



**EXCELENTÍSSIMO SENHOR CONSELHEIRO-PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE
CONTAS DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO**

O **MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO**, pelo Procurador que esta subscreve, no exercício do poder-dever constitucional e legal, vem, respeitosamente, perante Vossa Excelência, com fundamento no art. 130 da Constituição da República c/c art. 3º, incisos I e VI, da Lei Complementar nº. 451/2008 c/c art. 99, § 1º, VI, da Lei Complementar nº. 621/12, oferecer

REPRESENTAÇÃO
com pedido de provimento liminar cautelar
inaudita altera parte

em face de **OCTACIANO GOMES DE SOUZA NETO** - Secretário de Estado da Agricultura, Abastecimento, Aquicultura e Pesca – SEAG, **JOSÉ MARIA DE ABREU JÚNIOR** e **EZRON LEITE THOMPSON**, respectivamente, Diretor Presidente e Diretor Técnico do Instituto de Defesa Agropecuária e Florestal do Estado do Espírito Santo, doravante IDAF, em vistas do ilegal **Edital de Credenciamento 001/2016**, deflagrado pelo instituto, pelos motivos de fato e de direito a seguir declinados.

I – LEGITIMIDADE ATIVA, PASSIVA CABIMENTO E COMPETÊNCIA

Extreme de dúvidas é a legitimidade ativa do Ministério Público de Contas do Estado do Espírito Santo em propor a presente representação, à vista do que dispõe o art. 130 da Constituição da República c/c art. 3º, incisos I e VI, da Lei Complementar nº. 451/2008 c/c art. 99, § 1º, VI, da Lei Complementar nº. 621/12.



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
1ª Procuradoria de Contas

Quanto à legitimidade passiva, cabe aos Senhores **JOSÉ MARIA DE ABREU JÚNIOR** e **EZRON LEITE THOMPSON**, respectivamente, Diretor Presidente e Diretor Técnico do Instituto de Defesa Agropecuária e Florestal do Estado do Espírito Santo por assinarem o edital em testilha e executarem o credenciamento de empresas para a consecução das atividades de inspeção, atividades essas reservadas ao quadro de carreira do IDAF. Noutra, o Senhor **OCTACIANO GOMES DE SOUZA NETO** - Secretário de Estado da Agricultura, Abastecimento, Aquicultura e Pesca – SEAG, uma vez que o Serviço de Inspeção Estadual é coordenado pelo Excelentíssimo Senhor Secretário, no qual também cabe a expedição de Portarias, conforme se extrai do art. 15 da Lei Estadual 10.541/2016¹.

No tocante ao cabimento e competência, prescreve o art. 99, *caput*, da LC n.º 621/2012 que “*serão recebidos pelo Tribunal como representação os documentos encaminhados por agentes públicos comunicando a ocorrência de ilegalidades ou irregularidades de que tenham conhecimento em virtude do exercício do cargo, emprego ou função, bem como os expedientes de outras origens que devam revestir-se dessa forma, por força de lei específica.*” Assim, em caso de ilegalidade ou irregularidades perpetradas em detrimento do patrimônio público, é cabível a representação a essa Corte de Contas para obstá-las.

II – DOS FATOS

O Ministério Público de Contas, por meio do Diário Oficial do Estado do Espírito Santo do dia 20.06.2016, tomou conhecimento da edição da Lei Estadual n.º 10.541/2016. De uma análise perfunctória de seus dispositivos, verificaram-se manifestas irregularidades, notadamente, ao **(i) delegar a particular, contratado por empresa previamente credenciada pelo Instituto de Defesa Agropecuária e Florestal do Espírito Santo – IDAF, a inspeção nos estabelecimentos que realizem abates**, bem como **(ii) atribuir aos estabelecimentos que realizam abate o custeio do serviço de inspeção, mediante pagamento direto à empresa credenciada**.

Assim dispõem os dispositivos em testilha:

¹ **Art. 15.** Esta Lei será regulamentada por meio de Decreto, quanto aos aspectos técnicos, por meio de Portarias da SEAG ou Instruções de Serviços e Normativas do IDAF, conforme o caso.



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
1ª Procuradoria de Contas

Art. 3º Para os fins desta Lei, considera-se:

I - **Inspeção**: atividade privativa dos médicos veterinários, auxiliados por pessoal previamente treinado que abrange a inspeção *ante-mortem*, inspeção *post-mortem*, **juízo, condenação e destinação de animais e suas partes, atendimento do bem-estar animal, verificação dos procedimentos operacionais de abate**, verificação dos autocontroles das empresas, treinamento do pessoal que auxiliará na execução das atividades de abate, embalagem e estocagem de produtos e subprodutos, recebimento de matérias primas, acompanhamento da expedição dos produtos e as **condições higiênico-sanitárias dos equipamentos e instalações**; e

II - **Fiscalização**: ação direta, privativa e não delegável dos órgãos do Poder Público, efetuada por servidores públicos com poder de polícia administrativa, para a verificação do cumprimento das determinações da legislação específica e dispositivos regulamentares, abrangendo os aspectos industriais e sanitários dos produtos de origem animal, comestíveis e não comestíveis, sejam ou não adicionados de produtos vegetais, e seus subprodutos, relacionados aos processos e sistemas de controle industriais, nas etapas de recebimento, manipulação, transformação, elaboração, preparo, conservação, acondicionamento, embalagem, depósito, rotulagem e trânsito, pautada na execução das normas regulamentares e procedimentos técnicos sobre os produtos de origem animal.

Art. 4º A inspeção de produtos e subprodutos de origem animal de que trata a presente Lei será exercida da seguinte forma:

I - em caráter permanente, nos estabelecimentos que realizem abates e registrados no Serviço de Inspeção do Estado do Espírito Santo – SIE, **exclusivamente por médicos veterinários habilitados pelo Conselho Profissional e contratados por empresas previamente credenciadas pelo Instituto de Defesa Agropecuária e Florestal do Espírito Santo – IDAF; e**

II - em caráter periódico, nos estabelecimentos que não realizem abate, mas somente a industrialização, registrados no SIE, **exclusivamente por médico veterinário servidor público do IDAF.**

§ 1º Na inspeção, compete ao médico veterinário **habilitado a identificação de lesões em vísceras, carcaças, linfonodos, entre outros; a realização do juízo, condenação e destinação em conformidade com o que preconiza a normatização legal vigente; a suspensão temporária do abate, sob a justificativa de qualquer**



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
1ª Procuradoria de Contas

situação de risco sanitário imediato, na ausência da documentação sanitária obrigatória ou na inobservância do bem-estar animal, devendo comunicar ao IDAF, para que, se necessário, adote medidas administrativas pertinentes.

§ 2º O credenciamento a que se refere o inciso I deste artigo, bem como a habilitação de médicos veterinários pelo IDAF serão regulamentados por meio de Decreto.

§ 3º Caberá aos estabelecimentos que realizam abate custear o serviço de inspeção, mediante pagamento direto à empresa credenciada.

Art. 6º Compete ao SIE, coordenado pela Secretaria de Estado da Agricultura, Abastecimento, Aquicultura e Pesca – SEAG, por meio do IDAF, a normatização, o registro de estabelecimentos, a fiscalização e a inspeção sanitária e tecnológica de produtos e subprodutos de origem animal tratados nesta Lei.

Calha timbrar que referida lei foi publicada no Diário Oficial do Estado do Espírito Santo em 20.06.2016, tendo *vacatio legis* de 90 (noventa) dias, possuindo, destarte, eficácia, a partir do dia 20.09.2016, **valendo reforçar que antes da Lei entrar em vigor, o IDAF, na data de 12.09.2016, publicou o edital de credenciamento de empresas n.º 001/2016 e a Instrução de Serviço n.º 093-P, que visa constituir comissão para analisar os pedidos de credenciamento, asseverando que “a eficiência, prudência e lógica indicam a necessidade de abertura do processo de credenciamento durante a *vacatio legis*” (OF/IDAF/DIPRE/Nº 250/2016, constante no anexo).**

Não obstante, na data de 13 de setembro de 2016, o Ministério Público de Contas oficiou ao Diretor Presidente do Instituto de Defesa Agropecuária e Florestal do Estado do Espírito Santo no seguinte sentido:

Ofício n.º 0354/2016/MPC/GAB/LHAS

Vitória, 13 de setembro de 2016.

