III ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO ADMINISTRATIVO E GESTÃO PÚBLICA II

JANAÍNA RIGO SANTIN

MATEUS EDUARDO SIQUEIRA NUNES BERTONCINI

JOSÉ SÉRGIO DA SILVA CRISTÓVAM

Copyright © 2021 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
Diretora Executiva - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - UNIVEM/FMU – São Paulo
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio – Rio de Janeiro
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR – Ceará

Representante Discente:
Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade – UNIMAR/FEPODI – São Paulo

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara – ESDHC – Minas Gerais
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro
Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho – Ceará
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS – Sergipe
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR – São Paulo
Secretarias
Relações Institucionais:
Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes – UNB – Distrito Federal
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM – São Paulo
Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo
Comunicação:
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali – Rio Grande do Sul
Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB – Paraíba
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC – Santa Catarina
Relações Internacionais para o Continente Americano:
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM – Rio Grande do Sul
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão
Relações Internacionais para os demais Continentes:
Prof. Dr. José Barroso Filho – ENAJUM
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
Eventos:
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec – Minas Gerais
Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC – Paraná
Profa. Dra. Livia Gaigher Bosio Campello - UFMS – Mato Grosso do Sul

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UMICAP – Pernambuco

D597

Direito administrativo e gestão pública II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Janaína Rigo Santin; José Sérgio da Silva Cristóvam; Mateus Eduardo Siqueira Nunes Bertoncini – Florianópolis: CONPEDI, 2021.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-65-5648-343-6
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Saúde: segurança humana para a democracia

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. III Encontro Virtual do CONPEDI (1: 2021 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34

CONPEDI

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis
Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

III ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO ADMINISTRATIVO E GESTÃO PÚBLICA II

Apresentação

DIREITO ADMINISTRATIVO E GESTÃO PÚBLICA II

O III Encontro Virtual do CONPEDI, ocorrido entre os dias 23 e 28 de junho de 2021, mais uma vez proporcionou um importante e qualificado espaço de debates para a comunidade jurídica e, em especial, para os programas de pós-graduação de todo o Brasil, seus docentes e discentes.

Um evento totalmente virtual, à exemplo dos que lhe antecederam em 2020, proporcionando um espaço de encontro e de partilha das pesquisas realizadas neste período de crise tão profunda, onde vimos a edição de muitas leis e políticas públicas que merecem e devem ser estudadas e problematizadas, mas que ainda há muito a ser feito, no sentido de enfrentar e propor soluções para superar os efeitos deletérios advindos da pandemia da Covid-19.

Nada obstante todas as adversidades do período, o III Encontro Virtual do CONPEDI proporcionou aos seus participantes conferências, painéis e grupos de trabalho de elevadíssimo nível, a exemplo do Grupo de Trabalho "Direito Administrativo e Gestão Pública II", com artigos marcados pela sensibilidade, pelo engajamento e pela preocupação com os problemas atuais e os desafios do Direito Público nesta nova realidade.

A marca que perpassou os artigos apresentados reflete o apuro intelectual e a respectiva atualidade, complementados pelos debate de alto nível sobre as mais diversas temáticas do Direito Administrativo de ontem, de hoje e também de amanhã.

Os artigos aqui publicados gravitam em torno das seguintes temáticas:

1. FOME E CADEIAS DE PRODUÇÃO: UMA PERSPECTIVA PÓS PANDEMIA

2. O ACESSO À INTERNET COMO SERVIÇO PÚBLICO ESSENCIAL E GARANTIA DO EXERCÍCIO DA CIDADANIA: UMA ANÁLISE NO CONTEXTO DA PANDEMIA DE COVID -19

3. O DEVER DE PRECAUÇÃO DA COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS PARA ATUAR NO JUDICIÁRIO SOBRE MATÉRIA PENDENTE DE CONCLUSÃO NA ESFERA ADMINISTRATIVA

