



**Diálogo
Institucional**

ASSESSORIA E ANÁLISE
DE POLÍTICAS PÚBLICAS



A NATUREZA DA CARREIRA DE AUDITOR FISCAL FEDERAL AGROPECUÁRIO E AS ATIVIDADES TÍPICAS OU EXCLUSIVAS DE ESTADO



MAIO DE 2022

Luiz Alberto dos Santos

Consultor – Advogado (OAB RS 26485 e OAB DF 49777 -
Especialista em Políticas Públicas e Gestão Governamental -
Mestre em Administração – Doutor em Ciências Sociais

Sumário

1. Introdução	2
2. Cargos Típicos ou Exclusivos de Estado	2
3. A PEC nº 32/2020 e o Substitutivo da Comissão Especial	12
4. Defesa Agropecuária e o Poder de Polícia	17
5. Conclusão	39

ESTUDO

A NATUREZA DA CARREIRA DE AUDITOR FISCAL FEDERAL AGROPECUÁRIO E AS ATIVIDADES TÍPICAS OU EXCLUSIVAS DE ESTADO

1. Introdução

Solicita o Sindicato Nacional dos Auditores Fiscais Federais Agropecuários – ANFFA Sindical estudo sobre a natureza da Carreira de Auditor Fiscal Federal Agropecuário, à luz do conceito de *atividades típicas ou exclusivas de Estado*, em decorrência do atualmente disposto no art. 247 da Constituição, e das propostas de alteração ao regime jurídico dos servidores públicos contidas na PEC nº 32, de 2020, do Poder Executivo, que “Altera disposições sobre servidores, empregados públicos e organização administrativa”, ora em tramitação na Câmara dos Deputados.

A relevância dessa análise decorre de duas ordens de garantia. Os servidores que sejam considerados responsáveis por exercer atividades exclusivas de Estado, nos termos do art. 247 da Constituição em sua redação vigente, ou que venham a ser, com base em critérios definidos em lei complementar, nos termos da PEC nº 32/2020, ocupantes de “cargos típicos de Estado”, terão direito à estabilidade no cargo efetivo, e, ainda, a garantias especiais contra a perda do cargo. Ademais, estarão sujeitos a limitações no tocante à acumulação de cargos e, quanto ao ingresso, a período de vínculo de experiência de dois anos.

Na PEC nº 32/2020, em sua forma original, a estabilidade, para os futuros servidores, somente será assegurada aos ocupantes de cargos “típicos de Estado”, e, assim, definir os critérios a serem empregados para essa classificação será fundamental para que não decorra, de sua incorreta aplicação, prejuízos a servidores que devem contar com a proteção da estabilidade para o adequado exercício de suas atribuições.

Assim, abordaremos neste Estudo essa situação e as questões essenciais a serem observadas para a identificação desses critérios e sua aplicação aos Auditores Fiscais Federais Agropecuário, sem prejuízo de outros cargos que, no âmbito da Fiscalização Federal Agropecuária, mereçam o mesmo enquadramento.

2. Cargos Típicos ou Exclusivos de Estado

Para o deslinde da questão, uma preliminar fundamental, de ordem conceitual, é a definição do conceito de “atividade exclusiva de Estado”, necessária ao cumprimento do

art. 41 da Constituição, bem assim ao art. 169, que, por força do art. 247 da Constituição, devem observar em sua regulamentação “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.”

Definir quais são os servidores revestidos dessa caracterização tem sido questão polêmica e insatisfatoriamente resolvida no campo da doutrina, sendo necessário o estabelecimento de critérios para diferenciar o servidor público responsável por *função pública*, logo *exclusiva ou típica de estado*, dos demais agentes encarregados de serviços públicos.

Para estabelecer esta diferenciação, RENATO ALESSI (apud BERNARDES, 1993:115) propõe a identificação de dois requisitos: a) o enquadramento no sistema organizativo da administração pública, ou seja, a condição de servidor do Estado; b) **a atribuição de uma função pública “vera e própria”, ou seja, atividade ideológica ou volitiva voltada para o exercício, ou para favorecer o exercício, da autoridade pública.**

Ausente o primeiro elemento, o agente público não é servidor; ausente a segunda, é apenas encarregado de serviço público, ou *empregado público*. A “prova da tipicidade” deve ser buscada, portanto, nas atribuições a serem exercidas pelos agentes públicos, e aferida mediante critérios objetivos, tais como os propostos por BERNARDES¹ (idem: 117):

- “1. *prestação de serviço público em favor da coletividade: finalidade;*
2. *que envolve o mando estatal: autoridade pública;*
4. *para atendimento de necessidades públicas a que o Estado se obrigou: essencialidade;*
5. *tendo caráter principal na atividade do agente público: predominância ou intensidade;*
6. *e importando, para o agente, deveres públicos e acréscimo de limitações na esfera das liberdades cívicas: múnus público;*
7. *principalmente em razão da qualificação funcional do agente ou da designação que recebe: individuação;*
8. *e sobretudo se a tarefa é referente à soberania do Estado: excelência.”*

São, portanto, decisivos o grau de vinculação da função exercida com a autoridade estatal e a pessoa do agente público considerado. A destinação constitucional do agente, a atividade para a qual contribui é distintivo essencial, seja para a verificação da *tipicidade primária* ou *tipicidade derivada ou auxiliar*.

Não serão, portanto, quaisquer cargos destinados ao exercício de atividades vinculadas às funções estatais típicas que estarão investidos da *tipicidade*, mas somente aqueles cujos ocupantes *personificam* ou enfeixam *poderes estatais*, ou que exercem parcela desse poder, ou cujos cargos somente têm sentido se vinculados ao exercício desse poder. Caso contrário, a tipicidade das carreiras estaria vinculada ao mero exercício de um cargo no âmbito de determinado órgão, distorcendo o conceito de maneira paradoxal: bastaria ao

¹ BERNARDES, Hugo Gueiros. Serviço público: função pública, tipicidade; critérios distintivos. Revista de Informação Legislativa, Brasília, Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, ano 29, nº 118, abr.-jun. 1993.p. 111-126.

servidor em atividade de apoio operacional ou técnico-administrativo, consideradas via de regra *subalternas*, estar em exercício em determinado órgão e seu cargo passaria a ser também caracterizado como *típico*.

Por outro lado, em determinadas situações há atribuições que somente podem ser exercidas **no órgão** que enfeixa competência estatal específica, o que, necessariamente, acarreta a *tipicidade* da função exercida pelo agente público. Esse aspecto distintivo pode ser aferido, igualmente, pelas especificidades dos conhecimentos exigidos para ingresso no cargo e sua vinculação com as competências do poder público.

Se uma categoria é definida, em face de suas atribuições, como responsável pelo exercício de uma atividade exclusiva de Estado, isso traduz-se na necessidade de ela ter garantias especiais para o exercício desse tipo de atividade, não podendo ser submetida a um regime jurídico que não inclui, dentre as suas características, o instituto da estabilidade. Conforme Adilson Abreu Dallari:

*“(...) existem funções que exigem do servidor incumbido de desenvolvê-las uma especial inerência, especiais garantias, por força da especial dose de autoridade, de autonomia e de fidelidade requeridas para o seu exercício. É o caso das funções de fiscalização, do serviço diplomático, dos Delegados de Polícia, dos membros do Ministério Público e da Magistratura. Somente o regime estatutário (que se opõe à idéia de regime contratual, como é o celetista) pode conferir a tais agentes o elevadíssimo grau de autonomia funcional indispensável para o exercício de suas elevadas funções.(...)”*²

A Lei nº 6.185, de 11 de setembro de 1974, que dispunha sobre os servidores públicos civis da Administração Federal direta e autárquica, segundo a natureza jurídica do vínculo empregatício, editada em contexto constitucional em que inexistia a obrigatoriedade de um *regime jurídico único* para os servidores, estabeleceu a seguinte conceituação em seus artigos 2º e 3º:

Art. 2º Para as atividades inerentes ao Estado como Poder Público sem correspondência no setor privado, compreendidas nas áreas de Segurança Pública, Diplomacia, Tributação, Arrecadação e Fiscalização de Tributos Federais e Contribuições Previdenciárias, Procurador da Fazenda Nacional, Controle Interno, e no Ministério Público, só se nomearão servidores cujos deveres, direitos e obrigações sejam os definidos em Estatuto próprio, na forma do art. 109 da Constituição Federal. (Redação dada pela Lei nº 6.856, de 1980)

Art. 3º Para as atividades não compreendidas no artigo precedente só se admitirão servidores regidos pela legislação trabalhista, sem os direitos de greve e sindicalização, aplicando-se-lhes as normas que disciplinam o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço.

Parágrafo único. Os servidores a que se refere este artigo serão admitidos para cargos integrantes do Plano de Classificação, com a correspondente remuneração.

Assim, havia como pressuposto para o tratamento diferenciado, do ponto de vista *do regime jurídico*, e, conseqüentemente, da atribuição da estabilidade, então vinculada à titularidade de cargo público e ao funcionário admitido por concurso pela Constituição de 1967/69, o exercício de *atividade inerente ao Estado e sem correspondência no setor privado*.

² DALLARI, Adilson Abreu. Regime constitucional dos servidores públicos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, 2ª ed. p. 49.

Assim, a nota da “exclusividade” já estava presente nessa Legislação, assim como o rol restrito de atividades então reconhecidas como tal.

A Emenda Constitucional (EC) nº 19, de 1998, incorporou, na forma do novo art. 247 da Constituição, a previsão de que o servidor público estável, em decorrência das **atribuições de seu cargo efetivo**, deveria contar com *critérios e garantias especiais* para a perda do cargo nas hipóteses de *excesso de despesas e desempenho insuficiente*, sendo essa definida em lei complementar.

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 EC 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 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.

Com isso, a EC 19/98 adotou, ainda que sem uma definição clara do ponto de vista constitucional ou doutrinário, a noção esboçada pelo Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado, de 1995, e demais documentos oficiais elaborados pelo Governo na oportunidade,³ que apontavam a divisão do Estado em “núcleos”, sendo um deles o “Núcleo de Atividades Exclusivas”, que definiria “o Estado enquanto pessoal”, e composto por atividades como *polícia, regulamentação, fiscalização, fomento e seguridade social básica*.

Segundo aquela concepção,

“... os servidores públicos, e, portanto, integrantes de carreiras de Estado, serão apenas aqueles cujas atividades estão voltadas para as atividades exclusivas de Estado, relacionadas com a formulação, controle e avaliação de políticas públicas e com a realização de atividades que pressupõem o Estado enquanto pessoal. Para a realização de atividades auxiliares como manutenção, segurança e atividades de apoio diversas será dada continuidade ao processo de terceirização, transferindo-as para entidades privadas.

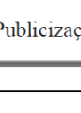
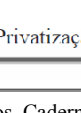
O fortalecimento dos profissionais atuando nas áreas exclusivas de Estado é um requisito para garantir a qualidade e a continuidade da prestação de serviços e o alcance do interesse público com a descentralização da prestação de atividades de Estado. O novo papel do Estado pressupõe assim o fortalecimento das carreiras voltadas para a formulação, controle e avaliação das políticas públicas, bem como,

³ Ver BRASIL, MARE. A Nova Política de Recursos Humanos. Cadernos MARE da Reforma do Estado, n.º 11, Brasília: MARE, 1997, 48 p., p. 22.

para atividades exclusivas de Estado. Uma vez que as novas funções estão relacionadas com decisões estratégicas de Estado, as carreiras a serem fortalecidas não as de nível superior associadas ao desempenho de tais competências.”⁴

A fim de dar sustentação teórica e conceitual ao processo de “reinstitutionalização” da Administração Pública, contornando os limites das figuras jurídicas contempladas pelo Decreto-Lei n.º 200/67 e incorporadas ao ordenamento constitucional, estabeleceu o Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado uma concepção baseada na classificação das instituições públicas conforme as suas atividades, para definir o grau de intervenção da reforma e a autonomia a ser conferida a cada entidade. Segundo os documentos elaborados pelas áreas técnicas do governo responsáveis pela concepção, ela pode ser assim resumida:

Figura 1 - Setores do Estado, formas de propriedade e de administração

	FORMA DE PROPRIEDADE			FORMA DE ADMINISTRAÇÃO		INSTITUIÇÕES
	Estatal	Pública Não-Estatal	Privada	Burocrática	Gerencial	
Atividades Exclusivas do Estado	NÚCLEO ESTRATÉGICO Legislativo, Judiciário, Presidência, Cúpula dos Ministérios					Secretarias Formuladoras de Políticas Públicas Contrato de Gestão
	ATIVIDADES EXCLUSIVAS Polícia, Regulação, Fiscalização, Fomento, Seguridade Social Básica					Agências Executivas e Autônomas
	SERVIÇOS NÃO-EXCLUSIVOS Universidades, Hospitais, Centros de Pesquisa, Museus	Publicização 				Organizações Sociais
	PRODUÇÃO PARA O MERCADO Empresas Estatais	Privatização 				Empresas Privadas

Fonte: Uma nova política de recursos humanos. Cadernos MARE n.º 11, 1997, p. 27.

