

Funções de autoridade pública: sobre a constitucionalidade de sua delegação a particulares e a análise do Projeto de Lei do Senado (PLS) nº 280, de 2017

Public Authority's Functions: About the Constitutionality of Private Delegation and the Analysis of the Senate's Bill no. 280, of 2017

Submetido (submitted): 07/12/2017

Parecer(revised): 09/01/2018

Aceito(accepted): 18/01/2018

Rafael Rodrigues Pessoa de Melo Camara*

Resumo

Propósito – Este artigo tem o propósito de examinar a compatibilidade do exercício privado de funções de autoridade pública com a Constituição brasileira, bem como se o Projeto de Lei do Senado (PLS) nº 280, de 2017 é constitucional.

Metodologia – Faz-se revisão bibliográfica, análise do texto constitucional e pesquisa da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça sobre o tema, além de análise de direito comparado com a experiência estadunidense.

Resultados – O artigo conclui que é constitucional a delegação do exercício de funções de autoridade pública a particulares, desde que atendidos alguns pressupostos que garantam o respeito ao devido processo legal; o PLS nº 280, de 2017, atende parcialmente a esses pressupostos.

Palavras-chave: poder de polícia, delegação a particulares, devido processo legal, regulação privada, constitucionalidade.

Abstract

Purpose – This article aims to analyze the compatibility of the private exercise of public authority functions to the Brazil's Constitution, and if the Senate's Bill no. 280, of 2017, is constitutional.

Methodology – The article implements a review of the literature and the constitutional rules about the subject, a research of the jurisprudence of Brazil's Supreme Court and Superior Court of Justice, and also performs an analysis of comparative law to the American experience.

Findings – The article concludes that it is constitutional the private exercise of public authority functions provided that certain requirements are met to ensure the due process of law; the Senate's Bill no. 280, of 2017, partially meets the requirements.

Keywords: Public authority's functions, private exercise, delegation to parties, due process of law, private regulation, constitutionality.

*Advogado, Consultor Legislativo do Senado Federal. E-mail: rafael.rpmmc@gmail.com.

Introdução

No Estado contemporâneo, a complexidade do exercício de sua função regulatória tem conduzido alguns autores a defender uma maior participação de agentes privados no exercício do poder de polícia. Nesse sentido, os professores Flávio Henrique Unes Pereira (PEREIRA, 2013), Aline Lícia Klein (KLEIN, 2014) e Gustavo Binenbojm (BINENBOJM, 2016) têm sustentado que, para algumas atividades, a regulação exercida por particulares seria mais eficaz do que a regulação exclusiva do Estado. Além disso, os mencionados autores defendem a compatibilidade do exercício do poder de polícia por particulares com o texto constitucional.

A insuficiência demonstrada pelo Estado na execução de tarefas fiscalizatórias e regulatórias é o fundamento fático que lastreia a defesa da conveniência de se delegar a pessoas de direito privado parcela das prerrogativas estatais.

No Senado Federal, tramita o Projeto de Lei do Senado (PLS) nº 280, de 2017, de autoria do Senador Antonio Anastasia. Essa proposição visa a permitir a delegação de algumas atividades de poder de polícia administrativa a pessoas jurídicas não estatais, de direito privado.

Segundo consta na sua justificação, o projeto tem o propósito de viabilizar novas formas de parceria com a iniciativa privada “visando ao atendimento da demanda pela efetiva prestação do serviço público de fiscalização administrativa”¹. Defende o Senador proponente que:

“a Administração Pública tem muito a ganhar em termos de racionalização e eficiência com a regulação das possibilidades de delegação a particulares da execução de fiscalização administrativa”².

Nos estreitos limites das pretensões deste artigo, concentraremos a pesquisa na análise da compatibilidade da transferência do poder regulamentar a entidades privadas com o texto constitucional. Não será objeto de debate a adequação ou conveniência da transferência do exercício da regulação pública para a privada.

Pesquisaremos, também, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF) e do Superior Tribunal de Justiça (STJ) sobre esse tema.