4. RACIONALIDADE LIMITADA E PANDEMIA: ESTUDO DA PANDEMIA DA COVID-19 À LUZ DO COMPORTAMENTALISMO ECONÔMICO

5. A LEI 9469/97 E A OMISSÃO DO PAGAMENTO DOS PRECATÓRIOS ALIMENTARES: UMA BREVE ANÁLISE SOB A ÓTICA DO SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

6. O PATO, O OVO E O PODER DE POLÍCIA

7. A EVOLUÇÃO DO CONCEITO DE PODER DE POLÍCIA NO ESTADO REGULADOR: INSTRUMENTO OU SINÔNIMO?

8. PODER DE POLÍCIA: DELEGAÇÃO À PARTICULARES, O CASO DO OPERADOR NACIONAL DO SISTEMA ELÉTRICO – ONS

9. INTERESSE PÚBLICO E PODER DE POLÍCIA: A COMPETÊNCIA DOS MUNICÍPIOS PARA ADOTAR MEDIDAS DE ENFRENTAMENTO À PANDEMIA DA COVID-19

10. O DEVER DE CONTROLE DAS EMPRESAS CONCESSIONÁRIAS DE TRANSPORTE COLETIVO SOBRE OS USUÁRIOS: INEXISTÊNCIA DE PODER DE POLÍCIA E NECESSIDADE DE COOPERAÇÃO NO ENFRENTAMENTO DA PANDEMIA DE COVID-19.

11. O PODER DISCRICIONÁRIO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NO CONTEXTO DA PANDEMIA DO COVID-19

12. OS COMITÊS DE RESOLUÇÃO DE DISPUTAS COMO MEIOS DE PREVENÇÃO DA LITIGIOSIDADE E SUA EFICIÊNCIA NA GESTÃO DE CONTRATOS ADMINISTRATIVOS COMPLEXOS

13. A CULPA É DO NAPOLEÃO

14. A OBRIGATORIEDADE DO CONCURSO PÚBLICO PARA O CARGO DE CONTROLADOR INTERNO MUNICIPAL COMO GARANTIA DA EFICIÊNCIA NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

15. MAPEANDO FORÇAS REGULATÓRIAS: UMA ANÁLISE DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 106/2020 À LUZ DAS TEORIAS SOBRE A EXPLICAÇÃO DA REGULAÇÃO

16. DOUTRINA CHEVRON E O CONTROLE JUDICIAL NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA BRASILEIRA

17. CONTROLE JUDICIAL DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NAS DOUTRINAS NORTE-AMERICANA E BRASILEIRA: ANALISANDO AS DOUTRINAS CHEVRON E MEAD A PARTIR DOS ELEMENTOS DO ATO ADMINISTRATIVO

18. O CISCO A TRAVE E O TRIBUNAL DE CONTAS UMA ANÁLISE DOS TRIBUNAIS DE CONTAS SEGUNDO SUA PRÓPRIA RÉGUA

19. TENDÊNCIAS DO CONTROLE ADMINISTRATIVO: ENSAIO SOBRE AS MUTAÇÕES DO CONTROLE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

20. POSSIBILIDADE JURÍDICA DA RESPONSABILIZAÇÃO ISOLADA DE PARTICULARES POR ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

21. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA: RESPONSABILIZAÇÃO DO AGENTE PÚBLICO QUE DESRESPEITA AS PRIORIDADES PREVISTAS NO PLANO NACIONAL DE OPERACIONALIZAÇÃO DA VACINAÇÃO CONTRA A COVID-19

22. CRISE E ESCASSEZ: A CRISE FINANCEIRA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL E SUAS IMPLICAÇÕES NAS POLÍTICAS PÚBLICAS

23. A ANÁLISE DAS LICITAÇÕES SUSTENTÁVEIS FRENTE AO PROJETO DE LEI N. º 4.253/2020

25. LEI 14.133/2021: O SISTEMA DE REGISTRO DE PREÇOS COMO PROCEDIMENTO AUXILIAR DAS LICITAÇÕES

25. LEI DE LICITAÇÕES E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS (LEI 14.133/2021): O DIÁLOGO COMPETITIVO COMO NOVA MODALIDADE DE LICITAÇÃO

Trata-se de um rico conjunto de temáticas, que evidencia a interdisciplinaridade e contemporaneidade das discussões afetas à atividade administrativa e à gestão pública, de forma a indicar rumos para a pesquisa e o debate sobre os grandes temas do Direito Administrativo na atualidade.

