

**UNIVERSIDADE SANTA CECÍLIA**

**PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DA SAÚDE: DIMENSÕES  
INDIVIDUAIS E COLETIVAS**

**VIABILIDADE DA DELEGAÇÃO DO PODER DE POLÍCIA  
ADMINISTRATIVO:  
À LUZ DA DECISÃO DO TEMA 532 DO STF**

SANTOS - SP  
2023

DANIEL DO AMARAL

**VIABILIDADE DA DELEGAÇÃO DO PODER DE POLÍCIA  
ADMINISTRATIVO:  
À LUZ DA DECISÃO DO TEMA 532 DO STF**

Dissertação apresentada à Universidade Santa Cecília como parte dos requisitos para obtenção de título de mestre no Programa de Pós-Graduação em Direito da Saúde, sob orientação de: Marcelo Lamy

Prof. Marcelo Lamy

SANTOS - SP

2023

## RESUMO

O Sistema Nacional de Vigilância Sanitária exerce um papel fundamental na sociedade, atuando como garantidor da saúde pública. No Brasil, é responsável pelo controle de uma grande variedade de produtos e serviços de diversas naturezas. O papel da Vigilância Sanitária ultrapassa as ações de eliminar, diminuir, prevenir e intervir, que seguem as diretrizes de regulação e controle. Trata-se de um abrangente e complexo campo de atuação, que permeia a criação de estratégias de prevenção, mitigação de riscos, entre outras ações de proteger a vida e manter a saúde pública. Para a realização das atividades de Vigilância Sanitária é necessária a utilização do poder de polícia, uma vez que, entre suas funções estão a regulamentação dos direitos individuais, visando o benefício do interesse coletivo. A Vigilância Sanitária atua como um setor do Estado especializado para a regulamentação em saúde, por meio de tecnologias e estratégias de intervenções e metodologias, que são recorrentemente atualizadas com conhecimento científico seguindo os princípios e objetivos estabelecidos pela CF/1988. Diante da importância das atividades empreendidas pela Vigilância Sanitária para a manutenção do bem-estar coletivo, o presente estudo tem como objetivo avaliar a possibilidade da delegação das atividades de poder de polícia sanitário a particulares, baseando-se nas doutrinas e jurisprudências atuais que discorrem sobre o tema. Para isso, foi utilizado o método de revisão da literatura, para levantamento do arcabouço acadêmico e jurídico acerca da questão da delegação de poder de polícia a particulares. Foram encontrados argumentos e interpretações favoráveis e contrárias no que tange a delegação a particulares, no entanto, baseando-se no tema mais recente e mais utilizado para defender a delegação a particulares (caso da BHTrans), existe jurisprudência e uma grande corrente jurídica que compartilha do entendimento de que a delegação a particulares é possível, desde que sejam estabelecidas prerrogativas e diretrizes claras e contundentes para a sua aplicação, garantindo o bem-estar coletivo e maior efetividade da administração pública.

**Palavras-Chave:** Poder de Polícia; Delegação; Particulares; BHTrans

## **ABSTRACT**

The national health surveillance system plays a fundamental role in society, acting as a guarantor of public health. In Brazil is responsible for controlling a wide variety of products and services of various natures. The role of Sanitary Surveillance goes beyond actions to eliminate, reduce, prevent and intervene, which follow regulation and control guidelines. It is a comprehensive and complex field of action, which permeates the creation of prevention strategies, risk mitigation, among other actions to protect life and maintain public health. Health surveillance activities, it is necessary to use the police power, since, among its functions are the regulation of individual rights, aiming at the benefit of the collective interest. Health surveillance acts as a specialized sector of the State for health regulation, through technologies and intervention strategies and methodologies, which with scientific knowledge following the principles and objectives established by CF/1988. Given the importance of the activities undertaken by the Sanitary Surveillance for the maintenance of collective well-being, the present study aims to evaluate the possibility of delegating police power activities to private toilets, based on current doctrines and jurisprudence that discuss the theme. For this, the literature review method to survey the academic and legal framework on the issue of delegation of police power to private individuals. Favorable and contrary arguments and interpretations were found regarding the delegation to private individuals, however, based on the most recent and most used theme to defend the delegation to private individuals (BHTrans case), there is jurisprudence and a large legal current that shares from the understanding that the deletion to individuals is possible, provided that prerogatives and clear and forceful guidelines for its application are established, guaranteeing the collective well-being and greater effectiveness of the public administration.

**Keywords:** Police Power; Delegation; Individuals; BHTRANS

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO .....</b>	<b>5</b>
<b>2.1 ENTIDADES JURÍDICAS .....</b>	<b>8</b>
<b>2.1.1 ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DIRETA.....</b>	<b>8</b>
<b>2.1.2 CONCEITO DE ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA INDIRETA .....</b>	<b>8</b>
<b>2.1.3 ENTIDADES DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA INDIRETA .....</b>	<b>11</b>
<b>2.1.3.1 AUTARQUIAS .....</b>	<b>11</b>
<b>2.1.3.2 EMPRESAS PÚBLICAS .....</b>	<b>12</b>
<b>2.1.3.3 SOCIEDADES DE ECONOMIA MISTA .....</b>	<b>13</b>
<b>2.1.3.4 FUNDAÇÕES PÚBLICAS .....</b>	<b>14</b>
<b>2.1.3.5 AGÊNCIAS EXECUTIVAS.....</b>	<b>15</b>
<b>2.1.3.7 CONSÓRCIOS PÚBLICOS .....</b>	<b>17</b>
<b>2.1.3.8 ASSOCIAÇÕES PÚBLICAS.....</b>	<b>18</b>
<b>2.1.4 ENTIDADES PARAESTATAIS - ENTES DE COOPERAÇÃO .....</b>	<b>18</b>
<b>2.1.4.2 ENTIDADES DE APOIO .....</b>	<b>19</b>
<b>2.1.4.3 ORGANIZAÇÕES SOCIAIS (OSS).....</b>	<b>20</b>
<b>2.1.4.4 ORGANIZAÇÕES DA SOCIEDADE CIVIL DE INTERESSE PÚBLICO (OSCIPS) .....</b>	<b>20</b>
<b>2.1.4.5 FUNDAÇÕES DE APOIO .....</b>	<b>21</b>
<b>2.1.4.6 – STATUS JURÍDICO DAS PARAESTATAIS.....</b>	<b>21</b>
<b>2.1.5 TERCEIRO SETOR.....</b>	<b>22</b>
<b>2.1.6 PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS (PPPS).....</b>	<b>23</b>
<b>3 VIGILÂNCIA SANITÁRIA .....</b>	<b>24</b>
<b>3.1 ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E DIREITO À SAÚDE .....</b>	<b>24</b>
<b>3.1.1 POLÍTICAS E NORMATIVAS DE SAÚDE .....</b>	<b>25</b>
<b>3.1.2 VIGILÂNCIA SANITÁRIA NA ADMINISTRAÇÃO E PACTO FEDERATIVO BRASILEIRO .....</b>	<b>27</b>
<b>3.2 VIGILÂNCIA SANITÁRIA NO SUS .....</b>	<b>29</b>
<b>3.2.1 ATUAÇÃO DA VIGILÂNCIA SANITÁRIA NO SUS.....</b>	<b>29</b>
<b>3.2.2 AS AÇÕES DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA, EPIDEMIOLÓGICA E AMBIENTAL .....</b>	<b>33</b>
<b>3.2.3 OPERACIONALIDADE DO SISTEMA NACIONAL DE VIGILÂNCIA EPIDEMIOLÓGICA E AMBIENTAL EM SAÚDE.....</b>	<b>34</b>

<b>4 NOÇÕES DE SERVIÇO PÚBLICO.....</b>	<b>38</b>
<b>5 PODER DE POLÍCIA .....</b>	<b>40</b>
<b>5.1 O PODER DE POLÍCIA DA VIGILÂNCIA SANITÁRIA .....</b>	<b>44</b>
<b>6 DELEGAÇÃO DO PODER DE POLÍCIA A PARTICULARES .....</b>	<b>46</b>
<b>6.1 INDELEGABILIDADE DO PODER DE POLÍCIA A PARTICULARES .....</b>	<b>48</b>
<b>6. 2 DOCTRINA E JURISPRUDÊNCIA .....</b>	<b>50</b>
<b>6.3 POSIÇÕES DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL .....</b>	<b>53</b>
<b>6.3.1 AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE (ADI) Nº 1717-6 .....</b>	<b>53</b>
<b>6.3.2 CASO BHTRANS .....</b>	<b>54</b>
<b>7 CONCLUSÃO .....</b>	<b>64</b>
<b>VERSÃO COMPACTA .....</b>	<b>69</b>
<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>69</b>
<b>MÉTODO.....</b>	<b>72</b>
<b>COLETA DE DADOS.....</b>	<b>72</b>
<b>RESULTADOS E DISCUSSÕES.....</b>	<b>73</b>
<b>CASO BHTRANS .....</b>	<b>73</b>
<b>CONCLUSÃO .....</b>	<b>83</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>87</b>

## 1 INTRODUÇÃO

O Sistema Nacional de Vigilância Sanitária exerce um papel fundamental na sociedade, atuando como sistema garantidor da saúde pública. A vigilância sanitária, no Brasil, é responsável pelo controle de uma grande variedade de produtos e serviços, de diversas naturezas, que são agrupados nos seguintes ramos: a) dos alimentos; b) dos medicamentos e c) dos produtos biológicos. A grande variedade de serviços avaliados e o grau de complexidade que envolve as tecnologias, confere aos profissionais da vigilância sanitária uma alta especialização (EDUARDO; MIRANDA, 1998).

A partir Constituição de 1988 e com o nascimento do Sistema Único de Saúde (SUS) brasileiro, a saúde foi reconhecida como um direito fundamental da população, e é de responsabilidade do Estado o papel de provedor de condições para promover a saúde de todos os brasileiros. No mesmo ano da criação do SUS, foi instituída uma definição normativa de vigilância sanitária, apregoada pela Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, que passou a ser, nesse contexto, conforme o artigo 6º, parágrafo 1º, a seguinte:

“Entende-se por vigilância sanitária um conjunto de ações capazes de eliminar, diminuir ou prevenir riscos à saúde e de intervir nos problemas sanitários decorrentes do meio ambiente, da produção e circulação de bens e da prestação de serviços de interesse da saúde, abrangendo:  
I - O controle de bens de consumo que, direta ou indiretamente, se relacionem com a saúde, compreendidas todas as etapas e processos, da produção ao consumo;  
II - O controle da prestação de serviços que se relacionam direta ou indiretamente com a saúde.”

As ações que estão dentro do escopo da vigilância, dependem de graus variados de dificuldade de execução, de recursos para execução de cada ação e de uma política municipal adequada às diretrizes normativas de ação. As normas operacionais do SUS, mais precisamente a NOB/SUS 1/96 (Portaria MS 2.203/96, DOU de 5 de novembro de 1996), definem as formas adequadas de gestão municipal da saúde.

Cada município brasileiro possui necessidades distintas, no que tange à organização do poder público e à gestão. As condições de gestão de cada município são distintas e, por consequência, definem a modelagem das ações de vigilância sanitária.

Segundo Eduardo e Miranda (1998), a definição da vigilância sanitária, contempla um campo abrangente, pois ela é responsável pela intervenção de diversos aspectos que afetam a saúde da população. Os campos de abrangência podem ser organizados em dois subsistemas: (I) Bens e serviços e (II) Meio Ambiente (EDUARDO; MIRANDA, 1998). Bens e serviços são subsistema de produção de bens de consumo e serviços de saúde, que interferem direta ou indiretamente na saúde do consumidor ou comunidade. São bens e serviços de saúde que interessam ao controle sanitário. Já o campo do Meio Ambiente é composto por subsistema que se refere ao conjunto de elementos naturais e daqueles que resultam da construção humana e suas relações sociais.

A vigilância sanitária ganhou protagonismo em tempos recentes em face da pandemia do novo coronavírus. De fato, a vigilância sanitária foi vista como um dos agentes de combate a pandemia da COVID-19, especialmente em função de sua função de fiscalizar estabelecimentos comerciais no tocante ao cumprimento das normas de combate à disseminação do vírus.

Para nós, independentemente do combate à pandemia, tem de ser considerada de importância ímpar a atividade da vigilância sanitária, notadamente porque é ela que impõe aos administrados a necessidade de atuar no compasso da preservação da saúde pública (CRODA; GARCIA, 2020).

Em paralelo a tudo isso, a delegação de serviços públicos a terceiros surgiu com o intuito de suprir as demandas crescentes da sociedade que são de responsabilidade do Estado, mas que o Estado não consegue desenvolver sem a colaboração. Esse tipo de colaboração é ordinariamente formalizado por meio de contratos administrativos de concessão de serviços públicos e mediante licitação (SCHERCH, 2016). De modo concreto, a delegação de serviços públicos a terceiros passou a ser implantada em diversos setores do serviço público, como nas áreas de gestão de Política e Programas Sociais (GONÇALVES; CAMPOS; SARTI, 2011; JANNUZZI, 2014).

No ano de 1967 a terceirização foi regulamentada no Brasil, por meio do Decreto Lei nº 200, que dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências; segundo Colares et al., (2014, p.5):

“em termos jurídicos, a terceirização no setor público é um recurso legal e contratual de transferência da responsabilidade de alguns serviços para

empresas [...], sendo necessariamente, precedida de licitação”. Portanto, por meio da licitação, a administração pública pode delegar atividades a empresa contratada, não havendo relação de subordinação entre os funcionários da contratada e o órgão ou entidade públicos (COLARES et al., 2014).

O referido decreto descreve de forma indireta a possibilidade de descentralização de atividades, permitindo a sua transferência da Administração Pública para o setor privado (BRASIL, 1967). A pergunta que nos resta responder é a seguinte: os modelos da delegação de atividades da Administração Pública a particulares previstos na normativa são adequados para a eventual terceirização de atividades de vigilância sanitária?

Sabe-se que o poder de polícia é considerado um tipo de atividade exclusivo das pessoas de direito público. Entretanto, hodiernamente, sugeriram divergências doutrinárias e jurisprudenciais a este respeito (COLARES et al., 2014). Este estudo tem como objetivo avaliar a possibilidade da delegação do poder de polícia administrativo sanitário para particulares.

Para isso serão descritos os aspectos favoráveis e contrários da viabilidade dessa ampliação, considerando a ampliação do quadro de agentes responsáveis por atividades de cunho de fiscalização que exerçam o poder de polícia, atribuindo essa função para associações, empresas privadas por meio de convênios com o poder público, sociedades de economia mista, empresas públicas etc.

De relevo salientar os motivos da escolha deste tema. Este autor, que exerce a função de assessor jurídico na gerência da Vigilância Sanitária de Mauá/SP, certa feita foi consultado pela gerência do órgão acerca da possibilidade de concessão do poder de polícia administrativo sanitário a um funcionário que não pertencia aos quadros da administração pública direta, mas possuía vínculo empregatício com uma organização social conveniada à Prefeitura Municipal de Mauá e que por razões de conveniência administrativa fora alocado naquela gerência. A pesquisa, que pareceu bastante interessante, também se revelou desafiadora, originando a ideia de um estudo mais amplo que traria soluções práticas para conflitos jurídicos na administração pública.

Foi empregado o método de revisão narrativa da literatura para reunir estudos acerca dessa temática, com intuito de traçar um panorama de aspectos positivos e negativos da delegação a particulares de atividades relacionadas ao poder de polícia que estão no escopo da vigilância sanitária. Além disso, também foi realizada a análise da jurisprudência relacionada ao tema 532 do Supremo Tribunal Federal (STF).

## **2 ORGANIZAÇÃO ADMINISTRATIVA DO ESTADO BRASILEIRO**

### **2.1 ENTIDADES JURÍDICAS**

A fim de iniciar a discussão sobre a delegação de atividades públicas a particulares, é importante apresentar os conceitos relacionados à Administração Pública e entender o que é a administração pública direta, quem são as entidades da administração pública indireta, as paraestatais, o terceiro setor e quem são as empresas privadas que prestam serviços públicos mediante parcerias público-privadas. Compreender estes conceitos é fundamental para reunir elementos teóricos e doutrinários que nos auxiliem na avaliação da possibilidade desta delegação.

#### **2.1.1 ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DIRETA**

A administração pública direta é comandada pelo chefe do Poder Executivo: Prefeito, nos Municípios, Governador, nos Estados, e Presidente da República, na União Federal, este último se notabilizando como Chefe de Estado e Chefe de Governo. Vários órgãos compõem a hierarquia da administração direta, vinculados pelo poder hierárquico, que é a relação de hierarquia, ou posição de superioridade, do superior para com o subordinado, perfazendo um cenário em que se observa o coordenador, distribuindo funções, e um coordenado, subordinado, executando-as.

A distribuição de competências dentro desta única pessoa jurídica, que é a administração pública direta, recebe o nome de desconcentração, e serve para aliviar, desconcentrar o volume de trabalho para que este seja repartido dentre os vários órgãos da administração direta, como ministérios e diretorias, no caso da União Federal. Assim, a distribuição de trabalho se torna razoável e adequada, visando a maior satisfação do interesse público. Nota-se que há diferença da desconcentração para a descentralização. Enquanto a primeira já foi explicada, esta se trata da transferência da execução do serviço para entidade da administração pública indireta (outra pessoa jurídica, portanto) (DI PIETRO, 2007, p. 380).

#### **2.1.2 CONCEITO DE ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA INDIRETA**

Como já explicado, os órgãos públicos compõem a administração pública direta e são oriundos da desconcentração administrativa. Quanto a estes, dúvida alguma pesa acerca de sua constituição como parte da administração pública. De outro turno,

revela-se de importância ímpar para o presente estudo entender quais entidades compõem a administração pública indireta, oriundas da descentralização. Tal necessidade se explica pelo fato de que, ao se perquirir a possibilidade de delegação do poder de polícia a particulares, imperioso é entender quem são estes particulares. Neste mister, é preciso haver um conceito bem definido de quais entidades se encaixam no conceito de administração pública indireta e quais não se encaixam, enquadrando-se estas, por conseguinte, no conceito de particulares.

Neste diapasão, visando uma solução abalizada a esta nevrálgica celeuma, urge observar as lições de dois dos mais renomados administrativistas de nosso país: Diógenes Gasparini e Celso Antônio Bandeira de Mello.

Histórico quadro da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo, Diógenes Gasparini (2003, p. 417- 418 ) observa:

As autarquias e as pessoas privadas (concessionárias e permissionárias) cedem seus espaços às novas entidades criadas pela Administração Pública, que lhes impõe, nos moldes das pessoas particulares, um desempenho mais desenvolvido (...) São tais criações do Estado as fundações, as empresas públicas e as sociedades de economia mista, genericamente chamadas de pessoas governamentais. São pessoas privadas, criadas pelo Estado, com recursos essencialmente públicos, para a execução e exploração de serviços públicos. (...) Tais entidades integram, por conseguinte, a chamada Administração indireta, mas não a integram se destinadas a intervir na atividade econômica. Atente-se que a fundação privada, nos termos desse decreto-lei, não participa da Administração indireta, e isso toma nossa sistematização descoincidente, nesse particular, com a instituída por esse diploma legal, pois, para nós, integra.

Gasparini, portanto, situa as seguintes entidades no bojo da administração pública indireta: autarquias, fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista. Importante salientar duas observações feitas pelo ilustre jurista: ao seu entender e diverso do estabelecido no Decreto-Lei 200/67, as fundações privadas compõem a administração indireta, e por fim, que estas quatro entidades apenas integram a administração indireta se se prestam a exploração do serviço público, não integrando a administração quando se destinam a atividade econômica.

Como citado por Gasparini, importante colacionar o artigo 4º e seus incisos do Decreto-Lei 200/67, que trata da organização da Administração Federal e nos oferece valiosa lição no contexto deste capítulo:

Art. 4º A Administração Federal compreende:

I - A Administração Direta, que se constitui dos serviços integrados na estrutura administrativa da Presidência da República e dos Ministérios.

II - A Administração Indireta, que compreende as seguintes categorias de entidades, dotadas de personalidade jurídica própria:

- a) Autarquias;
- b) Empresas Públicas;
- c) Sociedades de Economia Mista.
- d) fundações públicas.

Bandeira de Mello (2015, p. 141), por sua vez, prescreve:

O aparelho estatal exercente de atividades administrativas é composto pela própria pessoa do Estado, atuando por meio de suas unidades interiores - os órgãos - e por pessoas jurídicas que cria para auxiliá-lo em seus misteres - as autarquias, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e as fundações governamentais, que, na linguagem legal brasileira, compõem a administração indireta. Os consórcios (tratados no cap. X- Contratos) ou são entidades autárquicas ou são empresas públicas.

A definição de Bandeira de Mello inclui na administração indireta as seguintes entidades: autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista, consórcios e fundações governamentais. Diverge de Gasparini ao citar apenas as fundações governamentais (públicas) e não incluir as fundações privadas. O jurista contribui bastante com o debate ao avaliar que os consórcios se caracterizam como autarquias ou empresas públicas, situando-se, portanto, dentre as entidades da administração pública indireta.

Bandeira de Mello conceitua as entidades paraestatais fora do conceito de administração indireta:

Por razões puramente contingentes, circunstanciais, ao lado das entidades da administração indireta tratamos, também, de certas figuras que não integram o aparelho estatal, mas que foram previstas como eventuais colaboradoras do Poder Público em empreendimentos administrativos sobre os quais o Estado não detém titularidade exclusiva (as Organizações Sociais - e o instrumento jurídico concebido como habilitante de tal colaboração: o Contrato de Gestão - assim como as Organizações Privadas de Interesse Público). (MELLO, 2015, p. 142).

De relevo finalizar este item com uma lição de Bandeira de Mello sobre as quatro entidades situadas na administração indireta pelo Decreto-Lei 200/67:

Dentre as pessoas categorizadas no Decreto-lei 200 como "Administração indireta", as autarquias foram normativamente apontadas como predispostas a "executar atividades típicas da Administração Pública". Para as empresas públicas e sociedades de economia mista o Decreto-lei 200 consignou a finalidade de "exploração da atividade econômica que o Governo seja levado a exercer por força de contingência ou de conveniência administrativa". (...) Já, as fundações públicas foram configuradas como sujeitos criados "para o

desenvolvimento de atividades que não exijam execução por órgãos ou entidades de Direito Público" (Lei 7.596, de 10.4.1987). Todas, em despeito da variedade tipológica, são havidas como parte do conjunto da Administração Federal. Isto é, formam, no seu todo, o aparelho administrativo da União. (Mello, 2015, p. 157)

Destarte, o jurista esclarece que as autarquias exercem atividades administrativas típicas, enquanto as empresas estatais exploram a atividade econômica cumprindo o interesse do Estado que as criou. Quanto as fundações, exercem atividades que a lei não obriga que sejam realizadas pela administração direta ou por outras pessoas jurídicas da administração indireta.

### **2.1.3 ENTIDADES DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA INDIRETA**

Estas entidades, de uma forma ou de outra criadas pela administração pública direta, atendendo ao princípio da especialidade, executam serviço público mediante descentralização. Vejamo-las:

#### **2.1.3.1 AUTARQUIAS**

Autarquias são entidades da Administração Pública Indireta que possuem personalidade jurídica própria e autonomia administrativa e financeira. Elas são criadas por lei para desempenhar atividades de interesse público que exigem um regime jurídico específico. As autarquias possuem competências definidas pela lei que as instituiu e estão sujeitas à fiscalização e controle dos órgãos superiores da Administração Pública (SANTOS, 2010). As autarquias possuem natureza administrativa e personalidade jurídica de direito público.

Cumpre colacionar algumas características das autarquias:

- "a) são pessoas jurídicas de direito público: significa dizer que o regime jurídico aplicável a tais entidades é o regime jurídico público, e não as regras de direito privado;
- b) são criadas e extintas por lei específica: a personalidade jurídica de uma autarquia surge com a entrada em vigor da lei que a institui, dispensando o registro dos atos constitutivos em cartório. Nesse sentido, estabelece o art. 37, XIX, da Constituição Federal que "somente por lei específica será criada autarquia". A referência à necessidade de lei "específica" afasta a possibilidade de criação de tais entidades por meio de leis multitemáticas. Lei específica é a que trata exclusivamente da criação da autarquia. Em respeito ao princípio da simetria das formas, se a criação depende de lei, então a extinção de autarquia igualmente exige lei específica, sendo inaplicável o regime extintivo falimentar;
- c) dotadas de autonomia gerencial, orçamentária e patrimonial: autonomia é capacidade de autogoverno representando um nível de liberdade na gestão de seus próprios assuntos, intermediário entre a subordinação hierárquica e a independência, conforme ilustração abaixo:

Assim, as autarquias não estão subordinadas hierarquicamente à Administração Pública Direta, mas sofrem um controle finalístico chamado de supervisão ou tutela ministerial. Esse grau de liberdade, no entanto, não se caracteriza como independência em razão dessa ligação com a Administração central;

d) nunca exercem atividade econômica: autarquias somente podem desempenhar atividades típicas da Administração Pública (art. 5º, I, do Decreto-lei n. 200/67), como prestar serviços públicos, exercer o poder de polícia ou promover o fomento. É conceitualmente impossível autarquia exercer atividade econômica porque, ao ser atribuída legalmente a uma autarquia, automaticamente a atividade sai do domínio econômico e se transforma em serviço público;" (MAZZA, 2023, p.381)

Nota-se, portanto, uma diferença fundamental das autarquias para as demais entidades da administração pública indireta: sua criação é realizada diretamente pela lei. A legislação, nos demais casos, autoriza a criação das entidades, não as cria. É um traço distintivo ímpar.

Importante observar ainda que as autarquias não se prestam a executar atividades econômicas, o que as diferencia das entidades empresariais da administração pública indireta, que se estudará a seguir. E o poder de polícia, temática central deste trabalho, é ínsito às autarquias.

A título exemplificativo, visando elucidar a compreensão, podemos citar algumas autarquias muito conhecidos como o Banco Central e o INSS – Instituto Nacional do Seguro Social.

### **2.1.3.2 Empresas públicas**

Empresas públicas são entidades de direito privado, criadas pelo Estado ou por entidades da Administração Indireta, com a finalidade de realizar atividades econômicas de interesse público. Elas possuem personalidade jurídica própria e estão sujeitas ao regime jurídico das empresas privadas, embora sejam controladas majoritariamente pelo Estado. As empresas públicas podem atuar em diversos setores, como energia, transporte, comunicações, entre outros, e têm como objetivo principal a prestação de serviços públicos ou a geração de receitas para o Estado (MOREIRA NETO, 2014).

Assim como as sociedades de economia mista e suas subsidiárias, integram o conceito de empresas estatais, que são as pessoas jurídicas de direito privado que não se confundem com as fundações. As empresas públicas, ao contrário das autarquias, são criadas mediante autorização legislativa, e não criadas pela própria

lei. Importante reiterar que estas empresas possuem capital exclusivamente ou, ao menos, majoritariamente público.

Além da prestação de serviços públicos, as empresas públicas podem explorar atividade econômica. Como são pertencentes ao conceito de administração pública, ainda que indireta, subordinam-se aos controles do Poder Judiciário e do Poder Legislativo, este auxiliado pelo Tribunal de Contas, e tem o dever de licitar para contratar.

Dentre as empresas públicas pode-se citar algumas bem conhecidas, como o BNDS – Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social e a INFRAERO – Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária. (MAZZA, 2023, p. 444-446).

### **2.1.3.3 Sociedades de economia mista**

As sociedades de economia mista, como já salientado, são também entidades de direito privado, criadas pelo Estado em parceria com investidores particulares. Nesse tipo de organização, o Estado detém ao menos metade das ações com direito a voto, permitindo-lhe exercer influência sobre as decisões estratégicas da empresa. As sociedades de economia mista atuam em setores estratégicos da economia, como energia, transporte, telecomunicações, entre outros, e têm o propósito de conciliar interesses públicos e privados (SCAFF; NORAT, 2021).

As sociedades de economia mista possuem características como criação autorizada por lei, participação acionária do Estado e personalidade jurídica de direito privado. Sua função principal é realizar atividades econômicas estatais em conformidade com o interesse público. O interesse público representa a união dos interesses individuais dos membros da sociedade como um todo. Além disso, existem interesses públicos primários e secundários, sendo estes últimos relacionados aos interesses do aparato administrativo, desde que estejam em consonância com o interesse público primário (SCAFF; NORAT, 2021).

O Estado exerce influência na gestão e decisões estratégicas da empresa para garantir objetivos de interesse público. Essas entidades seguem um regime jurídico específico, obedecendo a princípios da administração pública, normas de governança e prestação de contas aos órgãos de controle e à sociedade. O art. 4º da Lei 13.303, de 30 de junho de 2016 dispõe ser sociedade de economia mista:

“[...] a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, com criação autorizada por lei, sob a forma de sociedade anônima, cujas ações

com direito a voto pertençam em sua maioria à União, aos Estados, ao Distrito Federal, aos Municípios ou a entidade da administração indireta.”