Em documentos elaborados posteriormente à edição do Plano Diretor, o ex-Ministro da Administração Federal e Reforma do Estado acrescentou à sua conceituação elementos que permitem inferir, de maneira mais completa, qual o alcance da classificação proposta:

“Considerando que o núcleo estratégico atua essencialmente no planejamento, formulação e avaliação das políticas públicas, será necessária, nesta área, a organização de quadros e carreiras com alta qualificação técnica e visão global do processo decisório do Estado, porque caberá a estes quadros subsidiar o processo de formulação das políticas governamentais. Ressalte-se que há, hoje, uma grande precariedade no aparelhamento dos Ministérios para este trabalho, resultado da

⁴ Idem, ibidem. p. 26.

negligência com que foi tratada a organização e o desempenho dos órgãos da administração direta.

O setor de atividades exclusivas, por operacionalizar serviços tipicamente estatais, que pressupõem o exercício dos poderes típicos da função estatal, como arrecadação, fiscalização, etc deverá dispor de carreiras e cargos com alta especialização, qualificados para a prestação dos serviços exclusivos do Estado, com eficiência e eficácia. Muitas destas atividades poderão ser estruturadas sob a forma de Agências Autônomas⁵ - modalidade de organização dotada de maior agilidade e flexibilidade de gestão. Submetidas a novas formas de supervisão e fiscalização, baseadas no controle de resultados a posteriori a partir de metas previamente negociadas com o Governo (substituindo o ultrapassado e ineficiente controle de procedimentos), as Agências exigirão a maior responsabilização dos dirigentes em relação ao atingimento dos resultados acordados, e deverão dispor, além disso, de maior autonomia administrativa e financeira, favorecendo as condições para a gestão.”⁶

O *Núcleo de Atividades Exclusivas* é o *locus* onde se inserem as atividades que *só o Estado pode executar*. Da mesma forma que no *Núcleo Estratégico*, são exercidas *atividades exclusivas do Estado*, mas, nesse setor, identifica-se o exercício do “poder extroverso” do Estado, que se materializa no poder de regulamentar, fiscalizar, fomentar, cobrar e fiscalizar tributos, no poder de polícia, na prestação de serviços previdenciários básicos, etc.

Enquanto o *Núcleo Estratégico* alcançaria os servidores responsáveis pela própria definição dos fins estatais, a partir de sua atuação no processo de formatação das políticas públicas e sua viabilização, o *Núcleo de Atividades Exclusivas* seria o *locus* onde se inserem as atividades que *só o Estado pode executar*. Da mesma forma que no *Núcleo Estratégico*, nele são exercidas *atividades exclusivas do Estado*, mas, nesse setor, identifica-se o exercício do “poder extroverso” do Estado, que se materializa no poder de regulamentar, fiscalizar, fomentar, cobrar e fiscalizar tributos, no poder de polícia, na prestação de serviços previdenciários básicos etc.

Para Hely Lopes Meirelles⁷,

“Algumas dessas atividades exclusivas são desempenhadas. por servidores vitalícios, como os membros da Magistratura, do Ministério Público e do Tribunal de Contas. Portanto, somente outras atividades exclusivas de Estado é que deverão ser indicadas pela lei; dentre elas, por certo, as dos policiais, dos advogados públicos, dos diplomatas, dos pesquisadores científicos, dos agentes de saneamento básico, dos agentes fiscais de tributos, de previdência, do sistema bancário e financeiro, de normas sanitárias. e de outras funções peculiares ao exercício do poder de polícia. Portanto, as atividades exclusivas de Estado são aquelas inerentes ao chamado poder extroverso do Estado, consistentes em regulamentar, fiscalizar e fomentar. Nessa linha, o inc. XXII do art. 37, na redação dada pela EC 42, de 19.12.2003, diz que as administrações tributárias são atividades essenciais ao funcionamento do Estado e terão recursos prioritários para a realização de suas atividades, atuando de forma

⁵ Posteriormente, o MARE passou a adotar a denominação “Agências Executivas”, incorporada à legislação ordinária por meio de medida provisória, finalmente convertida na Lei nº 9.649/98, atualmente em vigor.

⁶ BRASIL, Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado. Respostas às Questões Formuladas pela Dep. Telma de Souza. MARE, dez. 1995.

⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. Atualizado por José Emmanuel Burle Filho e Carla Burle. São Paulo: Malheiros, 2016, 42ª. Ed, p. 561.

integrada, inclusive com o compartilhamento de seus cadastros e informações, na forma da lei ou convênio.” (grifo nosso)

Segundo Celso Antonio Bandeira de Mello, o “poder extroverso” está associado ao caráter de *imperatividade* do ato administrativo, que é a qualidade pela qual os atos administrativos se impõem a terceiros, independentemente de sua concordância. Trata-se de conceito elaborado por Renato Alessi, que chama de “poder extroverso” a capacidade do Poder Público “de editar provimentos que vão além da esfera jurídica do sujeito emitente, ou seja, que interferem na esfera jurídica de outras pessoas, constituindo-as unilateralmente em obrigações”⁸.

Conforme ensina Paulo Modesto, o conceito é empregado para os fins de classificar a ação administrativa sob o critério formal, e estritamente jurídico. Esclarece que, para Alessi, as funções públicas são tidas como “formas de emanção de atos de produção jurídica, formas de introduzir alterações numa ordem jurídica dada, com alcance e efeitos diversos”. Nesse contexto, a administração é definida como

“a emanção de atos de produção jurídica complementar, pois são aplicação concreta do ato de produção jurídica primário e abstrato contido na norma legislativa; nessa atividade, o órgão estatal atua como parte das relações a que os atos se referem, a semelhança do que ocorre nas relações de direito privado, mas com a diferença de agir como parte em situação de superioridade, podendo unilateralmente intervir na esfera jurídica de terceiros (poder extroverso)”.⁹

A conceituação de ambos os setores dada pelo Plano Diretor, no entanto, não é suficiente para que se identifique o exato alcance do *conceito constitucionalizado* pela EC 19/98. Na verdade, sob um olhar mais crítico, pode-se mesmo perceber uma certa *confusão* entre ambos os setores, à medida que seu alcance tende a *ampliar-se* estabelecendo uma zona de intersecção crescente. Como assegurar ou cobrar o cumprimento das decisões de governo, sem que o **Núcleo Estratégico** seja dotado também de poder extroverso ou instrumentos que vão além da cúpula de cada Poder, é uma questão não respondida pelo Plano Diretor, mas que exige soluções no momento da implementação de tais conceitos e construções teóricas.

Para regulamentar essa disposição constitucional, foi enviado em 1999 ao Congresso Nacional, pelo Poder Executivo, o Projeto de Lei Complementar nº 248, que, aprovado pela Câmara e pelo Senado, aguarda, desde 1999, apreciação conclusiva de emendas do Senado. Contudo, o texto aprovado em ambas as Casas, prevê em seu art. 15:

*“Art. 15. Desenvolvem atividades exclusivas de Estado, no âmbito da Poder Executivo da União, os servidores integrantes das carreiras, ocupantes dos cargos efetivos ou alocados às atividades de Advogado da União, Assistente Jurídico da Advocacia-Geral da União, Defensor Público da União, Juiz do Tribunal Marítimo, Procurador, Advogado e Assistente Jurídico dos órgãos vinculados à Advocacia-Geral da União, Procurador da Fazenda Nacional, Procurador da Procuradoria Especial da Marinha, Analista e Inspetor da Comissão de Valores Mobiliários, Analista Técnico da Superintendência de Seguros Privados, Auditor-Fiscal de Previdência Social, Auditor-Fiscal e Técnico da Receita Federal, Especialista do Banco Central do Brasil, **Fiscal de Defesa Agropecuária**, Fiscal Federal de Tributos, fiscalização do*

⁸ BANDEIRA DE MELLO, C. A.. (2015). Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Malheiros, 32a. Edição, p. 427.

⁹ MODESTO, P. (1995). Função Administrativa. Revista do Serviço Público nº 119, p. 95-119, mai./dez. 1995, p. 112.

cumprimento da legislação ambiental, Fiscalização do Trabalho, Analista e Técnico de Finanças e Controle, Analista e Técnico de Orçamento, Especialista em Políticas Públicas e Gestão Governamental, Técnico de Planejamento, código P-1501, Técnico de Planejamento e Pesquisa do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada e demais cargos técnicos de provimento efetivo de nível superior ou intermediário integrantes dos quadros de pessoal dessa fundação destinados à elaboração de planos e orçamentos públicos, Policial Federal, Policial Ferroviário Federal, Policial Rodoviário Federal, Diplomata, Policial Civil federal e Agente Fiscal federal integrantes de quadro em extinção dos ex-Territórios Federais, assegurando-se a preservação dessa condição inclusive em caso de transformação, reclassificação, transposição, reestruturação, redistribuição, remoção e alteração de nomenclatura que aferem os respectivos cargos ou carreiras sem modificar a essência das atribuições desenvolvidas.”

Assim, já no âmbito daquela deliberação do Poder Legislativo, se dava o reconhecimento do cargo de **“Fiscal de Defesa Agropecuária”**, nome então dado aos atuais cargos da Carreira de **Auditor Fiscal Federal Agropecuário**, o **reconhecimento dessa condição**, com os consentâneos assegurados em termos de garantias regulares, decorrentes da própria estabilidade, e especiais, decorrentes da natureza de *atividade exclusiva de Estado* de suas atribuições, contra a perda do cargo.

A referida proposição, até esta data, não se converteu em lei e, à míngua dessa legislação complementar que cumpra o disposto no art. 247 da Constituição, algumas tentativas de “definição” de carreiras exclusivas de Estado foram encetadas. Poucas, porém, com êxito, como ocorrido no caso da Carreira de Delegado da Polícia Federal, nos termos da Lei nº 9.266, de 1996, alterada pela Lei nº 13.047, de 2014, que assim define em seu art. 2º-A:

“Art. 2º-A. A Polícia Federal, órgão permanente de Estado, organizado e mantido pela União, para o exercício de suas competências previstas no § 1º do art. 144 da Constituição Federal, fundada na hierarquia e disciplina, é integrante da estrutura básica do Ministério da Justiça.

Parágrafo único. Os ocupantes do cargo de Delegado de Polícia Federal, autoridades policiais no âmbito da polícia judiciária da União, são responsáveis pela direção das atividades do órgão e exercem função de natureza jurídica e policial, essencial e exclusiva de Estado.”

É de se notar que a opção do Legislador, nesse caso, se deu de forma limitada, não reconhecendo o mesmo *status* aos demais cargos que exercem igualmente atividades exclusivas de Estado, no âmbito da mesma instituição: Agentes de Polícia Federal, Peritos Criminais Federais e Escrivães, todos eles, atualmente, cargos de nível superior, não foram por ela considerados como titulares do mesmo reconhecimento legal.

Em linha semelhante, mas não tão “explícita”, a Lei nº 13.464, de 2017, promoveu alteração ao art. 1º da Lei nº 11.457, de 2007, de forma a assegurar o *status* de atividade essencial e indelegável às atividades da *administração tributária e aduaneira* exercidas pelos servidores da Receita Federal, quaisquer que sejam:

“Art. 1º A Secretaria da Receita Federal passa a denominar-se Secretaria da Receita Federal do Brasil, órgão essencial ao funcionamento do Estado, de caráter permanente, estruturado de forma hierárquica e diretamente subordinado ao Ministro de Estado da Fazenda e que tem por finalidade a administração tributária e aduaneira da União.

*Parágrafo único. São **essenciais e indelegáveis** as atividades da administração tributária e aduaneira da União exercidas pelos servidores dos quadros funcionais da Secretaria da Receita Federal do Brasil.” (NR)*

A redação dada ao “caput” segue, em linhas gerais, o já previsto no art. 37, XXII da Constituição, com a redação dada pela EC 42/2003, que define as administrações tributárias da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios com “**atividades essenciais ao funcionamento do Estado, exercidas por servidores de carreiras específicas**”. Quanto ao parágrafo único, porém, ele busca extrair, do “caput”, por extensão, a noção de que o exercício das atividades do órgão exercidas pelos seus “quadros funcionais”, independentemente do cargo, assegura a todos eles, e notadamente os integrantes da Carreira Tributária e Aduaneira, que detêm atribuições privativas, ou acessórias delas, nos termos da Lei nº 10.593, de 2002, a proteção estabelecida pelo art. 247 da CF.

Ratificando o entendimento supramencionado quanto à impossibilidade de se considerar o caráter de “exclusividade” em função do órgão de exercício, em 15 de dezembro de 2006, o Presidente da República vetou o art. 23 da Lei nº 11.416, de 15 de dezembro, resultante do Projeto de Lei nº 97, de 2006 (nº 5.845/05 na Câmara dos Deputados), que “Dispõe sobre as Carreiras dos Servidores do Poder Judiciário da União”, o qual assim previa:

“Art. 23. Os ocupantes dos cargos de provimento efetivo das Carreiras dos Quadros de Pessoal do Poder Judiciário executam atividades exclusivas de Estado.”

O veto presidencial fundamentou-se no entendimento de que “O alcance da expressão ‘atividade exclusiva de Estado’ é controvertido na doutrina que se debruça sobre o tema.” E aponta:

“Parte dela entende, de forma restritiva, que, afora os membros de Poder, as atividades exclusivas de Estado seriam apenas relativas à regulamentação, fiscalização e fomento.”¹⁰

Outros setores especializados, identificando atividade exclusiva de Estado com carreira típica de Estado, entendem que tais atividades são apenas as exercidas por diplomatas, fiscais, administradores civis, procuradores e policiais.

