

**Universidade de Brasília – UnB  
Faculdade de Direito**

**RAFAEL RODRIGUES PESSOA DE MELO CAMARA**

**PARTICIPAÇÃO PRIVADA NO EXERCÍCIO DE FUNÇÕES DE  
AUTORIDADE PÚBLICA: análise comparada da experiência  
brasileira e estadunidense**

*PRIVATE PARTICIPATION IN THE EXERCISE OF PUBLIC AUTHORITY FUNCTIONS:  
Comparative analysis of the Brazilian and the United States experience*

Brasília  
2022

UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA  
FACULDADE DE DIREITO

**PARTICIPAÇÃO PRIVADA NO EXERCÍCIO DE FUNÇÕES DE  
AUTORIDADE PÚBLICA: análise comparada da experiência  
brasileira e estadunidense**

Autor: Rafael Rodrigues Pessoa de Melo Camara

Orientador: Prof. Dr. Márcio Iorio Aranha

Dissertação apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre, no Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, linha de pesquisa de *Transformações da Ordem Social e Econômica e Regulação*.

Brasília, 18 de janeiro de 2022.



# FOLHA DE APROVAÇÃO

RAFAEL RODRIGUES PESSOA DE MELO CAMARA

## **Participação Privada No Exercício de Funções de Autoridade Pública: análise comparada da experiência brasileira e estadunidense**

Dissertação apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre, no Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, linha de pesquisa de *Transformações da Ordem Social e Econômica e Regulação*.

Aprovada em: 18 de janeiro de 2022.

### BANCA EXAMINADORA

---

Prof. Dr. Márcio Iorio Aranha  
(Orientador – Presidente)

---

Prof. Dr. Othon de Azevedo Lopes  
(Membro)

---

Prof. Dr. Flávio Henrique Unes Pereira  
(Membro)

---

Prof. Dr. Tarcisio Vieira de Carvalho Neto  
(Suplente)

## Agradecimentos

Agradeço à minha amada esposa, Adriana, pelo apoio no dia a dia e o constante incentivo, sem os quais seria impossível conciliar o trabalho, as tarefas de pai e a pesquisa acadêmica.

Aos meus filhos, Eduardo e Felipe, que, inconscientemente, alimentam-me de energia. É especialmente encorajador ouvir Eduardo, meu filho mais velho, falar cheio de admiração e incredulidade que o papai está escrevendo um livro.

- E aí, papai, terminou?

Não teria como não concluir. A decepção dele não me permitiria.

Aos meus pais, Dijalma e Marilene, pelo rigor da criação focada nos estudos, tão importante nos momentos em que me senti inseguro.

Ao meu orientador, professor Márcio Iório Aranha, que, com muita paciência, respondeu às dúvidas mais elementares formuladas pelo inexperiente aluno e me mostrou o caminho a ser percorrido. Tenho ao professor Iório profundo respeito e admiração pelo paradigma de profissional vocacionado e dedicado que é.

Ao amigo Leonardo Carneiro da Cunha, pelo incentivo e pelos casos concretos sugeridos, que muito enriqueceram a dissertação.

Agradeço à Universidade de Brasília, onde me graduei, por me permitir conviver com talentosos colegas e professores, em um ambiente cheio de diversidade.

Por fim, agradeço à Consultoria do Senado Federal, em especial aos colegas Danilo Augusto Barboza de Aguiar, João Trindade Cavalcante Filho, José Carlos Silveira Barbosa Júnior e Victor Marcel Pinheiro, pelas trocas de ideias e pelo estímulo à conclusão do mestrado.

## FICHA CATALOGRÁFICA

CC172p      Camara, Rafael Rodrigues Pessoa de Melo  
Participação Privada no Exercício de Funções de Autoridade  
Pública: análise comparada da experiência brasileira e  
estadunidense / Rafael Rodrigues Pessoa de Melo Camara;  
orientador Márcio Iorio Aranha. -- Brasília, 2021.  
201 p.

Dissertação (Mestrado - Mestrado em Direito) --  
Universidade de Brasília, 2021.

1. Exercício Privado de Funções de Autoridade Pública. 2.  
Poder de Polícia por Particulares. 3. Regulação Responsiva.  
4. Regulação em Redes Nodais. 5. Falhas Regulatórias. I.  
Aranha, Márcio Iorio, orient. II. Título.

## REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA

CAMARA, R. R. P. de M. (2021). Participação Privada no Exercício de Funções de Autoridade Pública: análise comparada da experiência brasileira e estadunidense. Dissertação de Mestrado em Direito, Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, DF, 201 p.

# Sumário

<b>1. INTRODUÇÃO</b> .....	16
1.1. PROBLEMA E DELIMITAÇÃO DO OBJETO DA PESQUISA .....	16
1.2. BREVE PANORAMA DA EXPERIÊNCIA EUROPEIA .....	17
1.2.1. Alemanha .....	18
1.2.2. Áustria .....	19
1.2.3. Itália .....	20
1.2.4. França .....	21
1.2.5. Espanha .....	23
1.2.6. Suíça .....	24
1.3. PREMISSAS CONCEITUAIS .....	25
1.3.1. Instrumentos e estratégias regulatórios .....	26
1.3.2. Instrumentos de coerção extrínseca e intrínseca.....	26
1.3.3. Teorias Regulatórias .....	27
1.3.4. Atos de Autoridade Pública, Coercitividade e Poder de Polícia ....	28
1.4. MÉTODO E BASE EMPÍRICA .....	33
1.5. HIPÓTESES DA PESQUISA .....	48
1.6. ESTRUTURA DE CAPÍTULOS.....	49
<b>2. PRINCIPAIS ABORDAGENS RELACIONADAS AO EXERCÍCIO PRIVADO DE FUNÇÕES DE AUTORIDADE PÚBLICA</b> .....	50
2.1. REGULAÇÃO E DIREITOS FUNDAMENTAIS .....	50
2.2. FALHAS REGULATÓRIAS.....	53
2.3. PARTICIPAÇÃO PRIVADA NA REGULAÇÃO E RISCOS A DIREITOS FUNDAMENTAIS .....	58
2.4. PARTICIPAÇÃO PRIVADA NA REGULAÇÃO, REFLEXIVIDADE E TEORIA RESPONSIVA .....	60
2.5. DA REGULAÇÃO EM REDES NODULARES.....	61
2.6. PRINCIPAIS ABORDAGENS DOUTRINÁRIAS SOBRE O EXERCÍCIO PRIVADO DE FUNÇÕES DE AUTORIDADE PÚBLICA NO BRASIL.....	67
<b>3. EXPERIÊNCIAS DO BRASIL</b> .....	73
3.1. AÇÃO DIREITA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 1.717-6 .....	73
3.2. BHTrans .....	75
3.3. EXPERIÊNCIAS DE CERTIFICAÇÃO E DE APOIO À FISCALIZAÇÃO .....	83
3.4. ABNT.....	86
3.5. SERVENTIAS EXTRAJUDICIAIS .....	88
3.6. CETESB .....	90
3.7. COMLURB .....	91

3.8.	COMPETIÇÕES DESPORTIVAS EM VIAS PÚBLICAS .....	92
3.9.	ARBITRAGEM COMPULSÓRIA.....	93
3.10.	PROJETO DE LEI DO SENADO FEDERAL Nº 280, DE 2017 .....	95
<b>4.</b>	<b>EXPERIÊNCIA DOS EUA.....</b>	<b>98</b>
4.1.	A CLASSIFICAÇÃO PROPOSTA POR HAROLD ABRAMSON .....	98
4.1.1.	Categoria A .....	98
4.1.2.	Categoria B .....	99
4.1.3.	Categoria C .....	100
4.2.	RESPUBLICA V. DUQUET – 1799.....	101
4.3.	MINTURN V. LARUE – 1859 .....	105
4.4.	ST. LOUIS, I.M. & S. RY. CO. V. TAYLOR – 1908 .....	107
4.5.	EUBANK V. CITY OF RICHMOND – 1912 .....	109
4.6.	PLYMOUTH COAL CO. V. PENNSYLVANIA – 1914.....	112
4.7.	WASHINGTON EX REL. SEATTLE TITLE TRUST CO V. ROBERGE – 1928.....	116
4.8.	A. L. A. SCHECHTER POULTRY CORP. V. UNITED STATES – 1935	118
4.9.	CARTER V. CARTER COAL CO. – 1936 .....	123
4.10.	HIGHLAND FARMS DAIRY, INC. V. AGNEW – 1937 .....	127
4.11.	CURRIN V. WALLACE – 1939 .....	129
4.12.	UNITED STATES V. ROCK ROYAL CO-OP. – 1939 .....	132
4.13.	SUNSHINE ANTHRACITE COAL CO. V. ADKINS, 1940 .....	133
4.14.	PARKER V. BROWN – 1943.....	135
4.15.	STATE EX REL. KAPLAN V. DEE – 1955.....	138
4.16.	PACKER V. BOARD OF BEHAVIORAL SCIENCE EXAMINERS – 1975	140
4.17.	GUMBHIR V. KANSAS STATE BOARD OF PHARMACY – 1980 142	
4.18.	COSPITO V. HECKLER – 1984 .....	145
4.19.	THOMAS V. UNION CARBIDE – 1985.....	147
4.20.	DEPARTMENT OF TRANSPORTATION V. ASSOCIATION OF AMERICAN RAILROADS – 2014 .....	153
4.21.	NORTH CAROLINA STATE BOARD OF DENTAL EXAMINERS V. FEDERAL TRADE COMMISSION – 2015 .....	155
4.22.	UNDERWRITERS LABORATORIES.....	158
4.23.	AMERICAN BAR ASSOCIATION (ABA).....	159
4.24.	FINANCIAL INDUSTRY REGULATORY AUTHORITY (FINRA). 160	



<b>5. PRINCIPAIS OBSERVAÇÕES EXTRAÍDAS DA PESQUISA: RISCOS E POTENCIALIDADES DO EXERCÍCIO PRIVADO DE FUNÇÕES DE AUTORIDADE PÚBLICA</b> .....	168
5.1. EQUIVALÊNCIA FUNCIONAL ENTRE BRASIL E EUA QUANTO ÀS QUESTÕES LEVANTADAS NA DISSERTAÇÃO .....	168
5.2. A RECOMENDAÇÃO DA TEORIA RESPONSIVA PARA PAÍSES EM DESENVOLVIMENTO .....	170
5.3. PRETENSÃO DE SUPERAÇÃO DE DÉFICITS DE CAPACIDADE REGULATÓRIA POR MEIO DE PARTICIPAÇÃO PRIVADA .....	172
5.4. RISCOS DECORRENTES DO EXERCÍCIO PRIVADO DE FUNÇÕES DE AUTORIDADE PÚBLICA .....	175
5.4.1. Sobreposição regulatória.....	175
5.4.2. Conflito de interesses .....	176
5.4.3. Ofensa ao devido processo legal .....	178
5.4.4. Potencialidades e Parâmetros .....	179
<b>6. CONCLUSÃO</b> .....	187
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	192

## Resumo

A teoria da regulação em rede de governança nodal de John Braithwaite recomenda o compartilhamento de funções regulatórias entre o Estado e particulares, como estratégia para superar déficits de capacidade regulatória em países em desenvolvimento. O propósito da dissertação é identificar experiências concretas de participação privada no exercício de funções de autoridade pública no contexto da atividade regulatória. A dissertação discorre sobre a teoria de regulação em rede nodal e analisa casos de participação privada no exercício de funções de autoridade pública no Direito brasileiro e norte-americano. Destaca-se em cada caso identificado as questões que foram debatidas quanto à constitucionalidade do exercício privado de parcela da coercitividade estatal e quais foram as respostas dadas pelas cortes nos Estados Unidos da América e no Brasil. Também é apresentado o debate doutrinário no Brasil sobre a constitucionalidade da delegação de funções de autoridade pública a particulares. Foram identificados dezenas de casos concretos de participação privada na atuação coercitiva estatal. Constatou-se, ainda, que o exercício privado de funções públicas na atividade regulatória apresenta significativos riscos de ofensa a direitos fundamentais. Esses riscos foram categorizados em três grupos: a) risco de sobreposição regulatória; b) riscos decorrentes de conflito de interesses; e c) riscos de ofensa ao devido processo legal. A dissertação defende que os riscos não devem ser colocados como bloqueio à participação privada no exercício de autoridade pública. Apresentam-se parâmetros para disciplinar esses riscos. São descritas algumas soluções que foram adotadas nos Estados Unidos e no Brasil para superar esses riscos por meio de parâmetros normativos adequados. Espera-se que os resultados encontrados sirvam de diretrizes para a concepção do arcabouço normativo necessário à adoção de uma governança nodal no Brasil. Espera-se, igualmente, que os resultados possam contribuir para a compreensão dos desafios de se implementar a regulação em rede.

Palavras-chaves: Regulação; Rede; Governança; Nodal; Conflito; Interesses; Exercício; Privado; Funções; Regulatórias; Participação; Delegação; Poder; Polícia; Particulares; Coercitividade; Funções; Autoridade; Pública.

## **Abstract**

John Braithwaite's theory of nodes of networked regulation recommends the sharing of regulatory functions between the State and private parties, as a strategy to overcome regulatory deficits in developing countries. The purpose of the thesis is to identify real experiences of private participation in the exercise of public authority functions in the context of regulatory activity. The thesis discusses the theory of nodal networked regulation and analyzes cases of private participation in the exercise of public authority functions in Brazilian and North American Laws. The thesis highlights in each identified case the issues that were debated regarding the constitutionality of the private exercise of the portion of the State enforcement and what were the answers given by the courts in the United States of America and in Brazil. The doctrinal debate in Brazil about the constitutionality of delegating public authority functions to private parties is also presented. The thesis identified dozens of concrete cases of private participation in State enforcement action. It was also found that the private exercise of public functions in the regulatory activity presents significant risks of violating fundamental rights. These risks were categorized into three groups: a) risk of regulatory overlap; b) risks arising from conflict of interest; and c) risks of offending due process. The dissertation argues that risks should not be invoked as a block to private participation in the exercise of public authority. Some solutions that have been adopted in the United States and Brazil to overcome these risks through appropriate regulatory parameters are described. It is expected that the results found will serve as guidelines for the design of the legal framework necessary for the adoption of nodal governance in Brazil. It is also expected that the results can contribute to the understanding of the challenges of implementing networked regulation.

**Keywords:** Regulation; Networked; Governance; Nodal; Conflict; Interests; Private; Exercise; Regulatory Functions; Private; Participation; Delegation; Police; Power; Coercitivity; Enforcement; Public; Authority; Functions.

## **Lista de Figuras**

Figura 1 – Conectores da Plataforma Hein on Line .....	41
--	----

## **Lista de Tabelas**

Tabela 1	–	Conectores do STJ .....	34
Tabela 2	–	Resultados do STJ .....	35
Tabela 3	–	Conectores do STF .....	37
Tabela 4	–	Resultados do STF .....	38
Tabela 5	–	Resultados da Suprema Corte dos EUA .....	42

## **Lista de Siglas e Abreviaturas**

<i>ABA</i>	<i>American Bar Association</i>
<i>ABIC</i>	<i>Associação Brasileira da Indústria de Café</i>
<i>ABNT</i>	<i>Associação Brasileira de Normas Técnicas</i>
<i>ABPSL Lusitano</i>	<i>Associação Brasileira de Criadores de Cavalos Puro Sangue Lusitano</i>
<i>ACO</i>	<i>Avaliação de Conformidade e Operacionalidade</i>
<i>ACPE</i>	<i>Accreditation Council for Pharmacy Education</i>
<i>ADPF</i>	<i>Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental</i>
<i>ANBIMA</i>	<i>Associação Brasileira das Entidades dos Mercados Financeiro e de Capitais</i>
<i>ANEEL</i>	<i>Agência Nacional de Energia Elétrica</i>
<i>ANOREG</i>	<i>Associação dos Notários e Registradores do Brasil</i>
<i>AVMA</i>	<i>American Veterinary Medical Association</i>
<i>ADIn</i>	<i>Ação Direta de Inconstitucionalidade</i>
<i>Amtrak</i>	<i>National Railroad Passenger Corporation</i>
<i>ANA</i>	<i>Agência Nacional das Águas</i>
<i>ANM</i>	<i>Agência Nacional de Mineração</i>
<i>Anatel</i>	<i>Agência Nacional de Telecomunicações</i>
<i>BBB</i>	<i>Better Business Bureau</i>
<i>BHTrans</i>	<i>Empresa de Transporte e Trânsito de Belo Horizonte</i>
<i>CCEE</i>	<i>Câmara de Comercialização de Energia Elétrica</i>
<i>CETESB</i>	<i>Companhia Ambiental do Estado de São Paulo</i>
<i>CF</i>	<i>Constituição Federal</i>
<i>CFEM</i>	<i>Compensação Financeira pela Exploração de Recursos Minerais</i>
<i>CFOAB</i>	<i>Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil</i>
<i>Conar</i>	<i>Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária</i>
<i>Conmetro Industrial</i>	<i>Conselho Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial</i>
<i>CTB</i>	<i>Código de Trânsito Brasileiro</i>
<i>CTN</i>	<i>Código Tributário Nacional</i>
<i>Detran</i>	<i>Departamento de Trânsito</i>
<i>DNPM</i>	<i>Departamento Nacional de Produção Mineral</i>
<i>EPA</i>	<i>Environmental Protection Agency</i>
<i>EUA</i>	<i>Estados Unidos da América</i>
<i>FIFRA</i>	<i>Federal Insecticide, Fungicide, and Rodenticide Act</i>
<i>FRA</i>	<i>Federal Railroad Administration</i>
<i>FTC</i>	<i>Federal Trade Commission</i>
<i>GmbH</i>	<i>Empresa com Responsabilidade Limitada</i>
<i>Inmetro</i>	<i>Instituto Nacional de Metrologia</i>
<i>JCAH</i>	<i>Joint Commission on Accreditation of Hospitals</i>
<i>MPMG</i>	<i>Ministério Público de Minas Gerais</i>
<i>NASD</i>	<i>National Association of Securities Dealers</i>
<i>NYSE</i>	<i>The New York Stock Exchange</i>
<i>OAB</i>	<i>Ordem dos Advogados do Brasil</i>
<i>OCD</i>	<i>Organismo de Certificação Designado</i>
<i>ONG</i>	<i>Organismo Não Governamental</i>
<i>OSHA</i>	<i>Occupational Safety and Health Administration</i>
<i>PCdoB</i>	<i>Partido Comunista do Brasil</i>
<i>PLS</i>	<i>Projeto de Lei do Senado</i>

<i>PNSB</i>	<i>Política Nacional de Segurança de Barragens</i>
<i>Prodabel Horizonte</i>	<i>Empresa de Informática e Informação do Município de Belo Horizonte</i>
<i>PT</i>	<i>Partido dos Trabalhadores</i>
<i>RE</i>	<i>Recurso Extraordinário</i>
<i>REsp</i>	<i>Recurso Especial</i>
<i>SE</i>	<i>Sentença Estrangeira</i>
<i>SEC</i>	<i>Securities and Exchange Commission</i>
<i>STF</i>	<i>Supremo Tribunal Federal</i>
<i>STJ</i>	<i>Superior Tribunal de Justiça</i>
<i>Sudcap</i>	<i>Superintendência de Desenvolvimento da Capital</i>
<i>TCU</i>	<i>Tribunal de Contas da União</i>
<i>TJMG</i>	<i>Tribunal de Justiça de Minas Gerais</i>
<i>TPH</i>	<i>Trenton Psychiatric Hospital</i>
<i>UFMG</i>	<i>Universidade Federal de Minas Gerais</i>
<i>UL</i>	<i>Underwriters Laboratories</i>
<i>VwVfG</i>	<i>Lei de Processo Administrativo Alemão</i>

# 1. INTRODUÇÃO

A concepção da titularidade exclusivamente estatal do exercício de funções de autoridade pública tem sofrido profundas transformações. A complexidade e o custo do exercício da função regulatória têm, por exemplo, conduzido alguns autores a defender uma maior participação de agentes privados no exercício do poder de polícia, especialmente em países de economia em desenvolvimento, em que são identificados déficits de capacidade regulatória.

No Brasil, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) e o Supremo Tribunal Federal (STF) têm sido acionados para decidir sobre a legalidade e constitucionalidade do exercício de parcela do poder de polícia por entes de direito privado.

Os Estados Unidos da América (EUA) têm longa experiência na delegação de funções de autoridade pública a particulares. Nesse país, é comum o exercício privado de funções públicas, tais como a certificação de universidades, a regulação de profissões e a fiscalização do mercado de valores mobiliários.

A finalidade desta dissertação é identificar, no Brasil e nos EUA, casos de participação privada no exercício de funções de autoridade pública na regulação de atividade econômica. Descrevem-se, para cada caso encontrado, os riscos a direitos fundamentais, as principais questões debatidas e as soluções encontradas para compatibilizar a participação privada na atividade coercitiva e os direitos dos destinatários da regulação.

## 1.1. PROBLEMA E DELIMITAÇÃO DO OBJETO DA PESQUISA

A colaboração de particulares na atividade regulatória estatal é apontada pela proposta de regulação por redes nodais da teoria da regulação responsiva como medida que contribuiria para a superação de déficit de capacidade regulatória, em especial em países em desenvolvimento.

Déficits de capacidade regulatória podem provocar ofensa a direitos fundamentais, daí a importância de se buscar diminuir as falhas regulatórias. Todavia,



a participação privada no exercício da atividade coercitiva estatal enfrenta questões quanto a sua compatibilidade constitucional.

O problema da pesquisa é investigar como acontece, na prática, a participação privada no exercício de funções de autoridade pública e quais os desafios em termos de compatibilidade constitucional são normalmente enfrentados nos casos identificados.

O objeto desta dissertação é, portanto, identificar no Brasil e nos Estados Unidos da América (EUA) casos de exercício de instrumentos regulatórios de coerção extrínseca por entes privados, ou, em outras palavras, atividades privadas que, exercidas por delegação estatal, apresentam características de atos de autoridade pública.

A base teórica em que se fundamenta a dissertação é a proposta de regulação por redes nodais da teoria da regulação responsiva, desenvolvida por John Braithwaite. Também será importante a concepção de Cass Sunstein sobre falhas regulatórias.

As bases empíricas serão os casos no Direito brasileiro e norte-americano. A escolha por investigar casos nos EUA foi a consequência de pesquisas preliminares. Antes de se definir a base empírica da dissertação, foram pesquisadas as experiências de alguns países: Alemanha, Áustria, França, Itália, Espanha e Suíça. Foi de especial relevância para a pesquisa o trabalho do professor português Pedro Gonçalves, em “Entidades Privadas com Poderes Públicos: o exercício de poderes públicos de autoridade por entidades privadas com funções administrativas” (GONÇALVES, 2008).

A partir dessa pesquisa preliminar, ficou evidente que, dentre os países pesquisados, os Estados Unidos da América revelaram ter uma experiência mais longa e mais complexa de exercício privado de funções de autoridade pública, razão pela qual esse país foi o escolhido como base da pesquisa juntamente com o Brasil.

## 1.2. BREVE PANORAMA DA EXPERIÊNCIA EUROPEIA

Em razão da relevância das informações obtidas na nossa pesquisa preliminar, passamos, a seguir, a apresentar, ainda que de forma perfunctória, as principais informações obtidas da experiência de alguns países europeus.

### 1.2.1. Alemanha

No direito alemão, as entidades privadas que exercem funções ou poderes públicos são denominadas *Beliehene*. Pedro Gonçalves (2008, p. 47) destaca que esse conceito não é de fácil tradução. A ideia transmitida alude ao exercício de atividade administrativa por entidade privadas. Poder-se-ia traduzir este termo por administração concessionada, ou por delegação de tarefas públicas ou por delegação de poderes públicos, a depender do objeto da delegação: se função ou se poderes públicos (GONÇALVES, 2008, p. 47).

Na obra escrita em 1892 por Georg Jellinek, denominada *System der Subjektiven Öffentlichen Rechte*, o autor alemão mencionava algumas situações em que *o Estado se abstém de instituir órgãos próprios e obriga, ou então autoriza, pessoas privadas, que com ele mantém qualquer relação de serviço, a desempenhar funções estatais, a exercer imperium* (GONÇALVES, 2008, p. 47).

Segundo Pedro Gonçalves, a doutrina majoritária alemã aponta que o *Beliehene* ocupou um estatuto autônomo no Direito Administrativo alemão. É conferido a esse instituto um regime jurídico especial: os entes privados que exercem funções ou poderes públicos se sujeitam ao regime jurídico administrativo específico. Há uma formação de uma relação jurídica entre a Administração e o ente que recebeu a delegação e outra relação entre este com terceiros (GONÇALVES, 2008, p. 50).

Nesse regime, o particular exerce os poderes delegados em nome próprio, respondendo civilmente pelos atos que pratica. Quanto à relação entre o ente delegado e os cidadãos, há uma equiparação do delegado com o Estado. Significa que o delegado, quando no exercício de uma função pública delegada, sujeita-se aos mesmos limites e deveres da Administração Pública. *Os actos de direito público que pratica ficam sujeitos à VwVfG* (Lei de Processo Administrativo Alemão) (GONÇALVES, 2008, p. 51).

São exemplos de entes que exercem poderes ou funções públicas (GONÇALVES, 2008, p. 50):

- comandantes de navios e de aeronaves;
- notários;
- agentes de fiscalização da qualidade alimentar;
- inspetores de materiais no âmbito de controle da segurança de produtos; e
- controle de acesso a determinadas profissões.

No regime alemão, a delegação apenas pode ser efetivada diretamente por uma lei ou por um ato da administrativo autorizado por lei. Significa que ou a lei delega diretamente ou autoriza que a delegação seja realizada por ato administrativo (GONÇALVES, 2008, p. 50).

Sobre a discussão quanto à constitucionalidade do *Beleihung*, Pedro Gonçalves (2008, p. 51) menciona que a doutrina majoritária alemã entende por sua compatibilidade com o texto da lei fundamental alemã, notadamente em razão do disposto no art. 33, IV, da Constituição:

O exercício de funções de soberania será confiado, como regra geral de caráter permanente, a funcionários públicos, sujeitos a relações de serviço e de fidelidade ancoradas no direito público (ALEMANHA, 1949).

A expressão “em regra” contida no texto constitucional anuncia a possibilidade de delegação de funções públicas a particulares.

Sobre a extensão dos poderes delegados, ainda segundo Pedro Gonçalves, a doutrina majoritária entende que o ente privado pode receber autorização para praticar atos administrativos, bem como para celebrar contratos de direito público (GONÇALVES, 2008, p. 51).

Ainda sobre a extensão do objeto da delegação, o art. 80, I, da Constituição alemã preceitua que a lei pode delegar autorização para que ministros, governos estaduais ou federal, exerçam o poder regulamentar. Não há nesse dispositivo previsão de delegação de poderes normativos para entidades privadas. Por essa razão, Pedro Gonçalves ressalta que parcela da doutrina alemã entende que a delegação não pode alcançar a edição de regulamentos administrativos (GONÇALVES, 2008, p. 51).

### 1.2.2. Áustria

O regime jurídico de delegação de funções ou poderes públicos a particulares na Áustria é bastante semelhante ao sistema alemão. A principal diferença refere-se

à possibilidade de delegação a entes privados do exercício do poder regulamentar (GONÇALVES, 2008, p. 52).

Pedro Gonçalves menciona os seguintes exemplos de entidades privadas que exercem poder público na Áustria (GONÇALVES, 2008, p. 52-53):

- Banco Nacional Austríaco – entidade de direito privado (sociedade anônima), que pratica atos administrativos e edita regulamentos;

- Austro Control GmbH (Empresa com Responsabilidade Limitada) – sociedade de capital majoritariamente público investida de funções de autoridade de aviação civil;

- indivíduos ajuramentados para o exercício de atividades de polícia administrativa – guardas de caça, trabalhadores de empresas de transportes, entidades que realizam inspeções de automóveis e os notários.

### 1.2.3. Itália

No direito italiano, as entidades privadas que exercem funções ou poderes públicos são consideradas órgãos impróprios, substitutos ou órgãos indiretos (GONÇALVES, 2008, p. 54).

Santi Romano, doutrinador italiano, no livro *Principii di Diritto Amministrativo*, afirmou que as pessoas físicas e jurídicas de direito privado que exercem essas funções ou poderes não são titulares de órgãos da Administração Pública. Elas exercem as funções que lhes são confiadas em nome próprio. Podem, até mesmo, obter lucros em razão dessas atividades. Entretanto, pelo fato de exercerem funções públicas, podem ser classificadas como órgãos impróprios do Estado (ROMANO apud GONÇALVES, 2008, p. 54).

Guido Zanobini, em 1920, afirmou que o exercício privado de funções públicas constitui a atuação da própria potestatividade estatal. Essa atividade é pública, ainda que exercida por privados, e pode compreender a edição de regulamentos, de medidas de polícia, a emissão de atos de certificação que têm fé pública (ZANOBINI apud GONÇALVES, 2008, p. 54).

Na Itália, o Estado pode buscar suas finalidades por meio de seus órgãos diretos ou indiretos (particulares). Neste último caso, o Estado, por intermédio de pessoas privadas, regulará as condutas dos cidadãos com base nos mesmos poderes

de que dispõe sobre os seus órgãos diretos. Significa que os entes privados que exercem funções e poderes públicos o fazem como instrumento do Estado para consecução de uma finalidade pública (ZANOBINI apud GONÇALVES, 2008, p. 54).

Ainda segundo Zanobini (apud GONÇALVES, 2008, p. 55), os particulares que exercem atividades públicas recebem, por delegação, a faculdade de dirigir condutas, emanar ordens de instrução, bem como de aplicar penas disciplinares.

Para o professor italiano G. Miele (apud GONÇALVES, 2008, p. 55), por sua vez, essa forma de delegação apoia-se na distinção entre titularidade de uma determinada atividade e o seu exercício. O ente público é o titular da atividade cujo exercício é confiado a particulares.

Não há dúvidas, pois, que o direito italiano autoriza a delegação de poderes públicos a particulares. Nesse sentido, Pedro Gonçalves noticia a existência de controvérsia na Itália quanto à responsabilização do Estado em razão da prática de atos públicos por particulares, havendo quem defenda que o particular responde em nome próprio. Outros defendem que a responsabilidade é do Estado, por ser o titular da atividade e exercer poder fiscalizatório sobre a concessão (Gianinni apud GONÇALVES, 2008, p. 55-56).

#### 1.2.4. França

Na França, desde 1946, no julgamento do caso Morand, o exercício de poderes públicos por particulares é reconhecido de forma inequívoca (GONÇALVES, 2008, p. 58). Todavia, não há na doutrina francesa uma sistematização generalizada sobre os limites e requisitos dessa delegação. Os estudos têm se desenvolvido a partir de casos concretos, notadamente mediante recursos interpostos ao Conselho de Estado contra atos praticados por organismos particulares (GONÇALVES, 2008, p. 58).

No acórdão proferido no caso Morand em 1946, o Conselho de Estado francês reconheceu que uma organização agrícola de direito privado podia praticar atos administrativos. Em 1961, no Acórdão proferido no caso Magnier, o mesmo Conselho reafirmou a possibilidade de entes privados proferirem decisões administrativas em casos individuais e concretos. Nesse caso, o Conselho de Estado concluiu que:

(...) nos casos em que os organismos de direito privado tomam decisões unilaterais que se impõem aos proprietários ou utentes interessados, essas decisões apresentam-se como actos administrativos (GONÇALVES, 2008, p. 61).

Em 1968, o Tribunal de Conflito, no caso Barbier, admitiu a edição de regulamentos administrativos por entidades privadas. Importante registrar que essas decisões proferidas por entes privados se sujeitam às normas de direito público e são recorríveis ao Conselho de Estado. Há, pois, uma fiscalização estatal sobre os atos praticados por pessoas de direito privado no exercício de atividades públicas (GONÇALVES, 2008, p. 61).

A doutrina majoritária francesa, segundo Pedro Gonçalves (2008, p. 61), aceita a existência de atos administrativos emitidos por entes privados. Para essa corrente, o fato de entes privados praticarem atos administrativos modifica a concepção tradicional de se reconhecer a natureza do ato pelo critério orgânico (da pessoa que o emitiu). Significa que um ato será classificado como administrativo não em razão da pessoa que o emitiu, mas sim em razão de suas características substanciais. Logo, será um ato administrativo não apenas os atos emitidos pela Administração Pública, mas também os emitidos por entes privados que manifeste uma prerrogativa de poder público (GONÇALVES, 2008, p. 62).

Desse modo, atos substancialmente administrativos se sujeitam à jurisdição dos tribunais administrativos, ainda que praticados por entes privados. Pedro Gonçalves (2008, p. 62) afirma que uma corrente minoritária aduz que os atos praticados por entes privados são atos administrativos por assimilação. Outra corrente, também minoritária, atribui a uma instância pública a autoria indireta do ato administrativo. Para essa última corrente, como a titularidade da prática do ato administrativo é do Estado, a delegação apenas transfere a execução material do ato, atuando o ente privado como *longa manus* da Administração Pública. Nesses casos, deve-se reconhecer que o emissor do ato foi a Administração Pública, ainda que indiretamente (GONÇALVES, 2008, p. 62-64).

Para Christian Laviolle (apud GONÇALVES, 2008, p. 63):

(...) o conceito de delegação de competências administrativas assegura o “rattachement” das decisões administrativas tomadas por organismos privados à competência de uma pessoa pública, uma vez que, traduzindo as decisões uma manifestação de prerrogativa de autoridade pública, o ponto determinante para assegurar o critério orgânico não reside na natureza do autor das decisões, mas na natureza do titular das prerrogativas de que elas são expressão. As prerrogativas públicas pertencem exclusivamente a

peças públicas; a tomada de decisões no âmbito dessas competências é que pode ser delegada em peças privadas. Independentemente da entidade que o pratique, o acto administrativo põe sempre em movimento as prerrogativas de uma pessoa pública.

Já para Marguerite Canedo (apud GONÇALVES, 2018, p. 64), o fato de as decisões proferidas por entes privados poderem ser consideradas administrativas não representa qualquer fraqueza do critério orgânico. Essa qualificação não remete a uma notação material do ato administrativo, pois a presença do critério orgânico é assegurada pelo fato de o particular agir sob o abrigo de um mandato outorgado por uma pessoa pública.

Como se constata, na França, entes privados podem emitir atos de caráter administrativo, que revelem o exercício de uma prerrogativa administrativa. Há relevante divergência doutrinária quanto à fundamentação dessa possibilidade (critério orgânico x material), bem como quanto à responsabilidade decorrente da prática desses atos: se o ente privado responde diretamente pelos danos causados por seus atos e se o Estado é o responsável principal.

#### 1.2.5. Espanha

No Direito espanhol também é possível o exercício de poderes públicos por entidades privadas. Os professores Boquera Oliver e González (apud GONÇALVES, 2008, p. 68) defendem a necessidade de serem superados os critérios orgânicos de classificação dos atos administrativos. A distinção entre atos deve se fundamentar na maneira como eles produzem seus efeitos jurídicos. Os atos privados só se impõem ao sujeito que o aceita, sendo necessário o consentimento. Já os atos administrativos são capazes de modificar as situações jurídicas dos particulares independentemente de consentimento, pouco importando a natureza da pessoa de quem emanam esses atos (apud GONÇALVES, 2008, p. 68).

Para essa corrente, atos praticados por privados podem ser qualificados por administrativos, ainda que não haja uma delegação de funções ou de poderes públicos: o essencial não é a presença de uma administração pública, mas o exercício efetivo de funções administrativas de transcendência pública (GONÇALVES, 2008, p. 68).

Segundo os dois autores espanhóis mencionados por Pedro Gonçalves, as teses que tentam manter o conceito tradicional de ato administrativo *são obrigadas a fazer verdadeiros malabarismos, ficcionando delegações para dizer que o autor do acto é ou actua como Administração Pública* (GONÇALVES, 2008, p. 68).

Uma outra corrente na doutrina espanhola aduz não ser possível, como regra, entidades privadas praticarem atos públicos. Todavia, é possível admitir exceções a essa regra geral. Para tanto, é necessária a existência de uma situação especial de dependência da entidade privada em relação a uma entidade de direito público (GONÇALVES, 2008, p. 69).

Quanto ao sistema normativo espanhol, a Lei de Jurisdição Contenciosa Administrativa, Lei nº 29, 13 de julho de 1998, em seu art. 2º, “d” (ESPANHA, 1998), dispõe que a ordem jurisdicional contenciosa administrativa conhecerá de questões relacionadas a *atos administrativos de controle e de fiscalização editados pela Administração concedente, em relação aos editados pelos concessionários de serviços públicos que impliquem o exercício de poderes administrativos que lhes tenham sido conferidos* (ESPANHA, 1998, tradução nossa).

Como se vê, há previsão expressa em lei da possibilidade de entidades concessionárias de serviços público exercerem poderes administrativos. Importante, também, registrar a subordinação dos atos praticados por esses particulares ao controle jurisdicional administrativo. Significa haver controle público sobre o exercício de parcela do poder atribuído a entes privados.

Troncoso Reigada e Rivero Ortega (apud GONÇALVES, 2008, p. 71) têm apontado a expansão do exercício privado de funções públicas no direito espanhol, impulsionada pelo crescimento da privatização de tarefas públicas:

Nuns casos, isso implica a despublicatio da tarefa (privatização material), mas, noutros, verifica-se uma mera privatização da gestão, que coloca organismos privados na execução de tarefas públicas de natureza essencialmente técnica, mas com componentes jurídicos claros: é o que se verifica, por ex., com as atividades de inspeção de veículos automóveis, de produtos industriais ou de metais preciosos (REIGADA e ORTEGA apud GONÇALVES, 2008, p.71).

#### 1.2.6. Suíça

Consoante noticiado por Knapp e Fliener-Gester (apud GONÇALVES, 2008, p. 71), na Suíça, aceita-se pacificamente que entidades privadas possam ser



investidas de poderes para tomar decisões administrativas individuais e até mesmo editar regulamentos administrativos. Reconhece-se que, nesses casos, *às entidades privadas é conferida uma parcela da soberania* (apud GONÇALVES, 2008, p. 71).

A Constituição Federal da Confederação Suíça autoriza expressamente o legislador a confiar a pessoas privadas, estranhas à Administração, tarefas administrativas. É o que dispõe o seu art. 178, 3: *[p]or meio de lei, tarefas administrativas podem ser transferidas a organizações e pessoas de direito público ou privado, não ligadas à Administração federal* (SUÍÇA, 1999).

Pierre Moor (apud GONÇALVES, 2008, p. 72) aduz que a competência para tomar decisões ou para emitir normas administrativas está, em princípio, reservada às autoridades públicas. Os privados apenas podem ser habilitados a exercer essas atividades por meio de uma lei que fixe as condições sob as quais a delegação será exercida.

A delegação pode ser operada diretamente pela lei ou por um ato administrativo baseado na lei e consiste em um ato pelo qual uma autoridade pública outorga a entidade de direito privado *prerrogativas de autoridade pública para a tomada de decisões unilaterais ou para a emissão de normas regulamentares* (MOOR apud GONÇALVES, 2008, p. 72).

Fleiner-Gerster (apud GONÇALVES, 2008, p. 72), a seu turno, afirma que as decisões unilaterais e os regulamentos editados pelos delegatários são, para todos os efeitos, equiparados a decisões ou a regulamentos administrativos. Além disso, as relações estabelecidas entre delegatário e terceiros são regidas pelo direito público.

Realizada a pesquisa panorâmica e justificada a escolha pela experiência norte-americana, é preciso apresentar as premissas conceituais sobre as quais se fundará os critérios utilizados nesta dissertação.

### 1.3. PREMISSAS CONCEITUAIS

O objeto da pesquisa é identificar a participação privada no exercício de instrumentos de coerção extrínseca. A finalidade da dissertação é identificar casos de entes de direito privado que exercem parcela de poder público, saindo da posição de

igualdade entre outros particulares e se colocando em uma situação de utilização de instrumentos coercitivos. Cabe, pois, conceituar instrumentos regulatórios, coerção extrínseca e intrínseca, atos de autoridade pública e demais conceitos que orbitam essa temática, como poder de polícia, poder político e coercitividade.

### 1.3.1. Instrumentos e estratégias regulatórios

A atividade regulatória pode se apoiar em diversos instrumentos ou técnicas para conduzir a atuação do agente regulado à conformidade com os objetivos traçados pela estratégia regulatória. Instrumentos ou técnicas regulatórias são meios utilizados para influenciar o comportamento dos agentes regulados. Nas palavras de Márcio Iório Aranha (2019, p. 68):

Instrumentos ou técnicas regulatórias são meios de que o Estado lança mão com a finalidade de influenciar o comportamento social para alcance dos objetivos inscritos em políticas públicas. Tais meios, sob o enfoque jurídico, configuram-se em instituições de direito público e institutos de direito privado, enquanto cristalizações de cultura jurídica estabilizadas no ordenamento jurídico e na prática institucional de um país. Uma concessão, por exemplo, é uma técnica contratual e estatutária de prestação de serviços públicos.

Os instrumentos não se confundem com a estratégia regulatória. Esta, a estratégia regulatória, busca integrar os instrumentos em direção a uma finalidade. A estratégia é, pois, a coordenação de diversos instrumentos para a consecução de um fim. Nas palavras de Márcio Iório, estratégia regulatória é o *conjunto de diferentes técnicas capazes de alcançar um resultado regulatório ótimo* (ARANHA, 2019, p. 69).

### 1.3.2. Instrumentos de coerção extrínseca e intrínseca

Os instrumentos de coerção são componentes inerentes a todo modelo regulatório e podem ser classificados em dois grupos: instrumentos de coerção extrínseca e de coerção intrínseca.

O sistema lastreado em coerção externa vale-se de instrumentos de regulação por comando e controle. Esse sistema de comando e controle tem enfoque no Estado, trata-se da faceta pública do governo regulatório. É um sistema que reflete a concepção de Direito como um conjunto de medidas coercitivas que se afirmam perante um ato ilícito (ARANHA, 2019, p. 55-56).

Já o sistema de coerção interna apoia-se em técnicas de incentivos. Fala-se aqui em regulação por incentivos, ou de *diversas manifestações da regulação apoiada na cultura de negócios do setor regulado* (ARANHA, 2019, p. 55). Nesse sistema, a regulação não está concentrada no Estado. A doutrina a denomina de regulação descentralizada (ARANHA, 2019, p. 55), em que se atribui funções regulatórias ao próprio regulado, como são exemplos a autorregulação, o autoconstrangimento, a autogovernança e a auto-organização (ARANHA, 2019, p. 88). Por esse sistema de coerção intrínseca os próprios agentes regulados exercem funções regulatórias, ainda que não dotadas das prerrogativas de autoridade pública.

O modelo de regulação por incentivos compartilha a responsabilidade pelos resultados da regulação entre o Estado e os agentes regulados. Nas palavras de Marcio Iorio (ARANHA, 2019, p. 85):

A regulação por comando e controle apoia-se no exercício da autoridade do Estado, enquanto a regulação por incentivos aplica métodos de amenização do conflito de interesses entre sociedade e regulado, buscando o alinhamento entre os interesses do regulado e da sociedade.

Os instrumentos de coerção extrínseca estão intimamente relacionados com o exercício de funções de autoridade pública, as quais são externalizadas pela prática de atos administrativos com os atributos da a) presunção de legitimidade; b) imperatividade; c) executoriedade em sentido amplo; d) executoriedade em sentido estrito; e) tipicidade.

Para fins desta pesquisa, interessa identificar casos de instrumentos regulatórios de coerção extrínseca exercidos por entes privados, ou, ainda que não exercidos por entes privados, que estes entes atuem em auxílio a um ente público.

### 1.3.3. Teorias Regulatórias

A teoria regulatória consiste na *formulação coerente de técnicas, estratégias e modalidades regulatórias propostas com o intuito de repercutirem sobre a engrenagem regulatória pressuposta do espaço regulado* (ARANHA, 2019, p. 73).

A teoria regulatória acomoda os diversos instrumentos regulatórios em uma explicação coerente, em que se expõe a relação entre os instrumentos e as consequências esperadas.

Nesta dissertação, a participação privada no exercício instrumentos de coerção extrínseca, ou na atuação acessória ao Estado, será analisada sob a Teoria da Regulação em Redes Nodais, desenvolvida por John Braithwaite, que será descrita em capítulo próprio.

#### 1.3.4. Atos de Autoridade Pública, Coercitividade e Poder de Polícia

Ato de autoridade pública é aqui empregado no sentido de exteriorização do poder estatal de impor padrões de condutas ou de limitar a liberdade individual. São atos que expressam a coercitividade estatal. O sentido de autoridade pública adotado nessa dissertação é o concebido por Pedro Gonçalves, segundo o qual, ato de autoridade pública corresponde ao exercício de poder concedido por normas de direito público que habilita o agente a *praticar actos que provocam efeitos na esfera jurídica de terceiros* (GONÇALVES, 2008, p. 30).

A principal característica do poder político é a coercitividade (ADEODATO, 2018, p. 167). Assevera João Maurício Adeodato que (2018, p. 167):

A coercitividade é a possibilidade que o direito tem de se fazer valer, pela possibilidade de coagir o sujeito a cumpri-lo, é a principal característica do poder, a ameaça de violência irresistível e legítima.

Há, na doutrina, divergência sobre os conceitos de coercitividade e coercibilidade. Uma parcela atribui à coercibilidade o sentido de uso potencial da força; e à coercitividade o uso concreto dessa força. Já outra parcela da doutrina, entende que coercibilidade é a condição de a pessoa ser suscetível de sofrer coação, já a coercitividade corresponderia ao poder de usar a força. João Maurício Adeodato (2018, p. 167) assim sintetiza a controvérsia:

Mais recentemente, em um debate brasileiro e com origens linguísticas, surge o problema de distinguir coercitividade e coercibilidade, o que vai depender de como se define cada termo. Para um lado, o direito é coercível, suscetível de execução pela força física, isto é, dotado de coercibilidade, a virtualidade ou possibilidade da coação. Já a coercitividade designa a efetividade da coação que tinha sido apenas ameaça da pela coercibilidade, significa que houve a aplicação da força física. Este é um argumento baseado na distinção aristotélica entre potência e ato ou entre possibilidade e efetividade. Do outro lado tem-se uma objeção etimológica: as pessoas é que são dotadas de coercibilidade, são coercíveis, coercibilidade é a susceptibilidade de sofrer a coação, por isso não faz sentido dizer que o direito é dotado de coercibilidade. Ele, o conjunto de normas jurídicas, é dotado de coercitividade, a possibilidade de exercer, de aplicara coação.

É nesse segundo sentido que o termo coercitividade é aqui empregado: possibilidade de exercer ou de aplicar a coação.

Cabe, nesse particular, fazer a distinção entre coercitividade e efetividade do Direito. A coercitividade é a possibilidade de exigir o cumprimento das normas a todos, independentemente da vontade individual do destinatário da norma. Mas a onipresença potencial do Direito não significa que as normas são sempre cumpridas, pois a efetividade depende de outros fatores:

(...) não significa que as normas jurídicas sejam sempre socialmente eficazes, ou seja, que sejam cumpridas ou tenha suas sanções efetivamente aplicadas; é frequente, sobretudo em países subdesenvolvidos da modernidade periférica, que criminosos escapem às instituições jurídicas ou até que sejam sancionados, mas não coagidos. A efetividade do direito é fenômeno fático e não apenas normativo, depende de fatores reais como uma polícia, um ministério público, um judiciário competentes (ADEODATO, 2018, p. 170).

Nesta dissertação, a coercitividade é assumida como instrumento de titularidade estatal.

Nas lições de Marcio Iorio Aranha, nas relações regidas pelo direito público, há manifestação do poder político, *entendido como uma posição diferenciada no ordenamento jurídico, segundo a qual um centro de imputação normativa encontra-se em posição de interferir unilateralmente na esfera jurídica de outrem* (ARANHA, 2019, p. 4).

Essa premissa (de que a coercitividade é de titularidade exclusiva estatal) é objeto de controvérsia na doutrina, notadamente da corrente que entende haver um pluralismo jurídico, com ordens normativas para além do Estado (ADEODATO, 2018, p. 173). Todavia, aprofundar esse debate seria tarefa que extrapolaria os limites desta dissertação.

Consoante será demonstrado ao longo do trabalho, a adoção da premissa de que a coercitividade é de titularidade estatal corresponde ao entendimento das Supremas Cortes tanto dos Estados Unidos da América quanto a do Brasil.

Também conforme será esclarecido, a divergências nos Tribunais está concentrada na possibilidade de delegação do exercício de parcela da coercitividade para entes privados ou na extensão dessa delegação. Não foi identificada controvérsia quanto à titularidade da coercitividade. De fato, os entendimentos fixados pelos tribunais nos casos encontrados convergem para o reconhecimento de que a coercitividade é de titularidade exclusiva do Estado.

Colocadas essas premissas, a pesquisa irá buscar identificar casos concretos de participação de particulares no exercício de atividades coercitivas, de incentivos extrínsecos. Interessa conhecer as mais diversas intensidades de participação privada no exercício de atos de autoridade pública, seja a atividade acessória, em apoio ao Estado, seja a atividade autônoma, exercida sob responsabilidade própria do ente privado.

No contexto do Direito Regulatório, parcela da coercitividade estatal é expressada pelo exercício do poder de polícia. Este poder está relacionado com a preservação da ordem e segurança públicas. Para o jurista alemão Otto Mayer, o *poder de polícia consiste, em suma, na ação da autoridade estatal para fazer cumprir o dever de não perturbar a boa ordem da coisa pública* (MAYER apud TÁCITO, 1952, p. 3). Por essa concepção, o poder de polícia se limitava ao dever estatal de não permitir perturbações.

A concepção contemporânea de poder de polícia, todavia, é mais ampla que o mero controle da perturbação. Caio Tácito conceitua poder de polícia como o *conjunto de atribuições concedidas à administração para disciplinar e restringir, em favor de interesse público adequado, direitos e liberdades individuais* (TÁCITO, 1952, p. 8).

José dos Santos Carvalho Filho (2014, p. 76) entende que o poder de polícia pode ser concebido em um sentido amplo e noutro estrito. No sentido amplo, *poder de polícia significa toda e qualquer ação restritiva do Estado em relação aos direitos individuais* (CARVALHO FILHO, 2014, p. 76). Nessa acepção, há exercício do poder de polícia sempre que o Estado limita a liberdade e a propriedade dos indivíduos, ainda que a atuação estatal não seja de cunho administrativo. Haverá exercício de poder de polícia amplo, na atuação do Poder Legislativo ao aprovar leis que restrinjam direitos individuais ou na atuação do Poder Judiciário ao, por exemplo, determinar a constrição de bens ou a abstenção da prática de atos da parte.

Já em sentido estrito, Carvalho Filho (2014, p. 76) afirma que *poder de polícia se configura como atividade administrativa, que consubstancia (...) verdadeira prerrogativa conferida aos agentes da Administração, consistente no poder de restringir e condicionar a liberdade e a propriedade*.

Para fins desta pesquisa, interessa identificar o exercício do poder de polícia em sentido amplo por particulares, porquanto o objetivo é identificar participação,

ainda que acessória, de entes privados no exercício de atos de autoridade pública, mesmo que esses atos não sejam atos administrativos. Nesse sentido, consoante será demonstrado em tópico próprio, foram identificados casos de delegação a particulares da atividade adjudicatória, o que não configuraria exercício de poder de polícia em sentido estrito, por não se tratar de função administrativa, apesar de ser atividade de titularidade estatal.

O poder de polícia é espécie de manifestação de função de autoridade pública e tem como pressuposto a presença dos atributos do ato administrativo. 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, 2014, 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. 444-447). Em suas palavras:

A ordem de polícia é o preceito legal básico, que possibilita e inicia o ciclo de atuação, servindo de referência específica de validade e satisfazendo a reserva constitucional (art. 5º, II), para que se não faça aquilo que possa prejudicar o interesse geral ou para que se não deixe fazer alguma coisa que poderá evitar ulterior prejuízo público, apresentando-se, portanto, sob duas modalidades (...), em que ambos os casos, a limitação é o instrumento básico da atuação administrativa de polícia. Essas modalidades, referem-se, portanto, respectivamente, a restrições e a condicionamentos. (...)

