de delegação do serviço público de fiscalização administrativa.

Por esse motivo, a legislação infraconstitucional pode, sim, estabelecer hipóteses de delegação do serviço público de fiscalização administrativa. É de se registrar, nesse sentido, que a lei ordinária pode, alternativamente, vedar taxativamente a delegação de serviço público de fiscalização administrativa em determinado âmbito, se essa for a expressão política do Estado em dado momento. *Mutatis mutandis*, é isso que fez a Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004, que, em seu art. 4º, inciso II, proibiu a delegação do poder de polícia administrativa nas contratações de parcerias público-privadas.



Não há que se falar, ainda, que a delegação de serviço público de fiscalização administrativa a particular afaste o regime publicístico da atividade delegada. Mesmo que a função não seja executada diretamente por um agente estatal, o regime jurídico que rege a atividade continua sendo decorrência de seu caráter público e titularidade estatal.

Oportuno registrar que recente tese de doutoramento produzida na UFMG/MG cuidou do tema e corrobora tal conclusão. Na obra *“Regulação, Fiscalização e Sanção: Fundamentos e requisitos da delegação do exercício do poder de polícia administrativa a particulares”*, o Dr. Flávio Henrique Unes Pereira enfrentou as conhecidas críticas feitas à viabilidade jurídica da delegação do serviço público de fiscalização administrativa, oportunidade em que afirmou criticamente que a delegabilidade da execução das espécies de manifestação do poder de polícia ao particular, em síntese, não encontra obstáculo na Constituição da República de 1988 e nem rompe com a noção de autoridade administrativa, desde que prevista em lei e desde que observado o devido processo administrativo, de modo a garantir a legitimidade da atuação pública delegada e o respectivo controle jurisdicional.

No estudo, também foi examinada a jurisprudência pátria, em especial a ADI 1717 em que o STF, embora tenha feito alusão à indelegabilidade do poder de polícia administrativa, não considerou diversos fundamentos pela viabilidade desse transpasse. Também se analisou o Recurso Especial nº 817.534/MG em que o STJ delimitou a discussão sobre a delegação do poder de polícia administrativa, dividindo seus aspectos em quatro vertentes, *“(i) legislação, (ii) consentimento, (iii) fiscalização e (iv) sanção”* e concluiu que *“[s]omente o 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”*.

Aqui, por oportuno e considerando a robustez jurídica inerente ao tema tratado, é importante colacionar algumas das conclusões da mencionada tese de doutoramento:

“Para além das hipóteses reconhecidas no ordenamento jurídico, os fundamentos teóricos da indelegabilidade do poder de polícia administrativa foram refutados. A propósito da autorização constitucional para a delegação, destacamos o fato de inexistir vedação à transferência da atividade de poder de polícia administrativa a particulares, e, por outro





lado, a ocorrência de dispositivos constitucionais que conferem aderência à tese da delegabilidade.

O art. 37, XXI, da CR/88, autoriza o poder público a contratar “serviço”, nos termos em que o legislador ordinário dispuser, possibilitando, portanto, a inclusão da atividade de polícia administrativa. A propósito, o conceito legal de “serviço”, segundo a Lei n. 8.666/93, possibilita a consideração da atividade de polícia administrativa.

O art. 37, XIX, da CR/88, do mesmo modo, admite a criação de entidade da Administração Pública, inclusive de direito privado, para desempenho de atividade de sua competência, sem especificação de qual modalidade, possibilitando tanto a atividade “serviço público” ou “poder de polícia administrativa”, diferentemente do que se verifica, por exemplo, nos artigos 173 e 177, nos quais o constituinte atrelou a criação de entidade a determinada atribuição.

Há, ainda, os artigos 216 e 225, da CR/88, que autorizam particulares a exercer atividade de polícia administrativa, a corroborar a tese da aderência constitucional – e não vedação – à delegação do poder de polícia administrativa, salvo previsão expressa sobre função estatal específica.

A propósito da inconstitucionalidade do exercício de poderes de coerção e autoexecutoriedade por parte do particular, observamos que a norma jurídica pode autorizar determinado sujeito a intervir na esfera jurídica de outrem sem que ele esteja autorizado a fazer uso de força física para impor determinada conduta. Desse modo, embora se reconheça que essa prerrogativa seja exclusiva do Estado, salvo em circunstância fática de urgência que demande atuação imediata, é possível o exercício de poder de polícia sem que a autoexecutoriedade seja transferida ao agente delegado.

Assim, e considerando o disposto no art. 144, da CR, o dever de o agente responsável pelo exercício de atividade de poder de polícia requisitar a força policial, quando houver resistência ao cumprimento de obrigação decorrente da fiscalização ou sanção administrativa.

Quanto à coercibilidade, entendida como a qualidade de determinar a outrem certa conduta nos limites da competência legal que disponha sobre a matéria, é possível o seu manejo por particulares.