A Constituição estabelece três formas de atuação econômica do Estado: atuação direta, fomento e disciplina. Na atuação direta, o Estado pode competir no mercado com agentes privados, sujeitando-se ao regime de direito privado, observando o princípio da subsidiariedade. No fomento, o Estado incentiva a economia privada por meio de estímulos fiscais ou financiamentos públicos. Já na disciplina, o Estado estabelece limites e regulamentações para proteger os princípios da ordem econômica. A criação de sociedades de economia mista requer autorização legal e serve como meio de controle legislativo sobre a intervenção estatal na propriedade privada. A Constituição reserva espaços para o Estado atuar como empresário, reconhecendo as virtudes da técnica empresarial (BARROSO, 2001).

Obrigatoriamente, as sociedades de economia mista devem se organizar sob a forma de sociedade anônima e a maior parte do capital deve ser público. FURNAS e PETROBRÁS são exemplos de sociedades de economia mista. Assim como as empresas públicas, podem prestar serviço público e explorar a atividade econômica (esta última, sem imunidade tributária).

Outra questão que muito interessa a este estudo, e não se deve perder de vista, é que as empresas estatais (empresas públicas e sociedades de economia mista), não titularizam o serviço público, mas apenas titularizam a sua execução. As autarquias e as fundações, pelo contrário, titularizam o próprio serviço público. (MAZZA, 2023, p. 455).

#### **2.1.3.4 Fundações públicas**

Esta pesquisa tratará das fundações públicas, ou governamentais, criadas via autorização legislativa, em contraposição às fundações privadas, criadas pela vontade de pessoas particulares, como por exemplo, aquelas decorrentes das manifestações de última vontade, via testamento. Exemplo de fundação privada é a FIPE – Fundação Instituto de Pesquisas Econômicas.

Objeto de grande polêmica na doutrina ao longo dos anos acerca de sua natureza jurídica, as fundações governamentais não oferecem consenso sobre sua natureza jurídica, se de pessoa de direito público ou privado. Neste sentido, atenção às palavras de Di Pietro (2007, p. 403):

Formam-se basicamente duas correntes: de um lado, a que defende a natureza privatística de todas as fundações instituídas pelo poder público, e de outro, que entende possível a existência de fundações com personalidade pública ou privada, a primeira das quais como modalidade de autarquia. Após a Constituição de 1988, há quem entenda que todas as fundações governamentais são pessoas jurídicas de direito público.

Colocamo-nos entre os que defendem a possibilidade de o poder público, ao instituir fundação, atribuir-lhe personalidade de direito público ou de direito privado. Isto porque nos parece incontestável a viabilidade de aplicar-se, no direito público, a distinção que o Código Civil de 1916 continha entre as duas modalidades de pessoas jurídicas privadas: associação e sociedade, de um lado, e fundação, de outro; a distinção se mantém no novo Código Civil.

Como se nota, o tema padece de grande divergência, não havendo espaço, ao menos momentaneamente, para pacificação do tema. O que não se discute, todavia, ao menos neste estudo, é a inclusão das fundações governamentais dentre as entidades pertencentes a administração pública indireta. Exemplo de fundação governamental é a UBN – Universidade de Brasília, que se dedica ao ensino e a pesquisa universitária em nosso país.

A Emenda Constitucional nº 19 de 1998, conhecida como Reforma Administrativa Gerencial, trouxe mudanças ao tratamento constitucional das fundações. No entanto, as ambiguidades existentes anteriormente não foram totalmente resolvidas. A emenda alterou o art. 37, XIX, da Constituição:

XIX - somente por lei específica poderão ser criadas empresa pública, sociedade de economia mista, autarquia ou fundação pública (redação original);

XIX - somente por lei específica poderá ser criada autarquia e autorizada a instituição de empresa pública, de sociedade de economia mista e de fundação, cabendo à lei complementar, neste último caso, definir as áreas de sua atuação (redação dada pela EC 19/98);

A alteração legislativa gerou divergências e diferentes interpretações. Alguns juristas defendem que o dispositivo refere-se apenas às fundações públicas de direito público, enquanto outros afirmam que também inclui as fundações públicas de direito privado. A controvérsia também se estende à exigência de Lei Complementar, com interpretações variadas sobre sua obrigatoriedade, abrangência e âmbito de aplicação (BARROSO, 2001).

### **2.1.3.5 Agências executivas**

As agências executivas são entidades *sui generis*, pois não são criadas pela administração pública direta nem indireta. Em verdade, há uma mudança de nomenclatura de autarquia ou fundação governamental, estas sim criadas pelo Poder

Público. Esta pessoa jurídica – autarquia ou fundação, em prestígio ao princípio constitucional da eficiência, celebra um contrato de gestão com o Poder Público e passa a assumir o compromisso de atender a certos requisitos, visando se tornar mais eficiente, o que impacta positivamente o interesse social. Assim que se converte em agência executiva, esta autarquia ou fundação passa a receber um tratamento jurídico distinto, especial em relação ao anterior, no qual estava inicialmente inserida (DI PIETRO, 2007, p. 432-433).

O regulamento legal destas agências se dá através dos Decretos Federais nº 2.487/1998 e 2.488/1998. O artigo 1º e seus respectivos parágrafos do Decreto Federal 2.487/1998 nos oferece valiosa explicação acerca das agências executivas. Senão, vejamos:

Art. 1º As autarquias e as fundações integrantes da Administração Pública Federal poderão, observadas as diretrizes do Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado, ser qualificadas como Agências Executivas.

§ 1º A qualificação de autarquia ou fundação como Agência Executiva poderá ser conferida mediante iniciativa do Ministério supervisor, com anuência do Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado, que verificará o cumprimento, pela entidade candidata à qualificação, dos seguintes requisitos:

a) ter celebrado contrato de gestão com o respectivo Ministério supervisor;

b) ter plano estratégico de reestruturação e de desenvolvimento institucional, voltado para a melhoria da qualidade da gestão e para a redução de custos, já concluído ou em andamento.

§ 2º O ato de qualificação como Agência Executiva dar-se-á mediante decreto.

§ 3º Fica assegurada a manutenção da qualificação como Agência Executiva, desde que o contrato de gestão seja sucessivamente renovado e que o plano estratégico de reestruturação e de desenvolvimento institucional tenha prosseguimento ininterrupto, até a sua conclusão.

§ 4º O A desqualificação de autarquia ou fundação como Agência Executiva dar-se-á mediante decreto, por iniciativa do Ministério supervisor, com anuência do Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado, sempre que houver descumprimento do disposto no parágrafo anterior.

Como se nota, há que haver uma responsabilidade da pessoa jurídica no sentido de evoluir tecnicamente e assumir compromissos visando seu aperfeiçoamento. A lei fala em reestruturação, desenvolvimento institucional e melhoria da gestão, conceitos complexos que colocam estas autarquias ou fundações em outro

patamar na administração pública, com objetivos e roupagem diferenciados em comparação às demais pessoas públicas da administração indireta. A lei ainda cita, em outras palavras, que a qualificação de agência executiva pode ser renovada desde que o plano de reestruturação seja responsabilmente operado.

#### **2.1.3.6 Agências reguladoras**

As agências reguladoras surgem com o propósito de regular matéria específica. Assim, como as agências executivas, são fruto da globalização e necessárias para a regular áreas antes afetas à exclusividade estatal, como, por exemplo, a área de telefonia, hoje franqueada a operação de diversas empresas privadas, fruto da política de privatizações iniciada no primeiro mandato do então Presidente da República Fernando Henrique Cardoso.

Uma vez autorizada a operação do setor à iniciativa privada, como também é o caso do setor petrolífero, imperiosa se torna a regulação estatal, realizada sobretudo pelas agências reguladoras, constituindo-se como entidade da administração indireta, criadas como autarquias de regime especial. São, portanto, espécies de autarquia. Como fruto da descentralização administrativa, onde o poder central transfere competências administrativas a outras entidades visando o aperfeiçoamento da prestação do serviço público, a existência das agências reguladoras está ligada ao princípio da especialidade. Importante destacar que as agências reguladoras não possuem regramento por um código específico. (DI PIETRO, 2007, p. 434).

#### **2.1.3.7 Consórcios públicos**

Os consórcios possuem previsão constitucional (artigo 241 da Carta Magna) e são regulados pela lei 11.107/2005. Os consórcios públicos são oriundos de uma associação entre diferentes entes federados que buscam a satisfação dos interesses comuns. Como exemplo temos o agrupamento de municípios dentro de uma mesma microrregião, municípios que possuem interesses e problemas comuns e decidem se unir através de um ente que buscará soluções conjuntas que atendam todos os entes consorciados, como é o caso do Consórcio Intermunicipal do Grande ABC, criado em 1990 para auxiliar as sete cidades da microrregião do ABC Paulista, importante polo industrial do Estado de São Paulo. Os consórcios, em regra, possuem personalidade jurídica de direito público e se constituem em verdadeiras associações públicas, passando a integrar a administração indireta de todos os entes a ele consorciados.

Também podem se constituir como pessoa jurídica de direito privado, mas aí não integram a administração pública indireta.

Trata-se de gestão associada, e, como a própria essência da conjugação de esforços sugere, as temáticas objetos de ação dos consórcios figuram entre as competências administrativas comuns inseridas no artigo 23 da Constituição Federal, vez que estas, dentro do federalismo cooperativo brasileiro, são afetadas a todos os entes federativos. (DI PIETRO, 2007, p. 441).

### **2.1.3.8 Associações públicas**

Importante explorar o conceito de associação pública:

Associações Públicas.

O art. 241 da Constituição Federal prescreve que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios disciplinarão por meio de lei os consórcios públicos e os convênios de cooperação entre os entes federados, autorizando a gestão associada de serviços públicos, bem como a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal e bens essenciais à continuidade dos serviços transferidos. (MAZZA, 2023, p.439)

Assim, evidencia-se que o conceito de associação pública está relacionado à existência dos consórcios públicos e dos convênios de cooperação, constituindo-se em gênero destas espécies.

### **2.1.4 Entidades paraestatais - entes de cooperação**

Procedendo inicialmente a uma análise etiológica, temos que o sufixo grego “*pará*” significa “ao lado de”, e “estatal”, evidentemente, refere-se ao Estado. A partir desta análise que remonta ao cerne da expressão, encontramos uma sugestão valiosa para os rumos desta pesquisa: entidades paraestatais não pertencem ao Estado, antes, estão ao seu lado, *pari passu*, atuando em paralelo. A entidade paraestatal se amolda ao conceito de terceiro gênero, semi-pública, semi-privada.

As paraestatais, também chamadas de entes de cooperação, basicamente, são compostas por serviços sociais autônomos, entidades de apoio, organizações sociais e organizações da sociedade civil de interesse público (OSCIPs).

Em comum, as entidades paraestatais possuem as características de se prestarem a satisfazer as necessidades públicas e não possuem finalidade lucrativa. São pessoas jurídicas de direito privado que cooperam com o Estado. (DI PIETRO, 2007, p. 456)

#### 2.1.4.1 Serviços sociais autônomos

Dentre as paraestatais, podemos citar os serviços sociais autônomos, as entidades de apoio, as organizações sociais e as organizações da sociedade civil de interesse público.

Cumpra-se a abordagem tratando dos serviços sociais autônomos. Estas entidades, embora não pertençam a administração pública, cooperam com ela. Seus entes são conhecidos pelo grande público e há muito fazem parte do cotidiano dos brasileiros. Trata-se de pessoas jurídicas de direito privado como SENAC, SEST, SESC, SEBRAE, SENAI E SESI. É o famoso “Sistema S”.

São pessoas jurídicas instituídas por lei e se prestam, sobretudo, à prestação de assistência ou ensino. O Estado fomenta as atividades destas entidades, que prestam serviços importantíssimos a sociedade e que não se constituem em serviços afetos a exclusividade do Estado, daí a possibilidade de execução destes serviços por estas entidades que contam com o incentivo estatal em vista da satisfação do interesse público. (DI PIETRO, 2007, p. 458-459).

#### 2.1.4.2 Entidades de apoio

Atendo-se a lição de DI PIETRO (2007, p. 459-461),

Por entidades de apoio podem-se entender as pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, instituídas por servidores públicos, porém em nome próprio, sob a forma de fundação, associação ou cooperativa, para a prestação, em caráter privado, de serviços sociais não exclusivos do Estado, mantendo vínculo jurídico com entidades da administração direta ou indireta, em regra por meio de convênio.

(...)

Normalmente, por meio desse convênio, é prevista em benefício dessas entidades, a utilização de bens públicos de todas as modalidades (móveis e imóveis) e de servidores públicos.

(...)

Em suma, o serviço é prestado por servidores públicos, na própria sede da entidade pública, com equipamentos pertencentes ao patrimônio desta última; só que quem arrecada toda a receita e administra é a entidade de apoio.

Pela explicação, expõe-se aspectos essenciais para entender as entidades de apoio. De salientar, inicialmente, que o instrumento que a conecta com a administração pública é o convênio. É por meio do convênio, portanto, que estas paraestatais executam serviços públicos sem finalidade lucrativa que apoiam a sociedade.

Notável ainda é a utilização da sede, dos servidores e do patrimônio da administração pública, o que denota a sintonia destas entidades com a administração no que tange a consecução de atividades que desaguam no atendimento do interesse público. De relevo observar, portanto, que, ao possuir tamanha intimidade com o poder público ao ponto de se utilizar de equipamentos viabilizados pelo contribuinte, estas entidades dispensam a premente necessidade de fiscalização de sua gestão pelos órgãos de controle, para que efetivamente possa executar de maneira fidedigna os termos objeto do convênio celebrado.

#### **2.1.4.3 Organizações sociais (OSs)**

Conforme explica DI PIETRO (2007, p. 461-462):

As chamadas *organizações sociais* constituem novo tipo de entidade disciplinada, no âmbito federal, pela lei nº 9.637, de 15-5-98.

Organização social é a qualificação jurídica dada a pessoa jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, instituída por iniciativa de particulares, e que recebe delegação do Poder Público, mediante contrato de gestão, para desempenhar serviços público de natureza social. Nenhuma entidade nasce com o nome de organização social: a entidade é criada como associação ou fundação e, habilitando-se perante o poder público, recebe a qualificação; trata-se de título jurídico outorgado e cancelado pelo poder público.

Esse tipo de entidade foi mencionado no Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado, elaborado pelo Ministério da Administração Federal e da Reforma do Estado (MARE) e aprovado pela Câmara da Reforma do Estado em reunião de 21-9-95. Alguns Estados, antecipando-se ao Governo Federal, acabaram legislando sobre a matéria por meio de leis estaduais, segundo o modelo proposto no Plano Diretor.

Esta definição traz à baila informações valiosas acerca das organizações sociais. Tal como ocorre com as agências executivas e as agências reguladores, que são transformadas a partir de autarquias e fundações, também as organizações sociais não nascem com esta roupagem. Antes, eram associações ou fundações que, cumprindo certos requisitos, transformam-se em organizações sociais que concorrerão com o Estado na prestação de serviços públicos sem finalidade lucrativa.

Interessante ainda notar a presença de um traço do federalismo pátrio, posto que, na esteira das competências legislativas concorrentes, os Estados, através da legislação estadual, dispuseram sobre a matéria antes mesmo da União Federal.

#### **2.1.4.4 Organizações da sociedade civil de interesse público (OSCIPS)**

Finalizando o estudo das paraestatais, vamos as considerações acerca das chamadas OSCIPs. Imperiosa a citação de DI PIETRO (2007, p. 465) sobre o tema:

A Lei nº 9.790, de 23-3-99, regulamentada pelo Decreto nº 3.100, de 30-6-99, veio disciplinar as entidades que denominou de organizações da sociedade civil de interesse público (Oscip). Trata-se de qualificação jurídica dada a pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, instituídas por iniciativa de particulares, para desempenhar serviços sociais não exclusivos do Estado com incentivo e fiscalização pelo Poder Público, mediante vínculo jurídico instituído por termo de parceria.

(...)

Existe alguma semelhança com as organizações sociais, na medida em que ambas são entidades privadas, sem fins lucrativos, que, uma vez preenchidos os requisitos legais, recebem uma qualificação pelo Poder Público: organização social – OS, em um caso, e organização da sociedade civil de interesse público – Oscip, em outro. A grande diferença está em que a OS recebe ou pode receber delegação para a gestão de serviço público, enquanto a Oscip exerce atividade de natureza privada, com a ajuda do Estado. No caso da Oscip, o objetivo é semelhante ao que já inspirou anteriormente a outorga de título de utilidade pública. Uma vez qualificada pelo Poder Público, a entidade passa a receber algum título de auxílio por parte do Estado, dentro da atividade de fomento. Só que a Oscip está bem mais estruturada, já que a lei impõe requisitos mais rígidos para a obtenção da qualificação.

Nota-se, em um primeiro momento, que as entidades paraestatais possuem inúmeras características em comum, como a personalidade de direito privado e a ausência de finalidade lucrativa, daí a relação íntima com o Estado. O vínculo com a administração se dá através do termo de parceria, por meio do qual o Estado a incentiva e fiscaliza.

Importante destacar a grande diferença das OSCIPs para as organizações sociais, que reside na natureza da atividade desempenhada. Enquanto a segunda realiza serviço público, a primeira executa atividades privadas com interesse social.

#### **2.1.4.5 Fundações de apoio**

Ainda pode-se citar as Fundações de Apoio, que cooperam com as instituições federais de ensino superior e de pesquisa científica e tecnológica. Mantém relação com as instituições de ensino. Cite-se como exemplos a FAPEPE – Fundação de Apoio ao Ensino, Pesquisa e Extensão de Itajubá e a FAGRO – Fundação de Apoio à Pesquisa e ao Agronegócio Brasileiro. (GASPARINI, 2012).

#### **2.1.4.6 – Status jurídico das paraestatais**

Abordando a análise da doutrina mais abalizada acerca do posicionamento das paraestatais em relação à administração pública, cumpre destacar as doutrinas de Hely Lopes Meirelles e Celso Antônio Bandeira de Melo.

Para o primeiro, as entidades paraestatais situam-se entre as pessoas jurídicas de direito privado e compreendem as sociedades de economia mista, as empresas públicas, as fundações governamentais e os serviços sociais autônomos. (MEIRELLES, 2003, p. 362).

Para Bandeira de Mello, as paraestatais incluem pessoas privadas que colaboram com o Estado exercendo suas funções típicas, mas não exclusivas deste. Não se incluem nesta definição as empresas públicas e as sociedades de economia mista, mas sim, por exemplo, os serviços sociais autônomos. (MELLO, 1968, p. 353). Nesta definição, autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações públicas (governamentais) pertencem à administração pública indireta, enquanto o Terceiro Setor, através de suas ONGs, e as paraestatais, integram o conceito de particulares. A maior parte da doutrina caminha com Bandeira de Mello.

Dado o primor técnico, importante transcrever a crítica de Bandeira de Mello ao posicionamento de Hely Lopes Meirelles acerca da localização das paraestatais no ordenamento jurídico brasileiro:

O ponto de vista que recebeu maior difusão foi o expendido por Hely Lopes Meirelles, o qual, embora haja acertadamente ressaltado a natureza privada destes sujeitos e enfatizado que a expressão paraestatal sugere tratar-se de criatura que atua paralelamente ao Estado, ao lado dele, sustenta posição insuscetível de ser aceita no Direito brasileiro. Isto porque inclui em seu âmbito, além de pessoas como o SESI, SESC, SENAI, SENAC, conhecidas como serviços sociais autônomos, as sociedades de economia mista e empresas públicas. Assim, sob a mesma rotulação englobou entidades jurídicas sujeitas a regimes jurídicos inegavelmente diversos, pois estas últimas, como se sabe, fazem parte da Administração indireta do Estado por expressa determinação legal, encontrando-se, pois, submissas a um plexo de normas específico, distinto do aplicável aos serviços sociais autônomos. Ora, a taxinomia jurídica, como outra qualquer, só tem o préstimo de fornecer rotulação para objetos símiles. A similaridade em Direito é a de regime jurídico e não alguma outra qualquer. Assim, um nomen juris só pode corresponder a um signo breve para nominar coisas juridicamente equiparáveis pelos princípios e normas que os regulem. Por isto é inaceitável colocar sob um divisor comum, entidades da administração indireta de par com sujeitos alheios a ela. (MELLO, 2015. p. 162-163).

Mais claro, impossível. Bandeira de Mello, portanto, foi taxativo ao situar as paraestatais em arcabouço diverso das entidades da administração pública indireta no ordenamento jurídico pátrio.

### **2.1.5 Terceiro setor**

Neste item, aborda-se a noção de sociedade civil organizada através do Terceiro Setor. Mister a análise da definição:

"O nome "terceiro setor" designa atividades que não são nem governamentais (primeiro setor) nem empresariais e econômicas (segundo setor). Desse modo, o terceiro setor é composto por entidades privadas da sociedade civil que exercem atividades de interesse público sem finalidade lucrativa. O regime jurídico aplicável a tais entidades é predominantemente privado, parcialmente derogado por normas de Direito Público. A Administração Pública incentiva o desenvolvimento das atividades do terceiro setor em razão do alcance social dessa atuação. O estímulo a tais entidades enquadra-se na função administrativa denominada fomento, que juntamente com os serviços públicos e o poder de polícia formam o conjunto das três atividades precípua da Administração Pública moderna. No âmbito federal, duas qualificações podem ser atribuídas para entidades do terceiro setor: a) organizações sociais (OSs); e b) organizações da sociedade civil de interesse público (Oscips)." (MAZZA, 2023, p.487).

Como se nota, nesta definição de Mazza as Organizações Sociais e as OSCIPs integram o conceito de Terceiro Setor, havendo divergência doutrinária acerca da localização destas duas entidades entre as paraestatais e o terceiro setor. O que não se discute, todavia, é que há diferença entre as paraestatais e o terceiro setor. Há depender da abordagem adotada, fundações privadas e associações também integram este conceito.

É sabido que o Brasil passa por um processo de desestatização sobretudo desde o início da década de 1990, acelerado pela incapacidade de o Estado promover as melhorias que a sociedade brasileira clama. Neste sentido, o fomento a entidades do terceiro setor é essencial. São ONGs – Organizações Não Governamentais que chegarão aonde o Estado não alcança.

Importante salientar que o primeiro setor é identificado com o Estado, o segundo com o mercado e, portanto, as ONGs ocupam o chamado terceiro setor. São entidades que não se confundem com o Estado e muito menos estão buscando o lucro no mercado.

A lei 13.019/2014 regula a relação entre a administração pública e as entidades da sociedade civil organizada.

### **2.1.6 Parcerias público-privadas (PPPs)**

As parcerias público-privadas, conhecidas como PPPs, basicamente são empresas privadas inicialmente sem qualquer vínculo com o poder público, que prestam serviços particulares com finalidade lucrativa e que, em determinado momento, passam a prestar serviço público mediante a celebração de contrato com a

administração pública, antecedido por processo licitatório. As PPPs, portanto, são espécies de contratos administrativos regidos pela lei 11.079/2004. O parceiro privado presta serviço ou realiza obra pública.

PPP é um contrato administrativo de concessão que pode se constituir em duas modalidades: concessão patrocinada e concessão administrativa.

Quanto a concessão patrocinada, é importante diferenciá-la da concessão do serviço público comum, disciplinada pela lei 8.987/95. Neste mister, cumpre esclarecer que a maneira mais fácil de apontar a diferença é notar que na concessão patrocinada, existe a contraprestação pecuniária dispendida pelo parceiro público ao parceiro privado, o que não existe na concessão comum. Nota-se que a empresa privada que executa o serviço público na concessão patrocinada recebe uma dupla remuneração: a tarifa paga pelo usuário e a contraprestação do parceiro público.

A concessão administrativa, regida pela mesma lei da patrocinada, possui como traço característico o fato de a própria administração pública ser a usuária, direta ou indiretamente, do serviço ou obra executada pelo parceiro privado. Não há, no objeto prestado, a aparência de serviço público que atende ao interesse público primário, da população, mas a execução do serviço ou obra do parceiro privado é visando o interesse público secundário, ou seja, o benefício da entidade enquanto pessoa jurídica de direito público. (DI PIETRO, 2007, p. 285-290).

### **3 VIGILÂNCIA SANITÁRIA**

#### **3.1 ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E DIREITO À SAÚDE**

A Administração Pública desempenha um papel essencial na proteção do direito à saúde da população. O direito à saúde é um direito fundamental estabelecido na Constituição Federal do Brasil, que atribui ao Estado a responsabilidade de implementar políticas públicas para promover a saúde e o bem-estar da população. Através de seus órgãos e entidades competentes, a Administração Pública tem o dever de garantir o acesso universal e igualitário à saúde, fornecendo serviços de qualidade, medicamentos, vacinação, assistência médica e outros recursos necessários (SANTOS, 2010). Essa responsabilidade abrange tanto a prevenção quanto o tratamento de doenças, a promoção de ações de vigilância sanitária, a fiscalização de estabelecimentos de saúde e a garantia de um ambiente saudável.

No âmbito da administração pública, a área da saúde abrange múltiplos setores e níveis de governo. A esfera federal desempenha o papel de estabelecer diretrizes, políticas e normas gerais relacionadas à saúde, por meio do Ministério da Saúde e de suas agências vinculadas, como a Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) e a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA). Já os Estados e Municípios são responsáveis pela implementação e execução das políticas de saúde, por meio de suas Secretarias Estaduais e Municipais de Saúde (KLERING et al., 2011). A saúde, portanto, representa um microcosmo da distribuição de competências oriunda do federalismo pátrio.

De rigor observar a natureza jurídica destes órgãos e entidades, conceitos já abordados no item anterior. ANVISA e ANS são agências reguladoras. Entidades da administração pública indireta criadas pela administração direta em âmbito federal para, em homenagem ao princípio da especialidade, por meio da descentralização, regularem seus respectivos setores de maneira eficiente. A ANVISA, através de seu poder de polícia, por diversos modos, exerce o controle sobre as questões sanitárias no país. A ANS, também dotada de poder de polícia, controla o setor de planos de saúde no país, em vista da possibilidade de execução do serviço de saúde franqueado a iniciativa privada, conforme artigo 199 da Constituição Federal.

Por seu turno, o Ministério da Saúde, em âmbito federal, as Secretarias de Estado de Saúde, em âmbito estadual, e as Secretarias Municipais de Saúde, em âmbito municipal, não são entidades, mas órgãos das respectivas administrações diretas dos entes federativos a que pertencem, e exercem suas funções em virtude da desconcentração do serviço público.

O direito à saúde está ligado ao princípio da universalidade, que assegura assistência a todos os cidadãos, independentemente de sua condição socioeconômica. A Administração Pública deve adotar medidas para reduzir desigualdades no acesso aos serviços de saúde, buscando garantir a equidade no atendimento (ROSÁRIO; BAPTISTA; MATTA, 2020).

### **3.1.1 Políticas e normativas de saúde**

A descentralização da atenção à saúde no SUS teve início em 1991, logo após a criação de leis complementares à Constituição, que regulamentaram as ações e serviços de saúde em todo o território nacional. Essas leis são a Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, e a Lei nº 8.142, de 28 de dezembro de 1990. A partir desse

marco legal, o Ministério da Saúde passou a utilizar normas operacionais básicas, publicadas no Diário Oficial da União, como instrumento normativo para promover a descentralização do sistema, principalmente no que diz respeito à gestão da assistência médica, ambulatorial e hospitalar (LUCCHESI, 2000).

As normas operacionais básicas são utilizadas pelo Ministério da Saúde como diretrizes para orientar a atuação dos diferentes entes federativos na gestão e execução das ações e serviços de saúde. Essas normas buscam promover uma maior autonomia das esferas estaduais e municipais, incentivando a participação e a responsabilidade desses entes na oferta e organização dos serviços de saúde.

