



## PRAGMATISMO, DESESTATIZAÇÃO E PODER DE POLÍCIA

Camila de Oliveira Cunha

Graduada pela Fundação Getúlio Vargas –  
Direito Rio. Advogada.

**Resumo** – o presente trabalho tem por objetivo discutir a possibilidade de delegação do poder de polícia administrativa, a princípio compreendido como atributo exclusivamente estatal, a pessoas jurídicas de direito privado. De início, o estudo analisa o poder de polícia sob a ótica da dogmática clássica, tradicionalmente contrária à delegação, para, em seguida, avaliar as transformações sociais, econômicas e tecnológicas que deram azo ao desenvolvimento de uma concepção contemporânea do poder de polícia, convidativa à ideia de desestatização.

**Palavras-chave** – Direito Administrativo. Poder de Polícia. Delegação. Supremacia do Interesse Público. Desestatização.

**Sumário** – Introdução. 1. A vedação à delegação do poder de polícia sob a perspectiva dogmática clássica. 2. Novos contextos e o desenvolvimento de um cenário propício à criação de uma moderna concepção sobre o poder de polícia. 3. A viabilidade da delegação sob a ótica da concepção contemporânea de poder de polícia. Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por objeto avaliar a conveniência da delegação do poder de polícia administrativa estatal à entes particulares. Para tanto, abordará a visão dogmática clássica a respeito do poder de polícia, explorando os argumentos contrários à sua delegação, e, em seguida, analisará o tema sob a ótica de uma concepção contemporânea das funções estatais, emergida de um contexto de inovações sociais, econômicas e tecnológicas.

Usualmente, a posição doutrinária, em quase uníssono, tem sido pela impossibilidade da delegação do poder de polícia. No entanto, os crescentes avanços tecnológicos, econômicos e sociais têm mostrado que este óbice merece ser revisto. Isso porque, cada vez mais, surgem situações em que a realidade, e, principalmente, a velocidade dessas mudanças, impõem limitações à atuação estatal, que encontra barreiras para exercer, com eficiência, a sua função de ordenar a vida social. Nesse contexto, verifica-se uma tendência de crescimento no interesse pela delegação de certas funções estatais a particulares que se encontrem mais bem preparados para oferecer soluções aos problemas apresentados.

O objetivo do estudo é contribuir com a promoção e o enriquecimento dos debates em curso a respeito da eficiência no provimento da função de polícia pelo Estado – com destaque às discussões no âmbito da BM&FBovespa Supervisão de Mercados (BSM), do Projeto de Lei



nº 2.630/2020, popularmente conhecido como “PL das *fake news*”, e da Lei Federal nº 14.026/2020, comumente referido como o Novo Marco do Saneamento –, a fim de identificar hipóteses em que a transmissão de funções públicas a entidades privadas, ainda que relacionadas ao poder de polícia, não só seria viável, mas, também, desejável.

O tema é controvertido, tanto na doutrina quanto na jurisprudência, e merece atenção, uma vez que não trata de mero confronto intelectual entre defensores de diferentes linhas de pensamento, mas, sim, do provimento eficiente das funções estatais, da efetiva supremacia do interesse público, e, conseqüentemente, do cumprimento de promessas constitucionais.

Inicia-se o primeiro capítulo do trabalho pela abordagem da vedação à delegação do poder de polícia sob a perspectiva dogmática clássica, com enfoque em argumentação revolvida ao redor da defesa da supremacia do interesse público, da indelegabilidade do monopólio estatal sobre o uso da força coercitiva e da proteção ao princípio da isonomia.

No segundo capítulo, é abordado o surgimento de um novo contexto, exortado pelo desenvolvimento social, econômico e tecnológico, tríade gestora de um cenário propício à formação de uma moderna concepção acerca da função de polícia.

O terceiro capítulo investiga a conveniência da delegação do poder de polícia sob a ótica de uma concepção contemporânea desta função estatal, justificada pela ausência de vedação constitucional expressa à delegação, e, principalmente, pela crítica a uma leitura desta função que opta, conscientemente, por ignorar a relevância de um juízo pragmático a respeito dos custos, benefícios e limitações intrínsecos à manutenção da atuação exclusiva pelo Estado.

O artigo é desenvolvido pelo método hipotético-dedutivo, por meio do qual a pesquisadora analisará o objeto de pesquisa à luz de um conjunto de proposições hipotéticas, as quais acredita serem viáveis e adequadas para analisar o objeto da pesquisa, tencionando corroborá-las ou decliná-las por meio de argumentos sólidos.

Com esse intuito, a pesquisadora procederá a uma abordagem qualitativa do objeto de pesquisa, valendo-se de bibliografia conveniente à perquirição, e socorrendo-se, sobretudo, da legislação, da doutrina e da jurisprudência.



## 1. A VEDAÇÃO À DELEGAÇÃO DO PODER DE POLÍCIA SOB A PERSPECTIVA DOGMÁTICA CLÁSSICA

Dentre os postulados fundamentais que inspiram a atuação da Administração Pública, o princípio da supremacia do interesse público é o de maior relevo<sup>1</sup>.

