

ADMINISTRAÇÃO ORDENADORA: VOCAÇÃO E LIMITES À DELEGAÇÃO

Juliana Cabral Carneiro*

Sumário: 1. Busca dos limites à delegação das atividades próprias da administração ordenadora. Quadro histórico do problema. 2. Dificuldades com a jurisprudência. 3. O que se entende por administração ordenadora. 4. Viabilidade da delegação da administração ordenadora a particulares. Vinculações jurídico-públicas que atuam em defesa das garantias aos cidadãos. 5. Referências bibliográficas.

1. Busca dos limites à delegação das atividades próprias da administração ordenadora. Quadro histórico do problema.

O que se propõe com este artigo é uma reflexão acerca dos limites institucionais do Estado brasileiro, especialmente no que tange às possibilidades de delegação das atividades da administração ordenadora do campo privado, comumente identificadas como indissociáveis das prerrogativas de autoridade próprias da Administração.

Para compreender a atuação e o papel do Estado nos dias atuais, faz-se necessário pensá-lo – o Estado Contemporâneo brasileiro – como um Estado que assistiu ao perecimento dos modelos do Estado Liberal e do Estado do Bem Estar Social e também ao modelo do Estado Socialista. Não se pode descartar, de forma alguma, que a atual Constituição da República – instrumento jurídico de conformação do Estado – surgiu em um momento de superação do período ditatorial.

Diante disto, há de se perceber que o Estado brasileiro atual – ainda que se evitem os rótulos de pós-moderno ou de globalizado – certamente busca a redefinição do seu papel, cada vez mais simbólico, midiático e fragilizado, ante as imposições dos poderes econômicos internacionais.

Com efeito, as nomenclaturas designativas da sociedade contemporânea são as mais diversas e a existência ou não de algo genuinamente novo nos tempos atuais é ponto de intensa controvérsia. Todavia, a grande maioria dos autores, dentre eles é possível citar ULRICH BECK (2001)¹, é uníssona em observar

* Procuradora do Estado do Rio de Janeiro

¹ *All around the world, contemporary society is undergoing radical change that poses a challenge to Enlightenment-based modernity and opens a field where people choose new and unexpected forms of the social and the political. Sociological debates of the nineties have sought to grasp and conceptualize this configuration. Some authors lay great stress on the openness of the human project omit new contingencies, complexities and uncertainties, where their main operative term is 'postmodernity' (Bauman, Lyotard, Harvey, Haraway), 'late modernity' (Giddens), the 'global age' (Albrow) or 'reflexive modernization' (Beck, Giddens, Lash). Others have prioritized research into new forms of experimental identity (Melucci) and sociality (Maffesoli), the relationship between individualization and political culture (Touraine), the 'post-nacional constellation' (Habermas) or the preconditions of 'cosmopolitan democracy' (Held). Others still have contributed a wave of books on the politics of nature' (Vandana,*

asnotáveis mudanças que vem enfrentando a sociedade atual.

No que se refere à presença destas mudanças recentes também na sociedade brasileira, tal posicionamento já foi explicitado por MILTON SANTOS (2001) que garante ser a Globalização um fenômeno que “envolve o planeta como um todo”. (p. 25) Jair Santos (1986), por sua vez, embora afirme em seu texto que não existiria o pós-moderno no Brasil, admite, em idos de 1986, que o trailer desse filme já possa ser assistido por aqui. (p.11)

Há características da pós-modernidade que certamente seriam um indicativo da sua presença no Brasil e nos demais países periféricos, ainda que assumam um posicionamento marginal. A ausência de fronteiras e o encurtamento da dimensão espaço-tempo, por exemplo, seriam logicamente incompatíveis com uma contenção do fenômeno aos países centrais. Ademais, a presença da informática entre nós é algo marcante, o papel essencial da mídia na manipulação dos signos é, de igual modo, realidade incontestável. Vejam como exemplos as campanhas eleitorais, sempre vinculadas a um *marqueteiro* responsável, além dos *homebanks* e as opções de *shoppings* disponíveis na *web* que esfumaçam o dinheiro em símbolos.