Ao Senhor

Diretor Presidente do Instituto de Defesa Agropecuária e Florestal do Estado do Espírito Santo

JOSÉ MARIA DE ABREU JUNIOR



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
1ª Procuradoria de Contas

Rua Desembargador José Fortunato Ribeiro, nº 95 - Mata da Praia
CEP: 29.066-070 - Vitória / ES

Senhor Diretor Presidente,

A par de respeitosamente cumprimentá-lo, venho por meio deste **requisitar** a Vossa Senhoria, com fulcro no art. 26, inciso I, alínea "b", da Lei nº. 8.625/93 e art. 27, § 2º, inciso I, alínea "b", da Lei Complementar nº. 95/97 c/c art. 2º da Lei Complementar Estadual nº. 451/2008, que encaminhe, no prazo de **05 (cinco) dias**, as seguintes informações:

1 - Quantitativo de cargos de Agente de Desenvolvimento Agropecuário – Medicina Veterinária – bem como relação nominal dos ocupantes e a data de admissão;

2 - Motivos e justificativas que levaram a deflagração do edital de credenciamento 001/2016, cujo objeto é o CREDENCIAMENTO DE PESSOAS JURÍDICAS PARA REALIZAÇÃO DE INSPEÇÃO DE PRODUTOS E SUBPRODUTOS DE ORIGEM ANIMAL, para integrar no SERVIÇO DE INSPEÇÃO ESTADUAL DO ESPÍRITO SANTO, SIE/IDAF, que se regerá pelas disposições da Lei Estadual nº 10.541/2016, bem como da Instrução de Serviço nº 093-P, de 06 de setembro de 2016, **uma vez que a Lei Estadual n.º 10.541/2016, se encontra em período de *vacatio legis*.**

Atenciosamente,

LUIS HENRIQUE ANASTÁCIO DA SILVA
Procurador do Ministério Público de Contas

Por conseguinte, atendendo ao requisitório supra, o IDAF se manifestou conforme os documentos colacionados no anexo I desta representação, informando, como ponto central proeminente, os servidores que realizam os serviços de inspeção e fiscalização no âmbito do Estado do Espírito Santo, conforme determina a Lei Complementar Estadual n.º 699/2013.



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
1ª Procuradoria de Contas

Do que se está a analisar, de princípio, é com desassombro que se declara a **ilegalidade do edital de credenciamento n.º 001/2016**, ante a presença da **irregular delegação do poder de polícia do estado – que deve ser exercido unicamente por servidor concursado e não por particular –, bem assim a previsão de que o pagamento por serviços de prestação do estado seja realizado diretamente à empresa, sabe-se lá por qual natureza tributária, o que revela ilegalidade da mais alta gravidade**, ocasionando, assim, a inconstitucionalidade da lei em comento.

III – DO DIREITO

III.1 – DA COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL DE CONTAS PARA O CONTROLE DA LEGALIDADE DO EXERCÍCIO DO PODER DE POLÍCIA

O Tribunal de Contas é uma instituição secular cujo surgimento, consentâneo à proclamação da República, remonta ao Decreto n.º 966-A de 1890, editado por iniciativa do, então, Ministro da Fazenda, Rui Barbosa.

Erigido a nível constitucional com a Constituição Federal de 1891, foi institucionalizado com o desiderato de realizar o controle da legalidade dos atos da Administração pertinentes a matérias que envolvam despesas públicas.

Na Carta Constitucional em vigor, o Tribunal de Contas, disciplinado como órgão constitucional dotado de autonomia administrativa e financeira, é órgão de permeio, atuando, ora em auxílio ao Poder Legislativo no exercício do controle externo, ora no exercício de competências próprias e específicas.

Ao delinear as competências do Tribunal de Contas da União – TCU, a Constituição Federal de 1988 positiva, em seu art. 71, inciso IX, que àquela Corte de Contas compete *“assinar prazo para que o órgão ou entidade adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, se verificada ilegalidade”*.

Por seu turno, a Constituição do Estado do Espírito Santo, com esteio no artigo 75 da Carta Republicana – que se trata de *norma de reprodução obrigatória* no âmbito da



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
1ª Procuradoria de Contas

organização, composição e fiscalização dos Tribunais de Contas dos Estados –, reproduz, em seu art. 71, inciso X, norma idêntica à prevista no art. 71, inciso IX, da CF/88, senão vejamos:

Art. 71. O controle externo, a cargo da Assembléia Legislativa ou da Câmara Municipal, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas do Estado ao qual compete:

[...]

X - assinar prazo para que o órgão ou entidade adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, se verificada ilegalidade;

Neste contexto, insta ressaltar que o pronunciamento definitivo do Tribunal de Contas a respeito do exato cumprimento da Lei, se verificada *ilegalidade*, **vincula** a Administração Pública e produz efeitos retroativos.

Destarte, tem-se que o controle de legalidade empreendido pelo Tribunal de Contas na prática de atos vinculados do gestor – que se traduz na análise comparativa do ato fiscalizado frente à lei *latu sensu*, sendo esta a própria Constituição Federal ou Lei Ordinária ou Complementar – revela-se imprescindível ao aperfeiçoamento desses atos.

O exponencial administrativista José dos Santos Carvalho Filho define com maestria o conceito de controle de legalidade, senão vejamos:

O controle de legalidade, como informa a própria expressão, é aquele em que o órgão controlador faz o confronto entre a conduta administrativa e uma norma jurídica vigente e eficaz, que pode estar na Constituição, na lei ou em ato administrativo impositivo de ação ou omissão. Verificada a incompatibilidade da ação ou omissão administrativa com a norma jurídica incidente sobre a espécie, deve ser revista a conduta por ser ilegítima. (CARVALHO FILHO, José dos Santos, *Manual de Direito Administrativo*, 21ª ed., Rio de Janeiro: Editora *Lumen Juris*, 2009. P. 896).

Cumprido, portanto, ao Tribunal de Contas verificar a estrita legalidade dos atos praticados pelos servidores públicos, mais ainda quando se tratam de atos vinculados, em observância às regras constitucionais e legais.



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
1ª Procuradoria de Contas

Como não poderia deixar de ser, a Lei defere ao Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo o exame, em controle difuso, da constitucionalidade da Lei, consoante se deduz dos arts. 1º, inciso XXXV, 176 e seguintes da Lei Complementar 621/2012, bem como do Regimento Interno dessa Corte de Contas, arts. 9º, inciso IX, 332 e seguintes.

Neste cenário, plenamente cabível a essa Corte de Contas o controle da legalidade da Lei Estadual n.º 10.541/2016, que inseriu o particular no exercício do poder de polícia, ao prever que a inspeção de produtos e subprodutos de origem animal será exercida, ***“em caráter permanente, nos estabelecimentos que realizem abates e registrados no Serviço de Inspeção do Estado do Espírito Santo – SIE, exclusivamente por médicos veterinários habilitados pelo Conselho Profissional e contratados por empresas previamente credenciadas pelo Instituto de Defesa Agropecuária e Florestal do Espírito Santo – IDAF”***.

III.2 - DO PODER DE POLÍCIA

Como se sabe, o Estado é dotado de poderes políticos exercidos pelo Poder Legislativo, Poder Executivo e Poder Judiciário no desempenho de suas funções constitucionais, e de poderes administrativos que surgem secundariamente com atos da Administração Pública e se efetivam de acordo com as exigências do serviço público e com os interesses da coletividade, sem permitir que o interesse particular se sobreponha. Enquanto os poderes políticos se identificam com os poderes do Estado e só são exercidos pelos respectivos órgãos constitucionais do Governo, os poderes administrativos se difundem e se apresentam por toda a Administração.