No Quadro 1 estão sintetizadas as principais responsabilidades e requisitos da área de Vigilância Sanitária, conforme a NOB SUS sessão 1, publicada em 06 de novembro de 1996:

**Quadro 1:** Responsabilidades estaduais e municipais da Vigilância Sanitária, conforme a NOB SUS 01/96.

<b>ESTADO</b>		
<b>Gestão</b>	<b>Responsabilidades</b>	<b>Requisitos</b>
Gestão avançada do sistema estadual	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Gerência das unidades estatais de laboratórios de referência para controle de qualidade, para Vigilância Sanitária.</li> <li>• Normalização complementar de mecanismos e instrumentos de administração da oferta de medicamentos e insumos especiais.</li> <li>• Cooperação técnica e financeira, com o conjunto dos municípios, na consolidação do processo de descentralização e na organização da rede regionalizada e hierarquizada de serviços de Vigilância Sanitária.</li> <li>• Coordenação e execução das atividades de Vigilância Sanitária, conforme previsto na Lei nº 8.080/90.</li> <li>• Execução das ações básicas de média e de alta complexidade, de Vigilância Sanitária, referentes aos municípios não-habilitados à execução destas ações, segundo as diferentes condições de gestão.</li> <li>• Execução do Programa Desconcentrado de Ações de Vigilância Sanitária (PDAVS)* nos termos definidos pela SVS/MS.</li> </ul>	Demonstrar a eficácia do serviço de Vigilância Sanitária no estado, conforme estabelecido pela legislação e sua capacidade de realizar ações de Vigilância Sanitária. A comprovação do funcionamento do serviço de Vigilância Sanitária no estado é obtida por meio do cumprimento das normas e regulamentações estabelecidas pela legislação vigente. Isso inclui a execução de ações de fiscalização, controle e monitoramento de produtos, serviços e ambientes que possam representar riscos à saúde da população.
<b>MUNICÍPIO</b>		
<b>Gestão</b>	<b>Responsabilidades</b>	<b>Requisitos</b>
Gestão plena da atenção básica	Execução das ações básicas de Vigilância Sanitária incluídas no PBVS.	Comprovar a capacidade de desenvolvimento de ações de Vigilância Sanitária.
Gestão plena do sistema municipal	Execução das ações básicas, de média e alta complexidade, em Vigilância Sanitária, bem como as ações do PDAVS, opcionalmente.	Comprovar o funcionamento de serviço estruturado de Vigilância Sanitária e a capacidade para o desenvolvimento de ações de Vigilância Sanitária.

**Fonte:** Lucchese (2000) - Adaptado.

### **3.1.2 Vigilância sanitária na administração e pacto federativo brasileiro**

A Vigilância Sanitária desempenha um papel central na Saúde Pública e possui uma história que remonta a tempos antigos. Ao longo do desenvolvimento da sociedade e da economia, ela se tornou um subsetor especializado, porém essencial, que conecta a produção de bens e serviços à saúde da comunidade. É importante compreender este contexto para entender a natureza técnico-sanitária e jurídica da Vigilância Sanitária, bem como os princípios que a orientam. As normas sanitárias desempenham um papel crucial nesse campo, pois refletem o conhecimento acumulado e são resultado de um processo social. No entanto, é necessário melhorar a integração entre os conhecimentos da saúde e do direito nesse contexto (DALLARI, 2000).

A Vigilância Sanitária no Brasil tem um papel fundamental na proteção da saúde pública por meio do controle sanitário de produtos, serviços e ambientes com potencial risco à saúde. Ela atua nas esferas federal, estadual e municipal, sendo a ANVISA o órgão federal responsável por estabelecer regulamentações, exercer controle e fiscalizar produtos e serviços em todo o país. Suas atribuições incluem a autorização e registro de medicamentos, alimentos, produtos para saúde, cosméticos e itens similares. Além disso, a ANVISA realiza inspeções sanitárias em portos, aeroportos e fronteiras, estabelecendo padrões normativos e fiscalizando a produção, armazenamento, distribuição e comercialização de produtos sob sua responsabilidade (SOUZA; COSTA, 2010).

O pacto federativo brasileiro, presente na Constituição Federal de 1988, estipula as competências e a autonomia de cada ente federativo. No campo da vigilância sanitária, há um compartilhamento do poder de polícia sanitário entre União, Estados, Distrito Federal e Municípios. Esses entes, à exceção dos Municípios, possuem competência concorrente para legislar sobre proteção e defesa da saúde, permitindo que cada um estabeleça suas próprias normas e regulamentos, desde que estejam em conformidade com as diretrizes estabelecidas pela União (SÁ et al., 2009).

No poder de polícia sanitário, cada ente federativo exerce suas competências de forma independente, mas com possibilidade de cooperação. Os municípios têm autonomia para exercer o poder de polícia sanitário em seus territórios por meio de órgãos específicos. Eles podem estabelecer normas locais, fiscalizar estabelecimentos e adotar medidas para proteger a saúde da população. Em

situações que exigem ação conjunta ou ultrapassam a esfera de um único ente, há diálogo e coordenação entre os entes federativos. Por exemplo, em casos de surtos de doenças de relevância nacional, a União pode estabelecer diretrizes e coordenar ações com Estados e Municípios (SOUZA; COSTA, 2010).

Para compreender melhor esta temática, é preciso esmiuçar um pouco mais os conceitos referentes ao pacto federativo. Ao contrário do federalismo norte americano, que se deu por agregação (federalismo centrípeto, “de fora para dentro”), o federalismo brasileiro se deu por desagregação (federalismo centrífugo, “de dentro para fora”). Esta origem do federalismo brasileiro oferece consequências, como a maior concentração de competências na órbita da União Federal, que antecedeu aos Estados e Municípios.

No início, o Estado Brasileiro era unitário, e com o passar dos anos se fragmentou em Estados (inicialmente Províncias), ao passo em que nos Estados Unidos da América, pelo contrário, foram os Estados que antecederam à União Federal: cada um deles, em certo momento, aceitou ceder parcela de sua autonomia a um ente central, soberano. Por este motivo, há nos Estados Unidos da América grande parcela de autonomia dos entes estaduais, havendo diferença entre eles em temas que no Brasil são de competência legislativa privativa da União Federal, como matéria penal (artigo 22, I, da Constituição Federal). Nos EUA, é comum um Estado possuir pena de morte e outro, não. No Brasil, dada a grande concentração de poder na órbita federal, isto seria impensável.

Dentro deste contexto, o Título III da Carta da República, “Da Organização do Estado”, é essencial para regradar a distribuição de competências legislativas e administrativas presentes em nossa Federação. Neste diapasão, de relevância para o presente estudo é a análise dos artigos 23 e 24 da Carta Magna.

O artigo 23 trata das competências administrativas e elucida que estas são comuns entre União, Estados, Distrito Federal e Municípios, este último surgindo como ente federativo autônomo representando umas das inúmeras novidades da Constituição Federal/1988, possuindo orçamento e competências legislativas e administrativas próprias. Em seu inciso II consta a saúde, que, portanto, é tema de competência administrativa comum entre os entes federativos. O parágrafo único deste artigo esclarece que possuímos um federalismo cooperativo, dispondo que a cooperação entre os entes será fixada por lei complementar.

O modelo de cooperação do federalismo brasileiro, entretanto, não existiu, posto a inexistência desta lei complementar. Por este motivo, há autonomia dos entes federativos no tratamento das competências comuns, incluindo a saúde e consequentemente a vigilância sanitária, tema de interesse deste estudo.

O artigo 24 da Constituição Federal, por seu turno, trata das competências legislativas concorrentes e situa neste arcabouço a saúde. Competência legislativa concorrente basicamente significa que cada ente possui autonomia para legislar sobre seus interesses locais. Pelos parágrafos deste artigo, esclarece-se que a competência da União Federal se limitará a estabelecer regras gerais, o que não excluirá a competência suplementar dos Estados. Apenas em caso de inexistência de lei federal é que os Estados terão capacidade legislativa plena, entretanto, a superveniência de lei federal suspenderá a eficácia destas leis no que lhes for contrária. Saliente-se que a Constituição Federal excluiu os Municípios da competência legislativa concorrente, citando somente a União, Estados e Distrito Federal.

Importante frisar destarte que, no contexto da competência legislativa concorrente, no tocante ao exercício do poder de polícia administrativo sanitário, em havendo legislação federal acerca da questão, os entes subnacionais não poderão inovar na matéria e estabelecer restrições aos administrados, mas tão somente regulamentar o tema por meio de decreto, como ocorreu à exaustão no fatídico episódio da pandemia da COVID-19, quando os decretos estaduais ditavam o ritmo do combate ao novo coronavírus.

A saúde, portanto, no contexto do federalismo brasileiro, insere-se na seara das competências administrativas comuns entre todos os entes federativos e na seara da competência legislativa concorrente entre União, Estados e Distrito Federal.

## **3.2 VIGILÂNCIA SANITÁRIA NO SUS**

### **3.2.1 Atuação da vigilância sanitária no sus**

O SUS é um sistema público, nacional, universal, pautado na concepção de saúde como direito fundamental, para o exercício pleno de cidadania, que segue as seguintes diretrizes: descentralização, com direção única em cada esfera de governo de forma regional; integralidade do atendimento; e participação ativa da comunidade.

A implantação do SUS é obrigatória, e suas respectivas responsabilidades nas esferas federal, estaduais e municipais possuem regras estabelecidas na NOB/SUS 01/96:

- a) Transfere aos municípios habilitados como Plena da Atenção Básica, os recursos financeiros com base per capita relativos a esta responsabilidade, criando o PAB (Piso Assistencial Básico), repassado fundo a fundo de forma regular e automática, e com base em valor nacional per capita para a população coberta;
- b) Reorganiza a gestão dos procedimentos de média complexidade ambulatorial (Fração Ambulatorial Especializada - FAE);
- c) Reorganiza a gestão dos procedimentos de alta complexidade ambulatorial com a criação da Autorização de Procedimentos de Alta Complexidade/Custo (APAC);
- d) Incorpora as ações de Vigilância Sanitária, criando o Incentivo para as ações básicas de Vigilância Sanitária;
- e) Incorpora as ações de Epidemiologia e Controle de Doenças;
- f) Promove a reorganização do modelo de atenção, adotando-se como estratégia principal a ampliação de cobertura do Programa de Saúde da Família e Programa de Agentes Comunitários de Saúde, com a criação de Incentivo financeiro;
- g) Aprimora o planejamento e define a elaboração da Programação Pactuada e Integrada (PPI);
- h) Define as responsabilidades, prerrogativas e requisitos das Condições de Gestão Plena da Atenção Básica e Plena de Sistema Municipal de Saúde para os municípios, e Avançada do Sistema Estadual e Plena de Sistema Estadual para os Estados.

O papel da Vigilância Sanitária ultrapassa as ações de eliminar, diminuir, prevenir e intervir, que seguem as diretrizes de regulação e controle. Trata-se de um abrangente e complexo campo de atuação, que permeia a criação de estratégias de prevenção, mitigação de riscos, entre outras ações de proteger a vida e manter a saúde pública. A integração da Vigilância Sanitária no SUS é descrita no artigo 6º, da lei nº 8.080. Estão incluídas no campo de atuação do SUS a execução de ações de: vigilância sanitária e epidemiológica; de saúde do trabalhador; fiscalização e a inspeção de alimentos, água e bebidas, para consumo humano.

Entre as estratégias de promoção da saúde pública estão: a) prevenção, b) proteção e c) promoção. Estes três aspectos utilizam o processo saúde-doença e a prevenção de riscos. Segundo Lucchese et al. (2001), em importante estudo, afirmou acerca da importância da vigilância sanitária:

A vigilância sanitária é aqui abordada como uma área da saúde pública que trata das ameaças à saúde resultantes do modo de vida contemporâneo, do uso e consumo de novos materiais, novos produtos, novas tecnologias, novas necessidades, em suma, de hábitos e de formas complexas da vida coletiva, que são a consequência necessária do desenvolvimento industrial e do que lhe é imanente: o consumo. Pode-se dizer que a vigilância sanitária – nos

moldes em que hoje está organizada – é a ação coletiva em saúde que caracteriza a sociedade industrial e pode ser vista como exigência do processo civilizatório contemporâneo, dentro do qual a técnica, como instrumento de ação produtiva, permitiu ao homem superar sua carência biológica e ter um contato transformador com a natureza, assegurando melhores condições de sobrevivência à espécie. A transformação da ciência em força produtiva talvez tenha sido a característica principal desse processo que construiu um novo princípio ordenador das relações do homem com a natureza e dele consigo próprio. O ritual mágico-mítico-religioso, estabilizador cultural das sociedades pré-industriais, foi gradativamente substituído pela experimentação e instrumentação científico-técnica da matéria, da energia e da comunicação (LUCCHESI et al., 2001).

#### *a) Prevenção*

A prevenção está entre as ações formalizadas de inspeção e fiscalização sanitária, e são definidas como intervenções destinadas a impedir a origem de doenças, reduzindo os fatores causais de sua incidência e prevalência. Tais ações podem ocorrer em estabelecimentos, cuja atividade tenha sido identificada como indevida, com relação direta ou indireta com a saúde pública, ferindo as normas sanitárias. Em um episódio como este, a Vigilância Sanitária tem o poder de polícia administrativa inerente, mediante intervenções de caráter repressivo, como: a) multas, b) interdição de estabelecimentos, c) inutilização de produtos e d) embargo de equipamentos (SETA; REIS; PEPE, 2011).

Com relação a prevenção de disseminação de doenças, a vigilância sanitária é responsável por uma série de atividades e demandas como: atendimento a denúncias, inspeção de rotina, emissão de cadastro ou licença de funcionamento, investigação de surto, análise de projetos, análise fiscal de produtos de interesse a saúde, ações educativas, atendimento a solicitação de outros órgãos, ações referentes ao meio ambiente (ANVISA, 2009).

#### *b) Proteção*

A proteção da saúde se baseia em um conceito de risco como possibilidade de ocorrência de eventos que possuem o potencial de provocar danos à saúde coletiva. No país, as estratégias de proteção à saúde baseiam-se em legislação sanitária que estabelecem normas de proteção coletiva e individual, com leis e normativas específicas da Vigilância Sanitária dos Códigos Civil e Penal. O desempenho do poder de polícia é necessário para efetivar a elaboração de normativa e na atuação de fiscalizações necessárias. Tais ações impõem que os sujeitos submetam-se a

preceitos jurídico-administrativos, elaborados em uma perspectiva de direitos e deveres coletivos e normativas previstas pela lei (COSTA, 2004). Contudo, as ações de fiscalização sanitária concretizam o modo do exercício do poder do Estado, que exerce a aceitação ou recusa de produtos e serviços que possuem influência na saúde, com responsabilidade no âmbito coletivo deve ser garantido pelo Estado (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2002).

*c) Promoção*

A promoção da saúde é orientada pela condição de melhoria e a manutenção do estado de bem-estar e da qualidade de vida coletiva; para isso busca identificar e combater os processos que comprometem o estado de saúde-doença, impondo ações para promover e manter a população na direção da saúde, garantindo o direito constitucional (CARVALHO, 2004). Ações da vigilância sanitária promovem a saúde coletiva, atuando sobre bens, serviços e ambientes para garantir os padrões de qualidade e sobre riscos difusos que comprometem o processo de saúde-doença, com o objetivo de atuar na identificação de atuais e eventuais situações de negligência das condições sanitárias, que podem causar direta ou indiretamente danos à saúde individual e coletiva. Entre algumas das ações estão a regulação de propaganda de produtos, práticas e serviços que possam ser prejudiciais à saúde e ao ambiente. As intervenções utilizam de ações de comunicação na defesa da saúde, com caráter educativo, que visam contribuir para fortalecer e disseminar informações que aumentem as capacidades individuais e coletivas sobre condicionantes de saúde (SETA; OLIVEIRA; PEPE, 2017).

Forçoso finalizar este item esclarecendo que, ainda que por via excepcional, há atividade da vigilância sanitária na fiscalização de serviços de construção civil, nas obras de interesse da saúde. No Estado de São Paulo, tal tema é regulamentado pela Portaria CVS 10/2017, que condiciona a liberação de edificações de estabelecimentos de interesse à saúde à aprovação do LTA – Laudo Técnico de Avaliação. Em nível federal, o tema é tratado por RDCs – Resoluções da Diretoria Colegiada - emitidas pela ANVISA. À exemplo, temos a RDC 50/2002, que regulamenta e fiscaliza as construções físicas de estabelecimentos de interesse à saúde.

### 3.2.2 As ações de vigilância sanitária, epidemiológica e ambiental

O Sistema Nacional de Vigilância em Saúde é originado do Sistema Nacional de Vigilância Epidemiológica (SNVE), contando com sua formalização nos anos 1970. O Centro Nacional de Epidemiologia (CENEPI) surgiu em 1990, no âmbito da Fundação Nacional de Saúde, que por sua vez foi transformado em Secretaria de Vigilância em Saúde do Ministério da Saúde (SVS/MS), no ano de 2003. Atualmente o CENEPI passou a ser responsável pelo sistema de Vigilância em Saúde Ambiental, conforme descreve Seta, Oliveira e Pepe (2017 p. 3228):

O Sistema Nacional de Vigilância Sanitária possui esta função de regulação social e também lhe cabe exercer sua função no SUS, de zelar pela qualidade dos bens e serviços ofertados para contribuir na melhoria da qualidade de vida da população brasileira e garantir o direito à saúde como direito fundamental, conforme reza nossa Constituição Federal. Ele precisa, para a defesa da vida e da cidadania, colocar-se ao lado do interesse coletivo, pressupondo haver um desequilíbrio entre a produção e o consumo de bens e serviços de saúde, onde o lado mais frágil é o consumidor, ou seja, sua regulação deve-se dar em defesa dos interesses sanitários (SETA; OLIVEIRA; PEPE, 2017 p.3228).

O Sistema Nacional de Vigilância Sanitária foi instituído por meio da Lei nº 9.782, de 26 de janeiro de 1999, mesmo instrumento legal que deu origem a ANVISA, que é o agente responsável pela coordenação do Sistema Nacional de Vigilância Sanitária.

Com a inclusão e reconhecimento da íntima relação entre o meio ambiente e a saúde, foram incluídos nas premissas de vigilância e controle, atribuições de intervenção no meio de trabalho no artigo 6º da Lei 8.080/90 que dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências:

Art. 6º Estão incluídas ainda no campo de atuação do Sistema Único de Saúde (SUS): I - a execução de ações: a) de vigilância sanitária; b) de vigilância epidemiológica; c) de saúde do trabalhador; e d) de assistência terapêutica integral, inclusive farmacêutica; II - a participação na formulação da política e na execução de ações de saneamento básico; III - a ordenação da formação de recursos humanos na área de saúde; IV - a vigilância nutricional e a orientação alimentar; V - a colaboração na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho; VI - a formulação da política de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos e outros insumos de interesse para a saúde e a participação na sua produção; VII - o controle e a fiscalização de serviços, produtos e substâncias de interesse para a saúde; VIII - a fiscalização e a inspeção de alimentos, água e bebidas para consumo humano; IX - a participação no controle e na fiscalização da produção, transporte, guarda e utilização de substâncias e produtos psicoativos, tóxicos e radioativos; X - o incremento, em sua área de atuação, do desenvolvimento científico e tecnológico; XI - a formulação e execução da política de sangue e seus derivados (BRASIL, 1990).

Segundo Albuquerque, Carvalho e Lima (2002), dentre as atribuições da vigilância epidemiológica estão:

- a) Análise e acompanhamento do comportamento epidemiológico de doenças e agravos de interesse municipal e dos âmbitos federal e estadual, respeitada a hierarquia entre as instâncias;
- b) Participação na formulação de políticas, planos, programas de saúde e na organização dos serviços;
- c) Implantação, gerenciamento e operacionalização dos sistemas de informações de base epidemiológica para a análise da situação de saúde e a realização das investigações epidemiológicas com a solicitação de apoio a outras instâncias do SUS, nos casos de necessidades técnicas e/ou administrativas;
- d) Participação, junto às instâncias responsáveis pela gestão da rede assistencial, na definição de padrões de qualidade de assistência;
- e) Promoção de educação continuada dos recursos humanos e o intercâmbio técnico-científico com instituições de ensino, pesquisa e outras.

A atuação da Vigilância Ambiental tem o intuito de promover a qualidade de vida, por meio da manutenção de espaços saudáveis. Sua atuação em nível municipal é empreendida por meio de ações e medidas de proteção à saúde. Em escala nacional, instituiu-se o Sistema Nacional do Meio Ambiente (SISNAMA), que é formado pelo Conselho do Governo, responsável pela formulação de políticas nacionais de meio ambiente (LIEBER; LIEBER, 2000).

### **3.2.3 Operacionalidade do Sistema Nacional de Vigilância Epidemiológica e Ambiental em Saúde**

As atribuições do Ministério da Saúde estão descritas na portaria 1.399 de 15 de dezembro de 1999, em seu artigo 1º, que atribui ao Ministério da Saúde, por meio da Fundação Nacional de Saúde (FUNASA), a gestão do Sistema Nacional de Vigilância Sanitária, Epidemiológica e Ambiental em Saúde no âmbito nacional, compreendendo:

- I - Coordenação nacional das ações de Epidemiologia e Controle de Doenças, com ênfase naquelas que exigem simultaneidade nacional ou regional para alcançar êxito;
- II - Execução das ações de Epidemiologia e Controle de Doenças, de forma complementar à atuação dos estados;
- III - execução das ações de Epidemiologia e Controle de Doenças, de forma suplementar, em caráter excepcional, quando constatada insuficiência da ação estadual;
- IV - Definição das atividades e parâmetros que integrarão a Programação Pactuada Integrada PPIECD para a área de Epidemiologia e Controle de Doenças;

- V - Normatização técnica;
- VI - Assistência técnica a estados e, excepcionalmente, a municípios;
- VII - provimento dos seguintes insumos estratégicos: a) imunobiológicos; b) inseticidas; c) meios de diagnóstico laboratorial para as doenças sob monitoramento epidemiológico (kits diagnósticos).
- VIII - participação no financiamento das ações de Epidemiologia e Controle de Doenças, conforme disposições contidas na portaria 1.399/99; IX - gestão dos sistemas de informação epidemiológica, Sistema de Informação sobre Agravos de Notificação SINAN, Sistema de Informação sobre Mortalidade SIM, Sistema de Informação sobre Nascidos Vivos SINASC, Sistema de Informação do Programa Nacional de Imunizações- SI-PNI e outros sistemas que venham a ser introduzidos, incluindo a: a) normatização técnica, com definição de instrumentos e fluxos; b) consolidação dos dados provenientes dos estados; c) retroalimentação dos dados.
- X - Divulgação de informações e análises epidemiológicas;
- XI - coordenação e execução das atividades de informação, educação e comunicação IEC, de abrangência nacional;
- XII - promoção, coordenação e execução, em situações específicas, de pesquisas epidemiológicas e operacionais na área de prevenção e controle de doenças e agravos;
- XIII - execução, direta ou indireta, das atividades de prevenção e controle de doenças, quando direcionadas às populações indígenas, em articulação com as Secretarias Municipais de Saúde- SMS e Secretarias Estaduais de Saúde - SES;
- XIV - definição de Centros de Referência Nacionais de Epidemiologia e Controle de Doenças;
- XV - Coordenação técnica da cooperação internacional na área de Epidemiologia e Controle de Doenças;
- XVI - fomento e execução de programas de capacitação de recursos humanos;
- XVII - assessoramento às Secretarias Estaduais de Saúde - SES e Secretarias Municipais de Saúde SMS na elaboração da PPI-ECD de cada Estado;
- XVIII - fiscalização, supervisão e controle da execução das ações de Epidemiologia e Controle de Doenças programadas na PPI-ECD, incluindo a permanente avaliação dos sistemas estaduais de Vigilância Epidemiológica e ambiental em saúde;
- XIX - coordenação da Rede Nacional de Laboratórios de Saúde Pública RNLSP, nos aspectos relativos à Vigilância Epidemiológica e ambiental em saúde, com definição e estabelecimento de normas, fluxos técnico-operacionais (coleta, envio e transporte de material biológico) e credenciamento das unidades partícipes;
- XX - Coordenação do Programa Nacional de Imunizações incluindo a definição das vacinas obrigatórias no País, as estratégias e normatização técnica sobre sua utilização.

As atribuições dos Estados são descritas no artigo 2 da portaria 1.399/99, que atribui aos Estados a gestão do componente estadual do Sistema Nacional de Vigilância Sanitária, Epidemiológica e Ambiental em Saúde, que contemplam as seguintes ações:

- I - coordenação e supervisão das ações de prevenção e controle, com ênfase naquelas que exigem simultaneidade estadual ou microrregional para alcançar êxito;
- II - execução das ações de Epidemiologia e Controle de Doenças, de forma complementar à atuação dos municípios;

- III - execução das ações de Epidemiologia e Controle de Doenças, de forma suplementar, quando constatada insuficiência da ação municipal;
- IV - execução das ações de Epidemiologia e Controle de Doenças, em municípios não certificados nas condições estabelecidas nesta portaria;
- V - definição, em conjunto com os gestores municipais, na Comissão Intergestores Bipartite - CIB, da Programação Pactuada Integrada PPI-ECD para as ações de Epidemiologia e Controle de Doenças, em conformidade com os parâmetros definidos pela FUNASA;
- VI - assistência técnica aos municípios;
- VII - participação no financiamento das ações de Epidemiologia e Controle de Doenças, conforme disposições contidas nos artigos 14 a 19 da referida portaria; 198 epidemiologia e controle de doenças;
- VIII - provimento dos seguintes insumos estratégicos: a) medicamentos específicos, nos termos pactuados na CIT; b ) equipamentos de proteção individual; c ) seringas e agulhas; d ) óleo de soja; e e) equipamentos de aspersão de inseticidas;
- IX - gestão dos estoques estaduais de insumos estratégicos, inclusive com abastecimento dos municípios;
- X - gestão dos sistemas de informação epidemiológica, no âmbito estadual, incluindo: a) consolidação dos dados provenientes de unidades notificantes e dos municípios, por meio de processamento eletrônico, do SIM, SINAN, SINASC, SI-PNI e outros sistemas que venham a ser introduzidos; b ) envio dos dados ao nível federal, regularmente dentro dos prazos estabelecidos pelas normas de cada sistema; c ) análise dos dados; e d ) retroalimentação dos dados;
- XI - divulgação de informações e análises epidemiológicas;
- XII - execução das atividades de informação, educação e comunicação IEC de abrangência estadual;
- XIII - capacitação de recursos humanos;
- XIV - definição de Centros de Referência Estaduais de Epidemiologia e Controle de Doenças;
- XV - normatização técnica complementar à do nível federal para o seu território; XVI - fiscalização, supervisão e controle da execução das ações de Epidemiologia e Controle de Doenças realizadas pelos municípios, programadas na PPI-ECD, incluindo a permanente avaliação dos sistemas municipais de Vigilância Epidemiológica e ambiental em saúde;
- XVII - coordenação das ações de vigilância ambiental de fatores de risco à saúde humana, incluindo o monitoramento da água de consumo humano e contaminantes com importância em saúde pública, como os agrotóxicos, mercúrio e benzeno;
- XVIII - coordenação da Rede Estadual de Laboratórios de Saúde Pública RELSP, nos aspectos relativos a Vigilância Epidemiológica e ambiental em saúde, com definição e estabelecimento de normas, fluxos técnico-operacionais, credenciamento e avaliação das unidades partícipes;
- XIX - provimento de diagnóstico laboratorial das doenças de notificação compulsória e outros agravos de importância epidemiológica, na rede estadual de laboratórios de saúde pública;
- XX - coordenação das ações de vigilância entomológica para as doenças transmitidas por vetores, incluindo a realização de inquéritos entomológicos;
- XXI - coordenação do componente estadual do Programa Nacional de Imunizações.

As atribuições dos Municípios estão no artigo 3º da portaria 1399/99, que descreve a gestão do componente municipal do Sistema Nacional de Vigilância Sanitária Epidemiológica e Ambiental em Saúde, compreendendo as seguintes atividades:

- I - notificação de doenças de notificação compulsória, surtos e agravos inusitados, conforme normatização federal e estadual;
- II - investigação epidemiológica de casos notificados, surtos e óbitos por doenças específicas;
- III - busca ativa de casos de notificação compulsória nas unidades de saúde, inclusive laboratórios, domicílios, creches e instituições de ensino, entre outros, existentes em seu território;
- IV - busca ativa de Declarações de Óbito e de Nascidos Vivos nas unidades de saúde, cartórios e cemitérios existentes em seu território;
- V - provimento da realização de exames laboratoriais voltados ao diagnóstico das doenças de notificação compulsória, em articulação com Secretaria Estadual de Saúde;
- VI - provimento da realização de exames laboratoriais para controle de doenças, como os de malária, esquistossomose, triatomíneos, entre outros a serem definidos pela PPI-ECD;
- VII - acompanhamento e avaliação dos procedimentos laboratoriais realizados pelas unidades públicas e privadas componentes da rede municipal de laboratórios que realizam exames relacionados à saúde pública;
- VIII - monitoramento da qualidade da água para consumo humano, incluindo ações de coleta e provimento dos exames físico, químico e bacteriológico de amostras, em conformidade com a normatização federal;
- IX - captura de vetores e reservatórios, identificação e levantamento do índice de infestação;
- X - registro, captura, apreensão e eliminação de animais que representem risco à saúde do homem;
- XI - ações de controle químico e biológico de vetores e de eliminação de criadouros;
- XII - coordenação e execução das ações de vacinação integrantes do Programa Nacional de Imunizações, incluindo a vacinação de rotina com as vacinas obrigatórias, as estratégias especiais como campanhas e vacinações de bloqueio e a notificação e investigação de eventos adversos e óbitos temporalmente associados à vacinação;
- XIII - Vigilância Epidemiológica da mortalidade infantil e materna;
- XIV - gestão dos sistemas de informação epidemiológica, no âmbito municipal, incluindo: a) coleta e consolidação dos dados provenientes de unidades notificantes do SIM, SINAN, SINASC, SI-PNI e outros; b) sistemas que venham a ser introduzidos; c) envio dos dados ao nível estadual, regularmente, dentro dos prazos estabelecidos pelas normas de cada sistema; d) análise dos dados; e) retro-alimentação dos dados;
- XV - divulgação de informações e análises epidemiológicas;
- XVI - participação no financiamento das ações de Epidemiologia e Controle de Doenças, conforme disposições contidas nos artigos 14 a 19 da referida portaria;
- XVII - participação, em conjunto com os demais gestores municipais e Secretaria Estadual de Saúde, na Comissão Intergestores Bipartite - CIB, na definição da Programação Pactuada Integrada 200 epidemiologia e controle de doenças PPI-ECD para a área de Epidemiologia e Controle de Doenças, em conformidade com os parâmetros definidos pela FUNASA;
- XVIII - gestão dos estoques municipais de insumos estratégicos, inclusive com abastecimento dos executores das ações;
- XIX - coordenação e execução das atividades de IEC de abrangência municipal;
- XX - capacitação de recursos humanos. As competências dos municípios poderão ser executadas em caráter suplementar pelos estados ou por consórcio de municípios, nas condições pactuadas nas Comissões Intergestores Bipartite. Atribuições do Distrito Federal A gestão das ações de Epidemiologia e Controle de Doenças no Distrito Federal compreende, no que couber, simultaneamente, às atribuições referentes a estados e municípios.