Os contornos do Estado contemporâneo não são pacíficos. Na pós-modernidade, costuma-se anunciar o enfraquecimento do poder político estatal. É que tem como característica indiscutível o domínio dos poderes econômicos internacionais, a dimensão espaço-temporal reduzida pela tecnologia computadorizada, e uma forte atenuação das fronteiras territoriais. Por outro lado, Milton Santos (2001), com um olhar periférico, posiciona-se em sentido diverso. Afirma que o Estado vem se fortalecendo “*para atender aos reclamos da finança e de outros grandes interesses internacionais, em detrimento dos cuidados com as populações cuja vida se torna mais difícil*”. (p. 19) De qualquer sorte, parece não haver dúvidas de que o Estado atual vem sofrendo mudanças e é imprescindível que se reflita acerca dos seus limites e papéis institucionais.

A Constituição de 1988, neste sentido, já foi produzida no contexto da pós-modernidade, marcada pela tentativa de redefinição do Estado. E é neste contexto, de redefinição jurídica do papel institucional do Estado, que se pretende inserir o problema da administração ordenadora.

O artigo não tem a pretensão de esgotar o tema, mas, ao reverso, de por o problema. As questões a serem enfrentadas giram em torno das possibilidades e limites jurídicos de delegação do poder de autoridade próprio do Estado, na atividade de ordenação, aos setores privados. Quais atividades de regulação do privado podem ser delegadas pelo Estado aos próprios particulares? Quais devem ser delegadas? Quais os limites desta delegação? Que tipo de controle poderia, a Administração, continuar a exercer sobre os entes que receberam esta delegação?

2. Dificuldades com a jurisprudência.

A jurisprudência dos Tribunais brasileiros não vem apresentando uma solução sólida e satisfatória ao problema. Mostra-se vacilante.

Observe-se a emblemática decisão proferida na ADIN nº 1.717-6/DF (Pleno,

Shiva, Gernot Böhme, Maarten Hajer, John S. Dryzek, Tim Hayward, Andrew Dobson, Barbara Adam, Robin Gove-White and Brian Wynne). All agree that in the decades ahead we will confront profound contradictions and perplexing paradoxes, and experience hope embedded in despair. (BECK, 2001, p.1)

Min. Sidney Sanches DJ 28-03-2003). Nesta ação, o Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade, do “caput” e dos § 1º, 2º, 4º, 5º, 6º, 7º e 8º do art. 58, da Lei nº 9649/98, que atribuía personalidade jurídica de direito privado aos Conselhos de Fiscalização Profissional e afirmava, entre outras coisas, que estes órgãos não manteriam, com os órgãos da Administração Pública, qualquer vínculo funcional ou hierárquico. O fundamento desta declaração foi o de que a interpretação conjugada dos artigos 5º, XIII, 22, XVI, 21, XXIV, 70, parágrafo único, 149 e 175 da Constituição Federal, levaria “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”.

Ocorre que, apesar de nesta decisão ter ficado consignado que os Conselhos de Fiscalização Profissional teriam personalidade de direito público, em razão da indelegabilidade do poder de polícia a uma entidade privada, é certo que o Supremo Tribunal Federal apresenta uma jurisprudência extremamente inconsistente acerca da necessidade de submeter estes Conselhos de Fiscalização Profissional ao regime de Direito Público.

Rememore-se que o Tribunal, em momento anterior, já havia afastado a possibilidade de exercício da supervisão ministerial sobre as entidades fiscalizadoras de profissões liberais (RMS n. 20.976, Pleno, Relator Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE, DJ de 16.02.1990), evidenciando a não recepção do parágrafo único, do art. 1º, do Decreto-lei nº 968/69.

Mas não foi apenas isso. Também em momento posterior ao citado julgamento da ADI nº 1717, o mesmo Tribunal se posicionou em sentido contraditório. No julgamento da ADI nº 3.026/DF (Pleno, Min. Eros Grau, DJ 29-09-2006) afirmou-se que a OAB não é uma entidade da Administração Indireta da União, enquadrando-se como “serviço público independente”, de forma a justificar a não exigência de concurso público para contratação dos submetidos ao regime trabalhista da OAB. Também já se afirmou (MS nº 26150 / DF – Decisão do MIN. EROS GRAU, DJ 29/09/2006), expressamente, que os Conselhos de fiscalização de profissões regulamentadas, assim como a OAB, não constituem autarquias e que não estariam sujeitos à tutela da Administração. O fundamento desta desnecessidade de tutela administrativa estaria no fato de que os Conselhos “sustentam-se por meio de contribuições cobradas de seus filiados, não recebendo quaisquer repasses do Poder Público”.