Honrados pela oportunidade de coordenar este importante Grupo de Trabalho (GT), registramos o significativo aumento do número e da qualidade dos trabalhos submetidos em nosso Gt, quando comparados aos anos anteriores, o que demonstra a preocupação e o engajamento cada vez maior dos pesquisadores do país com o direito público e, em especial, com a área do direito administrativo.

Cumprimentos ao CONPEDI, pelo destacado empenho e a qualidade da organização de mais este encontro virtual, sempre na vanguarda da pesquisa científica na área do Direito!

Cordial abraço e esperamos que os leitores apreciem essa coletânea e suas temáticas!

De Florianópolis (SC), de Passo Fundo (RS) e de Curitiba (PR), junho de 2021.

Prof. Dr. José Sérgio da Silva Cristóvam – Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC)

Profa. Dra. Janaína Rigo Santin – Universidade de Passo Fundo (UPF) e Universidade de Caxias do Sul (UCS)

Prof. Dr. Mateus Eduardo Siqueira Nunes Bertoncini – Centro Universitário Curitiba (UNICURITIBA)

Nota técnica: Os artigos do Grupo de Trabalho Direito Administrativo e Gestão Pública II apresentados no III Encontro Virtual do CONPEDI e que não constam nestes Anais, foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals (https://www.indexlaw.org/), conforme previsto no edital do Evento, e podem ser encontrados na Revista de Direito Administrativo e Gestão Pública. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

PODER DE POLÍCIA: DELEGAÇÃO À PARTICULARES, O CASO DO OPERADOR NACIONAL DO SISTEMA ELÉTRICO – ONS

POLICE POWER: DELEGATION TO INDIVIDUALS: THE CASE OF THE OPERADOR NACIONAL DO SISTEMA ELÉTRICO

Paulo Roberto Miguez Bastos da Silva

Resumo

O poder de polícia passa não mais a respeitar a legalidade, mas se orienta pelos princípios inscritos e escritos na constituição. A delegação de atividades do poder de polícia a particulares ainda é tímida e a jurisprudência das cortes superiores ainda é vacilante, como STJ numa posição mais flexível do que a do STF. Há quem afirme que não existe vedação e nem permissão genérica, o que se deve decidir ao exame de cada caso concreto

Palavras-chave: Poder de polícia, Princípio da legalidade estrita, Transformação do direito administrativo, Delegação à particulares, Constitucionalidade

Abstract/Resumen/Résumé

The police power no only respects the legality, but is guided by the principles inscribed and written in the constitution. The delegation of police power activities to private individuals is still timid and the jurisprudence of the higher courts is still faltering, as the STJ is in a more flexible position than that of the STF. There are those who affirm that there is no prohibition or generic permission, which should be decided when examining each specific case

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Police power, Principle of strict legality, Transformation of administrative law, Delegation to private individuals, Constitutionality

1 Introdução

O poder de polícia é uma das ferramentas que a Administração Pública tem para alcançar seus objetivos, que podem ser apresentados como aqueles presentes no preâmbulo da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 – CRFB/88:

> Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado democrático, destinado a assegurar o exercício dos **direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna** e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição da República Federativa do Brasil. (grifamos)

Por sua vez, a norma constitucional enunciada no artigo 174 estabelece outras formas que o Estado pode intervir na ordem econômica, que, igualmente, tem como finalidade a busca dos objetivos da República estampados no artigo 3º da Constituição. Pode-se dizer que atividades como a fiscalização exercida nesse setor, são decorrentes do Poder de Polícia.