O consentimento de polícia, em decorrência, é o ato administrativo de anuência que possibilita a utilização da propriedade particular ou o exercício da atividade privada, em todas as hipóteses legais em que a ordem de polícia se apresenta sob a segunda modalidade: com a previsão de reserva de consentimento, a provisão pela qual o legislador exige um controle administrativo prévio da efetiva compatibilização do uso de certo bem ou do exercício de certa atividade com o interesse público. (...)

Segue-se, no ciclo, a fiscalização de polícia, a função que se desenvolverá tanto para a verificação do cumprimento das ordens de polícia, e não apenas quanto à observância daquelas absolutamente vedatórias, que não admitem exceções, como para constatar se, naquelas que foram consentidas, não ocorrem abusos do consentimento nas utilizações de bens e nas atividades privadas, tanto nos casos de outorga de licenças como de autorizações.

A utilidade da fiscalização de polícia é, portanto, dupla: porque, primeiramente, realiza a prevenção das infrações pela observação do adequado cumprimento, por parte dos administrados, das ordens e dos consentimentos de polícia; e, em segundo lugar, porque prepara a repressão das infrações pela constatação formal da existência de atos infratores. (...)

Finalmente, falhando a fiscalização preventiva, e verificada a ocorrência de infrações às ordens de polícia e às condições de consentimento, desdobra-se a fase final do ciclo jurídico em estudo, com a sanção de polícia - que vem a ser a função pela qual se submete coercitivamente o infrator a medidas inibidoras (compulsivas) ou dissuasoras (suasivas) impostas pela Administração (p. 440-444).

Embora Moreira Neto associe a ordem de polícia ao preceito legal básico, a dissertação adota como premissa que a ordem de polícia corresponde tanto às normas legais quanto às de status constitucional e às infralegais. Nesse sentido, Carvalho Filho afirma que, no exercício do poder de polícia, a administração pública pode editar atos normativos infralegais, como decretos, regulamentos, portarias, resoluções e instruções (CARVALHO FILHO, 2014, p. 85). A normatização de polícia é caracterizada por seu conteúdo genérico, abstrato e impessoal que imponha modelo de conduta que restrinja o uso e gozo da liberdade e da propriedade.

O consentimento de polícia é o ato administrativo que confere anuência ao exercício de atividade ou ao uso de propriedade (MOREIRA NETO, 2009, p. 445).

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) (MOREIRA NETO, 2009, p. 446-447).

Por fim, a sanção de polícia é a fase em que, verificada afronta à ordem de polícia, é aplicada a pena administrativa (MOREIRA NETO, 2009, p. 447).

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 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 extraem-se algumas informações essenciais ao desenvolvimento da investigação aqui empreendida, quais sejam: a) a atividade regulatória é função eminentemente estatal; e b) envolve o exercício de funções de autoridade pública.

Os ciclos de polícia serão úteis para a dissertação por especificar os atos praticados pelo regulador que consubstanciam o exercício de ato de autoridade pública. Todavia, como a premissa aqui colocada é identificar casos de participação



particular no exercício de atos de autoridade pública, os critérios utilizados na pesquisa são mais amplos do que os ciclos de polícia.

É oportuno, pois, identificar a participação de particulares nos seguintes tipos de atividades:

- a) formulação de normas;
- b) certificação de produtos ou de atividades;
- c) acreditação;
- d) consentimento;
- e) fiscalização;
- f) sanção; e
- g) adjudicação.

Observe-se que as atividades de certificação e de adjudicação não são comumente elencadas no sentido estrito de poder de polícia. Ainda, assim, esses critérios constarão da pesquisa por representarem atos de autoridade pública, nos termos aqui adotados.

#### 1.4. MÉTODO E BASE EMPÍRICA

Para alcançar os seus objetivos, a pesquisa se concentrou na identificação de casos na jurisprudência dos tribunais superiores no Brasil e na Suprema Corte dos Estados Unidos. Não houve delimitação temporal.

Foram identificados 16 (dezesseis) casos na jurisprudência dos Tribunais Superiores no Brasil e 16 (dezesseis) nos EUA que se enquadravam nos critérios da pesquisa. A igualdade no número de resultados encontrados é mera coincidência.

Também foram inseridos casos mencionados em textos doutrinários, bem como os referenciados nos precedentes analisados. Assim, por exemplo, na hipótese de um precedente se referir a outro caso judicial que contenha participação privada no exercício de atividades de autoridade pública, o caso referenciado também foi inserido na dissertação.

É por essa razão que a dissertação traz casos julgados por tribunais estaduais dos Estados Unidos. Esses casos ou foram mencionados em algum precedente da Suprema Corte ou em textos doutrinários.

Em todos os casos, procurou-se descrever os principais argumentos que foram levantados para defender ou recusar a legitimidade da participação privada no exercício de atos de autoridade pública. O arcabouço de informações é suficiente para permitir compreender como Brasil e Estados Unidos lidam com a participação privada na atividade coercitiva estatal, no contexto do Direito Regulatório.

A pesquisa também não tem a pretensão de exaustividade. Não se buscou identificar a totalidade dos casos no Brasil ou nos Estados Unidos da América que atendam aos critérios de nossa pesquisa. De toda forma, a quantidade de casos identificados é significativa e capaz de provocar a compreensão das principais questões debatidas nos dois países e as soluções dadas.

No Brasil, a pesquisa foi feita na base de dados da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal. Como filtros, foram colocados todos acórdãos e súmulas, sem limitação de data.

As funções dos conectores da plataforma de pesquisa do STJ são as seguintes<sup>1</sup>:

**Tabela 1** – conectores do STJ

E	Localiza as palavras em qualquer lugar do documento.
Ou	Localiza um e/ou outro termo digitado entre parênteses.
Adj	Localiza palavras adjacentes
Não	Exclui documentos que tenham a palavra digitada após o conector
Prox	Localiza palavras próximas após ou antes
Mesmo	Localiza os termos num mesmo campo do documento

---

<sup>1</sup> Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/>. Acesso em: 10 dez. de 2021

Com	Localiza termos dentre de um mesmo parágrafo
\$	Localiza a palavras que contenham a parte digitada e suas variações

Fonte: <https://scon.stj.jus.br/SCON>

Foram inseridos no campo de pesquisa os seguintes termos, obtendo-se os seguintes resultados:

STJ:

delegação adj2 poder adj2 polícia – 14 resultados;

poder adj2 polícia e privado – 39 resultados;

privado adj3 autoridade adj2 pública – 0;

privado adj3 func\$ adj2 públic\$ - 0;

delegação adj5 func\$ - 10 resultados;

delegação adj2 poder adj4 (particula\$ ou privad\$) – 2 resultados;

exercício adj2 privado adj2 func\$ adj2 autoridade – 0 resultado.

Total de resultados: 65

Os precedentes encontrados na jurisprudência do STJ, desconsiderando as repetições, foram os seguintes:

**Tabela 2 – resultados do STJ**

	Caso	Se encaixa nos critérios da pesquisa?		Caso	Se encaixa nos critérios da pesquisa?
1	REsp 1757798	NÃO	32	REsp 1110315	NÃO
2	AgRg no AgRg no AREsp 639899	NÃO	33	AgRg no AgRg no REsp 1042030	NÃO
3	CC 127761	NÃO	34	REsp 1071741	NÃO
4	<b>REsp 817534</b>	<b>SIM</b>	35	RMS 21936	NÃO
5	AgRg no CC 80665	NÃO	36	AgRg no Ag 951568	NÃO
6	CC 78108	NÃO	37	REsp 637756	NÃO

7	CC 65544	NÃO	38	AgRg no REsp 874517	NÃO
8	CC 58981	NÃO	39	REsp 766236	NÃO
9	CC 54054	NÃO	40	<b>REsp 898371</b>	<b>SIM</b>
10	CC 59159	NÃO	41	RMS 22067	NÃO
11	CC 54724	NÃO	42	HC 45462	NÃO
12	<b>REsp 686419</b>	<b>SIM</b>	43	REsp 747871	NÃO
13	AgRg no REsp 665259	NÃO	44	CC 59879	NÃO
14	AgInt no AREsp 1656657	NÃO	45	EDcl no AgRg no REsp 330517	NÃO
15	REsp 1873611	NÃO	46	REsp 449407	NÃO
16	REsp 1802031	NÃO	47	REsp 751832	NÃO
17	REsp 1802296	NÃO	48	CC 50184	NÃO
18	REsp 1668652	NÃO	49	REsp 147822	NÃO
19	REsp 1669300	NÃO	50	<b>REsp 3745</b>	<b>SIM</b>
20	REsp 1705452	NÃO	51	REsp 1880319	NÃO
21	REsp 1574350	NÃO	52	AgInt no RMS 63385	NÃO
22	<b>REsp 1658399</b>	<b>SIM</b>	53	RMS 54554	NÃO
23	<b>REsp 772.347</b>	<b>SIM</b>	54	AgInt nos EDcl nos EDcl no RMS 57560	NÃO
24	REsp 1622252	NÃO	55	CC 154894	NÃO
25	<b>AgRg no AREsp 761803</b>	<b>SIM</b>	56	RMS 57573	NÃO
26	AgRg no REsp 1474840	NÃO	57	RHC 39135	NÃO
27	AgRg no REsp 1428598	NÃO	58	HC 349298	NÃO
28	REsp 1457851	NÃO	59	AgRg no REsp 1425074	NÃO

29	REsp 1187947	NÃO	60	HC 242636	NÃO
30	EDcl no AgRg no AREsp 438485	NÃO	61	RMS 15769	NÃO
31	AgRg no AgRg no REsp 1261824	NÃO			

Fonte: elaborada pelo próprio autor.

Dos 61 (sessenta e um) precedentes do STJ analisados, foram identificados 7 (sete) que se enquadram nos critérios da pesquisa.

Já as funções dos conectores da base de pesquisa jurisprudencial do STF são as seguintes<sup>2</sup>:

**Tabela 3** – conectores do STF

E	Todos os termos devem necessariamente aparecer no documento.
Ou	Ao menos um dos termos deve aparecer no documento.
Não	O termo não pode aparecer no documento.
“ ”	Os termos devem aparecer no documento na exata ordem e com a exata grafia indicadas.
“ “ ~	Os termos podem aparecer no documento em qualquer ordem, desde que estejam separados, no máximo, pelo número de palavras indicado após o til.
~	Quando posicionado logo após determinadas palavras, o til permite o resgate de documentos

<sup>2</sup> Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search>. Acesso em 14 dez. 2021.

	que contenham pequenas variações do termo pesquisado.
\$	O sinal de dólar substitui um, nenhum ou mais de caractere no início, no meio ou no final do termo.
?	O ponto de interrogação substitui um único caractere no início, no meio ou no final do termo.
()	Os parênteses indicam a ordem de prioridade das operações, quando utilizado mais de um operador.

Fonte: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search>

No STF, esses mesmos critérios de pesquisa, com a adaptação dos conectores, apresentaram os seguintes resultados:

"delegação do poder de polícia" – 1 resultado;

"poder de polícia" e privado – 35 resultados;

"exercício privado" e "funções públicas" – 1 resultado

"exercício privado" e "funções de autoridade pública" – 0 resultado

privado e "função pública" – 26 resultados;

"delegação de funcç\$" – 0 resultado;

"delegação de poder a particula\$" – 0 resultado;

"delegação de poder a entidade privad\$" – 0 resultado

Total de resultados: 63 resultados.

Os casos encontrados na jurisprudência do STF, desconsiderando as repetições, foram os seguintes:

**Tabela 4** – resultados do STF

	Caso	Se encaixa nos critérios da pesquisa?		Caso	Se encaixa nos critérios da pesquisa?
1	RE 716378	NÃO	30	ADI 1864	NÃO
2	<b>ARE 662186</b>	<b>SIM</b>	31	ADI 1485 MC	NÃO

3	RE 658570	NÃO	32	RE 1027633	NÃO
4	<b>Rcl 9702 AgR</b>	<b>SIM</b>	33	RE 1128439 AgR	NÃO
5	ARE 862377 AgR	NÃO	34	RE 78229	NÃO
6	ADI 1668	NÃO	35	MS 24427	NÃO
7	RE 1054110	NÃO	36	<b>RE 808202</b>	<b>SIM</b>
8	ARE 1196776 AgR	NÃO	37	<b>RE 842846</b>	<b>SIM</b>
9	ADI 3111	NÃO	38	ADI 6160	NÃO
10	RE 892727 AgR	NÃO	39	<b>ADI 2602</b>	<b>SIM</b>
11	ADI 2586	NÃO	40	ADI 6135	NÃO
12	ADC 36	NÃO	41	ADI 4089	NÃO
13	HC 29734	NÃO	42	AP 912	NÃO
14	ADI 5367	NÃO	43	ADI 5617	NÃO
15	RE 938837	NÃO	44	MS 21636	NÃO
16	RE 861191 AgR- AgR	NÃO	45	AP 1019	NÃO
17	ADI 2424	NÃO	46	RMS 24249	NÃO
18	MS 20113	NÃO	47	AO 1833	NÃO
19	ADI 2129	NÃO	48	<b>ADI 1800</b>	<b>SIM</b>
20	RE 1018911	NÃO	49	Pet 982 AgR	NÃO
21	<b>ADPF 406 AgR</b>	<b>SIM</b>	50	ADI 4578	NÃO
22	RE 136861	NÃO	51	ADC 30	NÃO
23	ADI 4923	NÃO	52	ADC 29	NÃO
24	AI 268857 AgR	NÃO	53	AP 470	NÃO
25	RE 189170	NÃO	54	<b>ADI 3151</b>	<b>SIM</b>
26	ADI 3643	NÃO	55	Ext 1085	NÃO
27	<b>ADI 1717 MC</b>	<b>SIM</b>	56	ADI 5062	NÃO
28	RE 23705	NÃO	57	RE 603583	NÃO
29	ADPF 187	NÃO			

Fonte: elaborada pelo próprio autor.

Dos 57 (cinquenta e sete) precedentes do STF analisados, foram identificados 9 (nove) que se enquadram nos critérios da pesquisa.

Além dos 16 (dezesesseis) casos identificados na pesquisa jurisprudencial do STF e STJ, foram inseridas as seguintes experiências no capítulo destinado à descrição dos casos brasileiros:

- a) Organismo de Certificação Designado (OCD) da Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel);
- b) Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT);
- c) Projeto de Lei do Senado (PLS) nº 280/2017.

Nos Estados Unidos da América, a base de dados da pesquisa foi a jurisprudência da Suprema Corte, por meio da plataforma Hein on Line (<https://heinonline.org/HOL/Welcome>). Como filtros da pesquisa, foram inseridos os seguintes:

- a) *Cases* (com o objetivo de identificar apenas casos judiciais, afastando julgados administrativos e textos doutrinários);
- b) *Collection/Library*: US Supreme Court Library (com o objetivo de identificar apenas casos da Suprema Corte dos Estados Unidos, afastando o resultado de outros tribunais).

As funções dos conectores da plataforma Hein são as seguintes<sup>3</sup>:

Imagem 1 – conectores da plataforma Hein on Line

---

<sup>3</sup> Disponível em: <https://help.heinonline.org/kb/how-to-search-in-heinonline/>. Acesso em: 26 de nov. de 2021.



## Search Syntax

For more information and tips please review our [Advanced Search Syntax Guide](#)

Note that all Boolean operators must use capital letters.

<b>AND</b>	to search for multiple terms i.e. <code>evidence AND admissibility</code> will produce documents that contain both terms.
<b>OR</b>	to search for either one of a pair of similar terms i.e. <code>brief OR evidence</code> will produce documents that contain either of these terms
<b>NOT</b>	to exclude a term from a search i.e. <code>evidence NOT briefs</code> will exclude every search result containing the word "briefs"
<b>" "</b>	use quotes to search for a phrase i.e. <code>"love canal"</code> will search for documents containing the exact phrase "love canal"
<b>( )</b>	to search grouped clauses to form sub queries i.e. <code>(watershed OR "water rights") AND planning</code> will produce documents that contain either watershed or water rights and planning
<b>~</b>	to search for words within a particular proximity of each other i.e. <code>"watershed planning"~10</code> will search for watershed within 10 words of planning
<b>?</b>	to search for words where there may be variations of the word that you want included in your search i.e. <code>te?t</code> will produce documents that contain text or test
<b>*</b>	to search for a word with multiple character differences i.e. <code>brief*</code> will return searches with the words brief, briefs, and briefed
<b>w/# or /#</b>	to search for two words within a set proximity of one another, i.e. <code>jury w/5 discrimination</code> or <code>jury /5 discrimination</code>
<b>w/s or /s</b>	to search for two words within a sentence, i.e. <code>jury w/s discrimination</code> or <code>jury /s discrimination</code>
<b>w/p or /p</b>	to search for two words within a paragraph, i.e. <code>jury w/p discrimination</code> or <code>jury /p discrimination</code>
<b>w/seg or /seg</b>	to search for two words within a segment, i.e. <code>jury w/seg discrimination</code> or <code>jury /seg discrimination</code>

Fonte: <https://help.heinonline.org/kb/how-to-search-in-heinonline/>

Foram adotados os seguintes termos de pesquisa, obtendo-se os seguintes resultados:

- nondelegation - 45 resultados;
- non-delegation - 11 resultados;
- private /5 police /2 power\* - 6 resultados;
- private /5 public\* /2 function\* - 28 resultados;
- private /5 state /2 function\* - 200 resultados;
- private /5 state /2 authorit\* - 17 resultados;
- private /5 authorit\* /2 function\* - 44 resultados;
- private /5 government /2 function\* - 59 resultados;
- delegation /4 function\* - 19 resultados;

delegation /4 power - 553 resultados.

Total: 982 resultados

Chegou-se, portanto, a 982 (novecentos e oitenta e dois) resultados por meio dos critérios da pesquisa. Por óbvio, tanto na jurisprudência dos tribunais do Brasil e dos EUA, nem todos esses casos se enquadram nos critérios aqui adotados para identificar casos de participação privada no exercício de atividade de autoridade pública.

Além disso, houve muita repetição de resultados e alguns sequer representavam casos judiciais, apesar do filtro específico. Assim, quanto aos resultados da pesquisa na plataforma Hein, desconsiderando as repetições e os resultados que não eram casos judiciais, foram analisados 99 (noventa e nove) casos, a seguir elencados:

**Tabela 5** – resultados da Suprema Corte dos EUA

	Caso	Se encaixa nos critérios da pesquisa?
1	RESPUBLICA V. TEISCHER, 1788	NÃO
2	KENDALL V. UNITED STATES EX REL. STOKES, 1838	NÃO
3	WEST RIVER BRIDGE COMPANY V. DIX, 1848	NÃO
4	<b>MINTURN V. LARUE, 1859</b>	<b>SIM</b>
5	ZABRISKIE V. CLEVELAND, COLUMBUS, & CINCINNATI RAILROAD, 1859	NÃO
6	ROGERS V. BURLINGTON, 1865	NÃO
7	PENNSYLVANIA COLLEGE CASES, 1871	NÃO
8	LOAN ASSOCIATION V. TOPEKA, 1874	NÃO
9	PERRY V. NEW ORLEANS, MOBILE & CHATTANOOGA RAILROAD, 1876	NÃO
10	COUNTY OF MOBILE V. KIMBALL, 1880	NÃO
11	RUGGLES V. ILLINOIS, 1883	NÃO
12	HILDRETH V. CRAWFORD, 1884	NÃO

13	LOUISVILLE GAS CO. V. CITIZENS' GAS-LIGHT CO., 1885	NÃO
14	CASE V. KELLY, 1890	NÃO
15	FALLBROOK IRRIGATION DIST. V. BRADLEY, 1896	NÃO
16	COVINGTON & LEXINGTON TPK. ROAD CO. V. SANDFORD, 1896	NÃO
17	UNITED STATES V. JOINT TRAFFIC ASSOCIATION, 1898	NÃO
18	DETROIT CITIZENS' STREET RY CO. V. DETROIT RY., 1898	NÃO
19	SAN DIEGO LAND & TOWN CO. V. NATIONAL CITY, 1899	NÃO
20	MISSOURI, KANSAS, & TEXAS RAILWAY COMPANY V. HICKMAN, 1901	NÃO
21	CHESAPEAKE & POTOMAC TEL. CO. V. MANNING, 1902	NÃO
22	ATKIN V. KANSAS, 1903	NÃO
23	PUBLIC CLEARING HOUSE V. COYNE, 1904	NÃO
24	BUTTFIELD V. STRANAHAN, 1904	NÃO
25	SOUTH CAROLINA V. UNITED STATES, 1905	NÃO
26	NEW YORK FOUNDLING HOSPITAL V. GATTI, 1906	NÃO
27	WATER, LIGHT GAS CO. V. HUTCHINSON, 1907	NÃO
28	<b>ST. LOUIS &amp; IRON MOUNTAIN RY. V. TAYLOR, 1908</b>	<b>SIM</b>
29	HUDSON COUNTY WATER CO. V. MCCARTER, 1908	NÃO
30	KNOXVILLE V. KNOXVILLE WATER CO., 1909	NÃO
31	CITY OF COLUMBUS V. MERCANTILE TRUST & DEPOSIT COMPANY, 1910	NÃO
32	LIGHT V. UNITED STATES, 1911	NÃO

33	<b>EUBANK V. CITY OF RICHMOND, 1912</b>	<b>SIM</b>
34	GERMAN ALLIANCE INS. CO. V. HOME WATER SUPPLY CO., 1912	NÃO
35	ICC V. GOODRICH TRANSIT CO., 1912	NÃO
36	WESTERN UNION TELEGRAPH CO. V. RICHMOND, 1912	NÃO
37	CITY OF POMONA V. SUNSET TELEPHONE & TELEGRAPH CO, 1912	NÃO
38	CITY OF OWENSBORO, APPT., V. CUMBERLAND TELEPHONE & TELEGRAPH COMPANY, 1913	NÃO
39	<b>PLYMOUTH COAL CO. V. PENNSYLVANIA, 1914</b>	<b>SIM</b>
40	INTERMOUNTAIN RATE CASES, 1914	NÃO
41	LOUISVILLE BRIDGE CO. V. UNITED STATES, 1917	NÃO
42	FIRST NAT. BANK OF BAY CITY V. FELLOWS EX REL. UNION TRUST CO., 1917	NÃO
43	CITY OF MITCHELL V. DAKOTA CENTRAL TELEPHONE CO., 1918	NÃO
44	SEARS V. CITY OF AKRON, 1918	NÃO
45	SKINNER & EDDY CORP. V. UNITED STATES, 1919	NÃO
46	LOS ANGELES V. LOS ANGELES GAS & ELECTRIC CORP., 1919	NÃO
47	TEXAS V. INTERSTATE COMMERCE COMM'N., 1922	NÃO
46	BANKERS TRUST CO. V. RATON, 1922	NÃO
49	WICHITA RAILROAD & LIGHT CO. V. PUBLIC UTILITIES COMMISSION OF KANSAS, 1922	NÃO
50	DOUGLAS, PROSECUTING ATTORNEY FOR KING COUNTY, ET AL. V. NOBLE, 1923	NÃO
51	MISSOURI EX REL. BURNES NATIONAL BANK V. DUNCAN, 1924	NÃO

52	TRENTON V. NEW JERSEY, 1923	NÃO
53	DAVIS V. GEORGE B NEWTON COAL CO., 1925	NÃO
54	<b>WASHINGTON EX REL. SEATTLE TITLE TRUST CO V. ROBERGE, 1928</b>	<b>SIM</b>
55	MANDEL V. BD. OF REGENTS OF UNIV. OF STATE OF N.Y., 1928	NÃO
56	GILCHRIST ET AL. V. INTERBOROUGH RAPID TRANSIT CO. ET AL., 1929	NÃO
57	<b>A. L. A. SCHECHTER POULTRY CORP. V. UNITED STATES, 1935</b>	<b>SIM</b>
58	WILSHIRE OIL CO., INC., ET AL. V. UNITED STATES ET AL., 1935	NÃO
59	PANHANDLE EASTERN PIPE LINE CO. V. STATE HIGHWAY COMMISSION OF KANSAS, 1935	NÃO
60	ASHWANDER V. TENNESSEE VALLEY AUTHORITY, 1936	NÃO
61	<b>CARTER V. CARTER COAL CO., 1936</b>	<b>SIM</b>
62	<b>HIGHLAND FARMS DAIRY, INC. V. AGNEW, 1937</b>	<b>SIM</b>
63	DUKE POWER CO. V. GREENWOOD COUNTY, 1937	NÃO
64	HELVERING V. GERHARDT, 1938	NÃO
65	ELECTRIC BOND & (AND) SHARE CO. ET AL. V. SECURITIES AND EXCHANGE COMM'N ET AL, 1938	NÃO
66	GRAVES V. NEW YORK EX REL. O'KEEFE, 1939	NÃO
67	<b>CURRIN V. WALLACE, 1939</b>	<b>SIM</b>
68	<b>UNITED STATES V. ROCK ROYAL COOPERATIVE, INC., 1939</b>	<b>SIM</b>
69	<b>SUNSHINE ANTHRACITE COAL CO. V. ADKINS, 1940</b>	<b>SIM</b>
70	<b>PARKER V. BROWN, 1943</b>	<b>SIM</b>
71	YAKUS V. UNITED STATES, 1944	NÃO

72	OKLAHOMA V. UNITED STATES CIVIL SERVICE COMM'N, 1947	NÃO
73	CHICAGO & SOUTHERN AIR LINES, INC. V. WATERMAN STEAMSHIP CORP., 1948	NÃO
74	LABOR BOARD V. DUVAL JEWELRY CO., INC., 1958	NÃO
75	UNITED STATES V. MISSISSIPPI VALLEY GENERATING CO., 1961	NÃO
76	GIBSON V. BERRYHILL, 1973	NÃO
77	UNITED STATES V. NATIONAL ASSOCIATION OF SECURITIES DEALERS, INC., 1975	NÃO
78	FEDERAL ENERGY ADMINISTRATION V. ALGONQUIN SNG, INC., 1976	NÃO
79	TODD CO. V. SECURITIES EXCHANGE COM'N, 1977	NÃO
70	COMMUNITY COMMUNICATIONS V. CITY OF BOULDER, 1982	NÃO
80	NORTHERN PIPELINE CONSTR. CO. V. MARATHON PIPE LINE CO., 1982	NÃO
81	UNITED TRANSP. UNION V. LONG ISLAND R. CO., 1982	NÃO
82	UNITED TRANSP. UNION V. CONSOLIDATED RAIL CORP., 1982	NÃO
83	<b>SCHWEIKER V. MCCLURE, 1982</b>	<b>SIM</b>
84	BIRTH CONTROL CENTERS, INC. V. REIZEN, 1984	NÃO
85	<b>THOMAS V. UNION CARBIDE, 1985</b>	<b>SIM</b>
86	S.F. ARTS & ATHLETICS, INC. V. USOC, 1986-1987	NÃO
87	INTERSTATE COMMERCE COMMISSION V. TEXAS, 1987	NÃO
88	FCC V. FLORIDA POWER CORP., 1987	NÃO
89	NCAA V. TARKANIAN, 1988	NÃO

90	DUQUESNE LIGHT CO. V. BARASCH, 1989	NÃO
91	CONSOLIDATED RAIL CORP. V. UNITED TRANSP. UNION, 1996	NÃO
92	CROSBY V. NATIONAL FOREIGN TRADE COUNCIL, 2000	NÃO
93	WHITMAN, ADMINISTRATOR OF ENVIRONMENTAL PROTECTION AGENCY, ET AL. V. AMERICAN TRUCKING ASSOCIATIONS, INC., ET AL, 2001	NÃO
94	ASSOCIATED BUILDERS AND CONTRACTORS V. DEPARTMENT OF CONSUMER & INDUSTRY SERVICES DIRECTOR, 2005	NÃO
95	CUTTER ET AL. V. WILKINSON, DIRECTOR, OHIO DEPARTMENT OF REHABILITATION AND CORRECTION, ET AL., 2005	NÃO
96	ROCKWELL INT'L CORP. V. UNITED STATES, 2007	NÃO
97	AMERICAN ELECTRIC POWER CO., INC. V. CONNECTICUT, 2011	NÃO
98	<b>DEPARTMENT OF TRANSPORTATION V. ASSOCIATION OF AMERICAN RAILROADS, 2014</b>	<b>SIM</b>
99	<b>NORTH CAROLINA STATE BOARD OF DENTAL EXAMINERS V. FEDERAL TRADE COMMISSION, 2015</b>	<b>SIM</b>

Fonte: elaborada pelo próprio autor.

Dos 99 (noventa e nove) precedentes da Suprema Cortes dos Estados Unidos da América analisados, foram identificados 16 (dezesesseis) que se enquadram nos critérios da pesquisa.

Além dos 16 (dezesesseis) casos identificados na pesquisa jurisprudencial da Suprema Corte dos EUA, foram inseridas as seguintes experiências no capítulo destinado à descrição dos casos norte-americanos:

- 1) RESPUBLICA V. DUQUET, 1799;
- 2) STATE EX REL. KAPLAN V. DEE, 1955;
- 3) PACKER V. BOARD OF BEHAVIORAL SCIENCE EXAMINERS, 1975;
- 4) GUMBHIR V. KANSAS STATE BOARD OF PHARMACY, 1980;
- 5) COSPITO V. HECKLER, 1984;
- 6) UNDERWRITERS LABORATORIES (UL);
- 7) AMERICAN BAR ASSOCIATION (ABA);
- 8) FINANCIAL INDUSTRY REGULATORY AUTHORITY (FINRA).

Esses casos foram extraídos dos textos de Harold Abramson (1989), Hester Peirce (2015) e de Iuliano e Whittington (2017b).

De cada caso a dissertação buscou extrair as informações mais importantes para o debate do exercício privada de funções de autoridade pública. Nesse sentido, buscou-se descrever qual atividade tipicamente pública foi exercida pelo particular; quais eram os riscos a direitos individuais que o caso apresentava; qual o instrumento que veiculava a delegação de atividades estatais a particulares; e quais os requisitos exigidos.

## 1.5. HIPÓTESES DA PESQUISA

A dissertação partiu das seguintes hipóteses:

- a) tanto no Brasil como nos Estados Unidos da América é possível identificar experiências de participação privada em atividades de autoridade pública;
- b) os Estados Unidos têm uma experiência mais longa, consistente e complexa de delegação de poderes públicos a entes privados em comparação à experiência brasileira;
- c) no Brasil, os requisitos para participação privada em atos de autoridade pública são mais rigorosos do que nos Estados Unidos.

Consoante demonstrado ao longo da dissertação e, em especial, no capítulo da conclusão, todas as hipóteses foram confirmadas.



## 1.6. ESTRUTURA DE CAPÍTULOS

Além deste capítulo introdutório, a dissertação é constituída por outros 5 (cinco) capítulos. O primeiro capítulo faz uma revisão teórica sobre os principais temas da dissertação. Nesse capítulo, tratou-se sobre a relação entre regulação de atividades econômicas e direitos fundamentais; discorreu-se sobre falhas regulatórias em países em desenvolvimento e sobre a teoria da regulação em redes nodais.

Para a relação entre direitos fundamentais e regulação, a dissertação se valeu das lições de Márcio Iorio Aranha. Sobre as falhas regulatórias, foi empregada a concepção de Cass Sunstein.

Esse primeiro capítulo reserva especial atenção à teoria da regulação em redes nodais, de John Braithwaite. É essa a teoria que guiará a pesquisa.

Ainda no primeiro capítulo, são apresentados os riscos a direitos fundamentais em razão do exercício privado de funções de autoridade pública, bem como algumas oportunidades da contribuição privada para a consecução dos fins da regulação.

No segundo capítulo, apresentam-se as experiências brasileiras quanto à participação privada em instrumentos de coerção extrínseca. Nesse capítulo, a dissertação faz um apanhado da doutrina sobre a delegação de funções de autoridade pública a particulares e apresenta casos concretos em que foram identificadas as premissas de nossa pesquisa.

No terceiro capítulo, discorreu-se sobre os casos identificados na experiência dos Estados Unidos da América.

No penúltimo capítulo, buscou-se relacionar os casos identificados tanto na experiência brasileira quanto na norte-americana com as premissas da teoria da regulação em redes nodais.

Por fim, no capítulo da conclusão, há uma síntese dos resultados encontrados na pesquisa.

## 2. PRINCIPAIS ABORDAGENS RELACIONADAS AO EXERCÍCIO PRIVADO DE FUNÇÕES DE AUTORIDADE PÚBLICA

O presente capítulo fará um apanhado da produção doutrinária sobre os temas relacionados à pesquisa. Discorrer-se-á sobre: a) a relação entre a atividade regulatória e os direitos fundamentais; b) falhas regulatórias; c) Teoria da Regulação em Rede Nodal; e d) aspectos controvertidos da participação privada no exercício de funções de autoridade pública.

### 2.1. REGULAÇÃO E DIREITOS FUNDAMENTAIS

No Brasil, o fenômeno regulatório se intensificou concomitantemente ao processo redemocratização do País, impulsionado pela desestatização<sup>4</sup> de empresas estatais e pela concessão de serviços públicos. Ainda no governo de José Sarney (1985-1990), foram desestatizadas 18 (dezoito) empresas estatais e 4 (quatro) foram liquidadas (DERANI, 2002, p. 110). O processo de redução da atuação direta Estado na economia, tanto na exploração de atividade econômica em sentido estrito quanto na prestação de serviços públicos, teve continuidade nos governos de Fernando Collor (1990-1992) e de Itamar Franco (1992-1995) e foi ampliada no governo de

---

<sup>4</sup> O termo desestatização é aqui empregado no sentido descrito pelo § 1º do art. 2º Lei nº 9.491, de 9 de setembro de 1997, segundo o qual:

§ 1º Considera-se desestatização:

- a) a alienação, pela União, de direitos que lhe assegurem, diretamente ou através de outras controladas, preponderância nas deliberações sociais e o poder de eleger a maioria dos administradores da sociedade;
- b) a transferência, para a iniciativa privada, da execução de serviços públicos explorados pela União, diretamente ou através de entidades controladas, bem como daqueles de sua responsabilidade.
- c) a transferência ou outorga de direitos sobre bens móveis e imóveis da União, nos termos desta Lei.

Fernando Henrique Cardoso (1995-2002). De 1991 a 2002, foram desestatizadas no Brasil 165 empresas estatais das três esferas de governo - União, Estados, Distrito Federal e municípios (só capitais) (SOARES, 2004), sendo que 75% (setenta e cinco por cento) das empresas estatais foram desestatizadas nos anos de 1997 a 1999 (foram 123 empresas estatais desestatizadas nesses três anos) (DERANI, 2002, p. 110).

A diminuição da atuação direta estatal na atividade econômica em sentido estrito e a ampliação da atuação privada na execução de serviços públicos teve como efeito a expansão da atuação indireta do Estado na economia, como agente normativo e regulador dessa atividade<sup>5</sup>.

A atividade regulatória pode assumir vários significados. Este trabalho concentra-se na acepção jurídica da regulação. Nesse sentido, Alexandre de Aragão conceitua a atividade regulatória como:

(...) conjunto de medidas legislativas, administrativas e convencionais, abstratas e 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 leses os interesses sociais definidos no marco da Constituição e orientando-os em direções sociais desejáveis (ARAGÃO, 2013, p. 1835).

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).

Já o Márcio Iório Aranha (2019, p. 41) destaca que a regulação é uma tecnologia social:

Enquanto tecnologia, a regulação é uma forma de produção da existência social dependente de um projeto humano de acompanhamento conjuntural dos sistemas sociais. Assim entendida, a regulação seria melhor definida como uma tecnologia social de sanção aflitiva ou premial orientadora de setores relevantes via atividade contratual, ordenadora, gerencial ou fomentadora.

---

<sup>5</sup> Constituição Federal:

Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.

A partir dessas concepções jurídicas do fenômeno regulatório pode-se acrescentar que uma das finalidades da regulação é influenciar o comportamento dos agentes econômicos para que atuem em conformidade com os direitos e garantias fundamentais. Assim, deve a regulação zelar para que a atividade econômica respeite os direitos fundamentais.

De fato, o art. 170 da CF elenca como princípios da ordem econômica: I - soberania nacional; II - propriedade privada; III - função social da propriedade; IV - livre concorrência; V - defesa do consumidor; VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; VII - redução das desigualdades regionais e sociais; VIII - busca do pleno emprego; e IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.

Os princípios da ordem econômica estão estritamente relacionados aos direitos e garantias fundamentais previstos no Título II da CF, tais como: art. 5º, I (princípio da igualdade); art. 5º, XIII (liberdade de profissão); art. 5º XVII a XXI (liberdade de associação); art. 5º, XXII (direito de propriedade); art. 5º, XXIII (função social da propriedade); art. 5º XXXII (defesa do consumidor), art. 6º (direitos sociais), art. 7º (direitos dos trabalhadores).

Sobre esse tema, Márcio Iório Aranha (2019, p. 9) afirma que o cerne da regulação reside no direito fundamental à igualdade das condições concorrenciais. O fundamento da atuação estatal para proteger a igualdade de competição é a constatação de que o próprio *direito criou seres imortais que desequilibram as relações humanas de acumulação de capital, técnica e vantagens competitivas, exigindo, portanto, a regulação por princípio* (ARANHA, 2019, p. 9).

Mas não é apenas a proteção à igualdade que fundamenta a atuação regulatória do Estado. O conjunto de direitos fundamentais compõe a razão de ser da regulação (ARANHA, 2019, p. 9). Nesse sentido, Márcio Iório Aranha destaca o direito à dignidade humana como justificativa a regulação para impedir, por exemplo, a comercialização de órgãos humanos. Em suas palavras:

O pressuposto do Estado Regulador, portanto, é a compreensão da intervenção estatal como garantia de preservação das prestações materiais essenciais à fruição dos direitos fundamentais, sejam elas prestações de serviços públicos ou privados, sobre as quais se aplica a insígnia da regulação, ou sejam elas outros tipos de atividades, tais como o exercício do

poder de polícia, atividades de fomento e prestações positivas tradicionais de índole concreta e normativa. (ARANHA, 2019, p. 11)

Para as finalidades desta pesquisa, será especialmente relevante discorrer sobre a relação entre a participação de agentes privados na atividade regulatória, o direito fundamental à igualdade concorrencial, e o conjunto de garantias fundamentais que integram o devido processo legal, tema que será aprofundado em capítulo próprio.

## 2.2. FALHAS REGULATÓRIAS

A atividade regulatória, como toda atividade humana, é suscetível a imperfeições. Cass Sunstein, em *After the Rights Revolution: Reconceiving the Regulatory State*, afirma que alguns regimes regulatórios falharam e que as falhas regulatórias são caracterizadas por desvios que comprometem a racionalidade dessa atividade estatal, prejudicando o seu bom funcionamento<sup>6</sup> (SUNSTEIN, 1993, p. 74).

Ele classifica os déficits regulatórios em dois grupos: a) falhas na elaboração de normas ou b) na implementação dessas normas (SUNSTEIN, 1993, p. 84-97).

Quando Sunstein trata de falhas na elaboração da norma, está a se referir à atividade do Poder Legislativo, de produção de lei em sentido formal. Já quando trata de déficit de implementação da norma, refere-se à atividade de produção de atos normativos infralegais, especialmente produzidos pelas agências reguladoras, e de atos administrativos concretos (SUNSTEIN, 1993, p. 84-97).

As falhas na elaboração da norma podem se caracterizar pela a) transferência para grupos de interesse (teoria da captura); b) diagnóstico equivocado (falha na obtenção de informações); c) gestão de riscos *versus* direitos; d) efeitos sistêmicos complexos e consequências imprevistas; e) falhas de coordenação; f) alteração das circunstâncias e obsolescência; e g) substituição da decisão técnica por julgamentos políticos (SUNSTEIN, 1993, p. 84-96).

As falhas de implementação das normas são as seguintes elencadas por Cass Sunstein: a) proteção inadequada; b) aumento da ineficiência e controles excessivos;

---

<sup>6</sup> Não é objeto da dissertação discorrer sobre as teorias das falhas regulatórias. Sobre esse tema, consultar: (MEDEIROS, 2012).

c) redistribuição enviesada; e d) processos e resultados não democráticos (SUNSTEIN, 1993, p. 96-101).

Ainda quanto às falhas de implementação da norma, Alice Medeiros (2012, p. 208) menciona os déficits de estrutura institucional, como a carência nos quadros de pessoal das agências reguladoras e insuficiências orçamentárias para o cumprimento das funções legalmente estabelecidas à agência reguladora.

É importante considerar que falhas regulatórias podem contribuir para lesão a direito ou garantia fundamentais, tais como ofensa à igualdade de condições concorrenciais, a direitos do consumidor, do trabalhador ou do meio-ambiente. Déficit regulatórios são verificados quando o Estado falha na condução do comportamento de agentes econômico à conformidade com os direitos fundamentais (MEDEIROS, 2012, p. 189).

São exemplos de tragédias que poderiam ser evitadas por um ambiente regulatório adequado os acidentes com barragens de rejeitos de mineração e as mortes por asfixia em silos agrícolas.

Em um intervalo de quatro anos, aconteceu no Brasil dois grandes acidentes causados por rompimento de barragens de rejeitos de mineração. Em 25 de janeiro de 2019, rompeu-se a barragem de Brumadinho, em Minas Gerais. Esse foi o maior acidente do trabalho em perdas de vidas humanas da história do nosso País e o segundo, neste século, em todo o mundo (SOUZA e FELLET, 2019). O rompimento da barragem de Brumadinho deixou 290 (duzentos e noventa) mortos e 11 (onze) desaparecidos (LEOCÁDIO, 2020).

Outro grande acidente relacionado à atividade de mineração aconteceu em 5 de novembro de 2015. O rompimento da barragem de Mariana, também no Estado de Minas Gerais, deixou 19 (dezenove) mortos (CHAGAS, 2019). O acidente da Mariana é o considerado o maior desastre ambiental da história do Brasil. Foram cerca de 62 (sessenta e dois) milhões de metros cúbicos de lama despejados no Rio Doce, que atingiram várias cidades dos Estados de Minas Gerais e Espírito Santos (CHAGAS, 2019).

Segundo dados compilados da Agência Nacional das Águas (ANA) no Relatório de Segurança de Barragens de 2019, no Brasil, há, em média, 3 (três) acidentes com barragens por ano. Segundo a própria ANA, o número real de acidentes é maior, pois há acidentes não relatados (FONSECA, 2019).

Ainda sobre acidentes de trabalho no Brasil, cabe mencionar as dezenas de mortes anuais, relacionadas à atividade agrária, que acontecem por asfixia em silos de grãos. As mortes ocorrem quando o trabalhador afunda na massa de grãos e é asfixiado. Ao caminhar sobre os grãos, sem os equipamentos de segurança de trabalho necessários, o trabalhador afunda nos grãos e não consegue voltar à superfície, como se fosse encoberto por uma areia movediça.

Segundo levantamento da BBC News Brasil, entre os anos de 2009 a 2018, foram 106 (cento e seis) pessoas mortas em silos de grão no País (FELLET, 2018). Esse levantamento considerou apenas casos noticiados pela imprensa, o que *indica que as ocorrências sejam ainda mais numerosas, pois nem todas as mortes são divulgadas* (FELLET, 2018). Os números colocam a atividade em silo como uma das atividades com mais acidentes fatais no País (FELLET, 2018).

Em comum entre esses acidentes, há indicativos de que falhas na fiscalização das condições em que a atividade econômica é desenvolvida contribuíram para a ocorrência desses acidentes ou, sob outro ângulo, que uma fiscalização mais eficiente teria o efeito de evitar esses tipos de acidentes.

O Plenário do Tribunal de Contas da União (TCU), em 11 de novembro 2015, após o rompimento da barragem de Mariana-MG, determinou a realização de auditoria operacional no extinto Departamento Nacional de Produção Mineral (DNPM)<sup>7</sup>, *com o objetivo de avaliar a atuação do órgão de controle sobre a segurança de barragens* (BRASIL, 2016a).

Após o acidente de Brumadinho, o Plenário do TCU, em 30 de janeiro de 2019, determinou a *autuação de processo específico destinado a acompanhar as providências já adotadas e aquelas a serem aplicadas pela Agência Nacional de Mineração para apurar as causas e responsabilidades pela catástrofe ocorrida em Brumadinho/MG* (BRASIL, 2020b).

Dessas duas auditorias, o TCU concluiu haver grave déficit institucional na atividade regulatória do setor de mineração. Segundo as conclusões da Corte de contas (BRASIL, 2019a):

Há falta de regularidade dos repasses financeiros  
(...)

---

<sup>7</sup> O DNPM foi extinto pela Lei nº 13.575, de 26 de dezembro de 2017, que criou a Agência Nacional de Mineração (ANM), autarquia que assumiu a função de ente regulador da atividade de mineração.

A cota-parte da Compensação Financeira pela Exploração de Recursos Minerais (CFEM), legalmente destinada ao órgão regulador do setor, correspondente a 9,8% da arrecadação, não está sendo repassada integralmente.

(...)

Verificou-se que a gestão orçamentária e financeira do DNPM possui limitações que prejudicam sua atuação finalística e comprometem seu desempenho enquanto órgão regulador e fiscalizador da atividade de mineração no Brasil.

(...)

Em que pese a criação da Agência Nacional de Mineração pela Lei 13.575/2017, as limitações quanto à falta de recursos financeiros para desempenho das atribuições legais ainda permanecem.

(...)

O quadro de servidores equivalia a 62% do total que o órgão regulador deveria ter para a adequada realização de suas atividades finalísticas.

(...)

Somente 42% dos cargos de especialista em recursos minerais e 20% dos cargos de técnico em atividades de mineração encontravam-se ocupados.

(...)

A Superintendência de Minas Gerais estava com o maior déficit de servidores, com 79 servidores, enquanto seriam necessários 384 para atender a demanda de trabalho daquela Unidade.

(...)

O último concurso foi realizado em 2009. Desde 2015, foi solicitada autorização para realização de concurso público para provimento de cargos efetivos, mas apenas dez vagas foram liberadas pelo Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão (MP).

(...)

Em que pese a criação da Agência Nacional de Mineração pela Lei 13.575/2017, as limitações quanto ao quadro técnico deficitário ainda permanecem.

(...)

O órgão regulador contava com um número reduzido de servidores com capacitação específica para a fiscalização das 662 barragens de mineração existentes no Brasil, 401 delas inseridas na PNSB.

(...)

Não há plano de capacitação sistemático voltado para a área de segurança de barragens.

(...)

as dificuldades de implementação de um plano de capacitação sistemático para o desenvolvimento das competências necessárias ao corpo técnico responsável pela fiscalização de barragem relacionam-se com a insuficiência de recursos humanos e financeiros e a ausência de uma unidade técnica específica para esse tipo de fiscalização, pois os técnicos realizam outras atribuições diversas.

(...)

A ANM possui altíssima exposição à fraude e corrupção.

(...)

A Auditoria Operacional sobre exposição da Administração Pública Federal a fraude e corrupção identificou que a ANM possui altíssima exposição à fraude e corrupção (Índice de Fragilidade de Controles: 0,85) combinada com alto poder de regulação.

(...)

Na fiscalização de 2016, verificou-se que a debilidade do controle exercido pelo DNPM ultrapassava atos singulares e pontuais e abarcava todo o processo de fiscalização, o que implica afirmar que a situação constatada em relação à Barragem do Fundão apenas exemplifica uma conduta padrão daquela Autarquia, a qual atinge, em termos gerais, todo o universo de barragens de rejeitos no Brasil.



Os critérios adotados pelo TCU para chegar à conclusão ANM possui altíssima exposição à fraude e corrupção foram os seguintes (BRASIL, 2019a):

(...)

- Ausência de critérios objetivos para ocupação de cargos/ funções (1.0).
- Ausência de critérios objetivos para ocupação de cargos/ funções (1.0).
- Não há gestão efetiva de riscos e o tratamento de conflitos de interesse e de casos de nepotismo é insuficiente, envolvendo colaboradores e gestores da organização (0.94).
- Inexistência de programa de integridade e código de ética insuficiente (0,8).
- Atuação insuficiente da auditoria interna nas áreas mais expostas a riscos (0.75).
- O modelo de transparência da organização é insuficiente e não há modelo de prestação de contas diretamente à sociedade (0.7).

(...)

- Poder de regulação: altíssimo poder de regulação (80/100); medido com base nos mandatos legais das instituições que caracterizam esse poder, a saber: o poder de autorizar; o poder de normatizar; e o poder de fiscalizar.

Já quanto aos acidentes em silos agrícolas, sabe-se que a maioria desses acidentes são evitáveis, desde que adotadas medidas de prevenção. Reportagem da BBC News Brasil entrevistou o procurador do Trabalho em Mato Grosso, Douglas Nunes Vasconcelos, para quem as mortes decorrem de falhas na fiscalização. Segundo o procurador: *os auditores do ministério responsáveis por fiscalizar os silos são insuficientes – e que a carência se agravou com os cortes orçamentários dos últimos anos* (FELLET, 2018).

Tanto nos acidentes em barragens de rejeitos de mineração como em silos agrícolas evidenciam-se falhas regulatórias na implementação da norma e na estrutura institucional do regulador. Poder-se-ia, ainda, mencionar inúmeras outras falhas em outras atividades econômicas reguladas. Representaria tarefa incomensurável elencar todas as falhas regulatórias existentes na prática brasileira<sup>8</sup>.

Não é objetivo desta pesquisa comprovar a existência de déficits regulatórios no Brasil, ou demonstrar a causalidade entre os acidentes de trabalhos e falhas na fiscalização. Os casos são apresentados com o intuito de contextualizar o tema da dissertação. De fato, os acidentes de trabalho foram relatados com o objetivo de explicitar a relevância da pesquisa.

---

<sup>8</sup> Alice Bernardo Voronoff de Medeiro, em dissertação de mestrado, menciona outros exemplos de falhas regulatórias no Brasil (MEDEIROS, 2012).

Os relatos de inadequações na implementação da norma e na estrutura fiscalizatória nas atividades em silos agrícolas e de mineração apenas ilustram a existência de um déficit regulatório no Brasil. Fiscalizar adequadamente atividades econômicas reguladas custa caro, depende de destinação de verbas no orçamento, já bastante comprometido com a execução dos inúmeros deveres impostos ao Estado pela Constituição Federal.

De fato, a atividade regulatória demanda recursos para:

- instruir processos de autorizações, permissões e concessões;
- fiscalizar o cumprimento das normas;
- levantar dados sobre a realidade regulada;
- promover audiências públicas;
- realizar licitações;
- fiscalizar os contratos;
- aplicar sanções;
- arrecadar os valores de multas aplicadas etc.

Não é de se esperar que um Estado que mal consegue prover sua população de serviços públicos essenciais, como educação, saúde e segurança, consiga exercer com nível de excelência a atividade regulatória.

### 2.3. PARTICIPAÇÃO PRIVADA NA REGULAÇÃO E RISCOS A DIREITOS FUNDAMENTAIS

A delegação de atividades de autoridade pública a particulares é frequentemente apresentada como possível solução para reduzir os déficits regulatórios identificados em especial em países em desenvolvimento.

Braithwaite (2006, p. 885) afirma haver um déficit de capacidade regulatória em países em desenvolvimento. Apresenta como possível instrumento para contornar esse déficit a participação de parceiros privados na atividade regulatória, desonerando a estrutura estatal do ônus de ter que sustentar a totalidade dos custos da tarefa de conduzir os agentes econômicos à conformidade normativa (BRAITHWAITE, 2006, p. 885)

A transferência de parcela da função regulatória para agentes privados não é solução de simples implementação. Ao reverso, o exercício privado de funções regulatórias estatais é potencialmente causador de outros tipos de déficits regulatórios, especialmente os decorrentes de conflito de interesses, que podem, por exemplo, ofender a igualdade concorrencial, promover restrição a ingresso de novos agentes econômicos e violar as premissas do devido processo legal.

A busca pela maximização do lucro deve ser considerada como elemento potencialmente gerador de conflito de interesses com atividades típicas da regulação. Por evidente, caso o exercício privado de atividades coercitivas, no caso concreto, acarrete ofensa a direitos fundamentais, estar-se-ia, apenas, a trocar o tipo de falha regulatória.