Como se não bastassem as incoerências, neste mesmo ano, no RE nº 465330/RS, em acórdão de relatoria do Min. GILMAR MENDES, (DJ 27/04/2006) ficou determinado que as contribuições de interesse das categorias profissionais destinadas aos Conselhos profissionais têm natureza tributária, por expressa previsão do art. 149 da Carta Magna², devendo, portanto, submeter-se aos princípios do Sistema Tributário Nacional, com a expressa equiparação dos Conselhos a uma autarquia. Ora, se as contribuições aos Conselhos são tributos, por óbvio são recursos públicos, que demandariam, *prima facie*, uma tutela pública.

² A mesma posição ficou consignada no AI 768577 AgR, julgado em 19/10/2010, pela Primeira Turma, em acórdão de relatoria do Min. Ricardo Lewandowski.

É certo que resta a questão sem resposta satisfatória e coerente. A fiscalização das profissões regulamentadas, como atividade ordenadora do Estado, pode ser delegada a entidades particulares? Em caso positivo, poderiam, estas entidades, sustentar-se por meio de tributos, receber repasses do poder público, submeter-se à tutela e fiscalização do poder público?

Outras hipóteses receberam o exame dos Tribunais. No Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, no julgamento das representações de inconstitucionalidade n. 2003.007.00146 e n. 2003.007.00109, (Órgão Especial, Rel. Des. NAGIB SLAIBI, D.O. 19.06.2007) ficou consignado que “a ordem jurídica democrática pode dispor sobre o exercício do poder de polícia por entidades não governamentais e até mesmo por pessoa privada, como se vê, por exemplo, na prisão em flagrante delito”. Isto porque o poder de polícia não seria “privativo, no seu exercício, das entidades estatais, pois constitui instrumento de atuação da soberania do povo brasileiro”. Em razão disto, foi decidido que não se pode exigir, na atuação do motorista infrator das normas de trânsito, a atuação apenas de servidor público concursado e ocupante de cargo efetivo na Administração Direta. Nesta linha, foi considerada constitucional a atuação dos empregados da Guarda Municipal do Rio de Janeiro – empresa pública, no exercício do poder de polícia no trânsito. Tudo isto foi supostamente extraído do art. 173, §1º, da Constituição da República, que autorizaria a prestação de serviços públicos por pessoas jurídicas de direito privado, dentre elas, as empresas públicas, como é o caso da Guarda Municipal do Rio de Janeiro. Tal posicionamento vem sendo reiterado pelo Tribunal, como, por exemplo, ocorreu na apelação nº 0024036-51.2004.8.19.0038, de relatoria da Des. VERA MARIA SOARES VAN HOMBEECK (Julgamento: 21/06/2010 - Primeira Câmara Cível) e na apelação nº 0002694-45.1999.8.19.0042, de relatoria do Des. ADEMIR PIMENTEL (Julgamento: 18/01/2012 – Décima Terceira Câmara Cível).

Cumpra lembrar que, em momento anterior, o Superior Tribunal de Justiça, no Resp 772.347/DF (Primeira Turma, Min. LUZ FUX, DJ 28.03.06), examinando as hipóteses do trânsito, havia declarado que a função da polícia administrativa envolveria o “poder de império sobre a vontade individual”, devendo ser exercida por entidade jurídica de direito público (administração direta – centralizada – ou, se descentralizada, só se poderia outorgá-la para uma autarquia). É bem verdade que o julgamento finda por admitir a utilização de pardais eletrônicos para o fornecimento de elementos fáticos à aplicação da multa de trânsito, ao argumento de que o uso de insumos – pessoal e equipamento – privados não se confundiria com a transferência do exercício do poder de polícia para o particular. De qualquer sorte, reconhece que a transferência do exercício do poder de polícia seria um dos limites à desestatização. Três anos depois, o Superior Tribunal de Justiça adotou posição um pouco mais moderada acerca deste tema. No Resp 817534/MG (Segunda Turma, Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, DJ 10.12.09), ficou consignado que, no que concerne ao poder de polícia, somente o 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. 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 arrecadação³.