Historicamente, a gênese do entendimento segundo o qual o interesse público teria supremacia sobre o individual remonta ao fim do século XIX, quando as reações ao individualismo jurídico, marcado pela hipervalorização de instâncias privadas, ainda que em prejuízo das comuns, fomentaram transformações de ordens econômica, política e social. Como consequência de tais mudanças, o Estado abandona sua conduta que, até então, era essencialmente passiva, e passa a atuar no âmbito das atividades privadas. Com isso, o Direito deixa de ser apenas instrumento de garantia dos direitos do indivíduo e passa a ser visto como meio para consecução da justiça social, do bem comum, do bem estar coletivo<sup>2</sup>.

Em defesa do primado do interesse público, ocorreram inúmeras transformações que impactaram a percepção social a respeito das diferentes funções estatais – destacando-se, dentre estas, a função de polícia. Nessa seara, para além de imposições negativas, direcionadas a manutenção da ordem pública, o Estado passa a impor obrigações positivas, e amplia o seu campo de atuação para abranger, também, o resguardo das ordens econômica e social.

Com efeito, o poder de polícia tem fundamento na predominância do interesse público sobre o particular, o que confere à Administração Pública posição de supremacia sobre os administrados<sup>3</sup>. Como corolário desta constatação, entende-se que, em matéria de poder de polícia, contrapõem-se duas questões primordiais: de um lado, o direito de liberdade dos cidadãos, e, de outro, o condicionamento do exercício deste direito ao bem-estar coletivo, incumbência atribuída à Administração Pública, mediante emprego de seu poder de polícia.

Embora o fundamento para o exercício do poder de polícia pelo Estado tenha contornos bem delineados, sua conceituação é tarefa complexa. Mesmo para a dogmática clássica, o único consenso permitido é no sentido de que a definição do alcance do termo poder de polícia está sujeita a debate. Dada a pluralidade de perspectivas sobre o tema, adota-se, no presente artigo, a definição conferida pelo artigo 78 da Lei nº 5.172/1966 (Código Tributário

<sup>1</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 21. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 71.

<sup>2</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 95.

<sup>3</sup> *Ibid.*, p. 153.



Nacional)<sup>4</sup>, que identifica o poder de polícia como 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. Outrossim, importante ressaltar que, porque limitado à ideia de polícia administrativa – preterindo-se a de polícia judiciária – o poder de polícia, aqui, é abordado enquanto um conjunto de intervenções ordenadoras praticadas com o intuito de disciplinar o exercício do direito de liberdade pelos cidadãos em prol do interesse público, que pode ser exercido por meio de atos materiais, instrumentais, acessórios ou coercitivos.

Nessa acepção, segundo os defensores da perspectiva dogmática clássica, o exercício da função de disciplinar aspectos da vida social, ou seja, o exercício da função de polícia, não seria passível de delegação, ainda que parcial, por pessoas jurídicas de direito privado.

Para os adeptos desta corrente dogmática, a vedação à delegação da função de polícia à particulares decorreria de três princípios administrativos basilares – a saber, os princípios da supremacia do interesse público, da legalidade e da isonomia.

Em primeiro lugar, no que se refere ao princípio da supremacia do interesse público sobre o particular, argumenta-se que, uma vez que este é o próprio fundamento de existência da função de polícia, seu exercício não poderia ser atribuído, justamente, a entidades privadas.

A ideia de um interesse público pertinente a toda a sociedade, mas personificado na figura do Estado<sup>5</sup>, começou a ser empregue a partir do fim da Revolução Francesa<sup>6</sup>. Naquela conjuntura, via-se no interesse público uma forma racional de promover a adesão dos cidadãos, operacionalizar a noção de poder do Estado, e, conseqüentemente, esclarecer a finalidade e a relevância de sua atuação perante a sociedade<sup>7</sup>. Ao promover essa distinção entre a esfera pública e a privada, o Poder Público foi incumbido do desvelo pelos interesses comuns, ou interesses públicos, recaindo sobre ele a manutenção da ordem, a proteção aos direitos de

---

<sup>4</sup> BRASIL. *Lei nº 5.172*, de 25 de outubro de 1966. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/15172compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15172compilado.htm)>. Acesso em: 30 ago. 2021. Art. 78. Considera-se poder de polícia atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranqüilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos.

<sup>5</sup> FERRAZ, Antônio Augusto Mello de Camargo. Interesse público, interesse difuso e defesa do consumidor. In: *JUSTITIA*, ano 49, nº 137, São Paulo, jan./mar., 1987, p. 49.

<sup>6</sup> SORDI, Bernardo. *Révolution, Rechtsstaat and the Rule of Law: historical reflections on the emergence and development of administrative law*. In: ROSE-ACKERMAN, Susan; LINDSETH, Peter L.; EMERSON, Blake (Eds.). *Comparative Administrative Law*. 2. ed. Cheltenham: Edward Elgar, 2017, p. 23-37. Disponível em: <<https://www.elgaronline.com/view/edcoll/9781784718657/9781784718657.00008.xml>>. Acesso em: 16 set. 2021.

<sup>7</sup> MEDAUAR, Odete. *O direito administrativo em evolução*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 185.



propriedade e o cumprimento dos contratos<sup>8</sup>, ao passo que, ao particular, relegou-se tudo o quanto fosse de interesse privado.

