

## EXERCÍCIO DE PODERES PÚBLICOS DE AUTORIDADE POR ENTIDADES PRIVADAS: ALGUMAS REFLEXÕES

Mauricio Carlos Ribeiro<sup>1</sup>

**Resumo:** O presente artigo tem por finalidade pôr fim a um dos maiores tabus do Direito Administrativo Constitucional contemporâneo, qual seja, o exercício do poder e das funções públicas pela iniciativa privada. Longe de pretender esgotar o tema, este ensaio se propõe a buscar as raízes históricas que fizeram com que a delegação das funções aqui examinadas se tornasse alvo de severas críticas por parte dos defensores da soberania interna do Estado em detrimento da soberania dos cidadãos. Interessa também reiterar a necessidade de garantir que toda função estatal, seja ela desempenhada por ente público ou privado, se dê sempre em razão e em função do legítimo interesse público primário.

**Palavras-Chave:** Prerrogativas estatais, Iniciativa privada, Interesse público, Autoridade estatal, Delegação de poderes.

### EXERCISE OF POWERS OF PUBLIC AUTHORITY FOR PRIVATE ENTITIES: SOME REFLECTIONS

**Abstract:** The present article intends to break one of the biggest taboos of the contemporary constitutional and administrative law, which consists of the exercising of power and the public functions by the private initiative. Without aiming to exhaust the topic, this essay proposes to seek the historical roots, which have made the delegation of functions, examined in this article, became the target under severe criticism by the supporters of the internal State

---

<sup>1</sup>Procurador do Estado do Rio de Janeiro. Doutorando em Administração pela Escola Brasileira de Administração Pública e de Empresas da Fundação Getúlio Vargas - FGV. Mestre em Direito Público pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro - UERJ (2007) e graduado em Direito pela mesma Universidade (1998). Membro fundador do Instituto de Direito Administrativo do Estado do Rio de Janeiro - IDAERJ. Professor de Direito Administrativo da Faculdade de Direito do Ibmecc - Instituto Brasileiro de Mercado de Capitais, da Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - EMERJ e da Escola Superior de Advocacia Pública - ESAP/PGE. Professor de Direito Administrativo e de Direito Concorrencial dos programas de pós-graduação em Direito Público e Tributário do Instituto A Vez do Mestre e em Direito Administrativo Empresarial da Universidade Candido Mendes. Atualmente exerce o cargo de Presidente da Fundação Centro Estadual de Estatísticas, Pesquisas e Formação de Servidores Públicos do Estado do Rio de Janeiro - CEPERJ.

sovereignty in detriment of the citizen sovereignty. It is also desired to highlight the need to guarantee that every State function, performed even by the public or private entity, always happens in view of the legitimate interest of the primary public.

**Key words:** State prerogative, Private initiative, Public interest, State authority, Delegation of power.

## INTRODUÇÃO

Reconhecer a entidades privadas a prerrogativa de exercer poderes públicos – ou seja, de exercer *poderes de autoridade* sobre os indivíduos, grupos e outras instituições privadas – permanece um assunto polêmico. Mesmo nos tempos atuais, em que tanto se defende a relativização da autoridade estatal e da supremacia do público sobre o particular, a atribuição de poderes de autoridade a entes privados continua despertando reações contraditórias.

No entanto, e apesar do debate, fato é que diversas entidades de natureza privada encontram-se desde há muito exercendo consideráveis poderes públicos de autoridade, com significativa ingerência sobre a esfera jurídica de terceiros. Esse fenômeno – que vem recebendo atenção crescente da doutrina administrativista internacional – se torna ainda mais claro na conjuntura contemporânea de redefinição do papel do Estado, de redução da estrutura administrativa, de privatizações e de ascensão do “terceiro setor” como alternativa para o *deficit* de atendimento a demandas sociais.

Neste contexto, torna-se necessário não apenas reconhecer a existência (ou a possibilidade) do exercício de poderes públicos por entidades privadas, mas também empreender a análise do fenômeno cratológico mencionado, de seus antecedentes e suas consequências, bem como investigar quanto ao regramento jurídico que lhe pode ser aplicado. Estes são os fins visados, ainda que brevemente e de maneira não exaustiva, pelo presente ensaio – considerando, inclusive, a existência

de algumas obras importantes já escritas sobre o tema<sup>2</sup>. Se, ao final destas linhas, o exercício de poderes públicos por entidades privadas tiver deixado de ser um *tabu* para o leitor e se tornado mais um tema merecedor de atenção dos pesquisadores, já terá este trabalho alcançado seu objetivo.