Analisaremos, por fim, as principais propostas normativas contidas no PLS nº 280, de 2017, com o enfoque no exame da harmonia da proposição com a Constituição Federal e proporemos alguns aperfeiçoamentos no texto do PLS.

¹Projeto de Lei disponível em: <http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/130435>. Acesso em 2 de dezembro de 2017.

²*Ibidem*.

Breves notas sobre a atividade regulatória e o exercício do poder de polícia

O termo regulatório pode assumir vários significados (ARAGÃO, 2003). Adotaremos a concepção de atividade regulatória trazida por Alexandre Santos de Aragão, segundo a qual a regulação estatal:

é o conjunto de medidas legislativas, administrativas, e convencionais, abstratas ou concretas, pelas quais o Estado, de maneira restritiva da liberdade privada ou meramente indutiva, determina, controla, ou influencia o comportamento dos agentes econômicos, evitando que lesem os interesses sociais definidos no marco da Constituição e orientando-se em direções socialmente desejáveis (ARAGÃO, 2003, p. 31).

Ainda nesse sentido, Marques Neto afirma que a regulação envolve várias atividades, tais como a coercitiva, adjudicatória, de coordenação e de organização, fiscalizatória, sancionatória, de conciliação, e de fornecimento de subsídios para a adoção de medidas de ordem geral pelo poder central (MARQUES NETO, 2005, p. 37-38). A esse rol podemos acrescentar a função normatizadora.

Já o poder de polícia é classicamente conceituado como a prerrogativa estatal, subjacente à lei, de poder restringir e condicionar a liberdade e a propriedade (CARVALHO FILHO, 2013, p. 76).

Segundo o professor Diogo de Figueiredo Moreira Neto, há quatro modos de atuação da polícia administrativa, quais sejam: a ordem de polícia; o consentimento de polícia; a fiscalização de polícia; e a sanção da polícia (MOREIRA NETO, 2009, p. 444).

A ordem de polícia corresponde ao preceito legal básico que dá validade à limitação prevista normativamente. Corresponde, pois, à atribuição de normatizar condutas.

O consentimento de polícia é o ato administrativo que confere anuência ao exercício de atividade ou ao uso de propriedade.

Já a fiscalização de polícia consiste na verificação do cumprimento das ordens de polícia (se não está sendo exercida uma atividade vedada ou se uma atividade consentida está sendo executada dentro dos limites estabelecidos).

Por fim, a sanção de polícia é a fase em que, verificada afronta à ordem de polícia, é aplicada a pena administrativa.

Como se constata, a atividade regulatória não se confunde com o exercício do poder de polícia. Regular é mais amplo, envolve atividades que tradicionalmente não se encaixam no conceito do poder de polícia, tais como as de incentivo, indução, coordenação, organização e conciliação.

Apesar de serem institutos distintos, a atividade regulatória está intimamente relacionada às atividades do poder de polícia. Esse poder é uma ferramenta importante para a atividade regulatória, notadamente nas situações em que é preciso impor sanções por descumprimento às regras estabelecidas na regulação de determinado setor da atividade econômica.

Dessas premissas, extraímos algumas informações essenciais ao desenvolvimento de nossa investigação sobre a relação entre a atividade regulatória e o poder de polícia, quais sejam: 1) a atividade regulatória é função eminentemente estatal e 2) envolve o exercício de atividades típicas do poder de polícia.

Da (In)Delegabilidade do Poder de Polícia a Particulares

Sobre a delegabilidade do poder de polícia a particulares, José dos Santos Carvalho Filho leciona que esse tipo de delegação não pode ser outorgado a pessoas da iniciativa privada:

“visto que, por maior que seja a parceria que tenham com estes, jamais serão dotadas de potestade (*jus imperi*) necessária ao desempenho da atividade de polícia”. (CARVALHO FILHO, 2013, p. 81-82).

Ainda a respeito da delegação a entes privados, Carvalho Filho admite apenas a outorga de atribuição de operacionalização material da fiscalização, consistente na constatação de fatos, como por exemplo a operação de aparelhos detectores de metais, ou de equipamentos para identificação de infrações por excesso de velocidade de automóveis.

