

Campinas, 16 de abril de 2024.

CONSULTA Nº 04/2024 – CEMMIL

ORIENTAÇÃO TÉCNICA

Assunto: Processo Administrativo nº 21052.001103/2024-37 - Ministério Agricultura e Pecuária – MAPA – Decisão negativa quanto acerca da possibilidade de destinação da incumbência das atividades do Serviço de Inspeção Municipal de Produtos de Origem Animal dos municípios partícipes.

Consulta-nos a Superintendência do CEMMIL, visando Orientação Técnica quanto à decisão exarada nos autos do Processo acima referenciado, solicitando emissão de parecer, quanto ao decidido e as conclusões lançadas na NOTA TÉCNICA Nº 2/2024/UTVDA - DSN/DSN/SDA/MAPA que indicam pela impossibilidade de destinação da incumbência das atividades SIM-POA ao CEMMIL.

Acompanha a consulta a m.d. decisão lançada no Administrativo nº 21052.001103/2024-37 – MAPA com a respectiva NOTA TÉCNICA Nº 2/2024/UTVDA - DSN/DSN/SDA/MAPA que a fundamenta.

É o que se tem a relatar.

1 Síntese da questão em análise

A questão analisada se origina de Consulta formulada pelo CONSÓRCIO INTERMUNICIPAL CEMMIL PARA O DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL ao MINISTÉRIO DA AGRICULTURA E AGROPACUÁRIA – MAPA, solicitando resposta ao seguinte questionamento:

Há possibilidade da destinação da incumbência do Serviço de Inspeção Municipal de Produtos de Origem Animal – SIM-POA de forma regionalizada ao Consórcio CEMMIL?

Sobreveio manifestação negativa do MAPA por despacho exarado nos autos do Processo Administrativo nº 21052.001103/2024-37 que é acompanhado da NOTA TÉCNICA Nº 2/2024.

As motivações para a negativa foram resumidas nas seguintes conclusões:

Diante todo o exposto, retornando o questionamento se "Há possibilidade da destinação da incumbência do Serviço de Inspeção Municipal de Produtos de Origem Animal – SIM-POA de forma regionalizada ao Consórcio CEMMIL?", **a resposta é: NÃO há possibilidade.** Tal afirmação está embasada nos seguintes pressupostos:

a) a inspeção de produtos de origem animal deve ser executada pelo Poder Público, conforme determina o §1º do art. 27-A e o caput do art. 29-A da Lei nº 8.171, de 1991, por ter personalidade jurídica de direito público o CEMMIL não pode realizar referida atividade;

b) o art. 138 do Decreto nº 5.741, de 2006, estabelece de forma expressa que a autoridade competente dos Municípios somente pode delegar competências relacionadas a inspeção e fiscalização à instituições

públicas, sendo o CEMMIL uma entidade com personalidade jurídica privada não pode realizar referida atividade;

c) de acordo com o inciso IV do art. 27-A da Lei nº 8.171, de 1991, a inspeção de produtos de origem animal tem como propósito garantir a identidade e a segurança higiênico-sanitária e tecnológica dos produtos agropecuários finais destinados aos consumidores, considerando que não se observa nenhuma aderência entre essa atividade e as finalidades do CEMMIL, contidas no art. 7º, inciso V, alínea "e" do Estatuto Social (SEI 33307289), o CEMMIL não pode realizar referida atividade.

A suma a negativa se fixa no entendimento de que os entes públicos aos quais sejam destinadas as competências de poder de polícia na inspeção de produtos de origem animal devam ser públicos e com estrutura de direito público.

Assevera que a lei federal pode estabelecer restrição da competência legislativa e da autonomia municipal para determinar a sua organização administrativa e decisão em assuntos de interesse local.

Finaliza no sentido que, dentre as finalidades do CEMMIL não se verifica nenhuma que seja aderente às atividades do Serviço de Inspeção Municipal de Produtos de Origem Animal – SIM-POA.

Dentro desse contexto passamos a analisar os fundamentos da negativa emitindo orientação técnica sobre o tema.

2 Da competência municipal para legislar sobre assuntos de interesse local, organização de sua estrutura administrativa e competência do Serviço de Inspeção

No que tange à competência municipal para designar os agentes de fiscalização e inspeção sanitária, através de consórcios públicos a que se tenha dado estrutura de direito privado passamos a expor o quanto segue.

A autonomia municipal está fixada no art. 30¹ da Constituição Federal compreendendo entre outras: legislar sobre assunto de interesse local (inciso I), organizar e prestar serviços públicos de interesse local (inciso V) e prestar serviços de atendimento à saúde da população (inciso VII).