### DELIMITANDO UM TABU

O *poder público de autoridade*, cuja possibilidade de atribuição a entidades privadas é o tema deste trabalho, pode ser definido brevemente como a possibilidade de alguém, que atua no exercício de função administrativa, impor sua vontade a terceiros, de forma unilateral e independentemente de sua concordância, influenciando seu comportamento por meio da edição de normas, da emissão de declarações ou autorizações com força especial ou ainda do emprego de meios de coação.<sup>3</sup>

Adota-se aqui propositalmente a noção de autoridade como alguém dotado da capacidade de infligir, de forma juridicamente válida, restrições ou mesmo lesões à esfera jurídica dos terceiros que a ele se encontrem submetidos, e que não se poderão opor caso a atuação da autoridade se dê em conformidade com o ordenamento jurídico vigente<sup>4</sup>. Assim, a resistência aos atos emanados dessa

---

<sup>2</sup> Merece destaque, entre as obras editadas sobre o tema, a tese de doutorado de PEDRO GONÇALVES, publicada sob o título *Entidades privadas com poderes públicos: o exercício de poderes públicos de autoridade por entidades privadas com função administrativa*. Coimbra: Almedina, 2008. Muitas das ideias trazidas no presente ensaio devem-se à inspiração dessa obra, cuja leitura ora se recomenda.

<sup>3</sup> Para esta definição de poder público de autoridade, congregamos elementos trazidos por ABRAHAM KAPLAN E HAROLD LASSWELL (**Poder e Sociedade**. Brasília: Editora UnB, 2ª edição, 1998, pág.119 e seguintes) e por PEDRO GONÇALVES (**Entidades privadas com poderes públicos: o exercício de poderes públicos de autoridade por entidades privadas com função administrativa**. Coimbra: Almedina, 2008, págs. 607 e seguintes).

<sup>4</sup> Para THOMAS FLEINER-GERSTER, “[o] poder pressuõe sempre uma relação entre duas ou mais pessoas. Ele repousa sobre a força e a superioridade de uma parte e, simultaneamente, sobre a – relativa – dependência e fraqueza da outra.” FLEINER-GERSTER, Thomas. **Teoria geral do Estado**. São Paulo: Martins Fontes, 2006, pág. 246.

autoridade deverá ser não a regra, mas a exceção, aceitável apenas quando a atuação da autoridade se dê de forma antijurídica.

Indubitavelmente, a prerrogativa acima definida é tradicionalmente reconhecida ao Estado, na qualidade de tutor do interesse público, titularizado pela sociedade e por ele defendido, que lhe garante a posição de *supremacia* sobre os indivíduos (*i.e.*, sobre o plano privado). No entanto, o que se percebe na quadra atual é que diversas entidades privadas acabam exercendo poderes que se encaixam na definição trazida acima – até por isso, tal definição não estabelece se o “agente” que exerce tal poder é público ou privado, exigindo apenas que o mesmo se encontre “no exercício de função administrativa”.

O fato de o eventual exercício de poderes públicos de autoridade por entidades privadas ser muitas vezes tratado como um assunto proibido (daí o porquê de nos referirmos a ele como um *tabu*) decorre, a nosso sentir, do sentimento de que um tal poder de autoridade não poderia ser validamente exercido por entidades não estatais, fruto de uma conjugação da visão do *absolutismo estatal* instaurada pelo surgimento do Estado moderno com o sentimento de *igualdade* entre todos os membros da sociedade civil, propagado pelas Revoluções americana e francesa e pelas declarações de direitos e garantias individuais.

Com efeito, a concepção absolutista do poder estatal, sem a qual o Estado nacional moderno não teria surgido, contribui para o surgimento do *tabu* ao justificar e defender a concentração de todo poder de autoridade nas mãos do ente político e de mais ninguém; a ideia de igualdade, por seu turno, faz com que surja um sentimento de apriorística e imediata rejeição à hipótese do exercício de poderes de autoridade por alguém (ou alguma instituição) que integre a sociedade, pertencendo, assim, “ao mesmo nível” daqueles sobre os quais exerceria os poderes em questão –

se todos são iguais em uma sociedade, não é legítima a submissão a alguém que de fato também seja um membro como os outros<sup>5</sup>.

Adicionando-se a esses dois ingredientes a ideia tradicionalmente repetida da dicotomia radical público-privado – ou seja, a separação total entre os estamentos políticos, privados ou estatais e os sociais, privados ou não estatais –, cria-se um ambiente ideológico propício para a persistência do dogma do monopólio estatal do poder público de autoridade.