## 4 NOÇÕES DE SERVIÇO PÚBLICO

Hely Lopes Meirelles traz seu conceito de serviço público, que muito desvela sobre o tema:

“Serviço público é todo aquele prestado pela Administração ou por seus delegados, sob normas e controles estatais, para satisfazer necessidades sociais essenciais ou secundárias da coletividade ou simples conveniências do Estado” (MEIRELLES, 2003, p. 319)

De salutar nesta definição, depreendemos que os delegados da Administração também podem prestar serviço público. Mazza (2023, p. 1657) observa que a opção da delegação não é do Poder Executivo, mas sim do legislador, que, obviamente por lei, pode transferir ao particular, mediante concessão ou permissão, a execução do serviço público. A titularidade, porém, segue com o Estado. A prestação do serviço público, ainda que prestada por particular mediante delegação estatal, deve obedecer aos princípios da administração pública.

Neste contexto de análise sobre possibilidade de delegação, mister esclarecer os conceitos de serviços públicos *uti singuli* e *uti universi*. Os serviços *uti universi* são aqueles considerados de fruição geral, ou seja, que não possuem usuários determinados, como os serviços de varrição de rua, atividades de polícia judiciária ou de jurisdição etc., já os serviços *uti singuli*, ao contrário, são aqueles com beneficiários individuais, como os serviços de energia elétrica ou de água encanada, por exemplo.

Os serviços *uti universi*, justamente pela sua generalização, não podem ser objeto de delegação pelo Estado, que deve ele mesmo executar o serviço público. Os serviços *uti singuli*, por sua vez, podem ser delegados, via concessão ou permissão, para, por exemplo, além do já citados, a exploração do transporte público coletivo de passageiros, com cobrança de tarifa dos usuários mediante um valor módico (MAZZA, 2023, p. 1659).

Ainda nesta seara, cumpre observar que não raro o Ministério Público ingressa com Ação Civil Pública contra os municípios quando estes delegam a prestação de serviços de saúde a particulares, mas é algo lícito, porque há esta autonomia. A lei complementar que deveria regular esta coordenação não existe. A questão do federalismo foi abordada oportunamente neste estudo. Houve divergência doutrinária na constituinte entre aqueles que defendiam a prestação exclusiva dos serviços de saúde pelo Estado e aqueles que defendiam a possibilidade de sua delegação. O

segundo grupo triunfou, como se depreende do texto do artigo 197 da Carta Magna, que assim dispõe:

Art. 197. São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado.

Assim, restou sepultada qualquer divergência neste sentido, e a despeito de ações judiciais contrárias, o Poder Público pode delegar a outras entidades a prestação do serviço público de saúde em seu nome.

Muito importante é não perder de vista conceitos importantes ao deslinde deste trabalho: delegação se refere a particulares, já abordados em capítulo anterior; quando são entidades da administração pública indireta que executam serviço público, não se está falando em delegação de serviço público, mas em outorga, instrumentalizada pela descentralização administrativa. A titularidade do serviço, todavia, ainda é do Estado, e não da entidade da administração indireta (MAZZA, 2023, p. 1663).

Vale lembrar que os chamados serviços sociais, no qual se insere a saúde, objeto desta pesquisa, está compreendida entre as áreas de competência comum entre todos os entes federativos brasileiros (artigo 23 da Constituição Federal). Se houver autorização do Estado, pode haver prestação destes serviços por empresas particulares. Neste caso, não se pode chamar de serviço público. É o caso, por exemplo, de serviços de saúde prestados por convênios médicos (MAZZA, 2023, p. 1665).

Neste sentido, Bandeira de Mello (2010, p. 284) salienta que a saúde integra o rol de serviços cuja prestação não se submete a prestação exclusiva pelo Estado, posto que a própria Constituição (artigo 199) franqueia este serviço à iniciativa privada.

Há diversos tipos de serviços públicos e diversas formas de prestação. Senão, vejamos:

a) serviços de prestação obrigatória e exclusiva do Estado: são aqueles que somente podem ser prestados diretamente pelo Estado ou por entidades estatais, não admitindo delegação a particulares. São casos em que o Estado tem que prestar sozinho o serviço. Exemplo: serviço postal e correio aéreo nacional;

b) serviços que o Estado tem obrigação de prestar e obrigação de conceder: são casos em que a Constituição determina a prestação pelo Estado e

simultaneamente a delegação a particulares. Em tais hipóteses, o Estado tem que prestar junto com particulares. Exemplo: radiodifusão sonora (rádio) e de sons e imagens (televisão);

c) serviços que o Estado tem obrigação de prestar, mas sem exclusividade: é o caso dos serviços de saúde e educação, que, quando prestados pelo Estado, são serviços públicos. Neles, o Estado não pode admitir prestação somente por particulares;

d) serviços que o Estado não é obrigado a prestar, mas, não os prestando, terá de promover-lhes a prestação, mediante concessão ou permissão: trata-se de serviços que devem obrigatoriamente ser prestados pelo Estado ou por particulares. Exemplo: fornecimento de gás canalizado." (MELLO, 1975 *apud* MAZZA, 2023, p.1690).

Bandeira de Mello, portanto, elenca uma série de condicionamentos, a partir do Estado, para a prestação do serviço público, todos balizados pela legislação e pela Constituição Federal. Interessante notar que há aqueles de prestação obrigatória e exclusiva pelo Estado; os que o Estado tem obrigação de prestar e de conceder; os que o Estado tem a obrigação de prestar, porém, sem exclusividade; e aqueles que o Estado deve garantir que sejam prestados. Senão diretamente, garantindo sua execução através de concessão ou permissão.

O tema, destarte, não é simples e demanda variadas formas de tratamento, a depender do regramento estabelecido pelo legislador para cada matéria de interesse social.

Ainda que de maneira prolixa, posto que de relevante interesse a esta pesquisa, finalizamos o capítulo reforçando que a saúde não integra o rol de serviços públicos cuja prestação se encontra na esfera de exclusividade estatal.

## **5 PODER DE POLÍCIA**

O poder de polícia é dado pelo Estado para garantir a supremacia do interesse coletivo e a preservação dos direitos individuais, são estas as premissas constituintes e são divididos em quatro grupos, que são: legislação, consentimento, fiscalização e sanção. A Constituição Federal determina um sistema de tripartição de Poderes e são eles: Executivo, Legislativo e Judiciário, que juntos constituem um mecanismo para a garantia da ordem pública. Sendo assim, é incumbido à Administração Pública elaborar e reformular normas e regulamentos que regem os direitos individuais, como liberdade e propriedade, para que sejam capazes de promover o bem-estar social (PATEL; MARTINS, 2012).

O conceito de poder de polícia, conforme estabelecido no artigo 78 do Código Tributário Nacional (CTN) (BRASIL, 1966), refere-se à atividade da Administração Pública que impõe restrições ou regulamenta direitos, interesses ou liberdades, visando ao interesse público relacionado à segurança, higiene, ordem, costumes, disciplina da produção e do mercado, exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do poder público, tranquilidade pública, respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos (LAZZARINI, 1994).

Segundo Moreira Neto (2014, p. 437), o exercício do poder de polícia é considerado regular quando realizado pelo órgão competente, dentro dos limites da lei aplicável, observando o devido processo legal e, nos casos em que a lei concede discricionariedade, sem abuso ou desvio de poder. Em outras palavras, para que o poder de polícia seja exercido, é necessário que (i) a autoridade pública competente o exerça e (ii) a lei atribua essa competência de forma específica:

No sistema jurídico brasileiro, o emprego do poder estatal para restringir e condicionar liberdades e direitos individuais é uma exceção às suas correspectivas afirmações e garantias constitucionais, daí a razão pela qual somente possa ser exercido sob estrita reserva legal (CF, art. 5.º, II). O legislador, portanto – por ser o competente para definir as hipóteses excepcionais de restrição e condicionamento de direitos individuais em prol do interesse público, é que cumpre a tarefa, nada simples, de instituir normas de polícia, com vistas a dosar e a adequar o exercício dos direitos individuais às exigências do convívio social, atendendo ao que Otto Mayer denominou de realidades individuais com o emprego dos meios de ação administrativos. Porém, como essas normas de polícia devem ser aplicadas a miríades de diferentes hipóteses concretas da vida social, em que hipotéticas condutas capazes de prejudicar o interesse geral poderão assumir matizes que escapam às mais elaboradas previsões e exemplificações normativas, o legislador nelas se vale da caracterização de tipificações suficientemente abertas para, genericamente, abrangê-las a todas, expressando-as em comandos de conteúdo amplo, valendo-se do instituto da discricionariedade, para cometer ao administrador público o encargo de regulá-los e de aplicá-los aos casos concretos no exercício das funções de polícia.

Segundo Meirelles (1972), o poder de polícia é a faculdade da Administração Pública de restringir o uso de bens e direitos individuais em benefício da coletividade.

Ele atua como um mecanismo de controle para conter abusos e garantir o bem-estar social e a segurança nacional:

Em linguagem menos técnica podemos dizer que o poder de polícia é o mecanismo de frenagem de que dispõe a Administração Pública, para conter os abusos do direito individual. Por esse mecanismo, que faz parte de toda Administração, o Estado detém a atividade dos particulares que se revelar contrária, nociva ou inconveniente ao bem-estar social, ao desenvolvimento e à segurança nacionais (MEIRELLES p. 289 1972).

O Poder de Polícia ou Polícia Administrativa, é responsável pelo controle, regulamentação e fiscalização das Administrações Públicas. É por meio do poder de polícia que o Estado possui as ferramentas necessárias para cuidar do interesse público, proporcionando o bem-estar coletivo. Segundo Di Pietro (2010, p. 114), o Poder de Polícia possui dois aspectos: a) o administrado que exerce todos os seus direitos, atribuído pela Constituição Federal e b) o administrativo designado a restringir ou condicionar o exercício do poder em favor do interesse público ou do bem-estar coletivo:

Não existe qualquer incompatibilidade entre os direitos individuais e os limites a eles opostos pelo Poder de Polícia do Estado porque, como ensina Zanobini (1968, v.4:191), a ideia de limite surge do próprio conceito de direito subjetivo: tudo aquilo que é juridicamente garantido é também juridicamente limitado (DI PIETRO, 2010, p. 114).

O interesse público deve ser supremo e predominar ao interesse do particular ou individual, sendo assim, são necessárias iniciativas para proteger e garantir a coletividade. O Estado deve garantir o interesse coletivo em todo o seu território, bens e atividades, independente do governado vigente, com o objetivo de proteger o interesse social e preservar a ordem pública (PATEL; MARTINS, 2012). Segundo Tácito, (1997), o poder de polícia do Estado é considerado uma forma de garantir a conservação da ordem pública, que abrange a normalização de qualquer atividade econômica como: controle de preços, controle de produção e do comércio interno e externo.

A polícia administrativa atua conforme as limitações impostas à bens jurídicos individuais, como por exemplo para garantia da liberdade e propriedade. Por outro lado, a polícia em seu papel ostensivo tem o objetivo de preservar a ordem pública, e a polícia judiciária, atua em atividades focadas em infrações penais. Sendo assim, cada um possui uma função específica impostas pela União, Estado, Distrito Federal ou Município, que por sua vez, possuem o poder de regulação das entidades onde se executa cada uma dessas atividades descritas. Pode-se afirmar que, de um lado,

estabelece a competência comum dos entes federados, conforme o art. 169 da Constituição Federal:

No direito brasileiro, a Constituição de 1824, no art. 169, atribuiu a uma lei disciplinar as funções municipais das Câmaras e a formação das suas posturas policiais; a lei de 1.º Q de outubro de 1928, denominada "Primeiro Regulamento das Câmaras Municipais", tinha, assim, título denominado "Posturas policiais". O art. 66 atribuía às Câmaras tudo quanto dizia respeito à polícia e economia das povoações, e arrolava tais matérias entre as quais, por exemplo, alinhamento de ruas; vozerias nas ruas em horas de silêncio; fiscalização da limpeza da carne; salubridade de todos os mantimentos, abstendo-se de taxar os preços dos gêneros que compete a seus donos (BRASIL, 1998).

Segundo Lazzarini (1997), é de responsabilidade da polícia assegurar a ordem pública, além disso, a polícia é uma entidade perpétua, pois as pessoas e os governos são modificados de tempos em tempos, no entanto a polícia permanece independente das alterações na sociedade e em suas estruturas:

(...) Ela o é porque, na realidade, as nações podem deixar de ter as suas forças armadas. Nunca, porém, podem prescindir da sua força pública, isto é, da sua policial (LAZZARINI, 1997).

O poder de polícia é atribuído a agentes que de fato detêm de forma concreta a competência para sua realização, por meio de atos de caráter administrativo. O poder de polícia deve ser submetido objetivamente à princípios que garantam uma posição razoável e avaliem a tutela indireta ou oblíqua da ilegalidade (DIAS, 2004). Sendo assim, o poder de polícia possui certas limitações na legislação, devido a necessidade de regulamentar e orquestrar as atividades policiais, tais diretrizes e limitações são estabelecidas na Constituição Federal, que destaca a necessidade da avaliação de casos concretos para determinar se seu exercício é razoável.

A Constituição Federal limita o exercício do poder de polícia, estabelecendo hierarquia entre as entidades componentes da Federação em campos de atuação específicos, como é o caso da Vigilância Sanitária. A atuação, dispõe-se por meio da competência para o exercício do poder de polícia, no âmbito territorial de cada esfera de governamental (BRASIL, 1966). Contudo, o poder de polícia assegura ao Estado um papel ativo que possibilita a promoção do bem-estar de coletivo. Para isso, existe um arcabouço legal com diretrizes e normas que limitam e disciplinam a liberdade individual, para garantia e manutenção da ordem social e econômica.

Como características do poder de polícia, pode-se citar a discricionariedade, a autoexecutoriedade e a coercibilidade (DI PIETRO, 2007, p. 106). São as características que, na prática, permitem que o poder de polícia seja efetivamente realizável.

Em regra, o poder de polícia é exercitado pelo seu executor de maneira discricionária, ou seja, este, orientado pelo princípio da legalidade e motivado por imperativos de conveniência e oportunidade, exerce este poder quando e se entender necessário. Apesar disso, em alguns casos, a lei limita esta discricionariedade, chegando até, em alguns casos, a tornar este exercício vinculado, como no caso de concessão de licença quando o particular cumpre os requisitos exigidos em lei.

O poder de polícia possui autoexecutoriedade. Isto é dizer que a própria administração pública pode executar as suas decisões, sem a necessidade de recurso ao Poder Judiciário.

Por fim, reconhece-se no poder de polícia o atributo da coercibilidade. Este requisito está intrinsecamente ligado a autoexecutoriedade, vez que este poder somente é auto executório na medida em que é coercitivo, ou seja, não depende da decisão do particular para se operar.

Há que se mencionar, ainda, que o poder de polícia apenas estará amparado pela legalidade na medida que encerrar em si as regras da necessidade, na medida em que combate ameaças reais, da proporcionalidade, na medida em que seja razoável o sacrifício do bem individual em prol da coletividade, e da eficácia, na medida em que haja adequação entre a medida adotada e a solução pretendida. (DI PIETRO, 2007, p. 109).

## **5.1 O PODER DE POLÍCIA DA VIGILÂNCIA SANITÁRIA**

O poder de polícia está relacionado a diferentes áreas, inclusive na saúde pública. Na execução das ações e atividades da vigilância sanitária, o poder de polícia direciona e caracteriza sua atuação e responsabilidades. Existem diretrizes e regulamentações específicas e diferentes dimensões da vigilância sanitária, que são: política, técnica, ideológica e jurídica:

Entende-se por vigilância sanitária um conjunto de ações capaz de eliminar, diminuir ou prevenir riscos à saúde e de intervir nos problemas sanitários decorrentes do meio ambiente, da produção e circulação de bens e da prestação de serviços de interesse da saúde (BRASIL, 1990).

O Sistema Nacional de Vigilância Sanitária é de vital importância, pois é um instrumento responsável pela organização de atividades econômicas da sociedade, devido a sua função regulamentadora que garante a saúde dos cidadãos, consumidores, produtores e vendedores no que tange ao setor alimentício e seus segmentos. Nos últimos 30 anos observa-se uma ampliação da vigilância sanitária, sobretudo, depois do estabelecimento da Lei n. 8.080/1990, que dispõe sobre as condições da promoção, proteção e recuperação da saúde e cria bases para a organização do funcionamento dos serviços correspondentes. Desde então, a vigilância sanitária passa a ser interligada com as demais áreas da cadeia de serviços de saúde e de meio ambiente (CORDEIRO et al., 2006).

Para a realização das atividades de vigilância sanitária é necessária a utilização do poder de polícia, uma vez que, entre suas funções está a regulamentação dos direitos individuais, visando o benefício do interesse coletivo. A vigilância sanitária atua como um setor do Estado especializado para a regulamentação em saúde, por meio de tecnologias e estratégias de intervenções e metodologias, que são recorrentemente atualizadas com conhecimento científico seguindo os princípios e objetivos estabelecidos pela CF/1988, conforme destaca Eduardo e Miranda (1998):

(...) prática de vigilância sanitária parece manter suas características mais antigas, especialmente as atribuições e formas de atuar assentadas na fiscalização, na observação do fato, no licenciamento de estabelecimentos, no julgamento de irregularidades e na aplicação de penalidades, funções decorrentes do seu poder de polícia (EDUARDO; MIRANDA p.4,1998).

Entre suas atribuições está a garantia da qualidade do produto ou serviço, preocupação que foi incorporada pelo Código de Defesa do Consumidor, consolida aspectos importantes que são: a) controle interno, no qual o prestador ou fornecedor é responsável produto ou serviço, tem o dever de manter controle sobre sua produção, sobretudo, sobre suas eventuais imperfeições ou nocividades e b) controle externo, que é de responsabilidade do Estado e das demais organizações da vigilância.

Nas atividades de controle interno, são estabelecidas práticas de autoavaliação baseadas nos conceitos relacionados a qualidade e garantia, presentes em manuais e guias de boas práticas que regulamentam os padrões de qualidade da produção e saúde pública. Com relação ao controle externo, a vigilância sanitária é responsável pela criação de normas oficiais, licenciamento dos estabelecimentos, orientação com fim educativo, fiscalização e aplicação de medidas para a proteção da saúde da

coletividade, por meio do poder de polícia. No Quadro 2, são descritas as dimensões inerentes à prática de vigilância sanitária no controle interno e externo.

**Quadro 2.** Dimensões de atuação da Vigilância Sanitária

DIMENSÃO	DESCRIÇÃO
<b>POLÍTICA</b>	como uma prática de saúde coletiva, de vigilância da saúde, instrumento de defesa do cidadão, o Estado e voltada para responder por problemas, situa-se em campo de conflito de interesses, pois prevenir ou eliminar riscos significa interferir no modo de produção econômico-social. Essa é sua dimensão política, relacionada ao propósito de transformação ou mudança desses processos em benefício, a priori, da população. Contudo, os entraves serão maiores ou menores dependendo, de um lado, do grau de desenvolvimento tecnológico dos setores produtores e prestadores, de suas consciências sanitárias ou mercantilistas, e, de outro, da concreta atuação e consciência dos consumidores.
<b>IDEOLÓGICA</b>	que significa que a vigilância deverá responder às necessidades determinadas pela população, mas enfrenta os atores sociais com diferentes projetos e interesses.
<b>TECNOLÓGICA</b>	referente à necessidade de suporte de várias áreas do conhecimento científico, métodos, técnicas, que requerem uma clara fundamentação epidemiológica para seu exercício. Nessa dimensão está incluída sua função de avaliadora de processos, de situações, de eventos ou agravos, expressa através de julgamentos a partir da observação ou cumprimento de normas e padrões técnicos e de uma consequente tomada de decisão.
<b>JURÍDICA</b>	que a distingue das demais práticas coletivas de saúde, conferindo-lhe importantes prerrogativas expressas pelo papel de polícia e sua função normatizadora. A atuação da Vigilância Sanitária tem implicações legais na proteção à saúde da população, desde sua ação educativa e normativa, estabelecendo obrigatoriedades e recomendações, até seu papel de polícia, na aplicação de medidas que podem representar algum tipo de punição. Assentada no Direito Sanitário, sua atuação se faz no plano do jurídico, o que significa que qualquer tomada de decisão afeta esse plano. Para isso suas ações devem estar corretamente embasadas em leis. Torna-se imprescindível para aquele que exerce a ação o conhecimento dos instrumentos processuais, das atribuições legais e responsabilidades.

**Fonte:** Eduardo e Miranda, 1998 (adaptado).

## 6 DELEGAÇÃO DO PODER DE POLÍCIA A PARTICULARES

No contexto do direito administrativo, "particulares" refere-se a pessoas físicas ou jurídicas de natureza privada, ou seja, que não são órgãos ou entidades da Administração Pública. A delegação de atividades pode ocorrer tanto por meio de desconcentração quanto por descentralização. Repise-se: na desconcentração, a atribuição de competências é transferida dentro da mesma pessoa jurídica, ou seja, ocorre uma redistribuição interna de responsabilidades sem a criação de entidades distintas. Já na descentralização, há a transferência de competências para entidades diferentes da Administração Pública, como autarquias, empresas públicas,

sociedades de economia mista, entre outras (SANTOS; OLIVEIRA, 2010; ANDRADE, 2015).

A jurisprudência pode reconhecer a possibilidade de uma autarquia ou de uma sociedade de economia mista não concorrencial ser considerada uma delegação de atividade para um particular. Porém, é importante ressaltar que essa interpretação pode variar de acordo com o entendimento dos tribunais e a análise de cada caso específico. Diante das mudanças na legislação e no contexto de modernização de alguns processos jurídicos, tanto na doutrina como na jurisprudência, passa a ser debatido a possibilidade e as condições limitantes da delegação do exercício de atos do poder de polícia estatal a particulares. Segundo Moreira Neto (2001 p. 40), as discussões de delegação de certas atividades a particulares, segue a perspectiva de uma “nova administração pública”, que busca criar um Estado com uma estrutura de refluxo da imperatividade com consonância, aderindo uma tendência capaz de reequilibrar uma afirmação de coerção.

Surge o entendimento de que pode ser atribuído parcialmente a delegabilidade do poder de polícia, concedendo a particulares algumas atividades e em menor proporção, baseado no sentido da delegabilidade mais ampla da atividade estatal. Pode-se traçar um exemplo para esse argumento utilizando como base as ações de fiscalização, que envolvem ações com efeitos jurídicos sobre terceiros, no entanto, uma vez que o Estado fixa e padroniza suas leis e diretrizes, o ato de fiscalização passa a ter um caráter de execução – classificado como atividade de suporte. Sendo assim, as atividades poderiam ser empreendidas por qualquer uma das três esferas de polícia (CUNHA, 2017).

Especialistas da administração pública destacam que as questões que tangem a doutrina, o caminho tem sido garantir o entendimento das distinções dos casos, mantendo um distanciamento de afirmações categóricas e genéricas sobre a pauta. Segundo Mello (2009), é necessário analisar separadamente os atos jurídicos e atos materiais. Os atos jurídicos, que manifestam a autoridade do Estado, não estão inclinados a delegação do poder, exceto algumas exceções como, a delegação de poder a capitães de navios, que são casos excepcionais.

Para Mello (2009), com relação a delegação à particulares, existe uma profunda e intrínseca conexão entre executor e o administrativo. Tal vínculo com o Estado é estabelecido, devido da remuneração do prestador de serviço pela realização de suas atividades de suporte. Nesse sentido, a prática do “ato material

sucessivo a ato jurídico de polícia”, é aceita, salvo as limitações e restrições da propriedade, tornando ilegal o exercício das ações contrárias a liberdade dos administradores. Como exemplo de tal possibilidade, está a execução de demolição ou implosão de edifícios por particulares.

Segundo Carvalho Filho (2019), para a delegação do poder de polícia à particulares, seria necessário o estabelecimento de alguns critérios que são: a) a pessoa jurídica deve compor a estrutura da Administração Indireta, para que seu cargo seja sempre da prestação de serviço público; b) a competência delegada deve ter sido conferida e atribuída por lei; e c) o poder de polícia deve ser restringido à prática de atos de natureza fiscalizatória, partindo da premissa de que as restrições preexistem e sua função executória, e não inovadora.

Contudo, Marrara (2015), sintetizou de forma genérica e resumida os aspectos favoráveis da delegação do poder de polícia a particulares e são eles:

- a) Confere a vantagem de sanar as ineficiências funcionais da administração pública, por meio da realização de atividades pontuais de particulares. Ao delegar, a administração seria capaz de responder de forma mais rápida as alterações de demanda ou conferiria vantagem para atuar em cenários em que a presença da autoridade pública é inviável ou de alto custo;
- b) A expectativa de que os particulares sejam capazes de executar com eficiência e com menor custo, de modo que a delegação resulte em benefícios com relação ao uso apropriado de recursos públicos e, conseqüentemente, beneficiando a sociedade;
- c) A flexibilidade do regime jurídico endereçada aos particulares, ou seja, com relação a contratação de recursos humanos e de obras, bens e serviços, seria possível promover adaptações frente às necessidades da função administrativa em questão, com rapidez, absorvendo os avanços tecnológicos;

## **6.1 INDELEGABILIDADE DO PODER DE POLÍCIA A PARTICULARES**

O poder de polícia é uma atividade estatal que, resumidamente, tem a função de regular o exercício da liberdade e da propriedade dos cidadãos garantindo o

interesse coletivo. O entendimento prevalente, tanto na doutrina quanto na jurisprudência, é o de que ações jurídicas do poder de polícia são indelegáveis a particulares. Entre os argumentos para tal posição, está a impossibilidade de conceder a particulares a incumbência de realizar típicos poderes públicos uns sobre os outros, correndo o risco de violar o princípio da igualdade.

Mello (2014, p. 814), discorre sobre as atribuições da autoridade pública, incluindo o exercício de poder de polícia, que os autores definem como o “poder de decisão quanto à ocorrência ou não de fato danoso à ordem jurídica e poder de penalizar o infrator da ordem normativa”. Diante disso, entende-se que o poder de polícia pode ser exercido apenas por autoridade pública, devido à natureza da atividade exercida, pois seria como compreender que tal atividade estatal compõe a categoria de “atividade exclusiva do Estado”.

As “atividades exclusivas de Estado” estão descritas na Constituição brasileira de 1988 a partir Reforma da Administração Pública, promulgação da Emenda Constitucional nº 19/1998. Diante disso, as atividades exclusivas de Estado são mencionadas na Constituição e denominadas de “atividades inerentes de Estado”, conforme a Lei nº 6.856, de 18 de novembro de 1980:

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 (BRASIL, 1980).

A Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004 que institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública, em seu art. 4º, definiu os parâmetros para contratação, estabelecimento de parceria público-privada e define a indelegabilidade das atividades de regulação, jurisdicional, do desempenho do poder de polícia e de outras atividades exclusivas do Estado:

Na contratação de parceria público-privada serão observadas as seguintes diretrizes: I – eficiência no cumprimento das missões de Estado e no emprego dos recursos da sociedade; II – respeito aos interesses e direitos dos destinatários dos serviços e dos entes privados incumbidos da sua execução; III – indelegabilidade das funções de regulação, jurisdicional, do exercício do poder de polícia e de outras atividades exclusivas do Estado; IV – responsabilidade fiscal na celebração e execução das parcerias; V – transparência dos procedimentos e das decisões; VI – repartição objetiva de riscos entre as partes; VII – sustentabilidade financeira e vantagens socioeconômicas dos projetos de parceria.

Contudo, Marrara (2015), sintetizou de forma genérica e resumida os aspectos desfavoráveis da delegação do poder de polícia a particulares e são eles:

- a) A polícia está incorporada em um quadro de atividades exclusivamente estatais, que envolve um poder autoritário, e não se equipara às funções administrativas executadas por agentes privados;
- b) A prática da autoridade policial por empresas privadas, é contra o interesse público, devido ao risco da manipulação da ação, com o uso da autoridade para fins lucrativos;
- c) A forma mais flexível de trabalho dos agentes privados, não lhes da suporte necessário para garantir o cumprimento da lei de modo impessoal, devido a maior pressão por parte da empresa;
- d) A ruptura dos princípios da igualdade e da isonomia dentro da sociedade, os agentes particulares com autoridade policial, estariam em posição de privilégio em relação ao restante do corpo social. Devido a isso, a autoridade policial deve ser aplicada com neutralidade e impessoalidade, logo, o Estado;
- e) A suposição de que o trabalho de polícia seria mais eficiente se feito por agentes privados, essa afirmação não tem fundamento devido à ausência de dados para tal comparação e se baseia apenas em suposições;

## 6. 2 DOCTRINA E JURISPRUDÊNCIA

Dallari (2006), defende a atribuição de certas atividades a particulares, em seu texto sobre o credenciamento, citando doutrinas que baseiam atos administrativos que dão prerrogativas especiais para certas ações desempenhadas por particulares, para a realização de atividades ou atribuições que fazem parte do escopo da Administração Pública. Mello (1969), apresenta o mesmo posicionamento diante da questão da delegação a particulares que cooperam com o Estado:

“Assim, os prestacionistas cooperam com o Estado para melhor realização de qualquer das suas atividades, incumbindo-lhes apenas, obrigação de prestação de atividade, quando no cumprimento das atribuições que lhes caibam, pois não são titulares de cargo público, e sim meros executores de funções ou de serviços” (MELLO, p. 361, 1969).

Além disso, o Professor Carlos Ari apresentou a seguinte explanação acerca da delegação do poder de polícia administrativa:

Nada existe de peculiar nos atos oriundos da polícia administrativa que possa ensejar a indelegabilidade. O fato de a beneficiária da transferência do poder de polícia ser pessoa constituída no figurino de direito privado é também irrelevante. É que não se confundem o regime da pessoa com o regime da atividade.

Empresa que executa atividade pública sujeita-se ao direito público, no que respeita a essa atividade. Por fim, também não vejo problema em atos administrativos de polícia serem praticados por agentes submetidos ao regime trabalhista. Não há vínculo necessário entre o regime estatutário e o poder da autoridade.

[...] Assim sendo, só posso concluir que a competência para exercer o poder de polícia nada tem a ver com a estabilidade do agente no posto. O ato de

autoridade, seja qual for o regime do agente que o pratique, é impugnável por mandado de segurança; é pacífica a jurisprudência admitindo a impetração contra ato de empresa estatal, desde que no exercício de “função delegada” do Poder Público. O abuso de autoridade é penalmente punível ainda que seu autor seja “empregado público” e não funcionário. Logo, a proteção do particular atingido por atos de polícia é a mesma, quer estes provenham de funcionários, quer de empregados (SUNDFELD, 1993).

A Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993 regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências, que dispõem sobre os contratos de colaboração, não obstante no parágrafo único, de seu art. 2º:

As obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações, concessões, permissões e locações da Administração Pública, quando contratadas com terceiros, serão necessariamente precedidas de licitação, ressalvadas as hipóteses previstas nesta Lei. Parágrafo único. Para os fins desta Lei, considera-se contrato todo e qualquer ajuste entre órgãos ou entidades da Administração Pública e particulares, em que haja um acordo de vontades para a formação de vínculo e a estipulação de obrigações recíprocas, seja qual for a denominação utilizada (BRASIL, 1993).

O intuito deste artigo é a salvaguarda dos interesses públicos na relação contratual com um ente privado. Segundo Klein e Marques Neto (2019), um ente privado, portanto, estaria autorizado a exercer atos que são atribuídos à Administração Pública, como a fiscalização, criação de políticas públicas de trânsito, autuação e sancionamento. A doutrina não limita a integralidade dessa interpretação:

Ao lado da proclamação de indelegabilidade, é corrente na doutrina a afirmação de que, no que diz respeito ao exercício de atividades de polícia, poderia ser objeto de delegação a particulares o desempenho de atividades instrumentais ou acessórias. A doutrina aceita que os atos materiais ou de mera verificação ou técnicos instrumentais preparatórios ou sucessivos do exercício do poder de polícia ou ainda de mera execução sejam exercidos por entidades privadas. Justifica-se tal possibilidade porque o ato decisório, de exercício de poder de polícia propriamente dito, continuaria sendo praticado pelo Poder Público (KLEIN; NETO, 2019).

Embasa-se nos autos da ação civil ajuizada pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais em face da Empresa de Transporte e Trânsito de Belo Horizonte S/A (BHTrans), que atualmente é utilizada pelo próprio Supremo Tribunal de Justiça e por outros Tribunais de Justiça do Brasil, como principal precedente com relação a questão da possibilidade de delegação do poder de polícia para particulares. Diante disso, destacam-se outros exemplos de delegação do poder de polícia a particulares:

APELAÇÃO CÍVEL N.º 1.332.552-3 DA 2.ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA DO FÓRUM CENTRAL DA COMARCA DA REGIÃO METROPOLITANA DE LONDRINA. APELANTE: Fernando Rumiato Advogados Associados. APELADA: Companhia Municipal de Trânsito e Urbanização de Londrina – CMTU-LD. RELATOR: Des. Xisto Pereira. APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE. MULTA IMPOSTA PELA COMPANHIA MUNICIPAL DE TRÂNSITO E URBANIZAÇÃO DE LONDRINA (CMTU-LD). IRREGULARIDADE EM ANÚNCIO PUBLICITÁRIO (ART. 8.º, § 1.º, INC. II, DA LEI MUNICIPAL N.º 10.966/2010). SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. INADMISSIBILIDADE DE DELEGAÇÃO DO PODER DE POLÍCIA A ENTIDADE DE CARÁTER PRIVADO. RECURSO A QUE SE DÁ PROVIMENTO PARA SER JULGADA PROCEDENTE A DEMANDA. “A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ) é no sentido da impossibilidade de aplicação de sanções pecuniárias por sociedade de economia mista. Precedentes: AgRg. Na Rcl. 9.850/PR, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, DJe 20/11/2012; REsp. 817.534/MG, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 10/12/2009” (1.ª Turma, AgRg. noAREsp. n.º 539.558/MG, Rel. Min. Benedito Gonçalves, j. em 25.11.2014).

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 541.532 - MG (2014/0161741-3) ADMINISTRATIVO. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PODER DE POLÍCIA. TRÂNSITO. SANÇÃO PECUNIÁRIA APLICADA POR SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES. 1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça consolidou o entendimento de que não é possível a aplicação de sanções pecuniárias por sociedade de economia mista, facultado o exercício do poder de polícia fiscalizatório. Precedentes: EDcl no REsp 817.534/MG, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 25/5/2010, DJe 16/6/2010, AgRg no AREsp 539.558/MG, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 25/11/2014, DJe 3/12/2014, AgRg na Rcl 9.850/PR, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, julgado em 14/11/2012, DJe 20/11/2012. 2. Agravo interno a que se nega provimento.

TJ-SP - Apelação APL 10013017720158260506 SP 1001301-77.2015.8.26.0506 (TJ-SP) Data de publicação: 14/03/2016 Ementa: RECURSO DE APELAÇÃO EM AÇÃO ORDINÁRIA. ADMINISTRATIVO. APLICAÇÃO DE MULTA DE TRÂNSITO POR SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. DELEGAÇÃO DO PODER DE POLÍCIA. 1. Pretensão de desconstituição de penalidades de trânsito aplicadas por Sociedade de Economia Mista. Impossibilidade de delegação de poder de polícia à pessoa jurídica de direito privado. Questão controvertida. Repercussão Geral reconhecida pela C. Supremo Tribunal Federal. RE com Ag nº 662.186-MG. Precedentes dos Tribunais Superiores e desta E. Corte. 2. Autuações realizadas pela Administração Pública diretamente através da Polícia Militar. Regularidade. Inexistência de delegação. 3. Sentença reformada, em parte. Recurso parcialmente provido. (grifou-se). TJ-SP - Apelação APL 00588278720138260506 SP 0058827- 87.2013.8.26.0506 (TJ-SP) Data de publicação: 02/07/2015 Ementa: RECURSO DE APELAÇÃO EM AÇÃO ORDINÁRIA. ADMINISTRATIVO. APLICAÇÃO DE MULTA DE TRÂNSITO POR SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. DELEGAÇÃO DO PODER DE POLÍCIA. Pretensão de desconstituição de penalidade de trânsito aplicada por Sociedade de Economia Mista. Impossibilidade de delegação de poder de polícia à pessoa jurídica de direito privado. Questão controvertida. Repercussão Geral reconhecida pela C. Supremo Tribunal Federal. RE com Ag nº 662.186-MG. Precedentes dos Tribunais Superiores e desta E. Corte. Aplicação do disposto no art. 252 do Regimento Interno deste E. Tribunal de Justiça. Recurso desprovido. (grifou-se).

Vale destacar uma mudança futura que pode influenciar nos processos que envolvem a delegação a atividades públicas a particulares. A Lei 14.133/2021 foi promulgada em 1º de abril de 2021 e estabelece um novo marco regulatório para as licitações e contratos administrativos no Brasil. A lei tem como objetivo modernizar, aumentar a transparência, reduzir a burocracia, garantir maior efetividade e segurança jurídica nas relações entre a Administração Pública e os particulares. Além de unificar as regulamentações anteriores (Leis 8.666/1993, 10.520/2002 e 12.462/2011), a Lei 14.133/2021 incorpora os princípios e valores da Administração Pública contemporânea, bem como os princípios constitucionais e infraconstitucionais que regem a Administração Pública brasileira. Uma das novidades trazidas pela lei é o diálogo competitivo, uma modalidade de licitação que permite à Administração Pública dialogar com licitantes previamente selecionados, com o objetivo de desenvolver alternativas que atendam às suas necessidades, sendo que os licitantes devem apresentar uma proposta final após o encerramento dos diálogos.

## **6.3 POSIÇÕES DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

### **6.3.1 Ação direta de inconstitucionalidade (adi) nº 1717-6**

Na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI), nº 1717-6, o STF decidiu que a personalidade de direito público é requisito primordial para que um ente possa exercer sua autoridade pública, refutando como inconstitucional o art. 58 da Lei nº 9.649, de 27 de maio de 1998, que tinha como intuito atribuir um *status* de ente jurídico de direito privado às corporações profissionais. Neste processo, o STF decidiu que atos empreendidos pela polícia administrativa não poderiam ser delegados a particulares, sob pena de conferir risco ao equilíbrio social.

Diante disso, foi declarada a inconstitucionalidade do artigo 58 e seus parágrafos da lei 9.649/1998, devido a interpretação conjugada dos artigos 5º, XIII, 22, XVI, 21, XXIV, 70, parágrafo único, 149 e 175 da Constituição Federal. Este dispositivo regulamentava a fiscalização das profissões exercidas por entidades privadas. Contudo, nesta ADI passou a valer a decisão de indelegabilidade a uma entidade privada:

DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 58 E SEUS PARÁGRAFOS DA LEI FEDERAL Nº 9.649, DE 27.05.1998, QUE TRATAM DOS SERVIÇOS DE

FISCALIZAÇÃO DE PROFISSÕES REGULAMENTADAS. 1. Estando prejudicada a Ação, quanto ao § 3º do art. 58 da Lei nº 9.649, de 27.05.1998, como já decidiu o Plenário, quando apreciou o pedido de medida cautelar, a Ação Direta é julgada procedente, quanto ao mais, declarando-se a inconstitucionalidade do "caput" e dos § 1º, 2º, 4º, 5º, 6º, 7º e 8º do mesmo art. 58. 2. Isso porque a interpretação conjugada dos artigos 5º, XIII, 22, XVI, 21, XXIV, 70, parágrafo único, 149 e 175 da Constituição Federal, leva à conclusão, no sentido da indelegabilidade, a uma entidade privada, de atividade típica de Estado, que abrange até poder de polícia, de tributar e de punir, no que concerne ao exercício de atividades profissionais regulamentadas, como ocorre com os dispositivos impugnados. 3. Decisão unânime (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2003).

### 6.3.2 Caso BHTRANS

O Caso BHTrans é considerado emblemático e imprescindível para ampliar a compreensão acerca da construção jurisprudencial da delegação do poder de polícia a particulares. Este caso resultou no Tema 532 da Repercussão Geral do STF, e causou diferentes interpretações e decisões. O Tema 532, do Recurso Especial 633782, teve como relator o Ministro Luiz Fux, que decidiu devolver à empresa BHTrans a prerrogativa que o STJ lhe havia retirado, que é a atividade de fiscalização e aplicação de multas de trânsito. Diante disso, foi inaugurada uma tese com repercussão geral, ancorando-se na decisão judicial, permitindo o exercício do caráter sancionatório do poder de polícia às pessoas jurídicas de direito privado que compõem a administração pública indireta de capital público que prestem somente serviço de atuação e execução própria do Estado e em regime não concorrencial.

Imperioso se torna perscrutar o tema, iniciando a análise pormenorizada a partir da decisão do STJ acerca do tema, cuja ementa infra se colaciona:

ADMINISTRATIVO. PODER DE POLÍCIA. TRÂNSITO. SANÇÃO PECUNIÁRIA APLICADA POR SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. IMPOSSIBILIDADE. [...] 3. As atividades que envolvem a consecução do poder de polícia podem ser sumariamente divididas em quatro grupo, 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.

A decisão foi comunicada pelo Ministro Mauro Campbell, por meio da afirmação de que apenas atos de fiscalização e consentimento são passíveis de delegação. Excluiu-se, então, as prerrogativas de legislação e sanção e vetando a possibilidade de aplicação de multa de trânsito por sociedade de economia mista. O STJ adotou neste caso o entendimento de que apenas consentimento e fiscalização podem ser atividades atribuídas às sociedades de economia mista, baseado na legislação que deriva do poder de coerção do poder público. Para os magistrados, os atos de sanção seriam prejudicados se praticados por particulares devido ao interesse na obtenção de lucro.

Diante da natural irresignação da vencida, o STF, por sua vez, reconheceu a existência de repercussão geral e admitiu o Recurso Extraordinário com Agravo nº 662186 interposto pela empresa BHTrans:

O Plenário Virtual do Supremo Tribunal Federal (STF) reconheceu a existência de repercussão geral no tema contido no Recurso Extraordinário com Agravo (ARE) 662186, interposto pela Empresa de Transportes e Trânsito de Belo Horizonte S/A (BHTRANS) contra decisão do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais (TJ-MG), que considerou inviável a possibilidade de aplicação de multas pela empresa de trânsito, sociedade de economia mista, e determinou a restituição de valores assim arrecadados. A decisão foi tomada pelo TJ-MG com base em jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ), segundo a qual uma sociedade de economia mista de trânsito tem apenas poder de polícia fiscalizatório, mas lhe é vedada a imposição de sanções. Já a BHTRANS sustentou que o exercício do poder de polícia de trânsito pode ser delegado a sociedade de economia mista. No caso, conforme alega, a Lei municipal de Belo Horizonte nº 5.953/91 autorizou a criação da BHTRANS com a finalidade de controlar e executar os serviços de trânsito da capital mineira, em conformidade com o artigo 24 do Código de Trânsito Brasileiro (Lei 9.503/97), bem como no interesse público local, nos termos do artigo 30 da Constituição Federal (CF) (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2002).

Considerando a relevante contribuição das decisões judiciais para o direito, constituindo-se em uma de suas mais ricas fontes, posto retratar a *expertise* dos estudiosos que dizem o direito, cumpre explorar o voto de cada um dos cinco ministros do STF que votaram neste emblemático *case* que constitui o ponto nevrálgico deste estudo. Segue a análise particularizada:

Voto do Ministro Relator Luiz Fux:

### III. TESE OBJETIVA

Após o exame detido das premissas teóricas e jurisprudenciais que circunscreve o *thema decidendum* veiculado neste recurso extraordinário, proponho a fixação da seguinte tese objetiva em repercussão geral: “É constitucional a delegação do poder de polícia, por meio de lei, a pessoas

jurídicas de direito privado integrantes da Administração Pública indireta de capital social majoritariamente público que prestem exclusivamente serviço público de atuação própria do Estado e em regime não concorrencial. ”

IV. CASO CONCRETO Assentada a tese jurídica objetiva acima enunciada, passo à análise do caso concreto. Conforme se depreende dos autos do Recurso Extraordinário, aduz-se, em suma, a possibilidade constitucional de delegação da execução de serviço público, incluída a atividade de controle de trânsito, à Empresa de Transporte e Trânsito de Belo Horizonte – BHTRANS, sociedade de economia mista municipal, e que tal delegação, operada por via legal, consubstanciaria exercício regular de competência legislativa municipal. O acórdão atacado do Superior Tribunal de Justiça prestigiou a tese de que somente os atos relativos ao consentimento e à fiscalização são delegáveis, porque aqueles referentes à legislação e à sanção derivariam do poder de coerção do Poder Público, este indelegável às pessoas jurídicas de direito privado, de modo que a recorrente seria possível apenas a prática da atividade de policiamento do trânsito de Belo Horizonte em relação aqueles dois tipos de atos de polícia. Tendo como parâmetro a tese jurídica objetivamente fixada, verifico que, *in casu*, estão presentes todos os pressupostos necessários à compatibilização da delegação da atividade de polícia administrativa à Empresa de Transporte e Trânsito de Belo Horizonte – BHTRANS. A Empresa de Transporte e Trânsito de Belo Horizonte – BHTRANS é sociedade de economia mista, entidade, portanto, integrante da Administração Pública indireta prestadora de serviço público, em regime não concorrencial, consubstanciado no policiamento do trânsito do Município de Belo Horizonte do Estado de Minas Gerais. Além disso, sua composição acionária é expressivamente pública. Dessume-se dos autos que 98% (noventa e oito por cento) de suas ações pertencem ao Município Belo Horizonte e os outros 2% (dois por cento) são distribuídos entre duas entidades da Administração Pública indireta: 1% (um por cento) pertencente à SUDECAP, autarquia municipal, e 1% (um por cento) à PRODABEL, sociedade de economia mista dependente e de capital fechado. Assim, tendo em conta que a Empresa de Transporte e Trânsito de Belo Horizonte – BHTRANS - cujo capital social é majoritariamente público, presta serviço público de atuação própria do Estado e em regime não concorrencial, consistente no policiamento de trânsito da cidade de Belo Horizonte, não há óbice constitucional ao exercício da atividade de polícia administrativa, inclusive quanto à aplicação de multas.

*Ex positis*, voto no sentido de (i) CONHECER e DAR PROVIMENTO ao recurso extraordinário interposto pela Empresa de Transporte e Trânsito de Belo Horizonte – BHTRANS e (ii) CONHECER e NEGAR PROVIMENTO ao recurso extraordinário interposto pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais, para reconhecer a compatibilidade constitucional da delegação da atividade de policiamento de trânsito à Empresa de Transporte e Trânsito de Belo Horizonte – BHTRANS, nos limites da tese jurídica objetivamente fixada pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal. Sem prejuízo, voto no sentido de fixar a tese jurídica objetiva, em repercussão geral, nos seguintes termos: “É constitucional a delegação do poder de polícia, por meio de lei, a pessoas jurídicas de direito privado integrantes da Administração Pública indireta de capital social majoritariamente público que prestem exclusivamente serviço público de atuação própria do Estado e em regime não concorrencial. ”  
É como voto.

Assim, revela-se o voto do Ministro-Relator Luiz Fux no sentido da possibilidade de delegação do poder de polícia a pessoa jurídica de direito privado integrante da administração indireta. Nota-se que tal decisão se escorou, fundamentalmente, nos

fatos da empresa recorrente possuir capital majoritariamente público e atuar em regime não concorrencial.

Voto do Ministro Alexandre de Moraes:

O Código Tributário Nacional, em seu artigo 18, conceitua o Poder de Polícia como:

“Art. 78. Considera-se poder de polícia 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”. A aplicação de multa de trânsito é exemplo típico do poder de polícia estatal. A Administração Pública, com o escopo de proteger o interesse público, adentra a órbita do interesse do particular, submetendo-o à autoridade estatal. Quanto à possibilidade de delegação à entidade de direito privado do exercício do poder de polícia, o Plenário desta SUPREMA CORTE, nos autos da ADI 1717, Rel. Min. SYDNEY SANCHES, DJe de 28/3/2003, proferiu decisão no sentido de que é indelegável o exercício do poder de polícia, no que concerne ao exercício de atividades profissionais regulamentadas. Veja-se a ementa do julgado: “EMENTA: DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 58 E SEUS PARÁGRAFOS DA LEI FEDERAL Nº 9.649, DE 27.05.1998, QUE TRATAM DOS SERVIÇOS DE FISCALIZAÇÃO DE PROFISSÕES REGULAMENTADAS. 1. Estando prejudicada a Ação, quanto ao § 3º do art. 58 da Lei nº 9.649, de 27.05.1998, como já decidiu o Plenário, quando apreciou o pedido de medida cautelar, a Ação Direta é julgada procedente, quanto ao mais, declarando-se a inconstitucionalidade do "caput" e dos § 1º, 2º, 4º, 5º, 6º, 7º e 8º do mesmo art. 58. 2. Isso porque a interpretação conjugada dos artigos 5º, XIII, 22, XVI, 21, XXIV, 70, parágrafo único, 149 e 175 da Constituição Federal, leva à conclusão, no sentido da indelegabilidade, a uma entidade privada, de atividade típica de Estado, que abrange até poder de polícia, de tributar e de punir, no que concerne ao exercício de atividades profissionais regulamentadas, como ocorre com os dispositivos impugnados. 3. Decisão unânime”. Não obstante, no que se refere à fiscalização e aplicação de multas por particular, abalizada doutrina (JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO, Manual de direito administrativo, 25ª ed. p. 79) e a jurisprudência desta CORTE têm atenuado a vedação à delegação do poder de polícia, especialmente na hipótese em que o delegatário é pessoa jurídica de direito privado que integra a Administração Pública indireta. Foi o que ocorreu, por exemplo, no RE 658570/MG, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, com relatoria para acórdão do Min. ROBERTO BARROSO, julgado sob o rito da Repercussão Geral (Tema 472), em que se fixou tese no sentido de que é constitucional a atribuição às guardas municipais do exercício de poder de polícia de trânsito, inclusive para imposição de sanções administrativas legalmente previstas. A propósito, o acórdão ficou assim ementado: “DIREITO ADMINISTRATIVO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PODER DE POLÍCIA. IMPOSIÇÃO DE MULTA DE TRÂNSITO. GUARDA MUNICIPAL. CONSTITUCIONALIDADE. 1. Poder de polícia não se confunde com segurança pública. O exercício do primeiro não é prerrogativa exclusiva das entidades policiais, a quem a Constituição outorgou, com exclusividade, no art. 144, apenas as funções de promoção da segurança pública. 2. A fiscalização do trânsito, com aplicação das sanções administrativas legalmente previstas, embora possa se dar ostensivamente, constitui mero exercício de poder de polícia, não havendo, portanto, óbice ao seu exercício por entidades não policiais. 3. O Código de Trânsito Brasileiro, observando os parâmetros constitucionais, estabeleceu a competência

comum dos entes da federação para o exercício da fiscalização de trânsito. 4. Dentro de sua esfera de atuação, delimitada pelo CTB, os Municípios podem determinar que o poder de polícia que lhe compete seja exercido pela guarda municipal. 5. O art. 144, §8º, da CF, não impede que a guarda municipal exerça funções adicionais à de proteção dos bens, serviços e instalações do Município. Até mesmo instituições policiais podem cumular funções típicas de segurança pública com exercício de poder de polícia. Entendimento que não foi alterado pelo advento da EC nº 82/2014. 6. Desprovimento do recurso extraordinário e fixação, em repercussão geral, da seguinte tese: é constitucional a atribuição às guardas municipais do exercício de poder de polícia de trânsito, inclusive para imposição de sanções administrativas legalmente previstas”. Entendo, portanto, que aqui se verificam as mesmas premissas, de modo que a BHTRANS tem competência tanto para fiscalizar, quanto para aplicar multas. Ora, permitir que exerça apenas a fiscalização, sem lhe permitir a aplicação de penalidades pelo descumprimento da ordem, esvaziaria a própria atividade fiscalizatória. Some-se, ainda, que, no ordenamento jurídico, há outras hipóteses em que o poder de polícia não é exercido por agentes estatais. Cito, a título de exemplo, os seguintes dispositivos: Código Brasileiro da Aeronáutica: “Art. 165. Toda aeronave terá a bordo um Comandante, membro da tripulação, designado pelo proprietário ou explorador e que será seu preposto durante a viagem. Parágrafo único. O nome do Comandante e dos demais tripulantes constarão do Diário de Bordo. Art. 166. O Comandante é responsável pela operação e segurança da aeronave” Ora, se ao particular é possível, em hipóteses específicas, o exercício do poder de polícia, com muito mais razão pode uma sociedade de economia mista fiscalizar o trânsito e aplicar multa aos que desobedeceram à norma, desde que não haja finalidade de lucro. Por todo o exposto, DOU PROVIMENTO ao Recurso Extraordinário da BHTRANS. É como voto.

Nota-se que o Ministro Alexandre de Moraes, no compasso do Ministro-Relator, também votou favorável a possibilidade de a empresa BHTrans aplicar multas, exercendo o poder de polícia. Ao fazê-lo, usou não apenas precedentes da própria Supremo Corte, mas da legislação, ao citar dispositivos do Código Brasileiro da Aeronáutica que, aproximando-se ainda mais do extremo, concedeu a possibilidade de exercício do poder de polícia a particulares, quem sejam, os comandantes de aeronaves.

Há de se observar, entretanto, o caráter excepcional da medida legislativa, posto não ser conveniente, tão pouco oportuno, que haja uma obrigatoriedade de que todos os comandantes de aeronaves sejam agentes públicos apenas para legitimar seu exercício de poder de polícia durante o voo.