*A despeito do dissenso travado acerca do referido conceito, bem como da confusão que muitas vezes se faz entre atividade típica e carreira típica de Estado, temos que, de fato, a Carta Constitucional conferiu à lei o mister de determinar quais as carreiras e as atividades que devem ostentar tal título. Tal redação do art. 247 da **Lex Legum**:*

‘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.’

Como se pode auferir da leitura, a liberdade do legislador, nesse aspecto, não é irrestrita. Isto porque a Constituição Federal, na parte final do dispositivo acima transcrito, vincula a classificação de atividade exclusiva de Estado às atribuições do cargo efetivo e não ao Poder ou órgão de exercício deste.

Depreende-se, portanto, que a Lei Maior, pretendendo revestir os ocupantes de determinados cargos de maiores garantias de estabilidade funcional, delimitou um

¹⁰ Corroborando esse fato, afirma Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2019:686) que o conceito abrange “além dos membros da Magistratura, Ministério Público, Tribunal de Contas, Advocacia Pública e Defensoria Pública (os quais exercem atribuições constitucionais), os servidores que atuam nas áreas de polícia civil ou militar, controle, fiscalização, diplomacia e regulação.”

âmbito de incidência dentro do qual poderá a norma infraconstitucional atuar, estabelecendo um critério orientador da definição de atividade exclusiva de Estado.

Essas garantias, assim, não podem ser concedidas pelo legislador a quaisquer cargos sem apreciação de critérios objetivos atinentes às atribuições destes, sob pena de ferir, inclusive, o princípio da isonomia entre os servidores públicos civis.

Isto é, se a atividade de apoio operacional exercida no âmbito do Poder Judiciário federal é considerada exclusiva de Estado, não há razão, pela dicção constitucional, para que aquela praticada no âmbito do Poder Executivo ou Legislativo não seja assim considerada, haja vista não haver, em essência, diferença de atribuições entre elas. Do contrário, estar-se-ia criando um privilégio injustificado.

Assim, temos que a definição do que seja atividade exclusiva de Estado deve manter relação estreita com a natureza do cargo contemplado e das funções empreendidas pelo seu ocupante, bem como pelo seu posicionamento estratégico dentro da administração pública, o que justificaria o tratamento diferenciado em relação aos demais cargos públicos e melhor se enquadraria no âmbito conceitual da Constituição.”¹¹

Em 2013, a Presidente da República vetou integralmente o Projeto de Lei nº 6.127, de 2009, que pretendia assegurar aos servidores do IBGE o tratamento de “atividade exclusiva de Estado. Além de ser resultante de iniciativa parlamentar, ferindo o art. 61, § 1º, II, “c” da Constituição, a proposição mereceu o veto por não se coadunar com o art. 247 que “deve ser interpretado restritivamente quanto às atividades exclusivas de Estado, limitando a atividade legislativa com base nas atribuições do cargo efetivo, não quanto ao órgão de exercício das atividades do servidor”.¹²

Segundo o consagrado magistério de Maria Sylvia Zanella Di Pietro¹³:

*“A lei terá, certamente, que enfrentar a difícil tarefa de definir quais sejam as atividades exclusivas de Estado, podendo-se adiantar que abrangerão, certamente, pelo menos, as **carreiras institucionalizadas pela Constituição** (Magistratura, Ministério Público, Advocacia Pública, Defensoria Pública, Polícia), **além de outras atividades inerentes ao próprio conceito de Estado**, como diplomacia, polícia, controle, fiscalização. A Lei n. 9.801, de 14.6.99, que dispõe sobre as normas gerais para perda de cargo público por excesso de despesa, contém dois dispositivos que se referem à perda do cargo pelo servidor que exerce atividade exclusiva de Estado: o artigo 2º, § 1º, inciso IV, pelo qual o ato normativo a que se refere o artigo 169, § 4º, da Constituição, entre outros requisitos, deverá especificar “os critérios e as garantias especiais escolhidos para identificação dos servidores estáveis que, em decorrência das atribuições do cargo efetivo, desenvolvam atividades exclusivas de Estado”; e o artigo 3º determina que “a exoneração de servidor estável que desenvolva atividade exclusiva de Estado, assim definida em lei, observará as seguintes condições: I - somente será admitida quando a exoneração de servidores dos demais cargos do órgão ou unidade administrativa objeto da redução de pessoal tenha alcançado, pelo menos, trinta por cento do total desses cargos; II – cada ato reduzirá em no máximo trinta por cento o número de servidores que desenvolvam atividades exclusivas de Estado”. Como se vê, **o dispositivo estabelece os requisitos, mas não define as atividades exclusivas de Estado. Para conciliar os dois dispositivos, tem-se que entender que, ao baixar o ato normativo, o Chefe de Poder indicará os critérios para identificação dos servidores que exercem atividade exclusiva de Estado, devendo,***

¹¹ Mensagem Presidencial nº 1.141, de 15 de dezembro de 2006.

¹² Mensagem Presidencial nº 65/2013-CN.

¹³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 33ª. ed. São Paulo: Editora Forense, p. 774

para esse fim, extrair do ordenamento jurídico vigente as normas legais que permitam a identificação desse tipo de atividade, já que não existe lei específica que contenha essa definição”. (grifo nosso)

A definição a ser adotada para a aplicação do *conceito*, portanto, requer a adoção de critérios classificatórios, que levem em conta *atribuições específicas*, privativas ou não de cada carreira, evitando-se, portanto, a mera consideração de um órgão de exercício como critério para esse fim. Contudo, sendo as atribuições dos cargos, e suas atividades, decorrentes das competências estatais a serem exercidas por meio de órgãos aos quais prestam serviços, é necessário **também** considerar a própria natureza de órgãos que exercem *atividades típicas ou exclusivas de Estado*.

3. A PEC nº 32/2020 e o Substitutivo da Comissão Especial

Nos termos da PEC nº 32/2020, na forma originalmente proposta, o conceito de “cargo típico de Estado” seria determinante das garantias a serem asseguradas ao servidor.

Nessa proposta, apenas os servidores ocupantes de “cargos típicos de Estado”, que seriam definidos a partir de critérios fixados em lei complementar, teriam direito à estabilidade no cargo, após o cumprimento de vínculo de experiência de no mínimo dois anos, com desempenho satisfatório, e conclusão do estágio probatório de 3 anos, também sujeito a avaliação de desempenho. Nessas atividades, seria vedada a utilização de pessoal contratado por meio de instrumentos de cooperação com entidades privadas, e não estariam sujeitos à redução de remuneração com redução de jornada.

A Lei Complementar prevista não definirá um rol de carreiras, atividades ou cargos a serem considerados *típicos de Estado*, mas definirá, apenas *critérios* a serem empregados para essa definição, nos 3 níveis da Federação.

A partir daí, cada ente estatal definiria, por meio de Lei ordinária, nos termos do art. 39-A proposto pela PEC nº 32/2020, a que cargos específicos se aplicam tais distinções.

Mas a ausência, no texto da PEC, sobre como esse tema será abordado pelo Legislador, ainda que pela via de lei complementar, é causa de enorme apreensão e insegurança.

A justificação que acompanha a PEC nº 32/2020¹⁴ tampouco esclarece o critério para tal diferenciação, limitando-se a sugerir, por exclusão, que o conceito não alcança “atividades técnicas, administrativas ou especializadas e que envolvem maior contingente de pessoas”, e, de forma genérica, que abrange “servidores que tenham como atribuição o desempenho de atividades que são próprias do Estado, sensíveis, estratégicas e que representam, em grande parte, o poder extroverso do Estado”.

¹⁴ EM Nº 47/ME, de 2 de setembro de 2020.

Esses servidores, nos termos da PEC nº 32/2020, estariam sujeitos a restrições maiores quanto ao exercício de atividades privadas, e somente poderão acumular cargos públicos se, havendo compatibilidade de horário, envolverem atividades de docência ou de atividades profissionais de saúde regulamentadas, “uma vez que a atuação desses servidores pressupõe a necessidade de dedicação exclusiva”.

Embora fosse prevista para os ocupantes de “cargos típicos de Estado” a vedação geral do exercício de “qualquer atividade remunerada” na redação a ser dada ao art. 37, XVI, a Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados, ao apreciar a admissibilidade da PEC nº 32/2020, julgou contrária ao princípio da igualdade essa limitação, mantendo, porém, o tratamento diferenciado quanto à acumulação de cargos. Nos termos do parecer final do Relator na CCJC, apresentado em 24 de maio de 2021,

“Em uma primeira análise, o texto com a expressão “qualquer outra atividade remunerada” não revela o necessário conflito de interesses, mas impede, à título de exemplificação, que determinado ocupante de cargo típico de Estado possa exercer uma atividade remunerada de músico, mesmo que essa atividade não comprometa sua jornada e suas atividades no cargo público.

*No entanto, impedir que esse servidor exerça qualquer outra atividade remunerada **representa uma restrição flagrantemente inconstitucional** que não se justifica por ser o único tipo de vínculo da presente Proposta de Emenda à Constituição a continuar tendo direito a estabilidade. De fato, a proposta como está redigida **elimina o núcleo essencial do inciso XIII do art. 5º (livre o exercício de qualquer trabalho), bem como o art. 5º, caput (igualdade em sentido formal e material), ambos da Constituição Federal de 1988**, pois a expressão “a realização de qualquer outra atividade remunerada, inclusive” impossibilita o necessário tratamento jurídico adequado para situações fáticas diversas.”¹⁵ (grifo nosso)*

Desse modo, o próprio Relator reconheceu – embora de forma incompleta – estarem presentes na PEC nº 32/2020 inconsistências do ponto de vista do tratamento isonômico que deve ser assegurado a partir do princípio da igualdade traduzido no brocardo latino “**ubi eadem ratio, ibi eadem jus**”, ou seja, onde existe a mesma razão fundamental, há de prevalecer a mesma regra de Direito.

Outro aspecto de diferenciação é que os titulares de cargos “típicos” de Estado não estariam sujeitos à vedação da redução da jornada de trabalho sem redução de remuneração. As atividades por eles exercidas também não poderão ser objeto de instrumentos de cooperação com órgãos e entidades, públicos e privados. Os cargos típicos estariam protegidos, ainda, da possibilidade de alteração e reorganização de cargos públicos efetivos por meio de mero decreto, mas poderão ser objeto de transformação, por essa via, desde que dentro da mesma “carreira”. Continuará a ser prevista, ainda, a necessidade de critérios e garantias especiais para a perda do cargo pelo servidor público investido em cargo típico de Estado.

Assim, ser ou não considerado “cargo típico de Estado” é fator que definiria, para o servidor civil, o direito à estabilidade no cargo, ainda que atenuada, mas também outras regras diferenciadas de tratamento.

¹⁵ Parecer do Relator da PEC nº 32/2020, Dep. Darci de Mattos, sobre a admissibilidade da PEC nº 32/2020 – CÂMARA DOS DEPUTADOS/CCJC, 24 de maio de 2020.

A redução da insegurança jurídica quanto à extensão do conceito, portanto, é questão crítica, dado que, a depender dessa extensão, pode-se ter um rol bastante reduzido de carreiras e cargos.

Caso adotada a relação de cargos e carreiras aprovadas pela Câmara dos Deputados em 1999, na discussão do PLP 248, com as atualizações mínimas devidas, e considerado o que, segundo se pode extrair da Carta Magna, seria o *rol mínimo* de cargos e carreiras que exercem atividades indelegáveis ao setor privado, **não mais do que 20% da atual força de trabalho da União** poderiam ser assim considerados, o que já é, em face das mudanças no seu perfil, *o dobro* do que se verificava quando da aprovação da EC 19/98.

Todavia, nos entes subnacionais, o serviço público civil é composto, majoritariamente, por servidores das áreas de saúde e educação, os quais, adotada uma medida dessa ordem, expressamente orientada por critérios restritivos, não estariam protegidos contra a perda dos cargos, inclusive em razão de necessidades de ordem fiscal, como as já mencionadas medidas de redução de despesas em caso de *déficit*, ou *necessidade de pagamento da dívida pública*, ou apenas de *redução da despesa para atendimento de limites fixados pela EC 109 ou pela Lei de Responsabilidade Fiscal*. Assim, no serviço público civil, mais de 90% da força de trabalho estaria vulnerável às trocas de governo, à conjuntura, ou a critérios vagos, ainda a serem definidos, para a sua permanência.

O critério a ser fixado, assim, já nasce contaminado pelo efeito que produzirá, em um contexto de elevada fragmentação do serviço público, e a partir de premissas que desconhecem a sua complexidade, diversidade e essencialidade para o cidadão e o Estado.

Uma solução alternativa, portanto, seria que a própria PEC já trouxesse uma enumeração *mínima* dos cargos a serem, *a priori*, considerados como “típicos” ou “exclusivos” de Estado, remetendo-se a Lei Complementar de cada ente estatal – e não uma *lei complementar nacional* – definir as carreiras e cargos em cada ente federativo, ou, ao menos, em cada Estado, de forma a que haja uma proteção mais firme e menos sujeita ao interesse político ou à conjuntura.

