



SENADO FEDERAL
Gabinete do Senador JOSÉ PIMENTEL

PLS 280/2017
00003

PROJETO DE LEI DO SENADO nº 280, de 2017

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

EMENDA MODIFICATIVA

Dê-se ao art. 2º, I a seguinte redação:

“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 ou credenciamento, ou de atividades técnicas, instrumentais e de mera verificação necessárias a declaração de conformidade pelo ente público,** mantida a titularidade estatal e preservado o regime jurídico de direito público, tendo em vista o interesse público disposto em lei, **vedada a delegação de atividade de vigilância ou sancionatória que implique restrição ou penalização do exercício de atividade por particular;**

.....”

JUSTIFICAÇÃO

A proposição sob exame ultrapassa o limite da constitucionalidade ao permitir, amplamente, a delegação de atividades de fiscalização administrativa a particulares.

Ainda que se admita, por hipótese, essa delegação, ela somente pode ocorrer de forma limitada e secundária à ação do Poder Público e seus agentes.



SF/17864.59246-02



SENADO FEDERAL
Gabinete do Senador JOSÉ PIMENTEL

O STF, ao apreciar a ADI 3.338-7, em 31.08.2005, em que se discutia a constitucionalidade da Lei Distrital nº 3.460, que instituiu programa de inspeção e manutenção programa de inspeção e manutenção de veículos no Distrito Federal, e que permitia a concessão a empresas privadas da instalação de serviços de inspeção de veículos, mediante licitação, considerou lícita essa possibilidade.

Na discussão da matéria, sustentou o Ministro Marco Aurélio que mesmo a emissão de laudos sobre a situação do veículo seria atividade do Estado, indelegável, e que o poder de polícia não existiria sem a própria inspeção veicular. Em seu voto, explicitou:

“Dir-se-á (...) que há artigos que excluem o poder de polícia. Mas como excluir o poder de polícia quanto à lavratura de auto de infração, à apreensão do veículo, mas não fazê-lo no tocante ao levantamento de dados para chegar-se a esse ato? Já disse que não passa pela minha cabeça a União, considerada a Receita Federal, vir a delegar inspeções para a lavratura de laudos – é um argumento, talvez, ad terrorem - para servirem de base à imposição de multas. A mesma coisa afirmo quanto ao âmbito da prestação dos serviços, ao direito do trabalho, aos inspetores, aos fiscais do trabalho. Aqui, se placitarmos a lei como ela se encontra, a atividade de polícia vai estar simplesmente respaldada – o elemento essencial é sempre o laudo – em peça elaborada por particulares, por terceiros.

Por isso, penso que a atividade, no seu todo - levantamento e autuação – é precípua do Estado e ela tem que ser desenvolvida pelo próprio Estado, em não considerado o famigerado instituto da terceirização. O Estado precisa atuar inspecionando nos diversos campos, mas na via direta, como decorre do sistema adotado pelo Constituinte de 1988.

Não tenho essa inspeção – como não temo outras inspeções indispensáveis ao exercício do poder de polícia – como passível de delegação.”

Porém, a maioria dos membros da Corte entendeu que, **nesse caso apenas**, o juízo de polícia seria independente da atividade de “inspeção”, cabendo ao concessionário a emissão de laudo que seria, ainda submetido à autoridade de trânsito, sendo, para tanto suficiente a previsão contida nos §§ 3º e 4º do art. 1º e no art. 4º da Lei.

Tais decisões, com efeito, adotam o mesmo entendimento acolhido pelo STF no julgamento da ADI 1.666, em 16 de junho de 1999, em que se questionava a validade das Leis do Estado do RS nº 10.847 e 10.848, de 1996, e que autorizava o Departamento de Trânsito do Estado a delegar o serviço de inspeção veicular a particulares. Ao apreciar a constitucionalidade da norma, o Tribunal, acolhendo o Voto condutor do Min. Nelson Jobim, deferiu, por unanimidade, o pedido de medida cautelar para suspender a eficácia da Lei estadual nº 10.848/96, e, no que toca ao § 1º do art. 2º da Lei estadual nº 10.847/96, ao mesmo, emprestar





SENADO FEDERAL
Gabinete do Senador JOSÉ PIMENTEL

interpretação conforme para o fim de deixar expresso que o referido dispositivo legal não abrange o exercício de poder de polícia. Ou seja, no caso, a inspeção veicular somente poderia abarcar “tarefas secundárias ou atividades operacionais”, sem caracterizar emissão de licença, mas mera vistoria.

Do ponto de vista, ainda, da indelegabilidade do exercício do poder de polícia a entes privados, no julgamento pelo STF do MS nº 22.643, em 08.08.1998, o voto do Relator, Ministro Moreira Alves, consignou com clareza ser a *atividade de fiscalização do exercício profissional* “atividade tipicamente pública”, podendo somente ser exercida por ente autárquico, de direito público.