Voto do Ministro Gilmar Mendes:

É cediço que, hodiernamente, a respeito do exercício do poder de polícia, antes exclusivo dos integrantes da Administração Pública Direta, já se admite a delegação de atos de fiscalização e sanção a pessoa jurídica de direito privado, a exemplo da OAB (entidade sui generis com personalidade jurídica de direito privado), das concessionárias de serviço público, inclusive para desempenhar atos expropriatórios (art. 31, VI, da Lei 8.987/1995), bem ainda das demais pessoas jurídicas estatais, tais como consórcio público (art. 2º, § 1º, II, da Lei 11.107/2005) e, ainda que sob roupagem de pessoa jurídica de

direito privado, tais como sociedades de economia mista e empresas públicas que desempenhem serviços públicos em regime de exclusividade. In casu, o art. 8º do Decreto do Município de Belo Horizonte 10.941, de 17 de janeiro de 2002 (que consolidou o Estatuto Social da BHTRANS), estipula o seguinte, no que se refere ao quadro societário: “Art. 8º. O capital social da BHTRANS é de R\$ 15.000.000,00 (quinze milhões de reais) representado por 37.500.000 de ações ordinárias e nominativas de R\$ 0,40 (quarenta centavos) cada. § 1º. O Município de Belo Horizonte manterá sempre a propriedade de ações que lhe assegure a maioria absoluta do capital subscrito e integralizado, igual ou superior a 51% (cinquenta e um por cento). § 2º. Poderão participar ainda do capital social da BHTRANS: I - entidades da administração indireta do Município; II - outras pessoas jurídicas de direito público, bem como entidades de direito privado da administração indireta ; § 3º. Não poderão participar do capital social da BHTRANS empresas operadoras de transporte delegado (concedido, permitido e autorizado)”. (grifo nosso) Está claro que somente podem compor o quadro societário da referida sociedade de economia mista as pessoas jurídicas de direito público e/ou de direito privado da Administração Indireta municipal e de quaisquer dos Entes Federativos, bem ainda inexistente distribuição de resultados lucrativos, tal como se percebe do art. 44: “Art. 44. Os lucros líquidos apurados aos balanços anuais já deduzidas as quotas de depreciação e amortização cabíveis, serão distribuídos da seguinte forma: I - 5% (cinco por cento) para constituição do fundo de reserva legal, até alcançar o limite legalmente permitido; II - o restante ficará retido para as aplicações que forem deliberadas pela Assembleia Geral de acordo com a lei”. E quanto ao desempenho de serviço público correlato ao transporte coletivo e individual de passageiros, trânsito e sistema viário municipal, em regime de exclusividade, e da possibilidade de realizar desapropriação e impor servidão administrativa, cumpre destacar as seguintes normas do citado decreto municipal: “Art. 3º. A BHTRANS tem por objeto a organização, direção, coordenação, execução, delegação, planejamento operacional e controle da prestação dos serviços públicos relativos a transporte coletivo e individual de passageiros, trânsito e sistema viário municipal, incumbindo-lhe, especialmente: (...) Parágrafo Único. A BHTRANS é a concessionária exclusiva do Sistema de Transporte Público do Município de Belo Horizonte, consoante com a Lei Municipal nº 5.953, de 1991 e nos termos do art. 3º, caput, deste Estatuto. (...) Art. 4º. A BHTRANS poderá subscrever ações de sociedade das quais o Poder Público tenha o controle acionário e cujas atividades se relacionem com transporte, trânsito e sistema viário no Município de Belo Horizonte, celebrar contratos, convênios e constituir consórcios com pessoas físicas e jurídicas, de direito público e privado, contrair empréstimos e contratar financiamentos, bem como promover serviços de desapropriações mediante prévia declaração de utilidade pública ou de interesse social, e estabelecer servidões administrativas, mediante prévio ato declaratório”. (grifo nosso) Outrossim, em se tratando de normas de fiscalização de trânsito, o órgão ou entidade executivos de trânsito apenas exerce, de forma regular, o poder de polícia que lhe é outorgado legalmente, tal como, por exemplo, a exigência do pagamento de multa para a expedição do CRLV, a qual constitui limitação de cunho administrativo imposta ao particular. (ARE 906.830, de minha relatoria, DJe 18.5.2020) Para tanto, cito também: “RECURSO EXTRAORDINÁRIO PREQUESTIONAMENTO – CONFIGURAÇÃO. O prequestionamento prescinde da referência, no acórdão proferido, a números de artigos, parágrafos, incisos e alíneas. Diz-se prequestionado certo tema quando o órgão julgador haja adotado entendimento explícito a respeito. PODER DE POLÍCIA - EXERCÍCIO. O poder de fiscalizar determinado serviço público, impondo multa, é do Executivo. A existência de lei criadora de sociedade de economia mista, outorgando-lhe a fiscalização, não é de molde a concluir-se que, uma vez extinta, não ocorra a possibilidade de, mediante decreto, o serviço vir a ser exercido por uma das secretarias do Estado. Conclusão diversa, no sentido da exigência de uma lei que assim disponha, implica

inobservância ao princípio da separação dos Poderes”. (RE 170.204, Rel. Min. Marco Aurélio, Segunda Turma, DJ 14.5.1999, grifo nosso) Assim, a possibilidade de imposição de sanção por descumprimento da legislação de trânsito consiste em mera decorrência do exercício do poder de polícia pelo órgão de trânsito, ainda que sob a roupagem de sociedade de economia mista, desde que atue em regime de prestação de serviço público não concorrencial.

2) Voto Assim, voto pelo provimento do recurso extraordinário interposto pela BHTRANS, retornando os efeitos do acórdão do TJMG que assentou a possibilidade de sociedade de economia mista, prestadora de serviço público, atuar como órgão ou entidade executivos de trânsito, fiscalizando e aplicando sanção por descumprimento das normas de trânsito, na forma do art. 24 do Código de Trânsito Brasileiro. É como voto.

O Ministro Gilmar Mendes, portanto, fazendo coro aos dois ministros que o antecederam à votação, pugnou pela possibilidade de delegação do aspecto sancionatório do poder de polícia à recorrente, e ao fazê-lo, observou precedentes no arcabouço jurídico brasileiro que permitem a delegação do poder de polícia a particulares. Observou, também, a presença de capital majoritariamente público na composição da empresa.

Voto do Ministro Edson Fachim:

É certo que esta Corte decidiu, no precedente formado na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1717, ser indelegável o poder de polícia a particulares, como se depreende da ementa a seguir citada: “EMENTA: DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 58 E SEUS PARÁGRAFOS DA LEI FEDERAL Nº 9.649, DE 27.05.1998, QUE TRATAM DOS SERVIÇOS DE FISCALIZAÇÃO DE PROFISSÕES REGULAMENTADAS. 1. Estando prejudicada a Ação, quanto ao § 3º do art. 58 da Lei nº 9.649, de 27.05.1998, como já decidiu o Plenário, quando apreciou o pedido de medida cautelar, a Ação Direta é julgada procedente, quanto ao mais, declarando-se a inconstitucionalidade do "caput" e dos § 1º, 2º, 4º, 5º, 6º, 7º e 8º do mesmo art. 58. 2. Isso porque a interpretação conjugada dos artigos 5º, XIII, 22, XVI, 21, XXIV, 70, parágrafo único, 149 e 175 da Constituição Federal, leva à conclusão, no sentido da indelegabilidade, a uma entidade privada, de atividade típica de Estado, que abrange até poder de polícia, de tributar e de punir, no que concerne ao exercício de atividades profissionais regulamentadas, como ocorre com os dispositivos impugnados. 3. Decisão unânime.” (ADI 1717, Relator(a): Min. SYDNEY SANCHES, Tribunal Pleno, julgado em 07/11/2002, DJ 28-03-2003 PP-00063 EMENT VOL-02104-01 PP-00149) Nada obstante, esse entendimento, aplicável aos conselhos de fiscalização profissional, não parece conter elementos que permitam espaiá-lo a hipóteses distintas, como o caso da delegação do poder de polícia a entidades integrantes da Administração Pública Indireta e que atuam, inequivocamente, como verdadeira *longa manus* do Estado, criadas especificamente para o desempenho de serviços públicos. Mesmo a questão da “sanha arrecadatória” é resolvida pelo disposto no artigo 320 do Código de Trânsito Brasileiro, que vincula expressamente o montante arrecadado com as multas de trânsito às finalidades ali expostas: “Art. 320. A receita arrecadada com a cobrança das multas de trânsito será aplicada, exclusivamente, em sinalização, engenharia de tráfego, de campo, policiamento, fiscalização e educação de trânsito. § 1º O percentual de cinco por cento do valor das multas de trânsito arrecadadas será depositado, mensalmente, na conta de fundo de âmbito nacional destinado à segurança

e educação de trânsito. 2º O órgão responsável deverá publicar, anualmente, na rede mundial de computadores (internet), dados sobre a receita arrecadada com a cobrança de multas de trânsito e sua destinação.” Finalmente, nem o argumento de que o artigo 175 permite apenas a delegação do serviço público, mas não do poder de polícia. De fato, o momento atual não permite uma separação absoluta entre as atividades, mas exige uma conjugação entre ambas para a consecução das finalidades estatais, quais sejam a concretização dos direitos fundamentais e da democracia. É dizer, “a restrição à autonomia privada para realização da ordem pública é vinculada aos mesmos valores inerentes ao serviço público, consistente na promoção dos direitos fundamentais. Serviço público e poder de polícia refletem vias diversas orientadas aos mesmos fins” (JUSTEN FILHO, Marçal. Ob. cit., p. 505). No entanto, é necessário, por se tratar de limitações ao exercício de direitos e liberdades pelos cidadãos, que todos os elementos referentes às sanções venham previstos em lei formal, inclusive no que concerne à expressa delegação do poder sancionatório para aplicação de multas pelas sociedades de economia mista, em concretização às normas contidas nos artigos 5º, II e 37, XIX, da Constituição da República. Assim, compreendo inexistir vedação constitucional para a delegação do poder fiscalizador e sancionatório, em matéria de trânsito, a sociedades de economia mista, criadas especificamente para esse fim. Portanto, manifesto-me pela aprovação de tese no sentido de ser possível a delegação da atividade de fiscalização e aplicação de multas de trânsito a sociedades de economia mista, por meio da regular descentralização administrativa, desde que todos os seus contornos estejam previstos por lei. No que concerne ao recurso extraordinário ora em análise, compreendo que a ausência de previsão da delegação do poder sancionatório por meio de lei formal impede o provimento do apelo por fundamento diverso daquele adotado pela Corte de origem. De fato, como citei acima, a lei criadora da BHTRANS transfere à sociedade a atribuição fiscalizatória, mas a competência para aplicação de multas adveio apenas por meio do Decreto Municipal nº 10.941/2002. Assim, ausente lei formal a amparar a delegação válida da atividade de aplicar sanções de trânsito, divirjo do Ilustre Relator e voto pelo desprovimento do recurso extraordinário interposto pela Empresa de Transporte e Trânsito de Belo Horizonte – BHTRANS e pela delimitação do âmbito da tese à aplicação de multas de trânsito. É como voto.

O Ministro Edson Fachim, a despeito de tecer considerações favoráveis e contrárias a delegação do poder de polícia a entidades da administração indireta, elege um fator como preponderante: a ausência de lei formal permitindo o ato. O Ministro observa que tal fator é essencial por considerar que o caráter sancionatório do poder de polícia impõe limitações ao exercício de direitos e liberdades pelos cidadãos, daí a necessidade de uma regulação legal para tal delegação. Foi o primeiro voto contrário à empresa recorrente.

#### Voto do Ministro Marco Aurélio:

Tomo de empréstimo manifestação do ministro Sepúlveda Pertence, no julgamento do paradigma: “a onda neoliberal, ou qual nome tenha, ainda não chegou ao ponto de privatizar o poder de polícia”. O constituinte derivado previu, para os agentes de trânsito, estruturados em carreira, competência envolvendo a segurança das vias públicas, conforme versado em lei, observado o artigo 144, § 10, introduzido pela Emenda Constitucional nº 82/2014. Eis o teor: Art. 144. [...] § 10. A segurança viária, exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do seu

patrimônio nas vias públicas: [...] II – compete, no âmbito dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, aos respectivos órgãos ou entidades executivos e seus agentes de trânsito, estruturados em Carreira, na forma da lei. Ante o preceito, revela-se imprópria, também sob o ângulo formal, a disciplina sancionatória conferida à Empresa de Transportes e Trânsito de Belo Horizonte S.A. – BHTRANS por meio do Decreto municipal nº 10.941/2002. Divirjo do Relator. Desprovejo o extraordinário, assentando inválida a imposição de multa de trânsito por pessoa jurídica de direito privado constituída sob a forma de sociedade de economia mista. Tese: “É incompatível com a Constituição Federal a delegação do poder de polícia sancionador a pessoa jurídica de direito privado, ainda que integrante da Administração Pública indireta.”

O Ministro Marco Aurélio, em seu voto, de maneira inédita neste julgamento fez menção ao neoliberalismo, que, resumidamente, pretende restringir o “tamanho” do Estado, privatizando serviços públicos tradicionalmente prestados pela administração direta. O Ministro observou, portanto, que o poder de polícia não deve figurar na órbita privada, excepcionando a dinâmica neoliberal notadamente fortalecida após o Consenso de Washington, realizado no ano de 1989 na capital dos Estados Unidos da América e que desperta forte polêmica em toda a América Latina.

Desta feita, pelo apertado placar de três votos a dois, permitiu-se pelo STF a delegação do caráter sancionatório do poder de polícia, qual seja, a possibilidade de aplicação de multas, a empresa recorrente BHTrans.

Imperioso colacionar a ata do julgado expondo a tese fixada:

PLENÁRIO EXTRATO DE ATA RECURSO EXTRAORDINÁRIO 633.782  
 PROCED. : MINAS GERAIS RELATOR : MIN. LUIZ FUX RECTE.(S) :  
 MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS PROC.(A/S)(ES)  
 : PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS  
 RECTE.(S) : EMPRESA DE TRANSPORTES E TRÂNSITO DE BELO  
 HORIZONTE S/ A - BHTRANS ADV.(A/S) : EDUARDO AUGUSTO VIEIRA  
 DE CARVALHO (17115/DF) E OUTRO(A/S) RECDO.(A/S) : OS MESMOS  
 AM. CURIAE. : EMPRESA PÚBLICA DE TRANSPORTE E CIRCULAÇÃO  
 S/A - EPTC ADV.(A/S) : IZADORA BACCIN CARVALHO (80288/RS) AM.  
 CURIAE. : TRANSERP - EMPRESA DE TRÂNSITO E TRANSPORTE  
 URBANO DE RIBEIRÃO PRETO S/A ADV.(A/S) : FERNANDO CESAR  
 CEARA JULIANI (229451/SP) ADV.(A/S) : RICARDO QUEIROZ  
 LIPORASSI (183638/SP) ADV.(A/S) : EDUARDO ROBERTO SALOMÃO  
 GIAMPIETRO (246151/SP) AM. CURIAE. : LABORATÓRIO DE  
 REGULAÇÃO ECONÔMICA DA FACULDADE DE DIREITO DA  
 UNIVERSIDADE DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO UERJ REG  
 ADV.(A/S) : JOSE VICENTE SANTOS DE MENDONÇA (115531/RJ)  
 ADV.(A/S) : ANA LUÍZA FERNANDES CALIL (188534/RJ)

Decisão: O Tribunal, por maioria, apreciando o tema 532 da repercussão geral, (i) conheceu e deu provimento ao recurso extraordinário interposto pela Empresa de Transporte e Trânsito de Belo Horizonte – BHTRANS e (ii) conheceu e negou provimento ao recurso extraordinário interposto pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais, para reconhecer a compatibilidade constitucional da delegação da atividade de policiamento de trânsito à Empresa de Transporte e Trânsito de Belo Horizonte – BHTRANS, nos limites da tese jurídica objetivamente fixada

pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal, nos termos do voto do Relator, vencidos os Ministros Edson Fachin e Marco Aurélio. **Foi fixada a seguinte tese: "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"**. Falaram: pela recorrente Empresa de Transportes e Trânsito de Belo Horizonte S/A – BHTRANS, o Dr. Eduardo Augusto Vieira de Carvalho; pelo amicus curiae Empresa Pública de Transporte e Circulação S/A – EPTC, o Dr. Diego Eduardo Colbeich dos Santos; pelo amicus curiae TRANSERP - Empresa de Trânsito e Transporte Urbano de Ribeirão Preto S/A, o Dr. Fernando Cesar Ceara Juliani; e, pelo amicus curiae Laboratório de Regulação Econômica da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro - UERJ REG, o Dr. José Vicente Santos de Mendonça. Não participou deste julgamento a Ministra Rosa Weber. Plenário, Sessão Virtual de 16.10.2020 a 23.10.2020. Composição: Ministros Luiz Fux (Presidente), Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia, Dias Toffoli, Rosa Weber, Roberto Barroso, Edson Fachin e Alexandre de Moraes. **Grifo nosso.**

De relevo salientar que a decisão permitiu a delegação desde que efetuada por meio de lei, o que nos remete ao voto contrário do Ministro Edson Fachin, que não se inclinou de um todo desfavorável a possibilidade da referida delegação, mas sua objeção se revelou devido à ausência de lei formal permissiva.

Por derradeiro, mister proceder a um cotejamento entre as decisões do STF e do STJ acerca da temática: O STJ aceitou a delegação do poder de polícia, mas limitou a dois grupos deste poder (consentimento e fiscalização). São quatro as características do poder de polícia: legislação, consentimento, fiscalização e sanção. O STJ, portanto, restringiu a delegação quanto as suas características, mas não afunilou em relação às pessoas contempladas, ou seja, não condicionou este exercício a determinado tipo de pessoa jurídica.

Já o STF fez o contrário: liberou a delegação também do caráter sancionatório, mas limitou a delegação "às pessoas jurídicas de direito privado integrantes da administração pública indireta de capital majoritariamente público que prestem exclusivamente serviço de atuação própria do Estado e em regime não concorrencial."

Evidentemente que, no contexto do propósito a que se destina a presente pesquisa, a decisão do STF foi mais flexível e forneceu a empresa BHTrans o seu propósito, que é de aplicar multas e sancionar o administrado infrator.

## 7 CONCLUSÃO

Este trabalho apresentou abordagens que exorbitaram a temática central proposta no título. Além da celeuma que orbitou em torno da possibilidade da delegação do poder de polícia a particulares, outras questões foram tratadas, e se houve abordagens, evidentemente, houve também conclusões, às quais ora no reportamos.

Sendo a Vigilância Sanitária a protagonista da pesquisa, foi essencial desvelar as particularidades do direito à saúde e da estrutura organizacional da saúde no Brasil. Inferiu-se, nesta toada, que o direito à saúde no país está intimamente associado à administração pública.

A saúde pública no Brasil, de responsabilidade legal do Estado, é operacionalizada pelo SUS e se rege por princípios como a universalidade e age de maneira descentralizada. Cabe ao Ministério da Saúde, como órgão público, determinar normas a serem seguidas por Estados e Municípios, e ANVISA e ANS, agências reguladoras, valendo-se de seu poder de polícia, emanam orientações e controlam o setor da saúde pública no Brasil, podendo valer-se de métodos coercitivos para cumprimento de suas normas.

A Vigilância Sanitária, que, a depender da pessoa jurídica a que pertença, pode apresentar-se com diferentes nomenclaturas (gerência e coordenação são algumas delas), expõe o traço do federalismo pátrio: como sistema nacional ligado a saúde, situa-se entre as competências administrativas comuns de todos os entes federativos e entre a competência legislativa concorrente entre União, Estados e Distrito Federal. Participa, portanto, do federalismo cooperativo brasileiro, que, por não haver a devida lei complementar de regulação, nunca existiu efetivamente.

Como sistema nacional atuante no contexto do SUS, a Vigilância Sanitária possui importância ímpar na saúde do brasileiro. Pode-se concluir que, resumidamente, suas ações encontram fundamento nas ações de prevenir, proteger e promover a saúde pública através de ações que vinculam estabelecimentos privados.

Foram apresentados argumentos, interpretações e bases doutrinárias favoráveis e contrárias à delegação do poder de polícia a particulares. Sob uma ótica formalista, é comum que seja questionada a competência e legitimidade de particulares na execução de atividades de responsabilidade do Estado, com

prerrogativas do direito público, como é o caso do poder de polícia sobre civis, que são submetidos às regras do direito privado.

Todavia, baseando-se no tema mais recente e mais utilizado para defender a delegação a particulares (Tema 532 do STF), existe jurisprudência e uma grande corrente jurídica e acadêmica que compartilha o entendimento de que a execução do poder de polícia fora da órbita da administração direta e das autarquias é possível, desde que sejam estabelecidas prerrogativas e diretrizes claras e contundentes para a sua aplicação, garantindo o bem-estar coletivo e maior efetividade da administração pública. A escassez de trabalhos jurídicos sobre o assunto indica uma falta de debate. No entanto, no contexto do julgamento do Tema 532 do STF, a necessidade de lei prévia autorizativa foi o argumento principal utilizado para questionar a legalidade dessas delegações.

Ora, caminhando em direção ao ponto nevrálgico da pesquisa, o ponto culminante, atendo-se ao título do trabalho, duas questões se revelam sensíveis de serem desveladas a título de conclusão, de resposta ao “desafio” proposto.

A primeira questão que urge ser esclarecida, obviamente, é quem são os particulares. Este tema foi tratado no capítulo dois. O assunto, longe de pacífico, apresentou uma série de posicionamentos da legislação e da doutrina.

Neste mister, importa chegar ao conceito de “particular” por exclusão. O é, portanto, quem não compõe a administração pública (direta ou indireta). Como a própria disposição das entidades nos subcapítulos do capítulo dois fez vislumbrar, conceituaremos as entidades que concluímos pertencentes a administração pública indireta:

- a) Autarquias, incluindo suas espécies, agências executivas e agências reguladoras;
- b) Empresas estatais (sociedades de economia mista e empresas públicas). Estabelecendo um cotejamento entre os pensamentos de Bandeira de Mello e Diógenes Gasparini, pertencerão à administração indireta se exploradoras de serviços públicos ou, se exploradoras da atividade econômica, estiveram cumprindo o interesse estatal de maneira não concorrencial;
- c) Fundações Públicas. Ressalta-se: apenas as fundações públicas, na esteira de Bandeira de Mello e do Decreto-Lei

200/67, divergindo de Gasparini, que inclui as fundações privadas.

- d) Consórcios, desde que possuidores de personalidade jurídica de direito público.
- e) Associações Públicas.

Diversamente, portanto, compõem o conceito de particulares todas as entidades paraestatais (incluindo as fundações privadas), as entidades do terceiro setor e as empresas privadas que prestam serviço público mediante parcerias público-privadas, administrativas ou patrocinadas.

A segunda questão que demanda uma resposta precisa, refere-se aos limites depreendidos da decisão do Supremo Tribunal Federal no imprescindível Tema 532, que debateu a possibilidade de uma sociedade de economia mista (BHTrans) exercer a sensível característica de sancionamento, oriunda do poder de polícia. O placar foi favorável a esta possibilidade e resultou na tese exposta no capítulo sexto deste estudo, que, dada sua importância a esta pesquisa, merece reiteração:

"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"

Ora, ao passo em que franqueou o poder de polícia à BHTrans, também ofereceu balizas, as quais, se observadas, oferecem um norte preciso ao deslinde deste estudo. Senão, vejamos:

Inicialmente, cumpre observar que a decisão do STF já conceituou as sociedades de economia mista como pertencentes a administração indireta. É um posicionamento relevante. Em seguida, estabeleceu que, para receber a delegação do poder de polícia, é preciso possuir capital majoritariamente público. Por conseguinte, estabeleceu que estas empresas "devem prestar exclusivamente serviço público de atuação própria do Estado e em regime não concorrencial."

A conclusão desta pesquisa, portanto, balizada pela tese oriunda do Tema 532 do STF, é no sentido de que esta sensível característica do poder de polícia, qual seja, a sanção, apenas pode ser exercida pela administração pública direta e indireta, ressalvando-se, quanto às empresas estatais (sociedades de economia mista e empresas públicas), os condicionamentos fixados na tese. Particulares, destarte, não podem sancionar, fiscalizar ou consentir.

Como se observou, embora o tema central desta pesquisa seja a delegação do poder de polícia, a celeuma orbitou diante de uma das características deste poder: a sanção. Não poderia ser diferente, uma vez que todo o imbróglio jurídico no STF envolvendo a empresa BHTrans se deveu a polêmica possibilidade de aplicação de multas de trânsito por esta empresa. A possibilidade, portanto, de um particular fiscalizar e consentir, não é tema de interesse desta pesquisa, deixando-se claro, todavia, que o próprio STJ já havia liberado estas características à BHTrans, não tendo havido qualquer polêmica quanto a isso no STF, o que nos faz concluir também ser possível aos entes da administração indireta consentir e fiscalizar, excluídas também estas características dos particulares.

Feitas estas valiosas ponderações, que se pode chamar de conclusões, cumpre trazer estas definições para o âmbito sanitário, ponto central de interesse deste trabalho.

Na esteira das considerações feitas acerca das decisões do STJ e do STF sobre a possibilidade de delegação do poder de polícia a empresa BHTrans, pertencente a administração pública indireta, conclui-se que o caráter sancionatório do poder de polícia sanitário, além das características de fiscalização e consentimento, pode transpassar a desconcentração típica da administração direta e alcançar a descentralização formalizada pela administração indireta, repise-se, respeitando-se as balizas fixadas na tese do Tema 532 do STF.

Portanto, a título de exemplos, a aplicação de multas ou interdições a estabelecimentos comerciais decorrentes de infração sanitária está excluída do âmbito de poder dos particulares, que não podem sancionar. O consentimento para que um estabelecimento comercial possa atuar, mediante concessão de licença sanitária, ou a avaliação acerca da higiene de um comércio, mediante fiscalização, também não pode ser exercidas por particulares.

Importante ainda esclarecer, para que se faça a devida distinção, que embora este trabalho tenha abordado a noção de serviço público, posto ser questão obrigatória quando se discute órgãos públicos, o viés desta pesquisa não alcança a possibilidade de delegação do serviço público de saúde a particulares, uma vez que tal possibilidade já foi garantida pela Constituição Federal em seu artigo 199. O cerne do estudo, que dialogou com diferentes pensamentos, legislações e decisões judiciais, referiu-se especificamente a possibilidade de delegação do poder de polícia sanitário.

Isto posto, conclui-se que, à luz da decisão do Tema 532 do STF, não é possível a delegação do poder de polícia administrativo sanitário a particulares, entendidos estes como entidades paraestatais, terceiro setor e empresas privadas que contratam com o poder público.

Consequentemente, funcionários de particulares que prestam serviço na administração pública, como no caso prático citado na introdução, não poderão receber a designação de autoridade sanitária e exercer o poder de polícia administrativo sanitário.

## VERSÃO COMPACTA

### INTRODUÇÃO

O Sistema Nacional de Vigilância Sanitária exerce um papel fundamental na sociedade, atuando como sistema garantidor da saúde pública. A vigilância sanitária, no Brasil, é responsável pelo controle de uma grande variedade de produtos e serviços, de diversas naturezas, que são agrupados nos seguintes ramos: a) dos alimentos; b) dos medicamentos e c) dos produtos biológicos. A grande variedade de serviços avaliados e o grau de complexidade que envolve as tecnologias, confere aos profissionais da vigilância sanitária uma alta especialização (EDUARDO; MIRANDA, 1998).

A partir Constituição de 1988 e com o nascimento do Sistema Único de Saúde (SUS) brasileiro, a saúde foi reconhecida como um direito fundamental da população, e é de responsabilidade do Estado o papel de provedor de condições para promover a saúde de todos os brasileiros. No mesmo ano da criação do SUS, foi instituída uma definição normativa de vigilância sanitária, apregoada pela Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, que passou a ser, nesse contexto, conforme o artigo 6º, parágrafo 1º, a seguinte:

“Entende-se por vigilância sanitária um conjunto de ações capazes de eliminar, diminuir ou prevenir riscos à saúde e de intervir nos problemas sanitários decorrentes do meio ambiente, da produção e circulação de bens e da prestação de serviços de interesse da saúde, abrangendo:  
I - O controle de bens de consumo que, direta ou indiretamente, se relacionem com a saúde, compreendidas todas as etapas e processos, da produção ao consumo;  
II - O controle da prestação de serviços que se relacionam direta ou indiretamente com a saúde.”

As ações que estão dentro do escopo da vigilância, dependem de graus variados de dificuldade de execução, de recursos para execução de cada ação e de uma política municipal adequada às diretrizes normativas de ação. As normas operacionais do SUS, mais precisamente a NOB/SUS 1/96 (Portaria MS 2.203/96, DOU de 6 de novembro de 1996), definem as formas adequadas de gestão municipal da saúde.

Cada município brasileiro possui necessidades distintas, no que tange à organização do poder público e à gestão. As condições de gestão de cada município

são distintas e, por consequência, definem a modelagem das ações de vigilância sanitária.

Segundo Eduardo e Miranda (1998), a definição da vigilância sanitária, contempla um campo abrangente, pois ela é responsável pela intervenção de diversos aspectos que afetam a saúde da população. Os campos de abrangência podem ser organizados em dois subsistemas: (I) Bens e serviços e (II) Meio Ambiente (EDUARDO; MIRANDA, 1998). Bens e serviços são subsistema de produção de bens de consumo e serviços de saúde, que interferem direta ou indiretamente na saúde do consumidor ou comunidade. São bens e serviços de saúde que interessam ao controle sanitário. Já o campo do Meio Ambiente é composto por subsistema que se refere ao conjunto de elementos naturais e daqueles que resultam da construção humana e suas relações sociais.

A vigilância sanitária ganhou protagonismo em tempos recentes em face da pandemia do novo coronavírus. De fato, a vigilância sanitária foi vista como um dos agentes de combate a pandemia da COVID-19, especialmente em função de sua função de fiscalizar estabelecimentos comerciais no tocante ao cumprimento das normas de combate à disseminação do vírus.

Para nós, independentemente do combate à pandemia, tem de ser considerada de importância ímpar a atividade da vigilância sanitária, notadamente porque é ela que impõe aos administrados a necessidade de atuar no compasso da preservação da saúde pública (CRODA; GARCIA, 2020).

Em paralelo a tudo isso, a delegação de serviços públicos a terceiros surgiu com o intuito de suprir as demandas crescentes da sociedade que são de responsabilidade do Estado, mas que o Estado não consegue desenvolver sem a colaboração. Esse tipo de colaboração é ordinariamente formalizado por meio de contratos administrativos de concessão de serviços públicos e mediante licitação (SCHERCH, 2016). De modo concreto, a delegação de serviços públicos a terceiros passou a ser implantada em diversos setores do serviço público, como nas áreas gestão de Política e Programas Sociais (GONÇALVES; CAMPOS; SARTI, 2011; JANNUZZI, 2014).