A discussão da PEC nº 32/2020 na Comissão Especial da Câmara dos Deputados, de certa forma, adotou essa solução.

O texto apresentado pelo Relator e aprovado pela Comissão promoveu profundas alterações à proposta inicial do Executivo, acatando parte das críticas apresentadas durante as 15 audiências públicas realizadas pela Comissão Especial e por especialistas, jurista e entidades de servidores público, com o objetivo de garantir condições mínimas para a sua aprovação.

O Relator salientou que o substitutivo apresentado resultava de “um debate maduro e democrático, que não teria sido bem-sucedido sem as proveitosas colaborações prestadas pelos palestrantes” nas audiências públicas, e destaca que a proposta original do Executivo tinha um “equivoco de origem”, que seria a “necessidade de uma total ruptura do sistema administrativo introduzido pela Constituição de 1988”. Assim, considera que se o texto original fosse acatado, “a administração pública brasileira recomeçaria do zero, como se não pudesse ser beneficiada ou prejudicada nem por suas qualidades nem por seus defeitos.”

E, esclarecia, “o resultado concreto seria a colocação de todos os atuais servidores em um regime em extinção, como se nenhuma contribuição mais pudessem dar para o futuro da administração pública. Com a boa intenção de preservar direitos adquiridos, o sistema previsto na PEC não respeitaria direito algum, porque só se respeita efetivamente aquilo que se leva em conta.”

Daí, pretendeu o Relator **reduzir o alcance da PEC**, preservando o “esqueleto” básico do Capítulo da Administração Pública da Carta de 1988, mas afirma que o sistema por ele proposto “revigora a administração pública e introduz elementos que a oxigenarão inexoravelmente”.

Ao final, o texto aprovado pela Comissão suprime, integralmente, as alterações ao art. 37, I, II, II-A e VI da Constituição, preservando as regras atuais sobre o ingresso por concurso público para cargos efetivos e empregos públicos. Desaparece, assim, a previsão de “concursos guarda-chuva”, e de um “vínculo de experiência” como etapa prévia à investidura no cargo, que poderia ter duração indefinida (*no mínimo* um ou dois anos, conforme o tipo de cargo). Tampouco haverá distinção entre os cargos, quanto a sua natureza, para fins de ingresso, ou aquisição da estabilidade.

Mantém, sem alteração, o atua art. 39, que prevê o regime jurídico único, e, em lugar da previsão de que, nos termos do novo art. 39-A proposto pelo Executivo, a lei que dispusesse sobre o “regime jurídico” dos servidores deveria prever o “vínculo por prazo determinado”, e que poderia ser empregado para atender a necessidade temporária decorrente de calamidade, de emergência, de paralisação de atividades essenciais ou de acúmulo transitório de serviço, atividades, projetos ou necessidades de caráter temporário ou sazonal, com indicação expressa da duração dos contratos; e “atividades ou procedimentos sob demanda”, o Substitutivo aprovado pela Comissão inclui alteração ao art. 37, IX, que passará a prever que *“a lei disciplinará a contratação por tempo determinado em regime de direito administrativo para atender necessidades temporárias, as quais, se relacionadas a atividades permanentes, deverão revestir-se de natureza estritamente transitória, observadas as normas gerais de que trata o inciso XXXI do art. 22”*.

Essa nova formulação sugere que **apenas** no caso de as contratações temporárias se referirem a atividades permanentes, deverão estar presentes os requisitos de *natureza transitória*. Em sentido oposto, se for o caso de atividade não *permanente*, poderá haver contratação temporária sem a observância dos requisitos de *necessidade de natureza transitória*, sem o requisito da *excepcionalidade*, o que leva ao absurdo de uma *necessidade temporária* em atividade tida como “não permanente” poder ser suprida por meio de contrato temporário *sem que esteja presente a excepcionalidade da necessidade*. Por outro lado, permite-se – contrariando a jurisprudência do STF – a contratação temporária para *atividades permanentes*, sob o pretexto de que se trata de necessidade “transitória”, o que levará à ampliação, ainda maior, por lei ordinária ou medida provisória, dessas possibilidades de contratação.

Ao mesmo tempo, dando nova redação ao art. 247, abandona o conceito de “cargos típicos de Estado” objeto da proposta do Executivo. A nova redação adota a

expressão “cargos exclusivos de Estado”, e para as atividades privativas desses cargos, não poderá haver a utilização de recursos humanos de particulares por meio de instrumentos de cooperação com entidades privados, prevista no novo art. 39-A.

Na forma da nova redação dada ao art. 247, são **cargos exclusivos de Estado**, e que terão tratamento diferenciado quanto à demissão por excesso de despesas, prevista no art. 169, § 7º, os que exerçam diretamente **atividades finalísticas** afetas à segurança pública, à manutenção da ordem tributária e financeira, à regulação, **à fiscalização**, à gestão governamental, à elaboração orçamentária, ao controle, à inteligência de Estado, ao serviço exterior brasileiro, à advocacia pública, à defensoria pública e à atuação institucional do Poder Legislativo, do Poder Judiciário, incluídas as exercidas pelos oficiais de justiça, e do Ministério Público. São considerados como diretamente afetos à atividade de segurança pública: a) policiais integrantes das carreiras dos órgãos de que tratam os incisos I, II, III, IV e VI do caput do art. 144; b) peritos oficiais encarregados da execução de perícia criminal; c) policiais legislativos abrangidos pelo disposto no § 3º do art. 27, no inciso IV do art. 51 e no inciso XIII do art. 52; d) guardas municipais vinculados aos órgãos de que trata o § 8º do art. 144; e) agentes de trânsito, de que trata o inciso II do § 10 do art. 144; e f) agentes socioeducativos.

Porém, são expressamente excluídos do conceito de **cargo exclusivo de Estado** os “servidores cujas atribuições sejam complementares, acessórias, de suporte ou de apoio” às atividades exclusivas de Estado, o que pode vir a afetar, em especial a Receita Federal, CGU, SOF, STN, e os Poderes Legislativo (inclusive o TCU) e Judiciário, cujas estruturas de carreira, embora adotem cargos com denominação única, mas subdivididos em áreas conforme suas atribuições, contemplam ambas as atividades em cargos que também executam “atividades finalísticas”.

Assim, não se trata de *atividades exclusivas de Estado*, mas *cargos exclusivos de Estado*, assim considerados os que exerçam “diretamente” as “atividades finalísticas” mencionadas. Cada uma dessas “atividades” comportará interpretações quanto ao seu alcance, quanto aos “cargos exclusivos de Estado”, mas o *rol* de atividades é dado como “*numerus clausus*”, ou seja, não comporta a sua ampliação por lei complementar ou ordinária, afastando a previsão original de que lei complementar definiria critérios para a aplicação do conceito, ou que outras leis possam dispor sobre as chamadas “atividades exclusivas de Estado”. Assim, o novo art. 247 passa a definir, diretamente, quem seriam os “cargos exclusivos de Estado” (e não atividades por eles exercidas), que o Governo pretendia passar a chamar de “típicos de Estado”, inserindo diretamente no texto constitucional a definição desses cargos.

Para esse fim, uma vez mais adota visão limitada, pois deixa de contemplar, por exemplo, atividades como a produção de estatísticas (art. 21, XV), a previdência social, a perícia médica previdenciária, o fomento, a formulação de políticas públicas (embora essa seja parte do conceito de “gestão governamental”) etc.

Deixa de haver, ainda, a previsão de tratamento diferenciado definido em lei complementar para atividades exclusivas de Estado, quanto à demissão em caso de desempenho insuficiente, atualmente prevista no “caput” do art. 247 da CF. A diferenciação

proposta pelo Substitutivo da Comissão se dirige, essencialmente, às regras para perda do cargo e redução remuneratória em caso de excesso de despesas, e a demissão por insuficiência de desempenho, mas não mais regulada em lei complementar.

4. Defesa Agropecuária e o Poder de Polícia

As atuais competências da Secretaria de Defesa Agropecuária acham-se atualmente detalhadas na forma do art. 21 do Anexo I do Decreto nº 10.253, de 20 de fevereiro de 2020. Notadamente quanto à fiscalização e inspeção de produtos de origem animal e vegetal, tais competência estão assim definidas:

“Art. 21. À Secretaria de Defesa Agropecuária compete:

I - assegurar a consecução dos objetivos da defesa agropecuária previstos no art. 27-A da Lei nº 8.171, de 1991;

II - exercer as funções de instância central e superior do Sistema Unificado de Atenção à Sanidade Agropecuária, nos termos do disposto no § 4º do art. 28-A da Lei nº 8.171, de 1991;

III - planejar, normatizar, coordenar, supervisionar e fiscalizar as atividades referentes à defesa agropecuária, inclusive quanto a:

a) saúde animal e sanidade vegetal;

b) alimentos, produtos, derivados e subprodutos de origem animal e vegetal;

c) insumos agropecuários;

d) registro e proteção de cultivares;

e) trânsito internacional e interestadual de produtos e insumos agropecuários;

f) trânsito intermunicipal, interestadual e internacional de animais e de seus produtos e subprodutos sob o aspecto de saúde animal;

g) certificação zoofitossanitária;

h) bem-estar animal;

i) zoneamento zoofitossanitário;

j) controle e monitoramento de resíduos e contaminantes em alimentos, produtos e insumos agropecuários;

k) padronização e classificação de produtos e insumos agropecuários;

l) registro de estabelecimentos e produtos agropecuários;

m) auditoria nos estabelecimentos registrados ou cadastrados;

n) registro genealógico de animais;

o) rastreabilidade agropecuária;

p) produção orgânica;

q) aviação agrícola; e

r) atividades e ensaios laboratoriais;

IV - coordenar e executar, diretamente ou por meio de suas unidades descentralizadas, em locais de fronteiras, portos marítimos e fluviais, aeroportos internacionais e estações aduaneiras especiais, as atividades de defesa agropecuária referentes à importação e à exportação de:

- a) animais terrestres e aquáticos vivos e seus produtos e subprodutos;
- b) vegetais, partes de vegetais e seus produtos e subprodutos; e
- c) insumos agrícolas, pecuários e aquícolas;

V - definir políticas e diretrizes gerais para defesa agropecuária;

VI - subsidiar a formulação da política agrícola quanto à defesa agropecuária;

VII - planejar, coordenar e executar atividades de prevenção e combate a fraudes contra a saúde pública e as relações de consumo, entre outros ilícitos relacionados à defesa agropecuária, observada a competência específica de outros órgãos da administração pública federal;

VIII - disponibilizar e manter atualizados os sistemas de informações sobre atividades relacionadas à defesa agropecuária;

IX - elaborar propostas e participar de negociações de acordos, tratados ou convênios internacionais referentes à defesa agropecuária, em articulação com os demais órgãos do Ministério;

X - promover, no âmbito de sua competência:

a) a elaboração, a execução, o acompanhamento e a avaliação de planos, programas e ações;

b) a articulação intrasetorial e intersetorial necessária à execução de atividades de defesa agropecuária; e

c) a execução de atividades de comunicação de risco em defesa agropecuária, em articulação com a Assessoria Especial de Comunicação Social do Ministério;

XI - implementar as ações decorrentes de decisões de organismos e atos internacionais, tratados, acordos e convênios com governos estrangeiros, referentes aos assuntos de sua competência;

XII - propor o cronograma de ações de capacitação e de qualificação de servidores e de empregados e acompanhar a sua implementação;

XIII - coordenar, acompanhar e avaliar as atividades do Comitê Permanente de Análise e Revisão de Atos Normativos da Secretaria;

XIV - atuar, no âmbito do Ministério, em atividades relacionadas a organismos geneticamente modificados;

XV - programar, coordenar, acompanhar e executar atividades relacionadas à defesa agropecuária no âmbito internacional;

XVI - atuar, em articulação com a Secretaria de Comércio e Relações Internacionais, nas negociações internacionais referentes à defesa agropecuária; e

XVII - propor a celebração de contratos administrativos, convênios, contratos de repasse, termos de parceria e de cooperação, acordos, ajustes e instrumentos congêneres em seu âmbito sua competência.

§ 1º Compete à Secretaria de Defesa Agropecuária coordenar:

I - o Sistema Unificado de Atenção à Sanidade Agropecuária;

II - o Sistema Brasileiro de Inspeção de Produtos de Origem Vegetal;

III - o Sistema Brasileiro de Inspeção de Produtos de Origem Animal;

IV - o Sistema Brasileiro de Inspeção e Fiscalização de Insumos Agrícolas;

V - o Sistema Brasileiro de Inspeção de Insumos Pecuários; e

VI - o Sistema de Vigilância Agropecuária Internacional.

§ 2º Compete, ainda, à Secretaria de Defesa Agropecuária coordenar a Rede Nacional de Laboratórios Agropecuários do Sistema Unificado de Atenção à

Sanidade Agropecuária, constituída pelos Laboratórios Federais de Defesa Agropecuária e por laboratórios credenciados, públicos e privados, incluídos os laboratórios de pesca e aquicultura.”

Vê-se, assim, que as funções executivas na área de ações de inspeção e de fiscalização sanitária e industrial de produtos e derivados de origem animal são coordenadas e executadas, diretamente, pela Secretaria de Defesa Agropecuária, cabendo às superintendências, de forma descentralizada, a execução da fiscalização de produtos vegetais, por meio de seus servidores.