Mas a realidade, como já se viu, é bem mais complexa do que o dogma pode sugerir: o exercício de poderes de autoridade por entes privados é um fenômeno antigo e persistente, e, ao invés de ter desaparecido com o Estado nacional moderno, permaneceu latente, adormecido, à espera do ambiente propício para renascer.

## ANTECEDENTES: A MOVIMENTAÇÃO PENDULAR DO PODER

*O poder de autoridade não nasce do Estado; ao contrário, o poder nasce da sociedade<sup>6</sup>, a partir do momento em que a coletividade agrega seus interesses para fazer surgir o chamado interesse coletivo e, em seguida, entrega esse interesse a alguém (indivíduo ou instituição: a autoridade) que ficará encarregado de o tutelar ou de perseguir sua satisfação, dotando-o então de meios para o atingimento do interesse em questão – entre os quais se encontra a capacidade de exercer efeitos*

---

<sup>5</sup> Veja-se que SANTI ROMANO (I poteridisciplinari delle pubbliche amministrazioni. In **Giurisprudenza Italiana**. Torino, 1898, IV, p. 241) afirmava que “o princípio da igualdade em que se inspira toda a moderna legislação de direito privado não permite que uma pessoa, física ou jurídica, à exceção do Estado e dos outros entes públicos, possa exercer um poder de autoridade sobre outra pessoa”.

<sup>6</sup> Para THOMAS FLEINER-GERSTER, “[a] origem verdadeira da ‘qualidade de Estado’, a saber, a soberania, reside portanto no povo. Sem povo pode-se exercer a força, mas não a autoridade.” FLEINER-GERSTER, Thomas. **Teoria geral do Estado**. São Paulo: Martins Fontes, 2006, pág.250.

negativos sobre o patrimônio jurídico daqueles que venham a adotar comportamentos individuais ou coletivos contrários ao interesse defendido<sup>7</sup>. É isso que acontece, a grosso modo, na escolha de um representante de turma ou na eleição do Presidente da República: a coletividade escolhe alguém para tutelar seus interesses e confere a esta *autoridade* o poder como ferramenta para alcançá-los.

O Estado nacional moderno surgiu em torno do curioso fenômeno da concentração quase total de poder político, territorial, normativo e bélico em torno da autoridade política, unificada e personificada no soberano<sup>8</sup>. Até então, o poder no mundo ocidental estava disperso e era exercido por uma pluralidade de agentes, tanto de natureza política quanto de caráter particular, privado, ainda que com base territorial – as normas, o ordenamento das atividades cotidianas, a solução de litígios e a administração do incipiente espaço público se encontrava partilhada entre os diversos senhores de terras, a Santa Sé, os diversos príncipes que geriam os recursos em benefício seu e de sua dinastia, os membros dos pequenos conselhos administrativos de alguns burgos.

A concentração de poder em torno do soberano, então, implicou necessariamente na redução significativa ou na completa supressão da parcela de poder público de autoridade exercido por tais “senhores” privados, em uma espécie de jornada centrípeta do poder, rumo ao núcleo do novo ordenamento estatal. Obviamente, até por conta do reduzido papel do Estado enquanto Administração Pública naquela época, essa concentração do poder se fez sentir mais fortemente nos campos jurídico (tanto na emissão de normas quanto na solução de litígios), bélico, econômico e na administração de alguns (poucos) interesses coletivos para além da preservação da vida e da propriedade.

---

<sup>7</sup> Daí a clássica cláusula “todo poder emana do povo”, constante, com alguma variação de redação, das constituições de muitos países, inclusive da Constituição Brasileira de 1988.

<sup>8</sup> Sobre a origem do Estado e as diversas teorias que lhe servem de substrato ideológico, ver, por todos, FLEINER-GERSTER, Thomas. **Teoria geral do Estado**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

A passagem para o Estado Liberal não modificou esse fenômeno: apesar de as novas correntes ideológicas pregarem a maior *liberdade* do indivíduo – o que, em sua maior parte, equivalia a estabelecer um espaço no qual não era lícito ao Estado se imiscuir nos assuntos particulares, ou mesmo a defender alguma emancipação do indivíduo em relação à autoridade política da coletividade –, e ainda que tenha havido uma certa mudança do centro da soberania do *Estado* para a *nação*<sup>9</sup>, o exercício legítimo dos poderes públicos de autoridade permaneceu concentrado nas mãos do Estado, ainda que este tivesse o núcleo de sua vontade alterado dos monarcas para os parlamentos, as constituições e as leis – os representantes do povo e suas criações. As atividades estatais voltadas para o atendimento direto e imediato de necessidades ou demandas dos indivíduos, no entanto, ainda eram poucas; muito do que hoje é considerado “espaço público não estatal” sequer se considerava “espaço público” então – o que ainda conferia à sociedade e ao mercado um certo protagonismo no que tange a serviços sociais e a atividades econômicas.