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 1.717/DF, julgada em 2002, ao apreciar a constitucionalidade da Lei nº 9.649, de 27 de maio de 1998, que delegava o serviço de fiscalização de profissões a conselhos de natureza privada, decidiu ser inconstitucional a mencionada lei por incompatibilidade com o disposto nos artigos 5º, XIII; 22, XVI; 21, XXIV, e 70, parágrafo único.

Por esse julgado, não é possível haver a delegação a uma entidade privada de atividade típicas de Estado, como a de aplicar sanções. Eis a ementa desse precedente:

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 unânime³.

O Superior Tribunal de Justiça (STJ), em 2009, ao analisar a legitimidade dos atos de fiscalização realizados por uma sociedade de economia mista, portanto, de direito privado, concluiu, valendo-se da classificação dos ciclos do poder de polícia proposto por Digo de Figueiredo Moreira Neto, que apenas os atos relativos ao consentimento e à fiscalização de polícia são delegáveis a pessoas de direito privado. Já os atos de ordenação (normatização) e sanção seriam indelegáveis. Esse precedente recebeu a seguinte ementa:

ADMINISTRATIVO. PODER DE POLÍCIA. TRÂNSITO. SANÇÃO PECUNIÁRIA APLICADA POR SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. IMPOSSIBILIDADE.

1. *Omissis*.

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

3. As atividades que envolvem a consecução do poder de polícia podem ser sumariamente divididas em quatro 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.

³ADI 1717, Relator(a): Min. SYDNEY SANCHES, Tribunal Pleno, julgado em 07/11/2002, DJ 28-03-2003 PP-00061 EMENT VOL-02104-01 PP-00149.

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

7. Recurso especial provido⁴.

Os precedentes do Supremo e do STJ refletem a concepção predominante na doutrina, segundo a qual a polícia administrativa tem como característica a exclusividade do Estado. José Cretella Júnior, em artigo publicado em 1985, chegou a afirmar que o Estado é a fonte única da qual provém o poder de polícia, sendo o seu exercício indelegável, sob pena da falência virtual do Estado (CRETELLA JÚNIOR, 1985, p. 12).

Celso Antônio Bandeira de Mello sustenta que:

“(...) a restrição à atribuição de atos de polícia a particulares funda-se no corretíssimo entendimento de que não se lhes pode, ao menos em princípio, cometer o encargo de praticar atos que envolvem o exercício de mistérios tipicamente públicos quando em causa liberdade e propriedade, porque ofenderiam o equilíbrio entre os particulares em geral, ensejando que uns oficialmente exercessem supremacia sobre outros. (...) salvo hipóteses excepcionabilíssimas (caso dos poderes outorgados aos comandantes de navio), não há delegação de ato jurídico de polícia a particular e nem a possibilidade de que este o exerça a título contratual. (...)” (MELLO, 2015, p. 863-865).

Ainda nas lições do professor Celso Antônio Bandeira de Mello, a indelegabilidade do exercício do poder de polícia a particulares encontra guarida no princípio da isonomia. Assim, para esse autor, a delegação do poder de polícia a entes privados “importaria no reconhecimento da existência de relações jurídicas desiguais entre particulares, com o comprometimento do princípio da igualdade” (MELLO, 2015, p. 863).

Marçal Justen Filho, por sua vez, defende que se vede:

“(...) a delegação do poder de polícia a particulares não por alguma qualidade essencial ou peculiar à figura, mas porque o Estado Democrático de Direito importa o monopólio estatal da violência. Não se admite que o exercício da violência seja transferido a terceiros, que não os agentes públicos” (JUSTEN FILHO, 2015, p. 585).

Rafael Carvalho Rezende de Oliveira sustenta que o poder de polícia apenas poderia ser exercido por servidores públicos estáveis, pois o seu exercício por particulares induziria a um inafastável conflito de interesses:

“A busca do lucro, pelos entes privados, prejudicaria a atribuição da função sancionatória, na medida em que os particulares estariam interessados unicamente em maximizar seus próprios interesses. Haveria, assim, um antagonismo absoluto entre lucro e persecução de finalidades públicas” (OLIVEIRA, 2015, p. 258).