Nos casos de acidentes em barragens de rejeitos de mineração, por exemplo, por falta de pessoal, de estrutura e de recursos, a atividade da ANM depende de inspeções e laudos elaborados por consultorias privadas contratadas e pagas pelas próprias mineradoras (PASSARINHO, 2019). O fato de o agente regulador não conseguir fazer auditorias periódicas em barragens justificou a anuência para que empresas contratadas pelos próprios agentes regulados apresentassem laudos de segurança das barragens.

Segundo reportagem da BBC News, em depoimento à Polícia Federal, Makoto Namba, um dos engenheiros da consultoria alemã TUV SUD, contratada para emitir laudo de segurança da barragem de Brumadinho, disse que *se sentiu pressionado por um funcionário da mineradora para atestar a estabilidade da estrutura* (PASSARINHO, 2019).

A alternativa adotada pela ANM, de permitir laudos privados que atestam a segurança de barragens, como solução para superar as limitações orçamentárias, de infraestrutura e de pessoal, é inadequada. Há manifesto conflito de interesses no fato de a consultoria privada ser contratada e paga pelo próprio agente econômico que será atingido pelas conclusões do laudo.

Para Moreira Neto (Apud FONSECA, 2018, p. 42), a observação de que a participação de particulares na atividade regulatória tem o potencial de violar direitos ou garantias fundamentais não deve ser colocada como bloqueio a essa delegação. Uma vez identificados os riscos, não se deve invalidar, em todo e qualquer caso, a delegação. Nas palavras de Moreira Neto:

(...) modelos de regulação exclusivamente privada podem apresentar falhas graves, mas a sua supressão não é necessariamente a melhor alternativa, devendo-se cogitar, em um primeiro momento, de formas alternativas de resolução do problema (MOREIRA NETO apud FONSECA, 2018, p. 42).

De fato, a delegação de funções regulatórias a particulares se depara com um complexo desafio: compatibilizar os interesses particulares com o interesse público. Abramson propõe cinco critérios para compatibilizar o exercício privado de funções de autoridade pública com o interesse público, consoante será demonstrado em tópico específico. A Suprema Corte estadunidense também tem estabelecido parâmetros para o exercício constitucional de funções de autoridade pública por particulares, o que também será demonstrado.

#### 2.4. PARTICIPAÇÃO PRIVADA NA REGULAÇÃO, REFLEXIVIDADE E TEORIA RESPONSIVA

O método regulatório reflexivo busca alcançar nível adequado de cooperação entre o Estado e o particular na construção e no cumprimento de normas regulatórias. Esse método tem como premissa a importância de se ter à disposição ampla diversidade de técnicas regulatórias. Busca evitar o afastamento *a priori* de qualquer técnica regulatória, defendendo a análise de adequação de cada um dos instrumentos de um conjunto amplo de possibilidades, na busca da melhor solução aos desafios regulatórios.

Reflexivo é o método que *repudia o domínio do Estado sobre o particular ao exigir de ambos uma conduta cooperativa de contínua reconstrução das soluções para a proteção dos direitos fundamentais* (ARANHA, 2019, p. 89). Esse método tem em consideração a multiplicidade de motivações que guiam a conduta dos agentes regulados. A racionalidade reflexiva mantém aberto canal de negociação sobre as normas regulatórias, em constante tentativa de alinhamento conjuntural de interesses entre os participantes da regulação (ARANHA, 2019, p. 86).

A reflexividade busca resguardar a utilidade tanto das técnicas de coerção extrínseca quanto da intrínseca. Pretende implementar método regulatório em que convivem o sistema de incentivos e o de comando e controle, porquanto compreende

que as técnicas típicas de cada modelo têm sua eficácia adequada a depender do momento, das características e das motivações do agente regulado.

A teoria responsiva tem a função de conferir organicidade ao método reflexivo, busca explicá-lo, em uma formulação coerente de suas técnicas e estratégias. A teoria responsiva da regulação busca superar a dicotomia entre sistema de coerção intrínseca e extrínseca. Essa teoria se apoia em diversas técnicas de regulação e busca reconhecer a utilidade de diversas técnicas regulatórias, sejam típicas de sistema de coerção extrínseca ou intrínseca.

A teoria responsiva da regulação, ao defender a importância de o fenômeno regulatório ter à disposição ampla diversidade de técnicas regulatórias, servirá de fundamento teórico da pesquisa, porquanto o objetivo é investigar casos concretos de técnicas de regulação de coerção extrínseca exercidas por particulares.

Segundo a teoria responsiva, a maior ou menor adequação das respostas regulatórias depende da diversidade de técnicas que podem ser utilizadas no fenômeno regulatório. Ampliar o rol de possibilidades dessas técnicas tem o potencial de reduzir os déficits regulatórios existentes no País, aprimorando a prática regulatória.

## 2.5. DA REGULAÇÃO EM REDES NODULARES

A teoria responsiva é alvo de algumas críticas. O próprio John Braithwaite menciona as principais no artigo intitulado *Responsive Regulation and Developing Economies* (BRAITHWAITE, 2006). Dentre as críticas, destacam-se as no sentido de que a teoria não é aplicável em países de economia em desenvolvimento e de que a aplicação da teoria aumenta os riscos de captura indesejável do agente regulador. A maior interação entre regulados e reguladores, preconizada pela teoria responsiva, facilitaria a interferência prejudicial de agentes econômicos sobre o regulador. Além disso, a maior discricionariedade na aplicação da sanção, também defendida pela teoria responsiva, seria fator de risco para o aumento de corrupção (BRAITHWAITE, 2006).

Para responder a essas críticas, Braithwaite defende a regulação em redes, ou por governança nodal, como a forma adequada para superar os déficits de capacidade regulatória em países de economia em desenvolvimento (BRAITHWAITE, 2006, p. 884).

Braithwaite (2006, p. 884) parte da constatação de que países em desenvolvimento têm, em sua maioria, menos supervisão de Organismos Não Governamentais (ONGs) e movimentos sociais para se mobilizar, menos capacidade regulatória do Estado e menos costumes comerciais de integridade estabelecidos.

Em economias em desenvolvimento, a capacidade de resposta regulatória, tanto do Estado como da sociedade civil e dos mercados, é deficitária. Países em desenvolvimento têm mercados mais fracos que impedem o desenvolvimento da capacidade do Estado e um Estado mais fraco que impede o desenvolvimento de todas as outras instituições, incluindo as instituições da sociedade civil que podem compensar as falhas dos Estados (BRAITHWAITE, 2006, p. 886).

Estado forte, sociedade civil forte e mercados fortes possibilitam capacidades de governança de outras instituições. Há, nessa passagem, a ideia de que cada instituição forte fortalece outras instituições, em uma constante atividade de fortalecimentos recíprocos.

A premissa da regulação em rede para países em desenvolvimento é de que é preciso desonerar a estrutura da regulação estatal, por meio da participação de atores privados na atividade regulatória. Trata-se de uma estratégia que mobiliza formas mais baratas de controle social do que o comando e controle do Estado (BRAITHWAITE, 2006, p. 887).

A própria regulação responsiva, mesmo sem estar estruturada em redes, é forma mais adequada de se regular em economias em desenvolvimento. De fato, adotar uma forma responsiva de regulação é mais eficiente do que a regulação lastreada majoritariamente em comando e controle.

Segundo Braithwaite (2006, p. 888), as pirâmides responsivas podem atenuar o problema de capacidade do sistema em aplicar punições, tornando o processo disciplinar mais barato, por meio da seleção de menos casos sujeitos à punição. Outrossim, as pirâmides responsivas têm a função de promover a autopunição dos agentes regulados na base da pirâmide e, caso não haja essa autopunição, deve haver uma punição estatal mais severa no topo da pirâmide. A mensagem passada

aos regulados é a seguinte: comporte-se adequadamente, use seus mecanismos de controle interno, do contrário, o Estado aplicará punições severas.

A regulação responsiva torna a regulação mais barata tanto para o agente regulado como para o regulador. É mais barato para a empresa, por exemplo, concordar com pagamentos às vítimas, realizar serviço comunitário, pagar por novos sistemas de conformidade corporativa (BRAITHWAITE, 2006, p. 888) e promover reflorestamento, do que se sujeitar ao processo administrativo sancionador estatal.

Para o Estado, a regulação responsiva torna a atividade regulatória mais barata ao reduzir a quantidade de ações suscetíveis à aplicação de sanções. O processo sancionatório será reservado para situações graves, com previsão de penas severas. Nas palavras de Braithwaite (2006, p. 888):

Essa característica da teoria da regulação responsiva é atraente para os países em desenvolvimento. Precisamente porque a regulação responsiva lida com o fato de que nenhum governo tem a capacidade de fazer cumprir todas as leis. É útil pensar sobre a regulação em países em desenvolvimento com fraca capacidade de constrangimento. Sim, certas capacidades mínimas devem ser adquiridas, mas então a teoria mostra como essa capacidade limitada pode ser focada e alavancada (tradução nossa).

Nesse sentido, a própria concepção clássica da teoria da regulação responsiva é adequada para reduzir déficits regulatórios em economias em desenvolvimento. De fato, segundo a teoria responsiva clássica, mesmo que a regulação não se valha da rede e concentre as funções regulatórias no agente estatal, adotar mecanismos de incentivo na base da pirâmide e reservar as hipóteses de punições para casos mais severos já seria uma forma mais eficiente de se regular se comparada com a regulação baseada majoritariamente em comando e controle: *[e]ssa é a ideia de que nenhum regulador tem recursos para fazer cumprir a lei de forma consistente em todas as áreas e, portanto, recursos limitados de fiscalização precisam ser focados no pico da pirâmide de fiscalização* (BRAITHWAITE, 2006, p. 896, tradução nossa).

Todavia, para além da pirâmide de incentivos e sanções, Braithwaite propõe a aplicação de uma característica da regulação responsiva para economias em desenvolvimento: a regulação em rede.

Pode-se afirmar que a governança nodal, caracterizada por regulação em rede, é um desdobramento da teoria clássica da regulação responsiva: um aprofundamento dessa teoria. A regulação em rede é apresentada por Braithwaite como forma de

regular especialmente adequada para economias que apresentam significativos déficits regulatórios.

Entre as recomendações para economias em desenvolvimento, Braithwaite (BRAITHWAITE, 2006, p. 894) destaca a fiscalização de entes reguladores por nós de governança, a autorregulação regulada e a *qui tam action*. A *qui tam action* é forma de participação de particulares na persecução de multas sancionatórias. Reconhece-se a legitimidade de particulares de perseguir administrativa ou judicialmente a imposição de sanções a agentes econômicos infratores. Em compensação, o caçador de recompensa pode receber uma parcela da condenação que normalmente varia entre 15 (quinze) e 25% (vinte e cinco por cento) (BRAITHWAITE, 2006, p. 895).

A *qui tam action* não será aprofundada nesta dissertação. Trata-se de tema controvertido e de discutível compatibilidade com a Constituição brasileira. Seria necessário um trabalho específico para tratar dessa temática. Esta dissertação concentrará a análise na recomendação baseada na atuação de agentes privados na atividade regulatória, especialmente no exercício privado de atividades que representam manifestação de funções autoridade pública.

Marcio Aranha e Othon Lopes (2019, p. 244) apontam que a regulação em redes nodulares foi desenvolvida por Drahos, e tem inspiração no conceito de redes de Manuel Castells, no artigo intitulado *Materials for an Exploratory Theory of the Network Society*. Nós, para Drahos (2004, p. 410 apud ARANHA e LOPES, p. 244), seriam os *meios organizacionais específicos, por meio dos quais são concentrados recursos de múltiplas redes para produção de ação*.

Nó, aqui, é empregado no sentido de enlaçamento de fios, de linhas, de cordas, de cordões, fazendo com que suas extremidades passem uma pela outra, amarrando-as<sup>9</sup>. Para a confecção de redes, é preciso conectar os fios ou as cordas em nós, formando uma malha. O termo regulação por redes nodulares representa uma metáfora para descrever uma estrutura em que diversos núcleos exercentes de atividades relacionadas ao fenômeno regulatório estão conectados, contribuindo para a consecução das finalidades regulatórias. Os nós representariam as unidades de tomadas de decisões ou de fiscalização regulatórias e os fios representariam o fluxo de informações entre os núcleos.

---

<sup>9</sup> Dicionário Online de Português. Disponível em: <https://www.dicio.com.br/no-2/>. Acesso em: 30 abr. 2021.



Os nódulos também representam pontos de intersecção entre agentes regulados. São núcleos exercentes de funções regulatórias que traduzem um ponto de convergência de múltiplos agentes regulados.

Quer o termo regulação por redes nodulares representar uma forma de regular distinta da concentração regulatória estatal, por meio da descentralização do poder e de atividades regulatórias. Os diversos núcleos mantêm contínuo fluxo de informações. Nessa forma de regular, há constante cooperação, por meio de interações entre reguladores e regulados e entre os próprios reguladores. Nas palavras de Braithwaite (2006, p. 894):

A pirâmide regulatória de governança em rede (Figura 8, p. 232) faz uso de parceiros privados para contornar o déficit de capacidade regulatória de países em desenvolvimento, desonerando a estrutura estatal do ônus de implementar as medidas de incentivo à conformidade normativa do regulado, mediante a crescente agregação de atores principalmente não-estatais na rede de governança em progressiva oneração ou pressão sobre o ator regulado em desconformidade, lançando-se mão, até mesmo, de recompensas motivadoras de agentes privados para a descoberta de atitudes desviantes da norma por parte dos regulados.

Na malha, não existe um único agente regulador, mas uma multiplicidade de fontes regulatórias que interagem entre si e gozam de autonomia mitigada. Nessa forma de regular, podem ser citadas, exemplificativamente, como fontes de regulação, ou unidades fiscalizatórias de atividades regulatórias, a) o próprio agente econômico, em autorregulação em sistemas de controles internos; b) entes associativos que representam a autorregulação voluntária; c) entes privados incumbidos da autorregulação regulada; d) organizações não governamentais; e) órgãos e entidades da administração pública que exercem a regulação estatal e; f) entes reguladores privados que exercem função pública por delegação estatal.

Essa forma de regular, descentralizada, em cooperação entre os diversos atores regulatórios, e em que o Estado preserva a titularidade do poder coercitivo, tem como marca a fluidez e a contingência (VERONESE e CUNHA, 2017).

A fluidez é caracterizada pela pretensão de onipresença da regulação. Essa pretensão é buscada pela presença espalhada de diversas fontes regulatórias na realidade regulada. Reconhece-se, assim, a incapacidade de o Estado atender, em um modelo de regulação centralizada, toda a necessidade de fiscalização. Por intermédio de diversos agentes reguladores, em atualização descentralizada e cooperativa, pretende-se ampliar a presença da regulação nos setores regulados,

tendo por *efeito proeminente o de ampliar o alcance do constrangimento* (ARANHA e LOPES, 2019, p. 244).

A marca da contingência é revelada pela velocidade de adaptação das normas regulatórias à dinâmica da realidade econômica. A alteração de normas emanadas do Estado é, frequentemente, lenta, não respondendo às mudanças do mercado com a celeridade adequada. De outro lado, outros agentes reguladores estão mais próximos dos regulados, conhecem a realidade regulada e podem alterar as suas normas com mais facilidade e velocidade. Assim, reconhecer certos níveis de autonomia a outras fontes de regulação permite aperfeiçoar as respostas regulatórias às novas necessidades colocadas pelo setor regulado.

Colocadas essas premissas, fica claro que a superação de déficits regulatórios será tão mais eficiente quanta maiores forem as opções de instrumentos regulatórios à disposição do regulador, a quem caberá selecionar e coordenar os instrumentos para a consecução da finalidade regulatória.

É importante esclarecer que a regulação em rede não se resume a existência de casos isolados de regulação privada. A governança nodal não é só isso. Caracteriza-se por uma forma descentralizada de regulação, em que vários núcleos exercem papel na atividade regulatória, em oposição à concentração regulatória estatal.

A regulação por redes nodulares descreve uma estrutura em que diversos núcleos, mutuamente conectados e exercentes de atividades relevantes à regulação, contribuem para a consecução das finalidades regulatórias.

As funções exercidas por diversos núcleos em rede não são exclusivamente atividades delegadas do Estado. Há exercício de funções próprias (não delegadas) que são manifestação da governança nodal. Assim, por exemplo, a autorregulação voluntária e a fiscalização sobre agentes reguladores exercida por sindicatos e organizações não governamentais são elementos característicos da regulação em rede, mas não representam exercício de funções públicas.

Repita-se: a regulação em rede envolve uma pluralidade de instrumentos regulatórios. Haverá governança nodal quando a realidade regulada estiver descentralizada em diversos núcleos exercentes de atividades relevantes à regulação. O exercício privado de funções públicas é apenas um dos instrumentos recomendados pela teoria da regulação em rede.

Dentre as diversas funções regulatórias que agentes privados podem exercer, destacam-se as atividades que representam a atuação de funções estatais por delegação. Especialmente nos Estados Unidos da América, são ricas as experiências de particulares exercendo funções tipicamente públicas na atividade regulatória.

## 2.6. PRINCIPAIS ARBORDAGENS DOUTRINÁRIAS SOBRE O EXERCÍCIO PRIVADO DE FUNÇÕES DE AUTORIDADE PÚBLICA NO BRASIL

No Brasil, a compatibilidade do exercício privado de funções de autoridade pública com a Constituição tem sido objeto de análise doutrinária. José Cretella Júnior, em artigo publicado em 1985, afirmou 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. 108).

Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello (2015, p. 863-865):

(...) 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 misteres 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 excepcionalíssimas (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 romperia a igualdade que marca a relação jurídica entre particulares (MELLO, 2015, p. 863).

Gustavo Binenbojm (2016, p. 235-236), após pesquisa doutrinária no Brasil, afirma que diversos autores sustentam 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 doutrina também fundamenta a indelegabilidade do poder de polícia na ideia de que tal *munus* público só poderia ser exercido por servidores públicos estáveis, bem como na presunção de que o exercício do poder 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 (BINENBOJM, 2016, p. 235-236).

Em contraposição a essa corrente doutrinária, alguns administrativistas defendem a possibilidade de ampliação do objeto delegável a entes privados. Destacamos, nesse sentido, as posições trazidas por Gustavo Binenbojm e Flávio Henrique Unes Pereira.

Gustavo Binenbojm afirma não haver fundamento normativo na Constituição que impeça a delegação do exercício do poder de polícia por particulares. Segundo esse autor, os dispositivos constitucionais invocados pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADIn 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. 246-247).

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, 2016, p. 248).

Nesse sentido, destaca Gustavo Binenbojm (2016, p. 248) que 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.*

Ainda segundo Binenbojm, 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, 2016, p. 249).

Flávio Unes Pereira também discorda que essa delegação seja vedada pelo ordenamento jurídico brasileiro. Sua afirmação lastreia-se, em síntese, nos seguintes fundamentos: a) inexistente 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).

Diogo de Figueiredo Moreira Neto (1998) entende que o exercício de algumas atividades do poder de polícia pode ser delegado a particulares, com exceção das atividades sujeitas à reserva de lei e a sancionatória. Para essas, aplicar-se-ia a exclusividade estatal da coerção. Em suas palavras:

Assim, tanto a delegação legal da normatividade secundária discricionária (regulática) de polícia quanto a delegação legal do exercício das atividades de consentimento e de fiscalização de polícia são possíveis no Estado de Direito Democrático, em que se reconhece a origem popular do poder (MOREIRA NETO, 1998).

Floriano de Azevedo Marques Neto defende a possibilidade de delegação do exercício de poder de polícia, desde que respeitados alguns parâmetros.

Ora, se era plenamente justificável dizer, no passado, que as prerrogativas de limitar ou suprimir direitos individuais, mediante vedação de condutas e prescrição de sanções aos comportamentos discrepantes, não poderiam ser exercidas fora do ambiente do Estado-poder, hoje em dia a complexidade e a multiplicidade das funções ordenadoras torna mais difícil de se sustentar formulações tão peremptórias. Em muitos casos, a atividade ordenadora compreende o exercício de atribuições que, dentro de certos parâmetros, podem ser exercidas pelos particulares (MARQUES NETO, 2015, p. 377-378).

Marques Neto conclui, de forma semelhante à Moreira Neto, que particulares não podem exercer o poder normativo primário nem atividades coercitivas. Defende a possibilidade de delegação da atividade normativa infralegal, das atividades adjudicatórias e de acompanhamento ou fiscalização (MARQUES NETO, 2015, p. 378-379).

Também na mesma linha, Marçal Justen Filho afirma ser possível a delegação de atividades de polícia a particulares, com exceção da função normativa primária e da coerção física. Em suas palavras:

(...) significa que muitos dos poderes compreendidos no poder de polícia podem ser diferenciados e exercitados por particulares, sem que isso implique violação à estrutura democrática do Estado, ao princípio da isonomia ou à garantia da legalidade. Então, é possível que o Estado mantenha um núcleo de competências, definindo por meio de lei e de regulamentos as limitações e as exigências a serem observadas pelos particulares para o desempenho de atribuições correlatas. Também cabe ao Estado reservar-se o poder de estabelecer e de executar sanções. Mas uma pluralidade de atividades, muitas vezes de simples verificação da regularidade das condutas privadas, pode ser desempenhada pelo setor privado, sem que isso se traduza em lesão aos valores fundamentais (JUSTEN FILHO, 2015, p. 449).

Aline Klein (KLEIN, 2017) critica a distinção entre atos jurídicos e atos materiais para propor critérios de validade da delegação da atividade de polícia. Os atos jurídicos seriam os caracterizados pela manifestação de vontade. Já a atividade puramente material seria desprovida de conteúdo jurídico, não podendo ser classificada como ato administrativo. A atuação material corresponderia aos atos acessórios, instrumentais, ou preparatórios dos atos que manifestam o exercício da atividade de polícia.

Aline Klein faz a ressalva de que nem sempre é fácil distinguir atos matérias de atos jurídicos e de que os atos materiais podem ser determinantes para o conteúdo do ato principal, a revelar algum nível de importância jurídica. Aduz, ainda, que esse critério é insuficiente para parametrizar a delegação do poder de polícia a particulares (KLEIN, 2017).

Colocadas essas premissas, Aline Klein (KLEIN, 2017) defende a possibilidade de delegação do exercício de algumas atividades de polícia a particular desde que a delegação:

- a) não signifique o emprego da força;
- b) não implique o exercício de amplo poder decisório político pelo particular;
- c) não signifique a violação a direitos e garantias fundamentais do cidadão;

- d) se submeta a disciplina prévia, em termos objetivos, de todos os aspectos das atribuições a serem desempenhadas pelo particular; e
- e) garanta objetividade e impessoalidade da atividade exercida pelo particular.

Quanto ao primeiro requisito, Aline Klein justifica que o emprego da violência é monopólio estatal (KLEIN, 2017).

No que se refere à proibição de delegação de poder decisório, Aline Klein afirma que essa atividade é manifestação de poder de império, cujo exercício demanda a legitimação democrática do agente:

(...) a delegação a particulares não pode ter por conteúdo a adoção de decisões estratégicas, de cunho político, que apenas podem ser tomadas pelos representantes do povo democraticamente legitimados.

(...)

Depois, também não pode ser atribuída ampla margem de liberdade para o particular determinar os critérios do desempenho da atividade de polícia administrativa no caso concreto (KLEIN, 2017).

Quanto à proteção a direitos e garantias fundamentais, afirma Aline Klein que:

A possibilidade de ser delegada a particulares a prática de atividades de polícia administrativa não pode implicar qualquer violação a direitos e garantias fundamentais dos cidadãos. A necessidade de se assegurar a adequada execução da atividade delegada e de se tutelarem os direitos e garantias fundamentais está vinculada diretamente ao fato de que as atividades desempenhadas por particulares podem produzir efeitos relevantes na esfera dos administrados que se submetem às atividades de polícia. Do fato de não poderem envolver o exercício de coerção e de amplo poder decisório não decorre que tais atividades sejam necessariamente irrelevantes ou despidas de aptidão para atingir a esfera jurídica de terceiros. Ao se submeterem à atividade de polícia praticada por particulares mediante delegação pública, os cidadãos devem poder exercer todos os seus direitos e garantias tal como se o ato estivesse sendo praticado diretamente pelo Estado (KLEIN, 2017).

Sobre a necessidade de definição pelo Estado de critérios e procedimentos a serem observados pelos particulares que recebem delegação para exercício de poder de polícia, Aline Klein esclarece que todos os aspectos da atividade delegada devem ser regulados da forma mais detalhada possível. Em suas palavras, *a prévia programação da atividade a ser desenvolvida propicia a previsibilidade, objetividade e imparcialidade da atuação bem como o seu amplo controle* (KLEIN, 2017).

Por fim, quanto à garantia de objetividade e de impessoalidade, Aline Klein justifica que a própria regulação estatal dos critérios e procedimentos da atividade delegada tem o efeito de assegurar objetividade e impessoalidade na atuação dos particulares:

O risco de que elementos subjetivos influenciem o desempenho da atividade pública consiste em um dos óbices opostos ao exercício privado de atividades de polícia. Reputamos que é possível assegurar-se a objetividade e impessoalidade no exercício das atividades delegadas, mediante a previsão adequada das atribuições do particular. Ou seja, a delegação do exercício de atividades de polícia administrativa apenas não implicará infringência ao dever de se observar a objetividade no desempenho das atividades públicas caso as atribuições do particular encontrem-se minuciosamente previstas em ato normativo ou contratual (KLEIN, 2017).

Não é objeto desta dissertação se aprofundar no debate quanto à constitucionalidade do exercício privado de funções de autoridade pública. A finalidade, aqui, é trazer um panorama da produção doutrinária sobre o tema da pesquisa. O ponto principal da dissertação é identificar casos concretos de exercício função de autoridade pública no Brasil e nos Estados Unidos da América. É o que se passa a fazer no capítulo seguinte.



### 3. EXPERIÊNCIAS DO BRASIL

Neste capítulo, serão apresentados os casos identificados no Direito brasileiro de participação privada no exercício de funções de autoridade pública.

#### 3.1. AÇÃO DIREITA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 1.717-6

O art. 58 da Lei nº 9.649, de 27 de maio de 1998, expressamente determinava que a fiscalização de profissões regulamentadas seria exercida por entidades de direito privado, sem vínculo com a Administração Pública, *in verbis*:

Art. 58. Os serviços de fiscalização de profissões regulamentadas serão exercidos em caráter privado, por delegação do poder público, mediante autorização legislativa.

§ 1º A organização, a estrutura e o funcionamento dos conselhos de fiscalização de profissões regulamentadas serão disciplinados mediante decisão do plenário do conselho federal da respectiva profissão, garantindo-se que na composição deste estejam representados todos seus conselhos regionais.

§ 2º Os conselhos de fiscalização de profissões regulamentadas, dotados de personalidade jurídica de direito privado, não manterão com os órgãos da Administração Pública qualquer vínculo funcional ou hierárquico.

§ 3º Os empregados dos conselhos de fiscalização de profissões regulamentadas são regidos pela legislação trabalhista, sendo vedada qualquer forma de transposição, transferência ou deslocamento para o quadro da Administração Pública direta ou indireta.

§ 4º Os conselhos de fiscalização de profissões regulamentadas são autorizados a fixar, cobrar e executar as contribuições anuais devidas por pessoas físicas e jurídicas, bem como preços de serviços e multas, que constituirão receitas próprias, considerando-se título executivo extrajudicial a certidão relativa aos créditos decorrentes.

§ 5º O controle das atividades financeiras e administrativas dos conselhos de fiscalização de profissões regulamentadas será realizado pelos seus órgãos internos, devendo os conselhos regionais prestar contas, anualmente, ao conselho federal da respectiva profissão, e estes aos conselhos regionais.

§ 6º Os conselhos de fiscalização de profissões regulamentadas, por constituírem serviço público, gozam de imunidade tributária total em relação aos seus bens, rendas e serviços.

§ 7º Os conselhos de fiscalização de profissões regulamentadas promoverão, até 30 de junho de 1998, a adaptação de seus estatutos e regimentos ao estabelecido neste artigo.

§ 8º Compete à Justiça Federal a apreciação das controvérsias que envolvam os conselhos de fiscalização de profissões regulamentadas, quando no exercício dos serviços a eles delegados, conforme disposto no caput.

§ 9º O disposto neste artigo não se aplica à entidade de que trata a Lei no 8.906, de 4 de julho de 1994.

A constitucionalidade desse art. 58 foi questionada no Supremo Tribunal Federal pelo Partido Comunista do Brasil (PCdoB) e pelo Partido dos Trabalhadores (PT), por meio de Ação Direita de Inconstitucionalidade (ADI), que recebeu o número 1.717-6.

A Suprema Corte julgou procedente a ADI, para considerar inconstitucional o art. 58 da Lei nº 9.649, de 1998. O relator, Ministro Sydney Sanches, registrou não ser válida a delegação de atividade típica de Estado a uma entidade privada, por ofensa aos arts. 5º, XIII; 22, XVI; 21, XXIV; 70, parágrafo único; 149 e 175 da Constituição Federal (BRASIL, 2002b).

Nessa Ação, a Procuradoria-Geral da República, em parecer do então Procurador-Geral, Geraldo Brindeiro, manifestou-se pelo provimento da pretensão autoral, nos seguintes termos:

(...)

10. No exame do 'caput' do art. 58, ora impugnado, vê-se que foi alterada a natureza jurídica dos Conselhos Profissionais, encarregados dos serviços de fiscalização de profissões regulamentadas. Antes pessoas jurídicas de direito público, assim caracterizados em seus Estatutos, passam a configurar pessoas jurídicas de direito privado, que, por meio de delegação, desenvolvem uma atividade típica do Estado, a que, por força do art. 21, XXIV, da Constituição, é de competência da União Federal. O § 2º do mesmo artigo, dando reforço ao 'caput', especifica que os conselhos de fiscalização detêm natureza jurídica de direito privado, sem qualquer vinculação funcional ou hierárquica com os órgãos da Administração Pública.

11. Já no § 4, os referidos conselhos são autorizados a fixar, cobrar e executar as contribuições anuais devidas por pessoas físicas ou jurídicas, bem como preços de serviços e multas, as quais constituem receitas próprias.

12. Ocorre que essas contribuições possuem caráter tributário, ou seja, são tributos, de competência da União Federal, não parecendo possa, em face do art. 119 do CTN, a capacidade de ser sujeito ativo da concernente obrigação tributária ser delegada a ente dotado de personalidade jurídica de direito privado.

13. Com efeito, o art. 119 do CTN é claro ao estabelecer que: 'sujeito ativo da obrigação é a pessoa jurídica de direito público titular da competência para exigir o seu cumprimento'.

14. Assim, tendo sido o art. 119 do CTN recepcionado pela Constituição Federal, não poderia lei ordinária modifica-lo, pois, para tanto, é necessário lei complementar, nos termos do art. 146, III, da Constituição.

15. Por sua vez, quanto ao §5º, afigura-se inconstitucional pois parece afastar o Controle do Tribunal de Contas da União sobre as contas administrativas. Diz assim a norma hostilizada: 'o controle das atividades financeiras e administrativas dos conselhos de fiscalização das profissões regulamentadas será realizado pelos seus órgãos internos, devendo conselhos regionais prestar contas, anualmente, ao conselho federal da respectiva profissão, e estes aos conselhos regionais.

(...)

17. O § 6º do dispositivo legal impugnado também mostra-se eivado de inconstitucionalidade, uma vez que cria uma imunidade tributária em favor dos conselhos de fiscalização profissional, agora pessoas jurídicas de direito privado, não prevista na Constituição Federal. Ocorre que a imunidade

tributária, regra de competência negativa somente pode advir do Texto Maior, daí sua inconstitucionalidade.

18. Revela-se, ainda, inconstitucional o § 8º do art. 58, pois, ao atribuir competência à Justiça Federal para a 'apreciação das controvérsias que envolvam os conselhos de fiscalização de profissões regulamentadas, quando no exercício dos serviços a eles delegados', institui hipótese de competência não prevista no rol taxativo do art. 109 da Constituição da República, em significativa ofensa ao princípio federativo.

19. Ante o exposto, o parecer é pela parcial procedência da presente ação direta de inconstitucionalidade do art. 58 e parágrafos, da Lei nº 9649/98, restando prejudicada apenas com relação ao §3º do dispositivo impugnado (BRASIL, 2002a).

Por decisão unânime, a Suprema Corte, em 07 de novembro de 2002, acolheu as razões consignadas no parecer da Procuradoria-Geral, e declarou inconstitucionais o art. 58 e os seus §§ 1º, 2º, 4º, 5º, 6º, 7º e 8º da Lei nº 9.649, de 1998, em decisão que foi assim ementada:

EMENTA: DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 58 E SEUS PARÁGRAFOS DA LEI FEDERAL Nº 9.649, DE 27.05.1998, QUE TRATAM DOS SERVIÇOS DE FISCALIZAÇÃO DE PROFISSÕES REGULAMENTADAS. 1. Estando prejudicada a Ação, quanto ao § 3º do art. 58 da Lei nº 9.649, de 27.05.1998, como já decidiu o Plenário, quando apreciou o pedido de medida cautelar, a Ação Direta é julgada procedente, quanto ao mais, declarando-se a inconstitucionalidade do "caput" e dos § 1º, 2º, 4º, 5º, 6º, 7º e 8º do mesmo art. 58. 2. Isso porque a interpretação conjugada dos artigos 5º, XIII, 22, XVI, 21, XXIV, 70, parágrafo único, 149 e 175 da Constituição Federal, leva à conclusão, no sentido da indelegabilidade, a uma entidade privada, de atividade típica de Estado, que abrange até poder de polícia, de tributar e de punir, no que concerne ao exercício de atividades profissionais regulamentadas, como ocorre com os dispositivos impugnados. 3. Decisão unânime (BRASIL, 2002b).

Portanto, nesse precedente, o Supremo Tribunal Federal expressamente afirmou ser inconstitucional o exercício privado de funções de autoridade pública.

### 3.2. BHTrans

A Lei Municipal nº 5.953, de 1991, do Município de Belo Horizonte, delegou a uma sociedade de economia mista a função de fiscalização de trânsito. A empresa estatal é a Empresa de Transporte e Trânsito de Belo Horizonte – BHTrans. O capital social da BHTrans é assim distribuído: 98% (noventa e oito por cento) das ações pertencem à Prefeitura de Belo Horizonte; 1% (um por cento) à Superintendência de

Desenvolvimento da Capital (Sudecap), que é uma autarquia municipal; e 1% (um por cento) à Empresa de Informática e Informação do Município de Belo Horizonte (Prodabel), esta de economia mista dependente e de capital fechado (BRASIL, 2020a).

O Ministério Público de Minas Gerais (MPMG) ajuizou uma Ação Civil Pública, alegando a inconstitucionalidade do exercício de poder de polícia por entidade de direito privado, ainda que integrante da administração pública indireta. A sentença julgou improcedente a pretensão ministerial. O Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJMG), em sede de apelação, manteve a sentença.

Contra o acórdão que julgou a apelação, o Ministério Público do Estado de Minas Gerais interpôs simultaneamente Recurso Extraordinário (RE) e Recurso Especial (REsp).

No Superior Tribunal de Justiça (STJ), o caso foi julgado em 10 de novembro de 2009, no Recurso Especial nº 817.534 – MG. O STJ decidiu o caso a partir da classificação dos ciclos do poder de polícia:

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) (BRASIL, 2009b).

O relator, ministro Mauro Campbell Marques, afirmou que *apenas 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* (BRASIL, 2009b).

Em voto-vista, o ministro Herman Benjamin acrescentou que as Sociedades de Economia Mista têm fins empresariais, servem para desempenhar atividade econômica. Em suas palavras:

(...) é temerário afirmar que o trânsito de uma metrópole pode ser considerado atividade econômica ou empreendimento, fins para os quais deve ser constituída entidade com essa natureza jurídica. Característica marcante é a participação do Estado na direção, o que lhe confere o poder de atuar, de decidir, no âmbito de execução, sobre a atividade que a lei lhe delegou (BRASIL, 2009b).

O Acórdão recebeu a seguinte ementa:

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

1. Antes de adentrar o mérito da controvérsia, convém afastar a preliminar de conhecimento levantada pela parte recorrida. Embora o fundamento da origem tenha sido a lei local, não há dúvidas que a tese sustentada pelo recorrente em sede de especial (delegação de poder de polícia) é retirada, quando o assunto é trânsito, dos dispositivos do Código de Trânsito Brasileiro arrolados pelo recorrente (arts. 21 e 24), na medida em que estes artigos tratam da competência dos órgãos de trânsito. O enfrentamento da tese pela instância ordinária também tem por consequência o cumprimento do requisito do prequestionamento.

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.

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 provido (BRASIL, 2009b).

Contra esse acórdão, a BHTrans interpôs Recurso Extraordinário que foi julgado pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, em 26 de outubro de 2020.

O STF decidiu ser *constitucional a delegação do poder de polícia, por meio de lei, a pessoas jurídicas de direito privado integrantes da administração pública indireta de capital social majoritariamente público que prestem exclusivamente serviço público de atuação própria do Estado e em regime não concorrencial* (BRASIL, 2020a).

Assim, a Suprema Corte reconheceu a validade do exercício da função de fiscalização (aplicação de multas de trânsito) pela BHTrans. Essa função foi delegada pela Lei Municipal nº 5.953, de 1991, do Município de Belo Horizonte.

Segundo o relator, ministro Luiz Fux, a indelegabilidade do poder de polícia a pessoas jurídicas de direito privado não tem caráter absoluto e pode ser relativizada quando se tratar de entidades da administração pública indireta que prestam

exclusivamente serviço público de atuação própria do Estado de capital social majoritariamente público, sem o objetivo de lucro, em regime não concorrencial (BRASIL, 2020a).

Antes de se adentrar aos fundamentos da decisão do Supremo, é importante esclarecer que o julgamento se limitou a analisar a compatibilidade constitucional do exercício de poder de polícia de ente integrante da Administração Pública indireta. A corte não analisou a compatibilidade desse exercício por particulares. Essa observação foi feita pelo relator:

O caso concreto tem por objeto delegação conferida à sociedade de economia mista municipal. A matéria afetada, portanto, a este julgamento, em repercussão geral, não se estende a pessoas físicas ou jurídicas desvinculadas da Administração Pública. A possibilidade de delegação do poder de polícia a particulares não é, portanto, tema destes autos (BRASIL, 2020a).

Portanto, esse precedente não deve ser invocado para permitir ou negar o exercício de poder de polícia por particulares não integrantes da Administração Pública, simplesmente porque a questão analisada foi restrita a uma sociedade de economia mista (BRASIL, 2020a).

Nesse julgado, o ministro Luiz Fux lembrou que as empresas estatais têm natureza jurídica híbrida: *ora se aproximam do regime de direito público, ora se afastam* (BRASIL, 2020a). Significa que essas entidades não se dissociam totalmente da incidência do regime de direito público (BRASIL, 2020a). Nesse particular, o relator mencionou as lições do professor Gustavo Binbenbojm:

A despeito de sua natureza jurídica de direito privado, isso não é obstáculo per se a que elas exerçam certos atos e funções que um dia foram tidos como exclusivos do Estado. Tanto assim que se reconhece com certa tranquilidade, que as empresas estatais praticam atos de império no âmbito de licitações e concursos públicos, por imperativo do art. 37, II e XXI, da Constituição de 1988. Se as estatais se sujeitam ao regime jurídico de seleção de pessoal e de fornecedores, faz sentido que elas exerçam algum nível de autoridade. O processo licitatório e os atos relativos ao concurso público são tipicamente de Estado e aproximam-se da sua lógica de império. Daí se reconhecer, inclusive, o cabimento de mandado de segurança contra atos de autoridade praticados por empresas estatais (BINENBOJM, 2016, p. 273 apud BRASIL, 2020a).

Em seguida, o relator destacou que o Supremo tem aproximado o regime das empresas estatais ao regime de direito público, em processo denominado de autarquização (BRASIL, 2020a).

Nesse sentido, o relator elencou os precedentes da Corte que impuseram o regime público a alguns aspectos da atuação das empresas estatais que prestam serviços públicos em regime não concorrencial. Relembrou que o Supremo já decidiu que essas empresas se submetem ao regime de precatório, têm a prerrogativa de impenhorabilidade de seus bens; e gozam de imunidade tributária recíproca (BRASIL, 2020a). Com essas premissas, decidiu pela aproximação das empresas estatais prestadoras de serviços públicos ao regime próprio aplicável ao Estado. Em suas palavras:

Assim, as estatais prestadoras de serviço público de atuação própria do Estado, embora sejam concebidas em regime de direito privado, praticam atos natureza jurídica pública. Por atuarem no campo próprio do Estado, exercem funções eminentemente públicas, e não predominantemente privadas. À função de natureza pública, portanto, incide regime de direito público próximo ao aplicável ao Estado (BRASIL, 2020a).

O ministro Fux ressaltou que, no Brasil, assentou-se a tese de que o poder de polícia é indelegável a pessoas jurídicas privadas. Todavia, argumentou ser necessário superar esse entendimento, especificamente quando o ente delegado for empresa pública ou sociedade de economia mista:

O direito administrativo contemporâneo brasileiro reclama constante revisitação aos paradigmas impostos e repetidos pelos Tribunais. A ciência jurídica é dinâmica e repleta de intercessões, de modo que, raramente, uma afirmação genérica se mantém incólume frente a todas as possibilidades da realidade. Por isso, é indispensável a contemporização e submissão de tais paradigmas aos fenômenos jurídicos que se apresentam na efetiva aplicação das normas jurídicas.

Nesse contexto, a tese da indelegabilidade do poder de polícia a pessoas jurídicas de direito privado, majoritária na doutrina e jurisprudência pátria, certamente, não possui caráter absoluto. Com o devido cuidado que a matéria exige, há hipóteses em que a descentralização daquela atividade administrativa revela compatibilidade com a Constituição da República, a exemplo, já adianto, do caso específico, ora em julgamento, de delegação, por meio de lei, a pessoas jurídicas de direito privado integrantes da Administração Pública indireta de capital social majoritariamente público que prestem exclusivamente serviço público de atuação própria do Estado em regime não concorrencial (BRASIL, 2020a).

Os argumentos pela indelegabilidade se fundamentam, basicamente, em quatro pontos: (i) ausência de autorização constitucional; (ii) indispensabilidade da estabilidade do servidor público; (iii) impossibilidade de delegação da coercibilidade, por ser atividade típica de Estado, e (iv) incompatibilidade da função de polícia com finalidade lucrativa (BRASIL, 2020a). Cada um desses argumentos foi rechaçado no precedente aqui analisado.

O argumento de que não há autorização constitucional para delegação de poder de polícia se vale do fato de que o art. 175 da Constituição Federal apenas autoriza a concessão de serviços públicos e não da atividade de polícia administrativa. Essa afirmação foi rechaçada justamente pela natureza híbrida das empresas estatais prestadoras de serviço público. Entendeu o Supremo que a Constituição autoriza a delegação de poder de polícia a entes de direito público e, nesse aspecto, as empresas estatais devem se submeter ao regime de direito público:

Nesse contexto, na hipótese específica de atribuição de atividade de polícia administrativa a estatais prestadoras de serviço público, não se sustenta a lógica da indelegabilidade por ausência de permissivo constitucional. É que o regime jurídico híbrido das estatais prestadoras de serviço público em regime de monopólio é plenamente compatível com a delegação, nos mesmos termos em que se admite a constitucionalidade do exercício delegado de atividade de polícia por entidades de regime jurídico de direito público. Como mencionado anteriormente, a incidência de normas de direito público em relação àquelas entidades da Administração indireta tem o condão de as aproximar do regime de direito público, do regime fazendário e acabar por desempenhar atividade própria do Estado.

Deveras, o fato de a pessoa jurídica integrante da Administração Pública indireta destinatária da delegação da atividade de polícia administrativa ser constituída sob a roupagem do regime privado não a impede de exercer a função pública de polícia administrativa. Isso porque não se pode confundir o regime jurídico da pessoa com o regime da função desenvolvida. Na lição de CARLOS ARI SUNDFELD, “empresa que executa atividade pública sujeita-se ao direito público, no que respeita a essa atividade” (BRASIL, 2020a).

O segundo argumento é o no sentido de que a estabilidade do servidor público é requisito essencial para o exercício do poder de polícia, pois é instrumento de tratamento imparcial e garantia contra pressões políticas. Esse argumento foi rechaçado porque poder de polícia sempre pôde ser exercido por servidores em estágio probatório e porque a jurisprudência da Suprema Corte se consolidou no sentido da impossibilidade de dispensa imotivada de empregados público e a necessidade de contratação via concurso público:

Os empregados públicos, por sua vez, embora não contem com a prerrogativa da estabilidade contida no art. 41 da Constituição da República, não estão submetidos a regime idêntico ao aplicável à iniciativa privada. Pelo contrário, atualmente, o regime celetista aplicado à Administração indireta possui características que afastam o argumento da instabilidade.

É consabido que a admissão de empregados públicos em empresas estatais deve ser sempre precedida de concurso público, característica que, ao menos em relação à ECT, não se coaduna com a dispensa imotivada. Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento dos Embargos de Declaração no RE 589.998, relatado pelo Ministro Luís Roberto Barroso, assentou que “A Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – ECT tem o dever jurídico de motivar, em ato formal, a demissão de seus empregados (STF, RE 589998 ED/PI, Relator Min. Roberto Barroso, Tribunal Pleno, repercussão geral, julgado em 10/8/2018.).



Deveras, eventual despedida de empregado público demanda a indispensável motivação idônea, a fim de se tutelar, especialmente, o princípio da impessoalidade e o dever de motivação.

Os empregados públicos se submetem, ainda, aos princípios constitucionais vetores da atuação da Administração, constantes do artigo 37 da Carta Política. Assim, eventuais interferências indevidas em sua atuação são objeto de controle administrativo e judicial, tendo por parâmetro os preceitos regentes da Administração Pública (BRASIL, 2020a).

O terceiro argumento, fundado na indelegabilidade do atributo da coercitividade a entes privados, foi afastado justamente em razão da natureza híbrida das empresas estatais prestadoras de serviços públicos, hipótese em que a companhia exerce função própria do Estado:

Apesar da substancialidade da tese, *in casu*, verifica-se que, em relação às estatais prestadoras de serviço público de atuação própria do Estado e em regime de monopólio, não há razão para o afastamento do atributo da coercibilidade inerente ao exercício do poder de polícia, sob pena de esvaziamento da finalidade para a qual aquelas entidades foram criadas (BRASIL, 2020a).

O último argumento, no sentido de que o exercício do poder de polícia é incompatível com a atividade lucrativa, é justificado pelo receio de tornar a atividade sancionatória uma indústria de multas. O receio, aqui, é que o poder de polícia seja exercido em um contexto de conflito de interesses.

O argumento foi afastado porque, no caso concreto, a BHTrans não tinha finalidade lucrativa. Exerce, ao contrário, serviço público em regime de exclusividade.

Afastadas as principais objeções à delegação do exercício do poder de polícia a empresas estatais, o ministro relator esclareceu que eventuais abusos podem ser praticados tanto por entes da administração direta quanto da indireta e que o fundamental é criar mecanismos para corrigir as imperfeições da atuação concreta do Estado:

Os mecanismos de exercício e controle dos poderes administrativos, em especial, do poder de polícia, devem garantir, por meio de um sistema efetivo, a proteção adequada dos cidadãos frente a eventuais excessos praticados pelas pessoas investidas daqueles poderes.

Nesse contexto, os instrumentos de exercício e controle da atividade de polícia administrativa deve garantir a observância dos princípios constitucionais que regem a atuação da Administração, mormente a impessoalidade, de modo a garantir que não existam subjetividades no exercício da função pública (BRASIL, 2020a).

Em conclusão, o relator apresentou os seguintes requisitos para a delegação do poder de polícia a entidades privadas: a) a entidade deve integrar a administração pública indireta; b) o capital social deve ser majoritariamente público; c) deve prestar

serviço público em regime de exclusividade; d) não deve ter finalidade lucrativa; e) o exercício do poder de polícia deve respeitar o devido processo administrativo; f) a atividade normativa primária não é passível de delegação; e g) são passíveis de delegação a atividade de fiscalização, consentimento e sanção (BRASIL, 2020a).

O ministro Alexandre de Moraes, em seu voto, acrescentou que o exercício privado de poder de polícia é uma realidade. Citou como exemplo a atividade do comandante que é responsável pela operação e segurança da aeronave (art. 165 do Código Brasileiro da Aeronáutica). Concluiu que:

Ora, se ao particular é possível, em hipóteses específicas, o exercício do poder de polícia, com muito mais razão pode uma sociedade de economia mista fiscalizar o trânsito e aplicar multa aos que desobedeceram à norma, desde que não haja finalidade de lucro (BRASIL, 2020a).

O ministro Gilmar Mendes reforçou que as prerrogativas da Fazenda Pública devem ser estendidas às empresas estatais que prestam serviços públicos. Além disso, afirmou que outras pessoas de direito privado, mesmo não integrantes da Administração Pública, podem exercer atividade de autoridade pública por delegação. Deu como exemplo a OAB e concessionárias de serviços públicos:

É cediço que, hodiernamente, a respeito do exercício do poder de polícia, antes exclusivo dos integrantes da Administração Pública Direta, já se admite a delegação de atos de fiscalização e sanção a pessoa jurídica de direito privado, a exemplo da OAB (entidade sui generis com personalidade jurídica de direito privado), das concessionárias de serviço público, inclusive para desempenhar atos expropriatórios (art. 31, VI, da Lei 8.987/1995), bem ainda das demais pessoas jurídicas estatais, tais como consórcio público (art. 2º, § 1º, II, da Lei 11.107/2005) e, ainda que sob roupagem de pessoa jurídica de direito privado, tais como sociedades de economia mista e empresas públicas que desempenhem serviços públicos em regime de exclusividade (BRASIL, 2020a).

O ministro Edson Fachin, embora tenha se manifestado de acordo com as premissas fixadas pelo relator, votou pelo provimento do Recurso Extraordinário, apenas por entender que, no caso concreto, a lei não transferiu expressamente a função sancionatória à BHTrans. Em suas palavras:

No entanto, é necessário, por se tratar de limitações ao exercício de direitos e liberdades pelos cidadãos, que todos os elementos referentes às sanções venham previstos em lei formal, inclusive no que concerne à expressa delegação do poder sancionatório para aplicação de multas pelas sociedades de economia mista, em concretização às normas contidas nos artigos 5º, II e 37, XIX, da Constituição da República.

Assim, compreendo inexistir vedação constitucional para a delegação do poder fiscalizador e sancionatório, em matéria de trânsito, a sociedades de economia mista, criadas especificamente para esse fim.

Portanto, manifesto-me pela aprovação de tese no sentido de ser possível a delegação da atividade de fiscalização e aplicação de multas de trânsito a sociedades de economia mista, por meio da regular descentralização administrativa, desde que todos os seus contornos estejam previstos por lei. De fato, como citei acima, a lei criadora da BHTRANS transfere à sociedade a atribuição fiscalizatória, mas a competência para aplicação de multas adveio apenas por meio do Decreto Municipal nº 10.941/2002. Assim, ausente lei formal a amparar a delegação válida da atividade de aplicar sanções de trânsito, divirjo do Ilustre Relator e voto pelo desprovimento do recurso extraordinário interposto pela Empresa de Transporte e Trânsito de Belo Horizonte – BHTRANS e pela delimitação do âmbito da tese à aplicação de multas de trânsito (BRASIL, 2020a).

Já o ministro Marco Aurélio divergiu do relator por entender que o poder de polícia é atribuição exclusiva do Estado e deve ser exercido sob o regime de direito público. Argumentou ser *incompatível com a Constituição Federal a delegação do poder de polícia sancionador a pessoa jurídica de direito privado, ainda que integrante da Administração Pública indireta* (BRASIL, 2020a).

Ainda sobre a questão da compatibilidade constitucional de empresa estatal exercer poder de polícia em matéria de trânsito, cabe mencionar que, em 2005, o STJ, não conheceu o REsp 686419/RJ, em que foi questionada a atuação da Empresa Municipal de Moradia, Urbanização e Saneamento, do município de Niterói. Foi mantido o acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, que invalidou o exercício do poder de polícia por essa empresa municipal (BRASIL, 2005).