O poder de polícia destina-se a assegurar o bem estar geral, impedindo, através de ordens, proibições e apreensões, o exercício antissocial dos direitos individuais, o uso abusivo da propriedade, **ou, como ponto maior, a prática de atividades prejudiciais à coletividade.** Tem como compromisso zelar pela boa conduta em face das leis e regulamentos administrativos em relação ao exercício do direito de propriedade e de liberdade.



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
1ª Procuradoria de Contas

Afinal, uma das funções do Estado é restringir o direito dos particulares, devendo organizar a convivência social a partir da restrição a direitos e liberdades absolutas em favor do interesse geral.

Assim, todos esses atos aqui apontados são exercidos pelos órgãos do Estado que têm a precípua tarefa de estabelecer as restrições e limites ao particular, a partir da realização de atividades concretas que observem o interesse geral.

Nesse contexto, o poder de polícia é exercido pelo conjunto de órgãos e serviços públicos incumbidos de fiscalizar, controlar e deter as atividades individuais que se revelem contrárias à higiene, à saúde, à moralidade, ao sossego, ao conforto público e até mesmo à ética urbana.

Destaca-se: o poder de polícia permite expressar o poder da administração de limitar, de modo direto, as liberdades fundamentais em prol do bem comum com base na lei.

Nessa senda, cabe citar os seguintes ensinamentos:

“Poder de Polícia é a faculdade de que dispõe a Administração Pública para condicionar e restringir o uso e gozo de bens, atividades e direitos individuais, em benefício da coletividade ou do próprio Estado” (MEIRELLES, 2002, p. 127).

“O Poder de Polícia é, em suma, o conjunto de atribuições concedidas a Administração para disciplinar e restringir, em favor do interesse público adequando, direitos e liberdades individuais” (TÁCITO, 1975, *apud* MEIRELLES, 2002, p. 128).

Poder de Polícia pode ser entendido como o conjunto de restrições e condicionantes a direitos individuais em prol do interesse público prevalente. Traduz-se, portanto, no conjunto de atribuições outorgadas à Administração para disciplinar e restringir, em favor do interesse social, determinados direitos e liberdades individuais (FRIEDE, 1999, p. 109).

“O poder de polícia constitui limitação à liberdade individual, mas tem por fim assegurar esta própria liberdade e os direitos essenciais do homem” (CAVALCANTI, 1956, p. 07, *apud* MEDAUAR, 2000, P.390).



Como se verifica, o ponto comum da análise desses doutrinadores reside na faculdade que tem a Administração Pública de ditar e executar medidas restritivas do direito do indivíduo em benefício do bem-estar da coletividade e da preservação do próprio Estado, e esse poder é inerente a toda a administração e se reparte entre todas as esferas administrativas da União, dos Estados e dos Municípios.

Essa conceituação doutrinária está prevista em nossa legislação, valendo citar o Código Tributário Nacional que, em texto amplo e explicativo, dispõe seu entendimento:

Art. 78 Considera-se poder de polícia a Atividade da Administração Pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, a 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 os direitos individuais ou coletivos.

Destarte, o poder de polícia fundamenta-se no princípio da predominância do interesse público sobre o do particular, dando a Administração Pública uma posição de supremacia sobre os particulares, supremacia esta que o Estado exerce em seu território sobre todas as pessoas, bens e atividades, revelando-se nos mandamentos constitucionais e nas normas de ordem pública, em favor do interesse social.

Nesse contexto, cabe destacar que o Poder Legislativo edita as leis decorrentes do poder de polícia, condicionando a conduta dos indivíduos no exercício do direito de propriedade e de liberdade. E, por sua vez, a Administração Pública, em virtude de sua supremacia geral, tem como uma de suas funções aplicar a lei de ofício ao caso concreto, fiscalizando a conduta dos indivíduos em face dessas leis.

III.3 - DO PODER DE POLÍCIA ADMINISTRATIVA NA VIGILÂNCIA E FISCALIZAÇÃO DE PRODUTOS E SUBPRODUTOS ALUSIVOS À HIGIENE E SAÚDE PÚBLICA

Pode-se definir polícia administrativa como o conjunto de ações preventivas para evitar futuros danos que poderiam ser causados pela persistência de um comportamento



irregular do indivíduo, impedindo que o interesse particular se sobreponha ao interesse público.

Este poder atinge bens, direitos e atividades, difundindo-se por toda a administração de todos os Poderes e entidades públicas, manifestando-se através de atos normativos concretos e específicos, sendo seu principal objetivo a manutenção da ordem pública geral, impedindo preventivamente possíveis infrações das leis.

A polícia administrativa é multiforme, sendo tal atividade simplesmente discricionária. Pode fazer tudo quanto se torne útil à sua missão, desde que com isso não viole direito de quem quer que seja, direitos esses declarados na Constituição Federal.

Importante ressaltar que não há limitação a direito, mas sim a sua conformação aos contornos que as normas constitucionais, legislativas e administrativas – como manifestação do poder de polícia – conferem a um direito determinado.

A polícia administrativa preocupa-se com o comportamento antissocial e cabe a ela zelar para que cada cidadão exerça seus direitos da forma mais plena possível, sem prejudicar e sem ocasionar lesões a outros indivíduos.

A atividade da polícia administrativa é policial, inspecionar, por exemplo, os estabelecimentos comerciais, orientando os seus responsáveis sobre o risco de expor à venda produtos deteriorados ou impróprios para o consumo. É policial, inspecionar, locais de abates de animais, verificando se as normas legais estão sendo estritamente observadas e, caso não, impor restrições com o fito de obstar condutas danosas à coletividade.

A polícia administrativa tanto pode agir preventivamente (p. ex., orientando sobre o risco de expor a venda produtos deteriorados ou impróprios para o consumo), quanto repressivamente (p. ex., apreendendo os produtos vencidos dos estabelecimentos comerciais,



suspensão de atividades). Nas duas hipóteses a sua função é impedir que o comportamento do indivíduo cause prejuízos à coletividade.

III.4 – DA INDELEGABILIDADE DO PODER DE POLÍCIA ADMINISTRATIVA. INSPEÇÃO DE PRODUTOS E SUBPRODUTOS DE ORIGEM ANIMAL É ATIVIDADE TÍPICA DE ESTADO, NÃO PODENDO SER EXERCIDA POR PARTICULAR. CUIDA-SE DE SEGURANÇA ALIMENTAR DA POPULAÇÃO. TERCEIRIZAÇÃO ILEGAL DE MÃO DE OBRA.

Do teor manifestado no item anterior, especificamente nos dois últimos parágrafos, é incontroverso que a competência para o exercício do poder de polícia é indelegável a particular, com muito mais propriedade se há estrutura de carreira de estado para tal mister, como há.

Ora, o Estado, no desempenho de suas funções constitucionais, carece de poderes auxiliares para o exercício de suas atribuições, que se efetivam de acordo com as exigências do serviço público e o interesse da coletividade. Como exposto alhures, dentre esses poderes contingentes e instrumentais da Administração Pública, encontra-se o poder de polícia.

O termo “poder de polícia” deve ser analisado sob a ótica de dois aspectos, quais sejam, a proteção pela liberdade individual e a autoridade da administração pública. Nesse sentido é que se observa a existência do princípio da predominância do interesse público sobre o particular e a atribuição de prerrogativas à administração pública que a coloca em situação de superioridade em relação ao administrado.

De acordo com os ensinamentos de Hely Lopes Meireles, “[...] como certas atividades interessam simultaneamente às três atividades estatais, pela extensão e por todo território nacional (v.g. saúde pública, trânsito, transportes, etc), o poder de regular e de policiar se difunde entre todas as administrações interessadas, provendo cada qual no limite de sua competência territorial. **A regra, entretanto, é a exclusividade do policiamento administrativo**; a exceção é a concorrência do policiamento” (MEIRELES; 1992, p. 114).