Com o advento dos ideais de democracia e republicanismo, ainda na vigência dos Estados Liberais, o exercício de poder territorial por agentes privados, não eleitos – e, portanto, não *democráticos* –, como os chamados “*coronéis*” do Brasil e os “*caudillos*” do restante da América Latina, tornou-se ainda mais abominável. Essas potestades, que exerciam (ou ainda exercem) papel político e administrativo similar ao dos antigos senhores feudais europeus, foram sendo pouco a pouco substituídos pela autoridade estatal, que buscava preencher o espaço de poder territorial exercido pela liderança local excluída.

O cenário da concentração do poder não melhorou com o advento das doutrinas sociais e a crescente opção do mundo por regimes políticos que as adotassem: as expressões mais intervencionistas do Estado nacional moderno – do que são exemplos o *WelfareState* e os Estados socialistas-comunistas – efetuarão, na prática, uma considerável extirpação das pequenas parcelas de poder que ainda

---

<sup>9</sup> Neste sentido, ver MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Poder, Direito e Estado: o direito administrativo em tempos de globalização**. Belo Horizonte: Fórum, 2011, pág. 27.

fossem exercidas por indivíduos, grupos ou instituições não estatais, inclusive incorporando ao domínio público atividades sociais e econômicas que até então pertenciam ao ambiente privado. Concentraram-se no Estado não apenas os poderes públicos de autoridade, mas também atividades eminentemente privadas, alçadas à esfera pública por conta de ideais de interesse coletivo ou estratégico – do que são exemplos os serviços públicos, a siderurgia, a mineração e muitas outras atividades econômicas. Também as demandas sociais, muitas delas até então atendidas por entidades não estatais, como igrejas e associações beneficentes privadas, tornaram-se objeto de atuação estatal, ao ponto de ter sua satisfação *prioritariamente* a cargo do Estado (e aqui pode-se mencionar a atenção à saúde e a educação pública, que atualmente configuram *deveres* do Estado brasileiro, por força de norma constitucional).

O poder, porém, não é uma força constante, uniforme e imutável; ao revés, altera-se e reinventa-se juntamente com as mudanças da própria sociedade que lhe deu nascedouro, e continua a nascer conforme surgem novos interesses coletivos e a necessidade de atribuir sua tutela a alguém. Por conta deste fato, alguns fenômenos cratológicos continuam a surgir, à medida em que a sociedade dá origem a novas demandas e escolhe indivíduos ou instituições para atender a esses interesses, conferindo-lhes os poderes necessários à sua satisfação. Durante a jornada histórica, alguns desses poderes são atraídos pela força centrípeta do Estado, outros permanecem com atores não estatais, resistindo, por algum motivo, à atração do núcleo estatal, e outros poderes ainda são, de quando em vez, repelidos *para fora* do núcleo de poderes estatais, sendo devolvidos à sociedade.

É justamente esse movimento pendular do poder – que oscila da sociedade para o Estado e, por vezes, de volta – que dá origem ao exercício de poderes públicos de autoridade por entidades privadas: seja tratando-se de *novos poderes* que surgem na sociedade e nela permanecem, não sendo atraídos pelo Estado, ou de *poderes já existentes* que, tendo sido atraídos pelo núcleo estatal em algum momento

de sua história, são agora *transferidos* ou ainda *devolvidos* à esfera privada, à periferia do poder.

Esse fenômeno se amplia no contexto do chamado “Estado pluriclasse”, conforme percebido por MOREIRA NETO, em que a pluralidade de grupos sociais, com os mais diversos interesses – em uma profusão inédita na história da Humanidade –, faz nascer diferentes demandas e, também, diversos centros de poder em uma mesma sociedade, maximizando a criação de novos poderes e também demandando do Estado a devolução ou a transferência de outros. A partir daí, percebe-se a dispersão do poder – ou de muitas das faces desse poder – entre o Estado e outros diversos atores sociais, fenômeno que MOREIRA NETO chama de “diáspora cratológica”: o poder se espalha no intervalo contido entre o núcleo estatal e a periferia social mais externa. A ascensão do chamado “terceiro setor” na representação social e na prestação de serviços, por exemplo, demonstra que um grande quinhão do poder político retornou do Estado para as instâncias sociais.

