



PARECER JURÍDICO

EMENTA: PROJETO DE LEI Nº 280/2017-
DELEGABILIDADE DO SERVIÇO PÚBLICO DE
FISCALIZAÇÃO – AGÊNCIAS REGULADORAS
NACIONAIS – SERVIÇO PÚBLICO - IMPOSSIBILIDADE

1. Trata-se da análise e parecer sobre Projeto de Lei do Senado – PLS tombado sob o nº 280 que tramita no Senado Federal, de autoria do Senador Antônio Anastasia, que desde a data de 31 de Agosto de 2017 até a presente, encontra-se na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania (Secretaria de Apoio à Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania), aguardando designação de relator.
2. O Projeto versa sobre o estabelecimento de diretrizes e requisitos para a delegação, no âmbito da Administração Pública Federal, do serviço público de fiscalização administrativa a particulares, como delineado em seu art. 1º.
3. As balizas que perpassam a análise do processo devem ser observadas diante da estrutura do sistema regulatório, fundamental para a proteção da livre concorrência, do fortalecimento do mercado, equilibrando as relações econômicas e possibilitando a prestação de serviços pelos agentes econômicos de maneira mais benéfica aos consumidores.
4. Não se pode olvidar que se trata de um projeto ambicioso, já que tenta criar regra única para todo o mercado regulado, sendo que o sistema regulatório conta com 11 agências reguladoras, com a possibilidade de ampliação em curto espaço de tempo, haja vista a sua importância no desenvolvimento econômico e a necessidade de atuação do estado de forma técnica, segura e eficiente. Em seu art. 5º, estabelece como regra única de fiscalização a Lei nº 9.784/99, portanto, um único caminho fiscalizatório para todos os regulados, desde a fiscalização do transporte terrestre, aviação civil, até a vigilância sanitária, passando pelos garimpos e postos de gasolina.
5. Porém, sua maior ambição não é simplesmente abarcar o procedimento fiscalizatório em si. A mudança fundamental é a possibilidade de contratação de



empresas privadas para a realização da fiscalização. Seria a criação de um mercado específico no país, de empresas que serviriam como fiscais de mercado.

6. Neste mister, a criação de um mercado deve partir da solidez da atividade econômica com a finalidade de geração de lucro para os seus agentes. Na esteira, seria um mercado para fiscalizar outro mercado. Mas não é qualquer setor, mas sim o totalmente especializado, que entenda todos os aspectos da atividade econômica que será regulada, o que gera logo de início vantagem competitiva para os próprios agentes que atuam no mercado regulado.

7. Não poderiam as premissas iniciais deste Parecer olvidarem de evidenciar que a análise do projeto segue os princípios comezinhos de direito, em especial a Supremacia do Interesse Público e a Dignidade Humana, ainda forte na segurança aos agentes regulados e ao mercado, possibilitando que os cidadãos possam contar com um mercado sólido e vigoroso, capaz de investir em tecnologia e inovação, gerando desenvolvimento econômico, emprego e melhores serviços.

8. Dentre as formas encontradas para melhor explicitar aos nobres Senadores e à sociedade, de forma técnica e didática, as implicações do PLS 208 na Regulação Nacional, para o mercado e consumidores, é a análise por artigo, ao final, tecendo algumas considerações de cunho geral, fundamentais para a formação de opinião e aprimoramento do projeto.

9. Além dos princípios de Direito e da inseparável carta constitucional, inspiram e solidificam o entendimento aqui firmado o posicionamento da Corte Suprema em seus julgados, em especial a ADIN 2310, as Leis 9.427/96 (institui a agência nacional de energia elétrica e disciplina o regime de concessões de serviços públicos de energia elétrica), 9.472/97 (dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, a criação e funcionamento de um órgão regulador e outros aspectos institucionais), Lei 9.478/97 (institui a Agência Nacional do Petróleo e dá outras providências), Lei 9.782/99 (define o Sistema Nacional de Vigilância Sanitária, cria a Agência Nacional de Vigilância Sanitária, e dá outras providências), Lei 9.961/2000 (cria a Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS e dá outras providências), Lei 10.233/2001 (reestruturação dos transportes aquaviário e terrestre, cria o Conselho Nacional de Integração de Políticas de Transporte, a Agência Nacional de Transportes Terrestres, a Agência Nacional de Transportes Aquaviários e dá outras providências), Lei 10.881/2004 (dispõe sobre os contratos de gestão entre a Agência Nacional de Águas e entidades delegatárias das funções de Agências de Águas relativas à gestão de recursos hídricos de domínio da União e dá outras providências), Lei 11.182/2005 (cria a Agência Nacional de Aviação Civil – ANAC e dá outras providências), 12.485/2011 (dispões sobre a comunicação



audiovisual, ancine e outras) as Resoluções das Agências Reguladoras, a Medida Provisória 791 (que institui a ANM e dá outras providências) e que está em trâmite no Congresso Nacional, bem como as Resoluções e normativas das Agências Nacionais de Regulação.

PLS 280 (ART 1º e 2º)

10. Em seu art. 1º, o PLS 280 apresenta qual o seu escopo e objetivo que é estabelecer diretrizes e requisitos para a delegação, no âmbito da Administração Pública Federal, do serviço público de fiscalização administrativa a particulares.

11. Note-se que toda a Administração Pública Federal, tanto direta como indireta, terão o permissivo legal para realizar a terceirização de atividade fiscalizatória, desde o sistema de auditoria realizada pelo Receita Federal, controle do sistema financeiro realizado pelo Banco Central do Brasil, passando pelos Conselhos Profissionais, que também são consideradas autarquias, chegando até as Agências Nacionais de Regulação.

12. Em seu art. 2º faz a conceituação de diversos signos. São 6 incisos e, no inciso I, já estabelece o que é a **delegação do serviço público de fiscalização administrativa a particular**: transferência a pessoa jurídica não estatal, de direito privado, mediante autorização legal específica, do exercício de atividade de licenciamento, de vigilância ou sancionatória, mantida a titularidade estatal e preservado o regime jurídico de direito público, tendo em vista o interesse público disposto em lei.

Conceitos: poder delegante / agente delegado / atividade de licenciamento / atividade fiscalizatória / atividade sancionatória / delegação do serviço público de fiscalização administrativa a particular

13. Na esteira, segue conceituando: Art. 2º: II - **poder delegante**: a União, ou autarquia federal, sempre que promover a delegação do serviço público de fiscalização



administrativa a particulares; III - **agente delegado**: pessoa jurídica não estatal, de direito privado, a quem seja delegado serviço público de fiscalização administrativa em setor específico; IV – **atividade de licenciamento**: realização de processos administrativos e edição de atos administrativos, previstos em lei em razão do interesse público, destinados a expedir licenças, autorizações, certificações ou atos equivalentes, quanto a produtos, empreendimentos ou atividades; V – **atividade fiscalizatória**: medidas que verifiquem a correta ou incorreta atuação daqueles que se submetem às normas legais ou regulamentares de regulação, em relação a fatos já ocorridos, sem espaço para juízo discricionário; VI – **atividade sancionatória**: imposição de determinada consequência desfavorável, prevista em lei, a alguém em razão do cometimento de ilícito administrativo, sem espaço para juízo discricionário.

Da Atividade Fiscalizatória e demais atividades tratadas no art. 2º (sancionatória e licenciamento)

14. O Art. 1º tenta dimensionar o objetivo do Projeto apenas na atividade fiscalizatória a particular. Porém, o artigo subsequente já trata de atividade de licenciamento, atividade fiscalizatória e atividade sancionatória. Muito embora tais conceitos sejam elencados, presume-se que a atividade sancionatória e a atividade de licenciamento não fazem parte do Projeto, não havendo que se falar na delegação de tais atividades.