⁴REsp nº 817.534, rel. Min. Mauro Campbell Marques, 2ª Turma, j. em 10.11.2009, DJE de 10.12.2009.

Em contraposição a essa corrente doutrinária, alguns administrativistas, em posição minoritária, defendem a possibilidade de ampliação do objeto delegável a entes privados.

Destacamos, nesse sentido, as posições trazidas por Gustavo Binenbojm e Fábio Henrique Unes Pereira.

Gustavo Binenbojm afirma não haver fundamento normativo na Constituição que impeça a delegação do exercício do poder de polícia a particulares. Segundo esse autor, os dispositivos constitucionais invocados pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADI nº 1.717 (arts. 5º, XIII, 22, XVI, 21, XXIV, 70, parágrafo único, 149 e 175) não autorizam a conclusão a que chegou o Supremo (BINENBOJM, 2016 p. 262).

Esses dispositivos tratam do livre exercício de profissão (art. 5º, XIII); da competência legislativa da União para legislar sobre as condições para o exercício de profissões (art. 22, XVI); da competência material da União para organizar, manter e executar a inspeção do trabalho (art. 21, XXIV); do dever de prestação de contas de qualquer pessoa que arrecade, gerencie, guarde ou administre verbas públicas (art. 70, parágrafo único); da competência exclusiva da União para instituir contribuições de interesse de categorias profissionais (art. 149); e da competência do Poder Público para a prestação de serviços públicos (art. 175). O fato desses dispositivos atribuírem à União as funções que descrevem não significa a proibição de a União, titular dessas funções, delegá-las a entes privados. Não há disposição, expressa ou tácita, na Constituição que proíba a delegação de funções de autoridade a entes privados. (BINENBOJM, p. 263).

Por outro lado, consoante destaca Gustavo Binenbojm, não é:

“correto afirmar haver um permissivo constitucional amplo e incondicionado que autorize o Estado a se demitir da atividade de polícia, a ponto de se abster irresponsavelmente de interferir quando isso se mostrar necessário” (BINENBOJM, p. 263).

A Constituição é maleável o suficiente para permitir a inserção no ordenamento jurídico das escolhas tomadas pelos representantes eleitos pelo povo:

“Se, por um lado, a Constituição não interditou a delegação do poder de polícia a particulares, nem compeliu o Poder Público a fazê-lo, por outro, ela abriu caminho a que se buscassem arranjos institucionais consentâneos com a realidade, com as necessidades e com o dinamismo de cada época” (BINENBOJM, p. 264).

Fábio Unes Pereira também discorda que essa delegação seja vedada pelo ordenamento jurídico brasileiro. Sua afirmação lastreia-se, em síntese, nos seguintes fundamentos: a) inexistência de vedação no texto constitucional; b) é possível o exercício de poder de polícia sem que a autoexecutoriedade seja transferida

ao particular; c) a coercibilidade não é fator impeditivo à delegação, porque a titularidade da atividade permanece com a Administração Pública e o regime jurídico de direito público incide sobre toda a fase de execução do poder de polícia; d) a exigência de estabilidade do agente executor da atividade de polícia administrativa também não é obstáculo à delegação, pois inexistente, no regime jurídico do servidor público, disposição geral que impeça a delegação (PEREIRA, 2013).

Esse também é o nosso entendimento. De fato, a Constituição Federal atribuiu ao Congresso Nacional a função típica de legislar. A rigor, o Parlamento pode construir o arranjo jurídico que entender adequado ao funcionamento da Administração Pública.

Pode-se, pois, afirmar que o legislador é livre para tratar de qualquer matéria, salvo quando houver previsão, expressa ou tácita, em sentido contrário no próprio texto constitucional. O limite da atividade legislativa é a Constituição.

Declarar que o Estado é o titular do poder de polícia não significa que ele não possa delegar o seu exercício a particulares, mantendo a supervisão sobre as funções delegadas.