Alguns autores, como SABINO CASSESE, enxergarão nesse fenômeno uma “crise do Estado”, e não é para menos: a dispersão do poder coloca em xeque a visão monolítica do fenômeno cratológico, a ideia de poder como monopólio estatal. No entanto, a “crise” em questão talvez seja do modelo, ou da ideia de Estado como único detentor legítimo do poder de autoridade, e não do Estado como um todo, inclusive considerando que este, como a sociedade que lhe dá suporte, tem a capacidade de se reinventar de acordo com a ideologia de cada tempo.

Fato é que a crescente complexidade da sociedade contemporânea – claramente perceptível graças à existência de diversos grupos de interesse, novos ou antigos, que se interrelacionam, se interpenetram e formam um novo tecido social – tem reflexos diretos no Estado e nos demais fenômenos políticos. A ascensão tanto do “mercado” ou “segundo setor” (formado por agentes econômicos privados) como da chamada “sociedade civil” ou do “terceiro setor”, na verdade, significa uma mudança não apenas no paradigma de atuação *ativa estatal*, mas também uma reversão da

atuação *passiva* da sociedade administrada, que passa a agir ativamente na busca da satisfação de seus interesses.<sup>10</sup>

Nesse passo, percebe-se que a sociedade pluriclasse, até mesmo por se apoiar na existência de tantas instâncias sociais distintas, faz surgir em seu seio novos poderes públicos de autoridade, que não entrega ao Estado, e ao mesmo tempo recebe deste último alguns poderes que este detinha, mas que não mais quer que sejam exercidos pela autoridade pública estatal.

### **O CONTEXTO ATUAL: O “EMPODERAMENTO” DA SOCIEDADE**

Como visto acima, o poder não foi sempre um monopólio do ente político, tampouco um privilégio: antes do Estado, o poder se encontrava disperso entre os diversos atores coletivos e individuais; durante a trajetória histórica do Estado esse mesmo poder oscila entre o centro da autoridade estatal e a periferia social.

Importante então é reconhecer que, atualmente, encontramos exatamente em um momento de reconfiguração do papel e das funções do ente político estatal, em que muitos poderes de autoridade se encontram em plena “diáspora”, vindos do Estado em direção aos muitos atores sociais que os podem exercer, e que, neste contexto, é provável que novos poderes surgidos na sociedade não sejam por ela entregues ao ente político estatal, mas permaneçam nas instâncias sociais, privadas, no chamado “espaço público não estatal”.

Desestatização, delegação, privatização, parcerias; todos esses termos – de uso tão comum no último quarto de século – refletem, em maior ou menor medida, a transferência de atividades anteriormente exercidas pela *autoridade pública estatal* para a esfera privada, seja do mercado ou da sociedade civil. Essas atividades podem ser econômicas (como os serviços públicos, que paulatinamente

---

<sup>10</sup> Neste sentido, ver MOREIRA NETO. **Poder, Direito e Estado: o direito administrativo em tempos de globalização**. Belo Horizonte: Fórum, 2011, pág. 69; ver também CHEVALLIER, Jacques. **O Estado pós-moderno**. Belo Horizonte: Fórum, 2009, *passim*.

vêm sendo delegados à iniciativa privada, ou atividades econômicas *stricto sensu* eventualmente exercidas pelo Estado, concernentes à produção de bens e à prestação de serviços sem caráter de essencialidade), sociais (como os serviços de saúde delegados a organizações sociais), culturais (tendo aqui por exemplo novamente as OS) e até mesmo a regulação de determinados setores econômicos, que em alguns casos passa a ser feita por instituições de natureza não estatal criadas pelos próprios agentes econômicos (a exemplo do que ocorre, no Brasil, com o setor de publicidade, que se autorregula por meio do CONAR – Conselho Nacional de Auto-Regulamentação Publicitária, entidade de caráter privado).

Decerto existem atividades que, por se revestirem de absoluto *iusimperium*, são consideradas como impossíveis de serem delegadas ou transferidas pelo Estado para as instâncias privadas: são aquelas atividades a que a doutrina administrativista costuma chamar *próprias de Estado*, que apenas o ente político pode exercer de maneira legítima, intimamente relacionadas às funções principais do Estado e que necessitam, para sua satisfação, da supremacia estatal ou da ameaça do uso legítimo da força contra os recalcitrantes. Segurança pública, guerra, defesa de fronteiras, diplomacia, fiscalização tributária, funções essenciais à Justiça são exemplos correntes de atividades próprias do Estado, que não podem ser legitimamente entregues a atores extraestatais.