Desta forma, fica evidenciado que em relação às questões locais, aos serviços públicos municipais e ao atendimento das ações de saúde não se questiona a competência municipal para legislar. Destaca-se que quanto ao atendimento à saúde a participação do Estado e da União se insere no campo da “cooperação técnica e financeira”.

Estabelecidos esses parâmetros, reproduzimos o quanto sustentado na CONSULTA 03-2023-CEMMIL-SIM-POA em relação às competências municipais para legislar e atuar na fiscalização e inspeção de alimentos, destacando o que segue:

¹ Art. 30. Compete aos Municípios:

I - legislar sobre assuntos de interesse local;

V - organizar e prestar, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, os serviços públicos de interesse local, incluído o de transporte coletivo, que tem caráter essencial;

VII - prestar, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado, serviços de atendimento à saúde da população;

1 Da competência municipal no que tange a matéria e sua compatibilização com as finalidades do CEMMIL

Analisamos a competência municipal quanto à fiscalização dos estabelecimentos que elaboram produtos de origem animal e sua compatibilização às finalidades estatutárias do CEMMIL.

A matéria a nível constitucional encontra respaldo nos seguintes dispositivos:

Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:

II - cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência.

Art. 200. Ao sistema único de saúde compete, além de outras atribuições, nos termos da lei:

VI – fiscalizar e inspecionar alimentos, compreendido o controle de seu teor nutricional, bem como bebidas e águas para consumo humano;

Como se infere, pelas disposições constitucionais é competência municipal cuidar da saúde, e no mesmo sentido através do Sistema Único de Saúde fiscalizar e inspecionar alimentos, o que determina, a princípio que há competência municipal para o assunto, que se vincula principalmente às ações do SUS.

Por outro lado, a legislação federal, em especial a L. 1.238/50, com as alterações introduzidas pela L. 7.889/89, fixam as atribuições e competências municipais para a fiscalização de estabelecimentos que elaboram produtos de origem animal da seguinte forma:

Art. 3º A fiscalização, de que trata esta lei, far-se-á:

- a) nos estabelecimentos industriais especializados e nas propriedades rurais com instalações adequadas para a matança de animais e o seu preparo ou industrialização, sob qualquer forma, para o consumo;
- b) nos entrepostos de recebimento e distribuição do pescado e nas fábricas que industrializarem;
- c) nas usinas de beneficiamento do leite, nas fábricas de laticínios, nos postos de recebimento, refrigeração e desnatagem do leite ou de recebimento, refrigeração e manipulação dos seus derivados e nos respectivos entrepostos;

- d) nos entrepostos de ovos e nas fábricas de produtos derivados;
- e) nos entrepostos que, de modo geral, recebam, manipulem, armazenem, conservem ou acondicionem produtos de origem animal;
- f) nas propriedades rurais;
- g) nas casas atacadistas e nos estabelecimentos varejistas.

Art. 4º São competentes para realizar a fiscalização de que trata esta Lei:

- a) o Ministério da Agricultura, nos estabelecimentos mencionados nas alíneas a, b, c, d, e, e f, do art. 3º, que façam comércio interestadual ou internacional;
- (...)
- c) as Secretarias ou Departamentos de Agricultura dos Municípios, nos estabelecimentos de que trata a alínea “a” desde artigo que façam apenas comércio municipal;

Como se infere, a legislação infraconstitucional estabelece a competência a nível municipal atrelada às Secretarias ou Departamentos de Agricultura dos Municípios, destoando da competência constitucional fixada dentro das atribuições do SUS.

Há assim aparente conflito da norma infraconstitucional com a norma constitucional estabelecida pelo art. 200, inciso VI, da Constituição Federal, como já suscitado na doutrina de Patrícia Borges de Carvalho², cuja CONCLUSÃO é a seguinte:

CONCLUSÃO

Depois da avaliação de toda a legislação em vigor relacionada às competências para a fiscalização dos alimentos de origem animal, aplicando-se os conhecimentos doutrinários, inclusive os relativos ao conflito de leis no tempo, pode-se concluir que, apesar de não ter havido, em momento nenhum, a revogação expressa da lei que dá competência aos órgãos da Agricultura, há fortes indícios que estes, desde a edição do Decreto-lei n. 986/69, não possuem respaldo legal para exercer suas atribuições.

Por ferir o art. 200 da Constituição Federal, o qual dá tal atribuição ao Sistema Único de Saúde, a Lei n. 7.889/89 possui vícios de inconstitucionalidade e, portanto, em tese não pode revogar o decreto-lei, apesar de ser mais recente que ele. A Lei de 1989 é o único diploma legal expedido após o novo texto constitucional e que seria capaz de resgatar a competência da Agricultura para a inspeção de alimentos.