Como se depreende dos julgados, urge seja realizado um estudo criterioso acerca da possibilidade e dos limites jurídicos à delegação da administração ordenadora a particulares.

3. O que se entende por administração ordenadora.

Deve ser esclarecido o conceito que se tem de administração ordenadora. Com este intuito, há de ser feita a advertência de que, com o conceito de administração ordenadora, se pretende substituir a idéia de “poder de polícia”, constantemente utilizada, com diversos delineamentos diferentes, pela doutrina e jurisprudência brasileira.

Desde logo, se afasta o conceito de “polícia” que se conheceu desde a antiguidade grega até o início da modernidade europeia. Por polícia, neste contexto, se compreendia, de início, toda a atividade estatal. No final da idade média europeia, já haviam sido excluídas desta noção, parcamente, as atividades internacionais do Estado, a justiça e as finanças. De qualquer sorte, até o momento do Estado absolutista, esta “polícia” era compreendida como um poder ilimitado do Estado. Esta noção certamente não se adéqua ao momento atual brasileiro, quando estamos sujeitos ao Estado Democrático de Direito⁴.

É certo que com a ascensão do Estado liberal, no séc XVIII, na Europa, esta função executiva do Estado acompanhou a própria restrição do Estado. A partir deste momento, o já chamado “poder de polícia” passou a designar uma faculdade estatal de impor limites e restrições aos direitos individuais, com a finalidade de salvaguardar a segurança, a salubridade e a moralidade públicas. Com toda esta restrição, o “poder de polícia” passou a ser visto como uma faculdade de impor aos particulares certos deveres de abstenção, que somente estariam teoricamente justificados diante da proteção destes interesses acima mencionados.

Esta concepção pode parecer bastante adequada ao Estado brasileiro atual, pois parece restringir suficientemente a atividade estatal com limites impostos pelos direitos dos particulares. Ilusão. Não se pode esquecer que a necessidade de vinculação da atividade estatal de restrição das liberdades particulares à proteção destes bens jurídicos francamente abstratos – segurança, salubridade e moralidade públicas – se parece restringi-la, certamente a legítima. Dito de outro modo, uma quantidade imensa de restrições pode ser imposta aos particulares sob o pretexto de salvaguardar, abstratamente, a segurança a salubridade e a moralidade públicas.

Não se pode ignorar que ao “poder de polícia” se tem como correspondente o “dever de obediência” dos particulares. E logo logo, os bens jurídicos abstratos

³ A posição já havia sido anunciada antes, mas não com tanto detalhamento, no Resp 549.880-DF (Min. Eliana Calmon – Segunda Turma - DJe 18/11/2008).

⁴ Acerca da evolução história do poder de polícia, ver Gordillo (1986), parte geral, t.II, secção III, capítulo XII.

foram se multiplicando com as justificativas em torno da tranquilidade pública, confiança pública, economia pública, estética pública, decoro público, até se chegar aos conhecidos e abstratíssimos “ordem pública” e “bem comum”, capazes de autorizar e legitimar quase toda a espécie de limitação da liberdade. Esta ampliação, na verdade, apenas revelava o viés autoritário que desde a antiguidade integrava a noção de “polícia”, agora mais complexa, pois atrelada à noção de “poder”. Pouco depois da Revolução Francesa, desde que se considerou estabelecida a burguesia como novo poder político e superada a monarquia absolutista, um Estado francamente intervencionista foi se implantando e expandindo, instrumentalizado com esta forma de “poder de polícia”. Esta realidade atinge o seu auge com as grandes guerras e a instalação de Estados ditatoriais, que, além de utilizar a proteção de bens jurídicos abstratos como justificativas à sua atuação restritiva dos direitos dos particulares, atrelavam o “poder de polícia” a uma discricionariedade insindicável e abandonavam a necessidade de que o poder de polícia estivesse voltado apenas à imposição de ações omissivas dos particulares, passando a exigir também condutas positivas.

No Estado brasileiro atual, que se entende como um Estado Democrático de Direito, exige-se um novo quadro teórico. Para a superação do viés autoritário, os bens a serem protegidos com a atuação do Estado devem ser consagrados pela Constituição da República e a interferência do Estado na atuação dos particulares demanda uma verificação concreta de que o ônus imposto é plenamente justificado, naquele caso, pelos ganhos que serão obtidos. O que se propõe é um dever de proporcionalidade concreta como fundamento e limite do exercício da administração ordenadora⁵.