Da Delegação da Atividade Fiscalizatória na Administração Pública Federal ou autarquias / Poder Delegante

15. O art. 2º busca conceituar poder delegante como sendo a União, ou autarquias. A interpretação a ser dada ao texto não pode apenas observar a redação específica do art. 2º, mas sua hermenêutica deve estar colimada com o quanto explicitado no art. 1º, em que fala em toda Administração Pública Federal.

16. Portanto, verifica-se que utilização do termo “ou autarquia” não submete a delegação de fiscalização à particular apenas nestas instituições, mas também nos órgãos da administração direta e demais personalidades jurídicas de direito que compõem a administração pública federal.



PLS 280 (ART. 3º)

Autorização de delegação do serviço público de fiscalização por particulares de forma irrestrita

17. A cabeça do art. 3º é bastante incisiva ao dizer que “é vedada a delegação de serviço público de fiscalização administrativa a particular”. Mas, tal assertiva é totalmente contraditória com o que está determinado em seus incisos I e II, **demonstrando-se que será possível a delegação de serviço público em qualquer hipótese**, bastando para isso haver lei específica.

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

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

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

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

Art. 4º) Atos do Agente Delegado / Acompanhamento do poder delegante e dos cidadãos

18. A redação disposta no artigo Art. 4º afirma que os atos do agente delegado, no exercício do serviço público de fiscalização administrativa, sujeitar-se-ão ao acompanhamento pelo poder delegante, com cooperação dos cidadãos.

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



20. Tal redação não é clara, deixando diversas incertezas com relação a operacionalização e a própria disposição do sistema regulatório, além de evidenciar uma fragilidade grande no projeto, que não aponta solução em termos de viabilidade econômica e segurança jurídica, além de razoabilidade e economicidade.

21. Alguns questionamentos são fundamentais como forma de levantar as hipóteses de funcionamento de um sistema que por ventura viesse a funcionar nos moldes propostos.

22. Havendo a possibilidade de mudanças e aperfeiçoamentos no atual sistema de regulação, deve-se imaginar como funcionaria em termos práticos a cooperação do cidadão na atividade fiscalizatória.

Da Cooperação do Cidadão

23. As mudanças ocorridas no ordenamento jurídico pátrio vieram a agasalhar de maneira mais efetiva a participação dos cidadãos. Típico de um sistema democrático, o controle social e a transparência nas ações estatais estão consubstanciadas na Constituição Federal, nas leis específicas como a de Acesso à Informação, ao Direito de Petição, Habeas Datas e diversos outros instrumentos jurídicos.

24. Os sistemas existentes nas Agências Reguladoras e em diversos órgãos da Administração Pública Direta e Indireta, bem como nos órgãos de fiscalização e controle como Tribunais de Contas, Controladorias e até mesmo no Ministério Público e na Polícia, que contam com ouvidoria, serviços de atendimento ao consumidor, já permitem a participação do cidadão na forma de denúncias, inclusive preservando o anonimato.

25. O texto constante na lei transparece uma possibilidade da participação direta do cidadão na atividade fiscalizatória. Caso seja essa a intenção do legislador, deve-se estar atento que é prerrogativa do estado a função, que inclusive exige do agente fiscalizador conhecimentos específicos, técnicas de verificação de fatos e dados, preparação específica de abordagem e, a depender da própria atividade fiscalizatória, material adequado e proteção específica.

26. Não obstante, até mesmo nos moldes formulados no Projeto de Lei do Senado, imaginar a participação cidadão em fiscalização do Estado, mesmo em acompanhamento de empresas privadas torna-se difícil. Além de tratar-se de atividade técnica, permitir que qualquer pessoa participe de atividade fiscalizatória contraria



diversos princípios que regem a atividade. O princípio da imparcialidade, tão necessária à fiscalização, o dever de sigilo necessário quando se tem acesso à dados e documentos do fiscalizado, a urbanidade, obrigatória ao servidor mas que não condiciona necessariamente o particular, que pode exceder no tratamento com o fiscalizado.

27. Portanto, sendo intenção do texto permitir a participação direta do cidadão na fiscalização sugere-se a modificação, haja vista não haver harmonia com a normativa fiscalizatória vigente e seus princípios regentes, inclusive de ordem constitucional, bem como, não sendo a intenção do texto, opina-se pela impossibilidade, devendo haver a extração da expressão que não impossibilitará a realização de denúncias e narrativas através de diversos meios já existentes ou que possam vir a ser criados.

Do Acompanhamento do Poder Delegante

28. A exigência existente no art. 4º – de acompanhamento do poder delegante sobre o processo de fiscalização que seria realizado pelas empresas privadas – gera importantes questionamentos e, *a priori*, derruba dois argumentos favoráveis ao projeto: 1º) Da capacidade da empresa privada efetuar a fiscalização, pois não possui a imparcialidade devida e a legitimidade que inegavelmente tem o servidor público concursado e estável e 2º) Da viabilidade econômica de tal medida, haja vista haver a manutenção dos gastos do Estado e a sua ampliação com a contratação de empresa especializada de fiscalização.

29. Em termos práticos, tal acompanhamento por si só, já demonstra que o Estado é capaz de realizar diretamente essa função. A capacidade do mesmo em realiza-la passará necessariamente das escolhas de gestão, tanto do poder central como da chamada longa *manus* do estado.

30. Em decorrência lógica da letra legal, depreende-se que a empresa privada haveria de sofrer controle direto do servidor público, em cada fiscalização.

31. É imperiosa a discussão sobre a viabilidade econômica de tal medida. Em uma Agência Reguladora como a Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA, que possui o sistema de Portos, Aeroportos e Fronteiras, com fiscalização espalhado por todo território nacional, o custo para contratação de uma empresa privada, fazendo um exercício de contabilidade, seria enorme para o Estado, havendo ainda a necessidade desse acompanhamento *in loco*, haja vista a necessidade de análise da carga e dos produtos.



Art. 5º) Do Devido Processo Legal e adoção da Lei 9.784/99

Papel da Regulação / Especificidades dentro do Universo Regulatório

32. O artigo 5º do projeto trata sobre a adoção de procedimento pelo agente delegado do devido processo legal, em especial a lei 9.784/99.

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

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

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

33. Esse é mais um dos pontos de grande fragilidade do projeto. O Procedimento de Fiscalização da Administração Pública Federal deve seguir os princípios do devido processo legal, contraditório e ampla defesa, da impessoalidade dentre outros, explícitos e implícitos.

34. A Lei 9.784/99 versa sobre o processo administrativo em âmbito federal. Muito embora se trate de uma norma de grande relevância no ordenamento jurídico, a mesma não pode servir como única referência legislativa sobre o tema.

35. Sem adentrar profundamente na análise da Lei 9.784/99, nota-se que seria demasiadamente ousado exigir que uma norma abarque as peculiaridades dos processos de fiscalização, haja vista a peculiaridade.

36. A utilização na mencionada norma provocaria a judicialização em massa dos processos administrativos de âmbito específico. Por exemplo, uma fiscalização em diversos setores não seria efetiva se houvesse o conhecimento prévio por parte do regulado. Mas, o art. 41 assim determina;

Art. 41. Os interessados serão intimados de prova ou diligência ordenada, com antecedência mínima de três dias úteis, mencionando-se data, hora e local de realização.



37. Não se trata de ignorar que a fiscalização pode se dar de ofício, de imediato inclusive, mas de evitar a burocratização do processo fiscalizatório, que inclusive ocorre hoje em algumas autarquias, que querem determinar que o processo fiscalizatório se resume a ordens determinadas e com escopos previamente estabelecidos.

38. A atividade fiscalizatória não pode sofrer com burocratização ou impedimentos jurídicos, haja vista cuidar da vida, da saúde e dos principais bens e valores da sociedade.