### 3.3. EXPERIÊNCIAS DE CERTIFICAÇÃO E DE APOIO À FISCALIZAÇÃO

O Brasil tem vasta experiência de participação privada no exercício de funções de apoio às atividades de consentimento estatal e de fiscalização. Nesse sentido, empresas privadas exercem a atividade de certificação como requisito ao consentimento estatal e de atos materiais de fiscalização.

Podem-se mencionar como exemplos o Organismo de Certificação Designado (OCD) da Anatel (Agência Nacional de Telecomunicações); o Organismo Acreditado do Inmetro (Instituto Nacional de Metrologia); as empresas operadoras de radares no trânsito de automóveis; e empresas certificadoras de segurança de barragens.

O Organismo de Certificação Designado é:

(...) a instituição técnica legalmente constituída que, por delegação da Anatel, conduz processos de avaliação da conformidade de produtos para telecomunicações, no âmbito da certificação compulsória, e expede os certificados de conformidade correspondentes. Os certificados de conformidade de produtos para telecomunicações expedidos pelos OCDs constituem pré-requisito necessário à expedição da homologação, pela Anatel, para fins de comercialização e utilização legais destes produtos no Brasil (BRASIL, 2021).

A certificação dessas empresas é requisito indispensável para o consentimento dado pela Anatel para a comercialização de produtos. Há, aqui, situação de atividade privada acessória à atividade estatal de consentimento.

A atividade do OCD é disciplinada pela Resolução nº 715, de 23 de outubro de 2019, que, em seu art. 7º, dispõe caber à *Anatel designar Organismos de Certificação, com reconhecida capacidade técnica, administrativa e operacional, para implementar e conduzir a certificação de produtos para telecomunicações* (BRASIL, 2019b).

Sobre a atuação do Organismo Acreditado do Inmetro, o STJ, em 2017, deu provimento ao REsp nº 1.658.399, para reconhecer a legitimidade de delegação das atividades as empresas privadas credenciadas. O precedente recebeu a seguinte ementa:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. INMETRO. PEDIDO DE NULIDADE. ATO ADMINISTRATIVO. DELEGAÇÃO DE PODER FISCALIZATÓRIO. ENTIDADE DE DIREITO PRIVADO. POSSIBILIDADE.

1. O Superior Tribunal de Justiça possui orientação pacificada na Primeira Seção de que "estão revestidas de legalidade as normas expedidas pelo CONMETRO e INMETRO, e suas respectivas infrações, com o objetivo de regulamentar a qualidade industrial e a conformidade de produtos colocados no mercado de consumo, seja porque estão esses órgãos dotados da competência legal atribuída pelas Leis 5.966/1973 e 9.933/1999, seja porque seus atos tratam de interesse público e agregam proteção aos consumidores finais" (REsp 1.102.578/MG, Rel. Ministra Eliana Calmon).

2. O Tribunal de origem consignou que "partindo-se do fato de que a delegação, promovida por meio da Portaria 213/2007, a Organismo de Certificação de Produto - OCP, para efetuar a Certificação Compulsória de Conformidade, é de se entender que esta atuação envolve o exercício do poder de polícia administrativa de verificação e avaliação da conformidade, que poderá ser delegada apenas a entidades de direito público, seja com base no texto legal vigente à época da prolação da sentença (art. 4º, parágrafo único da Lei nº 9.933/99), seja após a alteração legislativa (art. 4º § 2º da Lei nº 9.933/99, alterado pela Lei nº Lei nº 12.545/2011)."

3. Dessume-se que, nos termos do art. 4º, §§ 1º e 2º, da Lei 9.933/1999, somente os atos relativos ao consentimento e à fiscalização são delegáveis, pois aqueles referentes ao sancionamento e à normatização derivam do poder de coerção do Poder Público.

4. Na hipótese, em momento algum o Tribunal de origem constatou que o ato de verificação e avaliação de conformidade do produto cuidava de atividade inerente à imposição de sanção administrativa, tampouco se houve ou não violação de norma de regulamentação.

5. Recurso Especial provido. (BRASIL, 2017b)

Quanto à operação de radares, o Superior Tribunal de Justiça tem precedentes no sentido de que essa atividade representa atos materiais de apoio ao Estado, sem significar o exercício do poder de polícia:

Os "pardais" não aplicam multas, apenas fornecem elementos fáticos para que o DETRAN lavre o auto e imponha sanções quando comprovadas as infrações.

Deveras consoante assente no direito administrativo: "Figure-se, agora, a mesma central controladora de semáforos, comandada por um computador e que vá promovendo o cambiar de luzes em função de sinais de radar indicadores dos níveis de congestionamento de tráfegos na região. Quem estará efetuando as sucessivas ordens de "siga" ou "pare", simbolizadas pela cor das luzes, é uma máquina; não um homem. Aliás, no futuro, certamente serão comuns atos praticados por máquinas. Hoje mesmo já existem outros casos além do indicado. Há "parquímetros" que expedem multas, uma vez excedido o prazo de estacionamento. Têm-se nesses casos, portanto, demonstrações de que pode haver atos administrativos que não são produzidos por homens. Não se pode, de outro lado, falar em uma vontade da máquina que os expede."(Celso Antônio Bandeira de Mello in Curso de Direito Administrativo, 15ª ed., Malheiros Editores, São Paulo, 2002, pág:341/342).

"A função da polícia administrativa envolve o "poder de império" sobre a vontade individual, devendo ser exercida por entidade com personalidade jurídica de direito público (administração direta? centralizada? ou, se descentralizada, só se pode outorgá-la para uma autarquia).

Para tanto, pode ser necessário o uso de insumos? pessoal e equipamentos? privados, o que não se confunde com transferência do exercício do poder de polícia para o particular, o que representa um dos limites à desestatização." (Marcos Juruena Villela Souto, in Direito Administrativo Regulatório, 2ª edição, Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2005, pág:73/74), revela-se nítido o caráter infringente e equivocado dos embargos.

2. Deveras, é cediço que incorrentes as hipóteses de omissão, contradição, obscuridade ou erro material, não há como prosperar o inconformismo, cujo real é obter o rejuízo da matéria já analisada, o que é inviável de acontecer em sede de embargos de declaração, dentro dos estreitos limites previstos no artigo 535 do CPC.

3. Embargos de declaração rejeitados (BRASIL, 2006).

De fato, embora não se possa afirmar que a operação de radares representa o exercício do poder de polícia, há de se reconhecer a participação privada na atividade acessória, de auxílio, à atividade estatal de fiscalização e sanção administrativas, razão pela qual essa experiência foi inserida na dissertação.

Já o Organismo Acreditado do Inmetro tem previsão no inciso VI do art. 3º da Lei nº 9.933, de 20 de dezembro de 1999, que dispõe caber ao Inmetro atuar como órgão acreditador oficial de organismos de avaliação da conformidade. O art.4º dessa mesma lei afirma que:

Art. 4º O Inmetro poderá delegar a execução de atividades de sua competência.

§ 1º As atividades materiais e acessórias da metrologia legal e da avaliação da conformidade compulsória, de caráter técnico, que não impliquem o exercício de poder de polícia administrativa, poderão ser realizadas por terceiros mediante delegação, acreditação, credenciamento, designação, contratação ou celebração de convênio, termo de cooperação, termo de parceria ou instrumento congêneres, sob controle, supervisão e/ou registro administrativo pelo Inmetro.

Os Organismos Acreditados do Inmetro, portanto, atuam de forma acessória à atividade do poder de polícia exercido pela autarquia.

Por fim, a certificação de barragens é atividade auxiliar ao consentimento estatal de funcionamento desses empreendimentos.

A Resolução nº 51, de 24 de dezembro de 2020, da Agência Nacional de Mineração, em seu art. 1º, dispõe que empreendedor detentor de barragens de mineração deve obter a Avaliação de Conformidade e Operacionalidade (ACO). O art. 3º dessa Resolução afirma que *a ACO deve ser realizada por equipe externa contratada multidisciplinar com competência nas diversas disciplinas que envolvam a segurança da barragem em estudo e seu vale a jusante* (BRASIL, 2020c).

Trata-se de mais um exemplo de atividade exercida por particulares em apoio à atividade estatal de consentimento e de fiscalização.

### 3.4. ABNT

A Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT) é entidade privada sem fins lucrativos, que tem como finalidade elaborar normas de padrões técnicos e certificar produtos e processos em conformidade com suas regras.

Algumas normas da ABNT são de observância obrigatória, por expressa determinação legal. De fato, dispõe a Lei nº 9.933, de 20 de dezembro de 1999, que:

Art. 1º Todos os bens comercializados no Brasil, insumos, produtos finais e serviços, sujeitos a regulamentação técnica, devem estar em conformidade com os regulamentos técnicos pertinentes em vigor.

Art. 2º O Conselho Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial - Conmetro, órgão colegiado da estrutura do Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior, criado pela Lei nº 5.966, de 11 de dezembro de 1973, é competente para expedir atos normativos e regulamentos técnicos, nos campos da Metrologia e da Avaliação da Conformidade de produtos, de processos e de serviços.

§ 1º ...

§ 2º Os regulamentos técnicos deverão considerar, quando couber, o conteúdo das normas técnicas adotadas pela Associação Brasileira de Normas Técnicas.

Já os arts. 5º e 6º Lei nº 10.098, de 19 de dezembro de 2000, determinam que:

Art. 5º O projeto e o traçado dos elementos de urbanização públicos e privados de uso comunitário, nestes compreendidos os itinerários e as passagens de pedestres, os percursos de entrada e de saída de veículos, as escadas e rampas, deverão observar os parâmetros estabelecidos pelas normas técnicas de acessibilidade da Associação Brasileira de Normas Técnicas – ABNT.

Art. 6º Os banheiros de uso público existentes ou a construir em parques, praças, jardins e espaços livres públicos deverão ser acessíveis e dispor, pelo menos, de um sanitário e um lavatório que atendam às especificações das normas técnicas da ABNT.

Assim, além das calçadas, parques e praças, devem, por exemplo, submeterem-se às regras da ABNT as chupetas, consoante dispões a Portaria do Inmetro nº 301, de 2021; os cabos de aço, nos termos da Portaria do Inmetro nº 181, de 2013; e os aparelhos eletrodomésticos, por força da Portaria nº 371, de 2009.

O STJ, em caso em que se discutia direitos autorais pela comercialização de impressos de normas técnicas da ABNT, afirmou que essa Associação exerce função tipicamente estatal por delegação do poder público e que não se pode negar acesso às normas técnicas necessárias à comercialização de produtos. *In verbis*:

AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. AÇÃO ORDINÁRIA VISANDO DECLARAR DIREITO DE USO E DIVULGAÇÃO DE NORMAS TÉCNICAS DA ABNT. INAPLICABILIDADE DA LEI 9.610/98. DECISÃO MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO.

1. A Associação Brasileira de Normas Técnicas - ABNT, ao exigir direitos autorais pelo uso das normas técnicas, atua no âmbito do serviço público federal de metrologia, normalização e qualidade industrial, função tipicamente estatal, e, assim, age por delegação do poder público. A União tem, portanto, interesse jurídico na causa e legitimidade para responder pela ação.

2. A Lei nº 9.610/98 excluiu expressamente os procedimentos normativos da proteção dos direitos autorais (artigo 8º).

3. No procedimento de elaboração de normas técnicas não existe criação artística e manifestação da individualidade intelectual, pois os especialistas participantes se restringem a captar informações técnicas já propagadas ao longo dos anos, com estabilidade suficiente para consubstanciar uma padronização.

4. Não se pode negar o uso das normas técnicas àqueles que se proponham à sua produção e comercialização industrial. Do mesmo modo, deve ser garantida a liberdade de acesso às informações, a fim de difundir e estimular o conhecimento da normalização à toda coletividade.

5. Agravo interno desprovido (BRASIL, 2018).

O caso da ABNT é um exemplo de exercício privado da função normativa de polícia. O Estado, por meio de Lei, expressamente reconhece a validade e

obrigatoriedade de observância de normas técnicas editadas pela ABNT. Não foi identificado na pesquisa precedente do Supremo Federal em que se discuta a constitucionalidade da atuação da ABNT.

### 3.5. SERVENTIAS EXTRAJUDICIAIS

A atividade dos notários e registradores está disciplinada pela Lei nº 8.935, de 18 de novembro de 1994. Nos termos dessa Lei:

Art. 1º Serviços notariais e de registro são os de organização técnica e administrativa destinados a garantir a publicidade, autenticidade, segurança e eficácia dos atos jurídicos.

(...)

Art. 3º Notário, ou tabelião, e oficial de registro, ou registrador, são profissionais do direito, dotados de fé pública, a quem é delegado o exercício da atividade notarial e de registro.

Significa que os atos praticados pelos notários e registradores gozam de presunção relativa de veracidade e são oponíveis a terceiros, *erga omnes*.

No Recurso Especial nº 1.288.552 – MT (BRASIL, 2020d), o ministro Marco Buzzi afirmou que o ordenamento jurídico brasileiro reconhece a validade, a eficácia e o valor probante do documento público lavrado de forma legítima por notário, tabelião e oficial de registro, conferindo-lhe fé pública por previsão do artigo 3º da Lei nº 8.935, de 1994.

Nas lições de Carlos Alberto Molinaro, Flávio Pansieri e Ingo Wolfgang Sarlet (MOLINARO, PANSIERI e SARLET, 2013, p. 2160):

A principal marca da atividade notarial e registral são fornecidas pelo poder público – partindo da presunção de que os atos praticados pelos notários expressavam com correção o ato volitivo das partes – que atribui aos documentos lavrados pelos notários uma especial eficácia ante os atos grafados pelas partes sem aquela assistência, pois se presumia neles a ignorância em Direito. Assim, o Estado delega ao incipiente notariado a função de fé pública, e uma notável validade aos seus atos.

Os notários e registradores são pessoas naturais, que não integram a Administração Pública, e exercem função pública por delegação do Estado, em regime privado. Trata-se de atividade a qual o ordenamento jurídico confere alguns atributos



típicos de atos administrativos, como a presunção de legitimidade e a imperatividade ou coercitividade.

De fato, o art. 236 da Constituição Federal expressamente dispõe que: *os serviços notariais e de registro são exercidos em caráter privado, por delegação do Poder Público.*

Os atributos do ato administrativo (presunção de legitimidade, imperatividade e autoexecutoriedade) decorrem do exercício do Poder Público e os distinguem dos atos privados. Como já foi observado nesta dissertação, a coercitividade significa que os atos administrativos obrigam a todos os destinatários, independentemente da concordância destes. Nas lições de José dos Santos Carvalho Filho (CARVALHO FILHO, 2014, p. 122):

Imperatividade, ou coercibilidade, significa que os atos administrativos são cogentes, obrigando a todos quantos se encontrem em seu círculo de incidência (ainda que o objetivo a ser por ele alcançado contrarie interesses privados).

Já a presunção de legitimidade informa que os atos administrativos nascem presumivelmente em conformidade com o direito. O fundamento desse atributo *reside na circunstância de que se cuida de atos emanados de agentes detentores de parcela de Poder Público* (CARVALHO FILHO, 2014, p. 122).

Portanto, conferir aos atos dos notários e registradores os atributos de imperatividade e de presunção de legitimidade significa que esses particulares exercem atividade de autoridade pública por delegação constitucional.

Sobre as atribuições das serventias extrajudiciais, a pesquisa identificou os seguintes precedentes do STF: ADI 3151, RE 842.846, RE 808202, ADI 2602, e ADI 1800. Esses precedentes tratam a) do regime jurídico dos titulares de serventias; b) da responsabilidade do Estado por atos por eles praticados; c) da sujeição dos serviços prestados ao regime de direito público; bem como d) da iniciativa legislativa para apresentar projeto de lei que verse sobre as serventias. Concluem que a) não se aplica o regime jurídico dos servidores os titulares da serventia; b) o Estado responde por danos causados pelos titulares das serventias; c) os serviços prestados se submetem ao regime de direito público; e d) a iniciativa legislativa é do Tribunal de Justiça.

Com efeito, esses precedentes indicam que o Supremo Tribunal Federal, nos casos de exercício de função de autoridade pública notarial e registral delegada a particulares, entende que:

- a) é possível o exercício de poder de polícia por agentes que não ostentam vínculo estatutário com o Estado;
- b) o Estado responde objetivamente pelos danos causados por seus agentes delegados;
- c) a relação entre os usuários e as serventias extrajudiciais é regida por normas de direito público.

Ante os poucos precedentes do Supremo tratando de outras hipóteses de exercício de funções de autoridade pública por particulares, não é possível afirmar que essas premissas seriam adotadas para outros casos que não os de serventias extrajudiciais. De toda forma, esses precedentes formam um conjunto relevante de premissas para o exercício privado de funções de autoridade pública.

### 3.6. CETESB

A Companhia Ambiental do Estado de São Paulo (CETESB), é uma empresa pública estadual, de capital fechado, cujo acionista controlador é o Governo do Estado de São Paulo. Conforme consta em seu estatuto social, cabe a CETESB (CETESB, 2020):

- i) proceder ao licenciamento ambiental de estabelecimentos e atividades utilizadoras de recursos ambientais (...);
- ii) autorizar a supressão de vegetação e intervenções em áreas consideradas de preservação permanente e demais áreas ambientalmente protegidas;
- iii) emitir alvarás e licenças relativas ao uso e ocupação de solo em áreas de proteção de mananciais;
- iv) emitir licenças de localização relativas ao zoneamento industrial metropolitano;
- v) fiscalizar e impor penalidades (...);

- vi) executar o monitoramento ambiental (...);
- vii) efetuar exames e análises necessários ao exercício das atividades de licenciamento, fiscalização e monitoramento ambiental;  
(...);
- viii) expedir normas técnicas específicas e suplementares no âmbito de suas atribuições.

A CETESB, portanto, exerce as atribuições de elaboração de normas infralegais obrigatórias, de consentimento, de fiscalização e de sanção. A validade da atuação da CETESB foi questionada no STJ, que, todavia, não conheceu o AREsp 761803 (BRASIL, 2015). A pesquisa não localizou no STF precedente sobre a constitucionalidade das atribuições da CETESB.

### 3.7. COMLURB

A Companhia Municipal de Limpeza Urbana do Município do Rio de Janeiro (Comlurb) é sociedade de economia mista, que tem como principal acionista o Município do Rio de Janeiro.

As principais atividades da Comlurb são os serviços de coleta domiciliar, limpeza dos logradouros públicos, das areias das praias, de parques públicos, do mobiliário urbano, dos túneis, viadutos, e, em especial, a limpeza e higienização de hospitais municipais. Cabe à Comlurb fiscalizar o cumprimento das normas referentes ao Sistema de Limpeza Urbana do Município do Rio de Janeiro.

Em um caso, a Comlurb promoveu ação de cobrança contra a empresa Facilita Serviços Propagandistas S/A, sob o argumento de que a ré distribuía panfletos de propaganda que causaram prejuízo à limpeza do Município. Essa cobrança foi anulada pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, em decisão que recebeu a seguinte ementa:

CONSTITUCIONAL - ADMINISTRATIVO. DELEGAÇÃO DE PODER DE POLÍCIA À SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. IMPOSSIBILIDADE. O poder de polícia é atividade típica de Estado, oriundo do poder soberano estatal e, por isso, indelegável a entes com personalidade jurídica de direito privado. Em havendo delegação, esta só será possível às autarquias uma vez que possuem personalidade jurídica de direito público interno e executam atividades típicas da Administração Pública. As sociedades de economia

mista não podem gozar de privilégios não extensivos ao setor privado. Em que pese a divisão hodierna do poder de polícia, fiscalização de polícia e sanção, a última permanece no campo das atividades indelegáveis ao ente de direito privado. AGRADO RETIDO NÃO CONHECIDO E DESPROVIMENTO DO APELO (BRASIL, 2007).

Essa decisão foi mantida pelo STJ, que não conheceu o REsp nº 898.371 – RJ.

A possibilidade de a Comlurb impor sanções já havia sido considerada ilegal pelo STJ em precedente jugado em 1990. Realmente, no REsp 3.745, o STJ entendeu que as multas aplicadas pela Comlurb tinham como base o Regulamento de Limpeza Urbana instituído pelo Decreto Municipal nº 498, de 02.08.76 e que apenas lei em sentido formal poderia impor medidas limitativas de direitos. Para o STJ, houve ofensa ao princípio da legalidade, em razão da restrição à liberdade de particulares ter como base norma infralegal (BRASIL, 1990).

Ainda segundo o STJ, nesse caso, houve também ofensa à legalidade pelo fato de a delegação de atribuições não estar prevista em lei. Eis os principais trechos do acórdão:

Assim, só a lei pode fixar os condicionantes do exercício da liberdade e da propriedade. Atos inferiores, como o regulamento, as resoluções, as portarias e as declarações jurídicas concretas, não têm que as ampare.

Resulta, pois, excluída, sem vacilação, a possibilidade de que a Administração possa impor medidas limitativas dos direitos, sem norma legal que as ampare.

Na verdade, ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.

O exercício do poder de polícia implica limitação de liberdade, com a imposição da prática de ato ou a abstenção de fato. Pela mesma razão a instituição de multa administrativa.

(...)

De outra parte, salvo as exceções previstas na Constituição, é vedado a qualquer dos poderes delegar atribuições, donde a absoluta inadmissibilidade de instituição de penas administrativas por via de regulamento, tanto mais quando baixado por entidade de direito privado, como acontece no presente caso (BRASIL, 1990).

Portanto, a atribuição conferida à Comlurb para aplicar multas por descumprimento da legislação do Sistema de Limpeza Urbana foi considerada inválida.

### 3.8. COMPETIÇÕES DESPORTIVAS EM VIAS PÚBLICAS

Dispõe o art. 67 do Código de Trânsito Brasileiro (CTB), Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997, que:

Art. 67. As provas ou competições desportivas, inclusive seus ensaios, em via aberta à circulação, só poderão ser realizadas mediante prévia permissão da autoridade de trânsito com circunscrição sobre a via e dependerão de:  
I - autorização expressa da respectiva confederação desportiva ou de entidades estaduais a ela filiadas;  
II - caução ou fiança para cobrir possíveis danos materiais à via;  
III - contrato de seguro contra riscos e acidentes em favor de terceiros;  
IV - prévio recolhimento do valor correspondente aos custos operacionais em que o órgão ou entidade permissionária incorrerá.

A autorização de uso de vias públicas é manifestação de atividade de consentimento de Polícia. O inciso I desse art. 67 impõe como condição ao consentimento estatal autorização expressa da confederação desportiva ou de entidades estaduais a ela filiada.

Essas entidades desportivas ostentam natureza privada, sem fins lucrativos, consoante reconheceu o STF no julgamento da ADPF (Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental) nº 406, em 2016 (BRASIL, 2016b).

A previsão contida no inciso I do art. 67 do CTB representa participação de entidade privada na constituição do ato administrativo de consentimento. Nesse caso, o consentimento é manifestado pela autoridade de trânsito estatal. Todavia, o exercício desse consentimento fica condicionado à manifestação prévia de entidade privada.

### 3.9. ARBITRAGEM COMPULSÓRIA

A arbitragem, no Brasil, é disciplinada pela Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. Extrai-se de seus artigos 1º e 3º que a solução do litígio por arbitragem depende da vontade das partes. É preciso haver convenção de arbitragem.

A Lei de Arbitragem foi considerada constitucional pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Sentença Estrangeira (SE) nº 5.206-7. Prevaleceu o entendimento de que a voluntariedade da adoção da arbitragem não ofende a direito constitucional da inafastabilidade de jurisdição previsto no art. 5º, XXXV, da CF (BRASIL, 2001).

Em 2001, a Medida Provisória nº 2.221, em seu art. 1º, inseria o art. 30-F à Lei nº 4.591, de 16 de dezembro de 1964, para prever hipóteses de arbitragem compulsória para solucionar litígios decorrentes de contratos de incorporação imobiliária.

O Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (CFOAB), em 2003, ajuizou ADIn para questionar a constitucionalidade da arbitragem compulsória prevista na Medida Provisória 2.221, de 2001. Essa ADIn não chegou a ser julgada, porque a Medida Provisória foi expressamente revogada pelo art. 67 da Lei nº 10.931, de 2 de agosto de 2004. Houve, portanto, perda de objeto da pretensão nessa ADIn (BRASIL, 2009a).

Em 2004, a Lei nº 10.848, de 15 de março de 2004, em seu art. 4º, § 5º, expressamente determina a arbitragem obrigatória entre os membros da Câmara de Comercialização de Energia Elétrica (CCEE). Esse dispositivo impõe aos membros da Câmara a adoção da arbitragem em seus estatutos. Eis a redação da norma:

§ 5º As regras para a resolução das eventuais divergências entre os agentes integrantes da CCEE serão estabelecidas na convenção de comercialização e em seu estatuto social, que deverão tratar do mecanismo e da convenção de arbitragem, nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996.

Como se vê, os integrantes do CCEE devem obrigatoriamente disciplinar o mecanismo de arbitragem. A Lei impõe a solução via arbitragem, independentemente da vontade das partes.

Não há julgado do Supremo Tribunal Federal sobre a constitucionalidade dessa previsão.

É por meio da Câmara que se viabiliza o mercado livre de energia elétrica. Assim, para que as empresas comprem e vendam energia, em mercado livre, devem integrar a CCEE.

Pode-se argumentar que o ingresso à CCEE é facultativo, tratando-se de vínculo de natureza associativo. Portanto, pode haver questionamentos quanto ao caráter coercitivo da arbitragem no mercado de energia elétrica no Brasil. Nesse sentido, Gustavo Fernandes de Andrade entende que a arbitragem prevista aos membros da CCEE tem caráter volitivo. A manifestação de vontade é expressada no momento da adesão à Câmara (ANDRADE, 2013). Nesse mesmo sentido, é o entendimento de Diogo Albaneze Gomes Ribeiro (2015).

Nesta dissertação, defende-se entendimento em sentido contrário: a previsão legal é coercitiva, porquanto condiciona o exercício do acesso ao mercado de energia à adoção de arbitragem. Aqueles que não concordarem com esse mecanismo de resolução de disputa estarão excluídos do mercado livre de energia elétrica. A exclusão do mercado livre é medida tão relevante que a consequência prática é a imposição da arbitragem aos que precisam comprar ou vender energia elétrica.

Ou, em outras palavras, aqueles que não concordarem com a adoção de arbitragem se colocarão em situação de desvantagem concorrencial em relação às demais empresas, porquanto ficarão impedidos de comprar ou vender energia elétrica com preços mais vantajosos do que os negociados no mercado cativo. A arbitragem, aqui, funciona com requisito para ingresso do agente econômico ao mercado.

Caso uma empresa, uma vez já integrante da CCEE, recuse-se a adotar a convenção de arbitragem, estará sujeita à sanção da ANEEL (Agência Nacional de Energia Elétrica), pois caracteriza infração, nos termos do art. 6º, inciso XX, da Resolução nº 63, de 2004, da ANEEL.

Enfim, para participar do mercado livre de energia, ou a empresa adere à arbitragem ou se sujeita à sanção da ANEEL ou, simplesmente, não participa desse mercado.

### 3.10. PROJETO DE LEI DO SENADO FEDERAL Nº 280, DE 2017

O Projeto de Lei do Senado (PLS) nº 280/2017 (BRASIL, 2017a), de autoria do Senador Antonio Anastasia, estabelece diretrizes e requisitos para a delegação, no âmbito da administração Pública Federal, do serviço público de fiscalização administrativa a particulares.

A proposição tem o objetivo de permitir a delegação do serviço público de fiscalização 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* (BRASIL, 2017a). 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* (BRASIL, 2017a).

Ainda na justificação, há ampla análise de possível controvérsia sobre a constitucionalidade das novas regras propostas. O entendimento do proponente está lastreado, em grande medida, na tese de doutorado defendida na Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG) pelo doutor Flávio Henrique Unes, intitulada: *Regulação, Fiscalização e Sanção: Fundamentos e requisitos da delegação do exercício do poder de polícia administrativa a particulares* (PEREIRA, 2013).

Consoante dispõe o projeto, 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.

Extrai-se da proposição que poderão ser delegados aos particulares as atividades de licenciamento, vigilância e de 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, 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.



Art. 6º dispõe que, como regra, a delegação de que trata o projeto 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.

Apresentadas algumas experiências no Brasil de exercício privado de funções de autoridade pública ou de atividades acessórias, em auxílio à atividade estatal de poder de polícia, passa-se a apresentar alguns casos vivenciados nos Estados Unidos da América.

## 4. EXPERIÊNCIA DOS EUA

Este capítulo se destina a apresentar os casos identificados no Direito norte-americano de participação privada no exercício de funções de autoridade pública.

### 4.1. A CLASSIFICAÇÃO PROPOSTA POR HAROLD ABRAMSON

Nos Estados Unidos da América alguns entes privados exercem, inequivocamente, funções regulatórias de titularidade do Estado. Abramson (1989, p. 166) menciona como exemplos de entes privados que executam funções do governo a Underwriters Laboratories (UL), National Association of Securities Dealers (NASD)<sup>10</sup> e a American Bar Association (ABA). Esses entes privados editam normas coercitivas, licenciam e fiscalizam atividades, e aplicam sanções.

Abramson (1989, p. 169) classifica o vínculo entre regulação privada e o Estado em três categorias: (a) delegação governamental formal de reguladores privados; (b) conexão formal entre governo e órgãos reguladores privados; e (c) nenhuma conexão formal entre governo e órgãos reguladores privados.

#### 4.1.1. Categoria A

A categoria A abrange os casos em que atores privados receberam formalmente delegação estatal para agirem como reguladores públicos. Esses privados estão sujeitos a normas de responsabilidade pública.

Nos EUA (ABRAMSON, 1989, p. 169), a delegação governamental a agentes privados é comum em atividades de licenciamento e fiscalização profissional. Em muitos Estados, essas entidades *são legalmente responsáveis pelo desenvolvimento de regulamentos profissionais de conduta indevida e pela aplicação dos regulamentos*

---

<sup>10</sup> A NASD foi extinta e substituída pela FINRA, consoante será relatado em tópico específico.

*no julgamento de disputas envolvendo alegadas violações por profissionais licenciados (ABRAMSON, 1989, p. 169, tradução nossa).*

#### 4.1.2. Categoria B

Nessa categoria, participam os entes que exercem funções estatais e têm um reconhecimento formal do Estado. Há, aqui, parcela do poder público conferido ao setor privado. Abramson destaca a situação em que os entes privados definem padrões comportamentais que são reconhecidos por entes públicos:

(...) a organização privada que define padrões exerce grande poder estatal quando os órgãos públicos emitem regulamentos que incorporam os padrões privados como referência.

(...)

Durante a década de 1970, as agências governamentais expandiram suas conexões com essas organizações privadas (...), algumas vezes modificando os padrões e outras submetendo-se explicitamente a eles, em vez de emitir seus próprios (ABRAMSON, 1989, p. 173, tradução nossa).

Nessa categoria, estão os casos em que o Estado confere força vinculante a uma norma de padrão de condutas privada, como também as situações em que a norma privada continua tendo adesão voluntária, mas com prevalência sobre a norma pública. Esta última hipótese é a do Escritório de Administração e Orçamento dos Estados Unidos:

O Escritório de Administração e Orçamento adotou esta política em relação às compras federais: "Os padrões voluntários terão preferência sobre os padrões internos na ausência de normas governamentais obrigatórias, a menos que o uso de tais normas voluntárias resulte em prejuízo ao desempenho funcional, custos desnecessários, efeitos anticoncorrenciais ou outras desvantagens significativas (ABRAMSON, 1989, p. 173, tradução nossa).

Abramson apresenta uma última situação enquadrada na categoria B: a arbitragem privada obrigatória, mas com possibilidade de revisão estatal:

Um exemplo final de regulamentação da categoria B envolve uma área de regulação privada em rápida expansão: arbitragem privada obrigada por um tribunal (também conhecida como arbitragem ordenada pelo tribunal ou arbitragem anexada ao tribunal). A arbitragem compulsória confere um importante poder governamental aos cidadãos: o poder de julgar disputas.

(...)

As partes devem ter seu caso julgado e decidido por um árbitro particular antes que o caso seja ouvido por um juiz. A decisão do árbitro geralmente não é vinculativa e qualquer uma das partes pode procurar um julgamento de novo. Portanto, em teoria, a participação de setores privados no julgamento de disputas é muito limitada. Mas, na prática, o poder dos árbitros é

significativo porque a maioria das partes na arbitragem não leva seus casos a julgamento judicial. Portanto, a maioria das decisões dos árbitros privados é, na verdade, final e vinculativa. (ABRAMSON, 1989, p. 173, tradução nossa).

Da classificação proposta por Abramson, verifica-se que, na categoria B, entes privados exercem funções de autoridade pública, podem, por exemplo, fiscalizar condutas, impor sanções, emitir atos de consentimentos, julgar disputas e editar normas de observância obrigatória pelos agentes econômicos de determinado setor. Trata-se, em graus diversificados, de atividades que envolvem o exercício do poder de polícia por particulares. Esse exercício só é possível em razão de um reconhecimento formal do Estado.

#### 4.1.3. Categoria C

Na classificação de Abramson (1989, p. 170), a categoria C abrange a regulação privada em que o ente regulador não tem nenhuma conexão formal com o Estado. Nessa categoria, Abramson menciona o Better Business Bureau (BBB), a Consumers Union e vários outros entes privados que definem consensualmente padrões para atividades econômicas.

O BBB é uma organização privada sem fins lucrativos que, dentre outras atividades, emite padrões éticos de condutas comerciais, medeia disputas entre consumidores e empresas membros, e estabelece diretrizes para publicidade (ABRAMSON, 1989, p. 170). O BBB classifica as empresas em uma escala de A a F, de acordo com fatores de boas práticas comerciais. A adesão ao BBB é voluntária (BBB, 2021).

Já a Consumers Union avalia uma variedade de produtos a cada mês e, ao fazer isso, desenvolve implicitamente padrões para julgar a qualidade e segurança de produtos. Os relatórios publicados mensalmente na revista Consumer Reports descrevem as características de determinados produtos e os resultados das avaliações na forma de um sistema de classificação em cinco classes, de melhor a pior. A Consumers Union é financiada exclusivamente pela venda de publicações, doações e pagamento de taxas (ABRAMSON, 1989, p. 170).

Além dos exemplos da Consumers Union e do Better Business Bureau, outras organizações não governamentais nos Estados definem padrões consensuais de conduta:

Das três categorias, a Categoria C apresenta as relações público-privadas menos complexas para análise constitucional, porque a regulamentação da Categoria C não tem, por definição, nenhuma conexão formal com o governo. O cesto da categoria A envolve relações público-privadas mais complexas porque a delegação formal de cidadãos privados disfarça o envolvimento do setor privado na regulamentação governamental. A categoria B apresenta as relações público-privadas mais complexas para análise, pois abrange uma variedade de relações (ABRAMSON 1989, p. 170, tradução nossa).

Na categoria C do sistema de classificação proposto por Abramson (ente regulador sem conexão formal com o Estado) estão as formas voluntárias de autorregulação. No Brasil, seriam exemplos de agentes reguladores na categoria C o Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária (CONAR), a Associação Brasileira das Entidades dos Mercados Financeiro e de Capitais (ANBIMA), o Novo Mercado da Bolsa de São Paulo, a Associação Brasileira da Indústria de Café (ABIC), o Produto Orgânico Brasil e a Associação Brasileira de Criadores de Cavalos Puro Sangue Lusitano (ABPSL).

Em consonância com as premissas apresentadas nesta dissertação, as entidades da categoria C não serão categorizadas como exercentes de funções públicas, ante a não manifestação de exercício privado de atos de autoridade pública.

Para fins da dissertação, interessa identificar, na experiência norte-americana, casos que se enquadram nas categorias A e B da classificação de Abramson.

#### 4.2. REPUBLICA V. DUQUET – 1799

Iuliano e Whittington (2017b, p. 645) indicam o precedente *Respublica v. Duquet* como o primeiro caso em que foi debatida a constitucionalidade da delegação de funções legislativas.

Esse caso foi julgado pela Suprema Corte do Estado da Pensilvânia no ano de 1799. Uma lei estadual foi aprovada em 18 abril de 1795, autorizando a cidade da Filadélfia a impedir a construção de prédios em madeira, como medida para evitar incêndios. A lei autorizava a edição de norma pelo Prefeito, Câmara de Vereadores e, também, pelo Conselho Municipal. O regulamento a ser editado pelo Conselho Municipal deveria delimitar as regiões da cidade onde não seria permitida a construção de prédio em madeira (EUA, 1799).

Em 6 de junho de 1796, o Conselho Municipal aprovou regulamento com o seguinte conteúdo:

Seção 1. Após a aprovação deste regulamento, nenhuma mansão, loja, armazém, casa de carruagens ou estábulo, deve ser erguido ou construído em madeira dentro da parte da cidade de Filadélfia que está compreendida nos limites mencionados a seguir, isto é, do rio Delaware ao lado leste da rua *Sixth*, nas partes da cidade compreendidas entre o lado sul da rua *Vino*, e o lado norte da rua *Sassafras* ou *Race*, e entre o lado sul da rua *Walnut* e lado norte da rua *South* ou *Cedar*, e do rio *Delaware* até o lado leste da rua *Tenth*, naquela parte da cidade inclusive entre o lado sul da rua *Race* ou *Sassafras* e o lado norte lado da rua *Walnut*.

Seção 2. Se após a aprovação deste regulamento, qualquer pessoa erguer ou construir, ou fazer com que seja erguido e construído, qualquer mansão, armazém, cocheira ou estábulo em madeira, em qualquer lote ou pedaço de solo dentro daquelas partes da cidade aqui especificadas, serão devidamente condenadas por isso, mediante acusação contra ele, ela ou eles, no Tribunal do Prefeito da cidade de Filadélfia, e cada pessoa condenada terá seus bens confiscados e será sentenciada a pagar uma multa de quinhentos dólares (EUA, 1799, tradução nossa).

O réu, Philip Urbin Duquet, construiu uma mansão de madeira em 1797, em região não permitida. Foi, então, indiciado pela infração prevista tanto na lei estadual quanto no regulamento do Conselho Municipal (EUA, 1799).

A defesa de Duquet, dentre outros temas, argumentou que o Conselho Municipal não pode editar normas que afetem direitos de propriedade e o Estado da Pensilvânia não poderia conferir esse poder a esse colegiado. Afirmou que as normas do Conselho não passam de uma espécie de contrato entre os seus membros (EUA, 1799).

Apontou ofensa à constituição estadual da Pensilvânia, que atribui o Poder Legislativo a um Senado e a uma casa de representantes. Nesse sentido, entidades coletivas, como o Conselho Municipal, não poderiam exercer função legislativa. Invocou a máxima *delegata potestas non potest delegari* (aquele que recebeu um poder delegado não pode delegar esse poder) (EUA, 1799).

A defesa da Respublica alegou, dentre outros temas, que a lei de 1789 trata não de uma pequena aldeia, mas de uma populosa cidade, sendo óbvio que os poderes conferidos à cidade da Filadélfia foram proporcionais aos objetivos a serem cumpridos (EUA, 1799).

À cidade deve ser conferida função legislativa para o seu melhor governo, podendo aprovar normas para vincular a propriedade daqueles que moram em seu entorno. A jurisdição suprema não pode fiscalizar as pequenas questões que dizem respeito a assuntos dentre da comunidade (EUA, 1799).

A Lei de 1795 teve o objetivo de fortalecer a segurança ou propriedade e autorizou a corporação a aprovar regulamento para impedir que pessoas construam quaisquer mansões de madeira dentro de tal parte da cidade. Segundo a Suprema Corte dos Estados Unidos, não há nenhuma inconstitucionalidade dessa lei. O legislador não ultrapassou sua autoridade. Deve prevalecer a presunção de constitucionalidade dos atos do Poder Legislativo. Não há nenhuma lei e nenhum dispositivo constitucional que restrinja o legislador a conceder certos poderes a corporações. Também não há nenhum precedente judicial impedindo esse tipo de delegação (EUA, 1799).

Ainda segundo a defesa da Respublica, a ausência da norma emitida pela corporação seria prejudicial à segurança da coletividade. A norma restringiu as construções de madeiras nas áreas populosas da cidade, para evitar futuros incêndios. O tema disciplinado na norma do conselho municipal é questão meramente local, com a qual a entidade coletiva deve estar mais familiarizada (EUA, 1799).

Ainda segundo a defesa do Estado, o réu ingressou na jurisdição da corporação voluntariamente e concordou com o regulamento ou diretamente ou por seus representantes (EUA, 1799).

Nesse ponto, o argumento do Estado foi no sentido de que o local de residência do réu é voluntariamente determinado. Assim, como o réu escolheu residir na cidade da Filadélfia, aderiu, por consequência e voluntariamente, às normas do conselho municipal. Além disso, o órgão deliberativo é formado por cidadãos, em representação de todos os moradores da cidade (EUA, 1799).

A Suprema Corte do Estado da Pensilvânia decidiu pela constitucionalidade da Lei de 1795. Entendeu que o Conselho Municipal recebeu legitimamente poderes para fazer estatutos para o bom governo e bem-estar da cidade (EUA, 1799).

Na decisão, constou que o Conselho Municipal, por autoridade própria, não teria atribuição para aprovar regulamentos proibindo algum tipo de construção da cidade. Todavia, no caso julgado, esses poderes foram recebidos da lei. Para se julgar uma lei inconstitucional, a incompatibilidade com a Constituição deve ser clara e inequívoca. Na hipótese, a Corte entendeu que deveria prevalecer a presunção de validade da norma (EUA, 1799).

Algumas observações são importantes serem apresentadas. Nesse julgado, a Corte não analisou a natureza jurídica do Conselho Municipal: se é ente público ou

privado. O fundamento da decisão se ateve à legitimidade de delegação de função legislativa do Parlamento estadual para o Conselho Municipal, sem descrever as características desses Conselho.

O termo utilizado na lei e no precedente é o Common Council. Esse termo normalmente é utilizado para designar o órgão legislativo do município, a Câmara Municipal. Não é possível extrair do precedente nem da lei a natureza precisa desse Conselho. Todavia, algumas premissas colocadas no precedente indicam que o Common Council seria uma associação de moradores, ente privado.

De fato, a questão sobre a natureza do Common Council é levantada pela defesa de Philip Urbin Duquet, ao afirmar literalmente que as normas do Conselho não passam de uma espécie de contrato entre os seus membros. A defesa de Duquet também apontou ofensa à constituição estadual da Pensilvânia, que não atribui função legislativa ao Conselho, mas apenas a órgãos do Poder Legislativo. Por essa linha argumentativa, o Conselho Municipal não seria um órgão do Poder Legislativo.

A natureza privada do Conselho também pode ser inferida dos argumentos apresentados pelo Estado (Respublica), ao alegar que o réu voluntariamente ingressou na jurisdição da Conselho, ao escolher morar na cidade de Filadélfia.

Assim, embora não se possa afirmar categoricamente que o Conselho não é um órgão público, há premissas colocadas no caso que indicam a natureza privada do Conselho. Decidiu-se, pois, mencionar o caso Respublica v. Duquet na dissertação, mas com a ressalva de que não foi possível afirmar que o Common Council tem natureza privada.

A decisão da Suprema Corte do Estado da Pensilvânia não analisou questões relevantes sobre a legitimidade de imposição de condutas por ato normativo editado por pessoa privada, tais como o respeito ao devido processo legal e a existência de conflito de interesses.

Apesar da simplicidade argumentativa do caso e da escassez de fundamentos da decisão, trata-se de precedente importante pela sua relevância histórica, sendo apontado por Iuliano e Whittington (2017b, p. 645) como o primeiro caso em que foi debatida a constitucionalidade da delegação de funções legislativas nos Estados Unidos da América.



#### 4.3. MINTURN V. LARUE – 1859

A cidade de Oakland, na Califórnia, concedeu poderes a um conselho de curadores para regular o transporte de embarcações na San Pablo Bay. Edward Minturn formulou demanda judicial contra James B. Larue, Carlisle P. Patterson, e John R. Fouratt, com o objetivo de ter reconhecido o direito exclusivo de operar balsas entre as cidades de São Francisco e Oakland. O autor pretendia impedir que os réus operassem qualquer tipo de embarcação entre as duas cidades, sob o fundamento de que recebeu do conselho de curadores autorização exclusiva para exploração do transporte por navegação entre as cidades de São Francisco e Oakland (EUA, 1859).

A autorização exclusiva invocada por Edward Minturn havia sido concedida pelo conselho de curadores, que, por sua vez, teria sido investido pela lei do município de Oakland, de 4 de maio de 1852, dos poderes para:

(...) fazer estatutos e regulamentos sobre o transporte marítimo, podendo entre outras atividades, dispor, fazer, abrir, alargar, regular e manter em reparo, todas as vias, estradas, pontes, balsas, e cais, docas, cais e rampas e autorizar a construção desses equipamentos (EUA, 1859, tradução nossa).

O conselho de curadores, com base na lei municipal de 1852, concedeu direito exclusivo de balsa entre a cidade de São Francisco e Oakland a Edward Minturn. Discutiu-se no processo se o conselho havia ou não sido investido desse poder (EUA, 1859).

A Suprema Corte dos Estados Unidos decidiu que as hipóteses de concessão de poderes pelo Legislativo a entes públicos ou privados deve ser claramente compreendido no texto da norma concedente ou dele derivado por implicação necessária. Qualquer ambiguidade ou dúvida decorrentes do texto normativo deve conduzir à interpretação em desfavor do outorgado, afastando, assim, a interpretação que alargue os poderes concedidos (EUA, 1859).

Ao analisar os poderes conferidos ao conselho de curadores, a Corte não encontrou nenhum poder para conceder direitos exclusivos à exploração de transporte marítimo a um particular. Segundo decidiu a Suprema Corte, havia na norma a concessão do poder para regular balsas dentro dos limites da cidade, mas não um poder para outorga de exploração exclusiva (EUA, 1859).

Para que houvesse a possibilidade de concessão de direito de exclusividade, deveria haver uma autorização legal específica e clara quanto à extensão do poder concedido, como foram os casos das antigas cartas em cidades da Inglaterra. Nessas cartas antigas, o órgão municipal representava o poder soberano, podendo conceder direitos exclusivos de balsa da mesma forma que o soberano. Mas não se pode confundir essas cartas antigas com o caso analisado, pois essas cartas eram específicas e não deixavam dúvidas quanto à extensão dos poderes concedidos (EUA, 1859).

Se o significado das palavras for duvidoso, elas serão tomadas mais fortemente contra o particular beneficiário e, portanto, não devem ser estendidas por implicação além do significado natural e óbvio das palavras. O direito exclusivo de exploração do transporte deveria ser claramente expresso ou necessariamente inferido (EUA, 1859).

Nos termos da decisão da Suprema Corte:

(...) se o Legislativo pretendia conferir todo o seu poder a esta corporação para estabelecer e regulamentar balsas dentro de seus limites ou um poder de conceder direitos exclusivos de balsa nele, uma forma muito diferente de concessão teria sido usada.

(...)

Na forma utilizada, tal intento não aparece ou pode ser alcançado, exceto por uma interpretação muito forçada, que não temos a liberdade de dar, de acordo com autoridade bem estabelecida (EUA, 1859, tradução nossa).

O conselho de curadores não havia recebido poderes específicos para estabelecer uso exclusivo de balsas, razão pela qual não poderia conferir privilégio exclusivo a terceiros. O poder conferido é o de regular balsas e autorizar a construção de obras de infraestrutura portuária (EUA, 1859).

No caso *Minturn v. Larue*, de 1859, algumas informações são importantes à análise. A primeira é a de que a Suprema Corte dos Estados Unidos não afirmou que o Conselho de Curadores estava impedido de receber poderes estatais para determinar a exploração exclusiva de atividade econômica. A Corte limitou-se a afirmar que poderes desse tipo deveriam ser concedidos de forma específica e clara.

Outro ponto interessante nesse caso é a constatação de que a Suprema Corte reconheceu que o Conselho de Curadores detinha poderes para regular o serviço de balsas e autorizar construção de obras de infraestrutura portuária. Afirma-se, aqui, a possibilidade de o ente público delegar a uma entidade privada a atividade de normatização infralegal do poder de polícia.

#### 4.4. ST. LOUIS, I.M. & S. RY. CO. V. TAYLOR – 1908

Nesse caso, julgado pela Suprema Corte dos Estados Unidos, a viúva de George W. Taylor pleiteou indenização por morte decorrente de acidente de trabalho contra a St. Louis, Iron Mountain e a Southern Railway Company. Taylor trabalhava como guarda-freios a serviço da ferrovia (EUA, 1908).

No início do século 20, a velocidade dos trens era reduzida com o acionamento manual de freios mecânicos em cada vagão. Um profissional, o guarda-freios, deslocava-se em cima dos vagões para apertar ou afrouxar os freios mecânicos de acordo com as mensagens que eram transmitidas pelo maquinista por meio de som de um apito. O acionamento do freio mecânico se dava por manivelas que se localizavam no teto de cada vagão. O guarda-freios deslocava-se de um vagão a outro para acionar seus freios um a um. Tratava-se de profissão de altíssimo risco. Com o surgimento do freio pneumático, a vácuo, essa profissão deixou de existir (MAYRINK, 2021).

George W. Taylor morreu por um acidente na ferrovia quando trabalhava como guarda-freios. O acidente aconteceu quando Taylor tentava acoplar dois vagões e foi imprensado entre as duas carruagens (EUA, 1908).

A viúva de Taylor alegou que os vagões não respeitaram a altura padrão das barras de tração, conforme exigido pela legislação. Segundo a requerente, se as barras de tração tivessem as mesmas alturas, o acidente teria sido evitado, pois não haveria a colisão entre dois vagões. Todavia, neste precedente, havia diferenças de alturas nas barras dos dois vagões que colidiram (EUA, 1908).

Um dos vagões estava totalmente carregado e era equipado com um engate automático que, na época, era dez centímetros mais baixo que o engate de pino do vagão parcialmente carregado (EUA, 1908).

As empresas rés argumentaram que o erro foi decorrente de negligência da própria vítima (EUA, 1908).

A viúva de Taylor obteve decisão favorável no primeiro grau. O caso chegou à Suprema Corte dos Estados Unidos (EUA, 1908).

O acidente aconteceu em território indígena, no Estado de Arkansas. A questão central colocada a apreciação da Suprema Corte foi sobre a competência, se havia ou não uma questão federal, e se o tribunal de Arkansas detinha competência para julgar o caso (EUA, 1908).

A questão de interesse no nosso trabalho é quanto à validade da participação privada na normatização técnica das barras de tração dos vagões. Esse precedente revela que o Congresso aprovou a Lei de Dispositivos de Segurança em 2 de março de 1893. A Seção 5 dessa Lei dispõe que:

Dentro de noventa dias a partir da aprovação desta Lei, a American Railway Association está autorizada por este meio a designar para a Comissão de Comércio Interestadual a altura padrão das barras de tração para vagões de carga, medida perpendicularmente do nível do topo dos trilhos aos centros das barras de tração, para cada uma das várias bitolas de ferrovias em uso nos Estados Unidos, e deve fixar uma variação máxima de tal altura padrão a ser permitida entre as barras de tração dos vagões vazios e carregados. A referida Comissão notificará imediatamente a norma fixada para todas as transportadoras, proprietários ou locatários comuns envolvidos no comércio interestadual nos Estados Unidos, pelos meios que a Comissão possa considerar adequados. Mas, caso tal Associação deixe de determinar uma norma como acima previsto, será dever da Comissão de Comércio Interestadual fazê-lo antes de primeiro de julho de 1894, e imediatamente a fim de notificá-lo conforme acima mencionado. E a partir de primeiro de julho de 1895, nenhum vagão, carregado ou descarregado, poderá ser utilizado no tráfego interestadual que não atenda ao padrão acima previsto (EUA, 1908, tradução nossa).

De acordo com as regras editadas pela American Railway Association, o centro das barras de tração dos vagões de carga usados em bitolas padrão deve ser, quando os vagões estiverem vazios, trinta e quatro polegadas e meia acima dos trilhos. Quando um vagão estiver carregado ou parcialmente carregado, a variação máxima permitida de altura para baixo é de três polegadas (EUA, 1908).