Na concepção clássica da lei como expressão da vontade geral, a Administração Pública figura como executora desta vontade, além de intérprete do interesse público<sup>9</sup>. Nesse contexto, as limitações impostas pelo Estado aos particulares somente se justificariam quando empreendidas em benefício deste ânimo coletivo, e desde que praticadas em atenção aos limites legais relativos à competência, à forma, aos fins, aos motivos e ao objeto da limitação.

Como consequência desta bipartição, bem como da atribuição conferida ao Estado, a dogmática clássica defende que não caberia ao Estado renunciar às suas funções públicas, ou, ainda, omitir-se quanto ao seu exercício, vez que as prerrogativas públicas, ao mesmo tempo em que conferem poderes ao administrador, impõem-lhe o seu exercício e lhe vedam a inércia<sup>10</sup>, constituindo um verdadeiro poder-dever de agir<sup>11</sup>.

Assim sendo, o interesse público não poderia ser subjugado ao privado, nem estaria à disposição estatal. Sublinhe-se, ainda, que, neste cenário, Estado e interesse público manteriam uma relação simbiótica, dado que, ao mesmo tempo em que o Estado encarnaria o interesse público, este justificaria a existência daquele.

Admitindo-se que a legitimidade da imposição de limites ao exercício das liberdades públicas depende de seu desempenho em benefício do interesse público, bem como da observância à competência e aos procedimentos descritos nas normas legais, sustenta-se que a atuação estatal seria elemento indissociável ao exercício do poder de polícia, de modo que a delegação desta função a quaisquer outros entes configuraria verdadeira usurpação de atributos conferidos, com exclusividade, ao Poder Público.<sup>12</sup>

Dando sequência à análise, em atenção ao princípio da legalidade, sustenta a doutrina clássica que, entre as características intrínsecas ao poder de polícia estaria a força coercitiva, que, por sua vez, constituiria um monopólio estatal, tornando-a impassível de delegação.

No exercício do poder de polícia administrativa, a Administração Pública não depende da intervenção de outros poderes para tornar o ato efetivo, tampouco fica à mercê do consentimento dos particulares para sua execução. A prerrogativa de praticar atos e colocá-los

---

<sup>8</sup> GUERRA, Sérgio. *Discrecionalidade, regulação e reflexividade*: uma nova teoria sobre as escolhas administrativas. 5. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 60.

<sup>9</sup> MEDAUAR, op. cit., p. 185.

<sup>10</sup> CARVALHO FILHO, op. cit., p. 42.

<sup>11</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 82.

<sup>12</sup> CRETELLA JÚNIOR, José. Polícia e poder de polícia. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 162, out./dez. 1985, p. 10-34.



em imediata execução estampa a autoexecutoriedade que reveste a atuação do Poder Público<sup>13</sup>. Na mesma esteira da autoexecutoriedade, outorgou-se aos atos da Administração Pública a prerrogativa de coercitividade, a fim de que esta possa impor a observância de seus comandos, inclusive mediante uso de força, sempre que necessário à suplantação de eventuais resistências à imperatividade do ato de intervenção estatal cuja finalidade é a promoção do interesse público. Em análise conjunta, constata-se que os conceitos de coercibilidade e autoexecutoriedade são indissociáveis, vez que o ato de polícia só é autoexecutório porque dotado de força coercitiva.

Tais características, contudo, não concedem ao poder estatal o direito de servir-se de meios mais enérgicos que os necessários à obtenção do resultado pretendido pela lei<sup>14</sup>. Em outras palavras, só é dado à Administração Pública recorrer a ferramentas de força quando esta for a única alternativa capaz de impedir danos ainda maiores, sendo certo que a razoabilidade no exercício do poder de coerção deve caminhar em paralelo à proporcionalidade da conduta administrativa.

Neste entendimento, conclui-se que o Estado detém o monopólio da força, motivo pelo qual incumbiria a ele, com exclusividade, o emprego da coerção como meio de impor o cumprimento de obrigações pelos particulares. Como consequência lógica, entende-se que, se o exercício do poder de polícia requer que determinado agente se socorra de prerrogativas não só típicas, mas inerentes ao Poder Público, as quais são insuscetíveis de exercício por particulares, também por essa razão, não haveria que se falar em delegação.

Por derradeiro, no tocante ao princípio da isonomia, a reflexão promovida pelos defensores da perspectiva dogmática clássica se reporta à ideia de que não seria possível a delegação da prática de atos essencialmente públicos a pessoas jurídicas de direito privado, sob pena destas assumirem posição de preponderância em relação a seus pares, em frontal violação ao cânone da igualdade.

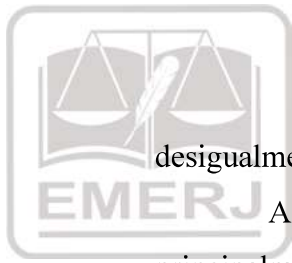
A doutrina jurídica, com esteio na tradicional lição de Rui Barbosa<sup>15</sup>, estuda o princípio da igualdade sob as perspectivas formal e material. Nesse passo, a igualdade formal consistiria na igualdade perante a lei, também conhecida como igualdade de direito, genérica ou abstrata. Por outro lado, a igualdade material, ou igualdade de fato, equivaleria à realização concreta e efetiva da igualdade, conforme a noção aristotélica de justiça. É no domínio da igualdade material, vale dizer, que reside a filosofia de tratar igualmente os iguais e

---

<sup>13</sup> CARVALHO FILHO, op. cit., p. 84.