Algumas das atividades transferidas do Estado para a sociedade implicam em muito pouca – ou às vezes nenhuma – transferência de poder público de autoridade daquele para esta; isto ocorre principalmente com relação a atividades econômicas, exercidas pelo Estado em concorrência com agentes do mercado ou mesmo em regime de exclusividade (como ocorre com alguns monopólios e serviços públicos cuja lógica se encontre mais próxima do regime jurídico de direito privado). Nestas, a lógica eminentemente privada decorrente de sua natureza já aconselhava, mesmo quando em mãos estatais, a pouca ou nenhuma utilização de poderes de autoridade para sua execução – daí, por exemplo, a cláusula constitucional brasileira

que consagra o regime privado – ou seja, sem *privilégios públicos* – das empresas públicas e sociedades de economia mista integrantes do setor econômico produtivo estatal<sup>11</sup>.

Assim, a transferência de atividades dessa natureza do Estado para a sociedade não acarreta um deslocamento significativo de poder para as outras instâncias sociais. Transferem-se majoritariamente os ativos e passivos, os funcionários, as responsabilidades, mas não propriamente *poderes*.

Há atividades, porém, que envolvem maior necessidade do exercício de poder público de autoridade, ainda que não se incluam propriamente no núcleo privativo de atividades próprias estatais, estando a meio caminho entre as duas categorias acima referidas. São atividades que, por sua própria natureza, demandam, para sua execução satisfatória, que o agente detenha prerrogativas que, ainda que não estejam embasadas propriamente na ideia de supremacia do coletivo sobre o individual ou no *iusimperium* estatal, permitam ao seu executor a ingerência sobre o patrimônio jurídico de terceiros, conformando um poder público de autoridade.

Isto acontece, por exemplo, com determinados serviços públicos, que, apesar de serem atividades econômicas (certamente especiais, porquanto titularizadas pelo Estado e apenas exercidas por particulares sob regime de delegação, de natureza pública), necessitem de prerrogativas especiais para seus prestadores, como ocorre com o serviço público de fornecimento de energia elétrica no Brasil, cujo regime jurídico assegura aos delegatários amplos poderes no que tange à verificação

---

<sup>11</sup> O Estado, neste particular, parece seguir o ditado “Em Roma, como os romanos”: quando age no mercado, como agente econômico produtor de bens ou prestador de serviços que configurem atividade econômica *stricto sensu*, obriga-se a atuar sob regime de direito privado. Assim dispõe o artigo 173, §1º, II da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, *in verbis*: “Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei. § 1º A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre: (...) II - a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários; (...)”

da regularidade dos tomadores (usuários) dos respectivos serviços, contemplando a realização de vistorias (ainda que à revelia dos usuários), a imposição de adicionais pecuniários em caso de verificação de irregularidades, expressiva discricionariedade na implementação de procedimentos tendentes à identificação de fraudes, e mesmo a suspensão imediata do fornecimento de energia em alguns casos<sup>12</sup>.

Portanto, dentre as atividades transferidas – ou, como defendemos, *devolvidas* – pelo Estado para a sociedade, apenas algumas justificarão a outorga, aos particulares que venham a receber o encargo de executá-las, de poderes públicos de autoridade. Chamamos a este caso de *poderes públicos de autoridade exercidos por entidades privadas mediante delegação*.

Outrossim, como dito acima, há determinadas atividades que, apesar de se revestirem de interesse coletivo, nasceram no seio da sociedade mas não foram transferidas ao Estado, permanecendo sua execução atribuída a atores sociais privados. Muitas dessas atividades surgiram mais recentemente, e não foram entregues à tutela estatal por motivos vários, considerados isoladamente ou em conjunto, dentre eles a eventual incapacidade do Estado para lidar com os assuntos a que se referem, ante sua novidade ou seu caráter mais difuso, ou mesmo a sensação de que se tratam de assuntos completamente estranhos à autoridade estatal, muito embora necessitem, para a completa satisfação das demandas a eles relativas, de prerrogativas de autoridade conferidas a seus prestadores.

As entidades privadas que atuam em tais atividades exercem poderes públicos de autoridade que não lhes são delegados pelo Estado, pois *nunca estiveram sob sua guarda*, pelo que pode-se aqui falar em *poderes públicos de autoridade exercidos por entidades privadas originariamente*.

É interessante perceber que a autoridade reconhecida *pela sociedade* a tais entidades não decorre de um processo formal de atribuição de prerrogativas, nem de norma jurídica ou de chancela estatal neste sentido, mas sim de

---

<sup>12</sup> Todas essas prerrogativas das concessionárias do serviço público de fornecimento de energia elétrica constam da Resolução ANEEL nº 456, de 29 de novembro de 2000.

fatores como a expertise, a credibilidade e a imparcialidade de tais entidades no mercado ou perante a sociedade como um todo.