Essa definição de competências tem como decorrência necessária as atribuições dos cargos de Auditor Fiscal Federal Agropecuário, assim definidas na Lei nº 10.883, de 16 de junho de 2004:

“Art. 3º São atribuições dos titulares do cargo de Auditor Fiscal Federal Agropecuário, no âmbito do Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento, em todo o território nacional: (Redação dada pela lei nº 13.324, de 2016)

I - a defesa sanitária animal e vegetal;

II - a inspeção industrial e sanitária dos produtos de origem animal e a fiscalização dos produtos destinados à alimentação animal;

III - a fiscalização de produtos de uso veterinário e dos estabelecimentos que os fabricam e de agrotóxicos, seus componentes e afins;

IV - a fiscalização do registro genealógico dos animais domésticos, da realização de provas zootécnicas, das atividades hípias e turfísticas, do sêmen destinado à inseminação artificial em animais domésticos e dos prestadores de serviços de reprodução animal;

V - a fiscalização e inspeção da produção e do comércio de sementes e mudas e da produção e comércio de fertilizantes, corretivos, inoculantes, estimulantes ou biofertilizantes destinados à agricultura;

VI - a fiscalização da produção, circulação e comercialização do vinho e derivados do vinho, da uva e de bebidas em geral;

VII - a fiscalização e o controle da classificação de produtos vegetais e animais, subprodutos e resíduos de valor econômico e elaboração dos respectivos padrões;

VIII - a fiscalização das atividades de aviação agrícola, no que couber;

IX - a fiscalização do trânsito de animais vivos, seus produtos e subprodutos destinados a quaisquer fins, de vegetais e partes vegetais, seus produtos e subprodutos destinados a quaisquer fins, de insumos destinados ao uso na agropecuária e de materiais biológicos de interesse agrícola ou veterinário, nos portos e aeroportos internacionais, nos postos de fronteira e em outros locais alfandegados;

X - lavrar auto de infração, de apreensão e de interdição de estabelecimentos ou de produtos, quando constatarem o descumprimento de obrigação legal relacionada com as atribuições descritas neste artigo;

XI - assessorar tecnicamente o governo, quando requisitado, na elaboração de acordos, tratados e convenções com governos estrangeiros e organismos internacionais, dos quais o País seja membro, nos assuntos relacionados com as atribuições fixadas neste artigo;

XII - fiscalizar o cumprimento de atos administrativos destinados à proteção e certificação de cultivares;

XIII - as demais atividades inerentes à competência do Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento, que lhes forem atribuídas em regulamento.”

A partir de tais definições legais tem-se, com clareza solar, como elemento central da *defesa agropecuária*, a ação fiscalizatória, que é decorrência do exercício do Poder de Polícia Administrativa, que somente pode ser exercitado por agentes públicos protegidos pela estabilidade em seus respectivos cargos.

O desenho institucional atual (administração direta) adotado para a regulação e fiscalização agropecuária no Brasil, em nível federal, por meio do Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento, é semelhante ao que é adotado na maior parte do mundo (e.g. Israel, Itália, França, Reino Unido, Argentina), cabendo a um órgão governamental a verificação da conformidade com as normas e regulamentos para a sanidade dos produtos de origem animal e vegetal, admitida a fiscalização por amostragem. A Comunidade Europeia requer, expressamente, que essa fiscalização seja efetuada por **inspetores independentes**¹⁶. Desde 1997, o Canadá dispõe de uma Agência Reguladora para o exercício da inspeção de alimentos (*Canadian Food Inspection Agency*).

Há, porém, países que adotam modelos híbridos com a participação de empresas privadas que exercem parcela dessas funções, como os EUA, Nova Zelândia e Holanda. Além da ênfase no autocontrole e *compliance*, reservando ao Poder Público a capacidade de intervenção em situações de risco ou gestão de crises, há empresas que prestam à indústria serviços integrados de inspeção, supervisão, testagem e auditoria para garantir a segurança, qualidade e integridade da produção e distribuição de carne e produtos agrícolas, e inclusive, mantêm estruturas em dezenas ou até centena de países.

No âmbito federativo brasileiro, há vários modelos adotados. Além da União, São Paulo, Rio de Janeiro, Rio Grande do Sul, Distrito Federal, Pernambuco, Paraíba e Rondônia o exercem por meio de órgãos da administração direta. Outros Estados (BA, PI, PR, MA, GO, AL, PA, AP, CE, RR) instituíram “agências”, embora se trate, como no caso de outros Estados (MG, MS, MT, TO, RN, AM, AC, ES) de autarquias ou institutos autárquicos. Apenas dois Estados (SE e SC) atribuíram tais funções a empresas públicas. Os Estados de Santa Catarina, Bahia e São Paulo, por meio de leis estaduais, têm buscado ampliar a atuação de particulares, mediante a previsão de que atividades de inspeção antes a cargo da defesa agropecuária possam ser executadas por pessoas jurídicas prestadoras de serviços de medicina veterinária ou profissionais para tanto credenciados, observados os requisitos técnicos previamente estabelecidos pelo órgão competente, particularmente no caso da inspeção ante mortem e post mortem de animais.

A possibilidade de exercício de determinadas atividades e suporte à fiscalização decorre da consideração de que, como aponta Marrara¹⁷, seria possível distinguir as atividades-fim – as medidas que efetivamente atingem a esfera de direitos do administrado, com efeitos jurídicos diretos – das atividades de suporte. As atividades de suporte ao exercício do poder de polícia “não são aptas a diretamente viabilizar, modificar ou obstar o exercício de direitos”, ou seja, “delas não resultam efeitos jurídicos diretos” (MARRARA, 2015).

¹⁶ REGULAMENTO DE EXECUÇÃO (UE) Nº 543/2011 DA COMISSÃO de 7 de Junho de 2011. Disponível em <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32011R0543&from=EN>

¹⁷ MARRARA, Thiago. O exercício do poder de polícia por particulares. In: RDA – Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 269, p. 255-278, maio/ago. 2015.

Assim, para esse autor,

“É o que se vislumbra em relação aos atos materiais, que não se confundem com os atos administrativos que o impõem. O mesmo vale para os atos opinativos que, por si só, não produzem efeitos contra o cidadão, já que dependem de ato administrativo ulterior. Destarte, atos materiais (como a execução da fiscalização) configuram meios, assim como os atos opinativos. Os atos liberatórios, os atos sancionatórios, as medidas cautelares e os atos normativos, bem como certas decisões de fiscalização configuram atividades fins.

[...]

Tome-se o exemplo da fiscalização. A determinação de quem será fiscalizado e como isso ocorrerá exige um juízo discricionário que deve ser realizado pelo Estado. Nesse particular, a fiscalização envolve atos com efeitos jurídicos sobre terceiros (atividades fins, portanto).”

Diferentemente, uma vez fixadas as determinações pelo Estado, a execução da fiscalização consiste em pura execução (ou atividade de suporte).” (grifo nosso)

Nessa linha de abordagem, os atos opinativos e os atos materiais mencionados, classificados como atividades-meio ou de suporte ao poder de polícia, são assim exemplificados pelo autor (MARRARA, 2015, p. 263):

“Atos técnicos ou opinativos, incluindo laudos, pareceres, perícias e outros atos informativos necessários à seleção, preparação e elaboração de medidas preventivas ou restritivas. Exemplos dessa categoria se vislumbra na vistoria veicular, nos pareceres econômicos sobre operações concorrenciais, nos laudos técnicos sobre medicamentos pendentes de registro etc.

Atos materiais ou de mera execução, incluindo a remoção ou a destruição de objetos, a entrega e a coleta de documentos, a filmagem de eventos, a gravação de dados, as escutas ambientais, as inspeções etc.”

Tais atos, portanto, não seriam essencialmente tipificados pelo Poder de Polícia, e poderiam ser executados por meio de agentes regidos pelo direito privado, integrantes ou não da Administração Pública.

Nessa mesma linha, foi aprovado pela Câmara dos Deputados o Projeto de Lei nº Projeto de Lei nº 1.293, de 2021, que “Dispõe sobre os programas de autocontrole dos agentes privados regulados pela defesa agropecuária e sobre a organização e os procedimentos aplicados pela defesa agropecuária aos agentes das cadeias produtivas do setor agropecuário; institui o Programa de Incentivo à Conformidade em Defesa Agropecuária, a Comissão Especial de Recursos de Defesa Agropecuária e o Programa de Vigilância em Defesa Agropecuária para Fronteiras Internacionais (Vigifronteiras).

Nos termos desse Projeto de Lei, ao passo em que reconhece “fiscalização agropecuária” como o “atividade de controle, de supervisão, de vigilância, de auditoria e de inspeção agropecuária, no exercício do poder de polícia administrativa, com finalidade de verificar o cumprimento da legislação”, o que expressa a completude da atividade e sua sujeição ao regime jurídico administrativo, de direito público, como expressão do poder de polícia e atividade exclusiva de Estado, disciplina o “credenciamento”, que é o “reconhecimento ou habilitação de pessoas físicas ou jurídicas pelo poder público, para execução de ações específicas **relacionadas à** defesa agropecuária”, como uma forma de

conferir a agentes privados, sejam pessoas físicas ou jurídicas, um papel de *execução de ações de defesa agropecuária*, ou seja, amplia a participação privada de forma *substitutiva* à atuação do poder público. A extensão dessas ações requer um exame cuidadoso, pois, em princípio, pode ser admitida a atuação privada em **atividades técnicas, instrumentais, de mera verificação**, com base nas quais o poder público emitirá a declaração de conformidade (habilitando ao exercício de um direito) ou aplicará alguma sanção, no caso de desconformidade. As pessoas físicas ou jurídicas credenciadas, assim, jamais poderão vir a exercer ações que envolvam atividades privativas de cargos efetivos ou autoridades da Defesa Agropecuária.

É regulamentado pelo Projeto, ainda, o “autocontrole”, que é a “capacidade do agente privado de implantar, de executar, de monitorar, de verificar e de corrigir procedimentos, processos de produção e distribuição de insumos agropecuários, alimentos e produtos de origem animal ou vegetal, visando garantir sua inocuidade, identidade, qualidade e segurança”. Trata-se de uma forma de exercício, pelo próprio agente privado, de medidas de caráter preventivo ou corretivo, no âmbito de sua atividade, de forma a assegurar a conformidade com as normas legais. Os programas de autocontrole conterão: a) registros sistematizados e auditáveis do processo produtivo, desde a obtenção e a recepção da matéria-prima, dos ingredientes e dos insumos até a expedição do produto final; b) previsão de recolhimento de lotes, quando identificadas deficiências ou não conformidades no produto agropecuário que possam causar riscos à segurança do consumidor ou à saúde animal e à sanidade vegetal; e c) descrição dos procedimentos de autocorreção. A implementação dos programas de autocontrole de que trata o caput deste artigo poderá ser certificada por entidade de terceira parte, a critério do agente.

Os sistemas programas de “autocontrole” não são uma inovação em termos absolutos. O Decreto nº 9.013, de 29 de março de 2017, que “regulamenta a Lei nº 1.283, de 18 de dezembro de 1950, e a Lei nº 7.889, de 23 de novembro de 1989, que dispõem sobre a inspeção industrial e sanitária de produtos de origem animal”, já trata desses programas, em seus artigos 10, I e XVII¹⁸, 12, IV, 46, 74¹⁹, 83, 99, 213, 428, IV, 475, 495, §1º. A habilitação a esse regime exige a demonstração de capacidade dos agentes econômicos, e deve ser sujeita à renovação periódica e verificação permanente pelo Poder Público. É pressuposto para a sua

¹⁸ Art. 10. Para os fins deste Decreto, são adotados os seguintes conceitos:

I - análise de autocontrole - análise efetuada pelo estabelecimento para controle de processo e monitoramento da conformidade das matérias-primas, dos ingredientes, dos insumos e dos produtos;

XVII - programas de autocontrole - programas desenvolvidos, procedimentos descritos, desenvolvidos, implantados, monitorados e verificados pelo estabelecimento, com vistas a assegurar a inocuidade, a identidade, a qualidade e a integridade dos seus produtos, que incluam, mas que não se limitem aos programas de pré-requisitos, BPF, PPHO e APPCC ou a programas equivalentes reconhecidos pelo Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento;

¹⁹ Art. 74. Os estabelecimentos devem dispor de programas de autocontrole desenvolvidos, implantados, mantidos, monitorados e verificados por eles mesmos, contendo registros sistematizados e auditáveis que comprovem o atendimento aos requisitos higiênico-sanitários e tecnológicos estabelecidos neste Decreto e em normas complementares, com vistas a assegurar a inocuidade, a identidade, a qualidade e a integridade dos seus produtos, desde a obtenção e a recepção da matéria-prima, dos ingredientes e dos insumos, até a expedição destes.

§ 1º Os programas de autocontrole devem incluir o bem-estar animal, quando aplicável, as BPF, o PPHO e a APPCC, ou outra ferramenta equivalente reconhecida pelo Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento.

§ 2º Os programas de autocontrole não devem se limitar ao disposto no § 1º.