Como se constata, uma Lei de âmbito nacional determinava que os padrões de altura e de variação máxima das barras de tração para vagões de carga fossem estabelecidos pela Associação Americana de Ferrovias, entidade privada que representava as empresas ferroviárias dos Estados Unidos (EUA, 1908).

A Lei previa que o padrão fixado pela Associação seria de observância de todas as empresas ferroviárias, após aprovação da Comissão de Comércio Interestadual. Essa Comissão é ente público (EUA, 1908).

Nesse precedente, o efeito coercitivo da norma é conferido por meio de um ato estatal que reconhece um padrão fixado por um ente privado. A Associação tem o protagonismo de executar todo o processo de confecção da norma e o ente estatal

avalia o resultado final desse processo para aprovar a norma e investi-la de coercitividade.

A decisão judicial concluiu que as empresas réis não cumpriram os padrões de barras de tração fixados pela norma aprovada pela American Railway Association e pela Interstate Commerce Commission e que a diferença de alturas das barras de tração foi uma das causas da morte de Taylor. As réis alegaram haver uma delegação inconstitucional de Poder Legislativo à associação ferroviária e à Comissão Interestadual do Comércio (EUA, 1908).

Ao apreciar essa questão, a Suprema Corte dos Estados Unidos decidiu que:

Se a ferrovia, de fato, utilizou vagões que não cumpriam a norma, ela violou as proibições claras da lei, e dessa violação decorre a responsabilidade de indenizar aquele que é ferido por ela.

A provisão na Seção 5 da Lei de Dispositivos de Segurança, de 2 de março de 1893, referindo-se à American Railway Association e à Interstate Commerce Commission para designar e promulgar a altura padrão e variação máxima das barras de tração para vagões de carga não é inconstitucional como uma delegação de poder legislativo (EUA, 1908, tradução nossa).

O caso *St. Louis, I.M. & S. Ry. Co. v. Taylor* revela um modelo de regulação em que o ente privado é responsável pela elaboração e o ente público pela análise e confirmação da norma.

Para além do precedente aqui analisado, pode-se imaginar um modelo em que o ente privado exerça a tarefa de fazer os estudos técnicos, as audiências públicas, a avaliação de impacto regulatório e a redação do texto normativo. Já o ente público fica encarregado de aferir a correção do processo de produção normativa e a adequação do texto apresentado pelo privado. Em caso de aprovação, a norma será publicada pela Administração Pública, conferindo-lhe o caráter cogente.

Por esse modelo, o Estado desliga-se de algumas etapas da produção normativa e concentra sua atuação na fase final desse processo, em consonância com a teoria da regulação em rede nodal.

#### 4.5. EUBANK V. CITY OF RICHMOND – 1912

O município de Richmond, com base nas Leis de Virgínia de 1908, aprovou um decreto que autorizava dois terços dos proprietários de imóveis de qualquer bloco da

cidade a determinar a linha de recuo de construção em relação à rua, o coeficiente de ocupação do terreno e a altura máxima da construção. A deliberação dos moradores era encaminhada à prefeitura para edição e publicidade de ato normativo com as regras aprovadas (EUA, 1912).

Em 9 de janeiro de 1909, o comitê de moradores do bloco em que estava situado o lote do senhor Eubank fixou critérios de recuo das construções em relação à linha da via. A prefeitura editou o ato normativo com as regras aprovadas pelos moradores. Eubank ergueu edificação sem respeitar as regras de recuo (EUA, 1912).

O município de Richmond impôs multa de 25 (vinte e cinco) dólares ao senhor Eubank, por violação à regra de construção fixada por dois terços dos proprietários vizinhos. O Tribunal da cidade de Richmond manteve a punição. Essa decisão foi confirmada pela Suprema Corte estadual (EUA, 1912).

O senhor Eubank impugnou a validade das regras de construção, ao fundamento de que elas ofenderam seu direito de propriedade sem o devido processo legal e ofenderam a isonomia entre os cidadãos. O caso foi a julgamento da Suprema Corte dos Estados Unidos da América (EUA, 1912).

Segundo a Corte Constitucional nacional, a limitação da propriedade privada por meio do poder de polícia deve ter a finalidade de resguardar a saúde pública, a moral, a segurança e deve promover a prosperidade geral. No caso concreto, o poder de polícia não foi exercido de forma válida, porquanto não atendeu a essas finalidades (EUA, 1912).

Nesse precedente, a Suprema Corte dos Estados Unidos da América debateu os limites do poder de polícia. Concluiu haver, no caso concreto, incompatibilidade com a Constituição americana. Ficou registrado que o poder de polícia do Estado deve ser exercido não apenas para estabelecer normas que promovam a saúde pública, a moral e a segurança, mas também às que promovam a conveniência pública e a prosperidade geral. Todavia, a intervenção na liberdade individual deve cessar quando se deparar com as proibições da Constituição Federal (EUA, 1912).

No caso Eubank v. City of Richmond, parte dos proprietários determinou a extensão do uso que os outros proprietários farão de seus lotes. Mas os critérios não seguiam parâmetros claros ao atendimento da segurança, bem-estar públicos ou conveniência:

O estatuto e a portaria, ao mesmo tempo que conferem o poder a alguns proprietários de controlar e dispor virtualmente dos direitos de propriedade de outros, não cria nenhum padrão pelo qual o poder assim dado deve ser exercido; em outras palavras, os proprietários que desejam e têm autoridade para estabelecer o recuo podem fazê-lo apenas para seu próprio interesse, ou mesmo por capricho.

(...)

O gosto (...) ou o julgamento podem variar nas localidades - na verdade, na mesma localidade. Pode haver um gosto ou julgamento de conforto ou conveniência de um lado da rua e outro diferente do outro. Pode haver diversidade em outros blocos; e vendo-os em sucessão, suas linhas de construção podem ser contínuas ou tortas (...), já que os interesses de alguns proprietários podem ir contra os interesses de outros (EUA, 1912, tradução nossa).

A normatização realizada por particulares, no caso *Eubank v. City of Richmond*, foi declarada ilegítima porque não atendia à finalidade do poder de polícia. O fundamento contido no precedente não indica que a invalidade se deu em razão do exercício da normatização por particulares. Não foi esse o ponto central da invalidade (EUA, 1912).

A norma aprovada pelos particulares tratava a propriedade privada, não para o bem-estar público, mas para conveniência de outros proprietários e privava a pessoa de sua propriedade sem o devido processo legal. Esse foi o fundamento da decisão que decretou a invalidade da regra estabelecidas pelos moradores (EUA, 1912).

A Suprema Corte rechaçou haver uma fórmula geral de proibição ao exercício de normatização privada do poder de polícia:

Os poderes estatais devem ser flexíveis e adaptáveis.

(...)

Um conflito entre o poder policial do estado e as limitações constitucionais não será inferido levemente, mas o ponto exato de contato não pode ser determinado por nenhuma fórmula geral de antemão (EUA, 1912, tradução nossa).

Nesse caso, a lei expressamente reconhecia o poder de moradores de fixarem limitações de construções na cidade. As regras deliberadas pelos moradores eram encaminhadas à prefeitura que as publicava por meio de ato normativo (EUA, 1912).

Há, aqui, participação de particulares na formulação de normas de poder de polícia. O município tinha a função de dar publicidade e coercitividade à norma aprovada pelos moradores. Segundo se extrai do precedente, o município não exercia controle sobre os critérios fixados pelos moradores, a quem cabia determinar os parâmetros de recuo, coeficiente de ocupação do terreno e altura da construção.

A Suprema Corte dos Estados Unidos entendeu haver exercício irracional do poder de polícia, porquanto as regras não adotavam parâmetros razoáveis em termos de segurança, de convivência ou de bem-estar. Prevaleceu o entendimento de que a normatização do poder de polícia, no caso, dava margem à arbitrariedade e limitava a propriedade privada sem respeitar o devido processo legal.

#### 4.6. PLYMOUTH COAL CO. V. PENNSYLVANIA – 1914

Esse caso trata da regulação da atividade de exploração de carvão mineral. A lei do Estado da Pensilvânia determinava que o proprietário de minas de carvão deixasse barreiras de contenção na fronteira da mina como medida de segurança para evitar desmoronamentos em caso de a mina ser abandonada e enchida com água (EUA, 1914).

A especificação da largura da barreira deveria ser definida por um conselho formado por dois engenheiros e pelo inspetor de minas. Um dos engenheiros era indicado pelo proprietário da mina que deve ter a barreira construída e o outro engenheiro deveria ser indicado pelo proprietário do terreno adjacente (EUA, 1914).

Essas obrigações estavam previstas no § 10 do art. III da Lei de 2 de junho de 1891 do Estado da Pensilvânia, com a seguinte redação:

Será obrigatório aos proprietários de propriedades vizinhas carvoeiras deixar, ou fazer com que fiquem, um pilar de carvão em cada fenda ou veio de carvão trabalhado por eles, ao longo da linha da propriedade adjacente, de largura tal que, recolhida a conexão com o pilar a ser deixado pelo proprietário do imóvel contíguo, será uma barreira suficiente para a segurança dos funcionários de qualquer uma das minas, caso a outra seja abandonada e possa encher com água. A largura do pilar deve ser determinada pelos engenheiros dos proprietários adjacentes juntamente com o inspetor do distrito em que a mina está situada, e os levantamentos da face dos trabalhos ao longo de tal pilar devem ser feitos em duplicata e devem concordar na prática. Uma cópia de tais levantamentos duplicados devem ser apresentados aos proprietários das propriedades vizinhas e ao fiscal da comarca em que a mina ou propriedade está situada (EUA, 1914, tradução nossa).

Esse dispositivo legal determinava que um conselho formado pelo inspetor de minas e por dois engenheiros deveria fixar o critério de barreira entre as minas, como instrumento de segurança dos trabalhadores (EUA, 1914).



O inspetor era nomeado pelo governador da comunidade sob a recomendação de uma junta de examinadores composta por três mineiros de carvão de renome e dois engenheiros de mineração renomados. O inspetor deveria ser um cidadão da Pensilvânia, com mais de trinta anos de idade, ter um conhecimento dos diferentes sistemas de trabalho em minas de carvão e pelo menos cinco anos de experiência prática em minas de carvão antracito da Pensilvânia, incluindo experiência em minas onde gases nocivos e explosivos são desenvolvidos (EUA, 1914).

Além do inspetor de minas, o conselho era formado por dois engenheiros. Um engenheiro indicado pelo proprietário da mina que será atingida pela norma, e o outro engenheiro indicado pelo proprietário da mina adjacente (EUA, 1914).

Em 31 de agosto de 1909, o Sr. Davis, o inspetor de minas do distrito em que as propriedades estão localizadas, escreveu uma carta ao presidente da Plymouth Coal Company, solicitando a indicação de engenheiro para compor o conselho para definir a espessura do pilar de barreira a ser deixada na mina (EUA, 1914).

Em resposta, o presidente da Plymouth Coal Company, senhor John C. Haddock, informou que não enviaria o engenheiro por entender que a deliberação do conselho afetaria direitos da companhia e dos arrendadores da mina e que a solicitação não era razoável por ter sido originada de demanda provocada pelo proprietário da mina adjacente. Entendeu ofender o seu direito de propriedade ter que se reunir com um engenheiro indicado por outra empresa operadora de mina (EUA, 1914).

Sem a participação de engenheiro indicado pela Plymouth, o inspetor de mina e os engenheiros da empresa Lehigh & Wilkes-Barre Coal Company, após os devidos estudos, determinaram que uma barreira de largura de 70 pés seria suficiente para a proteção dos homens empregados nas minas de qualquer uma das empresas, na hipótese de uma das minas ser abandonada e preenchida por água (EUA, 1914).

A Plymouth não respeitou a decisão tomada pelo inspetor e pela empresa que explorava a mina adjacente (Lehigh & Wilkes-Barre) (EUA, 1914). Em seguida, o inspetor da mina representou contra a Plymouth Coal Company no Tribunal de Apelações Comuns do Condado de Luzerne, declarando que o réu recusou-se a permitir que seu engenheiro se reunisse com o inspetor de mina e o engenheiro do proprietário do imóvel adjacente para determinar a largura do pilar de barreira, ou mesmo para considerar o assunto, e se recusou a deixar ou fazer com que fosse

deixado um pilar que, tomadas em conexão com o pilar a ser deixado pelo proprietário do imóvel adjacente, seria uma barreira suficiente para a segurança dos funcionários de qualquer uma das minas, caso a outra fosse abandonada e permitisse que se enchesse de água (EUA, 1914).

A Plymouth Coal Company empregou na mina trezentas pessoas. Já na mina adjacente, a empresa Lehigh & Wilkes-Barre Coal Company havia empregado pelo menos setecentas pessoas. Segundo relatório do inspetor, a recusa da Plymouth colocou em perigo de vida os funcionários de ambas as minas (EUA, 1914).

Na representação, o inspetor requereu provimento liminar para impedir a empresa ré de trabalhar em sua mina sem deixar um pilar de barreira de carvão com espessura ou largura de pelo menos 30 pés em cada costura ou veio trabalhado por ela ao longo da linha da propriedade adjacente (EUA, 1914).

Em sua contestação, a empresa ré admitiu a veracidade dos fatos invocados pelo inspetor, mas fez a ressalva quanto à validade da norma. A defesa se concentrou na alegação de que a norma que impunha restrições à propriedade da empresa ré ofendia a Constituição dos Estados Unidos, notadamente em razão da violação ao devido processo legal. Destacou que a norma não previa recurso contra a decisão do conselho formado por engenheiros e pelo inspetor (EUA, 1914).

Aduziu a defesa que nenhuma barreira era necessária para a segurança dos funcionários de qualquer das minas no caso. Afirmou que a Lei de 2 de junho de 1891 é confiscatória, inconstitucional e nula. A defesa impugnou a validade da lei, afirmando que o método de fixação da largura do pilar de barreira é rude, incerto e injusto, a ponto de constituir uma apropriação de bens sem o devido processo legal (EUA, 1914).

Ainda segundo as alegações da defesa, o método de fixação da largura do pilar de barreira era baseado em imprecisões e faltava uniformidade na composição do conselho. Além disso, a lei não previa expressamente o aviso aos interessados e o procedimento não estava prescrito na norma (EUA, 1914).

O caso chegou à Suprema Corte dos Estados Unidos, sob o permissivo da cláusula do devido processo da Décima Quarta Emenda da Constituição Federal. A decisão final foi pela constitucionalidade da previsão legal. O diploma normativo da Pensilvânia que exigia que os proprietários de propriedades de carvão adjacentes fizessem com que os pilares de barreira sejam deixados de largura adequada para

proteger os funcionários não é inconstitucional. Não prevaleceu as alegações de que norma privava os proprietários de suas propriedades sem o devido processo legal (EUA, 1914).

A Corte interpretou que, na ausência normativa de disposição quanto à eventual divergência entre seus integrantes, deveria prevalecer o que a maioria do conselho decidir, com a participação obrigatória do inspetor (EUA, 1914). Era, então, legítima a imposição de restrição à propriedade decidida pelo engenheiro da mina vizinha e pelo inspetor da mina, ainda que houvesse discordância da empresa destinatária da norma:

Na cláusula em questão, pensamos que é bastante razoável interpretar as palavras "juntamente com o inspetor do distrito" no sentido de que o inspetor deve compor o *quorum* - deve participar em qualquer determinação que seja feita.

Mas a questão "será determinada pelos engenheiros ... junto com o inspetor". A frase, é claro, admite a interpretação de que, se os engenheiros concordarem, a aprovação agregada do inspetor encerrará o assunto. Achamos que não é uma construção absurda que, se os engenheiros discordarem, eles devem submeter suas diferenças ao inspetor, e que uma determinação acordada por um deles em conjunto com o inspetor deve cumprir os requisitos da lei (EUA, 1914, tradução nossa).

Quanto à ausência de previsão de recurso, decidiu o Tribunal que:

(...) em questões de regulamentação policial, em que as decisões sobre questões de segurança pública são delegadas a um conselho, o direito de recurso por motivos que não sejam constitucionais pode ser negado pelo legislador a seu critério, sem negar o devido processo legal (atividade quase legislativa) (EUA, 1914, tradução nossa).

Nesse ponto, a Suprema Corte fez a observação de que a atividade de produção legislativa não se submete às mesmas regras do devido processo legal de um caso judicial ou administrativo. Na produção das normas, não são, por exemplo, indispensáveis a oitiva das partes interessadas ou a previsão de recurso. No caso concreto, a Corte classificou a atividade do conselho como quase legislativa (EUA, 1914).

Os engenheiros e o Inspetor foram investidos do poder de polícia de determinar a largura do pilar de barreira para garantir a segurança. A intenção do legislador era também autorizá-los a dizer, se for esse o fato, que a segurança dos homens não exige um pilar de barreira de qualquer largura. A Lei exige que tal pilar seja preservado, a menos que o Inspetor e os engenheiros, após o devido exame das instalações e consideração do assunto, determinem que nada é necessário para

garantir a segurança dos homens empregados em qualquer uma das minas (EUA, 1914).

A Corte decidiu que a lei não precisava definir a largura do pilar e que seria acertado, em razão da natureza das coisas, definir o tamanho da barreira no caso concreto, observadas as particularidades da propriedade. Disso resultou que era suficiente para o legislador estabelecer uma regra geral e, em seguida, conferir a um colegiado a autoridade para fixar a espessura precisa do pilar que atenderia às necessidades da situação particular (EUA, 1914).

A Corte expressamente afirmou que: *poderes e discricionariedade desse caráter podem ser delegados a órgãos administrativos ou, até mesmo, a um único indivíduo* (EUA, 1914, tradução nossa).

Há, no caso *Plymouth Coal Co. v. Pennsylvania*, 1914, claramente a participação de particulares na formulação de normas regulatórias. Nesse precedente, o inspetor era nomeado pelo Governador do Estado e exercia função pública. Todavia, esse profissional, sozinho, não podia impor o padrão de barreira de segurança que deveria ser preservado. A lei previa a participação de dois engenheiros. Um indicado pelo proprietário a quem caberia preservar a coluna de carvão e o outro indicado pelo proprietário da mina vizinha.

Havia a possibilidade de a norma técnica ser fixada com concordância dos dois engenheiros ou, até mesmo, com a discordância do engenheiro indicado pelo proprietário destinatário, em claro exercício de poder de polícia por particulares, ainda que em coparticipação com um agente estatal. Aqui, o Estado participava em conjunto com os particulares na formulação das normas.

#### 4.7. WASHINGTON EX REL. SEATTLE TITLE TRUST CO V. ROBERGE – 1928

Nesse precedente, a norma que regulamentava o zoneamento urbano da cidade de Seattle, aprovada em 1923, previa que nenhum prédio deveria ser erguido para qualquer propósito diferente daquele permitido no distrito em que o imóvel está

localizado, sem que houvesse a aprovação de dois terços dos proprietários de imóveis localizados a menos de 400 pés do edifício proposto (EUA, 1928).

Desde 1914, o sr. Roberge mantinha um lar filantrópico para idosos pobres, na cidade de Seattle. O imóvel ocupava uma área de 267 pés de largura, que se estendia da avenida Seward Park ao Lago Washington, tendo uma profundidade média de mais de 700 pés e uma área de cerca de 5 acres. O lar de idosos estava, inicialmente, em uma casa construída para fins de moradia. Era grande o suficiente para acomodar cerca de 14 pessoas. O filantropo propôs demolir o prédio antigo e, em seu lugar, erguer uma casa à prova de fogo de 2 andares, grande o suficiente para abrigar 30 pessoas, a um gasto estimado de U\$ 100.000 (EUA, 1928).

O novo edifício cobriria 4% do bairro e estaria quase todo escondido por árvores e arbustos. A distância entre ele e o prédio mais próximo seria de 110 pés, no Norte, e de 365, no Oeste. O novo prédio seria igualmente destinado ao acolhimento de idosos pobres (EUA, 1928).

Todavia, o sr. Roberge não obteve o consentimento por escritos dos dois terços de seus vizinhos. A recusa não foi acompanhada de justificção. Não se demonstrou em que medida o novo edifício constituiria um incômodo para a comunidade ou ofensa a alguma norma de zoneamento da cidade (EUA, 1928).

O caso foi apreciado pela Suprema Corte dos Estados Unidos que considerou a recusa da autorização arbitrária. Segundo o Tribunal, medidas de zoneamento devem encontrar sua justificativa no poder de polícia exercido no interesse público. Restrições desnecessárias e irracionais não podem ser impostas ao uso de propriedade privada ou ao exercício de atividades úteis. Houve ofensa à cláusula do devido processo da Décima Quarta Emenda à Constituição norte-americana (EUA, 1928).

No caso concreto, verificou-se que a construção da nova casa estava em harmonia com o interesse público e com o regulamento de zoneamento do município (EUA, 1928).

Para a Corte, as limitações ao direito de propriedade devem encontrar fundamento na proteção do interesse público, não sendo válida a restrição para atender a interesses exclusivamente privados:

O poder governamental de interferir nos regulamentos de zoneamento nos direitos gerais do proprietário, restringindo o caráter de seu uso, não é

ilimitado e tal restrição não pode ser imposta se não tiver uma relação substancial com a saúde pública, segurança, moral ou bem-estar geral.  
(...) As legislaturas não podem, sob o pretexto do poder de polícia, impor restrições desnecessárias e irracionais ao uso de propriedade privada ou ao exercício de atividades úteis (EUA, 1928, tradução nossa).

Nesse precedente, os vizinhos não estavam vinculados a nenhum dever oficial: eram livres para negar o consentimento por motivos egoístas ou arbitrários, podendo decidir apenas para atender a seus caprichos. Concluiu a Corte que *a delegação de poderes assim tentada é repugnante à cláusula de devido processo da Décima Quarta Emenda* (EUA, 1928).

O caso do sr. Roberge revela haver participação de particulares na atividade de consentimento no exercício da propriedade privada. Aqui, terceiros, os vizinhos, haviam recebido o poder estatal para autorizar ou negar a construção de novos edifícios localizados até 400 pés de suas propriedades (EUA, 1928).

A Suprema Corte dos EUA invalidou a norma que conferia esse poder aos particulares. No caso, a invalidação se deu pela ausência de critério de interesse público que justificasse as medidas limitativas da propriedade. A decisão da Corte não continha impedimento para a delegação de atividade pública a particulares, mas, ao reverso, deixava claro que essa delegação poderia ser válida caso seguisse critérios de interesse público e se respeitasse o devido processo legal. O principal parâmetro de controle de constitucionalidade foi o respeito à cláusula do devido processo legal (EUA, 1928).

#### 4.8. A. L. A. SCHECHTER POULTRY CORP. V. UNITED STATES – 1935

No contexto da crise de 1929, os Estados Unidos da América aprovaram o National Industrial Recovery Act, em 16 de junho de 1933. A Seção 3 dessa Lei delegava a função legislativa para associações comerciais ou industriais para aprovar as normas que regulam o setor. Essa Seção estabelecia que códigos de concorrência leal podem ser aprovados pelo Presidente mediante solicitação de associações representativas das profissões ou indústrias a serem afetadas, ou podem ser prescritas por ele por sua própria iniciativa (EUA, 1935).

O código aprovado pelo Presidente era cogente:

(...) qualquer violação de qualquer uma de suas disposições em qualquer transação ou que afete o comércio interestadual deve ser considerada um método injusto de concorrência, no sentido da Lei da Comissão de Comércio Federal, e deve ser punido como crime contra os Estados Unidos (EUA, 1935, tradução nossa).

Uma associação poderia redigir o texto da norma e submeter à aprovação do Presidente da República. O Presidente da República deveria verificar se a associação ou grupo que propôs um código não impunha restrições injustas à admissão como membro; se o código não fora elaborado para promover monopólios ou para eliminar ou oprimir pequenas empresas; e se não discriminava agentes econômicos (EUA, 1935).

O Código de Aves Vivas foi aprovado pelo Presidente em 13 de abril de 1934, mediante proposta da Associação da Indústria de Aves Vivas, que promoveu notificações e audiências públicas sobre o texto proposto (EUA, 1935).

Nesse Código, havia regras sobre: limite de horas de trabalho e remuneração mínima por trabalhador; proibição para contratação de trabalhador menor de dezesseis anos; previsão de número mínimo de empregados que devem ser contratados pelos operadores dos frigoríficos, sendo o número graduado de acordo com o volume médio de vendas semanais; e exigência de manutenção de livros e registros sobre transações financeiras (EUA, 1935).

A fiscalização do cumprimento das regras impostas pelo Código era feita por meio de um comitê consultivo do setor, cujos membros eram selecionados pelas associações comerciais, e o supervisor do Código era nomeado, com a aprovação do comitê, por acordo entre o Secretário de Agricultura e o Administrador de Recuperação Industrial (EUA, 1935).

As despesas de administração para a fiscalização do Código eram arcadas pelos membros da indústria proporcionalmente ao volume de negócios, ou por outros fatores que o comitê consultivo pudesse considerar equitativos, sujeito à desaprovação do Secretário e/ou Administrador (EUA, 1935).

A Schechter Poultry Corporation e a Schechter Live Poultry Market são empresas que administram os mercados atacadistas de matadouros de aves no Brooklyn, na cidade de Nova York. Os frangos abatidos em seus abatedouros eram vendidos no local tanto para revendedores quanto para açougueiros. A empresa Schechter Poultry foi acusada de desobedecer às exigências de um Código de

Concorrência Leal para a Indústria de Aves Vivas da Área Metropolitana da cidade de Nova York, aprovado pelo Presidente da República sob a Seção 3 da Lei de Recuperação Industrial Nacional (EUA, 1935).

As violações alegadas foram: i) a não observância das disposições comerciais que fixam salários mínimos e horas máximas para os funcionários; ii) permissão para que os clientes selecionem galinhas individuais de gaiolas específicas; iii) venda de galinhas impróprias para o consumo; iv) vendas sem conformidade com os regulamentos de inspeção municipais e para abatedouros e comerciantes não licenciados de acordo com esses regulamentos; v) elaboração de relatórios falsos; e iv) omissão de relatórios relativos à gama de preços diários e volume de vendas (EUA, 1935).

A Schechter Poultry, ao contestar a acusação, alegou, dentre outros temas, que o Código havia sido adotado por força de uma delegação inconstitucional do poder legislativo do Congresso (EUA, 1935).

A Suprema Corte dos Estados Unidos invalidou a delegação da atividade normativa ao Presidente da República e às Associações. Segundo o Tribunal, a Lei não fornecia nenhum padrão para a elaboração dos códigos de comércio, não prescrevia regras de conduta a serem aplicadas a determinados fatos por procedimento administrativo adequado. Em vez disso, autorizava genericamente a elaboração de códigos sobre o setor econômico. A Lei que autorizava a delegação previa apenas objetivos genéricos de reabilitação da indústria e comércio dos Estados Unidos (EUA, 1935).

A Suprema Corte entendeu que houve a delegação irrestrita ao Presidente da República para aprovar normas elaboradas por associações do comércio e da indústria. Prevaleceu o entendimento de que houve delegação inconstitucional de poder legislativo:

A delegação de sua autoridade legislativa a associações comerciais ou industriais, dando-lhes poderes para promulgar leis para a reabilitação e expansão de seus negócios ou indústrias, seria totalmente inconsistente com as prerrogativas e deveres constitucionais do Congresso (EUA, 1935, tradução nossa).

A Suprema Corte dos Estados Unidos invalidou a delegação de funções normativas a uma entidade privada no caso Schechter Poultry Corp. v. Estados Unidos. Constou da decisão que:



Mas seria seriamente questionável se o Congresso poderia delegar sua autoridade legislativa para associações ou grupos comerciais ou industriais, de modo a capacitá-los a aprovar as normas que consideram sábias e benéficas para a reabilitação e expansão de seus negócios ou indústrias? A resposta é óbvia. Essa delegação de poder legislativo é desconhecida por nossa lei e é totalmente inconsistente com as prerrogativas e deveres constitucionais do Congresso (ABRAMSON, 1989, p 193, tradução nossa).

O Poder Executivo alegou que a crise nacional exigiu um amplo e intensivo esforço cooperativo por parte dos envolvidos no comércio e na indústria, e que se buscou fomentar essa cooperação, permitindo-lhes iniciar a adoção de códigos (EUA, 1935).

Todavia, a Corte entendeu que o espaço normativo autorizado não decorria simplesmente de um plano de esforço voluntário. Não visava meramente a dotar de privilégios ou imunidades associações comerciais ou industriais voluntárias, ao contrário:

Envolvia o exercício coercitivo do poder legislativo. Os códigos de concorrência leal que o estado tenta autorizar são códigos de leis. Se válidos, eles colocam todas as pessoas ao seu alcance sob a obrigação do direito positivo, vinculando igualmente aqueles que concordam e aqueles que não concordam. As violações das disposições dos códigos são puníveis como crimes (EUA, 1935, tradução nossa).

Os precedentes *A.L.A Schechter Poultry Corp.* e *Panama Refining Co*<sup>11</sup>. são apontados por Iuliano e Whittington (2017b, p. 623) como os marcos da denominada doutrina da não delegação:

Em um dos casos críticos na batalha entre a Suprema Corte dos EUA e o presidente Franklin D. Roosevelt, o progressista juiz Benjamin Cardozo chocou o governo ao se juntar a seus colegas conservadores na Corte, derrubando a Lei Nacional de Recuperação Industrial, uma peça central da primeiro New Deal. Esse esquema, que concedia às diretorias compostas por atores privados e funcionários do governo o poder de desenvolver códigos industriais juridicamente vinculativos, era - até o juiz Cardozo concordava - "delegação organizada". Segundo a sabedoria convencional, este caso (*A.L.A Schechter Poultry Corp.* e *Panama Refining Co.*) - ambos decididos em 1935 - marcaram o ponto alto da doutrina de não delegação. Passados apenas dois anos, a história continua, a doutrina não era mais um obstáculo para as delegações legislativas (tradução nossa).

Nesses dois precedentes, a Suprema Corte dos Estados Unidos invalidou a delegação da atividade legislativa. No caso *Schechter Poultry*, a lei previa a

---

<sup>11</sup> O caso *Panama Refining Co v. Ryan*, de 1935, não foi inserido na dissertação porque não houve nesse precedente participação privada de atos de autoridade pública. A Suprema Corte dos Estados Unidos da América invalidou a delegação de função legislativa primária ao Presidente da República.

participação de particulares na atividade legislativa: cabia às associações da indústria ou do comércio elaborar os códigos e submeter a proposta ao Presidente da República (EUA, 1935).

Além da atividade normativa, havia previsão de participação de agentes privados na fiscalização de cumprimento das normas contidas no Código, que era feita por meio de um Comitê Consultivo do Setor, cujos membros eram selecionados pelas associações comerciais, e o supervisor do Código era nomeado, com a aprovação do comitê, por acordo entre o Secretário de Agricultura e o Administrador de Recuperação Industrial (EUA, 1935).

A invalidação da Corte teve como fundamento a ausência de parâmetros para o exercício da atividade de produção de normas. Entendeu a Corte que a ausência de parâmetros configurava o exercício irrestrito de poder legislativo, em substituição do Parlamento (EUA, 1935).

O Tribunal reconheceu a necessidade de o legislador permitir o exercício de função normativa por entidades distintas do Congresso em situações em que há a necessidade de adaptar as regras a situações complexas. Cabe ao Parlamento formular políticas públicas e estabelecer normais gerais, deixando para outros entes a atividade de normatizar instrumentalidades, por meio de atos subordinados à Lei. Acontece que, no caso *Schechter Poultry*, o Congresso não respeitou esses limites ao delegar a função normativa:

Temos reconhecido repetidamente a necessidade de adaptar a legislação a condições complexas envolvendo uma série de detalhes com os quais o legislador nacional não pode lidar diretamente. Assinalamos, no caso da Companhia do Panamá, que nunca se considerou que a Constituição negava ao Congresso os recursos necessários de flexibilidade e praticidade que lhe permitiriam cumprir sua função de formular políticas e estabelecer normas, deixando a atividade de confecção de regras detalhadas subordinadas a limites prescritos, e a determinação dos fatos aos quais a política, conforme declarada pelo legislativo, deve ser aplicada.

(...)

Dessa forma, olhamos para o estatuto para ver se o Congresso ultrapassou essas limitações – se o Congresso, ao autorizar códigos de concorrência leal, estabeleceu ele mesmo os padrões de obrigação legal, cumprindo assim sua função legislativa essencial, ou, pelo fracasso para promulgar tais padrões, tentou transferir essa função para outros (EUA, 1935, tradução nossa).

Note-se, aqui, que a razão da invalidação não foi a natureza privada das associações que redigiam a proposta de código, mas sim a caracterização de produção legislativa típica das leis aprovadas pelo Parlamento. O objeto do julgamento era a distinção entre espaço para normatização legal e infralegal. A

conclusão foi que, no caso concreto, as associações e o Presidente da República estavam a ingressar no espaço de produção de normas de nível legal, em substituição ao Parlamento.

#### 4.9. CARTER V. CARTER COAL CO. – 1936

A Lei Federal de Conservação do Carvão Betuminoso de 1935 previu a criação de uma Comissão Nacional e de vários conselhos regionais para regular a indústria do Carvão Betuminoso. A Comissão Nacional tem natureza pública, é o ente estatal responsável pela regulação da indústria de carvão. Já os conselhos regionais eram formados por representantes da indústria e tinham função de auxiliar a Comissão Nacional e de propor as regras para regular o setor (EUA, 1936).

Caberia à Comissão Nacional a fixação do preço do carvão, dos salários dos trabalhadores, da quantidade de horas máxima da jornada e as condições de trabalho dos mineiros. A Comissão Nacional aprovou o Código do Carvão Betuminoso. Pelos termos da lei, todo produtor de carvão betuminoso nos Estados Unidos estaria sujeito às suas disposições (EUA, 1936).

Os objetivos da Lei de Conservação do Carvão Betuminoso de 1935 eram a) estabilizar a indústria de mineração de carvão betuminoso; b) promover seu comércio interestadual; c) providenciar a comercialização cooperativa de carvão betuminoso; d) cobrar um imposto sobre esse carvão; e) prever isenção tributária sobre insumos sob certas condições; f) declarar que a produção, distribuição e uso desse carvão são afetados pelo interesse público nacional; e) conservar os recursos nacionais desse carvão; e f) prover o bem-estar geral (EUA, 1936).

A Seção 1 da Lei declarava que a produção e distribuição por produtores de carvão afeta diretamente o comércio interestadual e torna a regulamentação da produção e distribuição imperativa para a proteção de tal comércio; que certas características relacionadas à produção, à distribuição e à comercialização levaram ao desperdício dos recursos nacionais de carvão, à desorganização do comércio interestadual desse carvão e à obstrução do comércio interestadual; e que o direito dos mineiros de se organizar e negociar coletivamente por salários, horas de trabalho

e condições de emprego deve ser garantido a fim de evitar cortes salariais constantes e custos trabalhistas díspares prejudiciais à concorrência justa (EUA, 1936).

A Seção 2 da Lei determinava a criação da Comissão Nacional do Carvão Betuminoso, a quem foi conferido o poder de ouvir evidências e identificar fatos sobre os quais suas ordens e ações podem ser baseadas (EUA, 1936).

A Seção 3 previa um imposto de 15% (quinze por cento) sobre a venda do carvão aos produtores que não se submetessem à regulamentação da Comissão Nacional. Essa alíquota tinha a finalidade de coagir a adesão ao regulamento, tendo, em verdade, natureza de sanção, consoante decidido pela Suprema Corte dos Estados Unidos (EUA, 1936).

Pelas regras da Lei, qualquer produtor de carvão que tivesse apresentado à Comissão Nacional do Carvão Betuminoso sua aceitação ao regulamento e que atuasse em conformidade com as suas disposições teria direito a uma devolução na forma de um crédito sobre o valor do imposto a pagar, equivalente a 90% (noventa por cento) do montante do tributo, a ser autorizado e deduzido no momento em que a liquidação for exigida, na forma que for prescrita pelo Comissário da Receita Federal (EUA, 1936).

Apesar da denominação de tributo, a Suprema Corte entendeu tratar-se de cobrança com caráter punitivo, com a finalidade de obrigar todos os produtores a aderir ao regulamento aprovado pela comissão nacional (EUA, 1936).

A Seção 4 estabelecia que à comissão cabe formular o regulamento da indústria de carvão em documento a ser conhecido como Código do Carvão Betuminoso. Essas disposições requerem a organização de vinte e três distritos carboníferos, cada um com uma junta distrital que deve fixar os preços mínimos do carvão, de acordo com a classificação de carvões e variações de preços nas minas e áreas do mercado consumidor conforme julgar conveniente (EUA, 1936).

A Parte III da Seção 4 tratava especificamente das relações de trabalho. Essa subdivisão delegava o poder de fixar horas máximas de trabalho a uma parte dos produtores e dos mineiros: *os produtores de mais de dois terços da produção de tonelagem nacional anual para o ano civil anterior e mais da metade dos mineiros empregados é delegado o poder de fixar salários mínimos para o distrito ou grupo de distritos* (EUA, 1936, tradução nossa).

O efeito, a respeito de salários e horas, era o de submeter a minoria dissidente, seja de produtores ou de mineiros, à vontade da maioria, uma vez que, ao se recusar a se submeter ao regulamento, a minoria imediatamente incorre no risco de execução das drásticas disposições obrigatórias da lei. Aceitar, nessas circunstâncias, não seria exercer uma escolha, mas render-se à força (EUA, 1936).

A Seção 14 previa que a Administração Pública federal dos Estados Unidos não poderia comprar carvão betuminoso produzido em qualquer mina cujo produtor não tenha cumprido as disposições do código, e que cada contrato feito pelos Estados Unidos deveria conter uma disposição de que o contratante não compraria carvão betuminoso para usar na execução de tal contrato, a menos que o produtor fosse um membro do Código, conforme certificado pela Comissão do carvão (EUA, 1936).

A empresa exploradora de carvão Carter Coal Company ingressou em juízo para afastar a obrigação de a empresa ou seus diretores de aceitar um código formulado sob a Lei de Conservação do Carvão Betuminoso (EUA, 1936).

O juiz George Sutherland, em voto que não prevaleceu, manifestou-se pela invalidade total da Lei de Conservação do Carvão Betuminoso e não apenas da parte referente às regras trabalhistas. Argumentou o magistrado da Corte Suprema que particulares não podem regular o exercício de atividade econômica de outros particulares (EUA, 1936). A atividade regulatória é função estatal não passível de delegação a particulares, sob pena de ofensa à liberdade pessoal e à propriedade privada:

O poder conferido à maioria é, com efeito, o poder de regular os negócios de uma minoria relutante. Trata-se de delegação legislativa na sua forma mais detestável, pois não é nem mesmo delegação a um funcionário ou órgão oficial, presumivelmente desinteressado, mas a particulares cujos interesses podem ser, e muitas vezes são, adversos aos interesses de terceiros no mesmo negócio.

O caso mostra que as condições de competição diferem entre as várias localidades. Em alguns, os negociantes de carvão competem entre si. Em outras localidades, também competem com a produção mecânica de energia elétrica e de gás natural. Alguns produtores de carvão concordam com o Código; outros se opõem a ele, e o caso indica claramente que essa diversidade de pontos de vista decorre de seus interesses conflitantes e até antagônicos.

A diferença entre produzir carvão e regular sua produção é, obviamente, fundamental. O primeiro é uma atividade privada; esta última é necessariamente uma função governamental, uma vez que, pela própria natureza das coisas, uma pessoa não pode ser confiada com o poder de regular os negócios de outra, e especialmente de um concorrente. E um estatuto que tenta conferir tal poder compromete uma interferência intolerável e inconstitucional na liberdade pessoal e na propriedade privada (EUA, 1936, tradução nossa).

Por esses fundamentos, o juiz George Sutherland votou pela invalidação total da Lei. Todavia, prevaleceu o entendimento de que duas partes da Lei deveriam ser tratadas de forma distinta: as regras trabalhistas foram invalidadas, mas o controle de preços foi mantido. A decisão final foi confirmada por cinco votos contra quatro (EUA, 1936).

O Tribunal determinou que as disposições trabalhistas da Lei e do regulamento eram inconstitucionais, mas que as disposições de fixação de preços eram válidas e separáveis das disposições trabalhistas. Portanto, concedeu parcial provimento ao pleito da Carter Coal Company para impedir a cobrança de multa 15% (quinze por cento) sobre o faturamento decorrente da venda do carvão (EUA, 1936).

A parte considerada inconstitucional da Lei de Conservação do Carvão Betuminoso autorizava uma parte dos produtores e uma parte dos mineiros a fixar horários para toda a indústria, e parte dos produtores e dos mineiros nos distritos a fixar salários mínimos em suas regiões (EUA, 1936). Segundo a Suprema Corte, havia, aqui, delegação legislativa em sua forma mais detestável, em violação às prerrogativas do Poder Legislativo:

Uma vez que o proprietário de uma mina, ao se recusar a aceitar as disposições regulamentares, incorreria em um imposto proibitivo e seria privado, por outras disposições da Lei, do direito de vender carvão para os Estados Unidos ou para qualquer um de seus contratantes para uso na execução de seus contratos, os regulamentos são, de fato, obrigatórios. Em vista desta compulsão, as disposições da Lei que procuram autorizar parte dos produtores e mineiros a fixar horários para toda a indústria, e parte dos produtores e mineiros nos distritos a fixar salários mínimos em seus distritos, são delegação legislativa em sua forma mais detestável e violam claramente a Quinta Emenda (EUA, 1936, tradução nossa).

O Tribunal concluiu que, se a Carter Coal Company aderisse ao código, seria obrigada a cancelar os contratos de trabalho e que a produção de carvão betuminoso deveria ser contínua e livre de interrupções, obstruções, encargos ou de restrições (EUA, 1936).

A declaração de inconstitucionalidade teve como fundamento a impossibilidade de os temas disciplinados por lei formal serem delegados. Ainda que as regras estabelecidas fossem adequadas à preservação da segurança dos trabalhadores, não poderiam ter sido editadas por um ente que não o Congresso Nacional:

Se o fim pretendido a ser alcançado por um Ato do Congresso é legítimo, é totalmente uma questão de poder constitucional, e não a todo o arbítrio

legislativo. Objetivos benéficos, sejam eles grandes ou bem direcionados, nunca podem substituir o poder.  
Para um fim constitucional, muitos caminhos estão abertos; mas para um fim fora dos termos da Constituição, todos os caminhos estão fechados (EUA, 1936, tradução nossa).

Nesse ponto, o fundamento da decisão foi de que a atividade da Comissão Nacional do Carvão era típica do Poder Legislativo (EUA, 1936).

É importante observar que, nesse precedente, a Lei foi invalidada porque delegava a atividade de edição de norma que tinha como objeto temas que deveriam ser tratados em lei formal. A parte da Lei que tinha natureza de ato infralegal foi mantida.

Portanto, prevaleceu, por cinco contra quatro votos, o entendimento de que uma comissão formada pela maioria qualificada de produtores e de mineradores poderia fixar preços máximos da tonelada do carvão betuminoso e que esses valores devem ser impostos a todos os produtores, ainda que contra as suas vontades.

Não prevaleceram as razões trazidas pelo juiz George Sutherland, que entendia que a função regulatória deveria ser exercida exclusivamente pelo Estado, sendo vedado que particulares imponham regras sobre outros particulares.

A decisão final da Corte reconheceu a validade do exercício de função normativa de regulação de atividade econômica por particulares, quando essa função for delegada por lei aprovada pelo Poder Legislativo.

#### 4.10. HIGHLAND FARMS DAIRY, INC. V. AGNEW – 1937

O Estado da Virgínia aprovou, em 1925, uma lei sobre o mercado de laticínios, denominada The Virginia Milk and Cream Act. Essa norma criou uma comissão para exercer a regulação desse mercado. A comissão recebeu os poderes para estabelecer áreas de mercado e a determinar, após audiência pública, a necessidade de serem fixados preços máximos e mínimos de produtos lácteos. Além disso, cabia à comissão exigir licença aos produtores sujeitos à lei (EUA, 1937).

A comissão criada tinha inequívoca natureza pública, consoante expressamente ficou consignado no fundamento da decisão da Suprema Corte norte-

americana, que afirmou ser legítima a fixação de preços por um ente estatal (EUA, 1937).

A Highland Farms Dairy Incorporated explorava uma fábrica de pasteurização, tratamento e engarrafamento de leite, em Washington, no Distrito de Columbia. Um regulamento adotado pela comissão em 27 de março de 1936 estabeleceu preços máximos e mínimos dos produtos em uma área de mercado dentro da qual Highland atua. A Highland não respeitou a fixação dos preços e continuou vendendo seus produtos por valores inferiores aos preços mínimos estabelecidos no regulamento (EUA, 1937).

O caso chegou à Suprema Corte dos Estados Unidos da América. O debate foi majoritariamente concentrado na competência da Corte, pois as alegações referiam-se à ofensa à Constituição estadual da Virgínia (EUA, 1937).

Na parte que interessa a esta pesquisa, havia previsão na lei de participação de particulares na regulação do mercado de laticínios. De fato, apesar de a regulação, neste precedente, ser exercida por uma comissão pública, a lei previa que a fixação de preços máximos e mínimos poderia ser cancelada se houvesse a solicitação da maioria dos produtores ou dos distribuidores da área afetada.

A disposição era a seguinte:

A comissão retirará o exercício dos seus poderes de qualquer mercado mediante pedido escrito da maioria dos produtores (medidos em volume) de leite produzido e da maioria dos distribuidores (medidos em volume de leite distribuído) em tal mercado agindo em conjunto (EUA, 1937, tradução nossa).

Havia, assim, a previsão de que um grupo de particulares podia afastar a regulação de preços estatal. Sobre esse ponto, Highland Farms Dairy Incorporated alegou ser inconstitucional conferir a uma maioria de representantes da indústria o poder de afastar a fixação de preços da comissão:

Delegar a agências oficiais é uma coisa, não havendo nada no conceito de devido processo que exija que uma agência em particular tenha o monopólio de poder delegar a interesses privados ou grupos não oficiais com capacidade arbitrária de fazer prevalecer sua vontade como lei (EUA, 1937, tradução nossa).

A Suprema Corte dos EUA não acolheu a tese, em brevíssima fundamentação. Segundo o Tribunal, a norma não é inválida porque esse dispositivo nunca foi acionado, nem mesmo houve ameaça de sê-lo. Assim, a objeção seria mera conjectura (EUA, 1937).



O debate havido nesse precedente, especificamente quanto ao ponto de interesse deste trabalho, é bastante sucinto. A Corte não enfrentou o argumento de inconstitucionalidade do dispositivo que autorizava um conjunto de particulares a afastar a regulação estatal. De toda forma, esse caso é importante justamente porque noticia a existência de uma lei que permitia particulares a interferir no exercício das atribuições do regulador estatal, podendo afastar parte da regulação. Pela *The Virginia Milk and Cream Act*, a maioria dos agentes econômicos da indústria de laticínios poderia decidir pela presença ou ausência de regulação estatal desse mercado em uma determinada região.

#### 4.11. CURRIN V. WALLACE – 1939

A Lei de Inspeção do Tabaco, de 23 de agosto de 1935, autorizava o Secretário da Agricultura a estabelecer padrões de qualidade do tabaco e a designar alguns mercados para inspeção e certificação obrigatórias, em que o produto era comercializado em hasta pública. Previa que, em mercados designados, nenhum tabaco seria colocado à venda em leilão até que tivesse sido inspecionado e certificado por um representante autorizado do Secretário (EUA, 1939a).

Cabia ao Secretário de Agricultura estabelecer uma classificação do tabaco de acordo com o tipo, grau de pureza e outras características, fixando padrões uniformes e imperativos. Os mercados de venda em hasta pública que fossem designados estavam sujeitos à inspeção prévia do tabaco colocado à venda. Em 1936, o secretário designou vinte e três mercados em todo o país para inspeção e classificação obrigatórias (EUA, 1939a).

A lei previa uma consulta vinculante aos produtores e distribuidores de tabaco. O Secretário de Agricultura apenas poderia designar um mercado para inspeção obrigatória se dois terços dos produtores e distribuidores concordassem (EUA, 1939a).

Nem todos os mercados eram designados para inspeções obrigatórias. A falta de número suficiente de inspetores especializados inviabilizou a atividade de inspeção e de certificação em todos os mercados de hasta pública de tabaco. Em razão desta

dificuldade prática, o Congresso determinou que, quando o Secretário não pudesse fornecer inspeção e certificação em todos os mercados, ele deveria primeiro designar os que concentrassem o maior número de produtores e distribuidores, bem como os que já estivessem servidos por instalações necessárias. O mercado identificado pelo Secretário seria submetido a referendo dos produtores e distribuidores (EUA, 1939a).

Na Carolina do Norte, três mercados foram designados: mercados de Oxford, Goldsboro e Farmville. Em relação a Oxford, o mercado que foi analisado pelo precedente, foi realizado o referendo exigido. Mais de 8.600 (oito mil e seiscentas) cédulas foram distribuídas aos produtores que vendiam naquele mercado durante a temporada anterior. Foram devolvidos 1.896 (mil, oitocentos e noventa e seis) votos, dos quais 1.782 (mil, setecentos e oitenta e dois) foram a favor da designação (EUA, 1939a).

Os autores eram estocadores de tabaco e leiloeiros em Oxford e Carolina do Norte. Alegaram que o Tobacco Inspection Act, de 23 de agosto de 1935, era inconstitucional, ao argumento de que: a) a transação de oferta de tabaco para venda em leilão no chão do depósito não é uma transação no comércio interestadual e, portanto, não estaria sujeita à regulamentação do Congresso Nacional, tratando-se de tema de interesse regional e não federal; b) que a Lei é inválida devido ao seu caráter discriminatório; c) que a Lei prevê uma delegação inconstitucional de poder legislativo e d) que a Lei viola a cláusula de devido processo da Quinta Emenda (EUA, 1939a).

Em defesa da constitucionalidade da Lei, o Estado alegou que a legislação é do interesse dos produtores de grãos e essencial para protegê-los de compras fraudulentas e para garantir o pagamento de preços justos pelos grãos efetivamente vendidos (EUA, 1939a).

A Suprema Corte dos Estados Unidos entendeu que a Lei era constitucional. Para a Corte, o comércio de tabaco em mercados tinha alcance interestadual, a atrair a regulação em âmbito nacional; deveria haver padronização nacional quanto à qualidade; e o Secretário de Agricultura recebeu delegação de funções regulatórias de polícia e não legislativas (EUA, 1939a).

Quanto ao argumento de delegação inconstitucional de poderes legislativos ao Secretário, constou na decisão que:

Este não é um caso em que o Congresso tenha tentado abdicar, ou transferir a outros, as funções legislativas essenciais de que é investido pela Constituição.

(...)

Sempre reconhecemos que a legislação deve muitas vezes ser adaptada às condições que envolvem detalhes com os quais é impraticável para o legislador lidar diretamente. Dissemos que:

"A Constituição nunca foi considerada como negando ao Congresso os recursos necessários de flexibilidade e praticidade que o habilitarão a cumprir sua função de estabelecer políticas e estabelecer normas, deixando a elaboração de regras subordinadas a: instrumentalidades selecionadas, a limites prescritos e à determinação de factos aos quais se aplica a política declarada pelo Legislativo. Sem capacidade para dar autorizações desse tipo, teríamos a anomalia de um Poder Legislativo que, em muitas circunstâncias, exerceria apenas uma futilidade."

(...)

Uma provisão geral pode ser feita, conferindo poderes àqueles que devem agir de acordo com tais provisões gerais, para preencher os detalhes." (...) Acreditamos que a Lei de Inspeção do Tabaco pertence a essa classe.

(..) O estatuto, portanto, define a política do Congresso e estabelece os padrões dentro dos quais o agente administrativo deve fornecer os detalhes (EUA, 1939, tradução nossa).

A maior parte da controvérsia se concentrou na validade de delegação de função regulatória ao Secretário de Agricultura. A parte que interessa a esta pesquisa é o fato de que dois terços dos produtores e distribuidores de tabaco poderiam decidir se um determinado mercado de leilão deveria se submeter ou não à inspeção e à certificação prévias (EUA, 1939a). Há, aqui, a participação de particulares sobre a extensão da atuação do regulador estatal. Nesse particular, decidiu a Suprema Corte:

No que diz respeito aos produtores de tabaco, o referendo exigido não envolve qualquer delegação de autoridade legislativa. O Congresso meramente impôs uma restrição à sua própria regulamentação, retendo sua operação a um determinado mercado "a menos que dois terços dos produtores votem a favor."