O professor Carlos Ari Sunfeld, ao tratar da delegação de serviços públicos, destaca que a delegação de um serviço não significa sua privatização. O Estado:

“apenas trespassa o exercício da atividade, mantendo sua titularidade. O Estado nunca aliena os interesses públicos: admite-se apenas que se transfira, temporariamente, o exercício das competências voltadas à sua implementação, sem abrir mão delas” (SUNDFELD, 2006, p. 83).

Tal lição é aplicável, de igual forma, à delegação do poder de polícia a particulares:

“Em suma, mesmo quando permite que entes privados exerçam poderes de polícia, o Estado continua a ser titular do papel de ordenador, supervisor e indutor das ordenações exercidas, em maior ou menor grau, pelos particulares. Ao Estado sempre caberá policiar o exercício privado do poder de polícia” (BINENBOJM, p. 266).

Do texto constitucional não podemos concluir haver proibição à delegação do poder de polícia a entes privados. Nossa Constituição não tratou desse tema, nem mesmo implicitamente.

Não obstante, consoante alerta Gustavo Binbenbojm, não é possível extrair da Constituição uma autorização para a delegação ampla, genérica e ilimitada de poderes de polícia a particulares (BINENBOJM, p. 263).

Fábio Unes Pereira também indica alguns requisitos necessários à efetivação dessa delegação. Nesse sentido, deve haver: a) previsão legal sobre

a delegação; b) previsão legal de parâmetro de controle; e c) previsão legal que assegure a isonomia na escolha do agente delegado (PEREIRA, 2013).

Sob nossa ótica, os limites constitucionais a esse tipo de delegação estão apontados, mais propriamente, pelo devido processo legal, previsto no art. 5º, LIV e LV, da Constituição, com as seguintes redações:

“LIV – ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

LV – aos litigantes em processo judicial e administrativo, e aos acusados em geral, serão assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios de recurso a ela inerentes”.

Portanto, embora entendamos possível a delegação do poder de polícia a particulares, a delegação deve respeitar o devido processo legal.

Nesse rumo, a delegação deve garantir um julgamento justo, o qual pressupõe a imparcialidade do julgador, o efetivo exercício do contraditório e da ampla defesa e a vinculação da decisão à lei.

Assim, no nosso entendimento, não há inconstitucionalidade *a priori* na delegação de poderes de polícia a particulares. O foco da questão deve ser direcionado para os parâmetros dessa delegação.

A experiência norte-americana e a *Nondelegation Doctrine*

O direito norte-americano é, certamente, o campo mais fértil para a análise do exercício privado de funções públicas. Nos Estados Unidos, há uma longa tradição de delegações de atividades do Estado a particulares. Alguns temas aqui debatidos foram exaustivamente enfrentados pela doutrina e jurisprudência norte-americanas.

É verdade que o direito norte-americano tem importantes diferenças em relação ao nosso direito, o que anuncia o cuidado que se deve ter ao comparar realidades jurídicas distintas.

Ainda assim, julgamos útil trazer à análise a experiência dos Estados Unidos, notadamente porque há mais pontos de convergência do que de divergência entre as questões suscitadas.

De fato, nos dois países, o exercício do poder de polícia é de titularidade do Estado e a sua delegação a particulares pressupõe o respeito ao devido processo legal. Além disso, as premissas básicas do devido processo legal não diferem substancialmente nos dois modelos de Estado. Em ambos, esse super princípio significa que a sanção deve ser imposta por uma autoridade competente e imparcial e devem ser garantidos o contraditório e a ampla defesa.

Portanto, é sob o enfoque das premissas essenciais do devido processo legal que faremos a análise comparativa da experiência norte-americana na delegação do poder de polícia.

No julgado do caso *J. W. Hampton & Co. vs United States*, em 1928, a Suprema Corte dos Estados Unidos acolheu a doutrina denominada *Nondelegation Doctrine* (doutrina da não delegação).

A tradução literal de seu nome não reflete o seu conteúdo. Apesar de denominada de “não delegação”, essa doutrina não defende a vedação de delegação de funções públicas, mas apenas o estabelecimento de parâmetros e limites para a delegação.