Este é o caso, por exemplo, das entidades privadas voltadas à padronização e certificação de atividades econômicas, como a Associação Brasileira de Normas Técnicas – ABNT, no Brasil, e a International Organization for Standardization – ISO, em âmbito internacional. Tais entidades – embora, repita-se, sejam revestidas de caráter privado, não tendo qualquer vínculo com o Estado – estabelecem, por meio de atos normativos, padrões de qualidade a serem seguidos pelos produtores de bens e prestadores de serviços, e emitem, a partir de solicitação dos agentes econômicos integrantes dos setores objeto de padronização, e após vistorias, diligências e análises técnicas, certificação quanto ao atendimento, pelos referidos agentes econômicos, dos requisitos estabelecidos pelas normas de padronização.

Percebe-se claramente que tais entidades detêm a capacidade de *editar normas* que conduzem a atividade empresarial dos agentes econômicos, bem como de *emitir declarações com validade especial*, atestando a conformidade dos produtos e serviços com relação aos padrões técnicos por ela estabelecidos. Impossível, portanto, negar a elas o reconhecimento de que exercem poder público de autoridade.

Por fim, percebe-se a existência de atividades que, embora se revistam de caráter eminentemente privado, tenham nascido na sociedade e nela permanecido (ou seja, não tenham sido entregues aos cuidados do Estado), necessitam de alguma *validação* estatal para seu exercício pelas entidades privadas por elas responsáveis; incluem-se aqui atividades privadas que são de forte interesse estratégico, para cujo exercício a própria sociedade solicita que o Estado reconheça a entidade privada responsável ou esteja de alguma forma envolvido com sua criação. Ressalte-se que a entidade permanece sendo privada, e também que os poderes que irá exercer serão *nascidos com ela*, e não a ela atribuídos pelo Estado, ao qual só competirá reconhecê-la ou participar de sua instituição.

Um bom exemplo deste tipo de entidade privada que exerce originariamente *poderes públicos de autoridade originários mediante reconhecimento estatal* – e aqui nos apoiamos novamente na valiosa obra de PEDRO GONÇALVES – pode ser encontrado na regulação da *internet* pela entidade internacional de direito privado *Internet Corporation for Assigned Names and Numbers – ICANN*, criada por impulso do governo estadunidense, incumbida de exercer a gestão global da infraestrutura da *internet*, administrando o sistema comum de endereços e permitindo transformar os milhões de computadores espalhados pelo mundo em uma rede única e coerente<sup>13</sup>. Essa entidade internacional se apoia em centenas de entidades de nível nacional, às quais se atribui a missão de gerenciar o sistema de endereços em cada país, como o são, no Brasil, o Comitê Gestor da Internet no Brasil - CGI.br, criado por meio da Portaria Interministerial nº 147, de 31 de maio de 1995, dos Ministérios das Comunicações e da Ciência e Tecnologia, ao qual se submetem o Núcleo de Informação e Coordenação do Ponto BR - NIC.br e o Registro de Domínio para a Internet no Brasil - Registro.br.

Essas entidades, por diversos meios, efetivamente normatizam a utilização da rede mundial de computadores, editando normas e estabelecendo procedimentos e requisitos para seu funcionamento; também decidem sobre a atribuição de endereços a sítios eletrônicos, que é feita a pedido de eventual interessado, que, após análise, é deferido ou não – pelo que não se pode negar que elas exercem poderes públicos de autoridade.

A necessidade de reconhecimento ou envolvimento do Estado com relação a tais entidades, outrossim, se justifica pelo relevante interesse coletivo de que se reveste a administração da rede de computadores, sem a qual quase nada mais se faz no mundo civilizado; essas entidades, porém, não perdem a natureza privada e permanecem sendo regidas por normas de direito privado.

---

<sup>13</sup> GONÇALVES, Pedro, *op. cit.*, pág. 106 e seguintes.

Contudo, é imprescindível reconhecer que o caráter de *autoridade* de que as entidades privadas acabam se revestindo colocam-nas em posição de manifesta superioridade – se não fática, ao menos jurídica – sobre os demais indivíduos e instituições que delas dependam. Como fazer, então, para temperar os poderes de tais entidades e evitar o risco de sua má utilização, impedindo que os efeitos negativos do empoderamento de entes privados?