(...)

Este não é um caso em que um grupo de produtores pode fazer a norma e forçá-la a uma minoria (ver *Carter v. Carter Coal Co.*, 298 US 238, 298 US 310, 298 US 318) ou em que uma proibição de uso inofensivo e legítimo da propriedade é imposta não pelo legislativo, mas por outros proprietários (ver *Washington ex rel. Seattle Trust Co. v. Roberge*, 278 US 116, 278 US 122). Aqui, é o Congresso que exerce sua autoridade legislativa ao fazer o regulamento e a prescrever as condições de sua aplicação. O voto favorável exigido no referendo é uma dessas condições.

(...)

"O Congresso pode sentir-se incapaz de determinar com exatidão quando o seu exercício do poder legislativo deve entrar em vigor, porque depende de condições futuras, e pode deixar a determinação desse prazo para a decisão do Poder Executivo ou, como costuma acontecer nos assuntos da legislação estadual, pode ser deixado ao voto popular dos residentes de um distrito para serem afetados pela legislação. Embora em certo sentido se possa dizer que tais residentes estão exercendo o poder legislativo, não é uma declaração exata, porque o poder já foi exercido legislativamente pelo órgão investido desse poder nos termos da Constituição, ficando a condição de a sua

legislação entrar em vigor condicionada pelo legislador à expressão dos eleitores de um determinado distrito” (EUA, 1939, tradução nossa).

O caso aqui analisado revela que o exercício de inspeção e certificação de tabaco nos Estados Unidos era escasso, não sendo viável que todos os mercados se submetessem a inspeções prévias; e que a regulação estatal era desejada pela maioria dos produtores e distribuidores, pois diminua o risco de negociação de produtos fraudulentos, favorecendo a segurança das operações e a obtenção de preços mais vantajosos. Os preços, livremente praticados nos mercados designados para fiscalização, eram superiores aos não designados, a revelar os aspectos positivos da regulação.

A Suprema Corte, portanto, reconheceu a validade da norma que delegou funções regulatórias ao Secretário de Agricultura e que previa a participação de particulares na definição de mercados sujeitos à inspeção obrigatória do regulador estatal.

#### 4.12. UNITED STATES V. ROCK ROYAL CO-OP. – 1939

Nos termos da Lei do Acordo de Comercialização Agrícola de 1937, o Secretário da Agricultura, após notificação e audiências públicas, emitiu uma ordem de fixação preços mínimos a serem pagos aos produtores pelo leite (EUA, 1939b).

A Seção 8ª da Lei previa que as cooperativas de produtores de leite deveriam expressar sua aprovação ou desaprovação às ordens emanadas pelo Secretário de Agricultura e a imposição das regras a todos os produtores dependia da concordância das cooperativas (EUA, 1939b).

O objetivo da Lei era recuperar o preço dos produtos lácteos no contexto da grande depressão ocorrida em 1929. A Lei, então, apresentava características protetivas aos produtores de leite. O Secretário de Agricultura recebeu por lei competência para fixar preços mínimos de leite. Cobia-lhe aferir os custos de produção e determinar um valor suficiente para remunerar os produtos desses custos e para gerar algum lucro justo:

A Seção 8c da Lei, que dispõe que, sempre que o Secretário de Agricultura considerar, após audição e prova, que os preços praticados do leite e de

produtos lácteos não são razoáveis, tendo em vista o preço e o fornecimento de rações e outras condições econômicas que afetam a oferta e a demanda do mercado de leite e seus produtos, ele fixará os preços que considerar que "refletirão tais fatores e garantirão uma quantidade suficiente de leite puro e saudável, apta a atender o interesse público" (EUA, 1939, tradução nossa).

O valor apresentado pelo Secretário de Agricultura era submetido à apreciação dos produtores de leite, que deveriam concordar previamente com os preços mínimos apresentados pelo Secretário para, em seguida, a ordem de preço ser de observância obrigatória para os compradores e vendedores (EUA, 1939b).

A Suprema Corte dos Estados Unidos da América manteve a validade dessa norma:

A Lei declara uma política definitiva para restaurar os preços de paridade para os agricultores; instrui o Secretário a emitir ordens para esse fim sempre que tiver motivos para acreditar que eles tenderão a efetuar aquela política; limita os termos de tais ordens especificamente, enquanto permite uma discricionariedade administrativa auxiliar flexível; limita sua aplicação a produtos agrícolas específicos e as ordens a áreas que sejam "praticáveis"; e requer audiências preliminares, com direito de contestar o Secretário e apelar aos tribunais. A esse respeito, a Lei estabelece padrões suficientes e não delega poder legislativo em violação da Constituição (EUA, 1939b, tradução nossa).

A Corte entendeu que não houve delegação inválida de função legislativa. Nesse caso, o Congresso havia identificado os objetivos a serem buscados pelo Secretário de Agricultura e havia delineado os limites de sua atuação. Para a Corte, as atividades delegadas eram regulatórias e não legislativas (EUA, 1939b).

Esse precedente noticia um caso em que a vontade da maioria dos agentes econômicos regulados é condição de validade de uma norma regulatória de fixação de preços máximos e mínimos. A regra apresentada pelo agente regulador só poderia ser exigida se confirmada pelas cooperativas de produtores de leite.

Tanto no caso Rock Royal como Currin, atores privados receberam a autoridade do Estado para tomar decisão capaz de afastar ou condicionar os efeitos de atos praticados pelo Secretário de Estado de Agricultura.

#### 4.13. SUNSHINE ANTHRACITE COAL CO. V. ADKINS, 1940

O caso *Sunshine Anthracite Coal Co. v. Adkins* é semelhante ao caso *Carter Coal*, de 1936. Ambos têm como objeto a constitucionalidade da Lei de Conservação do Carvão Betuminoso.

As disposições sobre relações trabalhistas do *Bituminous Coal Conservation Act* de 1935 foram consideradas inconstitucionais pela Suprema Corte dos Estados Unidos da América no caso *Carter v. Carter Coal Co.* Em 1937, o *Bituminous Coal Act* de 1937 foi alterado por legislação superveniente. Foram eliminadas as disposições trabalhistas, além de outras alterações substantivas e estruturais (EUA, 1940).

Essa Lei previa a regulamentação da venda e distribuição de carvão betuminoso pela Comissão Nacional do Carvão Betuminoso com a cooperação da indústria do carvão. Seu objetivo era a estabilização da indústria principalmente por meio da fixação de preços e da eliminação da concorrência desleal. A Seção 4 determinava que os produtores de carvão, aceitando a adesão, fossem submetidos ao Código do Carvão Betuminoso (EUA, 1940).

Estavam, também, previstos cerca de vinte conselhos distritais de membros do Código, constituídos por representantes dessa indústria, os quais funcionam como um auxílio à Comissão (EUA, 1940). A Comissão teria poderes para fixar preços mínimos para os membros do Código de acordo com os padrões declarados. Nos termos da Seção 4:

(...) cada conselho deverá, "por iniciativa própria ou quando orientado pela Comissão", propor preços mínimos de acordo com os padrões legais prescritos. Estes podem ser aprovados, reprovados ou modificados pela Comissão como base para a coordenação dos preços mínimos (EUA, 1940, tradução nossa).

Nesse precedente, a Suprema Corte dos Estados Unidos manteve uma disposição da Lei do Carvão Betuminoso que autorizava produtores privados de carvão a proporem normas para a regulamentação dos preços do carvão (EUA, 1940).

As propostas eram encaminhadas à Comissão Nacional do Carvão Betuminoso, ente estatal, que estava autorizada a aprovar, desaprovar ou modificar a proposta. O Tribunal aprovou essa estrutura, apoiando-se fortemente no fato de que os produtores privados de carvão não tinham autoridade para fixar os preços do carvão, mas agiam "subordinadamente" à entidade governamental (a Comissão Nacional do Carvão Betuminoso). Em particular, o Tribunal baseou-se no fato de que era a Comissão, e não a entidade da indústria privada, quem determinava os preços

finalis da indústria para concluir que o esquema legal era inquestionavelmente válido (EUA, 1940).

Esse caso revela a participação privada na formulação de normas para regular a indústria de carvão. Ademais, cabia aos conselhos de representantes dessa indústria propor as regras que seriam impostas a todo o setor, após aprovação de um ente estatal.

Há, aqui, compartilhamento de funções regulatórias, por meio da cooperação entre entes privados e a Administração Pública.

#### 4.14. PARKER V. BROWN – 1943

O Estado da Califórnia aprovou, em 1937, o California Prorate Act, que tinha o objetivo de estabilizar o preço de alguns produtos especificados, por meio de controle de produção e de preços (EUA, 1943). No contexto da crise de 1929, os Estados Unidos da América enfrentavam desequilíbrios de mercado decorrentes da superprodução que antecedeu à crise.

Entre 1914 e 1920, houve um aumento espetacular no preço de todos os tipos de uvas na Califórnia, incluindo uvas-passas. O preço das passas atingiu seu pico em US\$ 235 (duzentos e trinta e cinco dólares) por tonelada, em 1921, e foi seguido por um grande aumento na área plantada, com a consequente redução no preço. O preço das passas na maioria dos anos desde 1922 variou de 40 (quarenta) a US\$ 60 (sessenta dólares) por tonelada, mas a área plantada continuou a aumentar até 1926, e a produção atingiu seu pico de 1.433.000 (um milhão, quatrocentos e trinta e três mil) toneladas de uvas e de 290.000 (duzentos e noventa mil) toneladas de uvas-passas, em 1938. Desde 1920, houve um aumento substancial de 30 (trinta) a 50% (cinquenta por cento) da safra a cada ano. O resultado foi que, pelo menos desde 1934, a indústria, com um grande aumento na área plantada e a consequente queda no preço, não conseguiu comercializar seu produto e foi obrigada a vender a preços inferiores ao custo de produção (EUA, 1943).

A história do setor, pelo menos desde 1929, é o registro de uma busca contínua por expedientes, operados pelo Estado, para estabilizar a comercialização da safra

de uva-passa e para manter um padrão de preços que trouxesse retorno justo aos produtores (EUA, 1943).

No caso concreto, o California Prorate Act previa que uma Comissão estadual deveria analisar uma proposta de regulação do mercado de uvas-passas apresentada pelos representantes de produtores. Antes de entrar em vigor, o programa para estabilização da produção e de preços deveria ser aprovado por referendo dos produtores (EUA, 1943).

A parte autora alegou que, antes da adoção do programa, havia celebrado contratos para venda de uvas-passas da safra de 1940 e que, caso não houvesse o acolhimento de sua pretensão, a Comissão poderia impedi-la de comercializar sua safra, além de haver o risco de responder criminalmente, de acordo com a Lei (EUA, 1943).

A incidência do programa de controle de produção e de preços acarretaria o descumprimento de contratos, o que teria o potencial de causar dano irreparável à autora. A empresa autora havia contratado a venda de 762 (setecentos e sessenta e duas) toneladas para a safra de 1940 e, além das quantidades já contratadas, tinha a expectativa de vender cerca de 3.000 (três mil) toneladas. O valor da tonelada praticado antes de o programa de controle entrar em vigor era de US\$ 45 (quarenta e cinco dólares). Pelo programa de controle de preços, o valor seria de, ao menos, US\$ 55 (cinquenta e cinco dólares) (EUA, 1943).

A autora alegou haver ofensa à Lei Sherman, norma antitruste, que estabelece ser ilícito todo contrato, combinação ou conspiração que restrinja o comércio. Para a empresa autora, o programa de controle de produção e de preços do Estado da Califórnia ofenderia o Sherman Act, porquanto o programa produziria resultados que eram proibidos pela lei antitruste (EUA, 1943).

Esses argumentos não foram acolhidos pela Suprema Corte dos Estados Unidos da América. Segundo o Tribunal, o programa de controle de produção e de preços nunca teve a intenção de ser operado pela força de um acordo individual ou combinação entre particulares. Ao contrário, obtinha sua autoridade e eficácia do comando legislativo estatal e era operado por um ente público (EUA, 1943).

O Sherman Act impedia particulares a estabelecer acordo sobre produção e preços. O impedimento legal não se dirigia ao Estado. A Corte entendeu que a regulação estatal está autorizada constitucionalmente a proteger a indústria,



estabilizando produção e preços e que esse controle, desde que realizado pelo Estado, não se submete à Lei Antitruste:

O Sherman Act não faz nenhuma menção ao Estado como tal e não dá nenhuma indicação de que sua intenção era restringir a ação do Estado ou ação oficial dirigida por um Estado. A Lei é aplicável a "pessoas", incluindo empresas (...).

O Estado, ao adotar e fazer cumprir o programa de controle, não fez nenhum contrato ou acordo e não entrou em conspiração para restringir o comércio ou estabelecer monopólio, mas, como soberano, impôs a restrição como um ato de governo que a Lei Sherman não proíbe (EUA, 1943, tradução nossa).

Dentre os temas enfrentados pela Corte, houve debate sobre a competência: se a norma impugnada atingia temas regionais, de competência da Corte Estadual; ou se o tema era interestadual, a justificar a jurisdição da Suprema Corte dos Estados Unidos. Prevaleceu o entendimento de que o tema era interestadual (EUA, 1943).

O California Prorate Act previa que um conselho formado por produtores tinha a atribuição de propor as regras do programa de controle de produção e de preços. A proposta normativa formulada por esse conselho seria submetida à aprovação da Comissão estadual, ente público. O programa, para entrar em vigor, deveria, ainda, passar por um referendo dos produtores (EUA, 1943). Mesmo que houvesse significativa participação privada na formulação do programa, a Suprema Corte entendeu que a coercitividade da norma era oriunda da atuação estatal, por meio da Comissão estadual:

É o Estado que criou a máquina para estabelecer o programa. Embora a organização de uma zona de rateio seja proposta pelos produtores, e o programa, aprovado pela Comissão, deva também ser aprovado por referendo de produtores, é o Estado, agindo por meio da Comissão, que adota o programa e o faz cumprir as sanções penais na execução de uma política governamental.

O programa, aprovado no exercício do poder legislativo delegado a funcionários do Estado, tem força de lei. Ela confere poder à Comissão e impõe-lhe o dever de controlar a comercialização da safra de modo a aumentar o preço ou, pelo menos, manter os preços restringindo a concorrência dos produtores na venda de sua safra. O programa atua para eliminar a concorrência dos produtores nas condições de comercialização da safra, inclusive no preço.

(...)

A aprovação prévia do programa após referendo por um número determinado de produtores não é a imposição de sua vontade sobre a minoria por força de acordo ou combinação que a Lei Sherman proíbe. O próprio Estado exerce a sua autoridade legislativa na formulação do regulamento e na prescrição das condições da sua aplicação (EUA, 1943, tradução nossa).

A Corte entendeu que deveriam ser aplicadas ao caso as mesmas ideias constantes na Lei Federal do Acordo de Comercialização Agrícola de 1937, que

autorizava o Secretário da Agricultura a emitir ordens que limitavam a quantidade de produtos agrícolas especificados, incluindo frutas (EUA, 1943).

O caso Parker v. Brown revela algumas informações importantes. No contexto da crise de 1929, o Estado adotou um conjunto de medidas para controlar a produção e aumentar o preço de produtos específicos. Esse resultado não poderia ser alcançando por meio de acordo entre produtores, ante a proibição da lei antitruste.

Acontece que as vedações antitrustes não alcançavam políticas públicas. Coube ao Estado, portanto, adotar medidas de restrição à concorrência e ao livre mercado, na tentativa de amenizar a crise de superprodução iniciada em 1929.

Apesar de ser atribuição estatal regular a produção e preço da uva-passa, havia intensa participação dos produtores no desenho do programa de controle. Cabia aos representantes dessa indústria propor as regras do programa. Em seguida, a proposta deveria ser submetida à aprovação de uma comissão estatal; e, por fim, antes de sua entrada em vigor, a proposta deveria ser submetida a referendo dos produtores.

Embora a norma fosse imposta pelo Estado, há, aqui, participação de particulares tanto na formulação das regras quanto como condicionante à entrada em vigor da norma.

#### 4.15. STATE EX REL. KAPLAN V. DEE – 1955

Esse caso foi julgado pela Suprema Corte do Estado da Flórida. O precedente noticia que um médico veterinário foi impedido de exercer sua profissão no Estado da Flórida (EUA, 1955).

O veterinário havia se graduado em medicina veterinária pela New York University, em 1939, e obtido o título de doutor pela Middlesex University em Waltham, Massachusetts, em 1945. Ele foi licenciado para a prática da medicina veterinária nos Estados da Virgínia e de Massachusetts (EUA, 1955).

Todavia, seu pedido de licença foi negado no Estado da Flórida, pelo Board of Veterinary Examiners, em março de 1952. Nesse Estado, havia uma lei que impedia graduados em medicina veterinária a se submeterem ao exame de proficiência, caso a faculdade em que esse profissional tenha se graduado não fosse reconhecida pela

American Veterinary Medical Association. Apenas graduados por faculdades reconhecidas poderiam solicitar a submissão ao Board of Veterinary Examiners. Esse exame era condição para o licenciamento profissional (EUA, 1955).

A Lei da Flórida exigia que todos os candidatos que desejassem fazer o exame para praticar medicina veterinária deveriam fazer o pedido por escrito ao Board of Veterinary Examiners. Esse pedido deveria ser acompanhado pela comprovação de pagamento da taxa exigida e do nome da escola de medicina veterinária pela qual o requerente se formou. O Board of Veterinary Examiners negou o pedido do peticionário para fazer o exame porque a School of Veterinary Medicine da Middlesex University, Waltham, Massachusetts, não estava entre as qualificadas e reconhecidas nos termos dos padrões prescritos pela American Veterinary Medical Association (EUA, 1955).

O veterinário solicitante ingressou em juízo, alegando que a exigência de reconhecimento pela American Veterinary Medical Association era arbitrária e inválida, na medida em que significaria a delegação inconstitucional de poder legislativo a outro ente (EUA, 1955).

O argumento não foi acolhido pela Corte do Estado da Flórida:

Não achamos que haja qualquer mérito nesta afirmação. Aprovamos a doutrina de que o legislador pode, sob o poder de polícia, prescrever normas educacionais para aqueles que desejam exercer determinadas profissões neste Estado. Esses padrões são bem compreendidos e reconhecidos. Exigir que aquele que se inscreve para fazer o exame veterinário na Flórida seja um graduado em uma faculdade de veterinária reconhecida pela American Veterinary Medical Association é um requisito razoável e legal. Requisitos semelhantes foram impostos aos que fazem o exame para exercer a profissão de farmácia, odontologia e direito. Essas exigências têm um significado bem reconhecido por aqueles que exercem essas profissões ou negócios e foram mantidos (EUA, 1955, tradução nossa).

A American Veterinary Medical Association é uma entidade privada sem fins lucrativos, fundada em 1863. Trata-se de uma associação profissional que defende os interesses dos médicos veterinários dos Estados Unidos da América, atualmente, composta por mais de 97 mil membros (AVMA, 2021).

Dentre as atribuições da Associação, consta a atividade de certificação educacional e de normatização dos padrões para essa certificação. No Estado da Flórida, uma Lei determinava que apenas profissionais formados por faculdades certificadas pela American Veterinary Medical Association poderiam exercer a medicina veterinária (AVMA, 2021).

Nesse caso, o Estado condicionava o exercício de uma profissão à existência de uma certificação emitida por uma entidade privada. Trata-se de participação de particulares na atividade do ciclo de consentimento estatal.

#### 4.16. PACKER V. BOARD OF BEHAVIORAL SCIENCE EXAMINERS – 1975

Esse caso foi julgado pela Corte de Apelação do Estado da Califórnia. Jordan Packer era um psicólogo da Califórnia e teve seu pedido de licença para atuar como conselheiro matrimonial, familiar e infantil negado (EUA, 1975).

A Seção 17800.2 do Código de Profissões e Negócios da Califórnia dispunha que:

Para os fins deste capítulo, a prática de aconselhamento matrimonial, familiar e infantil significa o serviço prestado a indivíduos, casais ou grupos em que as relações interpessoais entre cônjuges ou membros de uma família são examinadas para alcançar o objetivo do casamento e ajustes familiares mais adequados, satisfatórios e produtivos. Essa prática inclui aconselhamento antes do casamento.

(...)

A aplicação de princípios e métodos de aconselhamento matrimonial, familiar e infantil inclui o uso de técnicas psicoterapêuticas aplicadas, para permitir que os indivíduos amadureçam e cresçam dentro do casamento e da família, e o fornecimento de explicações e interpretações dos aspectos psicosssexuais e psicossociais dos relacionamentos dentro do casamento e da família (EUA, 1975, tradução nossa).

Em 23 de novembro de 1970, a norma foi alterada para ampliar os requisitos para o exercício da profissão de conselheiro sobre casamento, família e aconselhamento infantil. Em 19 de novembro de 1970, Packer, um psicólogo licenciado, solicitou ao Board of Behavioral Science Examiners (entidade pública) uma licença de aconselhamento matrimonial, familiar e infantil (EUA, 1975). As qualificações para obter uma licença incluíam dois anos de experiência em aconselhamento supervisionado e um mestrado em ciências do comportamento em uma escola credenciada ou pela Western College Association ou pela Northwest Association of Secondary and Higher Schools ou por uma agência de acreditação essencialmente equivalente, conforme determinado pelo Board of Behavioral Science Examiners. Todas as entidades credenciadoras do curso de ciências comportamentais eram privadas (EUA, 1975).

Em seu pedido de licença, Packer listou suas qualificações como quatro anos de experiência em aconselhamento, um diploma de bacharel em psicologia de uma faculdade estadual, um mestrado em psicologia pelo California Institute of Psychology e um doutorado em psicologia pelo Institute for Social and Psychological Research. Uma vez que os títulos de mestre e de doutor foram obtidos em escolas não credenciadas, os diplomas de Packer não o qualificaram para licenciamento como conselheiro matrimonial, familiar e infantil (EUA, 1975).

Packer argumentou que a exigência de credenciamento de uma escola por uma associação não governamental representa uma delegação inadmissível de uma função legislativa (EUA, 1975).

A Corte de Apelação do Estado da Califórnia não acolheu os argumentos de Packer. Entendeu a Corte que o legislador pode exigir padrões de proficiência de candidatos, o que inclui a possibilidade de exigir formação em escola certificada. Quanto à possibilidade dessa certificação ser fornecida por entes privados, o Tribunal registrou que os requisitos para se aferir uma preparação adequada mudam rapidamente, à medida que a ciência revela novas técnicas. As entidades privadas de credenciamento revisam continuamente as qualificações das escolas e os padrões de avaliação, em velocidade que o Estado não atenderia. Além disso, essas associações concentram os mais eminentes profissionais e estão interessadas em manter o mais alto grau de proficiência, *in verbis*:

Está bem estabelecido que o legislador, ao exigir algum padrão de proficiência para aqueles que solicitam licença para exercer uma profissão, pode, em seu julgamento, exigir que os candidatos sejam graduados de uma escola cujos padrões não devem ser em particular inferiores aos prescritos por uma associação ou conselho de importância nacional.

(...)

Evidentemente, o padrão de proficiência de uma preparação e de estudos específicos deve mudar à medida que as descobertas nas ciências naturais abrem novos campos de investigação e sugerem ou revelam novas técnicas curativas.

As agências de credenciamento privadas encorajam o desenvolvimento educacional sólido e fornecem uma revisão contínua das qualificações das instituições educacionais de uma maneira que não poderia ser duplicada com despesas razoáveis por parte do estado. A perícia privada é particularmente útil onde, como aqui, o envolvimento do Estado nas questões complicadas de licenciamento e a regulamentação de todo um campo de atuação é nova e desconhecida (EUA, 1975, tradução nossa).

Essa passagem do acórdão revela o acolhimento de uma característica da regulação em rede nodal: a contingência. Há, aqui, o reconhecimento de que nem sempre o Estado é o melhor certificador ou normatizador de questões técnicas. Em

algumas situações, entes privados podem exercer mais adequadamente a atividade de certificação e de normatização. Houve o reconhecimento de que, na área da psicologia, as alterações da ciência exigem rápidas adaptações dos padrões para avaliação de proficiência das escolas e que essas adaptações são mais facilmente implementadas por entes privados.

Em outra passagem, a Corte enfrentou a questão quanto à proteção contra ações arbitrárias (EUA, 1975). Todavia, no caso concreto, segundo o Tribunal, não se identificou conflito de interesses entre os objetivos das entidades privadas e a atividade de certificação de cursos de psicologia:

As agências de credenciamento nomeadas são órgãos educacionais respeitados e amplamente baseados.  
(...) As agências de acreditação preocupam-se com a excelência na educação e não têm interesse na seleção de conselheiros matrimoniais, familiares e infantis. As agências de credenciamento, é claro, não podem negar arbitrariamente o credenciamento, mas nenhuma sugestão de arbitrariedade aparece aqui (EUA, 1975, tradução nossa).

Há, nesse ponto, a preocupação de o exercício privado das atividades de certificação e de normatização representar conflito de interesses, como, por exemplo, a limitação arbitrária de ingresso de novos profissionais ao mercado, restringindo a concorrência. Todavia, no caso concreto, não houve a demonstração de conflito de interesses, pois o licenciamento profissional era feito por um ente público, o Board of Behavioral Science Examiners, que exigia formação em uma escola certificada por uma das associações privadas indicadas na norma. Cabia às associações a atividade de estabelecer os padrões de avaliação e de certificar escolas, mas não a de licenciar diretamente os profissionais.

#### 4.17. GUMBHIR V. KANSAS STATE BOARD OF PHARMACY – 1980

Esse caso foi julgado pela Suprema Corte do Estado do Kansas. O Conselho de Farmácia do Estado do Kansas (ente público) recusou o pedido do Sr. Ashok K. Gumbhir para se submeter ao exame para obter licença para exercício da profissão de farmacêutico (EUA, 1980).

Uma regra do estatuto do Conselho de Farmácia determinava que apenas os graduados em faculdades certificadas pela Accreditation Council for Pharmacy Education (ACPE) poderiam se submeter ao exame de proficiência. O ACPE é uma entidade privada sem fins lucrativos (EUA, 1980).

O Sr. Gumbhir gerenciava e era coproprietário de uma farmácia em Overland Park, Condado de Johnson, Kansas. Ele era cidadão dos Estados Unidos e residente no Estado de Missouri, tendo recebido o diploma de bacharel em farmácia pela Punjab University em Chandigarh, Índia, em 1960 (EUA, 1980).

Após se mudar para os Estados Unidos, concluiu um mestrado em farmácia pela Universidade de Minnesota, em 1968, e um doutorado pela Ohio State University, em 1971. Os programas de graduação em farmácia da Universidade de Minnesota e de Ohio eram credenciados pelo Accreditation Council for Pharmacy Education e eram reconhecidos e aprovados pelo Conselho de Farmácia do Estado do Kansas, mas não os respectivos programas de pós-graduação. A norma exigia que os cursos de graduação fossem certificados, não havendo previsão para os cursos de pós-graduação. O Conselho de Educação não certificava nenhuma pós-graduação (EUA, 1980).

O sr. Gumbhir tinha registro como farmacêutico licenciado no estado de Ohio, por meio de exame realizado em 1970 e foi registrado como o 581º (quingentésimo oitavo primeiro) farmacêutico no Estado de Missouri, por reciprocidade, em 1974 (EUA, 1980).

O Conselho de Farmácia do Estado negou o pedido de registro com base em seu estatuto de 1979, que exigia que todos os candidatos no Kansas fossem formados em uma faculdade credenciada pelo Accreditation Council for Pharmacy Education (EUA, 1980). Esse Conselho apenas certificava faculdades norte-americanas e a Punjab University não se localizava nos Estados Unidos. O Estatuto dispunha que:

Será ilegal qualquer pessoa exercer a profissão de farmacêutico neste Estado, a menos que seja registrada pelo Conselho como farmacêutico. Todo candidato a exame e a registro como farmacêutico deve ter bom caráter moral e hábitos moderados, ser graduado em uma escola ou faculdade de farmácia ou departamento de uma universidade credenciados pelo Accreditation Council for Pharmacy Education e reconhecidos e aprovados pelo Conselho, e deverá apresentar prova satisfatória para o Conselho, fundamentada por depoimentos adequados, de no mínimo um ano de experiência farmacêutica, sob a supervisão de um farmacêutico registrado e passará por um exame pelo Conselho (EUA, 1980, tradução nossa).

A Corte do Kansas entendeu que a disposição do estatuto do Conselho de Farmácia era inconstitucional, por significar uma delegação inválida de função legislativa (EUA, 1980). A Corte decidiu ser incompatível com a Constituição condicionar a licença estatal a uma atividade prévia de certificação por uma associação privada, *in verbis*:

O Conselho interpreta o estatuto de modo a não permitir que ninguém faça o exame para registro como farmacêutico ou seja admitido por reciprocidade se essa pessoa não tiver um diploma de graduação em uma escola nos Estados Unidos credenciada pelo Accreditation Council for Pharmacy Education (ACPE). A ACPE é uma agência não governamental organizada exclusivamente para fins educacionais sem finalidade lucrativa. Essa agência não governamental tenta aprovar e credenciar apenas escolas de farmácia localizadas nos Estados Unidos. Nenhum farmacêutico que obteve seu diploma de graduação em uma escola fora dos Estados Unidos pode esperar se tornar um farmacêutico registrado no estado do Kansas, de acordo com a interpretação deste estatuto pelo Conselho.

(...)

A redação desse estatuto e a interpretação dada pelo Conselho de Farmácia têm o efeito de delegar à ACPE, por meio de seu processo de credenciamento, os padrões de educação exigidos antes que o registro seja permitido. ACPE não é uma agência governamental. É uma associação privada sem fins lucrativos com controle total sobre seus próprios requisitos de credenciamento.

(...)

A natureza arbitrária e irracional de sua ação no processo de acreditação fica aparente neste caso. Nenhuma escola estrangeira recebe o credenciamento ACPE. Nenhuma escola de pós-graduação, dentro ou fora dos Estados Unidos, é credenciada. A disposição do estatuto referido acima constitui uma delegação ilegal de autoridade legislativa a uma associação não governamental e é constitucionalmente inadmissível de acordo com o Artigo 2, Seção 1, da Constituição do Estado do Kansas (EUA, 1980, tradução nossa).

Nesse precedente, a Corte do Kansas entendeu ser inconstitucional regra semelhante à analisada no caso *Packer v. Board of Behavioral Science Examiners* – 1975, pela Suprema Corte dos Estados Unidos da América. Os fundamentos dessas duas decisões são discordantes.

Esses dois casos revelam conclusões distintas que foram dadas pela Suprema Cortes dos Estados Unidos da América e pela Suprema Corte do Estado do Kansas sobre questão semelhante: delegação da atividade de certificação a entes privados.

Jason Iuliano e Keith E. Whittington (2017a), em artigo intitulado *The Nondelegation Doctrine: Alive and Well*, discorrem sobre as divergências entre as Cortes estaduais e a Corte nacional quanto aos parâmetros de delegação de atividade de autoridade pública a particulares. Concluem que a doutrina da não delegação foi raramente aplicada pela Suprema Corte Nacional, mas que, nas Cortes estaduais, é



mais frequente o impedimento à delegação. Esse artigo apresenta estatísticas sobre a adoção da teoria da não delegação pelas Cortes norte-americanas.

Sobre a Nondelegation Doctrine, convém esclarecer que essa doutrina diz respeito aos parâmetros de delegação de funções legislativas a outros entes que não o parlamento. Trata-se, portanto, da delegação tanto a entes privados quanto a entes do Poder Executivo.

#### 4.18. COSPITO V. HECKLER – 1984

Esse caso foi julgado pela Corte de Apelação dos Estados Unidos da América do Terceiro Circuito, em 10 de agosto de 1984.

O então Departamento de Saúde, Educação e Bem-Estar dos Estados Unidos repassava valores a hospitais particulares de três políticas públicas federais: o Medicare, o Medicaid e a Renda Suplementar da Previdência Social (EUA, 1984).

Todavia, para receber os repasses, a legislação exigia que o hospital fosse certificado pela Joint Commission on Accreditation of Hospitals (JCAH), associação privada sem fins lucrativos (EUA, 1984).

O Hospital Psiquiátrico de Trenton (TPH) foi fundado em 15 de maio de 1848, e foi o primeiro hospital público psiquiátrico do Estado de New Jersey. É um hospital estadual que integra a Divisão de Saúde Mental e Hospitais do Departamento de Serviços Humanos do Estado de Nova Jersey (TPH, 1999).

O TPH, em 1975, perdeu seu credenciamento junto à JCAH. Como resultado, o Departamento de Saúde, Educação e Bem-Estar rescindiu os convênios de repasses de benefícios federais que estavam condicionados ao tratamento de pacientes em um hospital psiquiátrico qualificado (EUA, 1984). Em 1981, o Hospital recuperou o seu credenciamento e continua a operar sob essa aprovação até hoje (TPH, 1999).

A JCAH é uma associação sem fins lucrativos, sediada em Illinois e fundada em 1951. Tem como objetivo criar e manter padrões profissionais para avaliar o desempenho hospitalar (JCAH, 2021). O órgão, na época em que o caso foi julgado, era dirigido por um Conselho de Comissários formado por vinte e dois membros, indicados pela American College of Physicians, American College of Surgeons,

American Dental Association, American Hospital Association e pela American Medical Association (EUA, 1984).

Dentre os pacientes atendidos pelo TPH havia os que eram beneficiários de três tipos de programa social do governo federal: o Medicare, o Medicaid e a Renda Suplementar da Previdência Social (EUA, 1984).

O Medicare era um programa de seguro saúde financiado pelo governo federal para maiores de 65 anos, que oferecia proteção básica contra os custos de hospitais e serviços pós-hospitalares relacionados (EUA, 1984).

Já o Medicaid era um programa conjunto entre o Governo Federal e estaduais no qual o Governo Federal prestava assistência financeira diretamente aos estados para que estes fornecessem diretamente assistência médica a cidadãos elegíveis. Entre as despesas que o Medicaid cobria estavam serviços de internação hospitalar em uma instituição para doenças mentais, para pacientes com idade acima de 65 anos (EUA, 1984).

Os Benefícios da Previdência Social consistiam em pagamento de até US\$ 25,00 (vinte e cinco dólares) por mês a pacientes elegíveis internados em hospitais. A finalidade desse benefício era permitir o custeio de pequenos itens de higiene pessoal para o conforto dos pacientes e que não eram fornecidos pela instituição hospitalar (EUA, 1984).

Com o descredenciamento do TPH, alguns pacientes ingressaram em juízo alegando ofensa ao devido processo legal, notadamente pelo exercício inconstitucional de função legislativa ilegítimamente delegada a JCAH (EUA, 1984).

O Tribunal concluiu que a rescisão dos benefícios federais não violou o devido processo legal. Também concluiu que não havia delegação inconstitucional de autoridade ao JCAH (EUA, 1984).

Nesse caso, a Corte Federal de Apelação do Terceiro Circuito decidiu pela constitucionalidade da lei que exigiu o credenciamento do hospital por uma associação privada, como critério para recebimento de repasses do Governo Federal. Havia, assim, atividade privada tanto na normatização técnica dos parâmetros de certificação quanto na própria certificação. Cabia à JCAH certificar e determinar os parâmetros de avaliação para fins de certificação.

#### 4.19. THOMAS V. UNION CARBIDE – 1985

Esse caso, julgado pela Suprema Corte dos Estados Unidos da América, em 1º de julho de 1985, noticia hipótese de arbitragem compulsória, imposta por Lei, no contexto da atividade regulatória do mercado de pesticidas.

O Federal Insecticide, Fungicide, and Rodenticide Act (FIFRA) exigia que os fabricantes de pesticidas, como requisito para registro dos produtos, enviassem dados de pesquisa à Environmental Protection Agency (EPA) sobre os efeitos ambientais, de segurança e de saúde do produto (EUA, 1985).

Caso um segundo fabricante de um produto semelhante também solicitasse registro, a EPA poderia aproveitar os estudos de impacto ambiental apresentados pelo primeiro solicitante e dispensar a produção desses mesmos estudos pelos solicitantes subsequentes. Havia, aqui, previsão de compartilhamento de dados para conferir maior racionalidade ao procedimento de registro, evitando duplicação desnecessária de custos a serem arcados pelos agentes regulados (EUA, 1985).

A Seção 3 do FIFRA autorizava a EPA a considerar certos dados enviados anteriormente apenas se o solicitante subsequente se oferecesse a indenizar o primeiro solicitante pelo uso dos dados. Nos termos da Lei, caso os dados inicialmente fornecidos à Agência reguladora fossem aproveitados por outro solicitante posterior, deveria haver o ressarcimento ao primeiro solicitante que produziu os dados (EUA, 1985).

Esse procedimento era coloquialmente conhecido como registros *me too* ou *follow-on* (EUA, 1985). A Seção 3 da Lei de 1972 forneceu autoridade legal para o uso de informações apresentadas anteriormente, bem como um esquema para compartilhamento dos custos de geração de dados (EUA, 1985).

O valor do ressarcimento deveria ser determinado em comum acordo entre o fabricante que primeiro apresentou os dados à Agência e o segundo fabricante que se valeu dos dados fornecidos. Em um primeiro momento, caso não houvesse acordo entre as partes, a Lei determinava que o valor seria definido pela EPA. Todavia, em 1978, a Lei foi alterada para determinar o acionamento compulsório de árbitro privado para a determinação do valor da compensação, com possibilidade limitada de revisão

pelo Poder Judiciário: apenas em caso de fraude, deturpação ou conduta imprópria do árbitro. A Lei proibia a revisão judicial do montante da compensação (EUA, 1985).

É narrado no acórdão que a EPA estava sobrecarregada com a atividade de avaliar o valor da compensação e que, por essa razão, vários pedidos estavam paralisados:

Com a EPA atolada com dados de catalogação e a indústria de pesticidas envolvida em litígios sobre quais tipos de dados poderiam ser legitimamente designados como segredos comerciais, os novos registros de pesticidas praticamente pararam.

As emendas de 1978 foram uma resposta ao impasse de litígios que resultou de controvérsias sobre compensação de dados e sobre proteção de segredos comerciais.

(...)

O Congresso considerou o compartilhamento de dados essencial para o esquema de registro, mas concluiu que a EPA deve ser dispensada da tarefa de avaliação porque as disputas sobre a quantificação de compensação tinham, para todos os fins práticos, emperrado seu processo de registro e a EPA não tinha os conhecimentos necessários para estabelecer o montante adequado de compensação.

A determinação do valor e dos termos de tal compensação são questões que não requerem envolvimento ativo do Governo, e a compensação a pagar deve ser determinada, na medida do possível, dentro do setor privado.

Com relação à compensação pelo uso de dados não protegidos pela cláusula de uso exclusivo de 10 anos, a alteração substituiu a determinação do Administrador da EPA sobre a compensação apropriada por um sistema de negociação e arbitragem vinculante para resolver disputas de compensação entre os registrantes.

O conceito de manter a compensação estatutária, mas substituir a arbitragem vinculativa pela avaliação de dados pela EPA, surgiu como um meio-termo. Essa abordagem foi desenvolvida por representantes dos principais fabricantes de produtos químicos, que buscaram manter a controvertida disposição de compensação, em discussões com grupos da indústria que representam registrantes subsequentes, cujas tentativas de registrar pesticidas foram bloqueadas por litígio desde 1972 (EUA, 1985, tradução nossa).

Nesse precedente, discutiu-se justamente a constitucionalidade de previsão legal de arbitragem compulsória, independentemente de convenção entre as partes. A parte autora contestou a constitucionalidade das disposições da arbitragem sob o argumento de que violariam o artigo III da Constituição ao atribuir aos árbitros privados as funções dos juízes e ao limitar a revisão judicial da sentença arbitral (EUA, 1985).

A autora alegou ter havido um prejuízo causado pela conduta ilegal da EPA: o prejuízo de ser forçado a escolher entre renunciar a qualquer direito à compensação de um registrante subsequente ou se envolver em um julgamento arbitral inconstitucional (EUA, 1985).

Ainda segundo a parte autora, o artigo III da Constituição norte-americana proíbe o Congresso de exigir a arbitragem de disputas entre registrantes em relação

à compensação, sem também permitir uma revisão substancial por juízes sobre a decisão do árbitro. O artigo III, § 1º, da Constituição estabelecia uma política ampla segundo a qual o Poder Judiciário seria investido nos juízes que gozariam de mandato vitalício e remuneração fixa, sem possibilidade de redução. Esses requisitos protegeriam o papel do Judiciário independente dentro do esquema constitucional do governo tripartido e assegurariam a adjudicação imparcial pelos julgadores (EUA, 1985).

A Suprema Corte dos Estados Unidos da América decidiu que o artigo III da Constituição não proíbe o Congresso de selecionar a arbitragem compulsória e a determinar a revisão judicial limitada como o mecanismo para resolver disputas entre os participantes de um procedimento de registro de pesticidas regido pelo FIFRA (EUA, 1985).

Segundo o Tribunal:

A Constituição não exige que todas as questões federais que surjam de acordo com a lei federal sejam julgadas por um Tribunal do artigo III perante um juiz com mandato vitalício e proteção contra redução de salário. O Congresso não está impedido de agir de acordo com os poderes do artigo I para conferir autoridade de tomada de decisão a julgadores que não possuem as atribuições dos tribunais do artigo III.

(...)

O Congresso tem o poder, nos termos do Artigo I, de autorizar uma Agência que administra um procedimento regulatório complexo para alocar custos e benefícios entre os participantes voluntários do programa, sem fornecer uma adjudicação do artigo III.

O procedimento de arbitragem é necessário como uma solução pragmática para o difícil problema de distribuição dos custos de geração de informações adequadas sobre o impacto à segurança, saúde e meio ambiente de um produto potencialmente perigoso.

Além disso, o procedimento contém suas próprias sanções e não sujeita nenhum réu relutante ao poder de execução judicial. Dada a natureza do direito em questão e as preocupações que motivaram o Congresso, o sistema de arbitragem não ameaça o papel independente do Judiciário no esquema constitucional. Nessas circunstâncias, a limitada revisão do artigo III do procedimento arbitral preserva o adequado exercício da função judicial (EUA, 1985, tradução nossa).

Nesse caso, observa-se que a Suprema Corte adotou uma visão pragmática sobre o problema colocado. Entendeu ser legítimo que uma lei autorize uma agência reguladora a adotar a arbitragem compulsória relacionada à atividade regulatória quando essa solução se revelar adequada, tendo em vista os parâmetros de complexidade e alocação de custos e benefícios.

O Tribunal afirmou que o Congresso não estaria impedido de conferir poderes “quase judiciais” e outros julgadores não integrantes do Poder Judiciário (EUA, 1985).

No julgado, foram mencionados os seguintes precedentes em que se reconheceu a atribuição de poderes adjudicantes a julgadores estranhos aos quadros da Magistratura estatal, tais como às agências reguladoras (EUA, 1985):

- Walters v. National Assn. of Radiation Survivors;
- Palmore v. Estados Unidos;
- Crowell v. Benson, 1932;
- Murray's Lessee v. Hoboken Land & Improvement Co., 1856;
- Heckler v. Chaney, 1985;
- Estados Unidos v. Erika, Inc., 1982;
- Monaghan, Marbury v. Administrative State, 1983.

A Corte fez uma distinção quanto ao caso Northern Pipeline, em que se decidiu ser inconstitucional a imposição de arbitragem sobre relações contratuais tradicionais, sem o consentimento dos litigantes.

No caso Thomas v. Union Carbide, 1985, ora analisado, não se tratava de uma relação puramente contratual. A Corte entendeu que o litígio entre os produtores de pesticida envolvia interesse público, transcendendo a mera relação contratual. Embora o objeto da arbitragem fosse o valor de compensação pelo uso de dados, a imposição tratava-se de uma medida regulatória que tinha como objetivo agilizar a análise de pedidos de registros de pesticidas, o que tinha o efeito de aumentar a concorrência e a disponibilidade desses produtos no mercado.

O direito à compensação decorreria de uma norma regulatória de uso compulsório de dados sobre impacto ambiental dos produtos (EUA, 1985). A fabricante não teria, desse modo, o direito de recusar o uso dos dados produzidos por outro solicitante subsequente de registro:

Em essência, a doutrina dos direitos públicos reflete simplesmente um entendimento pragmático de que, quando o Congresso seleciona um método quase judicial para resolver questões que poderiam ser decididas de forma conclusiva pelos Poderes Executivo e Legislativo, o perigo de usurpar os poderes judiciais é reduzido.

(...)

Em primeiro lugar, o direito criado pela FIFRA não é um direito puramente "privado", mas possui muitas das características de um direito "público". O uso dos dados de um registrante para dar suporte a um registro subsequente serve a um propósito público como parte integrante de um programa de proteção à saúde pública. O Congresso tem o poder, nos termos do Artigo I, de autorizar uma agência que administra um procedimento regulatório complexo para alocar custos e benefícios entre os participantes voluntários do programa, sem fornecer uma adjudicação do Artigo III. Ele também tem o poder de condicionar a emissão de registros ou licenças ao cumprimento dos procedimentos da agência.

(...)

Os poderes previstos no Artigo I podem criar um direito aparentemente privado que está tão intimamente integrado a um procedimento regulatório público que se torna uma questão apropriada para a resolução da agência com envolvimento limitado do Judiciário do artigo III. Defender o contrário seria erigir uma restrição rígida e formal à capacidade do Congresso de adotar medidas inovadoras, como negociação e arbitragem, com relação aos direitos criados por um procedimento regulatório (EUA, 1985, tradução nossa).

O Tribunal destacou que o julgamento envolvia uma ponderação entre forma e substância. A análise sob o aspecto formal conduziria à invalidação da delegação de função judicial a julgadores estranhos aos quadros do Poder Judiciário, sob o fundamento de exclusividade e indelegabilidade dessa atribuição. Todavia, sob o aspecto substancial, o procedimento arbitral estabelecido pelo FIFRA era adequado a atingir às finalidades regulatórias e não ofendia o devido processo legal, pois estava preservada a imparcialidade do julgador (EUA, 1985).

A Corte expressamente consignou que a solução pragmática para um difícil problema de distribuição de custos da elaboração da avaliação de impactos ambientais justifica a norma, aprovada pelo Congresso, que atribui função adjudicatória a árbitros privados:

Olhando além da forma para a substância do que a FIFRA realiza, notamos vários aspectos da FIFRA que nos persuadem de que o esquema de arbitragem adotado pelo Congresso não infringe o Artigo III.

O Artigo III não é tão inflexível a ponto de impedir o Congresso de transferir a tarefa de avaliação de dados da agência para as partes interessadas.

As emendas de 1978 representam uma solução pragmática para o difícil problema de distribuição dos custos de geração de informações adequadas sobre segurança, saúde e impacto ambiental de um produto potencialmente perigoso. O Congresso, sem ofender o Artigo III, poderia ter autorizado a EPA a cobrar valores de registrantes subsequentes para cobrir o custo dos dados e poderia ter subsidiado diretamente os remetentes de dados do FIFRA por suas contribuições de dados necessários.

(...)

Em vez disso, a EPA escolheu um procedimento que reduz essas duas etapas em uma e permite que as partes fixem o valor da compensação, com arbitragem obrigatória para resolver disputas intratáveis. Remover a tarefa de avaliação do pessoal da agência para árbitros civis, selecionados por acordo das partes ou nomeados caso a caso por uma agência federal independente, certamente não diminui a probabilidade de tomada de decisão imparcial, livre de influência política.

O quase desastre das emendas da FIFRA de 1972 e o perigo para a saúde pública de mais atrasos no registro de pesticidas levaram o Congresso a selecionar a arbitragem como o método apropriado de resolução de disputas. Dadas a natureza do direito em questão e as preocupações que motivaram o Legislativo, não pensamos que este sistema ameace o papel independente do Judiciário em nosso esquema constitucional.

Defender o contrário seria anular o propósito óbvio da legislação de fornecer um método rápido, contínuo, especializado e barato para lidar com uma classe de questões de fato que são peculiarmente adequadas para exame e

determinação por uma agência administrativa especialmente designada para aquela tarefa (EUA, 1985, tradução nossa).

Nesse precedente, a Suprema Corte dos Estados Unidos permitiu o exercício privado da função adjudicatória de forma compulsória, independentemente da vontade das partes. Para tanto, a Corte colocou algumas premissas.

A flexibilização do princípio da inafastabilidade da jurisdição é legítima quando presente um interesse público na regra que determina a arbitragem compulsória. A Corte afirmou que em contratos tradicionais, em que as questões discutidas repercutem apenas entre as partes, não seria constitucional a arbitragem compulsória. Todavia, a arbitragem compulsória é legítima se relacionada à função regulatória estatal, se for instrumento para aumentar a disponibilidade de produtos ou de serviços no mercado, ou para intensificar a proteção à saúde, segurança e meio ambiente (EUA, 1985).

Além disso, a arbitragem compulsória deve ser imparcial, respeitando o devido processo legal. Para tanto, nesse precedente, ou as partes escolhiam em comum acordo ou a EPA indicava o árbitro, seguindo critérios técnicos.

Outro ponto de interesse no julgado foi o predomínio da análise pragmática da regra que impôs a arbitragem compulsória sobre a análise formal que impede o exercício de função adjudicatória por julgadores não integrantes do Poder Judiciário. A Corte afirmou que a regra implementada pelo Federal Insecticide, Fungicide, and Rodenticide Act promovia bons resultados no mundo real, sem que isso significasse ofensa a direitos individuais.

O método criado era rápido, contínuo, especializado e barato para lidar com um conjunto de questões complexas e relevantes para a saúde, segurança e meio ambiente. Além de produzir bons resultados práticos, a regra permitia o julgamento imparcial por árbitros capacitados a decidir sobre o montante da compensação devida. O árbitro ou era escolhido em comum acordo pelas partes ou era indicado pela EPA e tinha mais especialidade para decidir sobre a compensação do que a própria agência reguladora ou do que o Poder Judiciário (EUA, 1985).

O caso também narra uma situação de sobrecarga da EPA para analisar pedidos de registros de patentes e que a imposição da arbitragem compulsória teve o efeito de desafogar a agência. Trata-se de exemplo de como a regulação em rede nodal pode baratear a atividade regulatória e lhe conferir maior agilidade.



#### 4.20. DEPARTMENT OF TRANSPORTATION V. ASSOCIATION OF AMERICAN RAILROADS – 2014

Em 1970, o Congresso Nacional dos Estados Unidos da América criou a National Railroad Passenger Corporation (Amtrak), empresa estatal com fins lucrativos cuja maioria do capital pertence ao governo federal norte-americano (AMTRAK, 2020). A missão da Amtrak é *fornecer mobilidade intermunicipal ferroviária de passageiros eficiente e eficaz, consistindo em serviço de alta qualidade que seja competitivo em tempo de viagem com outras opções de viagens intermunicipais* (AMTRAK, 2020, tradução nossa).

Em 2008, o Congresso conferiu à Amtrak e à Federal Railroad Administration (FRA) autoridade conjunta para emitir métricas e padrões sobre a programação de serviços ferroviários de passageiros, incluindo a regulação do desempenho da própria Amtrak (EUA, 2014).

A Association of American Railroads, alegando que as métricas e os padrões têm efeitos adversos substanciais sobre serviços de frete de seus membros, ajuizou pretensão contra a FRA e a Amtrak. Argumentou que as métricas e padrões eram inconstitucionais, pois fixados por uma entidade privada que participa do mesmo mercado que deveria regular. O fundamento dos autores era que a previsão legal ofendia o devido processo legal e a separação de poderes (EUA, 2014).

A Suprema Corte dos Estados Unidos decidiu que a Amtrak, para fins de determinação da validade das métricas e padrões, deve ser considerada uma entidade pública (EUA, 2014).

A Corte de origem, o Tribunal de Apelação do Estado da Columbia, havia decidido de forma diferente, no sentido de que a Amtrak não era uma entidade pública e que o Congresso violou os princípios de não-delegação ao conceder poderes de normatização regulatória para a Amtrak. Ao assim decidir, o Tribunal de Apelações baseou-se no comando estatutário de que a Amtrak não é um departamento, agência ou órgão do Governo dos Estados Unidos e de que a Amtrak deve ser operada e administrada como uma corporação com fins lucrativos (EUA, 2014).