O professor português Pedro Gonçalves identificou dois julgados importantes proferidos pela Suprema Corte norte-americana a respeito da aplicação da *NonDelegation Doctrine: A.L. Schechter Poultry Corp. vs. United States*, de 1935, e *Carter vs. Carter Coal*, de 1936 (GONÇALVES, 2008, p. 75).

Nesses dois casos, a Suprema Corte considerou inconstitucionais as leis que delegavam a entidades privadas poderes para impor regras de condutas a terceiros que não participaram da elaboração da norma.

Todavia, consoante destacado pelo autor português, o fundamento da declaração de inconstitucionalidade não foi propriamente a possibilidade de delegação de poderes públicos a entidades privadas, mas a proibição de imposição de padrões de condutas a empresas concorrentes. Ou seja, naqueles casos, a delegação era indevida porque uma entidade recebeu poderes para impor regras de condutas a empresas concorrentes.

A questão central nesses precedentes foi a presença de conflito de interesses, que, no caso concreto, configurou o exercício de práticas anticoncorrenciais. Assim, segundo esses julgados, não pode um particular exercer as funções regulamentares quando está presente um possível conflito de interesses. Nas palavras de Pedro Gonçalves:

“No fundo, a *Supreme Court* não proibia a delegação em si mesma, mas apenas acautelava o óbvio perigo resultante de o Estado entregar a alguns membros de uma indústria o poder de estabelecer regras para todos os membros dessa indústria. Assim, a mais obnóxica forma de delegação a que *Supreme Court* se referia não era a delegação privada em si mesma, mas a delegação de funções públicas em entidades colocadas numa situação inequívoca de conflito de interesses, o que punha abertamente em causa o princípio do processo devido.

As duas decisões judiciais sobre a proibição de delegações privadas deixavam claro que o objetivo da doutrina da não delegação era, nesse caso específico, o de prevenir perigos de conflitos de interesses, comportamentos anticoncorrenciais e o exercício arbitrário das funções e poderes públicos (GONÇALVES, 2008, p. 75).

Há, nos Estados Unidos, a possibilidade inequívoca de um ente privado impor regras para terceiros, ainda que não aderentes ou não participantes da elaboração das regras, bem como de exigir o cumprimento (*enforcement*) dessas regras. O fundamental, consoante decidido pela Suprema Corte, é que: i) o ente

delegado exerça o poder público de forma independente; ii) que haja controle público sobre o exercício da delegação; e iii) que a delegação tenha sido concedida mediante o estabelecimento de parâmetros e regras claras para o exercício dos poderes delegados.

Pedro Gonçalves relata que a doutrina norte-americana parece se inclinar para a conclusão de que não está proibida a delegação de poderes públicos de regulação (delegação do poder regulamentar) e de decisão a atores privados. Todavia, o exercício privado desses poderes exige maiores cautelas que previnam alguns perigos, tais como a:

“fragmentação do poder, déficit de *accountability*, uso do poder público para satisfazer interesses privados, arbitrariedade, comprometimento do princípio democrático” (GONÇALVES, 2008, p. 78).

Quanto à discussão sobre o que pode ou não ser delegado, a Suprema Corte norte-americana decidiu que a função pública se refere às atividades tradicionalmente reservadas ao Estado, à sua autoridade e ao seu poder. Por essa razão, funções públicas, a rigor, apenas podem ser exercidas pelo Estado ou pelas entidades públicas. Todavia, é possível um particular exercer funções ou poderes públicos. Para tanto, é preciso haver um ato de delegação.

Pela teoria da *State Action Doctrine*, o ator privado que exercer uma função ou poder públicos está vinculado não apenas à Constituição, mas também às leis gerais do direito administrativo, como o *Administrative Procedure Act*⁵. Significa que os limites e deveres aplicáveis ao Estado se aplicam também aos privados no exercício de funções ou poderes públicos. Há uma equiparação entre o particular e o Estado com o objetivo de proteção do cidadão.

De tudo o que foi aqui exposto, chegamos à conclusão de que o titular do poder de polícia é o Estado, que pode delegá-lo, por meio de lei, a entidades privadas. É fundamental que a delegação seja precedida de parâmetros claros, a fim de proteger os terceiros de possíveis efeitos indesejáveis da delegação, respeitando-se o devido processo legal.