§ 3º O Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento estabelecerá em normas complementares os procedimentos oficiais de verificação dos programas de autocontrole dos processos de produção aplicados pelos estabelecimentos para assegurar a inocuidade e o padrão de qualidade dos produtos.

adoção que haja meios efetivos de auditoria e controle por parte da Defesa Agropecuária, para manutenção de sua validade, e ressalvas para que em nenhum momento o “autocontrole” possa impedir ou limitar a capacidade de atuação e intervenção do Poder Público. Por exemplo, a hipótese de que “entidade de terceira parte” valide os programas de autocontrole, mediante certificação compromete o papel do Poder Público, caracterizando delegação de tarefa que deveria permanecer sob a sua órbita. Nos termos do Decreto nº 5.471, de 2006, que regulamenta os artigos 27-A, 28-A e 29-A da Lei nº 8.171/1991, a certificação sanitária fitossanitária e de identidade e qualidade **integra atribuições de cargos efetivos, em caráter privativo**, como prevê o art. 62:

“Art. 62 Compete às três instâncias do Sistema Unificado de Atenção à Sanidade Agropecuária e aos Sistemas Brasileiros de Inspeção de Produtos e Insumos Agropecuários, em suas áreas de competência, implantar, monitorar e gerenciar os procedimentos de certificação sanitária, fitossanitária e de identidade e qualidade, que têm como objetivo garantir a origem, a qualidade e a identidade dos produtos certificados e credibilidade ao processo de rastreabilidade.

§ 1º Os processos de controles assegurarão as condições para identificar e comprovar o fornecedor do material certificado na origem e no destino dos produtos, que serão identificados por códigos que permitam a sua rastreabilidade em toda a cadeia produtiva, na forma definida em norma específica.

§ 2º Compete, na forma da lei, aos Fiscais Federais Agropecuários a emissão dos certificados oficiais agropecuários exigidos pelo comércio internacional.” (grifo nosso)

Assim, ao prever que entidades privadas “de terceira parte” poderão certificar os programas de autocontrole, um agente privado estará, na prática, validando procedimentos e métodos de processamento que, a rigor, deveriam sê-lo pelas autoridades de defesa agropecuária.

Contudo, não obstante a existência de normas estaduais em sentido oposto, como exemplificado pelos casos de Santa Catarina, Bahia e São Paulo, e as opções manifestadas pelo Poder Executivo Federal no Projeto de Lei nº 1.293, de 2021, a Carta Federal de 1988 não deixa margem de dúvida quanto à exclusividade do exercício, pelo Poder Público, diretamente ou por meio de pessoas integrantes de sua administração pública, das competências de fiscalizar e regular a ação dos agentes privados.

A definição de poder de polícia pode ser extraída, de forma objetiva, do disposto no art. 78 da Lei nº 5.172/1966 - Código Tributário Nacional:

“Art. 78 Considera-se poder de polícia a atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranquilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos.” (grifo nosso)

De forma mais sucinta, segundo a lição de Hely Lopes Meirelles, o poder de polícia é “a faculdade de que dispõe a Administração Pública – e apenas ela – para

condicionar e restringir o uso e gozo de bens, atividades e direitos individuais, em benefício da coletividade ou do próprio Estado”²⁰.

Diz o caput do art. 174 da Carta Magna:

“Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.”

Segundo o autorizado magistério de Celso Antônio Bandeira de Mello

“A atividade conhecida entre nós como “Polícia Administrativa” – hoje estudada, preferentemente sob a designação de “Limitações Administrativas à liberdade e à propriedade” - corresponde à ação administrativa de efetuar os condicionamentos legalmente previstos ao exercício da liberdade e da propriedade das pessoas, a fim de compatibilizá-lo com o bem estar social.

Compreende-se, então, no bojo de tal atividade, a prática de atos preventivos (como autorizações, licenças), fiscalizadores (como inspeções, vistorias, exames) e repressivos (multas, embargos, interdição de atividade, apreensões). Como é comum nas atividades dos sujeitos de direito, envolve tanto prática de atos jurídicos, quanto a de atos materiais que os executam ou mesmo, em alguns casos, que os precedem, para que possam ser produzidos.

Sem embargo, a tônica que corresponde à chamada “polícia administrativa” - opostamente ao serviço público e à obra pública - não é a prática de atos materiais, mas de atos jurídicos expressivos de poder público.”²¹

Para esse Autor, o exercício do poder de polícia não se delega ao particular, embora haja hipóteses, relacionadas a esse poder, que são passíveis de delegação:

“Em suma: deixando de lado algumas hipóteses excepcionais e clássicas de exercício de atividade de polícia por particular (“exempli gratia”, atos desta espécie exercíveis por capitães de navio) é certo que particulares podem ser contratados para a prática de certos atos que se encartam no bojo da atividade de polícia, pelo menos nas seguintes hipóteses:

(a) para atividade sucessiva a ato jurídico de polícia expedido pelo Poder Público, consistente em sua mera execução material, se não houver nisto interferência alguma com a liberdade dos administrados, mas, tão só, com a propriedade destes;

(b) para atividades materiais que precedam a expedição de ato jurídico de Polícia a ser emitido pelo Poder Público, quando se tratar de mera constatação instrumental à produção dele efetuada por equipamento tecnológico que proporcione averiguação objetiva, precisa, independentemente de interferência de elemento volitivo para reconhecimento e identificação do que se tenha de apurar, com a retenção dos pertinentes dados para controle, a qualquer tempo, por parte da entidade administrativa competente.

Bandeira de Mello (2001), considera, porém, passíveis de exercício pelos particulares, atos materiais instrumentais preparatórios, ou atos de mera atividade material de fiscalização e de averiguação, suscetível de ser **objetivamente feita**, maiormente quando passível de ser realizada por instrumentos **precisos**, como ocorre no uso de máquinas que, ademais, conservam **registrados** os dados apurados **para fins de controle governamental**,

²⁰ MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. São Paulo: Malheiros, 2007, 33ª edição, p. 131.

²¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Serviço público e poder de polícia: concessão e delegação. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. I, nº. 5, agosto, 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 05.02.2018

inclusive com a edição de ato jurídico administrativo vinculado, notadamente como emprego de máquinas ou equipamentos, como no caso dos “parquímetros”, posto que, nesses casos, sequer haveria a expressão de vontade pelo particular, mas mera execução objetiva e impessoal do ato.

Nessa direção, como também atesta Alvaro Lazzarini, somente são passíveis de atribuição aos particulares as **atividades técnicas, instrumentais, de mera verificação**, com base nas quais a entidade estatal emitirá a declaração de conformidade (habilitando ao exercício de um direito) ou aplicará alguma sanção, no caso de desconformidade²².

Não se ignora o fato de que, para alguns analistas, como Diogo de Figueiredo Moreira Neto²³, 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, 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.

Ocorre, porém, que no âmbito da defesa agropecuária, e da vigilância sanitária, que envolvem a inspeção e fiscalização dos produtos de origem animal, a faculdade de aplicar a sanção – restringindo a atividade – **não se satisfaz mediante a mera imposição de “multa” a posteriori**, pois a proteção ao interesse público se dá mediante a própria supressão do produto do mercado consumidor e da cadeia produtiva – ou negativa de sua utilização. Como aponta a ANFFA,

“O objetivo da inspeção permanente executada pelo serviço veterinário oficial do MAPA, por fiscais agropecuários dos Estados e de municípios é evitar que animais com qualquer tipo de doença sejam abatidos ou utilizados para a produção de alimentos. Detectada alguma suspeita, a carcaça ou partes do animal, são imediatamente segregadas, dando início a um processo de investigação no local de

²² LAZZARINI, Alvaro. Estudos de Direito Administrativo. São Paulo: RT, 1995, p. 313,

²³ 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>

origem. Por isso, é necessário que, nos estabelecimentos com fiscalização permanente, os animais sejam analisados um a um. As medidas atuais estabelecidas pela MAPA para proteção da saúde do consumidor; principalmente de produtos cárneos, envolvem exames de inspeção sanitária ante mortem e post mortem ao abate, adoção de procedimentos higiênicos durante o processamento da carne, armazenamento correto, transporte em caminhões frigoríficos e comercialização da carne resfriada. Na rotina dos frigoríficos e dos abatedouros, todos órgãos e carcaças com alterações, inspecionados pelos agentes de inspeção ou fiscais agropecuários federais, estaduais e municipais, devem ser desviados e avaliados para que seja decidido o destino final desses órgãos e carcaças.”²⁴

Não se verifica, assim, a hipótese de que trata José Santos de Carvalho Filho, quando considera que a indelegabilidade do poder de polícia não envolve a **execução de atividades materiais prévias e indispensáveis à formalização do ato de polícia por particulares**, como a operação de máquinas ou equipamentos, mediante contrato de prestação de serviços à Administração Pública, como ocorre no caso da aferição de infrações de trânsito por equipamentos eletrônicos²⁵. Não se trata da mera “constatação de fatos” de que fala Carvalho Filho, à qual pode suceder a imposição da sanção, mas da própria atuação, direta e imediata, do Estado, por meio de seus agentes, que, por estarem atuando em ambiente sujeito a pressões e interferências dos atores privados, não podem estar despidos das garantias necessárias ao exercício da inspeção e fiscalização em sua plenitude.

Para correto entendimento dessa possibilidade, há que compreender a própria extensão do conceito de “fiscalização”.

Como regra, a atividade de fiscalização é parte significativa do poder de polícia do Estado, como explica o mesmo mestre Celso Antônio Bandeira de Mello²⁶:

“... cumpre agregar que a atividade de polícia envolve também os atos fiscalizadores, através dos quais a Administração Pública previamente acautela eventuais danos que poderiam advir da ação dos particulares. Assim, a fiscalização dos pesos e medidas por meio da qual o Poder Público se assegura de que uns e outros competentemente aferidos correspondem efetivamente aos padrões e, com isto, previne eventual lesão aos administrados, que decorreria de marcações inexatas.

Do mesmo modo a fiscalização das condições de higiene dos estabelecimentos e casas de pasto, a vistoria de veículos automotores para garantia das condições de segurança que devem oferecer, prevenindo riscos para terceiros, a fiscalização da caça para assegurar que sua realização esteja conformada aos preceitos legais, são entre outras numerosíssimas, manifestações fiscalizadoras próprias da polícia administrativa.”

Como aponta Jorge Ulisses Jacobi Fernandes²⁷, é aspecto essencial da ação de fiscalizar, assim como do próprio poder de polícia, a necessidade de conter o interesse do

²⁴ “NÃO” À TERCEIRIZAÇÃO DA FISCALIZAÇÃO/INSPEÇÃO AGROPECUÁRIA. Disponível em <http://www.peticaopublica.com.br/pview.aspx?pi=BR81131>

²⁵ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, 21ª ed., p. 77.

²⁶ BANDEIRA DE MELLO, C. A.. (2015). Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Malheiros, 32a. Edição, p. 860.

²⁷ FERNANDES, Jorge Ulisses Jacobi. Processo nº 2.818/91 - PARECER MP/TCDF - 3.0244/99 http://www.jacoby.pro.br/votos/poder_policia.html

particular em confronto com o interesse da coletividade. De Plácido e Silva, em seu Vocabulário Jurídico²⁸, assim explicita esse conceito, do ponto de vista jurídico:

"FISCALIZAÇÃO ADMINISTRATIVA. Assim se entende toda ação dos poderes públicos no sentido de vigiar e inspecionar certa ordem de serviços ou de negócios, mesmo de caráter individual, em virtude do interesse que possam trazer às coletividades.

Semelhante fiscalização pode ser efetivada em sentido generalizado, isto é, sem ser dirigida diretamente a determinada instituição ou empresa, como pode ser particularizada a certa soma de negócios desempenhados por empresas ou companhias.

No primeiro caso, encontram-se a fiscalização dos gêneros alimentícios, a fiscalização para manutenção da ordem pública, a fiscalização para o cumprimento das leis sociais, e outras dessa ordem, destinadas sempre a manter o respeito às instituições públicas ou aos princípios legais, que estabelecem obrigações ou deveres sociais.

Nas do segundo caso, compreendem-se a fiscalização das companhias de seguros, fiscalização bancária, fiscalização do ensino, fiscalização de empresas, ligadas por contrato ou concessão aos poderes públicos.

As primeiras podem ser ditas propriamente de fiscalização pública, porque têm por objeto a vigilância e inspeção de fatos de interesse geral e de ordem legal."(grifo nosso)

Ainda no âmbito da doutrina, autores como Juarez Freitas igualmente rejeitam a possibilidade de delegação. Segundo esse Autor, quanto aos atos de legislação e de sanção, por serem atividades de competência exclusiva do Poder Público, inexistente possibilidade de delegação para particulares. A limitação administrativa é privativa do Poder Público e por isto indelegável, **sendo delegáveis somente os atos mediatamente de polícia ou instrumentais, não inerentemente estatais**²⁹.

Com efeito, a capacidade de limitar administrativamente a liberdade ou a propriedade e atuar em condição de supremacia sobre os particulares, não é mero atributo do Estado que possa ser cedido ou delegado, mas integra a própria natureza estatal, como elemento essencial.