Mas a Suprema Corte dos Estados Unidos reformou a decisão do Tribunal de Apelação, por entender que a Amtrak deveria ser considerada uma entidade pública, em razão de haver controle político sobre ela, com indicação de diretores pelo Presidente da República e confirmação pelo Senado Federal. Além disso, o Parlamento exerce controle sobre as atividades da Amtrak: a companhia deve buscar atingir objetivos públicos e tem dependido de financiamento federal para atingir sua finalidade (EUA, 2014).

A Amtrak foi criada pelo Governo, é controlada pelo Governo e opera para o benefício do Governo. Assim, ao emitir as métricas e padrões em conjunto com a FRA, a Amtrak atuou como uma entidade governamental para fins de separação de poderes. E esse exercício de poder governamental é compatível com a Constituição (EUA, 2014, tradução nossa).

Ainda segundo a Suprema Corte, equiparar a Amtrak a uma entidade governamental não seria uma concessão desenfreada de autoridade a um ator irresponsável, uma vez que o ramo político controla o conselho da companhia, define sua missão, especifica suas operações, impõe mecanismos de transparência e de prestação de contas e supervisiona seu orçamento anual. O Governo dos Estados Unidos detém todas as ações preferenciais da Amtrak e a maior parte de suas ações ordinárias em estoque comum. O Conselho de Administração da Amtrak é composto por nove membros, sendo um deles o Secretário de Transporte. Os outros membros do Conselho são nomeados pelo Presidente da República e confirmados pelo Senado. Os membros do Conselho da Amtrak estão sujeitos ao limite salarial imposto pelo Congresso e podem ser exonerados sem justa causa pelo Presidente da República (EUA, 2014).

Para além de buscar interesses econômicos privados, a Amtrak é obrigada a perseguir numerosos objetivos adicionais definidos por seu estatuto e pelo Governo. Nesse sentido, a Amtrak, por exemplo, deve a) buscar minimizar os subsídios do governo, b) fornecer tarifas reduzidas para deficientes e idosos, c) garantir a mobilidade em tempos de desastre nacional, d) manter uma rota entre Louisiana e Flórida, e) comprar materiais que valem mais de US\$ 1 milhão exclusivamente se extraído ou produzido nos Estados Unidos, ou fabricado substancialmente a partir de componentes extraídos, produzidos ou fabricados nesse País, a menos que o Secretário de Transporte conceda uma exceção. Por fim, a Amtrak também depende de recursos financeiros federais para poder operar. Em seus primeiros 43 (quarenta e

três) anos de operação, a Amtrak recebeu mais de US\$ 41 bilhões em subsídios federais (EUA, 2014).

Extraí-se desse precedente que a Amtrak é uma companhia estatal que presta serviço de transporte ferroviário de passageiro, com finalidade lucrativa. Além da prestação desse serviço, a lei autoriza a Amtrak, em conjunto com uma agência governamental, a Federal Railroad Administration, a estabelecer métricas e padrões sobre a programação de serviços ferroviários de passageiros, de observância obrigatória pelas demais empresas ferroviárias.

A Suprema Corte equiparou a Amtrak a uma entidade pública quanto ao exercício de função normativa de polícia. Nesse precedente, a Corte concluiu ser possível o Congresso Nacional atribuir a uma empresa estatal função de autoridade pública, especialmente se há controle político sobre a atividade da empresa.

#### 4.21. NORTH CAROLINA STATE BOARD OF DENTAL EXAMINERS V. FEDERAL TRADE COMMISSION – 2015

O North Carolina's Dental Practice Act estabeleceu que Carolina State Board of Dental Examiners era a agência estatal responsável pela regulamentação da prática da odontologia. O dever principal desse Conselho era criar, administrar e fazer cumprir um procedimento de licenciamento para dentistas. O Conselho era formado por oito membros, dos quais seis deveriam ser dentistas praticantes (EUA, 2015).

A questão levada a julgamento da Suprema Corte dos Estados Unidos foi relativa à prática de clareamento de dentes. Não dentistas estavam executando serviços de clareamento, com valores abaixo da média praticada por dentistas. O Carolina State Board of Dental Examiners entendia que o clareamento de dentes era atividade exclusiva de dentistas licenciados. Por essa razão, passou a notificar profissionais não licenciados que executavam esse serviço, alertando que a prática não licenciada da odontologia era crime (EUA, 2015).

A Federal Trade Commission (FTC), agência com função antitruste, incumbida da proteção da concorrência leal, formulou uma reclamação administrativa contra Carolina State Board of Dental Examiners, alegando que a ação do Conselho para

excluir os não dentistas do mercado de serviços de branqueamento dentário na Carolina do Norte constituiu um método anticompetitivo e injusto de concorrência nos termos do Federal Trade Commission Act (EUA, 2015).

A jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos é no sentido de que o agente regulador estatal não se submete à legislação antitruste, estando autorizado constitucionalmente a proteger a indústria, restringindo concorrência e fixando preços. Esta dissertação tratou sobre a imunidade da agência reguladora estatal à legislação antitruste no caso *Parker v. Brown*, 1943.

Colocada a premissa de que a agência estatal não se submete à Lei Antitruste (Sherman Act), o debate nesse caso foi concentrado na natureza da Carolina State Board of Dental Examiners: se pública ou privada.

A Suprema Corte decidiu que o Conselho não era uma agência estatal, tendo natureza privada, porquanto era formada majoritariamente por profissionais dentistas e não havia supervisão ativa estatal sobre as atividades do Conselho:

Como um número de controle dos tomadores de decisão do Conselho são participantes ativos do mercado na ocupação que o Conselho regula, o Conselho só poderia invocar imunidade antitruste de ação estatal apenas se estivesse sujeito à supervisão ativa do Estado, e aqui esse requisito não foi atendido.

(a) A lei antitruste federal é uma salvaguarda central para as estruturas de mercado livre da Nação. No entanto, exigir que os Estados cumpram os mandatos da Lei Sherman em detrimento de outros valores que um Estado possa considerar fundamentais, imporá um ônus inadmissível ao poder de regulamentação dos Estados. Portanto, começando com *Parker v. Brown*, esta Corte interpretou as leis antitruste para conferir imunidade à conduta anticompetitiva de Estados agindo em sua capacidade soberana.

(b) As ações do Conselho não são encobertas pela imunidade Parker. Um ator não soberano controlado por participantes ativos do mercado - como o Conselho - gozaria de imunidade Parker apenas se a restrição fosse adotada como política de Estado (...). Aqui, o Conselho não recebeu supervisão ativa de sua conduta anticompetitiva (EUA, 2015, tradução nossa).

A importância desse julgado à pesquisa está nas premissas colocadas pela Suprema Corte dos Estados Unidos. O acórdão expressamente afirma ser possível ao Estado delegar a particulares o exercício de funções regulatórias, em manifestação do poder soberano. Todavia, para que haja o exercício legítimo dessa função, o Estado deve exercer controle sobre a atividade regulatória do particular, notadamente para proteger o cidadão de possível conflito de interesses ou de práticas anticompetitivas.

Quanto às práticas anticompetitivas, o Tribunal afirmou ser possível o agente regulador privado adotá-las, desde que a medida reflita uma política pública emitida pelo Estado:

Assim, quando um Estado delega o controle de um mercado a um ator não soberano, a Lei Sherman confere imunidade apenas se o Estado aceitar a responsabilidade política pela conduta anticompetitiva que permite e desde que sobre ela exerça controle. Os limites da imunidade de ação do Estado são mais essenciais quando um Estado busca delegar seu poder regulatório aos participantes ativos do mercado, pois as lealdades duplas nem sempre são aparentes para um ator e as proibições contra a autorregulação anticompetitiva por participantes ativos do mercado são um axioma da política antitruste federal. Assim, a imunidade de Parker exige que a conduta anticompetitiva de atores não soberanos, especialmente aqueles autorizados pelo Estado a regulamentar sua própria profissão, resulte de procedimentos que bastem para torná-la própria do Estado (EUA, 2015, tradução nossa).

O precedente coloca luz sobre o risco de a atividade regulatória exercida por particulares buscar satisfazer interesses privados em restringir o mercado, distanciando-se dos objetivos da política estatal:

O argumento do Conselho de que as entidades designadas pelos Estados, como as agências, estão isentas da Lei Antitruste não pode ser conciliado com a conclusão reiterada do Tribunal de que a necessidade de supervisão depende não da designação formal dada pelos Estados aos reguladores, mas do risco de que as os participantes do mercado busquem interesses privados na restrição do comércio.

Agências estaduais controladas por participantes ativos do mercado representam o próprio risco de autonegociação.

(...)

Essa conclusão não questiona a boa-fé dos oficiais do Estado, mas sim uma avaliação do risco estrutural dos participantes do mercado confundirem seus próprios interesses com os objetivos da política do Estado.

(...)

Conselhos especializados dominados por participantes ativos do mercado são semelhantes às associações comerciais privadas investidas pelos Estados com autoridade reguladora, que devem satisfazer o padrão de supervisão ativa.

As semelhanças entre as agências controladas por participantes ativos do mercado e associações não são eliminadas simplesmente porque as primeiras recebem uma designação formal do Estado, investidas de uma medida de poder do governo e obrigadas a seguir algumas regras de procedimento. (...) Quando o Estado confere poderes a um grupo de participantes ativos do mercado para decidir quem pode participar em seu mercado, e em que termos, a necessidade de supervisão é manifesta.

(...)

Os mecanismos de revisão do Estado fornecem garantia realista de que a conduta anticompetitiva de um ator não soberano promova a política do Estado, em vez de meramente os interesses individuais da parte.

(...)

O supervisor deve ter o poder de vetar ou modificar decisões particulares para garantir que estejam de acordo com a política estatal (EUA, 2015, tradução nossa).

Extrai-se desse julgado que a Suprema Corte dos Estados Unidos não impediu o exercício de funções de autoridade pública por particulares. Afirmou, ao reverso, que, como regra, o poder de polícia exercido por entes privados por delegação Estatal deve se submeter à legislação antitruste, salvo se houver supervisão estatal (EUA, 2015).

Significa que o ente privado a que o Estado conferiu o exercício do poder de polícia pode exercer a regulação do mercado, desde que, como regra, não aja para restringir a concorrência. A contrário senso, se a atividade regulatória coercitiva privada buscar outros fins que não caracterizem restrição de concorrência, essa prática seria considerada legítima.

A rigor, pelo precedente *North Carolina State Board of Dental Examiners v. Federal Trade Commission*, o ente privado poderia até mesmo restringir a concorrência desde que submetido à supervisão estatal, em concretização a uma política pública definida pelo Estado.

Esse precedente reflete a acumulação de premissas que a Suprema Corte dos Estados Unidos expressou nos diversos julgados anteriores que trataram do exercício privado de funções de autoridade pública. Em apertada síntese, pode-se afirmar que a jurisprudência da Suprema Corte norte-americana autoriza o exercício privado de funções de autoridade pública, desde que a delegação de poder estatal tenha sido conferida por lei, que haja proteção contra possíveis conflito de interesses e que haja supervisão estatal.

#### 4.22. UNDERWRITERS LABORATORIES

Underwriters Laboratories (UL) é uma organização fundada em 1894 nos Estados Unidos. Essa organização realiza a certificação de produtos e sua segurança. Na descrição das atividades da UL, em sua página da internet consta que:

A UL traz clareza e confere segurança para respaldar a responsabilidade de projetos, produtos, o marketing e o consumo de bens. Oferece soluções e inovações de hoje e de amanhã. Conectamos pessoas a ambientes mais seguros e a produtos, serviços e experiências mais sustentáveis, permitindo escolhas mais inteligentes e melhores vidas (UL, 2021, tradução nossa).

Ainda na descrição de suas atividades, extrai-se que a UL certifica, testa, inspeciona e faz auditorias. A UL exerce atividade semelhante ao INMETRO no Brasil. Entretanto, enquanto o INMETRO é uma autarquia federal, a UL é uma empresa privada com fins lucrativos (UL, 2021).

A UL publica normas de segurança sobre vários produtos, com destaque para equipamentos elétricos. As normas da UL normalmente se relacionam a riscos de incêndio e de choques elétricos (UL, 2021).

O exercício do poder de polícia pela UL, incluída a atividade normativa, é reconhecida pelo Estado. Produtos exportados para os EUA geralmente necessitam ser classificados de acordo com as regras e normas UL em vigor.

A UL tem a autorização estatal para o exercício de suas atividades. Há uma agência pública responsável por credenciar laboratórios como a UL. Trata-se da Occupational Safety and Health Administration (OSHA) (UL, 2021).

Podemos, pois, concluir que a UL exerce poder de polícia quanto aos aspectos de normatização e certificação. Todavia, essa atividade é, por sua vez, fiscalizada por uma agência reguladora estatal (OSHA).

#### 4.23. AMERICAN BAR ASSOCIATION (ABA)

A ABA foi fundada em 21 de agosto de 1878, em Nova York, por 75 (setenta e cinco) advogados de 20 (vinte) Estados. O texto original de seu ato constitutivo destacava cinco principais objetivos: 1) aperfeiçoar a jurisprudência; 2) incentivar a produção de leis estatais uniformes; 3) fortalecer a administração da justiça; 4) defender a honra da profissão do jurista; e 5) incentivar a interação amigável entre os membros da associação (ABA, 2021).

As principais atividades da ABA são definir padrões acadêmicos para as faculdades de Direito e formular modelos de código de ética para advogados (REARDEN, 2014). A ABA confere credenciamento a faculdades de Direito que atendem aos níveis de exigência por ela estabelecidos (REARDEN, 2014).

Esse credenciamento não é requisito obrigatório para o funcionamento da faculdade. Funciona como um selo de qualidade. Entretanto, muitos Estados exigem

que o candidato a advogado tenha se formado em uma faculdade de Direito credenciada pela ABA (ABA, 2021). Quando a legislação estadual exige que o candidato ao exercício da advocacia tenha estudado em uma faculdade de Direito credenciada pela ABA, há nítida delegação do exercício de atos de poder de polícia.

A regulação da atividade de advogados é realizada pelos governos estaduais. Esses governos estaduais reconhecem poderes de autoridade pública às associações de advogados locais, as quais não se confundem com a ABA, que é uma associação nacional (ABA, 2021).

Em verdade, a forma como a profissão de advogado é regulamentada varia muito de estado para estado. Entretanto, na maioria dos estados, é exigida a aprovação prévia no exame administrado por uma Bar Association. Também é muito comum o reconhecimento do poder disciplinar dessas associações locais (EUA, 1965).

Sobre as associações de advogados, há basicamente duas formas de Bar Association: as voluntárias e as mandatárias. Nas mandatárias, o Estado delega poderes à associação para regular a forma de admissão de advogados. O Estado reconhece, também, poder disciplinar à associação. Essa delegação ocorre por meio de leis estaduais. Via de regra, os Conselhos da Ordem dos Advogados estaduais ou são entidades públicas ou associações privadas sem fins lucrativos (EUA, 1965).

Normalmente, essas associações estaduais, seja pública ou privada, estão subordinadas à fiscalização por um setor administrativo do tribunal de justiça local (EUA, 1965).

#### 4.24. FINANCIAL INDUSTRY REGULATORY AUTHORITY (FINRA)

Os Estados Unidos da América, em 1934, aprovaram o Securities Exchange Act (lei que regulamentou a Bolsa de Valores) (EUA, 1934). Essa norma criou uma agência reguladora pública e independente, denominada Securities and Exchange Commission – SEC, com a atribuição de fiscalizar o mercado de seguros e de valores mobiliários.



Posteriormente, em 1938, o Securities Exchange Act foi emendado pelo Maloney Act, para prever a possibilidade de instituição de mecanismos de autorregulação do mercado de corretores de valores. Com base nessa norma, foi criada, em 1939, a National Association of Securities Dealers – NASD (PEIRCE, 2015, p. 5).

O Maloney Act adicionou a Seção 15-A ao Exchange Act, para disciplinar o exercício de funções regulatórias por entidade privada no mercado de valores mobiliários. A Seção 15-A é subdividida em treze alíneas, que, por suas vezes, são divididas em parágrafos e itens. São dezenas de páginas de regras apenas nessa Seção (PEIRCE, 2015, p. 5).

Segundo a Seção 15-A do Securities Exchange Act, o ente privado deve adotar regras que prevejam, dentre outros preceitos (EUA, 1934):

- a justa representação de seus membros;
- equidade na alocação de deveres;
- prevenção contra práticas fraudulentas;
- prevenção contra lucros arbitrários ou contra recebimento de comissões desproporcionais;
- promoção da justiça e da equidade como princípios do mercado de valores mobiliários;
- proteção aos investidores e ao interesse público.

Além da Seção 15-A, há regras sobre formas de participação privada na regulação do mercado de valores mobiliários nas Seções 6, 19 e 21-F (EUA, 1934).

A Seção 6 trata das atribuições das bolsas de valores na SEC. Nessa Seção, há determinações para adoção de regras de autorregulação pelas próprias bolsas, com o objetivo expresso na norma de *prevenir atos e práticas fraudulentas e manipuladoras, para promover princípios de comércio justos e equitativos, para promover a cooperação e coordenação com entidades envolvidas na regulação, compensação, liquidação, processamento de informações etc* (EUA, 1934, tradução nossa).

A Seção 19 disciplina o procedimento para registro de Associação com funções regulatórias no mercado de valores mobiliários (EUA, 1934).

A Seção 21-F disciplina a participação de delatores privados (*whistleblower*) na atividade regulatória do mercado de valores mobiliários. Essa Seção prevê os incentivos e as proteções aos denunciantes (EUA, 1934).

A extensão da quantidade de normas contidas no Securities Exchange Act disciplinando a regulação privada no mercado de valores mobiliários dos Estados Unidos revela a complexidade da tarefa de se regular o exercício privado de funções regulatórias (EUA, 1934).

A Seção 15-A do Securities Exchange Act reconhece a possibilidade de um ente privado exercer a autorregulação do mercado de valores mobiliários, mediante o preenchimento de algumas condições. A norma estabeleceu alguns parâmetros para o exercício de funções públicas pelo ente privado, bem como previu que uma entidade pública, a SEC, exerceria a fiscalização dessa associação de autorregulação (PEIRCE, 2015, p. 5).

O Maloney Act incorporou o princípio de conferir aos grupos de autorregulação a responsabilidade primária de fazer cumprir os padrões de comportamento exigidos para a realização de negócios por seus membros, com a supervisão governamental adequada (PEIRCE, 2015, p. 5).

A associação que foi criada em decorrência da aprovação do Maloney Act foi a NASD, que era uma organização privada autorreguladora do mercado de ações. Essa organização era supervisionada pela SEC (PEIRCE, 2015, p. 6).

Em 1938, o economista norte-americano George C. Mathews (MATHEWS, 1938), membro da SEC, previu que o Maloney Act serviria de base para um longo e produtivo compartilhamento de relações entre a regulação privada e a pública. Em suas palavras:

O programa cooperativo previsto na norma [Maloney Act] deve, necessariamente, ser visto como evolutivo. Idealmente, a indústria deve, decisivamente, desempenhar o papel predominante em sua própria regulação e desenvolvimento, sob linhas econômicas e sociais sólidas.

(...)

Como os porta-vozes da Comissão [SEC] repetidamente têm afirmado, é realmente necessário ter a esperança de que o papel final da Comissão seja residual e que suas energias possam ser direcionadas principalmente para lidar com o elemento submarginal conhecido por todas as indústrias que, na ausência de coerção, recusa-se a respeitar padrões morais ou legais. É certo que o cumprimento deste ideal requer tempo (MATHEWS, 1938, p. 3, tradução nossa).

O Congresso norte-americano, em 1975, aprovou uma série de emendas ao Exchange Act. As novas regras estavam fundamentadas na percepção de que o

sistema de autorregulação do mercado de valores mobiliários demonstrou ser bastante forte em algumas áreas e, de forma geral, serviu bem a esse mercado. Entretanto, esse sistema apresentou algumas deficiências em outras áreas (PEIRCE, 2015, p. 7).

Dentre o conjunto de medidas, as emendas de 1975 resolveram a controvérsia recorrente quanto ao exato alcance do poder da SEC. Foi conferida à SEC a autoridade de alterar as regras de qualquer organização de autorregulação, em qualquer aspecto relacionado com os objetivos do Exchange Act. É o que dispõe a alínea “f” da Seção 3 do Securities Exchange Act:

(f) CONSIDERAÇÃO PARA PROMOÇÃO DE EFICIÊNCIA, COMPETIÇÃO E FORMAÇÃO DE CAPITAL. - Sempre que, de acordo com este título, a Comissão estiver envolvida na formulação de regras ou na revisão de uma regra de uma entidade autorreguladora, ou for demandada a considerar ou a determinar se uma ação é necessária ou apropriada ao interesse público, a Comissão deve também considerar, para além da proteção dos investidores, se a ação irá promover a eficiência, a concorrência e a formação de capital (EUA, 1934, tradução nossa).

Em 1983, a SEC determinou a obrigatoriedade de todos corretores serem membros da NASD, vinculando-se a suas normas (PEIRCE, 2015, p. 6).

Durante muitos anos, a NASD funcionou como uma entidade reguladora e administradora, fiscalizando as atividades do mercado e exigindo o cumprimento de suas regras. Entretanto, com o avanço da tecnologia, a NASD introduziu uma nova plataforma eletrônica para o mercado de ações. Essa plataforma foi denominada NASDAQ (PEIRCE, 2015, p. 8).

A SEC exerceu sua autoridade sob a NASD de forma bastante intensa em meados de 1990. Em 1996, a SEC censurou a NASD por falhar na imposição de suas regras em face dos corretores participantes da NASDAQ, em situações de práticas anticompetitivas (PEIRCE, 2015, p. 8).

As infrações identificadas pela SEC e não combatidas pela NASD incluíam a coordenação entre agentes do mercado para manipular preços, compartilhamento não autorizado de informações de clientes e retardamento deliberado na divulgação de informações ao mercado (PEIRCE, 2015, p. 8).

Em relatório divulgado sobre esse caso, a SEC afirmou que o ente autorregulador se beneficia do conhecimento e experiência trazidos pelos participantes do mercado. Por essa razão, deveria primar pelo propósito fundamental

da regulação do mercado de valores mobiliários, que é a proteção dos investidores e do interesse público (SEC, 1996, p. 46).

A SEC identificou a presença de conflito de interesse na NASD em razão de sua atividade com a NASDAQ. Isso porque a NASD era, a um só tempo, agente regulador e proprietária da NASDAQ, empresa que constitui um mercado de ações automatizados, auferindo lucros pelas intermediações de papéis realizadas.

A SEC exigiu que a NASD concordasse com alguns compromissos, como o aumento da participação de representantes da Administração Pública no Conselho da NASD, com a finalidade de fortalecer a autonomia e independência de sua gestão. Além disso, a SEC exigiu que o setor responsável pelos processos disciplinares fosse presidido por funcionários profissionais. A NASD deveria seguir, também, padrões uniformes de resposta a pedidos de fiscalização ou autorização de ingresso de agentes no mercado (PEIRCE, 2015, p. 9).

Essas medidas tinham por objetivo aperfeiçoar o sistema de autorregulação do mercado de valores mobiliários, transformando a NASD em um ente regulador mais profissional e independente dos interesses dos seus membros (agentes regulados).

Nessa mesma época, o Congresso norte-americano discutia mecanismos de aperfeiçoamento do sistema de autorregulação. As preocupações com conflitos de interesse não se limitaram à NASD. Havia a percepção de que o sistema de autorregulação pode colocar em conflito os interesses do ente regulador com os interesses dos agentes regulados (PEIRCE, 2015, p. 9).

Essa preocupação era especialmente relevante quando o agente autorregulador constituía uma empresa com fins lucrativos. Era o caso também da NYSE (The New York Stock Exchange – mercado de ações das empresas de tecnologia) (PEIRCE, 2015, p. 9).

A preocupação era se essas empresas conseguiriam gerenciar o objetivo conflitante de maximização do lucro com o exercício de poderes públicos, sem comprometer sua função regulatória.

No início dos anos dois mil, era possível a coexistência de mais de um agente regulador privado para o mesmo setor. No caso do mercado de ações, era comum alguns corretores estarem sujeito à dupla regulamentação: da NASD e da NYSE (PEIRCE, 2015, p. 10).

A existência de múltiplos agentes autorreguladores resultava na duplicidade das regras reguladoras e, às vezes, em conflitos entre elas ou divergências de interpretações e de aplicações (PEIRCE, 2015, p. 9).

A SEC, então, promoveu algumas mudanças no sistema de autorregulação do mercado de valores mobiliários. Tratava-se de um novo modelo em que todos corretores estariam subordinados a uma única entidade reguladora privada. Nesse modelo, chamado de híbrido, as bolsas continuariam exercendo uma autorregulação limitada: apenas às questões relacionadas ao seu próprio funcionamento. Assim, continuavam existindo a NYSE e a NASDAQ, com poderes regulatórios, mas limitados a seu funcionamento. A outra entidade deveria exercer a regulação privada sobre as bolsas (PEIRCE, 2015, p. 11). A SEC, entidade pública, continuava como a última instância regulatória.

Como resultado desse novo modelo, em 2007 surgiu a FINRA (Financial Industry Regulatory Authority), entidade de direito privado, responsável pela regulação da indústria financeira. A NASD foi extinta (PEIRCE, 2015, p. 11).

A FINRA passou a ser um novo agente regulador do mercado de valores mobiliários, responsável por estabelecer regras e exigir o seu cumprimento, fiscalizar a execução das normas prescritas, realizar mediação e arbitragem (PEIRCE, 2015, p. 12).

O objetivo da SEC era simplificar o sistema de regulação do mercado de corretagem de valores mobiliários, garantir a proteção dos investidores, permitindo o estabelecimento de um único conjunto de regras para reger esse mercado (PEIRCE, 2015, p. 12).

A FINRA, quando detecta infrações às suas normas, está legalmente autorizada a impor sanções disciplinares a seus membros. Tais sanções incluem: censura, multas, determinação para indenizar investidores prejudicados e a suspensão de atividades de uma empresa por um certo tempo ou até a sua expulsão (PEIRCE, 2015, p. 12).

No ano de 2013, a FINRA aplicou 1.535 sanções. Muitas medidas são voluntariamente observadas pelos agentes regulados. No caso de contestação, o julgamento é realizado por um colegiado (Conselho Deliberativo) composto por um profissional da própria FINRA e por dois representantes da indústria financeira (PEIRCE, 2015, p. 13).

O Conselho Nacional de Arbitragem da FINRA é composto por 14 (quatorze) membros, com formação igualitária entre representantes da Administração Pública e do mercado. Esse Conselho Nacional de Arbitragem também é responsável pelo julgamento de recursos em face das decisões tomadas Conselho Deliberativo (PEIRCE, 2015, p. 13).

As principais fontes de receita da FINRA são as taxas pagas pelos membros, as multas cobradas aos infratores e um valor atrelado a um percentual sobre a receita anual das empresas associadas (PEIRCE, 2015, p. 14).

As decisões disciplinares da FINRA estão sujeitas à revisão da SEC (PEIRCE, 2015, p. 14). A SEC tem atribuições de julgar recursos contra decisões da FINRA, confirmando e revisando punições aplicadas ou determinando a reanálise de casos. A SEC também pode adicionar, alterar e revogar normas regulatórias editadas pela FINRA. O regulador estatal pode obrigar mudanças na estrutura e governança do ente regulador privado (PEIRCE, 2015, p. 18-19). Enfim, a SEC exerce a supervisão, como regulador superior e estatal, de toda a estrutura regulatória do mercado de valores mobiliários, exercendo sua autoridade sobre a autorregulação e sobre a regulação exercida pelo agente privado (FINRA).

As regras que disciplinam a relação entre a FINRA e a SEC estão previstas no regulamento da FINRA, especialmente em seu artigo 7º. Nesse artigo, estão disciplinados os poderes e a autoridade da SEC sobre a FINRA, com a especificação das atribuições do ente público sobre os atos e as normas editados pela FINRA<sup>12</sup>.

No caso específico do mercado de valores mobiliários, a autorregulação exercida pela NASD estava em conflito de interesses entre a finalidade da regulação, que é a proteção do interesse coletivo, e a busca pela maximização do lucro. As mudanças promovidas na regulação desse mercado conduziram a um modelo de regulação independente, com funções semelhantes a uma agência governamental, mantendo-se a supervisão do Estado sob o ente regulador. Essa supervisão manteve-se exercida pela SEC (PEIRCE, 2015, p. 18).

Segundo Hester Peirce (2015, p. 18), a FINRA não é propriamente um ente autorregulador. Trata-se de uma agência reguladora independente, de natureza

---

<sup>12</sup> Para consultar o inteiro teor do regulamento da FINRA, acessar: <https://www.finra.org/rules-guidance/rulebooks/corporate-organization/laws-corporation>. Acesso em: 5 maio 2021.

privada, sem fins lucrativos. Seus membros não se autorregulam: são regulados pela FINRA, de forma muito semelhante ao modo como eles são regulados pela SEC (agência reguladora pública).

A FINRA é um regulador não governamental, mas está legalmente autorizada a executar as mesmas tarefas de uma agência governamental.

Hester Peirce (2015, p. 27) conclui que o surgimento da FINRA significou uma importante mudança entre um sistema de autorregulação para a regulação independente. Essa mudança estava lastreada nas preocupações legítimas sobre conflitos de interesses presentes na autorregulação. Em suas palavras:

A FINRA se tornou uma força muito poderosa nos mercados de valores mobiliários. A FINRA não é uma autorreguladora, como se constata pela escolha da própria FINRA de se autodenominar como um regulador independente. Seus membros não estão se regulando; eles estão sendo regulados pela FINRA, assim como são regulados pela SEC.

(...)

A mudança da autorregulação para a regulamentação independente tem sido gradual e, em parte, impulsionada por preocupações legítimas sobre conflito de interesses. Como os acadêmicos continuam a apontar, entretanto, a autorregulação oferece vantagens reais sobre os reguladores governamentais. Birdthistle e Henderson apresentam vários desses benefícios: autorreguladores têm experiência, gozam da confiança de suas entidades reguladas, são eficientes, são mais capazes de adaptar as regras e são mais adequados para lidar com pequenos erros (PIERCE, 2015, p. 28, tradução nossa).

A narrativa exposta revela que apesar de extenso regramento sobre a autorregulação, o mercado de valores mobiliários dos Estados Unidos da América enfrentou falhas do tipo implementação das normas, notadamente em razão da existência de conflitos de interesse do ente autorregulador, que acumulava a busca pelo lucro e o exercício de atividades regulatórias.

## 5. PRINCIPAIS OBSERVAÇÕES EXTRAÍDAS DA PESQUISA: RISCOS E POTENCIALIDADES DO EXERCÍCIO PRIVADO DE FUNÇÕES DE AUTORIDADE PÚBLICA

Neste capítulo, a dissertação relacionará as informações extraídas dos precedentes com as características e objetivos do método regulatório por redes nodais. Buscar-se-á destacar as diferenças entre as experiências brasileiras e norte-americanas tendo como parâmetro as características da regulação em redes nodais.

### 5.1. EQUIVALÊNCIA FUNCIONAL ENTRE BRASIL E EUA QUANTO ÀS QUESTÕES LEVANTADAS NA DISSERTAÇÃO

Ao se pretender comparar duas experiências jurídicas sempre se corre o risco de serem desconsideradas as diferenças entre os dois sistemas jurídicos comparados.

A comparação adotada nesta dissertação busca seguir o método funcionalista de direito comparado, trabalhado especialmente pelos professores alemães Konrad Zweigert e Hein Kötz, conforme citado por Deo Campos Dutra (DUTRA, 2016).

Segundo Deo Campos Dutra, o método funcionalista *pretende identificar respostas jurídicas similares ou distintas, em conflitos sociais que se assemelham mesmo ocorrendo em lugares distintos no mundo* (DUTRA, 2016). O método funcionalista não desconhece a existência de peculiaridades em ordenamentos jurídicos distintos, mas procura identificar uma equivalência funcional em soluções legais para problemas correlatos em ordenamentos em comparação.

Segundo relata Deo Campos Dutra, o funcionalismo permanece como o epicentro do método em direito comparado. Essa centralidade se dá porque o *funcionalismo contribui de maneira importante e prática à identificação de algum tipo de similaridade ou de diferença entre os sistemas legais estrangeiros, contribuindo para o trabalho de pesquisa do comparatista* (DUTRA, 2016).



Convém, pois, identificar as similitudes entre os dois ordenamentos jurídicos que possibilitam a comparação adotada neste trabalho.

Para fins de comparação entre as experiências privadas no exercício de funções de autoridade pública no Brasil e nos EUA, é preciso destacar que as questões suscitadas tanto lá como aqui envolvem os mesmos temas, tais como a isonomia entre particulares, a exclusividade da coercitividade estatal, o devido processo legal, o conflito de interesses etc.

No caso *Carter v. Carter Coal Co.* (1936), por exemplo, o juiz George Sutherland, em voto que não prevaleceu, argumentou que particulares não podem regular o exercício de atividade econômica de outros particulares (EUA, 1936), uma vez que a atividade regulatória é função estatal não passível de delegação a particulares, sob pena de ofensa à liberdade pessoal e à propriedade privada.

Essas são, por exemplo, as mesmas questões colocadas na doutrina e na jurisprudência brasileiras.

A rigor, são temas comuns a todos os Estados democráticos de Direito. Embora as questões suscitadas sejam semelhantes, as respostas dadas pelas cortes são significativamente distintas entre esses países.

Além dos temas constitucionais serem semelhantes, há também similitude quanto às finalidades da regulação.

De fato, uma das finalidades da regulação, tanto nos EUA quanto no Brasil, é influenciar o comportamento dos agentes econômicos para que atuem em conformidade com os direitos e garantias fundamentais. De fato, em um Estado democrático de Direito, a atividade econômica deve respeitar direitos fundamentais, tais como o direito à igualdade, à liberdade, à propriedade privada, à função social da propriedade, à segurança no trabalho, ao meio ambiente equilibrado e à defesa do consumidor.

Já as falhas regulatórias são verificadas nos dois países, embora nesse ponto haja diferenças quanto à intensidade dessas falhas.

Cass Sunstein afirma que a regulação pode apresentar falhas, as quais são caracterizadas por desvios que comprometem a racionalidade da regulação, prejudicando o seu bom funcionamento (SUNSTEIN, 1993, p. 74-101). Ele aponta como déficits regulatórios: a) falhas na elaboração de normas ou b) na implementação dessas normas.

Quando um País apresenta déficit de capacidade regulatória, o respeito a direitos fundamentais é ameaçado. Consoante demonstrado ao longo da dissertação, déficits de capacidade regulatória não são exclusividades de países de economia em desenvolvimento. Esses déficits foram identificados tanto no Brasil como nos EUA.

Todavia, há diferenças importantes entre os dois países quanto a essa questão.

Conforme demonstrado por John Braithwaite, são nos países de economia em desenvolvimento em que os déficits estão mais acentuadamente presentes, devido à: a) escassez de infraestrutura estatal e de disponibilidade orçamentária alocada à atividade regulatória; b) mercados fracos; e c) baixo desenvolvimento de organizações não governamentais que atuam como fiscais dos entes reguladores.

Para reduzir déficit de capacidade regulatória, a teoria da regulação responsiva recomenda a regulação por redes nodais, em que o Estado compartilha com particulares atividades regulatórias. A recomendação é desonerar a estrutura estatal do ônus de ter que arcar com a totalidade dos custos da tarefa de conduzir os agentes econômicos à conformidade normativa.

## 5.2. A RECOMENDAÇÃO DA TEORIA RESPONSIVA PARA PAÍSES EM DESENVOLVIMENTO

Pela regulação em redes nodais, a atividade regulatória deveria ser descentralização. Trata-se de forma de regular distinta da concentração regulatória estatal. Diversos núcleos compartilham alguma atividade relevante para a regulação, seja fiscalizando entes reguladores, seja exercendo a autorregulação voluntária ou executando funções de autoridade pública.

A regulação em redes nodais apresenta as seguintes características:

- a) cooperação entre os diversos atores regulatórios;
- b) preservação da titularidade estatal do poder coercitivo;
- c) Estado como coordenador final da atividade regulatória;
- d) fluidez; e
- e) contingência.

A cooperação decorre da constante troca de informações entre os núcleos e da ajuda mútua entre esses núcleos.

Na regulação em rede, o exercício da coercitividade é compartilhado entre o Estado e entidades privadas, mas a titularidade do poder coercitivo é exclusivo estatal. A participação privada no exercício de funções de autoridade pública decorre de um ato de delegação estatal. Há, aqui, a distinção entre exercício e titularidade.

A regulação em rede não deve significar desordem. Os diversos núcleos exercentes de atividades regulatórias devem agir de forma coordenada. O coordenador final é o Estado, a quem cabe impor regras de observância obrigatória por todos os nós, fiscalizar a sua atuação, conferir unicidade sistêmica à atividade regulatória e identificar e delegar funções estatais.

A fluidez é caracterizada pela pretensão de onipresença da regulação. Pretende-se ampliar a presença da regulação nos setores regulados, *tendo por efeito proeminente o de ampliar o alcance do constrangimento* (ARANHA e LOPES, 2019, p. 244).

Pela contingência, o método de regulação em redes nodais pretende conferir maior velocidade de adaptação das normas regulatórias à dinâmica da realidade econômica. Parte-se da premissa de que entes privados conseguem dar respostas mais céleres às mudanças da realidade regulada.

Nos tópicos seguintes, buscar-se-á relacionar as informações extraídas dos precedentes mencionados na dissertação com as características e objetivos do método regulatório por redes nodais. O objetivo é identificar em que medida os precedentes encontrados se aproximam ou se afastam da regulação em redes nodais, na forma recomendada pela teoria da regulação responsiva.

Simultaneamente, os tópicos seguintes destacam as diferenças entre as experiências brasileiras e norte-americanas tendo como parâmetro as características da regulação em redes nodais. A dissertação passa, portanto, a descrever as experiências de exercício privado de funções regulatórias no Brasil e EUA, buscando-se relacionar os casos às características da regulação em redes nodais.

### 5.3. PRETENSÃO DE SUPERAÇÃO DE DÉFICITS DE CAPACIDADE REGULATÓRIA POR MEIO DE PARTICIPAÇÃO PRIVADA

Como exemplo de déficits de capacidade regulatória em país de economia em desenvolvimento, foi mencionada nesta dissertação a atividade certificação de barragens no Brasil. A ANM não tem pessoal suficiente para elaborar os laudos necessários. Para superar esse déficit, a Agência depende de inspeções e laudos elaborados por consultorias privadas contratadas e pagas pelas próprias mineradoras (PASSARINHO, 2019).

No âmbito da certificação de produtos e serviços, o Brasil tem vários exemplos de participação privada nessa atividade. Foram mencionados os casos de certificação pelos Organismos de Certificação Designados pela Anatel e o dos Organismos Acreditados pelo Inmetro. Esses casos têm o objetivo de desonerar o Estado dessa tarefa, conferindo maior eficiência ao trabalho de certificação.

Também há presença de pretensão de fluidez na delegação de atividade estatal a serventias extrajudiciais. Segundo dados da Associação dos Notários e Registradores do Brasil (ANOREG, 2019), há no País 13.627 (treze mil, seiscentos e vinte e sete) serventias extrajudiciais, distribuídos pelos 5.570 (cinco mil, quinhentos e setenta) municípios brasileiros.

Nos EUA, encontra-se pretensão de fluidez no caso *Plymouth Coal Co. v. Pennsylvania* (1914), em que os proprietários de minas de carvão e de terras adjacentes às minhas deviam fixar as medidas de barreira de segurança das minas.

No caso *Currin v. Wallace* (1939), é expressamente narrado que o Estado não tinha capacidade suficiente para inspecionar e certificar todos os mercados de tabaco existentes nos EUA. Nesse precedente, previa-se que apenas os mercados indicados pelo Secretário de Estado se submeteriam à regulação estatal. Não houve a adoção da regulação em rede, por meio de exercício privado de funções de autoridade pública, para a superação desse déficit de capacidade regulatória estatal. A solução dada pelos EUA foi regular apenas uma parcela do setor.

Já no caso *Thomas v. Union Carbide* (1985), foi esclarecido que a EPA, agência reguladora estatal, não era capaz de decidir todos os casos de indenização pela utilização de dados aproveitados nos estudos de impacto ambiental. Foi narrado que

a EPA estava sobrecarregada com a atividade de avaliar o valor da compensação e que, por essa razão, vários pedidos estavam paralisados.

Para superar esse déficit de capacidade da EPA, a Lei impôs a arbitragem compulsória, caso as partes não chegassem a um acordo. A Suprema Corte dos Estados Unidos afirmou que *o procedimento de arbitragem é necessário como uma solução pragmática para o difícil problema de distribuição dos custos de geração de informações adequadas sobre o impacto à segurança, saúde e meio ambiente de um produto potencialmente perigoso* (EUA, 1985, tradução nossa).

A Suprema Corte afirmou, ainda, que o Congresso *pode autorizar uma agência que administra um procedimento regulatório complexo para alocar custos e benefícios entre os participantes voluntários do programa e determinar a arbitragem privada se essa medida se revelar eficiente* (EUA, 1985, tradução nossa). O método criado era rápido, contínuo, especializado e barato para lidar com um conjunto de questões complexas e relevantes para a saúde, segurança e meio ambiente.

Como se constata, houve, nesse precedente, manifesta participação de entes privados (árbitros) para solucionar um problema de déficit de capacidade institucional da agência reguladora estatal. Trata-se de exemplo de aplicação da regulação em redes nodais sendo utilizada para superar déficit de capacidade regulatória.

Com o claro objetivo de desonerar o Estado, foi adotada estratégia com características de teoria responsiva para a regulação do mercado de valores mobiliários dos EUA. Pelo Maloney Act, estabelecia-se uma forma de regular em que os próprios agentes econômicos eram os responsáveis pelos primeiros níveis de atuação, agiam na base da pirâmide regulatória. O Estado, nesse caso a SEC, apenas atuava no nível mais ao topo da pirâmide.

Reitere-se, aqui o que foi afirmado pelo economista norte-americano George C. Mathews (MATHEWS, 1938), membro da SEC:

O programa cooperativo previsto na norma [Maloney Act] deve, necessariamente, ser visto como evolutivo. Idealmente, a indústria deve, decisivamente, desempenhar o papel predominante em sua própria regulação e desenvolvimento, sob linhas econômicas e sociais sólidas.

(...)

Como os porta-vozes da Comissão [SEC] repetidamente têm afirmado, é realmente necessário ter a esperança de que o papel final da Comissão seja residual e que suas energias possam ser direcionadas principalmente para lidar com o elemento submarginal conhecido por todas as indústrias que, na ausência de coerção, recusa-se a respeitar padrões morais ou legais. É certo que o cumprimento deste ideal requer tempo (MATHEWS, 1938, p. 3, tradução nossa).

Para além da autorregulação voluntária, em 1983, a regulação privada no mercado de valores mobiliários passou a ser obrigatória. As normas do regulador privado eram obrigatórias a todos os corretores de valores mobiliários.

O caso da regulação do mercado de valores mobiliários revela uma experiência longa, consistente e complexa de participação privada do exercício da coercitividade nos EUA.

Quanto à velocidade de adaptação de regras técnicas, no Brasil, um claro exemplo de pretensão de estabelecer um mecanismo normativo que se ajuste com rapidez às mudanças do mercado e que tenha a capacidade de criar regras tecnicamente adequadas para os setores regulados é o caso da ABNT. Como visto, a Lei reconhece força vinculante a algumas regras dessa associação.

Nos Estados Unidos, o caso *St. Louis, I.M. & S. RY. CO. v. Taylor*, de 1908, revela a pretensão de contingência pela delegação a particulares da tarefa de normatizar padrões técnicos da barra de tração de trens. Pretendeu-se que os próprios agentes econômicos estabelecessem as regras mais adequadas para disciplinar esse tema.

A pretensão de contingência também estava presente na regulação do transporte de balsas no caso *Minturn v. Larue* (1859).

Em *Packer v. Board of Behavioral Science Examiners* (1975), registrou-se que a certificação de faculdades de psicologia por entidades privadas era a forma mais adequada de se aferir a preparação de candidatos. Isso porque os critérios de avaliação mudam muito rapidamente, à medida que a ciência revela novas técnicas. As entidades privadas de credenciamento revisam continuamente as qualificações das escolas e os padrões de avaliação, em velocidade que o Estado não atenderia. Houve o reconhecimento de que, na área da psicologia, as alterações da ciência exigem rápidas adaptações dos padrões para avaliação de proficiência das escolas e que essas adaptações são mais facilmente implementadas por entes privados.

Também pode-se mencionar exemplo de pretensão de contingência a normatização técnica exercida pelo *Underwriters Laboratories*, organização privada que fixa normas técnicas de segurança de produtos e os certifica. Cabe à UL adaptar suas normas às novas tecnologias que tenham potencial de interferir na segurança de produtos.

A regulação do mercado de valores mobiliários dos EUA além de ser exemplo de pretensão de fluidez é, também, exemplo de pretensão de contingência. Nesse mercado, as bolsas de valores devem elaborar seus próprios códigos de conduta. Os corretores se submetem a três níveis de normas: da bolsa de valores, da FINRA e da SEC.

#### 5.4. RISCOS DECORRENTES DO EXERCÍCIO PRIVADO DE FUNÇÕES DE AUTORIDADE PÚBLICA

A transferência de atividades tipicamente estatais para particulares apresenta desafios relevantes quanto à compatibilidade com direitos fundamentais. Neste tópico, serão apresentados os principais riscos a direitos fundamentais que foram identificados nos casos concretos descritos nesta dissertação.

Os riscos de inadequações jurídicas que foram identificados na dissertação podem ser categorizados em três grupos: a) risco de sobreposição regulatória; b) risco decorrentes de conflito de interesses; e c) riscos de ofensa ao devido processo legal.

##### 5.4.1. Sobreposição regulatória

Embora se possa questionar que a sobreposição regulatória ofenda algum direito fundamental, há nessa sobreposição efeitos prejudiciais à consecução das finalidades da regulação.

De fato, mesmo que não haja um direito fundamental à submissão a um ordenamento jurídico sem sobreposições normativas, a existência de multiplicidade de normas disciplinando o mesmo objeto compromete a segurança jurídica, pois anuvia a percepção do agente econômico quanto à conduta que dele a regulação espera.

O exercício privado de funções de autoridade pública, via de regra, submete-se a controle estatal. O Estado fiscaliza o agente privado delegatário. Para os destinatários da regulação, pode haver sobreposição de normas estatais com as do agente privado.

Além disso, viu-se no caso da regulação do mercado de valores mobiliários nos EUA que sobre o mesmo agente econômico incidiam mais de uma regra privada de regulação. Como exemplo, a dissertação citou os casos em que corretores de valores mobiliários se submetiam à regulação privada da NASD e simultaneamente da NYSE.

No caso da regulação do mercado de valores mobiliários, a sobreposição normativa se dava por três fontes: duas privadas (NASD e NYSE) e uma pública (SEC).

Para superar as sobreposições normativas no mercado de valores mobiliários, os EUA, a partir de 1975, aprovaram algumas alterações no Exchange Act. As primeiras alterações, buscaram resolver a controvérsia recorrente quanto ao exato alcance do poder da SEC e das entidades autorreguladoras.

Já em 2007, os EUA extinguiram a NASD e criaram a FINRA. Com a criação da FINRA, houve a concentração da regulação privada coercitiva em uma única entidade. Todas as bolsas de valores dos EUA devem se submeter às regras do regulador privado, a FINRA, e as do regulador público SEC.

O caso FINRA demonstra o risco de múltiplos nós exercentes de funções regulatórias criarem sobreposição normativa. Para contornar esse problema, cabe ao Estado assumir as funções de coordenador final da regulação, promovendo a unificação de normas e coerência sistêmica.

#### 5.4.2. Conflito de interesses

A busca pela maximização do lucro deve ser considerada como elemento potencialmente gerador de conflito de interesses no exercício privado de funções de autoridade pública no contexto regulatório.

De fato, o conflito de interesses pode conduzir, por exemplo, à restrição ao ingresso de novos agentes econômicos ao mercado, a revelar o conflito entre interesse privado de reduzir a concorrência e o direito fundamental à livre iniciativa, bem como o interesse público de ampliar a oferta de e o acesso a bens e a serviços.

O conflito de interesses também pode se manifestar na não aplicação sanções ou na inadequada dosimetria da pena: imposição de sanção de forma mais branda ou mais severa do que o adequado para o caso concreto.



Ainda pode-se mencionar como potencial risco do exercício privado de funções de autoridade pública a falsificação de certificados. Pode haver conflito de interesses entre a atividade de corretamente atestar a qualidade ou segurança de um produto ou serviço e o interesse de ser remunerado pela atividade de certificação. A contratante pode pressionar a empresa certificadora a emitir laudo favorável, sob pena de não ser contratada ou de não receber o valor pactuado. A falsificação de certificados pode colocar a população em risco quanto à segurança de produtos e de serviços.

Portanto, o conflito de interesses pode acarretar, exemplificativamente, os seguintes riscos à atividade regulatória: a) restrição à concorrência; b) não aplicação de sanção ou aplicação inadequada; e c) falsificação de certificados.

Cada um desses riscos foi identificado na pesquisa.

No caso *Minturn v. Larue* (1859), viu-se haver exercício indevido de funções de autoridade pública para conceder direito exclusivo e injustificado de transporte de balsa.

Já no caso *Gumbhir v. Kansas State Board of Pharmacy* (1980), o poder de polícia exercido por particulares foi invalidado, por restringir injustificadamente o ingresso de novos profissionais ao mercado.

Houve também restrição indevida à concorrência, a atuação da North Carolina State Board of Dental Examiners no licenciamento exclusivo a dentistas da atividade de clareamento de dentes.

No caso da regulação do mercado de valores mobiliário nos EUA, verificou-se que a NASD falhou na imposição de suas regras a corretores participantes da NASDAQ, em situações de práticas anticompetitivas, incluindo a coordenação entre agentes do mercado para manipular preços, compartilhamento não autorizado de informações de clientes e retardamento deliberado na divulgação de informações ao mercado.

A SEC identificou a presença de conflito de interesse na NASD em razão de sua atividade com a NASDAQ. Isso porque a NASD era, a um só tempo, agente regulador e proprietária da NASDAQ, empresa que constitui um mercado de ações automatizados, auferindo lucros pelas intermediações de papéis realizadas.

No caso dos acidentes de barragens de rejeitos no Brasil, cabia à empresa mineradora escolher e pagar a entidade certificadora. Na prática, esse modelo facilitou

a interferência do contratante no conteúdo do laudo emitido. A Vale teria pressionado a empresa TUV SUD a emitir laudo favorável (PASSARINHO, 2019).

#### 5.4.3. Ofensa ao devido processo legal

O conflito de interesses pode, também, acarretar ofensas a direitos inerentes ao devido processo legal, como, por exemplo, no desvio de finalidade para o proveito de particulares, sem a presença de justificativa razoável para tanto.

Nesse sentido, a Suprema Corte dos EUA invalidou o exercício privado de funções de autoridade pública nos casos *Eubank v. City of Richmond* e *Washington Ex Rel. Seattle Title Trust Co v. Roberge*, ao fundamento de ofensa ao devido processo legal.

Nesses dois casos, verificou-se haver desvio de finalidade para atendimento de interesse particular. A restrição ao direito de propriedade não atendia a um interesse público, mas, ao contrário, tinha a finalidade de satisfazer interesse meramente privado.

Nesses dois casos, a limitação do direito de propriedade foi considerada arbitrária. Segundo o Tribunal Constitucional norte-americano, medidas de zoneamento devem encontrar sua justificativa no poder de polícia exercido no interesse público. Restrições desnecessárias e irracionais não podem ser impostas ao uso de propriedade privada ou ao exercício de atividades úteis.

Ainda sobre conflito de interesses e seus reflexos no devido processo legal, cabe mencionar o risco de o agente regulador privado, exercente da função fiscalizatória, ser remunerado com base em percentual de multas aplicadas. Há, nessa hipótese, risco de se estimular o ente delegado a aplicar sanções, comprometendo a sua imparcialidade. No Brasil, esse risco é popularmente conhecido como indústria das multas.