39. A utilização exclusiva da Lei 9.784/99, sem a devida disposição legal que as entidades da administração pública podem utilizar normativas próprias que não conflitem com a mesma, seria abrir caminho para o enfraquecimento da atividade regulatória através da insegurança jurídica. Os processos e procedimentos, principalmente ao tratar de sanção, devem estar bem definidos, com marcos claros, evitando-se assim a cassação dos atos pela via judicial e por inconsistências administrativas.

40. Em verdade, ao aventar a possibilidade de realizar fiscalização em setores tão diversos e específicos, o ideal é atender aos requisitos específicos de cada entidade, suprindo assim exigências básicas de cada caso. Para situações específicas, normas específicas. Buscar generalizar a legislação seria andar na contramão do desenvolvimento da atividade fiscalizatória, deixando de atender as situações especiais.

41. Como exemplo de especificidade, importante referir-se sobre a Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL. Um grande esforço técnico e jurídico fora realizado para possibilitar ao Estado Brasileiro a implementação do mercado de telecomunicações, para beneficiar os cidadãos com melhores serviços, desde a democratização e acesso, passando pela qualidade e preço dos serviços. Participaram destes esforços a UIT – União Internacional de Telecomunicações da Organização das Nações Unidas, a ABC – Agência Brasileira de Cooperação, Ministério das Relações Exteriores, dentre outros.

42. Ao tratar dos aspectos fundamentais do arcabouço regulatório, diz-se que o órgão regulador é peça-chave para inspirar ou não a confiança dos investidores na estabilidade das regras estabelecidas para o mercado. O servidor público estável é peça fundamental para essa segurança e sua atividade deve ser exercida com regras que lhe permita exercer as atividades.

43. Referenciando-se pelo estudo, pode-se afirma-se que competência técnica e de independência decisória inspiram confiança para fazer valer a lei e o direito. O contrário, a instabilidade do agente fiscalizador, com algum tipo de dependência restritiva ou sem



capacidade técnica, e a ausência de normas específicas na fiscalização geram desconfiança e, conseqüentemente, afasta os investidores.

44. Ao realizar a tentativa de passar para o setor privado a fiscalização, com aplicação única da Lei 9.784/99, haverá uma fragilização jurídica da fiscalização, pois deixará de observar as questões específicas. Na Resolução da ANATEL de nº 612, de 29 de Abril de 2013, fica evidenciada a necessidade de norma específica. Menciona normas de caráter geral, como o art. 37.

Art. 37. Os processos administrativos observarão, dentre outros, os seguintes critérios de:

I - atuação conforme a Lei e o Direito;

II - atendimento a fins de interesse geral, vedada a renúncia total ou parcial de poderes ou competências, salvo as legalmente autorizadas;

III - objetividade no atendimento do interesse público, vedada a promoção pessoal de servidores ou autoridades;

IV - atuação segundo padrões éticos de probidade, decoro e boa-fé;

V - observância da publicidade das informações como preceito geral e do sigilo como exceção, ressalvadas as hipóteses de sigilo previstas na Constituição Federal ou em lei;

VI - adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público ou estabelecidas pela legislação;

VII - indicação dos pressupostos de fato e de direito que fundamentarem a decisão;

VIII - observância das formalidades essenciais à garantia dos direitos dos interessados;

IX - adoção das formas simples, suficientes para propiciar adequado grau de certeza, segurança e respeito aos direitos dos interessados;

X - impulsão de ofício do processo administrativo, sem prejuízo da atuação dos interessados;

XI - interpretação das normas da forma que melhor garanta o atendimento do fim público a que se destinam, vedada a aplicação retroativa de nova interpretação;



XII - garantia dos direitos à comunicação, à apresentação de alegações finais, à produção de provas e à interposição de recursos, nos processos que possam resultar em sanções e nas situações de litígio;

XIII - proibição de cobrança de despesas processuais, ressalvadas as previstas na legislação aplicável.

§ 1º A Anatel adotará procedimentos que tornem seus processos eletrônicos, inclusive com sistema de peticionamento eletrônico, dotado da respectiva certificação digital, com o objetivo de aprimorar sua gestão de documentos e facilitar o acesso de servidores e cidadãos às informações da Agência, o que propiciará celeridade, segurança e economicidade em seus procedimentos.

§ 2º Regulamentação específica tratará da adoção e funcionamento de sistema eletrônico para tramitação de processos administrativos na Agência, bem como para a prática de atos processuais.

§ 3º Observada a legislação federal a respeito do acesso à informação, as deliberações da Agência e os documentos que lhes dão fundamento deverão ser indexados e divulgados por meio de sistema de busca textual, disponível a todos os interessados no sítio da Agência na Internet.

45. Além das normas de caráter geral, a Resolução adentra em questões específicas que asseguram regras claras, a exemplo dos dois capítulos abaixo colacionados:

CAPÍTULO XI

Do Procedimento de Acompanhamento e Controle

Art. 79. O Procedimento de Acompanhamento e Controle é definido como o conjunto de medidas necessárias para o acompanhamento da prestação dos serviços de telecomunicações, para a prevenção e a correção de práticas em desacordo com as disposições estabelecidas em lei, regulamento, norma, contrato, ato, termo de autorização ou permissão, bem como em ato administrativo de efeitos concretos em matéria de competência da Agência.

Parágrafo único. O Procedimento de Acompanhamento e Controle tem as seguintes finalidades, dentre outras:

I - subsidiar a Anatel com informações relevantes para os seus processos decisórios;



II - analisar o desempenho das prestadoras de serviços de telecomunicações;

III - estimular a melhoria contínua da prestação dos serviços de telecomunicações visando soluções para as inconformidades detectadas;

IV - atuar na busca da reparação ou minimização de eventuais danos à prestação dos serviços de telecomunicações ou aos seus usuários.

CAPÍTULO XII

Do Procedimento para Apuração de Descumprimento de Obrigações

Seção I

Do Rito e dos Prazos

Art. 80. O Procedimento para Apuração de Descumprimento de Obrigações (Pado) destina-se a averiguar o descumprimento de disposições estabelecidas em lei, regulamento, norma, contrato, ato, termo de autorização ou permissão, bem como em ato administrativo de efeitos concretos que envolva matéria de competência da Agência, e será instaurado de ofício ou a requerimento de terceiros, mediante reclamação ou denúncia, compreendendo as seguintes fases:

I - instauração;

II - instrução;

III - decisão;

IV - recurso.

Parágrafo único. Em se tratando de descumprimento de obrigações constatado em ação de fiscalização, o processo poderá iniciar-se com a emissão do Auto de Infração, a que se refere o [art. 83](#), que valerá como o Despacho Ordinatório de Instauração.

Art. 81. Nenhuma sanção administrativa será aplicada, a pessoa física ou jurídica, sem que lhe seja assegurada a ampla defesa e o contraditório.

Art. 82. O Pado observará as seguintes regras e prazos:

I - a expedição de documento específico, denominado Despacho Ordinatório de Instauração, pela autoridade competente, apontando os fatos em que se baseia, as normas definidoras da infração e as sanções aplicáveis;

II - o interessado será intimado, por qualquer um dos meios indicados no [art. 110](#), para, em 15 (quinze) dias, oferecer sua defesa e apresentar ou requerer, de forma especificada, as provas que julgar cabíveis,



devendo a intimação apontar os fatos em que se baseia, as normas definidoras da infração e as sanções aplicáveis;

III - toda a documentação pertinente ao caso deverá integrar os autos do Pado;

IV - o prazo para a conclusão da instrução dos autos é de 90 (noventa) dias, contado a partir da intimação de que trata o inciso II, podendo ser prorrogado por igual período, ocorrendo situação que o justifique;

V - o prazo para a decisão final, após a completa instrução dos autos, é de 30 (trinta) dias, salvo prorrogação por igual período expressamente motivada;

VI - a decisão será proferida por Despacho Decisório devidamente fundamentado, intimando-se o interessado;

VII - da decisão caberá recurso administrativo ou pedido de reconsideração, nos termos dos [Capítulos V e VI, do Título V](#);

VIII - os Despachos Decisórios e o Acórdão serão publicados na página da Agência na Internet;

IX - após o trânsito em julgado administrativo, a decisão final proferida no Pado será publicada no Diário Oficial da União.