<sup>14</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 367.

<sup>15</sup> SUNDFELD, op. cit., p.14.



desigualmente os desiguais, na medida de suas desigualdades.

Assim, como forma de manter a incolumidade do princípio da isonomia, e, principalmente, resguardar o equilíbrio entre particulares, o condicionamento do exercício de direitos estaria restrito à Administração Pública, dado que sua atuação seria inexoravelmente norteada pelo bem-estar coletivo. Neste ponto, portanto, habitaria a justificativa para a soberania de seus atos em relação aos particulares.

Dessa forma, sob o viés da dogmática clássica, entende-se pela impraticabilidade da delegação de ato jurídico de polícia a particulares, haja vista que o seu exercício, necessariamente, envolveria encargos tipicamente públicos<sup>16</sup>.

## 2. NOVOS CONTEXTOS E O DESENVOLVIMENTO DE UM CENÁRIO PROPÍCIO À CRIAÇÃO DE UMA MODERNA CONCEPÇÃO SOBRE O PODER DE POLÍCIA

Tradicionalmente, o poder de polícia foi forjado sob uma visão liberal do Estado, voltada à imposição de limites negativos à liberdade e à propriedade, com vistas a criação de condições para a convivência de direitos mediante interferência mínima. Ocorre que, em um momento posterior, o Poder Público passou a assumir funções positivas, voltadas não só à manutenção da ordem, mas, também, à promoção do desenvolvimento social e econômico, o que promoveu a expansão das funções estatais.

Atualmente, sob a égide do Estado Social, surge uma concepção contemporânea do Direito Administrativo, e, conseqüentemente, do poder de polícia, que, paulatinamente, tem se distanciado da lógica da autoridade da Administração Pública, e abdicado do parâmetro da legalidade estrita em favor do da juridicidade<sup>17</sup>. Isso porque, como corolário da constante evolução social e do acelerado desenvolvimento tecnológico, surgem situações em que a delegação da função de polícia se apresenta como alternativa<sup>18</sup> para garantir o alcance de sua finalidade primordial – a saber, o interesse público.

Não faltam exemplos de situações parelhas à mencionada. Nesse sentido, podem-se destacar as disposições do artigo 17, § 1º, da Lei nº 12.815/2013<sup>19</sup>, também conhecida como

<sup>16</sup> MELLO, op. cit., p. 863.

<sup>17</sup> BINENBOJM, Gustavo. *Poder de polícia, ordenação e regulação: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador*. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 45.

<sup>18</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 449.

<sup>19</sup> BRASIL. *Lei nº 12.815/2013*, de 5 de junho de 2013. Dispõe sobre a exploração direta e indireta pela União de portos e instalações portuárias e sobre as atividades desempenhadas pelos operadores portuários. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2013/lei/112815.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112815.htm)>. Acesso em: 16 set. 2021. Art. 78. A ANTT e a Antaq submeterão ao Ministério dos Transportes e à Secretaria de Portos da Presidência da República,



Lei dos Portos, que outorga à administração portuária prerrogativas típicas do exercício de poder polícia conferido à autoridade portuária, na condição de *longa manus* da União, incluindo a possibilidade de fiscalização da operação portuária, de remoção de embarcações, de autorizar a movimentação de cargas, ou, ainda, de suspender de operações.

Na mesma acepção, distinguem-se os artigos 33 e 35, inciso V, da Resolução nº 574/2011 da Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel)<sup>20</sup>, que atribuem às Prestadoras do Serviço de Comunicação Multimídia – entidades privadas – o dever de contratar uma Entidade Aferidora da Qualidade – também privada – para aferir a qualidade dos indicadores de rede. Ainda que em quantum reduzido quando comparado ao exemplo anterior, também aqui se verifica a delegação de ao menos um dos aspectos do poder de polícia.

Na mesma toada, a leitura conjunta dos artigos 16 e 19 da Instrução nº 461/2007 da Comissão de Valores Mobiliários (CVM)<sup>21</sup> indica que houve delegação às entidades administradoras, ainda que privadas, das funções de fiscalização e supervisão das operações em mercados organizados de valores mobiliários.

Recentemente, o Supremo Tribunal Federal (STF) concluiu o julgamento do Recurso Extraordinário nº 633.782/MG, de relatoria do Ministro Luiz Fux, e deu provimento ao pleito da BHTrans, sociedade de economia mista responsável pela gestão da mobilidade urbana em Belo Horizonte, devolvendo-lhe a prerrogativa de realizar atividade de policiamento de trânsito. Naquela ocasião, ao julgar o mérito do tema de repercussão geral nº 532<sup>22</sup>, o STF alterou o

---

respectivamente, suas propostas orçamentárias anuais, nos termos da legislação em vigor. Na aplicação das sanções referidas no caput, a Antaq observará o disposto na Lei na qual foi convertida a Medida Provisória nº 595, de 6 de dezembro de 2012.