Da análise do Projeto de Lei do Senado (PLS) nº 280, de 2017

Consoante dispõe o inciso I do art. 2º do PLS nº 280, de 2017, a delegação do serviço de fiscalização não acarreta a transferência da titularidade estatal. Além disso, há a preservação do regime jurídico de direito público entre os particulares fiscalizados e a entidade delegada.

⁵Trata-se da lei geral que regula as agências estatais norte-americanas.

Extraí-se da proposição que poderão ser delegados aos particulares as atividades de licenciamento, vigilância e aplicação de sanções, ficando reservado ao Estado a atividade normativa.

Para que haja a delegação, é indispensável a existência de lei específica para cada setor fiscalizado, que autorize e fixe os termos da delegação.

Não será permitida a delegação quando houver expressa previsão legal de indelegabilidade.

O parágrafo único do art. 4º do projeto estabelece que outra norma, que poderá ser o regulamento, o contrato de concessão ou uma lei específica, fixará os parâmetros de controle dos atos do agente delegado e as sanções a ele aplicáveis nos casos de desvio no exercício da delegação.

O regulamento e o contrato deverão disciplinar os indicadores para avaliação do desenvolvimento da atividade delegada.

O art. 5º do projeto prevê que ao agente delegado aplica-se a Lei de Processo Administrativo (Lei nº 9.784, de 1999). Caberá ao delegado manter canal de comunicação para receber as reclamações dos cidadãos e decidir com imparcialidade e em tempo razoável.

O § 2º do art. 5º estabelece o direito de o fiscalizado contestar a decisão do agente delegado e apresentar recurso a um órgão ou entidade da Administração Pública. Por esse dispositivo, o Estado terá o poder de rever as decisões tomadas pelo ente delegado.

O art. 6º dispõe que, como regra, a delegação será precedida de licitação, salvo se a lei atribuir o serviço delegado a uma entidade de classe ou a todos integrantes de uma categoria econômica ou profissional.

O contrato de concessão, quando for o caso de sua celebração, poderá seguir o regime da concessão comum, administrativa ou patrocinada (art. 6º, *caput*).

A forma de remuneração do agente delegado será fixada no instrumento convocatório (parágrafo único do art. 6º).

O art. 7º prevê a possibilidade de delegação da função regulamentar para edição de normas técnicas, nos casos de delegação a entidade de classe ou a todos os integrantes de categoria econômica ou profissional. Nesses casos, a entidade delegada deve garantir a participação dos potenciais interessados na formulação das normas.

Poderá ser delegado o exercício da atividade sancionatória a entidades privadas, que terá caráter vinculado. A decisão sancionadora deve ser motivada, conterá relato completo das ponderações de todos os envolvidos e fundamentação técnica (art. 9º).

Na hipótese de resistência ao cumprimento de sanção, o agente delegado poderá requerer força policial. É o que dispõe o § 2º do art. 9º da proposição.

A responsabilidade pelos danos causados no exercício da atividade será do ente delegado, na modalidade objetiva. O poder delegante responderá de forma subsidiária.

O Agente delegado ficará subordinado à legislação que regula o acesso dos cidadãos às informações públicas.

Como se observa, o PLS nº 280, de 2017, estabelece alguns parâmetros para a delegação que visam a atender ao devido processo legal, quando, por exemplo, a) submete a relação do ente delegado com terceiros ao regime jurídico público, b) mantém a titularidade estatal das funções delegadas, c) veda a delegação da função regulamentar, e d) prevê recurso a órgãos públicos contra decisões tomadas pelo ente delegado.

Todavia, entendemos que a proposição comporta alguns aperfeiçoamentos.

A proposição transfere algumas questões fundamentais a futuro regulamento ou edital que regulará a delegação. Entretanto, algumas diretrizes quanto à forma de remuneração devem estar previstas na lei geral que se pretende aprovar.