§ 1º Nos casos que envolvam a defesa do usuário ou da competição, o Conselho Diretor, nas matérias de sua competência, ou o Superintendente competente podem, de ofício, reduzir os prazos de Pado, como se segue:

I - o prazo do inciso IV será de 35 (trinta e cinco) dias, prorrogável uma vez por igual período; e

II - o prazo do inciso V será de 10 (dez) dias, prorrogável uma vez por igual período.

§ 2º Não cabe recurso administrativo ou pedido de reconsideração contra ato administrativo que determine ou formalize a instauração de processo administrativo competente para apuração de descumprimento de obrigação regulamentar.

§ 3º Após o encerramento da instrução processual o interessado será intimado para, em 10 (dez) dias, apresentar alegações finais.

Art. 83. Tratando-se de Pado iniciado com a emissão de Auto de Infração, a entrega deste documento ao interessado importará na intimação prevista no inciso II do [art. 82](#).

Parágrafo único. Constará do Auto de Infração:



I - o local, a data e a hora da lavratura;

II - o nome, o endereço e a qualificação do interessado;

III - a descrição do fato ou do ato constitutivo da infração;

IV - o dispositivo legal, regulamentar, contratual ou o termo de permissão ou autorização infringido, bem como as sanções aplicáveis;

V - o prazo para defesa e o local para sua apresentação;

VI - a identificação do agente de fiscalização, sua assinatura, a indicação do seu cargo ou função e o número de sua credencial;

VII - a assinatura do interessado ou a certificação da sua recusa em assinar.

Art. 84. São inadmissíveis as provas obtidas por meios ilícitos.

Art. 85. Cabe ao interessado a prova dos fatos que tenha alegado, sem prejuízo do dever atribuído ao órgão competente para a instrução.

Parágrafo único. Quando o interessado declarar que fatos e dados constam de registros da própria Agência ou em outro órgão administrativo, com indicações de onde a informação foi disponibilizada ou obtida, a Anatel proverá, de ofício, a sua obtenção.

Art. 86. O interessado poderá, na fase instrutória e antes da tomada de decisão, aduzir alegações, juntar documentos e pareceres, requerer diligências e perícias, arcando com o respectivo ônus.

§ 1º Somente poderão ser recusadas, mediante decisão fundamentada, as provas apresentadas pelos interessados, quando forem ilícitas, impertinentes, desnecessárias ou protelatórias.

§ 2º Os elementos probatórios deverão ser considerados na motivação da decisão.

*§ 3º As diligências e perícias de que trata o **caput** serão realizadas em prazo compatível com a complexidade do objeto requerido, a ser fixado pela Agência.*

Art. 87. Quando for necessária a prestação de informações ou a apresentação de provas pelos interessados ou terceiros, serão expedidas intimações para esse fim, mencionando-se data, prazo, forma e condições de atendimento.

§ 1º Não sendo atendida a intimação, o órgão competente poderá, se entender relevante a matéria, suprir de ofício a omissão, não se eximindo de proferir a decisão.



§ 2º Os atos de instrução que exijam providências por parte dos interessados devem realizar-se do modo menos oneroso para estes.

Art. 88. O órgão competente registrará a sanção aplicada nos assentamentos cadastrais do infrator.

Parágrafo único. Com o trânsito em julgado administrativo, o registro será utilizado para a comprovação de antecedentes e de reincidência específica.

Art. 89. A prescrição da ação punitiva da Agência, no exercício do poder de polícia, obedecerá à legislação aplicável à Administração Pública Federal.

Art. 90. O Pado de que resulte sanção poderá ser revisto, a qualquer tempo, de ofício ou mediante pedido dirigido á autoridade que aplicou a sanção, quando surgirem fatos novos ou circunstâncias relevantes suscetíveis de justificar a inadequação da sanção aplicada.

§ 1º O pedido de revisão será recebido como novo procedimento e autuado em autos próprios, cabendo ao interessado instruir o feito com cópia integral ou dos principais documentos do processo cuja revisão se pleiteia.

§ 2º A apresentação de pedido de revisão não suspenderá os efeitos da sanção aplicada por decisão administrativa transitada em julgado, especialmente a adoção das medidas necessárias à constituição, cobrança e execução do crédito não tributário decorrente da aplicação de sanção de multa.

§ 3º Da revisão do Pado não poderá resultar agravamento da sanção.

Art. 91. Para infrações de simples apuração definidas em Portaria do Conselho Diretor da Anatel, o processo poderá ser decidido sumariamente com o conseqüente arquivamento, nos termos do Regulamento de Aplicação de Sanções Administrativas.

46. Além das especificidades necessárias, a Resolução 612 ainda prevê processos de resolução de conflitos e mediação que demonstra a evolução do ordenamento jurídico em resolver de forma célere, menos gravosa e mais econômica.

Do Procedimento de Mediação

Art. 93. As prestadoras de serviços de telecomunicações poderão requerer à Anatel a instauração do Procedimento de Mediação, visando a solução consensual de questões relativas ao reconhecimento ou atribuição de direitos.

Art. 94. O Procedimento de Mediação observará as seguintes regras:



I - a autoridade competente exercerá o juízo de admissibilidade do Requerimento Inicial, nos termos deste Regimento;

II - admitido o Requerimento Inicial, o qual deverá ser assinado por todas as partes, a autoridade competente procederá à instauração do processo;

III - instaurado o processo, as partes serão intimadas a comparecer à reunião para tentativa de acordo;

IV - no dia, hora e local designados, realizar-se-á a reunião, na qual as partes deverão fazer-se representar por prepostos com poderes para transigir e demais poderes especiais aplicáveis ao caso;

V - durante a reunião, as partes poderão solicitar prazo adicional, certo e definido, para apresentação de proposta de acordo;

VI - a síntese dos fatos ocorridos na reunião e de seus resultados será registrada em Ata própria a ser assinada pelas partes e pela autoridade competente;

VII - alcançado o consenso, as partes celebrarão Termo de Acordo;

VIII - o Termo de Acordo será submetido à autoridade hierarquicamente superior à autoridade instauradora do processo que, constatando sua conformidade com a regulamentação, realizará sua homologação;

IX - não tendo sido alcançado o consenso, e sendo a vontade das partes, poderá ser agendada nova reunião, até o limite máximo de 3 (três) reuniões;

X - não alcançado consenso, as partes poderão optar pela proposição de procedimento administrativo de resolução de conflitos diverso, ocasião em que a autoridade hierarquicamente superior à autoridade instauradora do processo declarará extinto o processo.

§ 1º A ausência injustificada de qualquer das partes à reunião ou a indicação de que não haverá consenso, ensejará a extinção do processo.

§ 2º As partes que não alcançarem o consenso durante o processo ficarão impedidas de apresentar novo pedido de mediação com o mesmo objeto pelo prazo de 12 (doze) meses, contados da extinção do feito.

§ 3º É irrecorrível a decisão que homologa o acordo entre as partes, a qual terá plena validade e vinculará as partes a partir de sua homologação, e o seu descumprimento poderá ensejar a instauração de Pado.



47. Faz-se referência a Resolução ANATEL 612, mas as autarquias possuem suas normas específicas para realização de sua atividade fiscalizatória e a aprovação da utilização da Lei 9.784/99 causará insegurança jurídica, podendo inviabilizar a efetividade da atividade fiscalizatória.