Para entendermos o contexto de surgimento do poder de polícia, descreveremos de forma objetiva um pouco do histórico (Item 2) a partir do surgimento das primeiras noções, desde a Grécia e Roma Antigas, bem como sua expansão nas Idades Média e Moderna.

Na fase medieval, encontrava-se centralizado na figura do senhor feudal e no período Absolutista, personalizada no poder monárquico. Após, esse período o poder de polícia muda um pouco sua feição, com a emergência da burguesia e a criação do Estado de Direito, momento em que o Estado baseava sua atuação no princípio da legalidade estrita.

Em seguida, apresentamos o debate, acerca do uso da expressão “poder de polícia”, se ainda é adequada no contexto do final do século XX e início deste (item3). Para alguns, a expressão traz na sua gênese uma carga de autoritarismo, que não corresponde aos fatos atuais. Por sua vez, outros entendem que se deve manter a nomenclatura a fim de que não haja uma descontinuidade de seu estudo, mas que se deve adaptar as características dos atributos que expressam seu valor atual.

No item 4, mostramos as transformações pelas quais o direito administrativo passa com o movimento do neoconstitucionalismo em que deixa de apenas observar o princípio da legalidade estrita e passa a se orientar pela juricidade, deixando de ter uma função apenas

negativa ao incentivo de comportamentos. Descrevemos, ainda, o posicionamento dos Tribunais Superiores (Superior Tribunal de Justiça – STJ e do Supremo Tribunal Federal – STF).

E finalmente, no item 5, apresentamos o caso do Operador Nacional do Sistema Elétrico – ONS, como um exemplo de delegação de atividades de poder de polícia ordenadora à pessoa jurídica de direito privado.

2 Histórico do Poder de Polícia

Gustavo Binenbojm (2016, p.27) relata que o poder de polícia remonta a antiguidade grega e romana nas sociedades patriarcais. Ressalta, ainda, que as palavras política e polícia tem a mesma etimologia, derivam no latim *politia* e do grego *politea*, "ligados ao surgimento da *polis* e associados, portanto, à constituição e à organização da cidade ou Estado" (BINENBOJM, 2016, p.27).

A polícia estava atrelada a uma conduta vinculada à família e à vida dentro da casa. Uma governança interna, na qual predominava o pátrio poder, exercido de forma arrogante e opressiva. O patriarca era o responsável pelo sustento e proteção dos membros da sua família (BINENBOJM, 2016, p.27). Já a política, tinha um sentido de viver na cidade, sendo, portanto, "submetido a uma forma de governo de membros autônomos e iguais, na qual as questões de interesse comum eram resolvidas mediante recurso às palavras e à persuasão, e não por meio da força e da violência" (BINENBOJM, 2016, p.27).

Binenbojm (2016, p.28) citando David Herlihy, afirma que segundo esse autor, estrutura semelhante àquela também era encontrada na Roma antiga e na Idade Média. Neste último período, a religião dominava os aspectos da moral. Por sua vez, a polícia ficava a cargo dos senhores feudais influindo para além da própria família, alcançando aos servos, que vivessem sob a sua tutela. Nesse sistema, aos senhores feudais lhes era concedida autoridade extremamente discricionária para sua atuação.

O prolongamento para além da esfera privada ocorre de modo concomitante à afirmação do Estado Moderno centralizado, expressando-se imediatamente pela instituição do Absolutismo monárquico (BINENBOJM, 2016, p.29).

O monarca não se limitava à administração da Justiça, como era no período Medieval, abarcando todas as atividades necessárias à promoção do contentamento e à tranquilidade dos súditos (BINENBOJM, 2016, p.29). Em poucas palavras, o poder de polícia significava a garantia da manutenção do poder absoluto do monarca. Aquela proteção e tutela antes conferidas como encargos dos senhores feudais, com o fim do período feudal, passa a ser responsabilidade do monarca.