O mesmo entendimento foi adotado na ADI 1.717-6, em 07.11.2002, quando a Corte igualmente julgou inconstitucional o exercício de atividades de fiscalização de profissões regulamentadas em caráter privado, por delegação do poder público. O Plenário confirmou, então, liminar deferida na mesma ação, que considerava não ser possível a delegação a entidade privada de atividade típica de Estado, que abrange até o poder de polícia, de tributar e de punir, no que tange ao exercício de atividades profissionais (STF, ADI 1.717, Plenário, Rel. Min. Sydney Sanches, julgado em 07/11/2002, DJ 28/03/2003).

Se é fato que, como regra, os serviços públicos podem ser delegados aos agentes privados, como, ademais, consigna o art. 175 da Carta Magna, mediante concessão, permissão ou autorização, por critério de conveniência e oportunidade do órgão estatal detentor da competência originária para exercer a atividade, a possibilidade dessa delegação **depende**, porém, da **natureza do serviço público**.

O serviço público que envolve a manifestação do próprio Estado como responsável direto pela proteção ao interesse público não pode, por definição, ser objeto dessa espécie de colaboração do agente privado.

A indelegabilidade decorre, além da característica de ser o exercício da atividade da essência do próprio Estado, da inafastável necessidade de que os agentes públicos e órgãos por eles responsáveis estejam submetidos em sua integralidade ao regime jurídico administrativo de direito público, e imunes a pressões e juízos de conveniência que possam tolher ou comprometer a impessoalidade, generalidade, eficiência e efetividade de suas ações.

No mesmo sentido aponta Di Pietro que, por se tratar de atividade típica do Estado, o poder de polícia só pode ser por este exercido. Desse modo,





SENADO FEDERAL
Gabinete do Senador JOSÉ PIMENTEL

“Com efeito, o poder de polícia envolve o exercício de prerrogativas próprias do poder público, especialmente a repressão, insuscetíveis de serem exercidas por um particular sobre outro. Os atributos, já apontados, da autoexecutoriedade e coercibilidade (inclusive com emprego de meios diretos de coação) só podem ser atribuídos a quem esteja legalmente investido em cargos públicos, cercados de garantias que protegem o exercício das funções públicas típicas do Estado. Daí porque os atributos típicos do poder de polícia, a exemplo da autoexecutoriedade e coercibilidade, só poderem ser atribuídos a quem esteja legalmente investido em cargos públicos, dotados de garantias que assegurem o exercício das funções públicas típicas do Estado.”¹

Assim, por exemplo, decidiu o STF, em sede de liminar na ADI nº 2.310, Relator o Min. Marco Aurélio, suspender, liminarmente, dispositivos da Lei nº 9.986, de 18 de julho de 2000, que permitiam às autarquias denominadas como “agências reguladoras” contratar servidores sujeitos ao regime de emprego público, ou seja, regime de direito privado, no qual não estariam protegidas das pressões e sim passíveis de demissão.

Tratam-se, assim, de competências tipicamente estatais e, mais ainda, **exclusivamente estatais**, enquadradas, ainda, na definição contida no Decreto-Lei nº 200, cujo art. 5º, inciso I definiu “autarquia” como “o serviço autônomo, criado por lei, com personalidade jurídica, patrimônio e receita **próprio para executar atividades típicas da Administração Pública** que requeiram, para o seu melhor funcionamento, gestão administrativa e financeira descentralizada” (art. 5º, I).

Isso fica explícito na forma como a Carta Magna trata a matéria. A questão das atividades exclusivas de Estado está presente em seu art. 247, introduzido pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998, *verbis*:

“Art. 247. As leis previstas no inciso III do § 1º do art. 41 e no § 7º do art. 169 estabelecerão critérios e garantias especiais para a perda do cargo pelo servidor público estável que, em decorrência das atribuições de seu cargo efetivo, desenvolva atividades exclusivas de Estado.

Parágrafo único. Na hipótese de insuficiência de desempenho, a perda do cargo somente ocorrerá mediante processo administrativo em que lhe sejam assegurados o contraditório e a ampla defesa.”

Ou seja, o que estabelece o art. 247 da Lei Maior é que **não basta** ao servidor que desenvolve atividades exclusivas de Estado **ser estável**. Ele deve ter, ainda, **garantias especiais** contra a possibilidade de perda de seu cargo, além da

¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo Brasileiro. São Paulo: Malheiros, 33ª edição, 2007, p. 131.





estabilidade ordinária dos demais servidores públicos. Isso **impede** que se submetam aqueles servidores, ou qualquer um que exerça tais atividades, a um regime jurídico que não conduz à estabilidade, donde decorre a indelegabilidade de seu exercício a pessoas de direito privado.