Da forma de privatização da atividade fiscalizatória / Contrato de Concessão do Serviço Público / Obrigatoriedade de Licitação com exceção dos casos em que a lei designar diretamente

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

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

49. A forma de realização da escolha da entidade privada para o exercício da atividade fiscalizatória defendida pelo Projeto de Lei é o procedimento licitatório. Muito embora não faça menção direta, a norma de maior utilização nos processos de contratação pela Administração Pública é a Lei 8.666/93, embora existam outras normas mais específicas, como a Lei 12.232/2010 (licitação e contratação de agências de propaganda), a Lei 8.987/95 (concessões), dentre outras.

50. Muito embora haja a preocupação com a forma de contratação da empresa privada que venha a exercer a atividade fiscalizatória, em que mercado tal empresa estaria inserida, quem seriam seus empregados e quais interesses estratégicos para o país essas empresas teriam?

51. Óbvio que a Constituição Federal buscou manter sob a tutela do estado determinadas funções, dentre elas a fiscalizatória, e manteve essas atividades sendo



realizadas por servidores públicos estáveis para evitar que o interesse privado se sobrepusesse ao público.

52. Mais uma vez, nota-se também a aplicabilidade elástica do PLS 280, haja vista a clara menção aos Conselhos Profissionais. Nesta seara, em decorrência lógica, o mercado fiscalizador, que passa ser criado através desta lei, irá também permitir que não estáveis, pertencentes a quadros de empresas privadas, exerçam o papel fiscalizador de profissionais, ou seja, não apenas os mercados serão fiscalizados por qualquer empregado ou terceirizado dessas empresas, mas os profissionais como advogados, médicos, engenheiros, enfermeiros e todos os outros que possuem os Conselhos Profissionais.

53. A experiência de ocupar a cadeira jurídica principal no Conselho Federal de Psicologia e a ativa participação nas Reuniões dos Conselhos de Profissão, bem como a Assessoria Jurídica no Ministério da Saúde através da Secretaria de Gestão do Trabalho e da Educação em Saúde, com participação ativa dos Conselhos Profissionais da Área da Saúde serviram de termômetro para demonstrar que a utilização indevida da atividade fiscalizatória, tanto em sua qualidade como a possibilidade de direcionamento na disputa do mercado pode ser avassaladora para o Estado Brasileiro e a confiança dos profissionais nos próprios conselhos.

54. Não se pode olvidar que um grande grupo econômico pode concorrer enquanto empresa do novo mercado fiscalizatório e ter outras atividades econômicas vinculadas a sua própria fiscalização, por lacunas existentes no projeto. Além disso, a empresa privada que por ventura venha a exercer a atividade fiscalizatória estará sujeita, com maior força, à captura pelo mercado fiscalizado, tanto para beneficiar, como para prejudicar, utilizando o poder delegado a ela pelo Estado para o enriquecimento e fácil obtenção de lucro. O controle das empresas pelo Estado teria que chegar a tal ponto que melhor para o mesmo exercer diretamente a fiscalização. Isso apenas pelo olhar financeiro, sem contar com a segurança jurídica e a proibição constitucional expressa.

Da necessária observância da Lei e Normas Técnicas pelas empresas privadas que exerceriam a atividade fiscalizatória

55. Qualquer cidadão brasileiro ou estrangeiro, que esteja em solo brasileiro, tem a obrigatoriedade de seguir o ordenamento jurídico pátrio. A Lei de Introdução ao Código Civil é clara inclusive ao afirmar que a ninguém é dado o desconhecimento da Lei, o que



quer dizer que, mesmo não conhecendo a norma, a pessoa física ou jurídica que vier a descumpri-la arcará com as consequências deste descumprimento.

56. A redação explícita do art. 7º reforça a necessidade de cumprimento da lei por parte “dos delegados”, determinando ainda que seja assegurado, por meio de consulta ou audiência pública, oportunidade de participação aos potenciais interessados.

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

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

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

57. Em seu conjunto, tanto na cabeça do artigo bem como em seus parágrafos, fica demonstrada a inconsistência de tal norma, fragilizando sobremaneira a atividade fiscalizatória, pois compele a aceitação impensada os argumentos e aspectos técnicos apontados pelos participantes da consulta ou audiência pública.

58. A redação do §1º não fala em “poderá levar”, mas em “levará” em consideração.

59. Caso alguma pessoa física ou jurídica deixe registrado parâmetros, argumentos e aspectos técnicos sobre aquele determinado tema, inclusive de forma contraditória e inadequada, e não tenha seus argumentos compondo o quadro geral de norma ele poderá dizer que o texto proposto pelo PLS208 não está sendo cumprido, recorrendo inclusive ao poder judiciário.

60. Caso todas as sugestões e argumentos devessem ser levados em consideração, como quer a norma, tratar-se-ia de um complexo infinito de absurdos e contradições, servindo de instrumento ante fiscalizatório.

61. A redação disposta acima, mostra-se impossível de ser cumprida. Na improvável hipótese de sua aprovação, a implementação é impossível de ser realizada.



Da necessidade de nova Lei / Da Regulação do Processo Administrativo

62. A sequência redacional do PLS 280, ao ultrapassar os seus arts. 1º e 2º, mais uma vez, mostra-se contraditória, em dissonância com a melhor técnica legislativa e jurídica.

63. Inicialmente, pretende-se fazer brotar no ordenamento jurídico a possibilidade de criar um mercado fiscalizador privado no país, em detrimento do exercício da atividade finalística do Estado, contrariando a Constituição Federal e o entendimento consolidado do Supremo Tribunal Federal.

64. No transcorrer dos seus desígnios, o projeto passa a apresentar inconsistências, o que, em decorrência lógica, torna obrigatória a realização de críticas.

65. O art. 8º do texto contradiz o art. 5º (que determina a utilização da Lei 9.784/99), reforçando a necessidade de uma norma específica para cada atividade regulatória, devido a sua especialidade e especificidades.

66. Ocorre que comete um erro brutal, contrariando o mercado e os avanços tecnológicos, que exigem segurança jurídica, mas não engessamento. Ao afirmar que somente lei deverá regular especificamente o processo administrativo correspondente a que autorizar a delegação, o PLS 208 exige do Congresso Nacional esforço brutal, amarrando assim o processo fiscalizatório e, ainda, atacando a autonomia e independência das Agências Reguladoras, Banco Central, dos Conselhos Profissionais etc.

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

69. A exigência disposta neste art. 8º é patentemente inexecutável.

Da atividade vinculada e observância do devido processo legal



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

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

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

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

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

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

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

70. Como se depreende do texto do PLS 280 acima transcrito, alguns pontos estão claramente definidos, mas muitos outros ainda carecem de esclarecimentos. A tarefa de análise do projeto se torna mais complexa, haja vista esses pontos ainda não esclarecidos.

DA INDELEGABILIDADE DE ATIVIDADE-FIM DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.

71. Delegação é a transferência da execução do serviço público por contrato (concessão), ou ato (permissão e autorização) a particular. A concessão e a permissão estão previstas na Constituição Federal de 1988, em seu artigo 175.



Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

Parágrafo único. A lei disporá sobre:

I - o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão;

II - os direitos dos usuários;

III - política tarifária;

IV - a obrigação de manter serviço adequado.

72. A terceirização por sua vez, constitui meio pelo qual a administração pública estabelece parceria com o setor privado para a realização de atividades de sua responsabilidade.

73. Na prática assume várias modalidades, entre as quais as empreitadas de obra e de serviços (fornecimento de mão-de-obra), tidas como atividades-meio. Dentre as principais vantagens apontadas pela doutrina mais liberal, está a criação de mercado econômico, explorado por empresas que, por força da concorrência e a necessidade de obtenção de lucros, buscarão ofertar um serviço de qualidade e preço competitivo, deixando para o Estado a atividade de regular o setor.

74. Suas principais vantagens são: a especialização da empresa contratada; a conveniência de o tomador de serviço (poder público) poder concentrar-se na execução de suas atividades-fim; a redução do preço do produto ou serviço.