Como se verá adiante, o atributo de indelegabilidade do poder de polícia, objeto principal da presente discussão, é reconhecido pelo próprio Supremo Tribunal Federal, sob o argumento de que as atividades típicas do Estado somente podem ser exercidas por ele mesmo. Ainda nesse sentido, Celso Antônio Bandeira de Mello:

Salvo hipóteses excepcionalíssimas [...], não há delegação de ato jurídico de polícia a particular e nem a possibilidade de que este o exerça a título contratual. (MELLO; 2009, p 832)

Destarte, conforme dito alhures, percebe-se a flagrante inconstitucionalidade da legislação estadual, que autoriza terceiro, particular, empresa privada, que tão somente visa o lucro, a exercer a atividade de poder de polícia, sem ter, para tanto, as devidas prerrogativas, agindo além dos limites fiscalizadores.

A inconstitucionalidade é tão chapada que o § 1º do art. 4º impõe ao **médico veterinário não oficial**, ou seja, ao particular, que na inspeção identifique “*lesões em vísceras, carcaças, linfonodos, entre outros; **a realização do julgamento, condenação e destinação em conformidade com o que preconiza a normatização legal vigente; a suspensão temporária do abate**, sob a justificativa de qualquer situação de risco sanitário imediato, na ausência da documentação sanitária obrigatória ou na inobservância do bem-estar animal, devendo comunicar ao IDAF, para que, se necessário, adote medidas administrativas pertinentes”.*

É crível que o particular, mesmo que credenciado, não possui legitimidade para a prática dos atos acima mencionados. Tão só servidor público investido em cargo de caráter efetivo possui legitimidade para a prática desses atos constantes na Lei. É teratológico, ainda mais por se tratar de produtos alimentícios,



sendo, assim, indelegável a atribuição do poder de polícia administrativa a particular.

Na espécie, a inspeção é um serviço exclusivo do estado porque está relacionado à segurança alimentar da população. Se se permite que o particular assim atue, demonstra-se, de forma inegável, que a saúde da população está relegada a segundo plano.

A propósito, como mencionado, **o Plenário do Supremo Tribunal Federal manifestou-se sobre a controvérsia atinente à delegação de poder de polícia à entidade privada no julgamento da ADI 1.717, Rel. Min. Sydney Sanches, DJ de 28/03/2003.** Naquela assentada, concluiu-se pela indelegabilidade, à entidade privada, de atividade típica de Estado, que abrange até poder de polícia, de tributar e de punir, no que tange ao exercício de atividades profissionais. O mencionado precedente restou assim ementado:

"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."(grifo nosso)



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
1ª Procuradoria de Contas

Vale colacionar, ainda, trecho de decisão monocrática proferida pelo Min. Marco Aurélio nos autos da ADI nº 2.310-MC:

DECISÃO - LIMINAR AGÊNCIAS REGULADORAS - PESSOAL - ARREGIMENTAÇÃO - CLT - PESSOAL DA TELEBRÁS - APROVEITAMENTO - IMPROPRIEDADE - LIMINAR DEFERIDA - AD REFERENDUM DO PLENÁRIO.

(...)

Prescindir, no caso, da ocupação de cargos públicos, com os direitos e garantias a eles inerentes, é adotar flexibilidade incompatível com a natureza dos serviços a serem prestados, igualizando os servidores das agências a prestadores de serviços subalternos, dos quais não se exige, até mesmo, escolaridade maior, como são serventes, artífices, mecanógrafos, entre outros. Atente-se para a espécie. **Está-se**

diante de atividade na qual o poder de fiscalização, o poder de polícia fazem-se com envergadura ímpar, exigindo, por isso mesmo, que aquele que a desempenhe sinta-se seguro, atue sem receios outros, e isso pressupõe a ocupação de cargo público, a estabilidade prevista no artigo 41 da Constituição Federal. Aliás, o artigo 247 da Lei Maior sinaliza a conclusão sobre a necessária

adoção do regime de cargo público relativamente aos servidores das agências reguladoras. Refere-se o preceito àqueles que desenvolvam atividades exclusivas de Estado, e a de fiscalização o é. (grifo nosso)

Cumpra consignar, também, o recente julgamento do Recurso Extraordinário n.º 658.570, do Excelso Pretório, que entendeu que a delegação do Poder de Polícia, *verbis*:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 658.570 MINAS GERAIS

RELATOR: MIN. MARCO AURÉLIO

REDATOR DO ACÓRDÃO

:MIN. ROBERTO BARROSO

RECTE.(S):MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS

PROC.(A/S)(ES) :PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS

RECDO.(A/S): MUNICÍPIO DE BELO HORIZONTE

PROC.(A/S)(ES): PROCURADOR-GERAL DO MUNICÍPIO DE BELO HORIZONTE

RECDO.(A/S): CÂMARA MUNICIPAL DE BELO HORIZONTE



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
1ª Procuradoria de Contas

ADV.(A/S): ROBERTO PACIARELLI

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.**

Na leitura do acórdão retromencionado - **RECURSO EXTRAORDINÁRIO 658.570 MINAS GERAIS**, o Ministro Relator assevera que o Poder de Polícia é um poder inerente à atividade típica de estado, que se subdivide em várias frentes, tais como poder de polícia de trânsito, sanitário, entre outros, assim fundamentando:

20. A competência para o exercício de poder de polícia decorre da atribuição constitucional para cuidar do bem jurídico a ser, por tal atuação administração, tutelado.



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
1ª Procuradoria de Contas

Dessa forma, apenas a União pode exercer poder de polícia quanto à classificação indicativa de diversões públicas e programas de rádio e televisão (art. 21, XVI) ou quanto aos tributos de sua competência (art. 153), mas todos os entes da federação podem fazê-lo quanto à saúde e ao meio ambiente (art. 23, II, e VI), dentro de seus respectivos limites territoriais.

Desse modo, pelo exercício de tal poder decorrer de atividade típica de estado, somente servidor investido em cargo público de caráter efetivo pode realizar tal mister, não se podendo concordar que uma empresa credenciada, **sociedade privada que tem por finalidade auferir lucro**, possa exercer poder de polícia, limitando a liberdade e propriedade dos administrados que realizem abates de animais, situação que se encontra positivada na Lei em testilha.

III.5 – CASO CONCRETO. IDAF. CARGO DE MÉDICO VETERINÁRIO. LEI COMPLEMENTAR ESTADUAL N.º 699/2013. MESMAS ATRIBUIÇÕES DA LEI ESTADUAL N.º 10.541/2016. EDITAL DE CREDENCIAMENTO N.º 001/2016. TERCEIRIZAÇÃO IRREGULAR DE SERVIÇO PÚBLICO. AFRONTA AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE – ART. 37, CAPUT DA CF/88. BURLA AO CONCURSO PÚBLICO – ART. 37, INCISO II DA CF/88.