<sup>20</sup> AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES (ANATEL). *Resolução nº 574*, de 28 de outubro de 2011. Aprova o Regulamento de Gestão da Qualidade do Serviço de Comunicação Multimídia (RGQ-SCM). Disponível em: <<https://informacoes.anatel.gov.br/legislacao/resolucoes/2011/57-resolucao-574>>. Acesso em 16 set. 2021.

<sup>21</sup> COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS (CVM). *Instrução nº 461*, de 23 de outubro de 2007. Disciplina os mercados regulamentados de valores mobiliários e dispõe sobre a constituição, organização, funcionamento e extinção das bolsas de valores, bolsas de mercadorias e futuros e mercados de balcão organizado. Revoga as Instruções CVM nº 42, de 28 de fevereiro de 1985; nº 179, de 13 de fevereiro de 1992, nº 184, de 19 de março de 1992; nº 203, de 07 de dezembro de 1993; nº 263, de 21 de maio de 1997; nº 344, de 17 de agosto de 2000; nº 362, de 05 de março de 2002; nº 379, de 12 de novembro de 2002; o art. 6º da Instrução CVM nº 312, de 13 de agosto de 1999; os arts. 1º a 14 e 17 da Instrução CVM nº 243, de 1º de março de 1996, Instrução CVM nº 250, de 14 de junho de 1996; arts. 2º a 7º, caput e §1º do art. 8º, arts. 10, 13, 15 e 16 da Instrução CVM nº 297, de 18 de dezembro de 1998; o parágrafo único do art. 1º e o art. 3º da Instrução CVM nº 202, de 06 de dezembro de 1993; e a Deliberação CVM nº 20, de 15 de fevereiro de 1985. Disponível em: <<http://conteudo.cvm.gov.br/export/sites/cvm/legislacao/instrucoes/anexos/400/inst461consolid.pdf>>. Acesso em: 16 set. 2021.

<sup>22</sup> RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. TEMA 532. DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. PRELIMINARES DE VIOLAÇÃO DO DIREITO À PRESTAÇÃO JURISDICIONAL ADEQUADA E DE USURPAÇÃO DA COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL AFASTADAS. PODER DE POLÍCIA. TEORIA DO CICLO DE POLÍCIA. DELEGAÇÃO A PESSOA JURÍDICA DE DIREITO PRIVADO INTEGRANTE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA INDIRETA. SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. PRESTADORA DE SERVIÇO PÚBLICO DE ATUAÇÃO PRÓPRIA





entendimento até então consolidado pelos Tribunais Superiores, e fixou tese pela constitucionalidade da delegação do poder de polícia, por meio de lei, a pessoas jurídicas de direito privado, de capital social majoritariamente público, integrantes da Administração Pública indireta, que prestassem exclusivamente serviço público de atuação própria do Estado e em regime não concorrencial.

A decisão, ressalte-se, confere ainda mais relevo ao tema, em razão de seus possíveis reflexos na Lei nº 14.026/2020, que instituiu o Novo Marco do Saneamento Básico e iniciou um processo de desestatização, que, decerto, suscitará questionamentos a respeito dos poderes atribuídos aos entes que assumirão a prestação do serviço.

Por derradeiro, vale lembrar o debate alçado pelo Projeto de Lei nº 2.630/2020, que busca instituir a Lei Brasileira de Liberdade, Responsabilidade e Transparência na Internet, popularmente conhecido como PL das *fake news*. Afora as relevantíssimas críticas a respeito da acelerada tramitação, comprometendo a necessária participação da sociedade na elaboração de um marco legal, para fins deste estudo, interessa observar que, na oportunidade, a redação dada pelos legisladores aos artigos 6º, 7º, 8º e 10 adotava como pressuposto a maior capacitação das plataformas digitais para conter a propagação de fraudes nos cadastros de usuários e no uso de contas, e identificar disseminadores de *fake news*. Ainda que o caminho perfilhado na elaboração do projeto seja passível de críticas, é significativo reconhecer que, em tais casos, a proibição, por excelência, da delegação da função de polícia pelo Estado, tende a favorecer a propagação de *fake news*. Como consequência, o restabelecimento da harmonia quebrada fica relegado à indenização, ou à demais formas de reparação *a posteriori*, ainda que os danos possam ter proporções significativas – inclusive, para a manutenção do Estado de Direito e da supremacia do interesse público que o exercício do poder de polícia intenta proteger.

Note-se, portanto, que a defesa de uma concepção contemporânea do poder de polícia não promove a desconstrução do princípio da supremacia do interesse público<sup>23</sup>, mas, sim, a compreensão de que este, por excelência, suscita reconstrução, e deve ser adaptado conforme as mudanças da dinâmica social.

Em um cenário de pós-modernidade, a tradicional ordem burocrática, pautada por um sistema de hierarquia, é desabilitada por uma profusão de novas estruturas, que, por serem

---

DO ESTADO. CAPITAL MAJORITARIAMENTE PÚBLICO. REGIME NÃO CONCORRENCIAL. CONSTITUCIONALIDADE. NECESSIDADE DE LEI FORMAL ESPECÍFICA PARA DELEGAÇÃO. CONTROLE DE ABUSOS E DESVIOS POR MEIO DO DEVIDO PROCESSO. CONTROLE JUDICIAL DO EXERCÍCIO IRREGULAR. INDELEGABILIDADE DE COMPETÊNCIA LEGISLATIVA. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE 633.782/MG*. Relator: Luiz Fux. Julgamento: 23/10/2020. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Publicação: DJ 25/11/2020).