Por proporcionalidade, aqui, se entende uma investigação acerca da adequação (entre o fim perseguido e o instrumento empregado), da necessidade (ou vedação de excesso – será necessária a medida se não houver meio menos gravoso para se chegar ao mesmo resultado) e da proporcionalidade em sentido estrito (o que se ganha com a medida deve ser maior do que o aquilo que se perde com ela)⁶. De forma mais clara, a atuação ordenadora do Estado, *naquele caso concreto*, deve ser por meio de uma medida adequada, necessária e proporcionalmente justificada para a proteção daquele bem jurídico, reconhecido na Constituição, ao qual se visa a proteger.

Por outro lado, consoante a Constituição de 1988, o Estado deve ser bastante distinto daquele Estado liberal mínimo: tem deveres positivos. Incumbe-lhe a proteção dos consumidores (art. 5, XXII), da saúde (art. 23, II), do patrimônio cultural (art. 23, III e IV), do meio ambiente (art. 23, VI e VII), da segurança no trânsito (art. 23, XII), da ordem econômica (art. 174). Em muitos destes casos, o Estado somente atinge as finalidades constitucionalmente propostas com a exigência, aos particulares, de prestações de natureza positiva. Deste modo, deve ser concebida teoricamente uma atuação ordenadora estatal capaz de demandar dos particulares ações, não apenas omissões.

O conceito de administração ordenadora parece o mais adequado, para este novo paradigma: um dever de avaliação concreta da proporcionalidade de atuação

estatal ordenadora face ao bem jurídico, constitucionalmente reconhecido, a ser protegido, se necessário, com a exigência de ações positivas dos particulares.

O conceito da administração ordenadora, que aqui se pretende, foi bem descrito por CARLOS ARI SUNDFELD (2003):

Deve-se identificar a administração ordenadora como a atuação estatal concernente às “operações de regulação do setor privado” (ligadas à aquisição, exercício e sacrifício de direitos privados) com o emprego do poder de autoridade. Esta administração, como função estatal, estaria ao lado de duas outras funções: a administração de gestão (prestação de serviços públicos e sociais, emissão de moeda, exploração de setores monopolizados e atividades econômicas...) e a administração fomentadora (função de induzir, mediante estímulos e incentivos, os particulares a adotarem certos comportamentos) (Sundfeld, 2003, p. 16-17).

Com este conceito, pretende-se retirar o viés autoritário que marca a noção de poder de polícia e conceber uma função administrativa que, como as demais funções do Estado, deve ser orientada pelo princípio da juridicidade administrativa. As fontes jurídicas de legitimidade à atuação estatal devem abranger, muito além da lei formal, os princípios e regras delineados na Constituição, bem como procedimentos racionalmente construídos para atender aos parâmetros de democracia (notadamente marcados pela participação dos cidadãos)⁷.

4. Viabilidade da delegação da administração ordenadora a particulares. Vinculações jurídico-públicas que atuam em defesa das garantias aos cidadãos.

Neste ponto, então, deve-se voltar ao problema posto: É juridicamente possível, ao Estado, delegar a particulares a autoridade própria da administração ordenadora? Se a resposta for positiva, em que hipóteses? Quais os limites desta delegação?

Para responder à questão, há de ser destacado que no atual Estado brasileiro, posterior ao modelo do Estado social, é inevitável observar uma retração das funções atribuídas à Administração Pública. Tal influxo deve-se ao fato de que o crescimento desmensurado da Administração próprio do Estado social foi vinculado à forte ineficiência, burocracia, aumento na carga tributária e forte desconfiança dos cidadãos na moralidade e probidade da Administração⁸. A Constituição de 1988 reflete este quadro, com vários dispositivos que orientam uma atuação parcimoniosa do Estado. Observe-se, por exemplo: dentre os princípios fundamentais da República Federativa do Brasil encontra-se no inc. IV, do art. 1º, a livre iniciativa; o art. 173 coloca a

⁵ Esta proposta é formulada por Farlei Oliveira e Alexandra Campos (2007).