Odete Medauar e Vitor Schirato (2014, p.15) ao comentar sobre o Edito de Saint-Germain-en-Laye, conforme Charles – Edouard, assinala que este ato, promulgado por Luis XIV, em 1667, é entendido como sendo o "nascimento da polícia moderna, por distinguir, pela primeira vez, as funções de justiça e as funções de polícia". E transcrevendo a visão de Minet afirma que a função de polícia pretendia 'assegurar o repouso do público e particulares, purgar a cidade do que pode causar desordens, buscar a abundância e fazer viver cada um segundo sua condição e seu dever'.

Conclui, que no princípio do século XVIII, a polícia representava todas as atividades públicas internas, a exceção da justiça e das finanças. Ao Estado lhe era possibilitado regular tudo o que estivesse no seu âmbito (MEDAUAR, SCHIRATO, 2014, p.15). Augustín Gordillo (2009, p. 209) afirma "es el poder jurídicamente ilimitado de coaccionar y dictar órdenes para realizar lo que se crea conveniente"[1]. Segundo Binenbojm, "o Estado absoluto é chamado Estado de Polícia" (BINENBOJM, 2016, p 29).

Carlos Ari Sundfeld (2003, p. 9) define que no período absolutista, "Estado-Polícia significava um poder ilimitado, valendo-se do Direito para controlar a sociedade, ordenando e coagindo, sem sujeitar-se a ele". Em outras palavras, a imposição de restrições e controles eram unilaterais, posto que aplicáveis apenas aos súditos, mas não ao próprio monarca.

Tratava-se de um Estado pautado no bem-estar, porém de feição paternalista seletiva anti-isonômico, pois na prática, somente o assegurava a poucos. O acesso à justiça não era garantido, não havendo, nesse momento, a separação das atividades entre Legislativo e Executivo. O poder de polícia é a via de manutenção destes privilégios, tendo como primazia a promoção e manutenção da ordem em "nome da felicidade geral, ao mesmo tempo que aumenta o poder de próprio Estado" (BINENBOJM, 2016, p. 29).

A partir da Revolução Francesa, com as ideias do Iluminismo, inicia-se a mitigação do poder de polícia. O Estado de direito traz na sua raiz as ideias de Monstesquie sobre a trinca separação de poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário) com a supressão da vontade suprema do monarca a partir da supremacia da Lei. "A submissão da Administração à *rule of law* tem por objetivo primeiro a *domesticação do poder de polícia*, por meio de formas jurídicas do direito administrativo" (grifos do autor) (BINENBOJM, 2016, p.30).

Porém, a simples submissão formal do poder de polícia aos preceitos da lei, não foram suficientes para conter o caráter autoritário ao novo ambiente estatal do Estado de Direito. Binenbojm não desmerece a "indiscutível herança simbólica da Grande Revolução" (

1 "esse era o poder juridicamente ilimitado de coagir e ditar ordens para realizar o que se acreditasse ser mais conveniente" (tradução nossa)

(BINENBOJM, 2016, p.30), porém, ao mesmo tempo afirma que "são inegáveis as linhas de continuidade entre o Antigo Regime e os governos que o sucederam após a queda da Bastilha".

Gordillo (2009, p. 209) destaca que embora o poder de polícia tivesse limites mais rígidos que anteriormente, continuou mantendo suas características intrínsecas anteriores, ao fazer referência a obra de Carlos Comp. García Olivedo:

> El poder de policía que entró en vigor dentro de estos límites más estrechos siguió siendo, ante todo, ciertamente, el antiguo; se mantuvo como poder de coaccionar y ordenar sin regulación ni límites. Pero se redujo el campo en que podía actuar.[2]

Continua Gordillo (2009, p. 209), que o conceito emergente de que o objeto central no exercício do poder estatal trajado no poder de polícia, significava o combate às mazelas da sociedade, mediante uma atuação coercitiva. Afirma ainda que: "En esta etapa de la noción, el objeto de la policía está limitado y precisado; ilimitados son, sin embargo, todavía los medios que se puede usar".