Entre as atividades reconhecidas como tal, por deterem parcela do Poder do Estado que não pode ser delegado a entes não estatais ou agentes estranhos à estrutura do Estado, verificam-se as pertinentes às áreas de segurança pública, representação diplomática, arrecadação e fiscalização de tributos e contribuições, inspeção do trabalho, procuradoria, advocacia e defensoria, previdência social básica, formulação de políticas públicas, orçamento, finanças públicas e controle interno e externo, regulação econômica e de serviços públicos, serviços judiciários, fiscalização do sistema financeiro, proteção ao patrimônio histórico e cultural, proteção à saúde pública, fiscalização e inspeção agropecuária, vigilância sanitária, da exploração de recursos hídricos e minerais e do meio ambiente, ou seja, aquelas em que o Estado exerce o seu poder específico de impor condutas e exigir obediência a normas e diretrizes, constituir e restringir direitos, decorrentes das suas capacidades exclusivas de *regulação e fiscalização*.

Não se ignora o fato de que, para alguns analistas, como Diogo de Figueiredo Moreira Neto², o poder de polícia, ou atividade de polícia, pode ser desmembrado em um “ciclo de polícia”, envolvendo como fases: a) consentimento de polícia; b) fiscalização de polícia; c) ordem de polícia; e d) sanção de polícia.

A ordem de polícia contempla a produção da norma legal que estabelece os limites e condicionamentos ao exercício de atividades privadas e ao uso de bens. O consentimento de polícia, por seu turno, corresponde à anuência prévia concedida pela Administração, quando provocada, para a prática de determinadas atividades privadas ou para determinado exercício de poderes atinentes à propriedade privada, que se materializa nos atos administrativos de licença e autorização. A fiscalização de polícia envolve a prática dos atos mediante os quais a Administração Pública verifica o adequado cumprimento das ordens de polícia pelo particular, ou se o particular ao praticar atividade privada age de acordo com as condições e os requisitos estipulados na licença ou autorização. Por fim, a sanção de polícia corresponde à atuação administrativa coercitiva, em que,

² MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Transferências de atividades estatais a entes da sociedade. Diogo de Figueiredo Moreira Neto.
<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/Congresso/wtese23.htm>





SENADO FEDERAL
Gabinete do Senador JOSÉ PIMENTEL

constada violação da ordem de polícia estatal, se aplica ao particular infrator uma medida repressiva (sanção), dentre as previstas na lei.

Segundo esse Autor, o consentimento é reserva da lei (embora possa admitir desdobramento discricionário), enquanto o consentimento e a fiscalização são atividades administrativas delegáveis. Apenas a sanção de polícia se constituiria numa atividade administrativa indelegável, reserva coercitiva do Estado que é.

No âmbito do STF, a já citada ADI 1.717 firmou o entendimento de que **são indelegáveis a entes de direito privado as atividades típicas (ou exclusivas) de Estado**, como as que envolvem o exercício do poder de polícia. Na mesma linha, observa-se a também já citada decisão na ADI 2.310, exarada em 19 de dezembro de 2000, em que a Suprema Corte considerou **não ser possível o desempenho de poder de polícia administrativa por empregados públicos celetistas**, do que decorre a impossibilidade tanto de sua delegação a entidades da administração pública regidas pelo direito privado, quanto para entidades privadas, pela ausência de garantias aos seus empregados contra a perda do cargo.

Na mesma linha, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em 2009, por seu turno, adotou o seguinte entendimento:

"Limitações administrativas à liberdade e à propriedade (poder de polícia). Delegação. Impossibilidade. Por ser a supremacia geral poder de império, típico e ínsito ao próprio conceito de Estado, por ser imprescindível à sua própria existência, não pode nunca, sob exceção alguma, ser delegado a pessoas jurídicas de direito privado os atos jurídicos declaratórios das limitações administrativas. Apenas as atividades materiais precedentes, sucessivas e contemporâneas à expedição de ato jurídico de limitação administrativa podem ser delegadas (...)" APELAÇÃO CÍVEL COM REVISÃO nº 683.984-5/0-00 – TJSP, 06.02.2009.

Vale concluir, assim, que as atividades de inspeção ou fiscalização, que implicam na imediata e efetiva limitação ao direito do particular de exercer atividade sujeita a controle do Estado, não são passíveis de delegação, seja por meio de lei ou contrato, seja por meio de simples credenciamento.

Sala das Sessões, de de 2017.

Senador José Pimentel
PT/CE



SF/17864.59246-02