⁶ Acerca do princípio da proporcionalidade aqui mencionado, ver Barroso (2002).

⁷ Acerca da vinculação da administração à juridicidade e não apenas à lei, ver Binenbojm (2008, p. 125 e seguintes) e Baptista (2003).

⁸ A este respeito ver Estorninho, 1999, p. 47 e seguintes.

exploração direta de atividade econômica pelo Estado como exceção, somente justificada pelos imperativos de segurança nacional ou relevante interesse coletivo; o art. 174 coloca a regulação e normatização estatal como meramente indicativas para o setor privado.

Por outro lado, quando se pretende identificar quais as atividades da administração podem ser delegadas aos particulares, a necessidade de utilização de prerrogativas de autoridade – essencial à administração ordenadora – é vista doutrinariamente como um empecilho, ou ao menos um forte dificultador, ao uso de formas privadas de atuação⁹.

Não é novidade, porém, na doutrina jurídica, que se admita, em alguma medida, sob a perspectiva do poder de polícia, a delegação da atividade ordenadora a entidades privadas. PEDRO GONÇALVES (2005) promoveu amplo estudo do uso da autoridade pública por entes privados. Entre nós, CARVALHO FILHO (2005), por exemplo, admite que o poder de polícia seja delegado sob três condições: que a pessoa privada a receber esta delegação integre a estrutura da Administração Indireta, pois somente desta forma poderá ser dotada da potestade (*jus imperii*); que a competência delegada seja conferida por lei formal, pois este seria o pressuposto de validade do poder de polícia exercido pela própria Administração Direta; que o poder de polícia restrinja-se à prática de atos de natureza fiscalizatória, partindo da premissa de que as restrições preexistem e de que se cuida de função executória e não inovadora (p.64-66).

CARLOS ARI SUNDFELD & JACINTHO ARRUDA CÂMARA (2006), de forma diversa, enfrentando o tormentoso tema dos Conselhos de Fiscalização Profissional, optam por indicar que estas entidades teriam natureza pública, entre outros fundamentos, porque algumas das atividades para as quais estas entidades foram criadas envolvem o exercício do poder de autoridade. É bem verdade que, por outro lado, afirmam que estas entidades, embora públicas, não integrariam a estrutura da Administração e não se submeteriam integralmente ao regime de Direito Público, pelo que, desta forma, se estaria preservando a liberdade de exercício profissional constitucionalmente garantida.

O receio que se tem da atribuição destas atividades que envolvem o uso da autoridade a entidades particulares consiste basicamente numa vinculação que se faz entre a atuação privada da Administração e a supressão das garantias dos particulares em face do poder público.

Cumpra ressaltar, porém, que existem diversas formas de atuação privada da Administração: desde a criação de entes privados integrantes da Administração Pública até a atribuição de função de interesse público a entes privados alheios à estrutura estatal, mas que mantenham com ela vínculos decorrentes de contratos ou de atos administrativos complexos.

⁹ Estorninho (1999) menciona que a Comissão para Qualidade e Racionalização da Administração Pública reconhece como menos passíveis de ‘desintervenção’ as atividades operativas ou instrumentais com prerrogativas de autoridade e produzidas em monopólio ou em produção concorrencial na Administração (p. 48).

Em todas estas formas de atuação privada da Administração, o regime jurídico, em verdade, não será integralmente privado, mas deverá ser híbrido e, deste modo, podem e devem ser resguardados os direitos e garantias dos cidadãos em face do poder público, por meio de certas ‘vinculações jurídico-públicas’¹⁰: são exemplos o respeito ao princípio da juridicidade administrativa; a vinculação aos direitos fundamentais (já é relativamente bem aceito na doutrina jurídica a aplicação dos direitos fundamentais às relações entre particulares); a vinculação a regras procedimentais que garantam a participação popular em decisões relevantes e, nos casos de aplicação de sanções, que proporcionem aos cidadãos o contraditório e a ampla defesa; a sujeição ao controle do Tribunal de Contas, nas hipóteses em que haja a gestão de recursos públicos...