Tal prerrogativa de supremacia do Estado diante dos agentes privados só pode ser exercida por seus agentes, que manifestam essa capacidade. No dizer de José dos Santos Carvalho Filho, *"a delegação não pode ser outorgada a pessoas da iniciativa privada, desprovidas de vinculação oficial com os entes públicos, visto que, por maior que seja a parceria que tenham com estes, jamais serão dotadas da potestade (ius imperii) necessária ao desempenho da atividade de polícia"*.³⁰

O poder de império, assim, é ínsito ao próprio conceito de Estado, e imprescindível à sua existência, permitindo-se, tão somente, a delegação das atividades materiais mencionadas por Bandeira de Mello "precedentes à expedição de ato jurídico de

²⁸ SILVA, De Plácido. Vocabulário jurídico. vol II, Rio de Janeiro: Forense, 1975.

²⁹ FREITAS, Juarez. Poder de Polícia Administrativa e o primado dos direitos fundamentais. In Estudos em homenagem ao professor Adilson Abreu Dallari, Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 412.

³⁰ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, 21ª ed., p. 77.

limitação administrativa” ou “atividades materiais sucessivas a ato jurídico de limitação administrativa”, e ainda “atividades materiais contemporâneas à expedição de ato jurídico de limitação administrativa” por meio de equipamentos providos por contrato com particular necessários à formalização de ato administrativo de conteúdo vinculado. Mas, nesse último caso, somente o Estado, por meio de seus agentes públicos, é quem sanciona ou decide sobre a aplicação da limitação ou restrição, como no caso das multas de trânsito.

Ao apreciar a hipótese do exercício do poder de polícia por entidades da administração indireta sujeitas ao regime de direito privado (empresas estatais), a Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, em 2009, assentou o entendimento, firmado na doutrina já mencionada, de que tais atividades abrangeriam quatro espécies de atos, quais sejam, **legislação, consentimento, fiscalização e sanção**. Dessas, as atividades de legislação e sanção não seriam passíveis de serem delegadas às entidades privadas integrantes da Administração Pública indireta. Assim, seriam passíveis de exercício por entidades da administração indireta sob regime de direito privado as atividades referentes ao consentimento e à fiscalização de trânsito, sendo vedada às mesmas, contudo, **a delegação de atos relativos à aplicação de multas e, evidentemente, à legislação em matéria de trânsito**. O Acórdão assim consignou o tema:

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

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

4. No âmbito da limitação do exercício da propriedade e da liberdade no trânsito, esses grupos ficam bem definidos: o CTB estabelece normas genéricas e abstratas para a obtenção da Carteira Nacional de Habilitação (legislação); a emissão da carteira corporifica a vontade o Poder Público (consentimento); a Administração instala equipamentos eletrônicos para verificar se há respeito à velocidade estabelecida em lei (fiscalização); e também a Administração sanciona aquele que não guarda observância ao CTB (sanção).

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

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

7. Recurso especial provido.” (STJ, REsp 817.534/MG, Segunda Turma, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, julgado em 10/11/2009, DJe 10/12/2009)

No âmbito do STF, a já citada ADI 1.717 firmou, contudo, 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 insito 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.

Regulação e fiscalização, assim, são funções próprias e exclusivas do Estado, e, como tal, em regra, indelegáveis a entes privados. Como em julgado recente reconheceu, uma vez mais, o Supremo Tribunal:

*"EMENTA: Recurso extraordinário. Repercussão geral reconhecida. Direito do Trabalho. Direito Constitucional. Ação trabalhista. Demanda de servidor da Fundação Padre Anchieta – Centro Paulista de Rádio e TV Educativas - pelo reconhecimento de sua estabilidade no emprego em razão do disposto no art. 19 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT). Discussão acerca do alcance da referida norma constitucional. Matéria passível de repetição em inúmeros processos, com repercussão na esfera de interesse de inúmeros trabalhadores. Reconhecida a inaplicabilidade do dispositivo constitucional aos empregados das fundações públicas de direito privado que não exerçam atividades típicas de Estado. Ausência de estabilidade calcada nesse fundamento constitucional. Recurso provido. (...) 3. Segundo a jurisprudência da Corte, a qualificação de uma fundação instituída pelo Estado **como sujeita ao regime público ou privado** depende de dois fatores: i) do estatuto de sua criação ou autorização e ii) **das atividades por ela prestadas**. Não há na Constituição Federal o elenco das atividades que definiriam qual o regime jurídico a ser aplicado a uma determinada fundação pública. Entretanto, existem alguns pressupostos lógico-jurídicos que devem ser utilizados como critérios discriminadores. 4. **Não pode a Administração Pública pretender que incida um regime jurídico de direito privado sobre uma entidade da administração indireta que exerça atividade constitucionalmente estatal** – ainda que formalmente o tenha feito -, mais especificamente, **um serviço público (lato sensu) que parte da doutrina denomina de serviço público próprio**, seja porque essa atividade está definida na Constituição Federal como uma obrigação a ser executada diretamente (como são as atividades públicas de saúde, higiene e educação, v.g.), **seja porque ela deve ser exercida com supremacia de poder, como é o caso do exercício do poder de polícia e da gestão da coisa pública**. Essas atividades são essenciais, não podem ser terceirizadas, não podem ser delegadas a particulares e, portanto, devem se submeter a regras eminentemente publicísticas, o que afasta a possibilidade da incidência de um regime jurídico de direito privado sobre elas. 5. Por outro lado, as atividades de cunho econômico (respeitados os arts. 37, inciso XIX, e 173 da CF, esse com a redação dada pela EC nº 19/1998) e aquelas passíveis de delegação, porque também podem ser executadas por particulares, ainda que em parceria com o Estado, a toda evidência, se forem definidas como objetos de fundações, ainda que sejam essas instituídas ou mantidas pelo Poder Público, podem se submeter ao regime*

jurídico de direito privado caso as respectivas fundações também tenham sido instituídas como entes privados. (...). 8. Recurso extraordinário provido.” (RE 716378 / SP - SÃO PAULO - Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI - Julgamento: 07/08/2019 - Publicação: 30/06/2020 - Órgão julgador: Tribunal Pleno) (grifo nosso)

Por outro lado, resulta sofismática, para os fins de afastar o critério que submete a defesa agropecuária ao regime de direito público, a interpretação que busque estabelecer, para os fins de descaracterizar sua natureza, diferenciação entre “inspeção”, “auditoria” e “fiscalização”, admitindo que apenas essas duas últimas são privativas de agentes públicos, enquanto a primeira não envolveria o exercício do poder de polícia e, assim, poderia ser exercida por agentes privados, mediante simples “credenciamento”, sob pretexto de não envolverem “poder de império” ou “coercibilidade”.

A definição de “inspeção” em contraposição a “fiscalização”, particularmente quanto à inspeção sanitária de produtos de origem animal, consiste em artificialismo que ignora a própria essência da atividade, que, por definição, envolve, no próprio conceito de inspeção, a própria fiscalização, sendo, de fato, **inspeção e fiscalização, sinônimos ou termos que se aplicam de forma alternada**, com o mesmo significado, como expressão do controle exercício pelo Poder Público com o fim de assegurar a ordem pública e a proteção da saúde pública.

Veja-se que a Lei nº 7.889, de 23 de novembro de 1989, que “dispõe sobre inspeção sanitária e industrial dos produtos de origem animal, e dá outras providências”, trata, em seu art. 1º, da **inspeção sanitária**, termo que abrange, como o mesmo sentido, as expressões “inspeção” e “fiscalização”:

*“Art. 1º A **inspeção** sanitária e industrial dos produtos de origem animal, de que trata a Lei nº 1.283, de 18 de dezembro de 1950, é da competência da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, nos termos do art. 23, inciso II, da Constituição.”*

No mesmo sentido, é empregada a expressão “defesa agropecuária”, cujo sentido é esclarecido pelo art. 27-A da Lei nº 8.171, de 17 de janeiro de 1991, que a proposição sob exame pretende revogar, que consigna:

“Art. 27-A. São objetivos da defesa agropecuária assegurar:(Incluído pela Lei nº 9.712, de 20.11.1998)

I – a sanidade das populações vegetais;

II – a saúde dos rebanhos animais;

III – a idoneidade dos insumos e dos serviços utilizados na agropecuária;

IV – a identidade e a segurança higiênico-sanitária e tecnológica dos produtos agropecuários finais destinados aos consumidores.

§ 1º Na busca do atingimento dos objetivos referidos no caput, o Poder Público desenvolverá, permanentemente, as seguintes atividades:

I – vigilância e defesa sanitária vegetal;

II – vigilância e defesa sanitária animal;

III – inspeção e classificação de produtos de origem vegetal, seus derivados, subprodutos e resíduos de valor econômico;

IV – inspeção e classificação de produtos de origem animal, seus derivados, subprodutos e resíduos de valor econômico;

V – fiscalização dos insumos e dos serviços usados nas atividades agropecuárias.”

Releva destacar que, nos termos da Lei em vigor, que define a Política Agrícola, as atividades de vigilância e defesa sanitária animal são as que precisamente dizem respeito à saúde dos rebanhos e à segurança higiênico-sanitária dos produtos destinados aos consumidores, sendo a inspeção e classificação de produtos de origem animal, decorrência direta desse objetivo. E a Lei não dá margem a dúvidas quando reconhece que “**o Poder Público**” é o responsável por desenvolver, **em caráter permanente**, essas atividades.

Veja-se que a situação em nada se compara à que ocorre em relação, por exemplo, às atividades executadas por agentes privados relativas à vistoria de veículos, para fins de licenciamento, em que a atividade de licenciamento continua privativa dos órgãos de trânsito, hipótese de delegação que, mesmo amplamente praticada, ainda não se acha pacificada.

Segundo o entendimento jurisprudencial, a vistoria veicular executada nos termos da Resolução nº 282/2008 do CONTRAN para avaliação e registro de automóvel, “não se confunde com o próprio poder de polícia” e pode, assim, ser delegada ao particular, em caráter precário, para exercê-la em regime de concorrência (e.g. Agravo de Instrumento com Suspensividade nº 2009.012514-1, Relator: Desembargador DILERMANDO MOTA – TJRN).

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.

A Lei em tela, em seu art. 2º, § 4º, consignava expressamente que “a concessão (...) não acarreta a delegação do poder de polícia, privativo dos órgãos ambientais e de trânsito” e limitava a atuação da concessionária “à prestação de serviços técnicos especializados e de emissão de laudos”. O art. 4º expressamente previa que “compete aos agentes ambientais e de trânsito do Distrito Federal exercer a fiscalização e proceder à autuação dos veículos que estejam em desacordo “com as exigências do programa instituído por esta Lei”.

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 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).

Todavia, em julgado de 26.10.2020, o STF, no Recurso Extraordinário nº 633.782, Relator o Min. Luiz Fux, passou a considerar possível a delegação a entidade da administração indireta prestadora de serviço público, em regime não concorrencial, mas regida pelo direito privado – e, portanto, sem a garantia da estabilidade aos seus empregados, embora protegidos contra a demissão imotivada - o exercício do poder de polícia:

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, 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, DJ 19/12/2002; 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.** 6. Consectariamente, 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. Deveras: a) **A admissão de empregados públicos deve ser precedida de concurso público, característica que não se coaduna com a despedida imotivada;** b) o RE 589.998, esta Corte reconheceu que a ECT, que presta um serviço público em regime de monopólio, deve motivar a dispensa de seus empregados, assegurando-se, assim, que os princípios observados no momento da admissão sejam, também, respeitados por ocasião do desligamento; c) Os empregados públicos se submetem, ainda, aos princípios constitucionais de atuação da Administração Pública constantes do artigo 37 da Carta Política. Assim, **eventuais interferências indevidas em sua atuação podem ser objeto de impugnação administrativa ou judicial;** d) **Ausente, portanto, qualquer incompatibilidade entre o regime celetista existente nas estatais prestadoras de serviço público em regime de monopólio e o exercício de atividade de polícia administrativa pelos seus empregados.** 7. **As estatais prestadoras de serviço público de atuação própria do Estado e em regime não concorrencial podem atuar na companhia do atributo da coercibilidade inerente ao exercício do poder de polícia, mormente diante da atração**

do regime fazendário. (...). 13. Repercussão geral constitucional que assenta a seguinte tese objetiva: “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.” (RE 633782, Relator(a): LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 26/10/2020, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-279 DIVULG 24-11-2020 PUBLIC 25-11-2020) (grifo nosso).

Sobre ser a atividade de inspeção sanitária de produtos de origem animal, conexas e umbilicalmente ligadas à de fiscalização – vigilância – serviço público passível de delegação, impõe-se ainda examinar o próprio conceito de serviço público.

Conforme esclarece Hely Lopes Meirelles serviço público “é todo aquele prestado pela Administração ou por seus delegados, sob normas e controles estatais, para satisfazer necessidades essenciais ou secundárias da coletividade ou simples conveniência do Estado”³¹.

Para Celso Antônio Bandeira de Mello, em leitura mais restrita, “serviço público é toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material fruível diretamente pelos administrados, prestado pelo Estado ou por quem lhe faça as vezes, sob um regime de Direito Público – portanto, consagrador de prerrogativas de supremacia e restrições especiais -, instituído pelo Estado em favor dos interesses que houver definido como próprios no sistema normativo”³².