No caso do **Instituto de Defesa Agropecuária e Florestal do Espírito Santo – IDAF**, do emaranhado da legislação estadual que incide sobre os cargos e atribuições dos servidores da referida autarquia, aponta-se a Lei Estadual n.º 699/2013 (Anexo III – Descrição sumária dos cargos integrantes do Quadro de Servidores do IDAF, a que se refere ao § 2º do artigo 3º), que permite traçar o seguinte comparativo com a lei ora debatida:

| LEI ESTADUAL n.º 699/2013 | LEI ESTADUAL 10.541/2016 |
|--|---|
| Cargo: Agente em Desenvolvimento Agropecuário | Delegação de atividades típicas de estado a particular |
| Requisitos de Ingresso: | |
| Conclusão de Curso de Nível Superior Bacharelado, reconhecido pelo Ministério da Educação, com habilitação nas áreas definidas | Art. 4º A inspeção de produtos e subprodutos de origem animal de que trata a presente Lei será exercida da seguinte forma: |



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
1ª Procuradoria de Contas

| | |
|---|--|
| <p>no edital do concurso. Formações admitidas: Engenharia Agrônômica, Engenharia Cartográfica/Agrimensura, Engenharia Civil, Engenharia de Alimentos, Engenharia Florestal, Engenharia Química, Geografia, Medicina Veterinária.</p> | <p>I - em caráter permanente, nos estabelecimentos que realizem abates e registrados no Serviço de Inspeção do Estado do Espírito Santo – SIE, <u>exclusivamente por médicos veterinários habilitados pelo Conselho Profissional e contratados por empresas previamente credenciadas pelo Instituto de Defesa Agropecuária e Florestal do Espírito Santo – IDAF; e</u></p> |
| <p>Atribuição:</p> | <p>OBRIGAÇÕES:</p> |
| <p>[...] Desenvolver pesquisas, planejar, programar, executar, fiscalizar, supervisionar, avaliar, estabelecer normas, coordenar programas, projetos e atividades, na área de defesa sanitária e inspeção animal e vegetal, <u>bem como realizar controle, “inspeção” e fiscalização industrial e agroindustrial de produtos e subprodutos de origem animal e vegetal,</u> e a fiscalização da distribuição, do transporte, do armazenamento, do comércio e do uso dos agrotóxicos, seus componentes e afins; [...] (grifo nosso)</p> | <p>§ 1º Na <u>inspeção</u>, <u>competete ao médico veterinário habilitado a identificação de lesões em vísceras, carcaças, linfonodos, entre outros; a realização do julgamento, condenação e destinação em conformidade com o que preconiza a normatização legal vigente; a suspensão temporária do abate, sob a justificativa de qualquer situação de risco sanitário imediato, na ausência da documentação sanitária obrigatória ou na inobservância do bem-estar animal, devendo comunicar ao IDAF, para que, se necessário, adote medidas administrativas</u></p> |



| | |
|--|--------------|
| | pertinentes. |
|--|--------------|

Ora, tanto a Lei 699/2013 quanto a Lei 10.541/2016 possuem o mesmo vocábulo: **INSPEÇÃO**.

Consoante o anexo I da referida lei, o IDAF conta com **231 (duzentos e trinta e um) cargos de Agente em Desenvolvimento Agropecuário** com habilitação profissional para executar as tarefas que se pretende delegar, as quais devem, precipuamente, ser prestadas em caráter rotineiro e permanente, por servidores públicos efetivos, admitidos através de concurso público, na forma do art. 37, II, da Constituição.

Cumpra sublinhar que o próprio IDAF, por intermédio do ofício OF/IDAF/DIPRE/Nº 250/2016, em atendimento ao requisitório do Ministério Público de Contas do Estado do Espírito Santo, **informa a relação dos servidores estaduais que realizam as atribuições na vergastada lei inconstitucional.**

Na forma empreendida no edital em testilha, a contratação de empresa terceirizada para a prática de ato específico de servidor público de carreira de estado configura, portanto, terceirização ilícita de atividades permanentes da administração. **Os servidores apontados pelo IDAF já atuam na frente de inspeção e fiscalização.**

Após a promulgação da Constituição da República, a primeira investidura no serviço público só é permitida através de aprovação em concurso público, sendo que o constituinte só permitiu duas exceções ao princípio da obrigatoriedade do concurso público: uma no caso dos cargos em comissão (art. 37, II e IX), outra no caso de contratação por tempo determinado, para atender serviço temporário de excepcional interesse público (art. 37, IX).

Destarte, qualquer outra espécie de admissão no serviço público, sem o requisito do prévio concurso, é totalmente vedada pela Lei Maior, sendo o ato nulo e sujeitando a



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
1ª Procuradoria de Contas

autoridade responsável à punição, conforme prevê o artigo 37, §§ 2º e 4º, da Constituição Federal.

No caso vertente, o IDAF conta em seu quadro com servidores efetivos aptos a executarem as atividades a serem contratadas conforme previsão da Lei 10.541/2016, razão pela qual não podem ser objeto de terceirização, sob pena de ofensa ao princípio do concurso público.

Sobre o tema, já se manifestou o Tribunal de Contas da União, através do Acórdão 71/2003 – Plenário:

Como bem destacou a Unidade Técnica, a questão que se discute, no mérito, já foi enfrentada por esta Corte em outras oportunidades e versa a respeito da **terceirização de mão-de-obra no âmbito da Administração Pública**, notadamente em relação a empresa pública, sujeita ao regime jurídico privado, com as restrições impostas pelos princípios e normas constitucionais extensíveis aos mencionados entes.

O entendimento dado à matéria por esta Corte não se afasta do conceito dado em doutrina ao termo terceirização. Consoante destacado pela SECEX/RS, somente se admite a terceirização no âmbito da Administração Pública, Direta ou Indireta, nas hipóteses em que o objeto da prestação de serviços não se relacionar com a atividade-fim da administração. **Permite-se a terceirização nos casos em que não envolver os serviços essenciais do órgão ou entidade.** Lícita, portanto, a terceirização das atividades consideradas instrumentais ou complementares da Administração. Ressalve-se, porém, que, mesmo nestas hipóteses, a terceirização será ilegal se envolver serviços que integram o plexo de atribuições de cargos ou empregos integrantes dos planos de cargos ou salários dos órgãos ou entidades.

Esta exigência de limitação da terceirização às consideradas atividade-meio das entidades integra, inclusive, a definição que se empresta ao termo. Apenas a título de exemplo, cite-se a lição de Francisco Antônio de Oliveira, para quem a terceirização é o “liame que liga uma empresa tomadora à empresa prestadora de serviços, mediante contrato regulado pelo direito civil, comercial ou administrativo, com a finalidade de realizar serviços coadjuvantes da atividade fim, por cuja realização somente responde a empresa prestadora de serviço, não tendo a empresa tomadora qualquer possibilidade de ingerência na mão-de-obra da empresa prestadora. A contratação poderá ter como escopo a produção de bem (etapas de uma linha de produção) bem como a prestação de serviços (Limpeza, segurança, serviços de importação e de exportação, treinamento de pessoal, etc.)” (in Da Terceirização e da Flexibilização como Estágios para a Globalização. ADV Advocacia Dinâmica: Seleções Jurídicas 10/97, vol. 17, p. 28).

No âmbito do direito público, tem-se, então, que a terceirização é admitida e pode ser considerada lícita quando, preenchidos os requisitos acima indicados, **não burlar as normas constitucionais e legais que regem as relações do Estado com seus agentes públicos, notadamente as que tornam obrigatório o concurso público para o provimento de cargos ou empregos na Administração.** (grifos nossos)



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
1ª Procuradoria de Contas

Noutra ocasião o Egrégio TCU determinou que se “*exclua do Contrato de prestação de serviços as atividades que detenham correlação com as atribuições dos cargos previstos no Quadro de Pessoal ou configurem terceirização de atividades não passíveis de execução indireta, observando o estabelecido no art. 37, inciso II, da Constituição Federal e art. 1º, § 2º do Decreto n.º 2.271/97 (Acórdão 975/2005 Segunda Câmara).*”

Especificamente quanto à contratação de assessoria contábil, esse Tribunal de Contas, através do Acórdão TC-0353/2010, Rel. Conselheiro Sergio Aboud Ferreira Pinto, firmou o seguinte precedente:

PRESTAÇÃO DE CONTAS - EXERCÍCIO DE 2008 - PRESIDENTE: GELSON FERNANDES FIRMO - 1) CONTAS IRREGULARES - MULTA - 2) RECOMENDAÇÕES AO GESTOR.

[...]