Deste modo, não parece ser o caráter público ou privado da entidade responsável pelo exercício da autoridade pública a questão essencial e em si suficiente a resguardar os direitos e garantias dos particulares perante o poder. Ao reverso, muitas vezes, o exercício da autoridade por meio de entidades privadas e o regime jurídico híbrido que deverá lhe acompanhar podem ser perfeitamente compatíveis com os direitos e garantias individuais, ou mesmo desejável para melhor exercitá-los. Basta que sejam impostas as ‘vinculações jurídico-públicas’ necessárias a impedir um abuso na utilização da autoridade, observando-se caso a caso.

Revisitando os temas enfrentados pela jurisprudência citada, talvez fosse mais adequado ao exercício da liberdade profissional (art. 5º, inc. XIII, da Constituição da República) que a fiscalização pelos Conselhos profissionais fosse exercida por entidades privadas, desde que fossem asseguradas vinculações jurídico-públicas, como a participação popular nas decisões, o contraditório e a ampla defesa nos procedimentos sancionatórios, a legalidade das limitações impostas aos profissionais... Também se poderia argumentar, que não representaria um problema, em si, que multas de trânsito fossem aplicadas por uma empresa pública, com personalidade jurídica de direito privado, embora pareça ser especialmente problemático que uma certa participação nas multas aplicadas por seus servidores constitua recurso para esta empresa, a violar a garantia de imparcialidade da Administração Pública (art. 11, da Lei Municipal n. 1887/92).

Em verdade, parece que transferir o exercício da administração ordenadora para entidades privadas, em certos casos, é desejável. Basta que se questione o papel e capacidade institucional do Estado ordenador para que se chegue a esta conclusão. SUNSTEIN & VERMEULE (2002) já anunciaram: para verificar a melhor maneira de interpretar o direito, é preciso que se questione acerca da capacidade institucional do intérprete e dos efeitos dinâmicos da decisão no sistema.¹¹ No que tange à atuação das

¹⁰ A expressão é empregada por Estorninho (1999) para designar certas limitações à Administração Pública, mesmo na atuação privada, como meio de estancar os males da ‘fuga para o direito privado’ (p. 167 e seguintes).

¹¹ *By contrast, we urge that it is far more promising to focus on two neglected issues. The first has to do with institutional capacities. As we shall urge, debates over legal interpretation cannot be sensibly resolved without attention to those capacities. The central question is not “how, in principle, should a text be*

entidades de classe, é bastante razoável concluir que a interpretação e fiscalização de normas de conduta profissional pelos próprios profissionais terão melhores efeitos dinâmicos para o sistema. É que os profissionais conhecem melhor a dinâmica das relações de serviço e trabalho que servirão de substrato fático àquelas normas jurídicas e estão melhor aparelhados para interpretá-las, podendo, inclusive, lançar mão do uso de princípios e corrigir absurdos não previstos pelo legislador, sem incrementar demasiadamente os riscos de incerteza para o sistema. Neste sentido, se obterá melhores efeitos no que concerne à garantia da liberdade de atuação profissional. Por outro lado, a exigência de um regime jurídico exclusivamente público para as entidades profissionais pode sobrecarregar demasiadamente a estrutura dos entes de fiscalização com a burocracia estatal, produzindo ineficiência, sem nenhum ganho no que se refere à obtenção da melhor interpretação do direito, pois o Estado não estaria melhor aparelhado à interpretação e aplicação das normas de conduta profissionais, em verdade mais sujeitas à técnica que à política. O Estado Contemporâneo brasileiro, importa ressaltar, tem sérias limitações institucionais e deve concentrar esforços naquilo que se entende por essencial no que concerne à regulação, apenas aos aspectos intrinsecamente ligados às questões políticas, macroeconômicas e estratégicas. Rememore-se que o art. 174 da Constituição da República coloca a regulação e normatização estatal como meramente indicativas para o setor privado.

Pode-se questionar, ainda, a legitimidade democrática da atuação de entes privados exercendo atos típicos da administração ordenadora. Em verdade, como ressalta BINENBOJM (2008, p. 243 e seg), vem se observando, atualmente, um fenômeno quase que globalizado de conversão do modelo de administração piramidal própria de um Executivo unitário para uma administração policêntrica, com autoridades mais ou menos independentes, como é o caso das agências reguladoras. Neste fenômeno, a participação dos cidadãos nos processos decisórios apresenta-se como “uma alentada forma de suprimento do problema do déficit de legitimação democrática” das agências independentes (Binenbojm, p. 294-295, 2008). O mesmo raciocínio pode ser empregado para garantir a legitimação democrática de uma autoridade independente que se utilizasse de atos próprios da administração ordenadora. Nesta linha, uma autoridade independente pode-se colocar como um fator realizador da democracia, vista como o exercício de autogoverno coletivo.