² Revista de Direito Sanitário, vol. 5, n. 1, março de 2004, p. 34-36. <https://www.revistas.usp.br/rdisan/article/download/80885/84512>.

Apesar de nunca ter sofrido ação de inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal ou ter tido sua inconstitucionalidade argüida em ação judicial — considerando pesquisa jurisprudencial realizada neste estudo — há argumentos para se alegar seu conflito com a Carta Magna, e urge este questionamento por via de ação direta, por um dos atores com legitimidade ativa para impetrá-la.

Apesar de ter concluído pela existência do conflito de atribuições entre órgãos do Poder Executivo, a pesquisa jurisprudencial realizada no curso de elaboração deste trabalho não revelou a existência de questionamentos judiciais em número suficiente a levar a conclusão de que os embates estejam chegando ao Poder Judiciário, ou seja, que o setor empresarial tenha se sentido prejudicado a ponto de recorrer a outro poder do Estado para buscar a resolução do conflito. Grifamos.

Outra conclusão possível é a de que, apesar de ter consciência do problema, o poder público, representado pelos órgãos fiscalizadores, tanto relacionados à saúde pública quanto os ligados à Agricultura, continuam a ignorar os óbices jurídicos dividindo atribuições que podem não ser concorrentes. Interessante citar Bandeira de Mello (2003) quando afirma que o Poder Executivo tem a tendência de se sobrepor às leis: "o Executivo, no Brasil, abomina a legalidade e tem o costumeiro hábito de afrontá-la, sem ser nisto coartado, como devido".

Diante das possíveis ilegalidades e da inconstitucionalidade verificadas após o estudo detalhado da legislação em vigor, as seguintes propostas podem ser apresentadas visando à correção definitiva do problema:

- O Departamento de Inspeção de Produtos de Origem Animal, ligado à Secretaria de Defesa Agropecuária do Ministério da Agricultura, com toda sua estrutura e recursos, poderia, ser transferido para a Agência Nacional de Vigilância Sanitária — com conseqüente alteração de denominação —, bem como os seus servidores concursados redistribuídos para a autarquia. Tal medida, além de corrigir as incompatibilidades jurídicas, permitiria, pela inclusão do órgão no SUS, a possibilidade de sofrer controle social, uma das diretrizes deste sistema. A atuação da Agricultura, no caso dos alimentos de origem animal, deve se limitar ao controle sanitário dos animais vivos (denominado defesa sanitária animal, competência originária do Ministério e secretarias estaduais municipais de agricultura) até o momento em que chegam ao abatedouro.
- O RIISPOA, que continua recepcionado por não conter dispositivos conflitantes com o texto constitucional, deverá ser aplicado pelos órgãos e pelos servidores ligados ao Sistema Único de Saúde;
- Toda a normatização infraconstitucional — ou seja, leis, regulamentos, portarias e resoluções — deverá ser revista e reorganizada de modo a se tornar compatível com as determinações constitucionais.

•Outra alternativa, caso não se pretenda executar as alterações de ordem administrativa anteriores, seria a apresentação de proposta de emenda constitucional que incluía termos como "Participar do" ou "colaborar com" no inciso VI do artigo 200 da Constituição Federal, o qual dá atribuição ao SUS para a inspeção de alimentos, bem como que incluía, no capítulo referente à política agrícola, a competência para a inspeção dos alimentos de origem animal. Neste caso, haveria necessidade de as normas infraconstitucionais fazerem a divisão clara dos limites de atribuições mantendo os animais vivos, até o momento pós-abate, sob a competência da Agricultura e, a partir daí, atribuir aos órgãos de saúde pública o controle das matérias-primas e dos produtos alimentícios destinados ao consumo humano.

Como se observa, a despeito do aparente conflito normativo por inconstitucionalidade, tanto os fiscalizados quanto os órgãos de fiscalização vêm tolerando uma espécie de competência concorrente entre os órgãos da agricultura e da saúde no que tange ao RISPOA a nível federal o que de reflete no SIMPOA.

Desta forma, podemos entender que a questão até o momento se inclui tanto no campo da atuação do SUS quanto no campo da atuação do Ministério da Agricultura e das Secretarias ou Diretoria Municipais de Agricultura com uma espécie de competência concorrente.

Acrescentando-se que, no tange aos municípios essa competência fica restrita ao disposto na alínea "c" do art. 4º, da L. 1238/50, com a redação dada pela L. 7889/89, abrangendo apenas os estabelecimentos que façam comércio municipal.

Como se verifica a rigor a competência da fiscalização e inspeção sanitária dos alimentos é atribuída constitucionalmente ao Sistema Único de Saúde.