ACORDAM os Srs. Conselheiros do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, em sessão realizada no dia vinte e seis de outubro de dois mil e dez, à unanimidade, acolhendo o voto do Relator, Conselheiro Sérgio Aboudib Ferreira Pinto:

1. Julgar irregulares as contas analisadas, sob a responsabilidade do Sr. Gelson Fernandes Firmo, Presidente da Câmara Municipal de Presidente Kennedy no exercício de 2008, com base no artigo 59, inciso III, alínea “a”, da Lei Complementar nº 32/93, apenando-o com **multa** no valor correspondente a 500 (quinhentos) VRTE, com base no artigo 62 da referida lei, devendo essa quantia ser recolhida ao **Tesouro Estadual**, nos termos do artigo 169 do Regimento Interno deste Tribunal, **tendo em vista a contratação de assessoria contábil jurídica para a realização de atividades típicas, permanentes e essenciais da Administração Pública, contrariando a regra do concurso público; e a ausência de motivação para as referidas contratações, em infringência ao artigo 37, inciso II, da Constituição Federal e aos artigos 3º e 5º da Resolução nº 005/2005 da Câmara Municipal de Presidente Kennedy.** (grifo nosso)

2. Recomendar ao atual gestor que:

2.1. Promova a realização de concurso público, na forma do artigo 37, inciso II, da Constituição Federal, visando investir servidores para a consecução de atividades-fim do órgão, abstendo-se, em especial, de terceirizar serviços advocatícios e contábeis, exceto para situações excepcionais, devidamente justificadas e autorizadas pela lei;

Ressalte-se, por fim, que a violação do princípio do concurso público consubstancia ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública, por violar deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, lealdade às instituições e moralidade, conforme art. 11 da Lei nº. 8.429/93, consoante os seguintes excertos jurisprudenciais:



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
1ª Procuradoria de Contas

ADMINISTRATIVO. CONTRATAÇÃO DE SERVIDOR SEM CONCURSO PÚBLICO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. LESÃO A PRINCÍPIOS ADMINISTRATIVOS. AUSÊNCIA DE DANO AO ERÁRIO.

1. A ofensa a princípios administrativos, nos termos do art. 11 da Lei nº 8.429/92, em princípio, não exige dolo na conduta do agente nem prova da lesão ao erário público. Basta a simples ilicitude ou imoralidade administrativa para restar configurado o ato de improbidade. Demonstrada a lesão, o inciso III do art. 12 da Lei nº 8.429/92, independentemente da presença de dolo, autoriza seja o agente público condenado a ressarcir o erário.

2. Ao contratar e manter servidora sem concurso público na Administração, a conduta do recorrente amolda-se ao disposto no caput do art. 11 da Lei nº 8.429/92, ainda que o serviço público tenha sido devidamente prestado, tendo em vista a ofensa direta à exigência constitucional nesse sentido. O acórdão recorrido ressalta que a admissão da servidora "não teve por objetivo atender a situação excepcional e temporária, pois a contratou para desempenhar cargo permanente na administração municipal, tanto que, além de não haver qualquer ato a indicar a ocorrência de alguma situação excepcional que exigisse a necessidade de contratação temporária, afunção que passou a desempenhar e o tempo que prestou serviços ao Município demonstram claramente a ofensa à legislação federal".

3. Desse modo, é razoável a sua condenação na pena de suspensão dos direitos políticos pelo prazo de 3 (três) anos e o pagamento de multa civil no valor equivalente a duas remunerações percebidas como Prefeito do Município - punições previstas no patamar mínimo do artigo 12, III, da LIA.5. Recurso especial não provido.

(STJ - PR 2007/0262534-2, Relator: Ministro CASTRO MEIRA, Data de Julgamento: 27/04/2011, S1 - PRIMEIRA SEÇÃO, Data de Publicação: DJe 12/05/2011)

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - OFENSA AOS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA - CONTRATAÇÃO IRREGULAR DE SERVIDORES - AUSÊNCIA DE CONCURSO PÚBLICO - DECLARAÇÃO DE NULIDADE DAS CONTRATAÇÕES RESSARCIMENTO AO ERÁRIO - DANO MORAL DIFUSO.

1. A investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração (art. 37, II, CF). A lei estabelecerá os casos de contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público (art. 37, IX, CF).

2. Contratação de servidores sem concurso público. Ofensa à legalidade, impessoalidade e moralidade caracterizada. Ressarcimento ao erário. Inadmissibilidade. A despeito da irregularidade na contratação, não há prova da ocorrência de dano patrimonial ao erário. Servidores temporários que prestaram os serviços pelos quais foram contratados. Dano moral difuso. Ausência de forte abalo no senso de moralidade da coletividade. Descabimento. Sentença mantida. Recurso desprovido.

(TJSP 9135748-12.2004.8.26.0000, Relator: Décio Notarangeli, Data de Julgamento: 25/05/2011, 9ª Câmara de Direito Público, Data de Publicação: 01/06/2011)



Logo, verificado que a contratação pretendida viola, de forma expressa, a norma do art. 37, II, da Constituição Federal, em evidente burla ao princípio do concurso público, cabe ao Tribunal de Contas, nos termos do art. 71, X, da Constituição Federal c/c art. 1º, IX, da Lei Complementar nº. 32/93, determinar ao Instituto de Defesa Agropecuária e Florestal do Estado do Espírito Santo, **que possui em seu quadro próprio servidores com as mesmas atribuições da constante na Lei em testilha**, que adote as providenciárias necessárias ao exato cumprimento da lei e, não o fazendo no prazo estipulado, sustar diretamente a execução do ato, sem prejuízo de aplicar-lhes as sanções previstas em lei e de comunicar o fato à Assembleia Legislativa.²

Assim, a **deflagração do edital de credenciamento n.º 001/2016**, para a contratação de pessoa jurídica com o fito de realizar inspeção de produtos e subprodutos de origem animal é ilegal, por justamente delegar a terceiro, particular, a execução de serviços típicos de Estado, além do Estado do Espírito Santo possuir servidores para a realização de tais serviços. O edital, assim, afronta o princípio da legalidade, mediante terceirização ilegal de atividade típica de estado, bem como burla ao concurso público, pois existe quadro de carreira – Agente em Desenvolvimento Agropecuário – no IDAF.

III.6 – DA ESTRANHA NATUREZA JURÍDICA DO PAGAMENTO DIRETAMENTE À EMPRESA CREDENCIADA PARA O EXERCÍCIO DO PODER DE POLÍCIA DE INSPEÇÃO

A priori, prescreve o § 3º do art. 4º da lei em comento que ***“Caberá aos estabelecimentos que realizam abate custear o serviço de inspeção, mediante pagamento direto à empresa credenciada”***.

A taxa, uma das espécies de tributo previsto na Constituição Federal de 1988, tem como fato gerador o exercício do poder de polícia ou pela utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados aos contribuintes ou postos a sua disposição (art. 145, II).

A taxa encontra-se classificada em dois tipos distintos: a) decorrente do poder público de polícia; e b) utilização de serviço público, em caráter efetivo ou potencial.

² CF, art. 71, IX, X e XI; LC 32/93, art. 1º, IX, X e XXVI.



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
1ª Procuradoria de Contas

Taxa em razão do poder de polícia: consiste numa atividade da administração pública que limita ou disciplina direitos, interesses ou a liberdade e, também, regula a prática de ato ou a abstenção de fato do sujeito passivo, nos termos do art. 78, do CTN.

A expressão “poder de polícia” refere-se, na verdade, ao poder de inspeção ou fiscalização que a administração pública exerce sobre os administrados, não se confundindo com as atividades de manutenção da ordem ou segurança pública e nem com as da polícia judiciária.

Dentro desta prerrogativa é que se insere a taxa de licença de funcionamento de atividades comerciais, industriais e de lazer, porquanto é dever estatal, na manutenção da ordem pública, licenciar, inspecionar e fiscalizar o ambiente, analisando as condições de higiene, segurança, licitude da atividade, tranquilidade pública, etc. Ou seja, sempre que a administração pública efetuar atos pertinentes à concessão de licença, autorização, dispensa, isenção ou fiscalização enseja-se a cobrança da taxa de polícia.