75. De acordo com nosso ordenamento jurídico, existem competências típicas do Estado, as quais não podem ser transferidas ao mercado por contrato administrativo, principalmente se há regra legal instituidora de cargo público, em cujas atribuições inserem-se as atividades cuja contratação pretende-se junto ao setor privado. A atividade de fiscalizar exige um juízo discricionário que deve ser realizado pelo Estado, pois envolve atos com efeitos jurídicos sobre terceiros. Afinal, não faz sentido conceder ao particular o poder de fiscalizar seus pares.



76. É pacífico o entendimento de que as terceirizações só são admitidas para as atividades-meio da administração pública.

77. Nota-se, porém, que existe uma certa divergência acerca da possibilidade ou não de delegação de atividade-fim da administração pública à particulares, haja vista a linha tênue entre o que seria atividade-fim e atividade-meio.

78. Tais competências (atividades-fim) podem ser classificadas, segundo lição de Hely Lopes Meirelles, como serviços públicos próprios ou impróprios. Enquanto aqueles consubstanciam atividades típicas de Estado, e, por isso, absolutamente indelegáveis (ex.: poder de polícia, definição de políticas públicas, etc); estes caracterizam serviços de interesse comum, que, embora relevantes, podem ser prestados diretamente pelo Estado, ou, indiretamente, mediante concessão, permissão ou autorização (ex.: serviços de telecomunicações, energia elétrica, transporte, etc), mas não por meio de terceirização. (MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo brasileiro. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 321.

79. Maria Sylvia Zanella Di Pietro cita dispositivo contido na Lei de Diretrizes Orçamentárias da União (Lei n. 11.768/08, art. 89), que, em interpretação autêntica do § 1º do art. 18 da LRF, evidencia, em seu parágrafo único, o que o legislador federal entende por atividade-meio e os requisitos que devem ser observados para que a terceirização seja considerada lícita (e não se caracterize como substituição de servidores públicos, ou seja, burla ao princípio do concurso público):

Art. 89. O disposto no § 1º do art. 18 da Lei Complementar n. 101, de 2000, aplica-se exclusivamente para fins de cálculo do limite da despesa total com pessoal, independentemente da legalidade ou validade dos contratos.

Parágrafo único. Não se considera como substituição de servidores e empregados públicos, para efeito do caput deste artigo, os contratos de serviços de terceiros relativos a atividades que, simultaneamente:

I — sejam **acessórias, instrumentais ou complementares às atribuições legais do órgão ou entidade**, na forma prevista em regulamento;

II — **não sejam inerentes a categorias funcionais abrangidas pelo quadro de pessoal do órgão ou entidade**, salvo expressa disposição legal em contrário, ou sejam relativas a cargo ou categoria extintos, total ou parcialmente;

III — não caracterizem relação direta de emprego.



80. Alguns doutrinadores chegam ao ponto de buscar a redução da máquina estatal através da defesa da terceirização das denominadas atividades-meio, ou seja, não coincidentes com as suas finalidades institucionais, mas tão somente instrumentais, também denominadas atos materiais ou de gestão.

81. Luciano Ferraz acredita que:

“As atividades materiais podem ser realizadas por intermédio da contratação de pessoal por interposta pessoa; já as atividades jurídicas **e os atos que possuem carga de autoridade não podem ser objeto dessa execução indireta, porque aqueles atos devem ser praticados por servidores públicos (...)** Quando a atividade a ser desempenhada por terceirizado for atividade-fim, a terceirização está vedada; quando houver correspondência entre a atividade desempenhada pelo terceirizado e os cargos existentes na estrutura do órgão ou entidade, a terceirização também está vedada”. (FERRAZ, Luciano. Terceirização, contratação de serviços de terceiros pela Administração Pública. Boletim de Direito Municipal, v. 1, 2007, p. 1-8.)

82. Segundo o Desembargador Federal Ricardo Teixeira do Vale Pereira,

“Com efeito, das atividades desempenhadas pela Administração Pública, há algumas que podem e outras que não podem ser outorgadas, ou delegadas pelo Poder Público a entidades particulares. Isso, em determinadas situações, está claro na Constituição Federal. Como esclarece Maria Syllvia Zanella Di Pietro, a Administração Pública, no desempenho de sua missão de tutelar o interesse público e agir em nome de toda a coletividade, desenvolve uma gama imensa de atividades, as quais podem, de maneira geral, ser classificadas como de: a) fomento; b) serviço público e c) intervenção” (in “Conselhos de Fiscalização Profissional, coordenado por Vladimir Passos de Freitas, São Paulo, RT,2001,p. 54)

83. Mas, sobre a privatização da atividade finalística do Estado, trata-se de ponto hegemônico na Doutrina, Jurisprudência, inclusive dos órgãos de controle. O Tribunal de contas da União vem assentou a inadmissibilidade da atividade-fim:

Efetivamente, a contratação indireta de pessoal, por meio de empresa particular, para o desempenho de atividades inerentes à Categoria



Funcional (...), abrangida pelo Plano de Classificação e Retribuição de Cargos do Serviço Civil da União, configura procedimento atentatório a preceito constitucional que impõe a aprovação prévia em concurso público para a investidura em cargo ou emprego público.

84. Destarte, se em norma constitucional ou infraconstitucional, determinada competência integrante da função administrativa foi imputada a um servidor público como sendo de sua competência, tem-se clara a opção do ordenamento por considerar tal tarefa como atividade estatal, sendo impossível sua delegação a particulares sobre pena de ilegalidade.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL / INDELEGABILIDADE DE ATIVIDADES TÍPICAS DO ESTADO

85. Sobre a indelegabilidade de atividades típicas do Estado o pleno do Supremo Tribunal Federal, já se pronunciou no julgamento da ADI nº 01717-DF relatada pelo ministro Sydney Sanches, **a Corte considerou ser ilícita a delegação de atividades privativas do Estado a particulares e isso abarca tanto o poder de tributar quanto o poder de polícia** (embora ali restrito ao controle de atividades profissionais). Com isso, não se aceitou que o poder fiscalizatório relativo ao exercício das profissões fosse executado por particulares.

86. Nos termos de trecho da ementa, a interpretação conjugada de dispositivos constitucionais (arts. 5º, XIII, art. 22, XVI e 21, XXIV, 70, parágrafo único, 149 e 175) “leva à conclusão, no sentido da indelegabilidade, a uma entidade privada, de atividade típica do Estado, que abrange até poder de polícia (...).²³ (rel. Min. Sydney Sanches, 7.11.2002, Pleno do STF, INFORMATIVO 289 do STF, DJU de 28.03.2003).

87. Já no julgamento da cautelar da ADIn no 2.310, o Supremo examinou a lei que trata dos agentes públicos de agências reguladoras (Lei no 9.985/2000), e ali **se posicionou contrário à contratação de servidores em regime celetista.**

88. De acordo com o ministro Marco Aurélio, relator, prescindir, no caso, da ocupação de cargos públicos, com os direitos e garantias a eles inerentes, é adotar flexibilidade incompatível com a natureza dos serviços a serem prestados, igualizando os servidores das agências a prestadores de serviços subalternos, dos quais não se exige, até mesmo, escolaridade maior, como são serventes, artífices, mecanógrafos, entre outros. Atente-se para as espécies. 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 (...). Em suma, não se coaduna com os objetivos precípuos das agências reguladoras, verdadeiras autarquias, embora de caráter especial, a flexibilidade inerente aos empregos públicos, impondo-se a adoção da regra que é revelada pelo regime de cargo público, tal como ocorre em relação a outras atividades fiscalizadoras — fiscais do trabalho, de renda, servidores do Banco Central, dos Tribunais de Contas etc.

DAS CONSÊQUÊNCIAS DA RETIRADA DOS SERVIDORES DA ATIVIDADE FISCALIZATÓRIA

89. Cumpre assentar, as especificidades da incidência de tal raciocínio no tocante aos contratos administrativos nos quais se busca transferir parte das atividades de órgãos ou entidades autárquicas a particulares, também denominados “contratos de terceirização”.