SF/17129.43735-67



Primeiro porque o Estado não deixa de ser o titular da atividade delegada quando transfere apenas a sua execução, tal qual acontece em relação ao serviço público. Segundo porque o regime jurídico de direito público incidirá sobre toda a execução da atividade pública, ainda que exercida por particular, tal como também ocorre no serviço público. Terceiro porque a exigência de lei específica, conferindo a qualidade de agente delegado para o exercício de função pública, afasta a afronta ao princípio da isonomia, pois não se trata de simples imposição de obrigações entre particulares, mas, sim, de delegação de função pública mediante lei, a atribuir qualidade jurídica distinta ao agente delegado em relação ao mero particular.

Finalmente, acerca da necessidade ou não da estabilidade no serviço público para o exercício do poder de polícia administrativa, demonstramos que as prerrogativas outorgadas pelo regime jurídico dos servidores públicos não chegam ao ponto, ao menos segundo o ordenamento constitucional vigente, de obstar genericamente a delegação da atividade de polícia administrativa a particulares. Foi recordado, entre outros exemplos, o fato de as principais decisões políticas e administrativas, entre as quais as sancionadoras, serem tomadas por agentes públicos que ocupam cargos de provimento em comissão, os quais não ingressaram no serviço público mediante concurso e não possuem estabilidade.

Afastados os obstáculos jurídicos à delegação, concluímos que os requisitos necessários para a transferência da atividade de polícia administrativa a particulares são: a) previsão legal sobre a delegação; b) previsão legal de parâmetro de controle por meio do devido processo administrativo; e c) previsão legal que assegure a isonomia na escolha do agente delegado.”

Atento às conclusões acima vincadas, o projeto que apresentamos estabelece como exigência fundamental a necessidade de previsão em lei específica para a delegabilidade do serviço público de fiscalização administrativa em relação a cada setor específico, devendo a norma fixar parâmetros gerais de controle dos atos do agente delegado. Deverão, ainda, ser fixados na lei específica requisitos de qualidade no desenvolvimento da atividade, bem como a obrigatoriedade de o agente delegado adotar o devido processo administrativo no exercício da atividade que lhe foi transferida.

Muito embora o foco da obra seja o poder de polícia em toda sua extensão, suas conclusões são facilmente aplicáveis ao objeto do





presente projeto, ou seja, o que se denominou como serviço público de fiscalização administrativa.

Também digna de nota, é a previsão expressa (§ 2º, art. 9º do presente projeto) de que o exercício da fiscalização administrativa será exercido sem que a chamada autoexecutoriedade seja transferida ao agente delegado. Assim, quando houver resistência ao cumprimento de eventual sanção, caberá ao agente delegado requerer o uso da força policial estatal.

O agente delegado deverá, também, manter infraestrutura para receber e processar as reclamações dos cidadãos e decidir com imparcialidade e em tempo razoável. Além disso, a decisão do agente delegado poderá ser objeto de recurso ao órgão ou entidade da Administração Pública a quem competir a fiscalização de suas atividades.

Não passou despercebida a garantia da transparência por parte do agente delegado e o acesso às informações como direito do cidadão. Para além disso, o projeto deixou clara a responsabilização objetiva dos agentes delegados por danos causados a terceiros no exercício da fiscalização administrativa, a exemplo do que se exige das pessoas jurídicas de direito público e das prestadoras de serviços públicos.

O projeto estabelece, ainda, que a delegação do serviço público de fiscalização administrativa deverá ser precedida de licitação, para seleção do agente delegado, a menos que a lei atribua essa qualidade a todos os integrantes de categoria econômica ou profissional ou promova a delegação em favor de uma entidade de classe. Na licitação, devem ser seguidos os princípios da legalidade, moralidade, impessoalidade, publicidade, igualdade, do julgamento por critérios objetivos e da vinculação ao instrumento convocatório.

São previstas, também, regras específicas para a delegação do serviço público de fiscalização administrativa nas atividades regulatórias, fiscalizatórias e sancionatórias.

Por fim, registramos que durante a sabatina da futura Procuradora-Geral da República, Dra. Raquel Dodge, indaguei a Sua Excelência sobre a possibilidade de delegação de serviços públicos de fiscalização, ao que foi respondido:



SF/17129.43735-67



SENADO FEDERAL
Gabinete do Senador ANTONIO ANASTASIA

“V. Ex^a também aponta a questão de que polícias administrativas possam ser terceirizadas. De algum modo é o que já fazemos em relação às estradas quando admitimos a sua concessão e o concessionário acaba sendo o gestor do que acontece naquele bem público, porque a estrada é um bem público. E aponta, talvez com razão, que esse modelo possa ser ampliado para situações como essas de grandes depósitos de rejeitos minerais, para prevenir acidentes como esse de Mariana, já que o Poder Público tem menos estrutura e tem contratado cada vez menos. Acho que é um caminho muito interessante. Queria saudar V. Ex^a por essa ideia que nunca havia me ocorrido. Parabéns.”

Convictos de que o projeto abre oportunidade para avanço significativo na eficiência da Administração Pública Federal, solicitamos o apoio dos Senhores Senadores e das Senhoras Senadoras.

Sala das Sessões,

Senador ANTONIO ANASTASIA



SF/17129.43735-67