A legitimidade democrática de um ente privado exercendo atos próprios

interpreted? The question instead is "how should certain institutions, with their distinctive abilities and limitations, interpret certain texts?" If the relevant judges can reliably decide whether a literal interpretation of a statutory term is absurd, the argument for rejecting literalism is greatly strengthened; if the relevant judges are highly fallible, literalism may have some overlooked virtues. A great deal turns as well on the attentiveness of the relevant legislature. The second issue involves the dynamic effects of any particular approach—its consequences for private and public actors of various sorts. If a nonliteral interpretation of the phrase "induce cancer" would introduce a great deal of uncertainty into the system, and reduce Congress' incentive to make corrections, it might well be sensible to deny exceptions in cases involving trivial risks. By drawing attention to both institutional capacities and dynamic effects, we are suggesting the need for a kind of institutional turn in thinking about interpretive issues.

da administração ordenadora se obtém, ainda, com a submissão de tais entes a um controle jurídico e social, a ser definido pelo legislador¹². Seria um exemplo a submissão das contas destes entes privados a um controle público, se a entidade for capaz de arrecadar ou gerir tributos.

A hipótese que aqui se propõe, então, é a de que muitas das atividades próprias da administração ordenadora, ainda que envolvam o uso de prerrogativas de autoridade, possam ser atribuídas a entidades particulares. Caso a caso, porém, o exercício destas atividades por entes privados deverá ser permeado por vinculações jurídico-públicas que promovam os direitos e garantias dos cidadãos, de modo a impor um limite jurídico ao uso da autoridade. Os casos devem merecer estudos particularizados, com a investigação das disposições Constitucionais a eles atinentes e considerando o papel institucional das entidades envolvidas.

5. Referências bibliográficas

- BAPTISTA, Patrícia F. “Direito e poder – a crise da legalidade formal e as novas formas de legitimação no estado de direito contemporâneo”. In *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro*. v. 57, 2003, p. 243-258.
- BARROSO, Luíz Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 2002.
- BECK, Ulrich. *World risk society*. Cambridge: Polity Press, 2001.
- BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do Direito Administrativo*. Direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 14ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- ESTORNINHO, Maria João. *A fuga para o direito privado: contributo para o estudo da atividade de direito privado da Administração Pública*. Coimbra: Almedina, 1999.
- GONÇALVES, Pedro. *Entidades privadas com poderes públicos*. Coimbra: Almedina, 2005.
- GORDILLO, Agustín A. *Tratado de derecho administrativo*. Buenos Aires: Ediciones Macchi, 1986.

¹² Binenbojm propõe haja um controle político, jurídico e social para as agências reguladoras (2008, p. 305).

OLIVEIRA, Farlei M. R. & CAMPOS, Alexandra C. “Poder de polícia: Anotações à margem de Agustín Gordillo”, In: OLIVEIRA, Farlei (Org) *Direito Administrativo Brasil-Argentina: estudos em homenagem a Agustín Gordillo*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

SANTOS, Jair F. dos. “O que é pós-moderno”. In: *Coleção primeiros passos*. 2. ed. São Paulo: Brasiliense, 1986.

SANTOS, Milton. *Por uma outra globalização: do pensamento único à consciência universal*. 5. ed. Rio de Janeiro: Record, 2001.

SUNSTEIN, Cass & Vermeule Adrian. *Interpretation and Institutions*. Artigo encontrado em <http://www.law.uchicago.edu/files/files/156.crs-av.interpretation.pdf>. Chicago John M. Olin Law & Economics Working Paper No. 156 (2D SERIES).

SUNDFELD, Carlos A. *Direito administrativo ordenador*. 1ª ed. 3ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2003.

SUNDFELD, Carlos A. & CÂMARA, Jacintho A. “Conselhos de fiscalização profissional: entidades públicas não estatais”. In: *Revista de Direito do Estado*. Rio de Janeiro: Renovar, n.4, out-dez 2006, p.321-333.