No ano de 1967 a terceirização foi regulamentada no Brasil, por meio do Decreto Lei nº 200, que dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências; segundo Colares et al., (2014, p. 5):

“em termos jurídicos, a terceirização no setor público é um recurso legal e contratual de transferência da responsabilidade de alguns serviços para empresas [...], sendo necessariamente, precedida de licitação”. Portanto, por meio da licitação, a administração pública pode delegar atividades a empresa contratada, não havendo relação de subordinação entre os funcionários da contratada e o órgão ou entidade públicos (COLARES et al., 2014).

O referido decreto descreve de forma indireta a possibilidade de descentralização de atividades, permitindo a sua transferência da Administração Pública para o setor privado (BRASIL, 1967). A pergunta que nos resta responder é a seguinte: os modelos da delegação de atividades da Administração Pública a particulares previstos na normativa são adequados para a eventual terceirização de atividades de vigilância sanitária?

Sabe-se que o poder de polícia é considerado um tipo de atividade exclusivo das pessoas de direito público. Entretanto, hodiernamente, surgiram divergências doutrinárias e jurisprudenciais a este respeito (COLARES et al., 2014). Este estudo tem como objetivo avaliar a possibilidade da delegação do poder de polícia administrativo sanitário para agentes terceirizados.

Para isso serão descritos os aspectos favoráveis e contrários da viabilidade dessa ampliação, considerando a ampliação do quadro de agentes responsáveis por atividades de cunho de fiscalização que exerçam o poder de polícia, atribuindo essa função para associações, empresas privadas por meio de convênios com o poder público, sociedades de economia mista, empresas públicas e etc.

Foi empregado o método de revisão narrativa da literatura para reunir estudos acerca dessa temática, com intuito de traçar um panorama de aspectos positivos e negativos da delegação de atividades relacionadas à fiscalização que estão no escopo da vigilância sanitária a particulares. Além disso, também foi realizada, uma breve análise da jurisprudência relacionada ao tema 532 do Supremo Tribunal Federal (STF).

## MÉTODO

A presente pesquisa possui caráter exploratório descritivo, que segundo Araújo e Oliveira (1997), os estudos exploratórios buscam elucidar, desenvolver e modificar ideias e complementar conceitos. Além disso, este tipo de pesquisa contribui para a ampliação da visão acadêmica acerca de uma determinada temática.

## COLETA DE DADOS

O levantamento bibliográfico tem a função de recuperar o conhecimento científico acumulado sobre um problema (BAPTISTA; CUNHA, 2007). As palavras-chaves utilizadas para a busca dos trabalhos acadêmicos foram: “Vigilância sanitária”, “Delegação do serviço de fiscalização da vigilância sanitária a terceiros”, “Delegação do poder de polícia a particulares” e “Poder de polícia da vigilância sanitária”. Seguindo as frases booleanas, incluindo-se OR, AND, OR/AND.

Quanto aos critérios de inclusão foram selecionados artigos conforme: a) período de publicação: 2001 a 2023; b) rigor acadêmico: artigos científicos publicados em revistas de acesso aberto; c) temática: artigos de tema similar ao escopo do estudo, e d) legislações nacionais: para descrever de forma completa o fenômeno análise neste estudo, serão analisadas leis, diretrizes e guias nacionais. Os artigos foram levantados por meio da busca indexada no *Google Scholar*, cujo resultados encaminharam para as plataformas, Scielo e Biblioteca Virtual em Saúde (BVS) do Ministério da Saúde.

## RESULTADOS E DISCUSSÕES

### Caso BHTrans

Este caso resultou no Tema 532 da Repercussão Geral do STF, e causou diferentes interpretações e decisões. O Tema 532, do Recurso Especial 633782, teve como relator o Ministro Luiz Fux, que decidiu devolver à empresa BHTrans a prerrogativa que o STJ lhe havia retirado, que era a atividade de fiscalização e aplicação de multas de trânsito. Diante disso, foi inaugurado uma tese com repercussão geral, ancorando-se na decisão judicial, permitindo o exercício do caráter sancionatório do poder de polícia às pessoas jurídicas de direito privado que compõem a administração pública indireta de capital público que prestem somente serviço de atuação e execução própria do Estado e em regime não concorrencial.

Imperioso se torna perscrutar o tema, iniciando a análise pormenorizada a partir da decisão do STJ acerca do tema, cuja ementa infra se colaciona:

ADMINISTRATIVO. PODER DE POLÍCIA. TRÂNSITO. SANÇÃO PECUNIÁRIA APLICADA POR SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. IMPOSSIBILIDADE. [...] 3. As atividades que envolvem a consecução do poder de polícia podem ser sumariamente divididas em quatro grupo, 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.

A decisão foi comunicada pelo Ministro Mauro Campbell, por meio da afirmação de que apenas atos de fiscalização e consentimento são passíveis de delegação. Excluiu-se, então, as prerrogativas de legislação e sanção e vetando a possibilidade de aplicação de multa de trânsito por sociedade de economia mista. O STJ adotou neste caso o entendimento de que apenas consentimento e fiscalização podem ser atividades atribuídas às sociedades de economia mista, baseado na legislação que deriva do poder de coerção do poder público. Para os magistrados, os atos de sanção seriam prejudicados se praticados por particulares devido o interesse na obtenção de lucro.

Diante da natural irresignação da vencida, o STF, por sua vez, reconheceu a existência de repercussão geral e admitiu o Recurso Extraordinário com Agravo nº 662186 interposto pela empresa BHTrans:

O Plenário Virtual do Supremo Tribunal Federal (STF) reconheceu a existência de repercussão geral no tema contido no Recurso Extraordinário com Agravo (ARE) 662186, interposto pela Empresa de Transportes e Trânsito de Belo Horizonte S/A (BHTRANS) contra decisão do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais (TJ-MG), que considerou inviável a possibilidade de aplicação de multas pela empresa de trânsito, sociedade de economia mista, e determinou a restituição de valores assim arrecadados. A decisão foi tomada pelo TJ-MG com base em jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ), segundo a qual uma sociedade de economia mista de trânsito tem apenas poder de polícia fiscalizatório, mas lhe é vedada a imposição de sanções. Já a BHTRANS sustentou que o exercício do poder de polícia de trânsito pode ser delegado a sociedade de economia mista. No caso, conforme alega, a Lei municipal de Belo Horizonte nº 5.953/91 autorizou a criação da BHTRANS com a finalidade de controlar e executar os serviços de trânsito da capital mineira, em conformidade com o artigo 24 do Código de Trânsito Brasileiro (Lei 9.503/97), bem como no interesse público local, nos termos do artigo 30 da Constituição Federal (CF) (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2002).

Considerando a relevante contribuição das decisões judiciais para o direito, constituindo-se em uma de suas mais ricas fontes, posto retratar a *expertise* dos estudiosos que dizem o direito, cumpre explorar o voto de cada um dos cinco ministros do STF que votaram neste emblemático *case* que constitui o ponto nevrálgico deste estudo. Segue a análise particularizada:

Voto do Ministro Relator Luiz Fux:

### III. TESE OBJETIVA

Após o exame detido das premissas teóricas e jurisprudenciais que circunscreve o *thema decidendum* veiculado neste recurso extraordinário, proponho a fixação da seguinte tese objetiva em repercussão geral: “É constitucional a delegação do poder de polícia, por meio de lei, a pessoas jurídicas de direito privado integrantes da Administração Pública indireta de capital social majoritariamente público que prestem exclusivamente serviço público de atuação própria do Estado e em regime não concorrencial. ”

IV. CASO CONCRETO Assentada a tese jurídica objetiva acima enunciada, passo à análise do caso concreto. Conforme se depreende dos autos do Recurso Extraordinário, aduz-se, em suma, a possibilidade constitucional de delegação da execução de serviço público, incluída a atividade de controle

de trânsito, à Empresa de Transporte e Trânsito de Belo Horizonte – BHTRANS, sociedade de economia mista municipal, e que tal delegação, operada por via legal, consubstanciaria exercício regular de competência legislativa municipal. O acórdão atacado do Superior Tribunal de Justiça prestigiou a tese de que somente os atos relativos ao consentimento e à fiscalização são delegáveis, porque aqueles referentes à legislação e à sanção derivariam do poder de coerção do Poder Público, este indelegável às pessoas jurídicas de direito privado, de modo que à recorrente seria possível apenas a prática da atividade de policiamento do trânsito de Belo Horizonte em relação aqueles dois tipos de atos de polícia. Tendo como parâmetro a tese jurídica objetivamente fixada, verifico que, *in casu*, estão presentes todos os pressupostos necessários à compatibilização da delegação da atividade de polícia administrativa à Empresa de Transporte e Trânsito de Belo Horizonte – BHTRANS. A Empresa de Transporte e Trânsito de Belo Horizonte – BHTRANS é sociedade de economia mista, entidade, portanto, integrante da Administração Pública indireta prestadora de serviço público, em regime não concorrencial, consubstanciado no policiamento do trânsito do Município de Belo Horizonte do Estado de Minas Gerais. Além disso, sua composição acionária é expressivamente pública. Dessume-se dos autos que 98% (noventa e oito por cento) de suas ações pertencem ao Município Belo Horizonte e os outros 2% (dois por cento) são distribuídos entre duas entidades da Administração Pública indireta: 1% (um por cento) pertencente à SUDECAP, autarquia municipal, e 1% (um por cento) à PRODABEL, sociedade de economia mista dependente e de capital fechado. Assim, tendo em conta que a Empresa de Transporte e Trânsito de Belo Horizonte – BHTRANS - cujo capital social é majoritariamente público, presta serviço público de atuação própria do Estado e em regime não concorrencial, consistente no policiamento de trânsito da cidade de Belo Horizonte, não há óbice constitucional ao exercício da atividade de polícia administrativa, inclusive quanto à aplicação de multas.

*Ex positis*, voto no sentido de (i) CONHECER e DAR PROVIMENTO ao recurso extraordinário interposto pela Empresa de Transporte e Trânsito de Belo Horizonte – BHTRANS e (ii) CONHECER e NEGAR PROVIMENTO ao recurso extraordinário interposto pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais, para reconhecer a compatibilidade constitucional da delegação da atividade de policiamento de trânsito à Empresa de Transporte e Trânsito de Belo Horizonte – BHTRANS, nos limites da tese jurídica objetivamente fixada pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal. Sem prejuízo, voto no sentido de fixar a tese jurídica objetiva, em repercussão geral, nos seguintes termos: “É

constitucional a delegação do poder de polícia, por meio de lei, a pessoas jurídicas de direito privado integrantes da Administração Pública indireta de capital social majoritariamente público que prestem exclusivamente serviço público de atuação própria do Estado e em regime não concorrencial. ”

É como voto.

Assim, revela-se o voto do Ministro-Relator Luiz Fux no sentido da possibilidade de delegação do poder de polícia a pessoa jurídica de direito privado integrante da administração indireta. Nota-se que tal decisão se escorou, fundamentalmente, nos fatos da empresa recorrente possuir capital majoritariamente público e atuar em regime não concorrencial.

Voto do Ministro Alexandre de Moraes:

O Código Tributário Nacional, em seu artigo 18, conceitua o Poder de Polícia como:

“Art. 78. Considera-se poder de polícia 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”. A aplicação de multa de trânsito é exemplo típico do poder de polícia estatal. A Administração Pública, com o escopo de proteger o interesse público, adentra a órbita do interesse do particular, submetendo-o à autoridade estatal. Quanto à possibilidade de delegação à entidade de direito privado do exercício do poder de polícia, o Plenário desta SUPREMA CORTE, nos autos da ADI 1717, Rel. Min. SYDNEY SANCHES, DJe de 28/3/2003, proferiu decisão no sentido de que é indelegável o exercício do poder de polícia, no que concerne ao exercício de atividades profissionais regulamentadas. Veja-se a ementa do julgado: “EMENTA: DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 58 E SEUS PARÁGRAFOS DA LEI FEDERAL Nº 9.649, DE 27.05.1998, QUE TRATAM DOS SERVIÇOS DE FISCALIZAÇÃO DE PROFISSÕES REGULAMENTADAS. 1. Estando prejudicada a Ação, quanto ao § 3º do art. 58 da Lei nº 9.649, de 27.05.1998, como já decidiu o Plenário, quando apreciou o pedido de medida cautelar, a Ação Direta é julgada procedente, quanto ao mais, declarando-se a inconstitucionalidade do "caput" e dos § 1º, 2º, 4º, 5º, 6º, 7º e 8º do mesmo art. 58. 2. Isso porque a interpretação conjugada dos artigos 5º, XIII, 22, XVI, 21, XXIV, 70, parágrafo único, 149 e 175 da Constituição Federal, leva à conclusão, no sentido da indelegabilidade, a uma entidade privada, de atividade típica de Estado, que abrange até poder de polícia, de tributar e de punir, no que concerne ao exercício de atividades profissionais regulamentadas, como ocorre com os dispositivos impugnados. 3. Decisão unânime”. Não obstante, no que se refere à fiscalização e aplicação de multas por particular, abalizada doutrina (JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO, Manual de direito administrativo, 25ª ed. p. 79) e a jurisprudência desta CORTE têm atenuado a vedação à delegação do poder de polícia, especialmente na hipótese em que o delegatário é pessoa jurídica de direito privado que integra a Administração Pública indireta. Foi o que ocorreu, por exemplo, no RE 658570/MG, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, com relatoria para acórdão do Min. ROBERTO

BARROSO, julgado sob o rito da Repercussão Geral (Tema 472), em que se fixou tese no sentido de que é constitucional a atribuição às guardas municipais do exercício de poder de polícia de trânsito, inclusive para imposição de sanções administrativas legalmente previstas. A propósito, o acórdão ficou assim ementado: “DIREITO ADMINISTRATIVO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PODER DE POLÍCIA. IMPOSIÇÃO DE MULTA DE TRÂNSITO. GUARDA MUNICIPAL. CONSTITUCIONALIDADE. 1. Poder de polícia não se confunde com segurança pública. O exercício do primeiro não é prerrogativa exclusiva das entidades policiais, a quem a Constituição outorgou, com exclusividade, no art. 144, apenas as funções de promoção da segurança pública. 2. A fiscalização do trânsito, com aplicação das sanções administrativas legalmente previstas, embora possa se dar ostensivamente, constitui mero exercício de poder de polícia, não havendo, portanto, óbice ao seu exercício por entidades não policiais. 3. O Código de Trânsito Brasileiro, observando os parâmetros constitucionais, estabeleceu a competência comum dos entes da federação para o exercício da fiscalização de trânsito. 4. Dentro de sua esfera de atuação, delimitada pelo CTB, os Municípios podem determinar que o poder de polícia que lhe compete seja exercido pela guarda municipal. 5. O art. 144, §8º, da CF, não impede que a guarda municipal exerça funções adicionais à de proteção dos bens, serviços e instalações do Município. Até mesmo instituições policiais podem cumular funções típicas de segurança pública com exercício de poder de polícia. Entendimento que não foi alterado pelo advento da EC nº 82/2014. 6. Desprovemento do recurso extraordinário e fixação, em repercussão geral, da seguinte tese: é constitucional a atribuição às guardas municipais do exercício de poder de polícia de trânsito, inclusive para imposição de sanções administrativas legalmente previstas”. Entendo, portanto, que aqui se verificam as mesmas premissas, de modo que a BHTRANS tem competência tanto para fiscalizar, quanto para aplicar multas. Ora, permitir que exerça apenas a fiscalização, sem lhe permitir a aplicação de penalidades pelo descumprimento da ordem, esvaziaria a própria atividade fiscalizatória. Some-se, ainda, que, no ordenamento jurídico, há outras hipóteses em que o poder de polícia não é exercido por agentes estatais. Cito, a título de exemplo, os seguintes dispositivos: Código Brasileiro da Aeronáutica: “Art. 165. Toda aeronave terá a bordo um Comandante, membro da tripulação, designado pelo proprietário ou explorador e que será seu preposto durante a viagem. Parágrafo único. O nome do Comandante e dos demais tripulantes constarão do Diário de Bordo. Art. 166. O Comandante é responsável pela operação e segurança da aeronave”

Ora, se ao particular é possível, em hipóteses específicas, o exercício do poder de polícia, com muito mais razão pode uma sociedade de economia mista fiscalizar o trânsito e aplicar multa aos que desobedeceram à norma, desde que não haja finalidade de lucro. Por todo o exposto, DOU PROVIMENTO ao Recurso Extraordinário da BHTRANS. É como voto.

Nota-se que o Ministro Alexandre de Moraes, no compasso do Ministro-Relator, também votou favorável a possibilidade de a empresa BHTrans aplicar multas, exercendo o poder de polícia. Ao fazê-lo, usou não apenas precedentes da própria Supremo Corte, mas da legislação, ao citar dispositivos do Código Brasileiro da Aeronáutica que, aproximando-se ainda mais do extremo, concedeu a possibilidade de exercício do poder de polícia a particulares, quem sejam, os comandantes de aeronaves.

Há de se observar, entretanto, o caráter excepcional da medida legislativa, posto não ser conveniente, tão pouco oportuno, que haja uma obrigatoriedade de que

todos os comandantes de aeronaves sejam agentes públicos apenas para legitimar seu exercício de poder de polícia durante o voo.

**Voto do Ministro Gilmar Mendes:**

É cediço que, hodiernamente, a respeito do exercício do poder de polícia, antes exclusivo dos integrantes da Administração Pública Direta, já se admite a delegação de atos de fiscalização e sanção a pessoa jurídica de direito privado, a exemplo da OAB (entidade sui generis com personalidade jurídica de direito privado), das concessionárias de serviço público, inclusive para desempenhar atos expropriatórios (art. 31, VI, da Lei 8.987/1995), bem ainda das demais pessoas jurídicas estatais, tais como consórcio público (art. 2º, § 1º, II, da Lei 11.107/2005) e, ainda que sob roupagem de pessoa jurídica de direito privado, tais como sociedades de economia mista e empresas públicas que desempenhem serviços públicos em regime de exclusividade. In casu, o art. 8º do Decreto do Município de Belo Horizonte 10.941, de 17 de janeiro de 2002 (que consolidou o Estatuto Social da BHTRANS), estipula o seguinte, no que se refere ao quadro societário: “Art. 8º. O capital social da BHTRANS é de R\$ 15.000.000,00 (quinze milhões de reais) representado por 37.500.000 de ações ordinárias e nominativas de R\$ 0,40 (quarenta centavos) cada. § 1º. O Município de Belo Horizonte manterá sempre a propriedade de ações que lhe assegure a maioria absoluta do capital subscrito e integralizado, igual ou superior a 51% (cinquenta e um por cento). § 2º. Poderão participar ainda do capital social da BHTRANS: I - entidades da administração indireta do Município; II - outras pessoas jurídicas de direito público, bem como entidades de direito privado da administração indireta ; § 3º. Não poderão participar do capital social da BHTRANS empresas operadoras de transporte delegado (concedido, permitido e autorizado)”. (grifo nosso) Está claro que somente podem compor o quadro societário da referida sociedade de economia mista as pessoas jurídicas de direito público e/ou de direito privado da Administração Indireta municipal e de quaisquer dos Entes Federativos, bem ainda inexistente distribuição de resultados lucrativos, tal como se percebe do art. 44: “Art. 44. Os lucros líquidos apurados aos balanços anuais já deduzidas as quotas de depreciação e amortização cabíveis, serão distribuídos da seguinte forma: I - 5% (cinco por cento) para constituição do fundo de reserva legal, até alcançar o limite legalmente permitido; II - o restante ficará retido para as aplicações que forem deliberadas pela Assembleia Geral de acordo com a lei”. E quanto ao desempenho de serviço público correlato ao transporte coletivo e individual de passageiros, trânsito e sistema viário municipal, em regime de exclusividade, e da possibilidade de realizar desapropriação e impor servidão administrativa, cumpre destacar as seguintes normas do citado decreto municipal: “Art. 3º. A BHTRANS tem por objeto a organização, direção, coordenação, execução, delegação, planejamento operacional e controle da prestação dos serviços públicos relativos a transporte coletivo e individual de passageiros, trânsito e sistema viário municipal, incumbindo-lhe, especialmente: (...) Parágrafo Único. A BHTRANS é a concessionária exclusiva do Sistema de Transporte Público do Município de Belo Horizonte, consoante com a Lei Municipal nº 5.953, de 1991 e nos termos do art. 3º, caput, deste Estatuto. (...) Art. 4º. A BHTRANS poderá subscrever ações de sociedade das quais o Poder Público tenha o controle acionário e cujas atividades se relacionem com transporte, trânsito e sistema viário no Município de Belo Horizonte, celebrar contratos, convênios e constituir consórcios com pessoas físicas e jurídicas, de direito público e privado, contrair empréstimos e contratar financiamentos, bem como promover serviços de desapropriações mediante prévia declaração de utilidade pública ou de interesse social, e estabelecer servidões administrativas, mediante prévio ato declaratório”. (grifo nosso) Outrossim, em se tratando de normas de fiscalização de trânsito, o órgão ou entidade executivos de trânsito apenas exerce, de forma regular, o poder de polícia

que lhe é outorgado legalmente, tal como, por exemplo, a exigência do pagamento de multa para a expedição do CRLV, a qual constitui limitação de cunho administrativo imposta ao particular. (ARE 906.830, de minha relatoria, DJe 18.5.2020) Para tanto, cito também: “RECURSO EXTRAORDINÁRIO PREQUESTIONAMENTO – CONFIGURAÇÃO. O prequestionamento prescinde da referência, no acórdão proferido, a números de artigos, parágrafos, incisos e alíneas. Diz-se prequestionado certo tema quando o órgão julgador haja adotado entendimento explícito a respeito. PODER DE POLÍCIA - EXERCÍCIO. O poder de fiscalizar determinado serviço público, impondo multa, é do Executivo. A existência de lei criadora de sociedade de economia mista, outorgando-lhe a fiscalização, não é de molde a concluir-se que, uma vez extinta, não ocorra a possibilidade de, mediante decreto, o serviço vir a ser exercido por uma das secretarias do Estado. Conclusão diversa, no sentido da exigência de uma lei que assim disponha, implica inobservância ao princípio da separação dos Poderes”. (RE 170.204, Rel. Min. Marco Aurélio, Segunda Turma, DJ 14.5.1999, grifo nosso) Assim, a possibilidade de imposição de sanção por descumprimento da legislação de trânsito consiste em mera decorrência do exercício do poder de polícia pelo órgão de trânsito, ainda que sob a roupagem de sociedade de economia mista, desde que atue em regime de prestação de serviço público não concorrencial.

2) Voto Assim, voto pelo provimento do recurso extraordinário interposto pela BHTRANS, retornando os efeitos do acórdão do TJMG que assentou a possibilidade de sociedade de economia mista, prestadora de serviço público, atuar como órgão ou entidade executivos de trânsito, fiscalizando e aplicando sanção por descumprimento das normas de trânsito, na forma do art. 24 do Código de Trânsito Brasileiro. É como voto.

O Ministro Gilmar Mendes, portanto, fazendo coro aos dois ministros que o antecederam a votação, pugnou pela possibilidade de delegação do aspecto sancionatório do poder de polícia à recorrente, e ao fazê-lo, observou precedentes no arcabouço jurídico brasileiro que permitem a delegação do poder de polícia a particulares. Observou, também, a presença de capital majoritariamente público na composição da empresa.

Voto do Ministro Edson Fachim:

É certo que esta Corte decidiu, no precedente formado na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1717, ser indelegável o poder de polícia a particulares, como se depreende da ementa a seguir citada: “EMENTA: DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 58 E SEUS PARÁGRAFOS DA LEI FEDERAL Nº 9.649, DE 27.05.1998, QUE TRATAM DOS SERVIÇOS DE FISCALIZAÇÃO DE PROFISSÕES REGULAMENTADAS. 1. Estando prejudicada a Ação, quanto ao § 3º do art. 58 da Lei nº 9.649, de 27.05.1998, como já decidiu o Plenário, quando apreciou o pedido de medida cautelar, a Ação Direta é julgada procedente, quanto ao mais, declarando-se a inconstitucionalidade do "caput" e dos § 1º, 2º, 4º, 5º, 6º, 7º e 8º do mesmo art. 58. 2. Isso porque a interpretação conjugada dos artigos 5º, XIII, 22, XVI, 21, XXIV, 70, parágrafo único, 149 e 175 da Constituição Federal, leva à conclusão, no sentido da indelegabilidade, a uma entidade privada, de atividade típica de Estado, que abrange até poder de polícia, de tributar e de punir, no que concerne ao exercício de atividades profissionais regulamentadas, como ocorre com os dispositivos impugnados. 3. Decisão unânime.” (ADI 1717, Relator(a): Min. SYDNEY SANCHES, Tribunal Pleno, julgado em 07/11/2002, DJ 28-03-2003 PP-00063 EMENT VOL-02104-01

PP-00149) Nada obstante, esse entendimento, aplicável aos conselhos de fiscalização profissional, não parece conter elementos que permitam espriá-lo a hipóteses distintas, como o caso da delegação do poder de polícia a entidades integrantes da Administração Pública Indireta e que atuam, inequivocamente, como verdadeira *longa manus* do Estado, criadas especificamente para o desempenho de serviços públicos. Mesmo a questão da “sanha arrecadatória” é resolvida pelo disposto no artigo 320 do Código de Trânsito Brasileiro, que vincula expressamente o montante arrecadado com as multas de trânsito às finalidades ali expostas: “Art. 320. A receita arrecadada com a cobrança das multas de trânsito será aplicada, exclusivamente, em sinalização, engenharia de tráfego, de campo, policiamento, fiscalização e educação de trânsito. § 1º O percentual de cinco por cento do valor das multas de trânsito arrecadadas será depositado, mensalmente, na conta de fundo de âmbito nacional destinado à segurança e educação de trânsito. 2º O órgão responsável deverá publicar, anualmente, na rede mundial de computadores (internet), dados sobre a receita arrecadada com a cobrança de multas de trânsito e sua destinação.”

Finalmente, nem o argumento de que o artigo 175 permite apenas a delegação do serviço público, mas não do poder de polícia. De fato, o momento atual não permite uma separação absoluta entre as atividades, mas exige uma conjugação entre ambas para a consecução das finalidades estatais, quais sejam a concretização dos direitos fundamentais e da democracia. É dizer, “a restrição à autonomia privada para realização da ordem pública é vinculada aos mesmos valores inerentes ao serviço público, consistente na promoção dos direitos fundamentais. Serviço público e poder de polícia refletem vias diversas orientadas aos mesmos fins” (JUSTEN FILHO, Marçal. Ob. cit., p. 505). No entanto, é necessário, por se tratar de limitações ao exercício de direitos e liberdades pelos cidadãos, que todos os elementos referentes às sanções venham previstos em lei formal, inclusive no que concerne à expressa delegação do poder sancionatório para aplicação de multas pelas sociedades de economia mista, em concretização às normas contidas nos artigos 5º, II e 37, XIX, da Constituição da República. Assim, compreendo inexistir vedação constitucional para a delegação do poder fiscalizador e sancionatório, em matéria de trânsito, a sociedades de economia mista, criadas especificamente para esse fim. Portanto, manifesto-me pela aprovação de tese no sentido de ser possível a delegação da atividade de fiscalização e aplicação de multas de trânsito a sociedades de economia mista, por meio da regular descentralização administrativa, desde que todos os seus contornos estejam previstos por lei. No que concerne ao recurso extraordinário ora em análise, compreendo que a ausência de previsão da delegação do poder sancionatório por meio de lei formal impede o provimento do apelo por fundamento diverso daquele adotado pela Corte de origem. De fato, como citei acima, a lei criadora da BHTRANS transfere à sociedade a atribuição fiscalizatória, mas a competência para aplicação de multas adveio apenas por meio do Decreto Municipal nº 10.941/2002. Assim, ausente lei formal a amparar a delegação válida da atividade de aplicar sanções de trânsito, divirjo do Ilustre Relator e voto pelo desprovisionamento do recurso extraordinário interposto pela Empresa de Transporte e Trânsito de Belo Horizonte – BHTRANS e pela delimitação do âmbito da tese à aplicação de multas de trânsito. É como voto.

O Ministro Edson Fachim, a despeito de tecer considerações favoráveis e contrárias a delegação do poder de polícia a entidades da administração indireta, elege um fator como preponderante: a ausência de lei formal permitindo o ato. O Ministro observa que tal fator é essencial por considerar que o caráter sancionatório do poder de polícia impõe limitações ao exercício de direitos e liberdades pelos

cidadãos, daí a necessidade de uma regulação legal para tal delegação. Foi o primeiro voto contrário à empresa recorrente.