Binenbojm (2016) e Gordillo (2009) ensinam, que apesar da passagem do absolutismo para o Estado de Direito, no âmbito do Estado Liberal liderado pela burguesia, resquícios, nada desprezíveis, do autoritarismo do período anterior permaneciam, inclusive, porque a burguesia, que emergiu ao poder precisava da utilização dessa força, representada pelo poder de polícia, para impor sua realidade socioeconômica, como garantia da propriedade privada, da ordem pública, entre outras bandeiras do ideal liberal político e econômico.

Medaur e Schirato (2014, p.35) ressaltam que a configuração mais semelhante dos dias atuais do poder de polícia, somente advieram com a emergência do Estado de direito, "pois as limitações impostas aos cidadãos advêm, necessariamente, de um direito posto para todos, por mecanismos predefinidos, e cuja eficácia se dá não apenas para os cidadãos, como também ao próprio Estado (MEDAUR, SCHIRATO, 2014, p35).". Assim, no contexto do Estado de direito, o próprio Estado sujeita-se aos ditames da lei.

Binenbojm (2016, p.31) ressalta que não se deve menosprezar ou relativizar a cessação de alguns privilégios, mas de "desmistificar a ilusão de uma origem puramente *garantística* do direito administrativo" (BINENBOJM, 2016, p.31). Não se pode olvidar que muitas das classes de instrumento jurídicos, como "interesse público, prerrogativas da Administração, discricionariedade, insindicabilidade do mérito administrativo, o próprio poder de polícia, dentre outros – surgiram associadas à preservação da lógica da autoridade da Administração

2 O poder de polícia que entrou em vigor dentro destes limites mais estreitos, seguiu sendo, antes de tudo, certamente, o mais antigo; se manteve como poder de coação e ordem sem regulação ou limites. Porém, se reduziu o campo de atuação (tradução livre)

Pública (BINENBOJM, 2016, p.31).”, sendo que essa preservação tinha o propósito de mantê-la “alijada, o quanto possível, das esferas de controle dos demais poderes e dos cidadãos (BINENBOJM, 2016, p.31)”.

O poder de polícia que cabia ao Estado, traduzia-se na imposição de limites aos direitos dos indivíduos, com o intuito de garantir a segurança, o saneamento e a moralidade pública contra os perigos que pudessem perturbar essa ordem (GORDILLO, 2009, p. 210). Portanto, a intervenção do Estado seria somente admitida e somente se, aqueles valores estivessem sob ameaça. A ação estatal era negativa, no sentido que proibia e restringia, sem exigir atitudes positivas dos cidadãos ou mesmo do Estado (GORDILLO, 2009, p. 210).

Binenbojm (2016, p. 31, grifos do autor) afirma que o direito administrativo não conseguiu impor ao poder de polícia “uma atividade de mera aplicação da lei”, pois a polícia se manteve, mesmo no Estado de Direito, como “*um poder intrinsicamente discricionário*. A maior parte do seu conteúdo decisório quedava-se nas franjas da legalidade, imunizando ainda dos órgãos de controle por um bem consolidado conceito de *mérito administrativo”*.

O segundo motivo apontado pelo autor, para o insucesso na limitação mais intensa ao poder de polícia, pelo direito administrativo, está vinculado ao “amplo espectro de incidência”. Sempre se valeu de conceitos jurídicos indeterminados, como “ordem pública, perigo iminente, supremacia do interesse público, dever de sujeição geral e domínio eminente” (BINENBOJM, 2016, p.31).

Em terceiro lugar, temos a incapacidade do poder de polícia, ainda quando submetido ao princípio da legalidade, não conseguiu administrar a imposição do poder de polícia frente aos direitos fundamentais, tendo em vista o contexto do neoconstitucionalismo, que obriga uma filtragem constitucional dos institutos do ordenamento jurídico como um todo. Assim, seria necessário sopesar o poder de polícia com os direitos fundamentais, a fim de buscar a legitimidade de sua atuação em um contexto de Estado Democrático de Direito (BINENBOJM, 2016, p.31).