### **A SUBMISSÃO DAS ENTIDADES PRIVADAS QUE EXERCEM PODERES PÚBLICOS DE AUTORIDADE AO DIREITO ADMINISTRATIVO**

É inegável que as entidades privadas que exercem legitimamente poderes públicos de autoridade se encontram em posição *privilegiada* em relação aos outros indivíduos e instituições sociais. Há aqui, então, uma clara *desigualdade entre iguais*, que pode ser tornar odiosa se servir de justificativa ou de ambiente para abusos por parte dos entes que se encontrem em condições de superioridade.

É de se ver, outrossim, que o poder público de autoridade não lhes é conferido pela sociedade à tã: trata-se, em verdade, de um *poder funcionalizado*, justificado apenas e tão somente pelo fato de ser necessário para a satisfação de um determinado interesse coletivo entregue à tutela da entidade privada. O exercício de poderes públicos de autoridade por entidades privadas, seja ele delegado ou originário, serve ao interesse público, não aos objetivos da entidade privada, que encontra-se adstrita a exercer os poderes que lhe são confiados segundo o princípio do interesse público.

Tais poderes, desta forma, devem ter seu exercício regulado e limitado pelo ordenamento jurídico, a fim de evitar os abusos da posição de supremacia de um ente privado sobre outros, bem como para preservar a conformidade de seu exercício aos limites estabelecidos pelo Direito.

Entendemos que devem-se aplicar a tais entidades, portanto, naquilo que couber, os princípios e as regras de Direito Público, mais propriamente as do Direito Administrativo, cuja função principal é resguardar os direitos do cidadão em face da autoridade (seja ela propriamente estatal ou integrante do público não estatal) e propiciar o controle de sua atividade, ao mesmo tempo em que concede a esse agente as ferramentas legítimas para o atingimento dos fins a que se destina.

Com efeito, ao aceitar o encargo de exercer a atividade que lhe garante as prerrogativas de autoridade, a entidade privada forçosamente assume também os ônus decorrentes de tal posição, entre eles a aplicação de normas protetivas aos demais particulares, que configuram garantias das liberdades individuais, bem como os direitos fundamentais. A observância de princípios como o da legalidade, da impessoalidade, da proteção da confiança e da boa fé objetiva, que comumente se exige dos entes públicos, passa a ser também plenamente exigível de tais entidades privadas.

Outrossim, entidades privadas que lidem diretamente com o patrimônio jurídico de terceiros devem adotar procedimentos que respeitem o contraditório, a ampla defesa, as regras procedimentais previamente estabelecidas, que permitam ao particular-administrado se contrapor à atuação do particular-administrador.

É importante também que as entidades privadas que utilizam o poder público de autoridade para edição de normas recorram a mecanismos de legitimação dos atos normativos junto à sociedade, como consultas e audiências públicas, visando à obtenção de um consenso virtuoso entre a entidade e o grupo humano que lhe dá suporte.

A atuação das entidades privadas que exercem poderes públicos de autoridade, outrossim, acaba por sujeitar-se a um *regime jurídico duplo*, regendo-se, em geral, pelas normas do direito privado, porém subordinando-se a normas de direito público quando a situação assim o exigir. Obviamente, fora do âmbito do exercício do

poder de autoridade, a entidade privada continuará atuando sob regime jurídico de direito privado.

Assim também, eventuais atuações de entidades privadas, utilizando poderes públicos de autoridade, que sejam desenvolvidas em desacordo com os limites impostos ao exercício de tais poderes, deverão ser consideradas atuações meramente privadas, situação na qual eventuais atos de autoridade serão forçosamente considerados inválidos.

Por fim, entendemos que caberá ao Estado fiscalizar o correto exercício de poderes públicos de autoridade pelas entidades privadas, a fim de evitar que o empoderamento de alguns entes particulares integrantes da sociedade resulte em lesões ao Direito e ao patrimônio jurídico de terceiros.

## REFERÊNCIAS

CHEVALLIER, Jacques. **O Estado pós-moderno**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

FLEINER-GERSTER, Thomas. **Teoria geral do Estado**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

GONÇALVES, Pedro. **Entidades privadas com poderes públicos: o exercício de poderes públicos de autoridade por entidades privadas com função administrativa**. Coimbra: Almedina, 2008.

KAPLAN, Abrahan, LASSWELL, Harold. **Poder e Sociedade**. Brasília: Editora UnB, 2ª edição, 1998

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Poder, Direito e Estado: o direito administrativo em tempos de globalização**. Belo Horizonte: Fórum, 2011

ROMANO, Santi. **Giurisprudenza Italiana**. Torino, 1898, IV