No entanto, a legislação infraconstitucional entendeu por atribuir tal competência ao Ministério da Agricultura e às Secretarias ou Departamentos de Agricultura municipais no que tange ao comércio local.

Logo, existem fundadas dúvidas quanto à constitucionalidade da L. 1.283/50, do Decreto-lei n. 986/69 e da L. 7.889/89, ao atribuir competência aos órgãos da Agricultura que constitucionalmente se reserva à Saúde.

Todavia, como destacado na manifestação lançada em nosso PARACER anterior, a jurisprudência não tem se manifestado contrariamente à manutenção dessa competência com os órgãos da agricultura. Razão pela qual o funcionamento do Sistema de Inspeção continua atribuído ao MAPA.

Tal situação é importante, porque, se adotado mesmo critério da interpretação literal estabelecido nas NOTA TÉCNICA 2/2024, que fundamenta a resposta negativa ao questionamento do CEMMIL, o MAPA **não poderia exercer as atribuições de fiscalização e inspeção de alimentos**, que deveriam ser destinadas ao MS (Ministério da Saúde) a teor do disposto no art. 200, da Constituição Federal.

Tecemos essas ponderações, no sentido de demonstrar a necessidade de estabelecer uma interpretação sistemática da legislação não só em relação às atribuições aos órgãos da Agricultura em confronto com o art. 200 da CF/88, mas, pela necessidade de que sejam interpretadas as normas legais e constitucionais, no

sentido de reconhecer a equiparação do CEMMIL ao conceito de “Poder Público” ou “instituição pública” para efeito da delegação das atribuições do poder de polícia na fiscalização e inspeção sanitária, a despeito de se tratar de ente público ao qual se destinou estrutura de pessoa jurídica de direito privado, como já reconheceu o Supremo Tribunal Federal em decisão com caráter de repercussão geral no TEMA 532.

2.1 Da competência municipal para legislar sobre consórcios – ente público ao qual se deu estrutura de direito privado – outorga de serviço público para execução em caráter não concorrencial – possibilidade

Em se tratando das competências legislativas para disciplinar e regular os contratos de consórcio relembramos que o art. 241³ da CF/88, estabelece expressamente a competência concorrente entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, para legislar sobre consórcios públicos.

Ainda que a União tenha disciplinado por meio da L. 11.107/05 as regras gerais para os contratos de consórcio, nada impede que os demais entes federativos como os municípios fixem normativa para formalização dos contratos de consórcio, especialmente quando se trate interesses locais, como reforça o disposto no art. 30, incisos I e II, da CF/88⁴.

O próprio marco regulatório dos consórcios públicos L. 11.07/05, reconhece a competência concorrente dos entes federados quando estabelece a ratificação por lei de seu Protocolo de Intenções pelos legislativos dos entes consorciados (art. 5º, caput⁵, art. 6º, inciso I e II)⁶.

Desta forma, a ratificação do protocolo de intenções mediante lei com a finalidade de estabelecer o Contrato de Consórcio, prevista no marco regulatório, determina necessariamente seu caráter normativo. Se trata de instrumento contratual que integra as leis ratificadoras.

Assim, as regras contidas no Estatuto Social do Consórcio, também denominado Contrato de Consórcio, têm caráter normativo por estarem contidos nos instrumentos legais de sua ratificação, possuindo força de lei.

A competência constitucional concorrente entre os entes federativos, desta forma, permite que a União estabeleça regra gerais para os contratos de consórcio, o que não se traduz em competência exclusiva ou abusiva. Os demais entes federados, dentro dos limites de suas competências próprias, poderão disciplinar de forma complementar como se dará o contrato de consórcio.

No caso dos municípios, relevante indicar que a regulamentação dos contratos de consórcio através da ratificação por lei de seus protocolos de intenção reflete sua autonomia para decidir quanto às questões locais. Motivo pelo qual, qualquer restrição estabelecida pela regulamentação federal, pode se caracterizar inconstitucional, por ingerência à autonomia municipal.

³ Art. 241. **A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios disciplinarão por meio de lei os consórcios públicos e** os convênios de cooperação entre os entes federados, autorizando a gestão associada de serviços públicos, bem como a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal e bens essenciais à continuidade dos serviços transferidos.

⁴ Art. 30. Compete aos Municípios:

I - legislar sobre assuntos de interesse local;

II - suplementar a legislação federal e a estadual no que couber;

⁵ Art. 5º O contrato de consórcio público será celebrado com a ratificação, mediante lei, do protocolo de intenções.

⁶ Art. 6º O consórcio público adquirirá personalidade jurídica:

I – de direito público, no caso de constituir associação pública, mediante a vigência das leis de ratificação do protocolo de intenções;

II – de direito privado, mediante o atendimento dos requisitos da legislação civil.