90. Ao firmar contratos dessa natureza, não podem ser ignorados os riscos a ele inerentes, haja vista que se promove verdadeira burla a Constituição e demais normas do ordenamento, inclusive no que se refere ao exercício das competências típicas do Estado. Nesse sentido, confira-se as advertências da ilustre administrativista Maria Sylvania Zanella De Pietro com fulcro nas ponderações de Armando de Souza Prado:

“Na terceirização tradicional, o preço é decisivo na transferência, o que pode permitir distorções: comportamentos simulados para preservar direitos individuais, utilização de mão-de-obra não especializada, gerando resultados técnicos insatisfatórios e inexpressivos; exploração econômica de mão-de-obra, estimulando a desmotivação, baixa produtividade, alta rotatividade e reclamações trabalhistas, taxa de administração incompatível com os custos operacionais, salários pagos e encargos sociais; interferências da contratante na administração da atividade terceirizada para obter um mínimo de qualidade.” (“Parcerias na Administração Pública”, op. Cit., p. 229)

91. Tais riscos devem ser observados quando se decide cogitar a possibilidade de contrato administrativo dessa natureza. Outrossim, não se pode ignorar a



inadmissibilidade de a Administração Pública colocar particular contratado para desempenhar atividade basilar de entidade autárquica, por ser prática contrária aos princípios básicos do regime jurídico de Direito Público.

92. Ademais, se existem servidores públicos com competência prevista em lei para atuar na seara objeto do contrato administrativo, é inadmissível transferir tais atividades a particulares.

93. Não se detecta interesse público, nem confiabilidade. Não é conveniente que pessoas alheias ao aparato administrativo circulem internamente dentro da repartição pública, pouco importando a função que venham a desempenhar, pois admitir a terceirização para atividades internas e permanentes é permitir que pessoas alheias ao quadro de pessoal não somente rodeiem livremente, mas sejam comandadas por pessoas estranhas à órbita do Direito Público.

94. As consequências para a estruturação do Estado Brasileiro, para o exercício de atividade soberana e imparcial, em se tratando fiscalização exercida pela Administração Pública Federal, suas autarquias e demais estruturas, serão danosas em uma escala nunca antes vista na história do país.

95. Abrir mão da fiscalização do Estado para empresas é abrir mão do exercício finalístico do Estado. Não se confunde com a concessão para o exercício de atividade econômica, não se compara a venda de ativos nos setores da economia, não se trata de privatizar empresas que agem diretamente na economia disputando mercado. Trata-se efetivamente de lançar mão do mínimo e fundamental para impor as regras constitucionais, à defesa do cidadão, de buscar a implementação de regras justas nos mercados produtores de bens e serviços. É retirar a confiança nas instituições fiscalizatórias, criando-se um novo mercado que terá a capacidade de destruir setores da economia, por fatores diversos, que vão desde a busca pelo lucro simplesmente, até a corrupção e conluio com agentes de mercado e até mesmo influências externas.

DA CONTRARIEDADE DO PROJETO DE LEI A UNIFORMIDADE DO ORDENAMENTO JURÍDICO / INCONSTITUCIONALIDADES E INCONSISTÊNCIAS

96. No Projeto de lei em questão, utiliza-se como sua principal justificativa a insuficiência de pessoal para o atendimento das demandas administrativas das autarquias, o que por sua vez não consubstancia fato capaz, de por si só, gerar autorização para terceirização de atividades definidas como públicas e integrantes de



competências de cargos criados por lei além de ferir de morte o princípio do concurso público.

97. De acordo com a ilustríssima Presidente do STF Carmen Lúcia Antunes Rocha,

“ Não se pode prover cargos públicos sem a sua oferta a todos os cidadãos, aos quais se garantam o direito de aceder a eles desde que cumpridas as condições legais determinadas e necessárias para o seu bom desempenho, em benefício de interesse público (...) Sendo a *res publica* ao povo (público) compete participar da estrutura que realiza os interesses da coletividade” (ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Princípios Constitucionais dos servidores públicos, op. Cit., p.147)

98. A Administração Pública, para sua adequada sobrevivência e correta observância do interesse público, necessita de pessoal permanente para o melhor desenvolvimento de suas atividades.

99. O princípio do concurso público por sua vez não visa a atender interesse secundário da Administração Pública, mas o próprio interesse público primário, sendo a sociedade a grande beneficiária da melhor contratação por parte da Administração.

100. Com efeito, além de se prestigiar o princípio da isonomia, assegurando a todos igual oportunidade de ascender a um cargo/emprego público, a Administração Pública também obtém aqueles que melhor estão preparados para o exercício de data atividade.

101. Contudo, recorde-se de que todas as vezes que a Constituição permitiu o trespasse de atividades administrativas ao particular ela o fez expressamente, como no caso dos serviços públicos, dos serviços notariais e de registro e do fomento.

102. Vale a pena ressaltar que as atividades típicas, essenciais e rotineiras imputadas às pessoas públicas adequam-se ao regime estatutário, haja vista que a natureza da função exercida é pública, os fins a serem atendidos são públicos, logo as normas regulamentadoras devem ser públicas. O mérito de assegurar a permanência na administração é garantia que só o regime estatutário dá e em favor dos servidores efetivos que cumpram determinados requisitos constitucionais, dentre eles, ser aprovado em concurso público, pois a regra geral é a de que cargos efetivos apenas podem ser providos após a realização de concurso público, assim dispõe a Constituição Federal:

II - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a



natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração;

103. Insta consignar que as atividades de fiscalizar ostentado pelas Agências Reguladoras, tem características de polícia administrativa. Efetivamente, se todo exercício do poder de polícia importa em restrição à liberdade do particular e a atividade regulatória se manifesta através de ações de fomento e de ações disciplinares, não se pode negar que a atividade regulatória, ao menos com relação às ações disciplinares, utiliza-se do poder de polícia para atingir seus objetivos, onde o mesmo deve ser exercido dentro dos limites impostos pelo princípio da legalidade.

104. Por ser uma atividade de cunho exclusivo do Estado, o entendimento majoritário é que o poder de polícia não pode sofrer delegação para particulares, porém no que se refere as entidades de Direito público da administração indireta, seria perfeitamente possível, como exemplo podemos citar a ANATEL, ANVISA, ANEEL entre outras.

105. O Código Tributário Nacional define bem o poder de polícia, como sendo:

“ 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.

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

106. São atributos do poder de polícia administrativo: coercibilidade, autoexecutoriedade e discricionariedade.

Coercibilidade: É a característica da Administração pública de imposição, de coagir, para a garantia de cumprimento do poder de polícia. O poder de polícia é imperativo e obrigatório, admitindo até o emprego da força pública para o seu cumprimento, quando resistido pelo administrado.



Desta forma, não há ato de polícia facultativo para o particular, pois todos eles admitem a coerção estatal para torná-lo efetivo, e essa coerção também independe da autorização judicial. É a própria Administração que determina e faz executar as medidas de força, que se tornarem necessárias para a execução do ato ou aplicação da penalidade administrativa resultante do exercício do poder de polícia.

Auto-executoriedade: É a capacidade inerente da administração pública, compondo dos meios próprios tem para executar seus atos sem que para tanto tenha que recorrer ao judiciário, porém se faz necessário que todo ato tenha o seu devido respaldo na Constituição Federal, ou seja, existem atos da administração pública que não são auto-executórios uma vez que não tem o amparo legal.

Discricionariedade: É a liberdade que a administração pública tem para exercer alguns atos em que o legislador não teria como prevê-los, nesse sentido o poder público tem maior autonomia para decidir o melhor caminho a ser trilhado mediante uma situação não prevista, de maneira que julgue ser relevante. Vale ressaltar ainda que o poder público tem uma maior liberdade no exercício dos seus atos, os mesmos não são no todo absolutos, uma vez que a satisfação do interesse público está implicitamente ligado a todo ato da administração.