Em razão de diversas inadequações a direitos fundamentais, a Suprema Corte dos Estados Unidos negou a validade da delegação nos seguintes casos:

- a) direito exclusivo para transporte de balsas, porque o poder de restrição ao ingresso de novos agentes não estava expressamente estabelecido no ato delegatório - *Minturn v. Larue* (1859);

- b) normatização sobre critério de ocupação territorial urbana, no caso *Eubank v. City of Richmond* (1912), porque a restrição sobre a propriedade privada foi exercida de forma arbitrária, para atender a interesses meramente particulares;
- c) consentimento para construção de imóvel, no caso *Washington ex Rel. Seattle Title Trust Co v. Roberge* (1928), porque a negativa de autorização para construção foi exercida de forma arbitrária, para atender a interesses meramente particulares. Não houve, nesse caso, critério de interesse público que justificasse as medidas limitativas da propriedade;
- d) normatização e fiscalização sobre regras de comércio de aves abatidas, no caso *A. L. A. Schechter Poultry Corp. v. United States* (1935), em razão da ausência de regras, de parâmetros, na lei para o exercício da atividade normativa e fiscalizatória por particulares. Nesse caso, a Suprema Corte dos EUA entendeu que o ato delegatório era genérico, teria havido delegação irrestrita de função legislativa;
- e) normatização sobre salário mínimo e jornada de trabalho, por entender que esse tema se submete à reserva legal, em *Carter v. Carter Coal Co.* (1936)
- f) certificação privada de cursos como requisito para licenciamento profissional, quando a certificação representar restrição injusta a ingresso de novos profissionais ao mercado, em *Gumbhir v. Kansas State Board Of Pharmacy* (1980);
- g) licenciamento exclusivo a dentistas da atividade de clareamento de dentes, por significar restrição injusta a atividade econômica, em ofensa à livre iniciativa, sem que houvesse autorização legal para tanto, em *North Carolina State Board of Dental Examiners v. Federal Trade Commission* (2015).

Em outros casos, todavia, os riscos a direitos fundamentais não acarretaram a invalidação do exercício privado de funções de autoridade públicas, mas conduziram à fixação de parâmetros para disciplinar esse exercício. É o que se descreve no tópico a seguir.

#### 5.4.4. Potencialidades e Parâmetros

A dissertação demonstrou que, em muitos casos, os riscos a direitos fundamentais em razão do exercício privado de funções de autoridade pública foram contornados com normas adequadas e não com a proibição desse exercício.

Repita-se, por oportuno, a afirmação de Moreira Neto (apud FONSECA, 2018, p. 42) no sentido de que o fato de a participação de particulares na atividade regulatória ter o potencial de violar direitos ou garantias fundamentais não deve ser colocado como bloqueio a essa delegação.

No Brasil, a doutrina tem apontado alguns parâmetros para compatibilizar o exercício privado de funções de autoridade pública. Em geral, os parâmetros apresentados pela doutrina brasileira são:

- a) não exercício da coação pelo particular;
- b) não delegação de normatividade primária, reservada à lei formal;
- c) respeito a direitos e garantias fundamentais do cidadão, em especial ao devido processo legal;
- d) disciplina prévia sobre todos os aspectos das atribuições a serem desempenhadas pelo particular;
- e) submissão ao regime de direito público da atividade coercitiva privada; e
- f) delegação concretizada por lei formal.

Viu-se, na dissertação, haver divergência doutrinária sobre as atividades passíveis de delegação. A divergência mais evidente reside nas atividades de normatização infralegal e na aplicação de sanção, sendo mais amplamente aceita a delegação das acessórias ao consentimento estatal e à fiscalização.

No âmbito jurisprudencial, é possível sintetizar que os tribunais superiores no Brasil autorizam a delegação de funções de autoridade pública respeitando-se nas seguintes hipóteses:

- a) delegação de atos de consentimento;
- b) delegação de atos fiscalizatórios;
- c) delegação de atos de consentimento, fiscalização e sanção a empresas estatais prestadoras de serviços público em regime não concorrencial; e
- d) delegação de atos materiais, acessórias à atividade regulatória estatal.

Delineadas as hipóteses de exercício privado de funções de autoridade pública já reconhecidas pela jurisprudência, a dissertação identificou os seguintes parâmetros fixados pelo STF e pelo STJ:

- a) relação regida pelo direito público entre os destinatários dos atos e a entidade delegada (no caso dos serviços prestados pelas serventias extrajudiciais);
- b) responsabilidade objetiva do Estado pelos danos causados pelos entes delegados (no caso dos serviços prestados pelas serventias extrajudiciais);
- c) características dos poderes delegados disciplinadas por lei formal (caso Comlurb).

Para além dos parâmetros fixados pela jurisprudência, a dissertação identificou casos de normatização infralegal obrigatória exercida pela ABNT e de arbitragem obrigatória no mercado livre de energia.

Em comparação com o Brasil, os Estados Unidos da América têm experiência mais complexa e quantitativamente maior de exercício privado de funções de autoridade pública.

Nos Estados Unidos da América, há o reconhecimento jurisprudencial de maior participação de particulares no exercício de funções de autoridade pública. De fato, prevalece na Suprema Corte desse país a possibilidade de o legislador delegar atividades estatais a particulares, desde que respeitados alguns parâmetros. A dissertação identificou as seguintes atividades exercidas por particulares nos EUA:

a) normatização sobre a ordenação de ocupação territorial urbana, como nos casos:

- a.1) *Respublica v Duquet* (1799);
- a.2) *Eubank v. City of Richmond* (1912);

b) normatização da atividade de transporte, como no caso *Minturn v. Larue* (1859);

c) normatização técnica quanto à segurança de produtos, como nos casos:

- c.1) *St. Louis, I.M. & S. Ry. Co. v. Taylor* (1908); e
- c.2) *Underwriters Laboratories*;

d) normatização técnica quanto à normas de segurança do ambiente de trabalho de minas de carvão, como no caso *Plymouth Coal CO. v. Pennsylvania* (1914);

e) consentimento para construção de imóvel, como no caso *Washington ex Rel. Seattle Title Trust Co v. Roberge* (1928);

f) normatização sobre o comércio de carvão betuminoso, com a fixação de preços mínimos, como no caso *Carter v. Carter Coal Co.* (1936);

g) possibilidade de afastamento de regulação estatal, em caso de manifestação da maioria dos produtores e distribuidores de leite em um determinado mercado, no caso *Highland Farms Dairy, Inc. v. Agnew* (1937);

h) condicionamento da regulação estatal, mediante manifestação prévia de produtores e distribuidores de tabaco, de leite e de uvas-passas, como nos casos:

h.1) *Currin v. Wallace* (1939), em que o Estado só podia inspecionar e certificar um determinado mercado de tabaco se houvesse concordância prévia de dois terços dos produtores e distribuidores;

h.2) *United States v. Rock Royal Co-Op* (1939), em que a fixação de preços máximos e mínimos do leite pelo Secretário de Agricultura ficava condicionada à aprovação prévia da maioria das cooperativas de produtores; e

h.3) *Parker v. Brown* (1943), em que as regras de controle de produção e de preços de uvas-passas deveriam se submeter a aprovação prévia da maioria dos produtores;

i) apresentação de proposta normativa ao Estado, como nos casos:

i.1) *Sunshine Anthracite Coal Co. v. Adkins* (1940), em que cabia a um ente estatal, a Comissão Nacional do Carvão Betuminoso, aprovar, desaprovar ou modificar as regras propostas pela associação de produtores de carvão;

i.2) *Parker v. Brown* (1943), em que os produtores de uvas-passas propunham à comissão estadual regras para regular produção e preço desse produto. Nesse caso, as regras propostas poderiam ser aprovadas, desaprovadas ou modificadas pelo Estado. Após a análise estatal, o texto final só poderia entrar em vigor se submetido a um referendo entre os produtores;

j) certificação e normatização dos parâmetros para certificação de cursos como requisito para o licenciamento profissional, como nos casos:

j.1) *State Ex Rel. Kaplan v. Dee* (1955), em que a Lei determinava que apenas profissionais graduados por faculdades credenciadas por um ente privado podiam exercer a profissão de veterinário. A entidade privada certificadora também era responsável por fixar os parâmetros de avaliação dos cursos;

j.2) *Packer v. Board of Behavioral Science Examiners* (1975), no qual se exigia mestrado em ciências do comportamento em uma escola credenciada por uma associação privada como requisito para o exercício da profissão de

conselheiro matrimonial, familiar e infantil. A entidade privada certificadora também era responsável por fixar os parâmetros de avaliação dos cursos;

j.3) ABA, que certifica e fixa parâmetros para certificação de cursos de Direito. Em alguns estados dos EUA apenas profissionais formados por cursos certificados pela ABA podem se licenciar ao exercício profissional;

l) certificação e normatização dos parâmetros para certificação de hospitais por entidade certificadora privada, como requisito para recebimento de repasses do governo em execução de política pública de saúde, como no caso *Cospito v. Heckler* (1984);

m) arbitragem compulsória, no caso *Thomas v. Union Carbide* (1985);

n) normatização de métricas e padrões sobre a programação de serviços ferroviários de passageiros, no caso *Department of Transportation v. Association of American Railroads* (2014);

o) normatização infralegal, fiscalização, aplicação de sanções e concessão de autorizações no mercado de valores mobiliários, no caso da FINRA.

Dos precedentes que enfrentaram as questões jurídicas relacionadas ao exercício privado de funções de autoridade pública, considerando tanto julgados que mantiveram a delegação aos particulares quanto os que negaram essa possibilidade, pode-se apresentar os seguintes parâmetros adotados pelos EUA para compatibilizar esse exercício com os direitos fundamentais do cidadão:

a) deve-se interpretar restritivamente os atos delegatórios. Apenas as atividades expressamente delegadas no ato de delegação podem ser exercidos por particulares, sendo vedada interpretação analógica ou extensiva para ampliar os poderes do particular. Parâmetro fixado em *Minturn v. Larue* (1859);

b) no caso de dúvida do alcance dos termos utilizados na norma, a interpretação deve ser dada de forma a restringir as atividades delegadas. Parâmetro fixado em *Minturn v. Larue* (1859);

c) a limitação da liberdade e propriedade dos cidadãos deve se submeter a normas que promovam a saúde pública, a moral, a segurança, a conveniência pública e a prosperidade geral. O poder de polícia não pode ser exercido para alcançar interesses meramente privados. Se A norma aprovada por particulares limitar a propriedade privada, não para o bem-

estar público, mas para conveniência de outros proprietários, essa norma é inconstitucional por ofensa ao devido processo legal. Parâmetro apresentado nos casos *Eubank v. City of Richmond* (1912) e *Washington ex Rel. Seattle Title Trust Co v. Roberge* (1928);

- d) nas hipóteses de exercício de atividade normativa infralegal por particulares (“atividade quase legislativa”), não é necessária a previsão de recurso a ente público. Essa ausência de previsão de recurso contra ato normativo não ofende o devido processo legal. Parâmetro apresentado em *Plymouth Coal Co. v. Pennsylvania* (1914);
- e) a atividade normativa privada infralegal não pode impor restrições injustas à admissão de novos agentes econômicos. Parâmetro apresentado em *A. L. A. Schechter Poultry Corp. v. United States* (1935);
- f) ainda na atividade normativa infralegal, não deve haver regra anticompetitiva, salvo se houver uma política pública aprovada pelo Parlamento que a autorize. Parâmetro apresentado em *A. L. A. Schechter Poultry Corp. v. United States* (1935);
- g) as regras antitrustes não são impostas ao regulador privado, se a restrição à concorrência decorrer de uma política pública aprovada em lei formal e se houver supervisão estatal sobre as atividades do regulador privado. Parâmetro apresentado em *Parker v. Brown* (1943) e em *North Carolina State Board of Dental Examiners v. Federal Trade Commission* (2015);
- h) as principais características da delegação de atos de autoridade pública devem ser disciplinadas no ato delegatório. A atividade normativa e fiscalizatória por particulares deve seguir parâmetros fixados em Lei, não podendo haver delegação genérica. Parâmetro apresentado em *A. L. A. Schechter Poultry Corp. v. United States* (1935);
- i) a lei delegatória deve fixar os objetivos a serem alcançados pelo regulador, seja público ou privado. Parâmetro apresentado no caso *United States v. Rock Royal Co-Op* (1939);
- j) não pode haver recusa arbitrária à certificação. Parâmetro apresentado em *Packer v. Board Of Behavioral Science Examiners* (1975);
- k) é possível a adoção de arbitragem compulsória desde que seja adotada para resolver disputas entre os participantes em um processo regulatório,



em que esteja envolvida questão de interesse público. A arbitragem compulsória é legítima se relacionada à função regulatória estatal, se for instrumento para aumentar a disponibilidade de produtos ou de serviços ao mercado, ou para intensificar a proteção à saúde, segurança e meio ambiente. Parâmetro apresentado em *Thomas v. Union Carbide* (1985);

- l) na arbitragem compulsória, o árbitro deve ser imparcial e devem ser respeitados os demais direitos inerentes ao devido processo legal. Parâmetro apresentado em *Thomas v. Union Carbide* (1985);
- m) uma empresa estatal deve ser tratada como um ente público, se exercer função regulatória e se sobre suas atividades houver controle político pelo Parlamento. Parâmetro apresentado no caso *Department of Transportation v. Association of American Railroads* (2014);
- n) o Estado deve exercer controle sobre o exercício privado de função regulatória quando houver manifestação de poder soberano. Parâmetro apresentado em *North Carolina State Board of Dental Examiners v. Federal Trade Commission* (2015);
- o) o agente regulador privado deve se submeter à legislação antitruste se não houver autorização legal para impor medidas anticompetitivas. Parâmetro apresentado em *North Carolina State Board of Dental Examiners v. Federal Trade Commission* (2015);
- p) o Estado deve assumir a função de coordenador final da regulação, promovendo a unificação de normas e coerência sistêmica, como forma de superar o risco de sobreposição normativa. Parâmetro extraído do caso SEC.

Como se constata da experiência norte-americana, alguns parâmetros fixados para a delegação, em verdade, são parâmetros para qualquer exercício do poder de polícia, mesmo que pelo próprio Estado. Assim, por exemplo, a submissão da restrição à propriedade privada a razões de interesse público é requisito para o exercício do poder de polícia tanto estatal quanto por particulares delegatários.

Pode-se afirmar, portanto, que o exercício de atividades coercitivas por particulares deve se submeter ao respeito a direitos e garantias fundamentais. A limitação da liberdade tanto por atos privados quanto públicos deve ser compatível com o respeito aos demais direitos fundamentais da pessoa.

Nesse sentido, Flávio Unes Pereira (2013) alerta que o exercício privado de atos de autoridade pública deve se submeter ao regime de direito público. 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.

A pesquisa demonstrou que a participação privada no exercício de funções de autoridade pública pode significar relevante meio para a redução de déficits de capacidade regulatória.

Todavia, mostrou-se, também, que permitir o exercício privado de funções públicas é tarefa complexa, exige a identificação dos riscos concretos dessa atividade e a construção de regramento bem desenhado para tratar esses riscos. A quantidade de normas contidas no Securities Exchange Act disciplinando a regulação privada no mercado de valores mobiliários dos Estados Unidos revela a complexidade da tarefa de se regular o exercício privado de funções regulatórias (EUA, 1934).

Ao se idealizar a estratégia regulatória baseada em delegação de funções públicas a entes privados, é preciso ter em mente as peculiaridades e distinções desses entes com a Administração Pública. Eles têm natureza e interesses distintos, a demonstrar que a mera delegação de funções públicas a particulares, de forma ingênua, pode significar graves riscos de comprometimento das finalidades regulatórias.

Brasil e EUA têm dado respostas distintas à possibilidade de delegação de funções de autoridade pública a particulares. O Brasil tem adotado critérios mais estreitos do que os EUA para essa delegação.

## 6. CONCLUSÃO

O problema enfrentado pela dissertação foi investigar como acontece, na prática, a participação privada no exercício de funções de autoridade pública e quais os desafios em termos de compatibilidade constitucional são normalmente enfrentados nos casos identificados.

Como visto ao longo da pesquisa, a colaboração de particulares na atividade regulatória estatal é apontada pela proposta de regulação por redes nodais da teoria da regulação responsiva como medida que contribuiria para a superação de déficit de capacidade regulatória, em especial em países em desenvolvimento

A pesquisa partiu das seguintes hipóteses:

- d) tanto no Brasil como nos Estados Unidos da América é possível identificar experiências de participação privada em atividades de autoridade pública;
- e) os Estados Unidos têm uma experiência mais longa, consistente e complexa de delegação de poderes públicos a entes privados em comparação à experiência brasileira;
- f) no Brasil, os requisitos para participação privada em atos de autoridade pública são mais rigorosos do que nos Estados Unidos.

Buscou-se identificar no Brasil e nos Estados Unidos da América (EUA) casos reais de exercício de instrumentos regulatórios de coerção extrínseca por entes privados.

A pesquisa teve como base teórica a proposta de regulação por redes nodais da teoria da regulação responsiva, desenvolvida por John Braithwaite.

A relação entre ofensa a direitos fundamentais e falhas regulatórias, ou déficits de capacidade regulatória, revela a importância da pesquisa. Mostrou-se que falhas regulatórias colocam em risco a saúde, a qualidade do meio ambiente e do ambiente do trabalho, além de poder significar ofensa à livre iniciativa. A dissertação partiu das concepções de Cass Sunstein sobre falhas regulatórias.

A base empírica foi a jurisprudência da Suprema Corte dos EUA e das Cortes superiores no Brasil. A escolha por investigar casos nos EUA foi a consequência de pesquisas preliminares no Direito de alguns países: Alemanha, Áustria, França, Itália, Espanha e Suíça. Dentre os países pesquisados, os Estados Unidos da América

revelaram ter uma experiência mais longa e mais complexa de exercício privado de funções de autoridade pública.

Além dos casos encontrados na jurisprudência dos tribunais superiores desses dois países, foram inseridos na dissertação outros casos encontrados em artigos acadêmicos sobre o tema ou mencionados na fundamentação dos precedentes.

Em alguns desses casos, houve o reconhecimento da incompatibilidade com a Constituição do exercício privado de funções de autoridade pública. Já em outros, esse exercício foi considerado compatível com a Constituição.

A pesquisa demonstrou que, no Brasil, a doutrina se divide entre os que recusam a possibilidade de exercício privado de funções coercitivas e os que entendem ser possível essa delegação, desde que observados parâmetros adequados ao enfrentamento dos riscos.

A dissertação apresentou um panorama sobre o entendimento doutrinário no Brasil sobre esse tema. Observou-se que o principal argumento dos que são contrários à delegação é no sentido de que a coercitividade decorre do poder extroverso do Estado, por meio do qual o ente estatal é colocado em posição de superioridade hierárquica em relação aos particulares.

Nesse sentido, para essa corrente doutrinária, seria inconstitucional, por ofender o princípio da isonomia, permitir que um particular exerça funções coercitivas sobre outro particular, já que entre particulares a relação é de equilíbrio.

Para a outra corrente doutrinária descrita na dissertação, seria possível a delegação de funções de autoridade pública a particulares, notadamente por não haver proibição constitucional.

Outrossim, para essa corrente, a delegação não significaria a abdicação estatal da atividade de polícia, pois deve o Estado manter a fiscalização sobre os entes privados delegatários do poder de polícia.

Ainda para a doutrina que defende a possibilidade de delegação, o regime jurídico de direito público deve incidir sobre a atividade coercitiva exercida por particulares, garantidos aos destinatários da regulação todos os direitos e garantias do devido processo legal.

A dissertação identificou que, dentre os doutrinadores que defendem a possibilidade de delegação, há divergência quanto à extensão das atividades delegáveis.

Os tribunais superiores no Brasil têm poucos precedentes sobre o exercício privado de funções de autoridade pública. O STJ, no REsp nº 817.534 – MG, julgado em 2009, no caso BHTrans, entendeu que apenas atos relativos ao consentimento e à fiscalização podem ser delegados. Para o STJ, os demais atos de poder de polícia não poderiam ser delegados nem mesmo a empresas estatais, integrantes da administração indireta.

Nesse precedente, o STJ esclareceu que atos materiais, acessórios, em apoio à atividade regulatória estatal, podem ser exercidos por particulares.

Já o STF, na ADIn nº 1.717-6, julgada em 2002, entendeu que não ser válida a delegação de atividade típica de Estado a uma entidade privada.

Entretanto, em 2020, ao julgar o caso BHTrans, no RE 633.782, decidiu ser *constitucional a delegação do poder de polícia, por meio de lei, a pessoas jurídicas de direito privado integrantes da administração pública indireta de capital social majoritariamente público que prestem exclusivamente serviço público de atuação própria do Estado e em regime não concorrencial*. Nesse precedente, o STF reconheceu a constitucionalidade da delegação de atos de consentimento, sanção e de fiscalização.

Portanto, no Brasil, é possível afirmar que as jurisprudências dos tribunais superiores autorizam a delegação de funções de autoridade pública nas seguintes hipóteses:

- a) delegação de atos de consentimento;
- b) delegação de atos fiscalizatórios;
- c) delegação de atos de consentimento, fiscalização e sanção a empresas estatais prestadoras de serviços público em regime não concorrencial; e
- d) delegação de atos materiais, acessórios à atividade regulatória estatal.

Em consonância com a jurisprudência brasileira, a dissertação identificou casos de exercício privado das funções de certificação e de operação de equipamentos necessários à fiscalização.

Entretanto, para além dos parâmetros fixados pela jurisprudência, a dissertação identificou caso de exercício de atividades de normatização infralegal por ente privado de observância obrigatório pelo destinatário da norma. É o caso da ABNT.

Também foi identificado caso de arbitragem compulsória, independentemente da vontade das partes, no caso comercialização no mercado livre de energia elétrica.

Ainda sobre a participação privada no exercício de funções de autoridade pública no Brasil, a dissertação descreveu sobre a atividade de notários e registradores e sobre o PLS nº 280, de 2017, que pretende estabelecer diretrizes e requisitos para a delegação, no âmbito da administração Pública Federal, do serviço público de fiscalização administrativa a particulares.

Já os Estados Unidos da América, em comparação ao Brasil, apresentam experiência bem mais complexa e quantitativamente maior em relação ao exercício privado de funções de autoridade pública.

De fato, a dissertação identificou, nos EUA, casos de exercício privado das atividades de autoridade pública de normatização infralegal, fiscalização, consentimento, sanção e adjudicação. Para tanto, a Suprema Corte dos EUA tem colocados alguns parâmetros para compatibilizar esse exercício com os direitos fundamentais, tais como o respeito ao devido processo legal; a submissão ao regime de direito público; submissão às regras antitrustes; deve haver disciplina legal sobre os poderes delegados; e deve haver supervisão estatal sobre a atividade privada delegada. A dissertação destacou outros requisitos impostos pela Suprema Corte norte-americana.

Em conclusão, foi demonstrado que o método regulatório reflexivo busca alcançar o ponto ótimo de eficiência regulatória. Esse método tem como premissa a importância de se ter à disposição ampla diversidade de técnicas regulatórias. Busca evitar o afastamento *a priori* de qualquer técnica regulatória, defendendo a análise de adequação de cada um dos instrumentos de um conjunto amplo de possibilidades, na busca da melhor solução aos desafios regulatórios.

Todavia, o exercício privado da coercitividade apresenta riscos de inadequações jurídicas que foram categorizados na dissertação em três grupos: a) risco de sobreposição regulatória; b) risco decorrentes de conflito de interesses; e c) riscos de ofensa ao devido processo legal.

Estabelecer parâmetros constitucionais adequados para viabilizar a participação privada no exercício de funções de autoridade pública tem o potencial de ampliar as espécies de instrumentos à disposição de regulador, sem que o Estado seja onerado. Enfim, a participação de particulares na regulação pode contribuir para a redução de déficits regulatórios.

A história da regulação privada coercitiva nos Estados Unidos da América ilustra os riscos do exercício privado de funções estatais. Apesar desses riscos, os Estados Unidos não abandonaram a possibilidade de exercício privado de funções de autoridade pública. Ao contrário, aperfeiçoaram o regramento, criaram parâmetros compatíveis com a complexidade da tarefa de compartilhar a atividade regulatória entre o público e o privado.

O desafio é identificar adequadamente os riscos envolvidos no exercício privado da coercitividade, estabelecer medidas adequadas para enfrentar esses riscos e monitorar constantemente o nível de concretização da arquitetura regulatória desenhada.

O resultado da pesquisa confirma as hipóteses levantadas. Tanto no Brasil como nos Estados Unidos da América é possível identificar experiências de participação privada em atividades de autoridade pública. Brasil e EUA têm dado respostas distintas à possibilidade de delegação de funções de autoridade pública a particulares. O Brasil tem adotado critérios mais estreitos do que os EUA para essa delegação. Os Estados Unidos têm uma experiência mais longa, consistente e complexa de delegação de poderes públicos a entes privados em comparação à experiência brasileira.

A principal contribuição da pesquisa ao Direito brasileiro foi demonstrar que o exercício privado de funções de autoridade pública tem relevante potencial de diminuir déficit de capacidade regulatória e que é possível, mediante parâmetros adequados, disciplinar os riscos a direitos fundamentais que a regulação privada coercitiva representa.

## REFERÊNCIAS

ABA. About The ABA. **Portal da American Bar Association**, 2021. Disponível em: <[https://www.americanbar.org/about\\_the\\_aba/](https://www.americanbar.org/about_the_aba/)>. Acesso em: 19 nov 2021.

ABRAMSON, H. I. A Fifth Branch of Government: The Private Regulators and Their Constitutionality. **Hastings Constitutional Law Quarterly**, 16, 1989. 165-220. Disponível em: <<https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/hascq16&div=15&id=&page=>>. Acesso em: 17 nov. 2021.

ADEODATO, J. M. Critérios para Diferenciação e Autonomiada Direito Diante dos Demais Sistemas Normativos e a Coercitividade. **Delictae**, v. 3, n. 4, p. 157-177, Jan-Jun 2018. Disponível em: <<https://delictae.com.br/index.php/revista/article/view/65/43>>. Acesso em: 23 nov. 2021.

ALEMANHA. Lei Fundamental da República Federal da Alemanha. **Portal do Deutscher Bundestag**, 1949. Disponível em: <<https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf>>. Acesso em: 22 nov. 2021.

AMTRAK. FY 2020 Company Profile. **Portal da National Railroad Passenger Corporation**, 2020. Disponível em: <<https://www.amtrak.com/content/dam/projects/dotcom/english/public/documents/corporate/nationalfactsheets/Amtrak-Company-Profile-FY2020-041921.pdf>>. Acesso em: 18 nov. 2021.

ANDRADE, G. F. D. Algumas Reflexões sobre as Arbitragens e as Regras da Câmara de Comercialização de Energia Elétrica - CCEE. **Revista de Direito da Procuradoria Geral**, Rio de Janeiro, n. 67, 2013. Disponível em: <<https://www.mayerbrown.com/-/media/files/perspectives-events/publications/2013/09/gustavo-fernandes-de-andrade-algumas-reflexes-sobre-as-arbitragens-e-as-regras-da-cmara-de-comercializao-de-energia-1006803421.pdf>>. Acesso em: 16 dez. 2021.

ANOREG. Cartório em Números. **Portal da Associação dos Notários e Registradores do Brasil**, 2019. Disponível em: <<https://www.anoreg.org.br/site/wp-content/uploads/2020/04/Cart%C3%B3rio-em-n%C3%BAmeros-1.pdf>>. Acesso em: 14 dez. 2021.

ARAGÃO, A. S. D. Comentário ao Art. 174. In: CANOTILHO, J. J. G., et al. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p. 1832-1837.

ARANHA, M. I. **Manual de Direito Regulatório (fundamentos de direito regulatório)**. 5. ed. London: Laccademia Publishing, 2019.

ARANHA, M. I.; LOPES, O. D. A. **Estudo sobre Teorias Jurídicas da Regulação Apoiadas em Incentivos**. Brasília: Unb, 2019.



AVMA. About AVMA. **Portal da American Veterinary Medical Association**, 2021. Disponível em: <<https://www.avma.org/about>>. Acesso em: 18 nov. 2021.  
BBB. Better Business Bureau. Overview of Ratings. **Portal do Better Business Bureau**, 2021. Disponível em: <<https://www.bbb.org/overview-of-bbb-ratings>>. Acesso em: 9 jul. 2021.

BINENBOJM, G. **Poder de Polícia, Ordenação, Regulação**: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

BRAITHWAITE, J. Responsive Regulation and Developing Economies. **Word Development**, 34, n. 5, 2006. 884-898. Disponível em: <[http://johnbraithwaite.com/wp-content/uploads/2016/03/Responsive\\_Regulation\\_2006.pdf](http://johnbraithwaite.com/wp-content/uploads/2016/03/Responsive_Regulation_2006.pdf)>. Acesso em: 16 dez. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Segunda Turma. Recurso Especial n. 3.745/RJ. Relator: Min. Ilmar Galvao. Brasília, 26 de setembro de 1990. **Portal do Superior Tribunal de Justiça**, 1990. Disponível em: <[https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=199000059542&dt\\_publicacao=22/10/1990](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=199000059542&dt_publicacao=22/10/1990)>. Acesso em: 13 dez. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Sentença Estrangeira n. 5.206-7. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 12 de dezembro de 2001. **Portal do Supremo Tribunal Federal**, 2001. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1624362>>. Acesso em: 10 dez 2021.

BRASIL. Procuradoria-Geral da República. Parecer na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.717-6. Brasília, 7 de novembro de 2002. **Portal do Supremo Tribunal Federal**, 2002a. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266741>>. Acesso em: 16 dez. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.717-6. Relator: Min. Sydney Sanches. Brasília, 7 de novembro de 2002. **Portal do Supremo Tribunal Federal**, 2002b. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266741>>. Acesso em: 16 nov. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Segunda Turma. Recurso Especial n. 686.419/RJ. Relator: Min. Castro Meira. Brasília, 3 de maio de 2005. **Portal do Superior Tribunal de Justiça**, 2005. Disponível em: <[https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=200401181915&dt\\_publicacao=01/08/2005](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200401181915&dt_publicacao=01/08/2005)>. Acesso em: 13 dez. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Turma. Recurso Especial n. 772.347/DF. Relator: Min. Luiz Fux. Brasília, 29 de maio de 2006. **Portal do Superior Tribunal de Justiça**, 2006. Disponível em:

<<https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=%28RESP.clas.+e+%40num%3D%22772347%22%29+ou+%28RESP+adj+%22772347%22%29.suce.>>. Acesso em: 16 nov. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Turma. Recurso Especial n. 898.371/RJ. Relator: Min. José Delgado. Relator para Acórdão: Min. Teori Albino Zavascki. Brasília, 2 de outubro de 2007. **Portal do Superior Tribunal de Justiça**, 2007. Disponível em: <[https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=200602393647&dt\\_publicacao=22/10/2007](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200602393647&dt_publicacao=22/10/2007)>. Acesso em: 13 dez. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3003. Relator: Min. Dias Toffoli. Brasília, 29 de dezembro de 2009. **Portal do Supremo Tribunal Federal**, 2009a. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2170286>>. Acesso em: 10 dez. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Segunda Turma. Recurso Especial n. 817534/MG. Relator: Min. Mauro Campbell Marques. Brasília, 10 de novembro de 2009. **Portal do Superior Tribunal de Justiça**, 2009b. Disponível em: <[https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=\(\(%27RESP%27.clas.+e+@num=%27817534%27\)+ou+\(%27RESP%27+adj+%27817534%27.suce.\)\)&thesaurus=JURIDICO](https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=((%27RESP%27.clas.+e+@num=%27817534%27)+ou+(%27RESP%27+adj+%27817534%27.suce.))&thesaurus=JURIDICO)>. Acesso em: 16 nov. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Segunda Turma. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial n. 761.803/SP. Relator: Min. Mauro Campbell Marques. Brasília, 27 de outubro de 2015. **Portal do Superior Tribunal de Justiça**, 2015. Disponível em: <[https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=201502020604&dt\\_publicacao=05/11/2015](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201502020604&dt_publicacao=05/11/2015)>. Acesso em: 13 dez. 2021.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Plenário. Acórdão n. 2.440/2016. Relator: Min. José Múcio Monteiro. Brasília, 21 de setembro de 2016. **Portal do Tribunal de Contas da União**, 2016a. Disponível em: <[https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/\\*/NUMACORDAO%253A2440%2520ANOACORDAO%253A2016/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520](https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A2440%2520ANOACORDAO%253A2016/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520)>. Acesso em: 11 nov. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 606/RJ. Relatora Min. Rosa Weber. Brasília, 2 de dezembro de 2016. **Portal do Supremo Tribunal Federal**, 2016b. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur362939/false>>. Acesso em: 13 dez. 2021.

BRASIL. Senado Federal. Projeto de Lei do Senado Federal n. 280, de 2017, de Autoria do Senador Antonio Anastasia. **Portal do Senado Federal**, 2017a. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/130435>>. Acesso em: 17 Nov. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Segunda Turma. Recurso Especial n. 1658399 /CE. Relator: Min. Herman Benjamin. Brasília, 15 de agosto de 2017. **Portal do Superior Tribunal de Justiça**, 2017b. Disponível em: <[https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=201700492057&dt\\_publicacao=12/09/2017](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201700492057&dt_publicacao=12/09/2017)>. Acesso em: 13 dez. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Quarta Turma. Recurso Especial n. 1587457/SP. Relator: Min. Lázaro Guimarães. Brasília, 1 de outubro de 2018. **Portal do Superior Tribunal de Justiça**, 2018. Disponível em: <<https://www.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ATC?seq=79891974&tipo=51&nreg=201101694085&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20180226&formato=HTML&salvar=false>>. Acesso em: 16 nov. 2021.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Subsídios Técnicos para Comissão Externa do Desastre de Brumadinho. **Portal do Tribunal de Contas da União**, 2019a. Disponível em: <[https://portal.tcu.gov.br/data/files/40/80/3B/09/B7A1F6107AD96FE6F18818A8/Subsidios\\_tecnicos\\_comissao\\_externa\\_desastre\\_Brumadinho.pdf](https://portal.tcu.gov.br/data/files/40/80/3B/09/B7A1F6107AD96FE6F18818A8/Subsidios_tecnicos_comissao_externa_desastre_Brumadinho.pdf)>. Acesso em: 29 nov. 2021.

BRASIL. Agência Nacional de Telecomunicações. Resolução n. 715, de 23 de outubro de 2019. **Portal da Imprensa Nacional**, 2019b. Disponível em: <<https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/resolucao-n-715-de-23-de-outubro-de-2019-223850480>>. Acesso em: 16 dez. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Recurso Extraordinário n. 633.782. Relator: Min. Luiz Fux. Brasília, 26 de out de 2020. **Portal do Supremo Tribunal Federal**, 2020a. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754470241>>. Acesso em: 16 nov. 2021.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Plenário. Acórdão n. 1116/2020. Relatora: Min. Ana Arraes. Brasília, 06 de maio de 2020. **Portal do Tribunal de Contas da União**, 2020b. Disponível em: <[https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/\\*/NUMACORDAO%253A1116%2520ANOACORDAO%253A2020/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520](https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A1116%2520ANOACORDAO%253A2020/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520)>. Acesso em: 13 nov. 2021.

BRASIL. Agência Nacional de Mineração. Resolução n. 51, de 24 de dezembro de 2020. **Portal da Imprensa Nacional**, 2020c. Disponível em: <<https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/resolucao-n-51-de-24-de-dezembro-de-2020-296821959>>. Acesso em: 16 dez. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Quarta Turma. Recurso Especial n. 1.288.552/MT. Relator: Min. Marco Buzzi. Brasília, 24 de novembro de 2020. **Portal do Superior Tribunal de Justiça**, 2020d. Disponível em: <<https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201102510843&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>>. Acesso em: 17 nov 2021.

BRASIL. Agência Nacional de Telecomunicações. Organismos de Certificação Designados (OCD). **Portal da Agência Nacional de Telecomunicações**, 2021. Disponível em: <<https://www.gov.br/anatel/pt-br/regulado/certificacao/ocds>>. Acesso em: 16 nov. 2021.

CAIO, T. O Poder de Polícia e seus Limites. **Revista de Direito Administrativo**, v. 27, p. 1-11, 1952. Disponível em: <<https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/12238/11154>>. Acesso em: 23 nov 2021.

CARVALHO FILHO, J. D. S. **Manual de Direito Administrativo**. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

CETESB. Estatuto Social da Companhia Ambiental do Estado de São Paulo. **Portal da Companhia Ambiental do Estado de São Paulo**, 2020. Disponível em: <<https://cetesb.sp.gov.br/wp-content/uploads/2019/01/ESTATUTO-SOCIAL-CETESB-2020-24.04.20.pdf>>. Acesso em: 13 dez. 2021.

CHAGAS, I. Barragem de rejeitos e os casos Mariana e Brumadinho. **Portal do Politeze**, 2019. Disponível em: <<https://www.politize.com.br/barragem-de-rejeitos/>>. Acesso em: 15 dez. 2020.

CRETELLA JÚNIOR, J. Polícia e Poder de Polícia. **Revista de Informação Legislativa**, v. 22, n. 88, p. 105-128, out./dez. 1985. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/181650/000420250.pdf?sequence=3&isAllowed=y>>. Acesso em: 29 nov. 2021.

DERANI, C. **Privatização e Serviços Públicos**: as ações do Estado na produção econômica. São Paulo: Max Limonad, 2002.

DUTRA, D. C. Método(s) em Direito Comparado. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, Curitiba v. 61, n. 3, 2016. Disponível em: <<https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/46620>>. Acesso em: 14 dez. 2021.

ESPANHA. Ley nº 29, de 13 de julio de 1998, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. **Portal da Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado**, 1998. Disponível em: <<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1998-16718>>. Acesso em: 22 nov. 2021.

EUA. Estados Unidos da América. Supreme Court of Pennsylvania. Respublica v. Duquet. **Portal da Case Law Access Project**, 1799. Disponível em: <<https://cite.case.law/yeates/2/493/>>. Acesso em: 17 nov. 2021.

EUA. Estados Unidos da América. Supreme Court of The United States. Minturn v. Larue. **Portal da Supreme Justia**, 1859. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/64/435/>>. Acesso em: 17 nov. 2021.

EUA. Estados Unidos da América. Supreme Court of The United States. St. Louis, I.M. & S. Ry. Co. v. Taylor. **Portal da US Supreme Court**, 1908. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/210/281/>>. Acesso em: 17 nov. 2021.

EUA. Estados Unidos da América. Supreme Court of The United States. Eubank v. Richmond, 1912. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/226/137/>>. Acesso em: 17 nov. 2021.

EUA. Estados Unidos da América. Supreme Court of The United States. Plymouth Coal Co. v. Pennsylvania. **Portal da US Supreme Court**, 1914. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/232/531/>>. Acesso em: 17 nov. 2021.

EUA. Estados Unidos da América. Supreme Court of The United States. Washington ex Rel. Seattle Title Trust Co v. Roberge. **Portal da Supreme Justia**, 1928. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/278/116/>>. Acesso em: 17 nov. 2021.

EUA. Estados Unidos da América. Securities Exchange Act. **Portal da New York Stock Exchange**, 1934. Disponível em: <<https://www.nyse.com/publicdocs/nyse/regulation/nyse/sea34.pdf>>. Acesso em: 20 nov. 2021.

EUA. Estados Unidos da América. Supreme Court of The United States. A. L. A. Schechter Poultry Corp. v. United States. **Portal da US Supreme Court**, 1935. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/295/495/>>. Acesso em: 18 nov. 2021.

EUA. Estados Unidos da América. Supreme Court of the United States. Carter v. Carter Coal Co. **Portal da US Supreme Court**, 1936. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/298/238/>>. Acesso em: 18 nov. 2021.

EUA. Estados Unidos da América. Supreme Court of The United States. Highland Farms Dairy, Inc. v. Agnew. **Portal da Supreme Justia**, 1937. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/300/608/>>. Acesso em: 18 nov. 2021.

EUA. Estados Unidos da América. Supreme Court of The United States. Currin v. Wallace. **Portal da US Supreme Court**, 1939a. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/306/1/>>. Acesso em: 18 nov. 2021.

EUA. Estados Unidos da América. Supreme Court of The United States. United States v. Rock Royal Cooperative, Inc. **Portal da Supreme Justia**, 1939b. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/307/533/>>. Acesso em: 18 nov. 2021.

EUA. Estados Unidos da América. Supreme Court of The United States. Sunshine Anthracite Coal Co. v. Adkins. **Portal da Supreme Justia**, 1940. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/310/381/>>. Acesso em: 18 nov. 2021.

EUA. Estados Unidos da América. Supreme Court of The United States. Parker v. Brown. **Portal da Supreme Justia**, 1943. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/317/341/>>. Acesso em: 18 nov. 2021.

EUA. Estados Unidos da América. Supreme Court of Florida. State ex rel. Kaplan v. Dee. **Portal da Casetext**, 1955. Disponível em: <[https://casetext.com/case/state-v-dee/?PHONE\\_NUMBER\\_GROUP=P](https://casetext.com/case/state-v-dee/?PHONE_NUMBER_GROUP=P)>. Acesso em: 18 nov. 2021.

EUA. Estados Unidos da América. Supreme Court of Alabama. Ex Parte Griffith. **Portal da Law Justia**, 1965. Disponível em: <<https://law.justia.com/cases/alabama/supreme-court/1965/178-so-2d-169-1.html>>. Acesso em: 17 nov. 2021.

EUA. Estados Unidos da América. Court of Appeals of California. Packer v. Board of Behavioral Science Examiners. **Portal da Law Justia**, 1975. Disponível em: <<https://law.justia.com/cases/california/court-of-appeal/3d/52/190.html>>. Acesso em: 18 nov. 2021.

EUA. Estados Unidos da América. Kansas Supreme Court. Gumbhir v. Kansas State Board of Pharmacy. **Portal da Law Justia**, 1980. Disponível em: <<https://law.justia.com/cases/kansas/supreme-court/1980/51-935-1.html>>. Acesso em: 18 nov. 2021.

EUA. Estados Unidos da América. United States Court of Appeals. Third Circuit; Cospito v. Heckler. **Portal da Casetext**, 1984. Disponível em: <<https://casetext.com/case/cospito-v-heckler>>. Acesso em: 18 nov. 2021.

EUA. Estados Unidos da América. Supreme Court of The United States. Thomas v. Union Carbide. **Portal da Supreme Justia**, 1985. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/473/568/>>. Acesso em: 18 nov. 2021.

EUA. Estados Unidos da América. Supreme Court of The United States. Department of Transportation v. Association of American Railroads. **Portal da US Supreme Court**, 2014. Disponível em: <[https://www.supremecourt.gov/opinions/14pdf/13-1080\\_f29g.pdf](https://www.supremecourt.gov/opinions/14pdf/13-1080_f29g.pdf)>. Acesso em: 18 nov. 2021.

EUA. Estados Unidos da América. Supreme Court of The United States. North Carolina State Board of Dental Examiners v. Federal Trade Commission. **Portal da US Supreme Court**, 2015. Disponível em: <[https://www.supremecourt.gov/opinions/14pdf/13-534\\_19m2.pdf](https://www.supremecourt.gov/opinions/14pdf/13-534_19m2.pdf)>. Acesso em: 18 nov. 2021.

FELLET, J. As silenciosas mortes de brasileiros soterrados em armazens de grãos. **Portal da BBC News Brasil**, 2018. Disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/brasil-45213579>>. Acesso em: 11 dez. 2020.

FONSECA, B. Brasil registra mais de três acidentes em barragens por ano. **Portal da Agência Pública**, 2019. ISSN <https://apublica.org/2019/01/brasil-registra-mais-de-tres-acidentes-em-barragens-por-ano/>. Acesso em: 11 dez. 2020.

FONSECA, F. J. D. **Autorregulação Desportiva e Autonomia Constitucional**. Rio de Janeiro: Dissertação (Mestrado em Direito) - Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 2018. Disponível em: <[https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/20313/Disserta%C3%A7%C3%A3o%20\\_%20FD%20\\_%2015%2002%202018\\_vers%C3%A3o%20final.pdf](https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/20313/Disserta%C3%A7%C3%A3o%20_%20FD%20_%2015%2002%202018_vers%C3%A3o%20final.pdf)>. Acesso em: 16 dez. 2021.

GONÇALVES, P. **Entidades Privadas com Poderes Públicos: o exercício de poderes públicos de autoridade por entidades privadas com funções administrativas**. Coimbra: Almedina, 2008.

IULIANO, J.; WHITTINGTON, K. E. The Nondelegation Doctrine: Alive and Well. **Notre Dame Law Review**, v. 93, 2017a. Disponível em: <<https://scholarship.law.nd.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=4763&context=ndlr>>. Acesso em: 30 nov. 2021.

IULIANO, J.; WHITTINGTON, K. E. The Nondelegations Doctrine: Alive and Well. **Notre Dame Law Review**, 2, 14 Ago 2017b. 619-646. Disponível em: <<http://ndlawreview.org/wp-content/uploads/2018/01/4.-Iuliano-Whittington.pdf>>. Acesso em: 17 nov 2021.

JCAH. Joint Commission on Accreditation of Hospital. Accreditation & Certification. **Portal da Joint Commission on Accreditation of Hospital**, 2021. Disponível em: <<https://www.jointcommission.org/accreditation-and-certification/health-care-settings/hospital/>>. Acesso em: 18 nov. 2021.

JUSTEN FILHO, M. **Curso de Direito Administrativo**. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

KLEIN, A. L. Delegação de Poder de Polícia. **Portal da Enciclopédia Jurídica da PUC-SP**, São Paulo, 2017. Disponível em: <<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/132/edicao-1/delegacao-de-poder-de-policia>>. Acesso em: 16 nov. 2021.

LEOCÁDIO, T. Nova audiência entre Vale e governo de MG sobre danos por Brumadinho é realizada nesta terça-feira em Belo Horizonte. **Portal do G1 Minas**, 2020. Disponível em: <<https://g1.globo.com/mg/minas-gerais/noticia/2020/11/17/nova-audiencia-entre-vale-e-governo-de-mg-sobre-danos-por-brumadinho-e-realizada-nesta-terca-feira-em-belo-horizonte.ghtml>>. Acesso em: 15 dez. 2020.

MARQUES NETO, F. D. A. **Concessões**. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

MARQUES NETO, F. P. D. A. **A Agências Reguladoras Independentes: fundamentos e seu regime jurídico**. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

MATHEWS, G. C. A Discussion of the Maloney Act Program. **Portal da Securities Exchange Commission**, 1938. Disponível em: <<https://www.sec.gov/news/speech/1938/102338mathews.pdf>>. Acesso em: 21 nov. 2021.

MAYRINK, A. O Guarda Freios. **Portal O Trem Expresso**, 2021. Disponível em: <<http://otremexpresso.blogspot.com/2020/07/o-guarda-freios.html>>. Acesso em: 17 nov. 2021.

MEDEIROS, A. B. V. D. **Racionalidade e Otimização Regulatórias**: um estudo a partir da teoria das falhas de regulação. Rio de Janeiro: Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito, 2012. Disponível em: <<https://www.bdtd.uerj.br:8443/handle/1/9580>>. Acesso em: 17 dez 2021.

MELLO, C. A. B. **Curso de Direito Administrativo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

MOLINARO, C. A.; PANSIERI, F.; SARLET, I. W. Art. 236. In: CANOTILHO, J. J. G.; MENDES, G. F.; SARLET, I. W. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p. 2158-2162.

MOREIRA NETO, D. D. F. Transferência de Atividades Estatais a Entes da Sociedade. **Procuradoria Geral do Estado de São Paulo**, 1998. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/Congresso/wtese23.htm>>. Acesso em: 16 dez. 2021.

MOREIRA NETO, D. D. F. **Mutações do Direito Administrativo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

MOREIRA NETO, D. D. F. **Curso de Direito Administrativo**: parte introdutória, parte geral e parte especial. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.  
OLIVEIRA, R. C. R. **Curso de Direito Administrativo**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

PASSARINHO, N. Fiscalização de Barragens: órgão federal de controle é o 2º mais exposto a fraudes e corrupção, diz TCU. **Portal da BBC News**, 2019. Disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/brasil-47211131>>. Acesso em: 13 nov. 2021.

PEIRCE, H. The Financial Industry Regulatory Authority: Not Self-Regulation after All. **Portal da Mercatus Center**, 2015. Disponível em: <<https://www.mercatus.org/system/files/Peirce-FINRA.pdf>>. Acesso em: 21 nov. 2021.

PEREIRA, F. H. U. **Poder de Polícia Administrativa**: fundamentos e requisitos da delegação de seu exercício a particulares. Belo Horizonte: Tese (Doutorado em Direito) - Universidade Federal de Minas Gerais, 2013.

REARDEN, K. The History of the American Bar Association. **Portal The Last Bastille**, 2014. Disponível em: <<https://thelastbastille.wordpress.com/2014/05/18/the-history-of-the-american-bar-association/>>. Acesso em: 19 nov. 2021.

RIBEIRO, D. A. G. **Arbitragem no setor de energia elétrica**. [S.l.]: Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015. Disponível em:



<<https://sapiencia.pucsp.br/bitstream/handle/6881/1/Diogo%20Albaneze%20Gomes%20Ribeiro.pdf>>. Acesso em: 10 dez. 2021.

SEC. Securities and Exchange Commission. Report Pursuant to Section 21(a) of The Securities Exchange Act of 1934 Regarding The Nasd and The Nasdaq Market.

**Portal da The Securities Exchange Commission**, 1996. Disponível em:

<<https://www.sec.gov/litigation/investreport/nd21a-report.pdf>>. Acesso em: 21 nov. 2021.

SOARES, P. País Privatizou 165 Empresas entre 91 e 2002. **Portal da Folha de São Paulo**, 2004. Disponível em:

<<https://www1.folha.uol.com.br/fsp/dinheiro/fi2112200423.htm>>. Acesso em: 11 nov. 2021.

SOUZA, F.; FELLET, J. Brumadinho Pode Ser 2º Maior Desastre Industrial do Século e Maior Acidente do Trabalho do Brasil. **Portal da Época Negócios**, p. 28, janeiro 2019. Disponível em:

<<https://epocanegocios.globo.com/Brasil/noticia/2019/01/brumadinho-pode-ser-2-maior-desastre-industrial-do-seculo-e-maior-acidente-de-trabalho-do-brasil.html>>. Acesso em: 15 dez. 2020.

SUIÇA. Constituição Federal da Confederação Suíça. **Portal da Câmara de Comércio e Indústria Suíça em Portugal**, 1999. Disponível em:

<[https://www.ccisp-newsletter.com/wp\\_docs/Bundesverfassung\\_PT.pdf](https://www.ccisp-newsletter.com/wp_docs/Bundesverfassung_PT.pdf)>. Acesso em: 22 nov. 2021.

SUNSTEIN, C. R. **After the Rights Revolution: Reconceiving the Regulatory State**. Cambridge: Havard University Press, 1993.

TÁCITO, C. O Poder de Polícia e seus Limites. **Revista De Direito Administrativo**, n. 27, p. 1-11, 1952. Disponível em:

<<https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/12238/11154>>. Acesso em: 24 nov. 2021.

TPH. Trenton Psychiatric Hospital. **Portal da Trenton Psychiatric Hospital**, 1999.

Disponível em: <<https://ajp.psychiatryonline.org/doi/full/10.1176/ajp.156.12.1982>>. Acesso em: 18 nov. 2021.

UL. Underwriters Laboratories. About. **Portal da Underwriters Laboratories**, 2021.

Disponível em: <<https://www.ul.com/about>>. Acesso em: 19 nov. 2021.

VERONESE, A.; CUNHA, M. B. D. A Utilização das Marcas Alheias nos Algoritmos de Geração de Palavras-Chaves: uma análise sobre a jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia para pensar o caso brasileiro. **Revista Brasileira de Direito**, v. 13, n. 2, p. 232-255, 2017. Disponível em:

<<https://seer.imed.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/1586/1196>>. Acesso em: 17 dez. 2021.