<sup>23</sup> CARVALHO FILHO, op. cit., p. 31.

calcadas em relações interdependentes, escapam ao controle do aparelho de gestão clássico.

Esse novo contexto, inspirado por uma sociedade com relações cada vez complexas, foi identificado por Gustavo Binenbojm<sup>24</sup> a partir do conceito de giros:

Nesse sentido, identificam-se dois eixos centrais de transformação do direito administrativo: um giro democrático-constitucional e um giro pragmático. Enquanto o primeiro procura incorporar à dogmática administrativista as conquistas civilizatórias do constitucionalismo democrático, o segundo tenta dar conta da necessidade de adaptação constante de seus institutos às exigências práticas de um mundo radicalmente complexo, mutante, globalizado e fragmentário. O poder de polícia, como um dos institutos mais tradicionais do direito administrativo, sofre o influxo disruptivo desses dois eixos de transformação, resultando em mudanças observáveis nos planos político-jurídico, econômico e institucional.

Na atual conjuntura social, política e econômica, as funções públicas, dentre as quais o poder de polícia, ganham contornos positivos, dado que atuam no sentido de fomentar e regular relações. Por vezes, a intrincada tecnicidade de certas questões, seja por fatores materiais, seja por fatores tecnológicos, inviabiliza o exercício do poder de polícia pelo ente público, enquanto a adoção de medidas por entes privados seria absolutamente factível, em razão do conhecimento ostentado. Há, ainda, situações em que o exercício do poder de polícia pelo ente público, embora factível, exige esforços econômicos desarrazoados quando contrapostos com os necessários para a persecução do mesmo objetivo pelo ente privado, o que, muitas vezes, torna a opção pela execução estatal injustificável.

Em tais casos, reconhecer legitimidade à arranjos institucionais que permitam que o ente público, por meio do apoio de particulares, possa exercer as funções de ordenação da vida social e econômica com eficiência, mostra-se em perfeita consonância com a promoção do interesse público – fim maior do Estado.

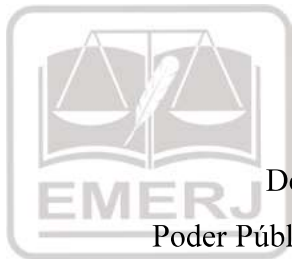
É neste caldo de avanços tecnológicos, econômicos e sociais que se desenvolve uma nova concepção do poder de polícia, favorável à sua desestatização, apregoando que o óbice à delegação defendido pela doutrina clássica constituiria mais um dogma a ser revisto<sup>25</sup>.

### 3. A VIABILIDADE DA DELEGAÇÃO SOB A ÓTICA DA CONCEPÇÃO CONTEMPORÂNEA DE PODER DE POLÍCIA

Sob a ótica da concepção contemporânea de poder de polícia, a viabilidade da desestatização seria justificada por conceitos de natureza pragmática, normativa e funcional.

<sup>24</sup> BINENBOJM, op. cit., p. 344.

<sup>25</sup> SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo ordenador*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 26.



De início, a dimensão pragmática demanda a adoção de uma postura transparente pelo Poder Público, de modo que este, após cotejar os custos e benefícios de sua atuação, defina se o efetivo alcance do interesse público exige, ou não, o exercício direto de sua função de polícia.

Quanto à perspectiva normativa, os defensores da moderna concepção de poder de polícia apontam, de início, que inexistente vedação constitucional à delegação de funções de polícia à particulares. Por conseguinte, argumentam que a inviabilidade da delegação decorreria de um dogma<sup>26</sup>, isto é, da insistência na repetição e da contínua aplicação de conceitos, que, formulados à sombra de tempos idos, requereriam uma reinterpretação consentânea com as mudanças impostas pela atualidade.

Segundo Gustavo Binenbojm<sup>27</sup> e Marçal Justen Filho<sup>28</sup>, a ausência de norma constitucional expressa conferiria espaço para interpretações casuísticas por parte do Estado, conferindo-lhe a possibilidade de avaliar uma pluralidade de arranjos institucionais, e, a partir daí, optar por aquele que permitira o exercício de suas funções públicas da maneira mais eficiente. Sobre esse aspecto, o objetivo é priorizar uma abordagem pragmática, em que teoria e realidade prática sejam compatibilizadas. Trata-se, em outras palavras, de propor uma abordagem empírica da função de polícia.

No tocante a perspectiva funcional, a análise ganha amplitude. Isso pois, sob este viés, o poder de polícia é avaliado em cotejo com as diferentes expressões do Direito Administrativo. Para tornar a abordagem didática, Diogo de Figueiredo Moreira Neto<sup>29</sup> propôs a sua distinção em quatro ciclos. O primeiro ciclo equivaleria à ordem de polícia, ou seja, à concretização da norma que disciplina direitos; o segundo ciclo, por sua vez, recairia sobre o consentimento de polícia, isto é, o ato administrativo de caráter autorizativo; dando sequência, o terceiro ciclo representaria a fiscalização administrativa; e o quarto ciclo, por fim, a sanção de polícia.