O excesso de restrições à liberdade municipal em estabelecer e gerenciar consórcios de natureza privada, p. ex., pode se configurar em ingerência, com violação do art. 30, incisos I, V, VI e VII, da CF/88⁷ a depender de cada caso concreto analisado. Pois, cabe aos municípios organizar a nível municipal os serviços públicos, inclusive o transporte público, manter os programas de educação e prestar os serviços de saúde em cooperação técnica e financeira com a União e os Estados, para atendimento da população.

Os comandos constitucionais, nesse sentido, **não autorizam a relativização ou redução pela União da vontade municipal, ainda que permitida a expedição de normas gerais. Tais normas, devem garantir a escolha dos entes municipais por um ou outro regime jurídico para o consórcio estabelecido e respeitar suas delegações e responsabilidades.** Não podendo criar empecilhos normativos que diminuam ou anulem a capacidade de escolha pelos entes federados de forma inconstitucional.

Para além disso, deve ser ressaltado que os consórcios públicos, ainda que estabelecidos sob a estrutura de pessoa jurídica de direito privado são entes públicos, a teor do que estabelece o p. ún. do art. 41, do CC e, em determinadas circunstâncias devem receber tratamento equiparado com a Fazenda Pública, por se tratar de *longa manus do Estado*.

Aos consórcios públicos instituídos sob a forma de associações civis sem fins lucrativos, prestadores de serviços públicos em caráter não concorrencial, denominados de consórcios administrativos, tanto quanto aos consórcios públicos de natureza autárquica, denominados de consórcios autárquicos, é reconhecido o tratamento destinado à Fazenda Pública, como vêm reiteradamente decidindo os tribunais superiores, desde que preenchidas algumas condições.

Essas condições podem ser assim resumidas: a) atividade não lucrativa; b) ausência de atividade concorrencial; c) execução de ações e serviços essenciais de saúde, saneamento, educação, segurança entre outros; c) financiamento público.

Trata-se, portanto, de aplicação de recursos públicos para prestação de serviço público essencial de forma universalizada e, sob esse aspecto, não se distinguem os consórcios públicos (autárquicos) dos consórcios públicos privados (administrativos), que são instituídos e compostos por entes públicos, sem fins lucrativos, gestores de recursos públicos e executores de serviços essencialmente públicos de caráter obrigatório e não concorrencial.

Sob esse aspecto, recorre-se às lições de Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2005, p. 3), que assevera:

Embora o artigo 6º só faça essa previsão com relação aos consórcios constituídos como pessoas jurídicas de direito público, é evidente que o mesmo ocorrerá com os que tenham personalidade de direito privado. Não há como uma pessoa jurídica política (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) instituir uma pessoa jurídica para desempenhar atividades próprias do ente instituidor e deixa-la fora do âmbito da atuação do Estado, como se tivesse sido instituída pela iniciativa

⁷ Art. 30. Compete aos Municípios:

I - legislar sobre assuntos de interesse local;

V - organizar e prestar, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, os serviços públicos de interesse local, incluído o de transporte coletivo, que tem caráter essencial;

VI - manter, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado, programas de educação infantil e de ensino fundamental

VII - prestar, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado, serviços de atendimento à saúde da população;

privada. Todos os entes criados pelo Poder Público para o desempenho de funções administrativas do Estado têm que integrar a Administração Pública Direta (se o ente for instituído como órgão sem personalidade jurídica) ou indireta (se for instituído com personalidade jurídica própria). Até porque o desempenho dessas atividades dar-se-á por meio de descentralização de atividades administrativas, inserida na modalidade de descentralização por serviços ...

Na mesma linha, destacamos as lições de Leonardo de Medeiros Fernandes (2007, p.124)⁸:

Ambos os consórcios públicos — quer sejam associações públicas ou privadas — inserem-se na descentralização administrativa dos entes federados associados, constituindo-se pessoas jurídicas com personalidade própria. Isto posto, eles também estão abrangidos pela imunidade tributária recíproca quanto aos impostos relativos ao seu patrimônio, renda ou serviços, desde que vinculados às suas finalidades essenciais ou às delas decorrentes (art. 150, VI, “a”, c/c §2º, CF). São pessoas destinadas a executar serviços públicos de interesse comum. Assim, os consórcios públicos na área de saúde (§ 3º), **portanto, gozam dos mesmos privilégios concedidos à Fazenda Pública**, quer em relação à impenhorabilidade de seus bens, rendas e serviços, no que concerne a foro, prazos e custas processuais, quer quanto à imunidade tributária. (grifamos)