Soma-se a isso que a Lei Estadual n.º 7001/2001, conhecida como Lei de taxas estadual, também possui hipótese de incidência no mesmo prisma do constante da Lei Estadual 10.541/2016, havendo, assim, incontroverso *bis in idem*.

Assim, por se tratar de serviço de fiscalização, corolário do poder de polícia administrativa, é irregular exigir qualquer tipo de valor que não seja por meio de taxa, bem como que o serviço a que se requer terceirizar, seja pago a pessoa credenciada, que exercerá o poder de polícia. Ora, esse serviço deve ser pago unicamente ao estado, a quem cabe inspecionar e fiscalizar os locais de abate de animais.

IV – DA INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI ESTADUAL N.º 10.541, DE 17 DE JUNHO DE 2016. NEGATIVA DE EXECUTORIEDADE DO ART. 4º, INCISO I, PARÁGRAFOS 1º E 3º. CONTROLE DIFUSO.

O princípio do Estado Democrático de Direito, visto com um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, em que pese algumas variações semânticas, traduz-se como garantia basilar da constituição de uma organização política em que o poder emana



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
1ª Procuradoria de Contas

do povo e que se empenha em assegurar aos cidadãos o efetivo exercício dos direitos proclamados na carta constitucional.

Como forma de prestigiar a democratização no controle de constitucionalidade, adotou-se no ordenamento jurídico brasileiro um sistema de controle que permite a todos os tribunais pátrios, incidentalmente no curso de um processo, declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, bem como permite que a constitucionalidade dessas espécies normativas seja questionada originalmente perante o Supremo Tribunal Federal – STF ou ao Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal – TJ, mediante instrumentos próprios e por iniciativa daqueles que foram contemplados, em sede constitucional ou legal, como legitimados.

Em compasso com essa democratização no exercício do controle de constitucionalidade, confere-se aos Tribunais de Contas a possibilidade de exercerem esse controle por via indireta ou reflexa.

Hodiernamente não mais se questiona a competência do Tribunal de Contas para apreciar a constitucionalidade de leis e atos normativos, quando do exercício de suas atribuições estabelecidas na Constituição Federal.

A doutrina e jurisprudência são uníssonas ao afirmar que as Cortes de Contas podem e devem se manifestar acerca da constitucionalidade de leis e atos normativos, cujo entendimento é perfilhado pelo STF, nos termos do Enunciado Sumular n.º 347, *litteris*:

“o tribunal no exercício das suas atribuições, podem apreciar a constitucionalidade de leis e atos do poder público”

Os artigos 70 e 71 da Carta Magna atribuem ao TCU a *competência para o julgamento da legalidade* dos atos, contratos, aposentadorias, pensões e outros com o objetivo de evitar a ocorrência de dano ao erário ou com o objetivo sancionatório, para as hipóteses nas quais se apure efetivo dano ou infração às normas legais.



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
1ª Procuradoria de Contas

Evidente, portanto, que as questões submetidas ao Tribunal de Contas devem ser confrontadas com as Constituições Federal e Estadual bem como com as leis da República, a fim de que seja realizado o controle da lei.

Com efeito, se compete às Cortes de Contas averiguar a legalidade de certos atos, compete-lhes, sobretudo, averiguar a constitucionalidade dos mesmos, haja vista que a Constituição constitui ato normativo hierarquicamente superior às demais normas, revelando-se como fundamento de validade do ordenamento jurídico pátrio.

Nesta esteira, a Lei Orgânica e o Regimento Interno do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo contemplaram a competência dessa Corte de Contas para exercer o controle de constitucionalidade das leis.

De acordo com o art. 1º, inciso XXXV, da LOTCEES, com redação idêntica esposada no art. 1º, inciso XXXIV, do RITCEES, compete ao Tribunal de Contas negar aplicação de lei ou de ato normativo considerado ilegal ou inconstitucional.

No caso concreto, como já bem fundamentado nos itens anteriores, não se pode delegar as atribuições típicas de estado, como o poder de fiscalização, a um particular, sendo de elevada inconstitucionalidade a delegação do poder de polícia, como já sublinhado pelo **Plenário do Supremo Tribunal Federal, que se manifestou sobre a controvérsia atinente à delegação de poder de polícia à entidade privada no julgamento da ADI 1.717, Rel. Min. Sydney Sanches, DJ de 28/03/2003.**

O caso ora submetido à apreciação dessa Corte de Contas, qual seja, a delegação de atos administrativos típicos de estado a particulares, exige, prejudicialmente, a análise da constitucionalidade da Lei Estadual 10.541/2016, a fim de negar-lhe aplicação.

Por conseguinte, manifesta também é a irregularidade ao se imputar ao particular, ao ser fiscalizado por particular – por intermédio do poder de polícia administrativa –, o pagamento a este particular pela fiscalização. É teratológico.



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
1ª Procuradoria de Contas

O exercício do Poder de Polícia em fiscalizar os locais de abate deve ser exercido por servidor efetivo, cujo pagamento é instituído por meio de Lei na espécie tributária taxa.

Neste seara, ressaí plenamente justificável e exigível a atuação deste Tribunal preventivamente, em um viés nitidamente cautelar, no caso trazido à apreciação.

Consoante bem delineado nos tópicos anteriores é de elevada inconstitucionalidade os preceptivos legais apontados, o que torna incontestável a plausibilidade jurídica da pretensão que se deduz.

Por todo o exposto, requer o **Ministério Público de Contas** seja reconhecida a inconstitucionalidade dos preceptivos citados da Lei Estadual 10.541/2016 e, por conseguinte, lhe seja negada aplicação, nos termos do art. 1º, inciso XXXV, da LOTCEES, recomendando-se ao Chefe do Executivo que se abstenha de deflagrar ato normativo para regulamentar referida lei, bem como lhe informando que eventual ato administrativo de enquadramento realizado em cumprimento à lei será prontamente sustado por essa Corte de Contas.

V - DA NECESSIDADE DE EXPEDIÇÃO DE MEDIDA CAUTELAR COM O OBJETIVO DE EVITAR AS ILEGAIS CONTRATAÇÕES.

É cediço que as atividades de inspeção e fiscalização dos produtos e subprodutos de origem animal são atividades típicas de estado, exercido por Agente de Desenvolvimento Agropecuário do IDAF, como mencionado no item III.4, servidor público investido por meio de concurso público em cargo efetivo.

Neste cenário, consoante demonstrado nesta Representação, qualquer tipo de inspeção ou fiscalização que incida sobre inspeção de produtos e subprodutos de origem animal não pode ser delegada à empresa privada, cujo objetivo maior é auferir lucro, comprometendo, assim, a legalidade, moralidade, igualdade e eficiência, capazes de comprometer a lisura da prestação do serviço público por lhe faltar amparo jurídico **(relevância do fundamento da demanda -“fumus boni juris”).**



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
1ª Procuradoria de Contas

Por outro lado, é certo que toda a população é colocada em risco com a delegação do poder de fiscalização, pois, no caso em apreço, delegou-se o poder de fiscalização relativo a gêneros alimentícios, o que, por si só, é preocupante.

Vale colacionar, novamente, trecho de decisão monocrática proferida pelo Min. Marco Aurélio nos autos da ADI nº 2.310-MC:

DECISÃO - LIMINAR AGÊNCIAS REGULADORAS - PESSOAL - ARREGIMENTAÇÃO - CLT - PESSOAL DA TELEBRÁS - APROVEITAMENTO - IMPROPRIEDADE - LIMINAR DEFERIDA - AD REFERENDUM DO PLENÁRIO.

(...)