Portanto, seria fundamental a proposição estabelecer mecanismos que protejam a coletividade de eventual conflito de interesses no exercício da função delegada, notadamente quanto à remuneração do ente delegado. Nesse sentido, o projeto deveria prever que a remuneração não pode estar vinculada ao valor das sanções aplicadas, sob pena de estimular o comportamento sancionatório pelo ente delegado, comprometendo, por sua vez, a imparcialidade esperada.

Também julgamos relevante propor a adoção do regime de remuneração variável, de forma semelhante ao previsto no art. 10 da Lei nº 12.462, de 2012, que instituiu o regime diferenciado de contratações públicas. Esse dispositivo prevê que a remuneração variável será vinculada ao desempenho da contratada, com base em metas, padrões de qualidade, critérios de sustentabilidade ambiental e prazo de entrega definidos no instrumento convocatório e no contrato.

Entendemos importante a supressão do § 2º do art. 7º do Projeto. Esse dispositivo restringe o controle à finalidade do ato administrativo. Entretanto, como se sabe, são elementos do ato administrativo: competência, finalidade, motivo, objeto e forma. Entendemos que o controle deve incidir sobre qualquer um desses elementos e não apenas sobre a finalidade.

Por fim, seria conveniente estabelecer a obrigatoriedade de adoção de sistemas de integridade (*compliance*)⁶ pela entidade privada como requisito para o exercício do poder de polícia delegado.

⁶Sobre esse tema, conferir: MENDES, Francisco Schertel; CARVALHO, Vinicius Marques de. **Compliance: concorrência e combate à corrupção**. São Paulo: Trevisan Editora, 2017.

Conclusão

O titular do poder de polícia é o Estado, que pode delegá-lo, por meio de lei, a entidades privadas. Do texto constitucional não podemos concluir haver proibição à delegação do poder de polícia a particulares.

A delegação deve garantir um julgamento justo, o qual pressupõe a imparcialidade do julgador, o efetivo exercício do contraditório e da ampla defesa e a vinculação da decisão à lei.

É fundamental que a delegação seja precedida de parâmetros claros, a fim de proteger os terceiros de possíveis efeitos indesejáveis da delegação.

O PLS nº 280, de 2017, em linhas gerais, atende a esses critérios, ao submeter a relação do ente delegado com terceiros ao regime jurídico público; manter a titularidade estatal das funções delegadas; vedar a delegação da função regulamentar; e prever recurso a órgãos públicos contra decisões tomadas pelo ente delegado.

Todavia, entendemos que a proposição comporta alguns aperfeiçoamentos quanto à previsão de mecanismos que protejam a coletividade de eventual conflito de interesses no exercício da função delegada, notadamente quanto à remuneração do ente delegado.

Referências Bibliográficas

- ARAGÃO, A. S. **Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- BINENBOJM, G. **Poder de polícia, ordenação, regulação**: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador. Belo Horizonte: Fórum, 2016.
- CARVALHO FILHO, J. S. **Manual de direito administrativo**. 26ª ed. São Paulo: Atlas, 2013.
- GONÇALVES, P. **Entidades privadas com poderes públicos**: O exercício de poderes públicos de autoridade por entidades privadas com funções administrativas. Coimbra: Ed. Almedina, 2008.
- JUSTEN FILHO, M. **Curso de direito administrativo**. 11ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- KLEIN, A. L. **Exercício de Atividades de Polícia Administrativa por Entidades Privadas**. 2014. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo.

- MARQUES NETO, F. A. **Agências reguladoras independentes: fundamentos e seu regime jurídico.** Belo Horizonte: Fórum, 2005.
- MELLO, C. A. B. **Curso de direito administrativo.** 32ª ed. São Paulo: Malheiros, 2015.
- MENDES, F. S.; CARVALHO, V. M. **Compliance: concorrência e combate à corrupção.** São Paulo: Trevisan Editora, 2017.
- MOREIRA NETO, D. F. **Curso de direito administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial.** 15ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- OLIVEIRA, R. C. R. **Curso de direito administrativo.** 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.
- PEREIRA, F. H. U. **Poder de polícia administrativa: fundamentos e requisitos da delegação de seu exercício a particulares.** 2013. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte.
- SUNDFELD, C. A. **Fundamentos de direito público.** 4 ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