Destaca-se, por oportuno **o Tema 532, decisão deste E. STF tomada no RE 633782/MG, Rel. Ministro LUIZ FUX**, que admite a delegação a ente privado da Administração do próprio Poder de Polícia do Estado, da qual destacamos o que segue:

EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. TEMA 532. DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. PRELIMINARES DE VIOLAÇÃO DO DIREITO À PRESTAÇÃO JURISDICIONAL ADEQUADA E DE USURPAÇÃO DA COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL AFASTADAS. PODER DE POLÍCIA. TEORIA DO CICLO DE POLÍCIA. DELEGAÇÃO A PESSOA JURÍDICA DE DIREITO PRIVADO INTEGRANTE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA INDIRETA. SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. PRESTADORA DE SERVIÇO PÚBLICO DE ATUAÇÃO PRÓPRIA DO ESTADO. CAPITAL MAJORITARIAMENTE PÚBLICO. REGIME NÃO CONCORRENCIAL. CONSTITUCIONALIDADE. NECESSIDADE DE LEI FORMAL ESPECÍFICA PARA DELEGAÇÃO. CONTROLE DE ABUSOS E DESVIOS POR MEIO DO DEVIDO PROCESSO. CONTROLE JUDICIAL DO EXERCÍCIO IRREGULAR. INDELEGABILIDADE DE COMPETÊNCIA LEGISLATIVA.

1. O Plenário deste Supremo Tribunal reconheceu repercussão geral ao *thema decidendum*, veiculado nos autos destes recursos extraordinários,

⁸ FERNANDES, L. DE M. Imunidades Tributárias. *Revista ESMAFE - Escola de Magistratura Federal da 5ª Região*, v. 13, 2007.

referente à definição da compatibilidade constitucional da delegação do poder de polícia administrativa a pessoas jurídicas de direito privado integrantes da Administração Pública indireta prestadoras de serviço público.

2. O poder de polícia significa toda e qualquer ação restritiva do Estado em relação aos direitos individuais. Em sentido estrito, poder de polícia caracteriza uma atividade administrativa, que consubstancia verdadeira prerrogativa conferida aos agentes da Administração, consistente no poder de delimitar a liberdade e a propriedade.

3. A teoria do ciclo de polícia demonstra que o poder de polícia se desenvolve em quatro fases, cada uma correspondendo a um modo de atuação estatal: (i) a ordem de polícia, (ii) o consentimento de polícia, (iii) a fiscalização de polícia e (iv) a sanção de polícia.

4. **A extensão de regras do regime de direito público a pessoas jurídicas de direito privado integrantes da Administração Pública indireta, desde que prestem serviços públicos de atuação própria do Estado e em regime não concorrencial é admissível pela jurisprudência da Corte.** (Precedentes: RE 225.011, Rel. Min. Marco Aurélio, Red. p/ o acórdão Min. Maurício Corrêa, Tribunal Pleno, julgado em 16/11/2000, DJ19/12/2002; RE 393.032-AgR, Rel. Min. Cármen Lúcia, Primeira Turma, DJe 18/12/2009; RE 852.527-AgR, Rel. Min. Cármen Lúcia, Segunda Turma, DJe 13/2/2015).

5. A constituição de **uma pessoa jurídica integrante da Administração Pública indireta sob o regime de direito privado não a impede de ocasionalmente ter o seu regime aproximado daquele da Fazenda Pública, desde que não atue em regime concorrencial.** Conseqüentemente, a Constituição, 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 e em regime não concorrencial, autoriza, conseqüentemente, a delegação dos meios necessários à realização do serviço público delegado.

Fica claro que deve ser dado o mesmo tratamento destinado à Fazenda Pública aos entes privados da Administração prestadores de serviços públicos essenciais e obrigatórios em regime não concorrencial, o que possibilita a delegação do poder de polícia de fiscalização e inspeção pretendido pelo CEMMIL em relação ao SIM-POA.

Para melhor esclarecimento destacamos os seguintes trechos do voto condutor do v. acórdão acima destacado:

1.3. 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 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.

(...)

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 adiante, 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.

Consectariamente, 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.

Consectariamente, 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.

(...)

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.**”
(...)

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.”

Dos substanciais fundamentos da v. decisão podemos extrair algumas conclusões que indicam no sentido contrário à decisão e às conclusões da NOTA TÉCNICA emitidas pelo MAPA.

Inicialmente deve ser destacado que a v. acórdão destacado enfrentou o tema da delegação de poder de polícia a ente público dotado de estrutura de pessoa jurídica de direito privado, ao qual foi outorgado serviço público típico do Estado a ser exercido em caráter não concorrencial, cuja natureza jurídica se apresenta de forma híbrida, como ressaltou a v. decisão:

...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.