Voto do Ministro Marco Aurélio:

Tomo de empréstimo manifestação do ministro Sepúlveda Pertence, no julgamento do paradigma: “a onda neoliberal, ou qual nome tenha, ainda não chegou ao ponto de privatizar o poder de polícia”. O constituinte derivado previu, para os agentes de trânsito, estruturados em carreira, competência envolvendo a segurança das vias públicas, conforme versado em lei, observado o artigo 144, § 10, introduzido pela Emenda Constitucional nº 82/2014. Eis o teor: Art. 144. [...] § 10. A segurança viária, exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do seu patrimônio nas vias públicas: [...] II – compete, no âmbito dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, aos respectivos órgãos ou entidades executivos e seus agentes de trânsito, estruturados em Carreira, na forma da lei. Ante o preceito, revela-se imprópria, também sob o ângulo formal, a disciplina sancionatória conferida à Empresa de Transportes e Trânsito de Belo Horizonte S.A. – BHTRANS por meio do Decreto municipal nº 10.941/2002. Divirjo do Relator. Desprovejo o extraordinário, assentando inválida a imposição de multa de trânsito por pessoa jurídica de direito privado constituída sob a forma de sociedade de economia mista. Tese: “É incompatível com a Constituição Federal a delegação do poder de polícia sancionador a pessoa jurídica de direito privado, ainda que integrante da Administração Pública indireta.”

O Ministro Marco Aurélio, em seu voto, de maneira inédita neste julgamento fez menção ao neoliberalismo, que, resumidamente, pretende restringir o “tamanho” do Estado, privatizando serviços públicos tradicionalmente prestados pela administração direta. O Ministro observou, portanto, que o poder de polícia não deve figurar na órbita privada, excepcionando a dinâmica neoliberal notadamente fortalecida após o Consenso de Washington, realizado no ano de 1989 na capital dos Estados Unidos da América e que desperta forte polêmica em toda a América Latina.

Desta feita, pelo apertado placar de três votos a dois, permitiu-se pelo STF a delegação do caráter sancionatório do poder de polícia, qual seja, a possibilidade de aplicação de multas, a empresa recorrente BHTrans.

Imperioso colacionar a ata do julgado:

PLENÁRIO EXTRATO DE ATA RECURSO EXTRAORDINÁRIO 633.782  
 PROCED. : MINAS GERAIS RELATOR : MIN. LUIZ FUX RECTE.(S) :  
 MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS PROC.(A/S)(ES)  
 : PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS  
 RECTE.(S) : EMPRESA DE TRANSPORTES E TRÂNSITO DE BELO  
 HORIZONTE S/ A - BHTRANS ADV.(A/S) : EDUARDO AUGUSTO VIEIRA  
 DE CARVALHO (17115/DF) E OUTRO(A/S) RECDO.(A/S) : OS MESMOS  
 AM. CURIAE. : EMPRESA PÚBLICA DE TRANSPORTE E CIRCULAÇÃO  
 S/A - EPTC ADV.(A/S) : IZADORA BACCIN CARVALHO (80288/RS) AM.  
 CURIAE. : TRANSERP - EMPRESA DE TRÂNSITO E TRANSPORTE  
 URBANO DE RIBEIRÃO PRETO S/A ADV.(A/S) : FERNANDO CESAR

CEARA JULIANI (229451/SP) ADV.(A/S) : RICARDO QUEIROZ LIPORASSI (183638/SP) ADV.(A/S) : EDUARDO ROBERTO SALOMÃO GIAMPIETRO (246151/SP) AM. CURIAE. : LABORATÓRIO DE REGULAÇÃO ECONÔMICA DA FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO UERJ REG ADV.(A/S) : JOSE VICENTE SANTOS DE MENDONÇA (115531/RJ) ADV.(A/S) : ANA LUÍZA FERNANDES CALIL (188534/RJ)

Decisão: O Tribunal, por maioria, apreciando o tema 532 da repercussão geral, (i) conheceu e deu provimento ao recurso extraordinário interposto pela Empresa de Transporte e Trânsito de Belo Horizonte – BHTRANS e (ii) conheceu e negou provimento ao recurso extraordinário interposto pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais, para reconhecer a compatibilidade constitucional da delegação da atividade de policiamento de trânsito à Empresa de Transporte e Trânsito de Belo Horizonte – BHTRANS, nos limites da tese jurídica objetivamente fixada pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal, nos termos do voto do Relator, vencidos os Ministros Edson Fachin e Marco Aurélio. **Foi fixada a seguinte tese: "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"**. Falaram: pela recorrente Empresa de Transportes e Trânsito de Belo Horizonte S/A – BHTRANS, o Dr. Eduardo Augusto Vieira de Carvalho; pelo amicus curiae Empresa Pública de Transporte e Circulação S/A – EPTC, o Dr. Diego Eduardo Colbeich dos Santos; pelo amicus curiae TRANSERP - Empresa de Trânsito e Transporte Urbano de Ribeirão Preto S/A, o Dr. Fernando Cesar Ceara Juliani; e, pelo amicus curiae Laboratório de Regulação Econômica da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro - UERJ REG, o Dr. José Vicente Santos de Mendonça. Não participou deste julgamento a Ministra Rosa Weber. Plenário, Sessão Virtual de 16.10.2020 a 23.10.2020. Composição: Ministros Luiz Fux (Presidente), Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia, Dias Toffoli, Rosa Weber, Roberto Barroso, Edson Fachin e Alexandre de Moraes. Grifo nosso.

De relevo salientar que a decisão permitiu a delegação desde que efetuada por meio de lei, o que nos remete ao voto contrário do Ministro Edson Fachin, que não se inclinou de um todo desfavorável a possibilidade da referida delegação, mas sua objeção se revelou devido à ausência de lei formal permissiva.

Por derradeiro, mister proceder a um cotejamento entre as decisões do STF e do STJ acerca da temática: O STJ aceitou a delegação do poder de polícia, mas limitou a dois grupos deste poder (consentimento e fiscalização). São quatro características do poder de polícia: legislação, consentimento, fiscalização e sanção. O STJ, portanto, restringiu a delegação quanto as suas características, mas não afunilou em relação às pessoas contempladas, ou seja, não condicionou este exercício a determinado tipo de pessoa jurídica.

Já o STF fez o contrário: liberou a delegação dos quatro grupos de poder de polícia, mas limitou a delegação "às pessoas jurídicas de direito privado integrantes

da administração pública indireta de capital majoritariamente público que prestem exclusivamente serviço de atuação própria do Estado e em regime não concorrencial."

Evidentemente que, no contexto do propósito a que se destina a presente pesquisa, a decisão do STF foi mais flexível e forneceu a empresa BHTrans o seu propósito, que é de aplicar multas e sancionar o administrado infrator.

## CONCLUSÃO

Foram apresentados argumentos, interpretações e bases doutrinárias favoráveis e contrárias à delegação do poder de polícia a particulares. Sob uma ótica formalista, é comum que seja questionada a competência e legitimidade de particulares na execução de atividades de responsabilidade do Estado, com prerrogativas do direito público, como é o caso do poder de polícia sobre civis, que são submetidos às regras do direito privado.

Todavia, baseando-se no tema mais recente e mais utilizado para defender a delegação a particulares (o caso da BHTrans), existe jurisprudência e uma grande corrente jurídica e acadêmica que compartilha o entendimento de que a execução do poder de polícia fora da órbita da administração direta e das autarquias é possível, desde que sejam estabelecidas prerrogativas e diretrizes claras e contundentes para a sua aplicação, garantindo o bem-estar coletivo e maior efetividade da administração pública. A escassez de trabalhos jurídicos sobre o assunto indica uma falta de debate. No entanto, no contexto do julgamento do Tema 532 do STF, a necessidade de lei prévia autorizativa foi o argumento principal utilizado para questionar a legalidade dessas delegações.

Ora, caminhando em direção ao ponto nevrálgico da pesquisa, o ponto culminante, atendo-se ao título do trabalho, duas questões se revelam sensíveis de serem desveladas a título de conclusão, de resposta ao "desafio" proposto.

A primeira questão que urge ser esclarecida, obviamente, é quem são os particulares. Este tema foi tratado no capítulo dois. O assunto, longe de pacífico, apresentou uma série de posicionamentos da legislação e da doutrina.

Neste mister, importa chegar ao conceito de "particular" por exclusão. O é, portanto, quem não compõe a administração pública (direta ou indireta). Como a própria disposição das entidades nos subcapítulos do capítulo dois fez vislumbrar,

conceituaremos as entidades que concluímos pertencentes a administração pública indireta:

- a) Autarquias, incluindo suas espécies, agências executivas e agências reguladoras;
- b) Empresas estatais (sociedades de economia mista e empresas públicas). Estabelecendo um cotejamento entre os pensamentos de Bandeira de Mello e Diógenes Gasparini, pertencerão à administração indireta se exploradoras de serviços públicos ou, se exploradoras da atividade econômica, estiveram cumprindo o interesse estatal de maneira não concorrencial;
- c) Fundações Públicas. Ressalta-se: apenas as fundações públicas, na esteira de Bandeira de Mello e do Decreto-Lei 200/67, divergindo de Gasparini.
- d) Consórcios, desde que possuidores de personalidade jurídica de direito público.
- e) Associações Públicas.

Diversamente, portanto, compõem o conceito de particulares todas as entidades paraestatais (incluindo as fundações privadas), as entidades do terceiro setor e as empresas privadas que prestam serviço público mediante parcerias público-privadas, administrativas ou patrocinadas.

A segunda questão que demanda uma resposta precisa, refere-se aos limites depreendidos da decisão do Supremo Tribunal Federal no importante Tema 532, que debateu a possibilidade de uma sociedade de economia mista (BHTrans) exercer a sensível característica de sancionamento, oriunda do poder de polícia. O placar foi favorável a esta possibilidade e resultou na tese exposta no capítulo sexto deste estudo, que, dada sua importância a esta pesquisa, merece reiteração:

"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"

Ora, ao passo em que franqueou o poder de polícia à BHTrans, também ofereceu balizas, as quais, se observadas, oferecem um norte preciso ao deslinde deste estudo. Senão, vejamos:

Inicialmente, cumpre observar que a decisão do STF já conceituou as sociedades de economia mista como pertencentes a administração indireta. É um posicionamento relevante. Em seguida, estabeleceu que, para receber a delegação do poder de polícia, é preciso possuir capital majoritariamente público. Por conseguinte, estabeleceu que estas empresas “devem prestar exclusivamente serviço público de atuação própria do Estado e em regime não concorrencial.”.

A conclusão desta pesquisa, portanto, balizada pela tese oriunda do Tema 532 do STF, é no sentido de que esta sensível característica do poder de polícia, qual seja, a sanção, apenas pode ser exercida pela administração pública direta e indireta, ressalvando-se, quanto às empresas estatais (sociedades de economia mista e empresas públicas), os condicionamentos fixados na tese. Particulares, destarte, não podem sancionar, fiscalizar ou consentir.

Como se observou, embora o tema central desta pesquisa seja a delegação do poder de polícia, a celeuma orbitou diante de uma das características deste poder: a sanção. Não poderia ser diferente, uma vez que todo o imbróglio jurídico no STF envolvendo a empresa BHTrans se deveu a polêmica possibilidade de aplicação de multas de trânsito por esta empresa. A possibilidade, portanto, de um particular fiscalizar e consentir, não é tema de interesse desta pesquisa, deixando-se claro, todavia, que o próprio STJ já havia liberado estas características à BHTrans, não tendo havido qualquer polêmica quanto a isso no STF, o que nos faz concluir também ser possível aos entes da administração indireta consentir e fiscalizar, excluídas também estas características dos particulares.

Feitas estas valiosas ponderações, que se pode chamar de conclusões, cumpre trazer estas definições para o âmbito sanitário, ponto central de interesse deste trabalho.

Na esteira das considerações feitas acerca das decisões do STJ e do STF sobre a possibilidade de delegação do poder de polícia a empresa BHTrans, pertencente a administração pública indireta, conclui-se que o caráter sancionatório do poder de polícia sanitário, além das características de fiscalização e consentimento, pode transpassar a desconcentração típica da administração direta e alcançar a descentralização formalizada pela administração indireta, repise-se, respeitando-se as balizadas fixadas na tese do Tema 532 do STF.

Portanto, a título de exemplos, a aplicação de multas ou interdições a estabelecimentos comerciais decorrentes de infração sanitária está excluída do

âmbito de poder dos particulares, que não podem sancionar. O consentimento para que um estabelecimento comercial possa atuar, mediante concessão de licença sanitária, ou a avaliação acerca da higiene de um comércio, mediante fiscalização, também não podem ser exercidas por particulares.

Importante ainda esclarecer, para que se faça a devida distinção, que embora este trabalho tenha abordado a noção de serviço público, posto ser questão obrigatória quando se discute órgãos públicos, o viés desta pesquisa não alcança a possibilidade de delegação do serviço público de saúde a particulares, uma vez que tal possibilidade já foi garantida pela Constituição Federal em seu artigo 199. O cerne do estudo, que dialogou com diferentes pensamentos, legislações e decisões judiciais, referiu-se especificamente a possibilidade de delegação do poder de polícia sanitário.

Isto posto, conclui-se que, à luz da decisão do Tema 532 do STF, não é possível a delegação do poder de polícia administrativo sanitário a particulares, entendidos estes como entidades paraestatais, terceiro setor e empresas privadas que contratam com o poder público.

Consequentemente, funcionários de particulares que prestam serviço na administração pública, como no caso prático citado na introdução, não poderão receber a designação de autoridade sanitária e exercer o poder de polícia administrativo sanitário.

## REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, M. I. N. de; CARVALHO, E M.; LIMA, L. P. Vigilância epidemiológica: conceitos e institucionalização. **Revista Brasileira de Saúde Materno Infantil**, v. 2, p. 7-14, 2002.

ANDRADE, J. C. V. **Lições de Direito Administrativo**. 4ª ed. Imprensa da Universidade de Coimbra/Coimbra University Press, 2015.

ANVISA. **Apresentação da vigilância sanitária e sua função institucional**. São Paulo; 2009. Disponível em: <https://www.gov.br/pt-br/orgaos/agencia-nacional-de-vigilancia-sanitaria>. Acesso em: 29 de outubro 2022.

BAPTISTA, S. G.; CUNHA, M. B. da. Estudo de usuários: visão global dos métodos de coleta de dados. **Perspectivas em ciência da informação**, v. 12, p. 168-184, 2007.

BARROSO, L. R. A ordem econômica constitucional e os limites à atuação estatal no controle de preços. **Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro**, v. 226, p. 187-212, 2001.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. **Diário Oficial da União**.

BRASIL. Lei n. 5.172, de 25 de outubro de 1966. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. **Diário Oficial da União**, Brasília. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l5172.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172.htm). Acesso em: 10 de janeiro de 2023.

BRASIL. Lei nº 6.856 de 1980. Dispõe sobre os servidores públicos civis da Administração Federal direta e autárquica, segundo a natureza jurídica do vínculo empregatício, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/1970-1979/L6185.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1970-1979/L6185.htm). Acesso em: 10 de fevereiro de 2023.

BRASIL. Lei n. 8.080, de 19 de setembro de 1990. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. **Diário Oficial da União**. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8080.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm). Acesso em: 24 de junho de 2023.

BRASIL. Lei n. 8.142, de 28 de dezembro de 1990. Dispõe sobre a participação da comunidade na gestão do Sistema Único de Saúde (SUS) e sobre as transferências intergovernamentais de recursos financeiros na área da saúde e dá outras providências. **Diário Oficial da União**. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8142.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8142.htm). Acesso em: 24 de junho de 2023.

BRASIL. Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. **Diário Oficial da União**. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8666cons.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%208.666%2C%20DE%2021%20DE%20JUNHO%20DE%201993&text=Regulamen](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%208.666%2C%20DE%2021%20DE%20JUNHO%20DE%201993&text=Regulamen)

ta%20o%20art.%2037%2C%20inciso,P%C3%BAblica%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%A2ncias. Acesso em: 24 de junho de 2023.

BRASIL. Lei n. 9.649, de 27 de maio de 1998. Dispõe sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19649cons.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19649cons.htm). Acesso em: 24 de junho de 2023.

BRASIL. Lei n. 9.782, de 26 de janeiro de 1999. Define o Sistema Nacional de Vigilância Sanitária, cria a Agência Nacional de Vigilância Sanitária, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19782.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19782.htm). Acesso em: 24 de junho de 2023.

BRASIL. Lei n. 11.107, de 6 de abril de 2005. Dispõe sobre normas gerais de contratação de consórcios públicos e dá outras providências. **Diário Oficial da União**. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2005/lei/11107.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/11107.htm). Acesso em: 15 de agosto de 2023.

BRASIL. Lei n. 11.079, de 30 de dezembro de 2004. Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública. **Diário Oficial da União**. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2004/lei/11079.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/11079.htm). Acesso em: 24 de junho de 2023.

BRASIL. Lei n. 13.303, de 30 de junho de 2016. Dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. **Diário Oficial da União**. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2016/lei/13303.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/13303.htm). Acesso em: 24 de junho de 2023.

BRASIL. Decreto-Lei n. 200, de 25 de fevereiro de 1967. Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências. **Diário Oficial da União**. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del0200.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del0200.htm). Acesso em: 24 de junho de 2023.

BRASIL. Emenda Constitucional n. 19, de 4 de junho de 1998. Modifica o regime e dispõe sobre princípios e normas da Administração Pública, servidores e agentes políticos, controle de despesas e finanças públicas e custeio de atividades a cargo do Distrito Federal, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**. Disponível em: 24 de junho de 2023.

BRASIL. Decreto n. 2.487, de 02 de fevereiro de 1988. Dispõe sobre a qualificação de autarquias e fundações como Agências Executivas, estabelece critérios e procedimentos para a elaboração, acompanhamento e avaliação dos contratos de gestão e dos planos estratégicos de reestruturação e de desenvolvimento institucional das entidades qualificadas e dá outras providências. **Diário Oficial da União**. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/d2487.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d2487.htm). Acesso em: 15/08/2023.

BRASIL. Decreto nº 2.488, de 1988 de 02 de fevereiro de 1988. Define medidas de organização administrativa específicas para as autarquias e fundações qualificadas como Agências Executivas e dá outras providências. **Diário Oficial da União**.

Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/d2488.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d2488.htm). Acesso em: 15/08/2023.

BRASIL. Resolução – RDC n. 50, de 21 de fevereiro de 2002. Dispõe sobre o Regulamento Técnico para planejamento, programação, elaboração e avaliação de projetos físicos de estabelecimentos assistenciais de saúde. **Diário Oficial da União**. Disponível em: [https://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/anvisa/2002/res0050\\_21\\_02\\_2002.html](https://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/anvisa/2002/res0050_21_02_2002.html).

CARVALHO, S. R. As contradições da promoção à saúde em relação à produção de sujeitos e a mudança social. **Ciência & Saúde Coletiva**, v. 9, p. 669-678, 2004.

CARVALHO FILHO, J. dos S. **Manual de Direito Administrativo**. 33. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

COLARES, L.G. T.; FIGUEIREDO, V. O.; MARTINS, M. C.; ANDRADE, L. P. de. **Contratação de Serviços Terceirizados de Alimentação e Nutrição: orientações técnicas**. 1. ed. Rio de Janeiro: Rubio, 2014.

CORDEIRO, R. G. F.; MELLO, D. R. de; MANSO, M. E. G.; NECHIO, M.; CARVALHO, W. Poder de polícia e as ações de vigilância sanitária. **Integração**, v. 12, n. 45, p. 161-9, 2006.

COSTA, E. A. **Vigilância sanitária: proteção e defesa da saúde**. 2004.

CUNHA, João Pedro Ferreira Rosa et al. **Controle judicial do poder de polícia**. 2017.

CRESWELL, John W. **Investigação Qualitativa e Projeto de Pesquisa:- Escolhendo entre Cinco Abordagens**. Penso Editora, 2014.

CRODA, J. H. R.; GARCIA, L. P. Resposta imediata da Vigilância em Saúde à epidemia da COVID-19. **Epidemiologia e serviços de saúde**, v. 29, p. e2020002, 2020.

DALLARI, S. G. Vigilância Sanitária: proteção e defesa da saúde. **Revista de Direito Sanitário**, v. 1, n. 1, p. 138-140, 2000.

DALLARI, A. A. Credenciamento. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, nº 5, 2006. Disponível em: [http://www.anpevi.org.br/pareceres/PARECER\\_ADILSON\\_DALLARI\\_CREDENCIAMENTO.pdf](http://www.anpevi.org.br/pareceres/PARECER_ADILSON_DALLARI_CREDENCIAMENTO.pdf). Acessado em 15 de fevereiro de 2023.

DI PIETRO, M. S. Z. **Direito Administrativo**. 23ª ed. São Paulo, Editora Atlas, 2010.

\_\_\_\_\_. **Direito Administrativo**. 20ª ed. São Paulo, Editora Atlas, 2007.

DIAS, H. P. Flagrantes do ordenamento jurídico-sanitário. In: **Flagrantes do ordenamento jurídico-sanitário**. p. 363-363, 2004.

GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 17ª ed. Atualizada por Fabrício Motta. São Paulo, Editora Saraiva, 2012.

\_\_\_\_\_. **Direito Administrativo**. 8ª ed. São Paulo, Editora Saraiva, 2003.

EDUARDO, M. B. P.; MIRANDA, I. C. **Saúde e Cidadania: Para gestores municipais de serviços de saúde**. In: Vigilância Sanitária. 1ª ed. São Paulo: Faculdade de Saúde Pública da Universidade de São Paulo, 1988.

GONÇALVES, M. P.; CAMPOS, S. T. de; SARTI, F. M. Políticas públicas de segurança alimentar no Brasil: uma análise do Programa de Restaurantes Populares. **Revista Gestão & Políticas Públicas**, v. 1, n. 1, 2011.

JANNUZZI, P. Avaliação de programas sociais: conceitos e referenciais de quem a realiza. **Estudos em Avaliação Educacional**, v. 25, n. 58, p. 22-42, 2014.

KLEIN, A. L.; MARQUES NETO, F. de A. **Tratado de Direito Administrativo: funções administrativas do Estado**. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

KLERING, L. R., BERGUE, S. T., DA SILVA SCHRÖEDER, C., PORSSIED, M. D. C. S., STRANZ, E., KRUEL, A. J. Competências, papéis e funções dos poderes municipais no contexto da administração pública contemporânea. **Análise–Revista de Administração da PUCRS**, v. 22, n. 1, 2011.

LAZZARINI, Á. Limites do poder de polícia. **Revista de Direito Administrativo**, v. 198, p. 69-83, 1994.

LAZZARINI, Á. O direito administrativo da ordem pública. **O alferes**, v. 13, n. 47, 1997.

LIEBER, R. R.; LIEBER, N.; AUGUSTO, L. G. S. Avaliação, monitoramento e prevenção de risco ambiental para a saúde. **Texto elaborado para debate em grupo de trabalho do I Seminário Nacional de Saúde e Ambiente da Fiocruz**. Rio de Janeiro, 2000.

LUCCHESI, G. **Globalização e regulação sanitária: os rumos da vigilância sanitária no Brasil**. 2001. 245f. Tese (Doutorado em Saúde pública) – Escola Nacional de Saúde Pública Sergio Arouca / FIOCRUZ, São Paulo, 2001.

LUCCHESI, P. T. R. A Vigilância Sanitária, segundo as normas operacionais básicas do Ministério da Saúde. In: ROZENFELD, S., org. Fundamentos da Vigilância Sanitária [online]. **Editora FIOCRUZ**, 2000.

MARRARA, T. O exercício do poder de polícia por particulares. **Revista de Direito Administrativo**, v. 269, p. 255-278, 2015.

MAZZA, A. Manual de Direito Administrativo. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2023. E-book.

MEIRELLES, H. L. Poder de polícia e segurança nacional. **Revista dos Tribunais**, v. 61, n. 445, p. 287-298, 1972.

\_\_\_\_\_. **Direito administrativo brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2003.

MELLO, O. A. B. de. **Direito Administrativo: Princípios Gerais**. 1. a edição. **Forense**, Rio de Janeiro, 1969.

MELLO, C. A. B. de. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968.

\_\_\_\_\_. **Grandes temas de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2009.

\_\_\_\_\_. **Grandes temas de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2010.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Administrativo**. 31ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Administrativo**. 32ª ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. Secretaria de Políticas de Saúde. **As cartas da promoção da saúde**. Brasília: Ministério da Saúde. 2002. Disponível: [https://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/cartas\\_promocao.pdf](https://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/cartas_promocao.pdf). Acesso em: 05 de outubro de 2022.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Portaria n. 1399, de 15 de dezembro de 1999**. Regulamenta a NOB SUS 01/96 no que se refere às competências da União, estados, municípios e Distrito Federal, na área de epidemiologia e controle de doenças, define a sistemática de financiamento e dá outras providências. Disponível em: [http://www.funasa.gov.br/site/wp-content/files\\_mf/Pm\\_1399\\_1999.pdf](http://www.funasa.gov.br/site/wp-content/files_mf/Pm_1399_1999.pdf). Disponível em: 24 de junho de 2023.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Norma Operacional Básica 1/96 do Sistema Único de Saúde (SUS)**. Disponível em: [https://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/1996/prt2203\\_05\\_11\\_1996.html](https://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/1996/prt2203_05_11_1996.html). Acesso em: 24 de junho de 2023.

MOREIRA NETO, D. F. D. Curso de direito administrativo. **Rio de Janeiro: Forense**, 2014.

PATEL, J. T. C.; MARTINS, G. L. O poder de polícia na administração pública. **JUDICARE**, v. 3, n. 3, 2012.

ROSÁRIO, C. A.; BAPTISTA, T. W. de F.; MATTA, G. C. Sentidos da universalidade na VIII Conferência Nacional de Saúde: entre o conceito ampliado de saúde e a ampliação do acesso a serviços de saúde. **Saúde em debate**, v. 44, p. 17-31, 2020.

SÁ, A. S. D.; OLIVEIRA, Á. R. D. ELGRABLY, C. S. D. P.; PIRES, T. M. F. **Bases legais do poder de polícia da ANVISA**. 2009. Trabalho de Conclusão de Curso (Especialização em Vigilância Sanitária) – Fundação Oswaldo Cruz, Brasília, 2009.

SANTOS, L. Administração pública e a gestão da saúde. **Gestão pública e relação público privado na saúde**. Rio de Janeiro: Cebes, p. 68-86, 2010.

SANTOS, J. C.; OLIVEIRA, S. S. A importância da administração pública indireta para a prestação do serviço público. **Revista da Faculdade de Administração e Economia**, v. 1, n. 2, p. 64-89, 2010.

SÃO PAULO. Portaria CVS n. 10, de 05 de agosto de 2017. Define diretrizes, critérios e procedimentos no âmbito do Sistema Estadual de Vigilância Sanitária - SEVISA, para avaliação físico funcional de projetos de edificações de atividades de interesse da saúde e emissão do Laudo Técnico de Avaliação – LTA. **Diário Oficial do Estado de São Paulo**. Disponível em: [https://cvs.saude.sp.gov.br/zip/E\\_PT-CVS-10\\_050817%20LTA%202017.pdf](https://cvs.saude.sp.gov.br/zip/E_PT-CVS-10_050817%20LTA%202017.pdf).

SCAFF, L. C. M; NORAT, L. C. Sociedade de economia mista: função e estrutura. **Revista Jurídica**, v. 5, n.º. 67, p. 487, 2021.

SCHERCH, V. A. A terceirização no serviço público: aspectos gerais, limites e vedações. **Âmbito Jurídico, Rio Grande, XIX**, n. 146, 2016.

SETA, M. H. de; REIS, L. G. C.; PEPE, V. L. E. Vigilâncias do campo da saúde: conceitos fundamentais e processos de trabalho. **Gondim R, Grabois V, Mendes Junior WV, organizadores. Qualificação dos Gestores do SUS. 2ª ed. Rio de Janeiro: Fiocruz**, p. 199-237, 2011.

SETA, M. H. de; OLIVEIRA, C. V. dos S.; PEPE, V. L. E. Proteção à saúde no Brasil: o sistema nacional de vigilância sanitária. **Ciência & Saúde Coletiva**, v. 22, p. 3225-3234, 2017.

SOUZA, G. S.; COSTA, E. A. Considerações teóricas e conceituais acerca do trabalho em vigilância sanitária, campo específico do trabalho em saúde. **Ciência & Saúde Coletiva**, v. 15, p. 3329-3340, 2010.

SUNDFELD, C. A. Empresa estatal pode exercer poder de polícia. **Boletim de Direito Administrativo**, p. 98-103, 1993.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - STF. **Imposição de multas pela BHTRANS é tema de repercussão geral no STF**. 2002. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/noticias/3073746/imposicao-de-multas-pela-bhtrans-e-tema-de-repercussao-geral-no-stf>. Acesso em: 15 de janeiro de 2023.

TÁCITO, C. **Temas de Direito Público**: Estudos e pareceres. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.