Prescindir, no caso, da ocupação de cargos públicos, com os direitos e garantias a eles inerentes, é adotar flexibilidade incompatível com a natureza dos serviços a serem prestados, igualizando os servidores das agências a prestadores de serviços subalternos, dos quais não se exige, até mesmo, escolaridade maior, como são serventes, artífices, mecanógrafos, entre outros. Atente-se para a espécie. **Está-se**

diante de atividade na qual o poder de fiscalização, o poder de polícia fazem-se com envergadura ímpar, exigindo, por isso mesmo, que aquele que a desempenhe sinta-se seguro, atue sem receios outros, e isso pressupõe a ocupação de cargo público, a estabilidade prevista no artigo 41 da Constituição Federal. Aliás, o artigo 247 da Lei Maior sinaliza a conclusão sobre a necessária

adoção do regime de cargo público relativamente aos servidores das agências reguladoras. Refere-se o preceito àqueles que desenvolvam atividades exclusivas de Estado, e a de fiscalização o é. (grifo nosso)

Somam-se a isso que, qualquer falha no procedimento fiscalizatório implicará em incontáveis prejuízos à população, principalmente com relação à saúde, muitas vezes irreversíveis. Assim, a fim de evitar que as atividades de inspeção sejam realizadas por pessoa desvestida de oficialidade, gerando situação fática de difícil irreversibilidade, pois as inspeções serão realizadas por empresa credenciada, **é de rigor que o IDAF, bem como outros órgãos que assim se encaixem, se abstenham de credenciar e autorizar as empresas que já estão credenciadas a inspecionarem produtos e subprodutos de origem animal (justificado receio de ineficácia do provimento final - “periculum in mora”), mantendo, assim, a fiscalização a ser exercida pelos próprios servidores**



públicos investidos no poder de polícia administrativa – Agente de Desenvolvimento Agropecuário.

Ora, referida Lei quer retirar as atribuições do Agente de Desenvolvimento Agropecuário – médico veterinário – do IDAF – para colocar nas mãos de empresa privada, conspurcando, assim, princípios reitores da administração pública bem como burlando o concurso público.

Ante as irregularidades apresentadas, impõe-se em expedir decisão liminar no sentido de **suspender, imediatamente, o Edital de Credenciamento n.º 001/2016 e a Instrução de Serviço n.º 093/2016 do IDAF, para que se abstenham de efetuar credenciamentos e de autorizar que as pessoas jurídicas já credenciadas realizem inspeções, culminando, assim, na continuidade do exercício pelos médicos veterinários concursados do IDAF de seu *múnus*, como assim sempre exerceram.**

Vale consignar na inexistência de *periculum in mora inverso*, pois o IDAF possui servidores públicos para o exercício dessa fiscalização, não havendo ainda que se falar em ausência de profissional, pois demandaria outra irregularidade, qual seja, ausência de deflagração de concurso público com vistas a suprir demanda para realizar as atividades alusivas de inspeção de produtos e subprodutos de origem animal, recaindo o gestor em multa por essa Corte de Contas.

VI - DOS PEDIDOS:

Ante o exposto, requer o **Ministério Público de Contas do Estado do Espírito Santo:**

1 - o conhecimento e o processamento desta Representação nos termos legais e regimentais;

2 – **LIMINARMENTE**, com espeque nos arts. 1º, XV e 125, II da LC nº. 621/12, seja **determinado**, *inaudita altera pars*, ao **Secretário de Estado da Agricultura, Abastecimento, Aquicultura e Pesca – SEAG - OCTACIANO GOMES DE SOUZA NETO** e aos



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
1ª Procuradoria de Contas

Diretores **JOSÉ MARIA DE ABREU JÚNIOR E EZROM LEITE THOMPSON**, a suspensão do edital de credenciamento 001/2016 e a Instrução de Serviço 093-P, de 06 de setembro de 2016, ambas do IDAF, bem como se abstenha de realizar quaisquer credenciamentos de empresas privadas bem como autorizar que as empresas privadas que já se encontram credenciadas realizem os serviços de inspeção consoante o fim almejado do art. 4º, inciso I, da Lei Estadual n.º 10.541/2016, **MANTENDO, ASSIM, O EXERCÍCIO DA INSPEÇÃO E/OU FISCALIZAÇÃO AOS AGENTES PÚBLICOS DO IDAF RESPONSÁVEIS POR TAL MISTER, COMUMENTE OS INFORMADOS PELO IDAF QUE SE ENCONTRAM NOMINADOS NO ANEXO I DA REPRESENTAÇÃO, sob pena de multa de 3000 VRTE pelo seu descumprimento;**

3 - a notificação dos representados para apresentar justificativas e esclarecimentos nos termos dos art. 125, § 4º, da LC nº. 621/12;

4 - A citação dos requeridos para, querendo, apresentar justificativas e esclarecimentos quantos aos articulados expendidos, bem como relativamente à inconstitucionalidade *incidenter tantum* requerida;

5 - Ao final, apresentadas as justificativas e realizada a regular instrução do feito, seja conhecida e considerada procedente a representação, **declarando a nulidade do Edital de Credenciamento n.º 001/2016**, ante as irregularidades na **DELEGAÇÃO DE ATIVIDADES TÍPICAS DE INSPEÇÃO E/OU FISCALIZAÇÃO DE LOCAIS DE ABATE DE PRODUTOS E SUBPRODUTOS DE ORIGEM ANIMAL, TERCEIRIZAÇÃO DE SERVIÇO PÚBLICO, AFRONTANDO AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE – ART. 37, CAPUT DA CF/88 E NA BURLA AO CONCURSO PÚBLICO – ART. 37, INCISO II DA CF/88**, bem como de **PAGAMENTO DO PARTICULAR INSPECIONADO A PARTICULAR CREDENCIADO, DEVENDO, ASSIM, SER O SERVIÇO PRESTADO POR SERVIDORES DE CARREIRA DO IDAF E AS TAXAS, EM RAZÃO DO EXERCÍCIO DO POLÍCIA, PAGAS EM PROL DO COFRE DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO.**

6 - seja reconhecida, de forma incidental, em sede de controle difuso, a inconstitucionalidade da Lei Estadual n.º 10.541/2016 e, por conseguinte, lhe seja negada a aplicação, nos moldes do art. 1º, inciso XXXV da LOTCEES;



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
1ª Procuradoria de Contas

7 - Seja **recomendado** ao atual Diretor Presidente do IDAF, ou quem lhe suceder, que realize estudo acerca da necessidade de deflagração de concurso público com vistas a suprir a demanda de Agentes em Desenvolvimento Agropecuário para realizar as atividades alusivas de inspeção de produtos e subprodutos de origem animal;

8 - Com fulcro no inc. III³ do art. 41 da Lei 8.625/93, bem como no parágrafo único⁴ do art. 53 da Lei Complementar nº 621/12, reserva-se o direito de manifestar-se oralmente em sessão de julgamento, em defesa da ordem jurídica.

Termos em que pede deferimento.

Vitória/ES, 26 de setembro de 2016.

ANEXOS

I - Ofício n.º 0354/2016/MPC/GAB/LHAS e ofício OF/IDAF/DIPRE/Nº 250/16;

II – Publicação no DIOES do extrato do edital de credenciamento n.º 001/2016 e Instrução de Serviço 093-P, ambas do IDAF;

III – Edital de Credenciamento n.º 001/2016.

³ Art. 41. Constituem prerrogativas dos membros do Ministério Público, no exercício de sua função, além de outras previstas na Lei Orgânica:

III - ter vista dos autos após distribuição às Turmas ou Câmaras e **intervir nas sessões de julgamento, para sustentação oral ou esclarecimento de matéria de fato;**

⁴ Art. 53. São partes no processo o responsável e o interessado, que poderão praticar os atos processuais diretamente ou por intermédio de procurador regularmente constituído.

Parágrafo único. O Ministério Público junto ao Tribunal de Contas terá os mesmos poderes e ônus processuais do responsável e do interessado, **observadas, em todos os casos, as prerrogativas asseguradas em lei.**