Como se percebe, cada ciclo ostenta nuances do poder estatal. Sendo assim, não haveria óbice, por exemplo, à delegação do segundo e terceiro ciclos, que, por recaírem sobre atividades meramente instrumentais ou fiscalizatórias, não alcançariam atos de coerção, que ostentariam a condição de verdadeiro monopólio do Estado.

No que se refere ao primeiro ciclo, relativo à ordem de polícia, parte da doutrina<sup>30</sup> defende que a delegação seria possível, desde que cingidas à dimensão normativa secundária

<sup>26</sup> BINENBOJM, op. cit., p. 263.

<sup>27</sup> Ibid., p. 265.

<sup>28</sup> JUSTEN FILHO, op. cit., p. 451.

<sup>29</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*: parte introdutória, parte geral e parte especial. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 444.

<sup>30</sup> MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Concessões*. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 378.



ou infralegal, já que estas não criam direitos, nem impõem obrigações. Não raro, nas hipóteses de autorregulação, que envolvem matérias de alta tecnicidade, como as já mencionadas, a transferência de funções públicas tipicamente regulatórias aos particulares é justificada. Em contrapartida, relega-se ao Estado a supervisão da atuação destes particulares, a fim de evitar desvios de finalidade.

No que concerne ao quarto ciclo, referente às sanções de polícia, o debate a respeito da viabilidade da delegação é objeto de maiores advertências. Neste ponto, é necessário que se faça escorreita distinção entre as sanções que envolvem, ou não, o uso de força. É inegável que, também aqui, não se cogita da desestatização dos atos de violência, indelegáveis aos particulares, mas, tão somente, das sanções despidas do atributo da violência, à exemplo das sanções mencionadas na Lei dos Portos.

Antes de concluir, cumpre uma ressalva a respeito da alegada violação ao princípio da isonomia.

De início, importa observar que o Estado é uma figura abstrata, que age por meio de indivíduos. Sendo assim, é evidente que o problema sugerido pela doutrina tradicional não repousa sobre o exercício de funções de polícia por pessoas, mas, sim, sobre a potencialidade de práticas não isonômicas de indivíduos, com atributos de entidades particulares, serem legitimadas pelo poder estatal.

Contudo, o necessário freio à ocorrência não exige alusão ao princípio da isonomia, com o intuito de obstar, por completo, a delegação de funções de polícia à entes particulares. O que não se deve perder de vista, em contrário, é o desenvolvimento de requisitos e procedimentos – parâmetros – capazes de assegurar a objetividade no exercício privado dessas atividades.

Em todos os casos, o que se percebe é que a velocidade da evolução social e do progresso tecnológico e científico apontam para uma tendência de dissociação de funções e atribuições até então consideradas como manifestações unitárias e indivisíveis. Isso significa dizer que, atualmente, muitos dos poderes que compreendem a função de polícia poder ser exercitados por particulares, sem que isso implique violação à estrutura democrática do Estado, ao princípio da isonomia ou à garantia de legalidade<sup>31</sup>.

---

<sup>31</sup> JUSTEN FILHO, op. cit., p. 449.



Por tudo o que se expôs, o trabalho pretendeu demonstrar que, no cenário atual, há uma crescente tendência de ampliação à adoção do entendimento favorável à possibilidade de delegação do poder de polícia pelo Estado. Buscou-se, a partir dos apontamentos da doutrina e jurisprudência, evidenciar que o tema não é unânime e que provoca relevantes discussões.

Em que pesem as correntes contrárias, o estudo procurou enfatizar que o Direito e seus institutos não evoluem espontânea ou independentemente, mas, sim, a reboque de mutações sociais. Em outras palavras, os avanços experimentados se dão por consequência de mudanças inicialmente apresentadas na realidade socioeconômica, que, somente em momento posterior, quando já impuseram novos contornos ao cotidiano, são acompanhadas pelos institutos jurídicos, que, enfim, se adequam à esta realidade. A toda evidência, a percepção a respeito do poder de polícia, como todo instituto, submete-se a este processo.

No decorrer do estudo, verificou-se que a ideia de desestatização não é sinonímia do esvaziamento das atribuições e das competências a prioristicamente conferidas ao Estado, tampouco de obstar o exercício de prerrogativas constitucional e infraconstitucionalmente conferidas à Administração Pública, e, menos ainda, de sugerir que determinada classe de entes particulares se sobreponha a seus pares. Pelo contrário – trata-se, na realidade, de promover uma estratégia de repartição de certas funções estatais com particulares melhor posicionados para o seu exercício, seja mediante produção de normas, seja por meio do exercício de atividades materiais, ou pela incumbência de identificar o descumprimento à determinada norma e impor a necessária sanção, com a única finalidade de conferir efetividade à predominância do interesse público.

Cumprindo, ainda, reiterar que a admissão da desestatização por meio da delegação do exercício da função de polícia apenas viabiliza o compartilhamento das funções estatais com particulares, sem, contudo, conferir à Administração Pública a prerrogativa de se omitir no cumprimento de suas funções públicas, em especial nas hipóteses em que a delegação tangencie ou recaia sobre a delicada prerrogativa de coerção.