107. Dispõe ainda o artigo 4º, inciso III da Lei 11.079/2004:

Art. 4o Na contratação de parceria público-privada serão observadas as seguintes diretrizes:

III – indelegabilidade das funções de regulação, jurisdicional, do exercício do poder de polícia e de outras atividades exclusivas do Estado;

108. Alguns pontos contrários que devem ser levados em consideração no que se refere a delegabilidade do poder de polícia a particulares:

- 1.) A execução de polícia por entidades com fins lucrativos, como empresas estatais ou empresas particulares, seria contrária a interesses públicos primários em virtude do risco de se manipular a ação restritiva, sobretudo a sancionatória, no intuito de se aumentar o lucro;



- 2.) O regime mais flexível dos trabalhadores privados, o que não lhes garantiria a autonomia necessária para aplicar a lei de modo impessoal, pois restariam sujeitos a maiores pressões por parte do empregador;
- 3.) A quebra do princípio da isonomia ou da igualdade primária dos membros do corpo social, na medida em que os particulares no exercício de atividade de polícia estariam em situação privilegiada em relação ao resto da sociedade. Por conta disso, o poder de polícia somente poderia ser manejado por um corpo neutro, que age com base na impessoalidade em relação a todos, ou seja, o Estado;
- 4.) A ausência de autorizativo constitucional para o exercício de atividade de polícia pelo Estado, diferentemente do que se vislumbra em relação ao serviço público, cuja delegação aos particulares estaria prevista, por exemplo, no art. 175 da Constituição da República.

109. São inúmeros os posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais e administrativo prescrevendo a irregularidade da contratação de serviços visando a execução de atividades próprias de servidores, constantes do plano de cargos do estado, pois baseia-se no entendimento de que o poder de império, do latim *jus imperii*, é próprio e privativo do Estado, sendo assim, não pode admitir a delegação do poder de polícia para pessoas jurídicas de direito privado que não integram a administração pública indireta.

DA INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL SUBJETIVA POR VÍCIO DE INICIATIVA (ALÍNEA C, DO §1º, DO ART. 61 E ART. 2º, DA CF/88)

110. Ao cabo da minuciosa análise da situação trazida alume, afigura-se a ocorrência de vício formal subjetivo em decorrência da usurpação do poder de iniciativa privativa do Excelentíssimo Senhor Presidente da República. O projeto de lei ora em apreciação, ao dispor sobre a delegação do exercício do poder de polícia aos particulares mediante iniciativa do Senado Federal, afeta, ainda que de modo obliquo, o regime jurídico dos servidores públicos da União. Trata-se de inteligência constitucional com esteio na alínea c, do §1º, do art. 61, porquanto são de iniciativa privativa do Presidente da



República as leis que disponham sobre o regime jurídico dos servidores públicos da União.

111. O regime jurídico é o substrato de validade do exercício das funções por parte dos agentes públicos, concernente ao conjunto de princípios e regras que regulam os direitos, os deveres e às vantagens, com previsão em estatutos próprios.

112. Forte em tais razões, a Lei nº 10.871/2004 se converte em verdadeiro estatuto dos servidores efetivos das agências reguladoras federais, trazendo regras atinentes ao regime jurídico de tais servidores, posto que estabeleceu competências (arts. 2º ao 4º), prerrogativas e direitos (parágrafo único, art. 3º), regras organizatórias das carreiras (arts. 7º ao 11), definição da jornada de trabalho (art. 12º), dentre diversos outros temas que permitem concluir tratar-se de estatuto próprio no âmbito das carreiras.

113. Nessa esteira, aduz o art. 6º da Lei nº 10.871/2004:

Art. 6º O regime jurídico dos cargos e carreiras referidos no art. 1º desta Lei é o instituído na [Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990](#), observadas as disposições desta Lei.

114. Veja-se, por conseguinte, que o regime jurídico único das carreiras dos servidores das agências reguladoras é uma adjeção perfeitamente compatível da Lei nº 8.112/1990 e da Lei nº 10.871/2004.

115. Note-se, ademais, que consoante o inc. I, do art. 3º da Lei nº 10.871/2004 são atribuições comuns dos cargos referidos nos incisos I a XVI, XIX e XX do art. 1º, com a redação dada pela Lei nº 11.292, de 2006, a fiscalização do cumprimento das regras pelos agentes do mercado regulado.

116. Não obstante o expedindo, cumpre ressaltar, também, que o PL em análise afronta o princípio fundamental da separação e independência dos poderes, à luz do art. 2º c/c art. 60, §4º, inc. III, todos da *Lex Matter* pátria, vez que invade, como aludido, o espectro de competência do Chefe do Poder Executivo.

117. Neste contexto, em consequência desse modelo de disciplina jurídica das carreiras em estudo, mostra-se configurada a inconstitucionalidade formal subjetiva por iniciativa de competência privativa do Presidente da República, com fundamento na alínea c, do §1º, do art. 61, bem como por ofensa à cláusula da separação e harmonia entre os poderes previsto no art. 2º, todos da Constituição Federal de 1988.



DA INCONSTITUCIONALIDADE MATERIAL POR AFRONTA AO ART. 174 DA CF/88 E AOS PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E DA RAZOABILIDADE

118. Nas exatas linhas do que dispõe o art. 174 da Carta Cidadã, 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.

119. Resulta por incontroverso, *in casu*, que há no dispositivo constitucional a determinação de que a fiscalização da atividade econômica é atribuição do Estado, que o exerce pela aplicação do regular exercício do poder de polícia. Desse modo, o regular exercício do poder de polícia é atingido quando desempenhado pelo órgão competente nos limites da lei aplicável, à luz do parágrafo único do art. 78, do Código Tributário Nacional.

120. Extrai-se da presente interpretação teleológica constitucional, tratar-se de modalidade de intervenção típica na economia por direção, posto que o Estado verificará se os agentes econômicos atuam em observância às normas que regulam a atividade. Destarte, por evidente, há que se afirmar que o PL em estudo peca por conferir desarrazoada possibilidade de delegação do exercício das atividades de fiscalização aos particulares, em afronta ao mandamento constitucional susomencionado, não guardando adequada proporção entre meios e fins.

121. Pelo exposto, impõe-se concluir que o PLS em tela, a pretexto de tornar a atuação estatal mais eficiente, afigura-se desarrazoado por implicar em impraticabilidade fática, incongruência e inadequação entre meios e fins, posto que violador de normas de estatura constitucional que determinam que a função fiscalizatória é atribuição do Estado, como agente normativo e regulador da atividade econômica.



CONCLUSÃO

122. Diante dos fundamentos acima esposados, considerando os princípios da Supremacia do Interesse Público, da Legalidade, e da violação ao Princípio do Concurso Público passo a opinar:

123. **Pela manutenção do entendimento, baseado nos posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais, no sentido de que as competências típicas do Estado que exercem atividades-fim não podem ser delegadas a particulares, haja vista haver regra legal instituidora de cargo público cuja atribuições inserem-se as atividades cuja contratação pretende-se junto a particulares**, não restando dúvida, por tanto, quanto ao fato de que não se deve colocar particular contratado para exercer atividade-fim dos órgão e entidades autárquicas.

124. Dessa forma, sendo o poder de polícia aquele capaz de restringir as liberdades individuais e de propriedade dos particulares em detrimento do interesse público, é inconcebível a ideia de delegar a particulares o poder de fiscalizar seus pares, uma vez que isso geraria um desequilíbrio, fazendo com que uns exercessem sua supremacia sobre outros.

125. É o Parecer, SMJ.

Brasília-DF, 17 de agosto de 2017.

BRENO VALADARES
OAB/DF Nº 48.269