Ressalta ainda o v. acórdão que a tese da indelegabilidade do poder de polícia a pessoa jurídica de direito privado não é absoluta:

...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.

Logo, o fato de se constituir o CEMMIL sob a forma de associação privada, não implica absolutamente em impedimento à delegação das atividades de fiscalização e inspeção do SIM-POA.

O v. acórdão aborda quatro pontos fundamentais na sustentação da tese da indelegabilidade do poder de polícia, afastando uma a uma, em relação aos entes privados da Administração Pública que executam serviços públicos essenciais em caráter não concorrencial, **destacando a compatibilidade do regime híbrido** às atividades do poder de polícia. Isto porque, não é possível confundir o regime jurídico da pessoa com a função desenvolvida, como se lê:

...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.

... 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.

... não se pode confundir os o regime jurídico da pessoa com o regime da função desenvolvida.

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.

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.

Reforça ainda, a competência legislativa municipal para a delegação de poder de polícia a ente público estruturado sob o regime privado, de capital público e que exerça suas atividades em caráter não concorrencial, desde que a delegação seja outorgada por meio de lei:

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.

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.

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.**”

(...)

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.

Finaliza com a fixação de Tese Objetiva 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.”

Apresentados os fundamentos necessários passamos a analisar as razões da negativa para a delegação ao CEMMIL das atribuições de fiscalização e inspeção, lançadas no Processo examinado, passando a ponderar o quanto segue.

3 Das razões apresentadas para a negativa à destinação de incumbência do SIM-POA ao CEMMIL

As razões para a negativa que se apresentaram na NOTA TÉCNICA 2/2024, são as seguintes:

- a) a inspeção de produtos de origem animal deve ser executada pelo Poder Público, conforme determina o §1º do art. 27-A e o caput do art. 29-A (sic) da Lei nº 8.171, de 1991, **por ter personalidade jurídica de**

direito público (sic) o CEMMIL não pode realizar referida atividade;

b) o art. 138 do Decreto nº 5.741, de 2006, estabelece de forma expressa que a autoridade competente dos Municípios **somente pode delegar competências relacionadas a inspeção e fiscalização à instituições públicas, sendo o CEMMIL uma entidade com personalidade jurídica privada não pode realizar referida atividade;**

Conforme sustentado até aqui, ficou evidenciado que os municípios detêm competência constitucional para delegar incumbência de poder de polícia no âmbito da fiscalização e inspeção destinadas ao SIM-POA, pois, a atividade se refere a assunto de interesse local se tratando de serviço público a ser ofertado a nível municipal, cuja organização administrativa é atribuição privativa dos municípios.

Acrescente-se que diante do estabelecido pelo art. 200, da Constituição Federal, a competência para a instituição e execução dos serviços de fiscalização e inspeção sanitária está destinada ao Serviço Único de Saúde, cuja competência é do município em âmbito local, com apoio técnico e financeiro do Estado e da União. Portanto, matéria de competência exclusivamente municipal a nível local.

Por fim, os municípios detêm competência constitucional para estabelecer regras para o estabelecimento de consórcios municipais, podendo inclusive dota-los de estrutura de direito privado.

Destacamos ainda, que a expressão “Poder Público” contida no §1º do art. 27-A e o caput do art. 28-A da Lei nº 8.171, de 1991 deve receber interpretação conforme à Constituição Federal, nos termos do que preceitua o Tema 532 do C. STF, cuja TESE OBJETIVA é a seguinte:

“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.”

Pelas mesmas razões, a expressão “instituições públicas” constante do art. 138 do Decreto nº 5.741, de 2006 deve ser interpretada de acordo com a Constituição Federal conforme decidido no *leading case* acima destacado.

Para além disso, o p. quarto do art. 29-A, atendendo ao comando constitucional e o decidido em tema de repercussão geral pelo C. Supremo Tribunal Federal, não distingue a natureza dos consórcios públicos, tomando o cuidado de menciona-los como “consórcios municipais”, como se infere:

§ 4º Os serviços oficiais de inspeção dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios **e dos consórcios municipais**, devidamente cadastrados no e-Sisbi, integram o Sistema Brasileiro de Inspeção de Produtos de Origem Animal (Sisbi-Poa) previsto no § 2º deste artigo

Logo, a Lei de regência do serviço de inspeção resguarda a possibilidade de o Poder Público delegar tanto a consórcios autárquicos quanto aos consórcios administrativos, a incumbência do Serviço de Inspeção Municipal de Produtos de Origem Animal – SIM-POA. Não se justificando a negativa aqui analisada.