Por essa razão, aliás, defende-se que a legitimidade de toda e qualquer ação de desestatização esteja atrelada ao preenchimento de certos requisitos. Nesse sentido, infere-se que, em um primeiro momento, incumbiria ao legislador, e, em um segundo, à Administração Pública, acompanhar as mudanças socioeconômicas, a fim de avaliar os cenários em que a desestatização se apresentaria como melhor alternativa ao atendimento do interesse público do que a atuação estatal, sem se olvidar do estabelecimento de critérios próprios que norteiem



e balizem a atuação dos entes privados. Em outras palavras, ainda que se permita a delegação, é importante lembrar que caberá ao Poder Público manter permanente fiscalização sobre as atividades delegadas, de modo a assegurar que a atuação dos particulares não se apartará, nem excederá, a permitida pelo Estado.

Assim sendo, ainda que se reconheça importância à tríade principiológica responsável por sustentar a posição defendida pela dogmática clássica, tradicionalmente contrária à desestatização, entende-se que a realidade imposta pela pós-modernidade, gradativamente, impõe a superação do dogma da vedação à delegação, em benefício de arranjos que favoreçam a eficiência no provimento de funções tão caras quanto a manutenção da ordem social.

Esperar que o Direito e os institutos jurídicos se mantenham inertes é almejar que a sociedade não evolua. Em lugar disso, sugere-se que esta mantenha seus ciclos, e que aquele seja reinterpretado, o tanto quanto se perceba necessário.

Dada a complexidade do tema, é certo que seu estudo vai além das linhas propostas, e que uma maior compreensão de seus contornos depende de uma constante e estreita análise das contínuas evoluções que outrora o impuseram – e que, por sua dinamicidade, ainda o impõem.

## REFERÊNCIAS

AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES (ANATEL). *Resolução nº 574*, de 28 de outubro de 2011. Aprova o Regulamento de Gestão da Qualidade do Serviço de Comunicação Multimídia (RGQ-SCM). Disponível em: <<https://informacoes.anatel.gov.br/legislacao/resolucoes/2011/57-resolucao-574>>. Acesso em 16 set. 2021.

BINENBOJM, Gustavo. *Poder de polícia, ordenação e regulação: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador*. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

BRASIL. *Lei nº 5.172*, de 25 de outubro de 1966. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/15172compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15172compilado.htm)>. Acesso em: 30 ago. 2021.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *RE nº 633.782/MG*. Relator: Luiz Fux. Julgamento: 23/10/2020. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Publicação: DJ 25/11/2020.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 21. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS (CVM). *Instrução CVM nº 461*, de 23 de outubro de 2007. Disciplina os mercados regulamentados de valores mobiliários e dispõe sobre a



constituição, organização, funcionamento e extinção das bolsas de valores, bolsas de mercadorias e futuros e mercados de balcão organizado. Revoga as Instruções CVM nº 42, de 28 de fevereiro de 1985; nº 179, de 13 de fevereiro de 1992, nº 184, de 19 de março de 1992; nº 203, de 07 de dezembro de 1993; nº 263, de 21 de maio de 1997; nº 344, de 17 de agosto de 2000; nº 362, de 05 de março de 2002; nº 379, de 12 de novembro de 2002; o art. 6º da Instrução CVM nº 312, de 13 de agosto de 1999; os arts. 1º a 14 e 17 da Instrução CVM nº 243, de 1º de março de 1996, Instrução CVM nº 250, de 14 de junho de 1996; arts. 2º a 7º, caput e §1º do art. 8º, arts. 10, 13, 15 e 16 da Instrução CVM nº 297, de 18 de dezembro de 1998; o parágrafo único do art. 1º e o art. 3º da Instrução CVM nº 202, de 06 de dezembro de 1993; e a Deliberação CVM nº 20, de 15 de fevereiro de 1985. Disponível em: <<http://conteudo.cvm.gov.br/export/sites/cvm/legislacao/instrucoes/anexos/400/inst461consolid.pdf>>. Acesso em: 16 set. 2021.

CRETELLA JÚNIOR, José. Polícia e poder de polícia. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 162, p. 10-34, out./dez. 1985.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

FERRAZ, Antônio Augusto Mello de Camargo. Interesse público, interesse difuso e defesa do consumidor. In: *JUSTITIA*, ano 49, nº 137, São Paulo, jan./mar., 1987.

GUERRA, Sérgio. *Discricionariedade, regulação e reflexividade: uma nova teoria sobre as escolhas administrativas*. 5. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Concessões*. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

MEDAUAR, Odete. *O direito administrativo em evolução*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

SORDI, Bernardo. Révolution, Rechtsstaat and the Rule of Law: historical reflections on the emergence and development of administrative law. In: ROSE-ACKERMAN, Susan; LINDSETH, Peter L.; EMERSON, Blake (Eds.). *Comparative Administrative Law*. 2. ed. Cheltenham: Edward Elgar, 2017, p. 23-37. Disponível em: <<https://www.elgaronline.com/view/edcoll/9781784718657/9781784718657.00008.xml>>. Acesso em: 16 set. 2021.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo ordenador*. São Paulo: Malheiros, 2003.