A Profa. Maria Sylvia Zanella de Pietro, por seu turno, define serviço público como “toda atividade material que a lei atribui ao Estado para que a exerça diretamente ou por meio de seus delegados, com o objetivo de satisfazer concretamente às necessidades coletivas, sob regime jurídico total ou parcialmente público”³³.

Assim, enquanto atividade estatal, própria do Estado e decorrente de seu dever de assegurar a sanidade dos produtos de origem animal, **a inspeção e a fiscalização são, inequivocamente, serviço público.**

Já a delegação, segundo essa Autora, implica a transferência de competência de um órgão ou cargo a outra pessoa, entidade ou ente privado, geralmente de nível hierárquico inferior, para o cumprimento da função designada originalmente a quem delega.

Veja-se que, como elemento comum a essas definições, se encontra a possibilidade de *delegação* ao agente privado, em vista da necessidade de satisfação de necessidades coletivas.

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

³¹ MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro, São Paulo: Malheiros, 1997, 22ª ed., p. 297.

³² BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de direito administrativo. São Paulo: Malheiros, 1999, 12ª. ed.

³³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. São Paulo: Atlas, 1999, 11ª ed.

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,

“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 poderão ser atribuídos a quem esteja legalmente investido em cargos públicos, dotados de garantias que assegurem o exercício das funções públicas típicas do Estado.”³⁴

Assim, por exemplo, decidiu o STF, em sede de liminar na ADI nº 2.310, Relator o Min. Marco Aurélio, suspender 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. Segundo o Voto do Relator, na liminar concedida em 19 de dezembro de 2000,

*“Está-se diante de atividade na qual o poder de fiscalização, o poder de polícia fazem-se com envergadura ímpar; exigindo, por isso mesmo, que aquele que a desempenhe sinta-se seguro, atue sem receios outros, e isso pressupõe a ocupação de cargo público, a estabilidade prevista no artigo 41 da Constituição Federal. Aliás, o artigo 247 da Lei Maior sinaliza a conclusão sobre a necessária adoção do regime de cargo público relativamente aos servidores das agências reguladoras. **Refere-se o preceito àqueles que desenvolvam atividades exclusivas de Estado, e a de fiscalização o é.**”*

Trata-se de entidades que, por força do art. 174 da CF, exercem função exclusiva de Estado, caracterizadoras do exercício do poder de polícia e de sua função de agente normativo e regulador da atividade econômica.

Tratam-se, assim, de competências tipicamente estatais e, mais ainda, **exclusivamente estatais**, enquadradas, ainda, na definição contida no Decreto-Lei nº 200,

³⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo Brasileiro. São Paulo: Malheiros, 33ª edição, 2007, p. 131.

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).

A partir daí já se manifestava a incompatibilidade com o sistema constitucional do artigo 1º da Lei nº 9.986, de 18 de julho de 2000, hoje revogada, que determinava que “*as agências reguladoras terão suas relações de trabalho regidas pela Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e legislação trabalhista correlata, **em regime de emprego público***”.

Mostrava-se, então, evidente a inconstitucionalidade da adoção do regime trabalhista para os servidores das entidades de Direito Público, como são a Administração direta, as autarquias e as fundações públicas, à luz do que estabelecem o “caput” do artigo 37 e o inciso X do mesmo artigo, por expressa contrariedade com o princípio da legalidade e da reserva legal das matérias relativas a servidores públicos.

Ora, se não se admite, **mesmo no âmbito da Administração direta, autárquica e fundacional**, que seus servidores responsáveis por atividades exclusivas de Estado – como é o poder de polícia – estejam sujeitos a regime trabalhista de direito privado, visto que a sua relação de trabalho com **Estado não é de natureza contratual**, menos ainda se admitiria que entes privados, e seus empregados, **que sequer integram o aparelho estatal**, e se acham apenas amparados em suas relações de trabalho pelo regime de direito privado, possam exercer qualquer parcela de atividades exclusivas de Estado.

A adoção do regime estatutário, reiteradamente caracterizado e reconhecido como próprio e específico das carreiras típicas ou exclusivas de Estado visa dar aos seus membros garantias no exercício de seus cargos contra o poder político e discricionário, já que é inerente a tais atividades a possibilidade de contrariar interesses poderosos no exercício de suas atividades, identificadas com os interesses permanentes do Estado.

Entre as atividades reconhecidas como tal, por deterem parcela do Poder do Estado que não pode ser delegada 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*.

Para que se tenha o alcance desse conceito, a *pauta de razoabilidade* necessária à definição do que é atividade exclusiva do Estado deve levar em conta **a própria**

Constituição, o papel do Estado e sua organização administrativa, que é o que define a criação e existência de cargos públicos.

Veja-se, por exemplo, que a Lei nº 13.019, de 31 de julho de 2014, que “estabelece o regime jurídico das parcerias entre a administração pública e as organizações da sociedade civil, em regime de mútua cooperação, para a consecução de finalidades de interesse público e recíproco”, prevê em seu art. 40 a expressa vedação de que tais parcerias sejam firmadas entre entes públicos e organizações da sociedade civil para o exercício de atividades exclusivas de Estado, tais como *regulação, fiscalização e exercício do poder de polícia*:

“Art. 40. É vedada a celebração de parcerias previstas nesta Lei que tenham por objeto, envolvam ou incluam, direta ou indiretamente, delegação das funções de regulação, de fiscalização, de exercício do poder de polícia ou de outras atividades exclusivas de Estado.” (grifo nosso)

Tal previsão decorre da própria *indelegabilidade* do poder de polícia estatal, que, no caso da defesa agropecuária, envolve tanto a *inspeção* quanto a *vigilância*, a *fiscalização* e a *auditoria*, expressões que são *sinônimas e interdependentes*.

Vale concluir, assim, que as atividades de inspeção ou fiscalização agropecuária, que implicam na **imediata e efetiva limitação ao direito do particular** de abater, processar, distribuir e comercializar produtos de origem animal, não são passíveis de delegação, seja por meio de lei ou contrato, seja por meio de simples credenciamento de particulares, pois é inerente ao serviço de defesa agropecuária, ao verificar a sanidade dos rebanhos, ou dos produtos deles derivados, promover quer a sua interdição, quer a sua aprovação para o consumo, interferindo, de pronto, nos direitos dos particulares, em benefício da sociedade.

Mesmo que se considerasse ser a fiscalização agropecuária atividade relacionada à certificação da sanidade de produtos – o que poderia ocorrer tanto em âmbito municipal quanto intermunicipal e interestadual – trata-se de competência que nos termos do Decreto nº 5.471, de 2006, que regulamenta os artigos 27-A, 28-A e 29-A da Lei nº 8.171/1991, **integra atribuições de cargos efetivos, em caráter privativo**, como prevê o art. 62 daquela norma:

“Art. 62 Compete às três instâncias do Sistema Unificado de Atenção à Sanidade Agropecuária e aos Sistemas Brasileiros de Inspeção de Produtos e Insumos Agropecuários, em suas áreas de competência, implantar, monitorar e gerenciar os procedimentos de certificação sanitária, fitossanitária e de identidade e qualidade, que têm como objetivo garantir a origem, a qualidade e a identidade dos produtos certificados e credibilidade ao processo de rastreabilidade.

§ 1º Os processos de controles assegurarão as condições para identificar e comprovar o fornecedor do material certificado na origem e no destino dos produtos, que serão identificados por códigos que permitam a sua rastreabilidade em toda a cadeia produtiva, na forma definida em norma específica.

§ 2º Compete, na forma da lei, aos Fiscais Federais Agropecuários a emissão dos certificados oficiais agropecuários exigidos pelo comércio internacional.” (grifo nosso)

Daí decorre que, mesmo que tal função possa ser executada em âmbito subnacional, por servidores estaduais ou municipais, **os mesmos deverão ser igualmente servidores efetivos, detentores das mesmas garantias contra interferências indevidas**, por se tratar de *atividade exclusiva de Estado*. Não é por outra razão que o Decreto nº 5.741, de 2006, assim determina em seu art. 133, II:

“Art. 133. O Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios que aderirem aos Sistemas Brasileiros de Inspeção de Produtos e Insumos Agropecuários assegurarão:

.....

II - que o pessoal técnico e auxiliar que efetua as inspeções e fiscalizações seja contratado por concurso público;

.....”

Assim, **inspeção e fiscalização agropecuária são temas que tem idêntico significado**, não sendo lícita a sua separação, do ponto de vista conceitual, com vistas a admitir-se a delegação de atividades de inspeção a agentes privados, integrando, ambos, o conceito mais amplo de *defesa agropecuária* ou *vigilância agropecuária*. Integram, indissociavelmente, o exercício do poder de polícia, visando proteger a segurança alimentar da população, sendo, portanto, indelegáveis a particulares.

Como já deliberado pelo próprio STF na ADI 2.310, as carreiras ou funções associadas a essas funções, por determinação constitucional, estão, necessariamente, vinculadas à adoção ou manutenção do regime estatutário, e com garantias especiais contra a perda do cargo nas situações permitidas pelo art. 40 e pelo art. 169 da Constituição, decorrentes, ainda, do disposto no art. 247.

A adoção do regime estatutário, reiteradamente caracterizado e reconhecido como próprio e específico das carreiras típicas de Estado visa dar aos seus membros garantias no exercício de seus cargos contra o poder político e discricionário, já que é inerente a tais atividades a possibilidade de contrariar interesses poderosos no exercício de suas atividades, identificadas com os interesses permanentes do Estado.

Por tal razão, o art. 247 da Constituição prevê que as leis regulamentadoras a demissão por insuficiência de desempenho e a exoneração por excesso de despesa devem estabelecer 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.

Desde logo fica claro que é uma supergarantia remetida aos ocupantes de **cargos efetivos**, por decorrência *estáveis*, que atendam àquele requisito. Em sentido oposto, os não estáveis - por não ocuparem cargos efetivos - não poderão almejá-la. Nem poderão exigí-la os servidores ocupantes de cargos públicos, estáveis igualmente, **mas que não exerçam tais atividades**.

Ainda que se admita a tendência a que determinadas atividades sejam ou possam vir a ser terceirizadas ou contratadas sob regime sem a proteção da estabilidade, como quer a PEC nº 32/2020, o *núcleo central* das atribuições e competências da Administração

Federal é materialmente *indelegável* e reclama carreiras específicas, compatíveis com a natureza das funções exclusivas de Estado sob sua responsabilidade.

Na esfera da defesa agropecuária, essa situação já se acha legalmente definida, a partir das atribuições conferidas aos Auditores Fiscais Federais Agropecuários e aos cargos Plano de Carreira dos Cargos de Atividades Técnicas e Auxiliares de Fiscalização Federal Agropecuária – PCTAF.

5. Conclusão

Por todo o exposto, resultam, sinteticamente, as conclusões a seguir:

I – Inspeção e fiscalização agropecuária são temas que tem idêntico significado, não sendo lícita a sua separação, do ponto de vista conceitual, com vistas a admitir-se a delegação de atividades de inspeção a agentes privados, integrando, ambos, o conceito mais amplo de *defesa agropecuária* ou *vigilância agropecuária*.

II – É contrário à Constituição o “credenciamento” a entes privados, de funções que são inerentes ao Poder Público, vez que vinculados umbilicalmente às competências previstas no art. 174 da Constituição, relativas à regulação e fiscalização, expressões do poder de polícia e indelegáveis a entes privados.

III – A Inspeção e Fiscalização Agropecuárias são atividades típicas, exclusivas e permanentes de Estado que integram o conceito de *serviço público* por sua própria natureza e essencialidade;

IV - As atribuições dos cargos de Auditor Fiscal Federal Agropecuário integram, indissociavelmente, o exercício do poder de polícia, visando proteger a segurança alimentar da população.

V – As atividades exercidas pelos cargos de Auditor Fiscal Federal Agropecuário são *atividades exclusivas de Estado*, e, por decorrência, esses cargos são, intrinsecamente, *cargos típicos de Estado*, não podendo a Administração, sob pena de incorrer em inconstitucionalidade, deixar de assim considerá-los, para todos os fins, e, em especial, a garantia da proteção especial contra a perda do cargo prevista no art. 247 da Constituição.

VI – a Lei Complementar Federal que vier, nos termos originalmente propostos pela PEC nº 32/2020, caso aprovada pelo Congresso Nacional, a fixar os critérios para a definição de *cargos típicos de Estado*, não poderá deixar de considerar, para tal fim, *o exercício do poder de polícia*, e, conseqüentemente, os cargos da Carreira de Auditor Fiscal Federal Agropecuário.

VII – o art. 247 da CF, na forma proposta pelo Substitutivo da Comissão Especial à PEC nº 32/2020, ao prever que são **cargos exclusivos de Estado**, e que terão tratamento diferenciado quanto à demissão por excesso de despesas, prevista no art. 169, § 7º, os que exerçam

diretamente **atividades finalísticas** afetas **à fiscalização**, contempla, em vista de suas atribuições, os cargos de Auditor Fiscal Federal Agropecuário.

Em 11 de maio de 2022.

Luiz Alberto dos Santos

Consultor – Advogado (OAB RS 26485 e OAB DF 49777)
Especialista em Políticas Públicas e Gestão Governamental
Mestre em Administração – Doutor em Ciências Sociais
Professor Colaborador da EBAPE/FGV, ENAP, ILB e ISC