Desta forma, decidindo o Supremo Tribunal Federal que 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, as expressões “Poder Público” e “instituições públicas” constantes dos dispositivos legais e regimental acima mencionados devem receber interpretação conforme para considerando o CEMMIL como “Poder Público” e/ou “instituição pública”.

Entendimento diverso implica em reconhecer a **inconstitucionalidade** dos dispositivos mencionados, pois, de acordo com o decidido pelo C. STF é constitucional a delegação de poder de polícia a ente privado da Administração Pública que desenvolva função pública na prestação de serviços essenciais em caráter não concorrencial, como é o caso do CEMMIL.

Logo, não é possível obstar as prerrogativas constitucionais de delegação dos municípios consorciados a pessoa jurídica de direito privado com traços de natureza jurídica híbrida que se aproxima do direito público, devendo ser considerado o regime da função desenvolvida, que no caso é pública.

Por fim, destacamos o último item das razões de impedimento, que assim se apresenta:

c) de acordo com o inciso IV do art. 27-A da Lei nº 8.171, de 1991, a inspeção de produtos de origem animal tem como propósito garantir a identidade e a segurança higiênico-sanitária e tecnológica dos produtos agropecuários finais destinados aos consumidores, considerando que não se observa nenhuma aderência entre essa atividade e as finalidades do CEMMIL, contidas no art. 7º, inciso V, alínea "e" do Estatuto Social (SEI 33307289), o CEMMIL não pode realizar referida atividade.

A afirmação, que as finalidades do CEMMIL não possuem aderência ao Serviço de Inspeção Municipal de Produtos de Origem Animal – SIM-POA, nos parece não conter a necessária objetividade.

Primeiro, ressaltamos que o CONSÓRCIO CEMMIL PARA O DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL carrega em seu Estatuto Social/Contrato de Consórcio, entre outras as seguintes finalidades:

Art. 7º. As finalidades do Consórcio são:

I – Planejar, adotar e executar projetos e ações destinadas a assegurar o desenvolvimento sustentável na região e a melhoria da qualidade de vida de seus cidadãos,...

V – Promover formas articuladas de planejamento do desenvolvimento regional, urbano e rural, criando mecanismos conjuntos para o combate à pobreza e de sua erradicação com o desenvolvimento sustentável, e proteção ambiental, desenvolvendo ações voltadas para a melhoria da qualidade de vida, especialmente:

g) Inspeção e fiscalização de produtos de origem animal.

VII – Planejar, assessorar, e/ou executar em favor dos municípios consorciados ações e serviços para o cumprimento dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável, de acordo com a Agenda 2030 da ONU.

Logo, há expressa previsão no Estatuto do CEMMIL autorizando sua atuação na inspeção e fiscalização de produtos de origem animal.

Além disso, o CEMMIL tem por objetivo e finalidade dar efetividade aos ODS's de acordo com a Agenda 2030 da ONU⁹. Podendo mencionar, ao menos dois, que se aderem perfeitamente às atividades a serem desenvolvidas pelo SIM-POA, como segue:

2 - Fome zero e agricultura sustentável - Acabar com a fome, alcançar a segurança alimentar e melhoria da nutrição e promover a agricultura sustentável.

12- Consumo e produção responsáveis - Assegurar padrões de produção e de consumo sustentáveis.

Demonstra-se que não há justificativa objetiva na afirmação de não aderência dos objetivos e finalidades do CEMMIL às atividades do SIM-POA.

Acrescente-se que há delegação do SIM-POA ao CEMMIL através de lei pelos municípios consorciados¹⁰, o que completa os requisitos necessários ao cumprimento da legalidade e constitucionalidade do ato.

Logo, nos parecem estar afastadas as razões de impedimento lançadas pelos órgãos do MAPA.

Isto posto, s.m.j, entendemos ser possível a destinação da incumbência do Serviço de Inspeção Municipal de Produtos de Origem Animal – SIM-POA de forma regionalizada ao CEMMIL, pelas razões e fundamentos acima lançados e, em razão da delegação do encargo ao Consórcio pelas leis municipais instituidoras do SIM-POA nos municípios.

S.M.J, é o nosso PARECER.

Rafael Angelo Chaib Lotierzo
OAB/SP 92.255

⁹ <https://brasil.un.org/pt-br/sdgs>

¹⁰ Aguaí - LEI N° 3.328, DE 20 DE ABRIL DE 2023; Mogi Mirim - Lei n° 6545, 1 de dezembro de 2022; São João da Boa Vista - LEI N° 5.243, DE 29 DE DEZEMBRO DE 2.023; São José do Rio Pardo - LEI N° 6.290, DE 06 DE SETEMBRO DE 2023; Vargem Grande do Sul - LEI N.º 4.866, DE 02 DE AGOSTO DE 2023.