Com isso, resta evidente a dificuldade encontrada nas últimas décadas de harmonizar o poder de polícia, “a processos políticos, econômicos e sociais que desafiam a própria capacidade do Estado de direito - ao menos – na sua versão moderna de Estado-nação – de mantê-lo sob as rédeas da racionalidade jurídica” (BINENBOJM, 2016, p.32). Isso porque em um contexto de globalização, a soberania dos Estados encontra-se cada vez mais mitigada.

3 O Poder de Polícia no Estado pós moderno

3.1 Sobre a existência da expressão “poder de polícia”

Como exposto anteriormente, o poder de polícia, no Estado Democrático Liberal, se apresentava como uma atuação negativa por parte da Administração Pública, na medida em que, impunha restrições para garantir a ordem, a tranquilidade e o ambiente público salubre.

Observa-se que ao poder de polícia foram incorporadas novas atribuições, tendo em vista o aumento da complexidade das transações na sociedade, que se deve a uma transmutação de uma sociedade agrária e rural para sociedade industrializada e urbana. Nesse contexto, o a atuação passa a ser observada "na ordem econômica e social e não somente mediante restrições, mas também por imposições de atuar em certa direção" (MEDAUAR, SCHIRATO, 2014, p.17).

Sendo assim, o poder de polícia atua em sentido positivo, incentivando a atuação da sociedade em direção a objetivos de interesse privado, mas de importância coletiva, por meio de fomento ao desenvolvimento de atividades industrias, culturais, ambientais dentre outras.

Medauar e Schirato (2014, p17) apontam que em função desse alargamento das atividades ligadas ao poder de polícia, despontou o surgimento de corrente doutrinária contra a manutenção desse instituto no direito administrativo.

Um posicionamento estrangeiro que se tornou bastante conhecidos entre nós, segundo Medauar e Schirato (2014, p.18), foi do argentino Gordillo, que defende a abolição do termo poder de polícia no direito administrativo.

Na doutrina pátria, destaca-se em oposição à defesa de continuidade do uso da expressão, Carlos Ari Sundfeld (SUNDFELD, 2003, p.11). Argumenta que, por trás da nomenclatura, há "um timbre autoritário" e que ao atribuir à Administração "um poder de polícia significa algo além da mera descrição da função de aplicar as leis reguladoras dos direitos, único sentido que a expressão poderia ter no Estado de Direito". Em linhas gerais, concorda com a visão de Gordillo em banir a expressão do direito administrativo. Não há como fugir de uma interpretação pejorativamente negativa da ideia de poder de polícia.

Sundfeld (2003) ressalta, que a noção de poder de polícia foi forjada para uma visão de Estado liberal mínimo, "desinteressado na economia, voltado sobretudo à imposição de limites negativos à liberdade e à propriedade, criando condições para convivência dos direitos" (SUNDFELD, 2003, p.14). Porém, hodiernamente o Estado Social vai além. Tem uma função positiva, influenciando comportamentos, promovendo o desenvolvimento social, a redução das desigualdades regionais, conservação do meio ambiente, proteção ao vulneráveis. "De atuação restrita ao campo *microjurídico*, o Estado avançou para o setor *macrojurídico*"(SUNDFELD, 2003, p.14, grifo do autor).

Sundfeld (2003) ao identificar que a ação administrativa se subdivide em três grandes setores, quais sejam gestão, fomento e ordenadora, utiliza-se de um conceito do direito alemão, recomendando a utilização da expressão "administração ordenadora" em substituição ao poder de polícia. Sugere, ainda, que essa expressão seja enviada ao museu (SUNDFELD, 2003, p.16).

Como na maioria dos tópicos em Ciências Sociais, e o Direito se insere nesse contexto, temos um contraponto àqueles que defendem o banimento da expressão poder de polícia, e que, portanto, defendem a sua manutenção.

Medauar e Schirato (2014, p 20) apontam que, na Argentina, Juan Carlos Cassagne é um dos defensores da manutenção da clássica expressão. Transcreve o seguinte argumento desse doutrinador portenho:

> Não ser conveniente abandonar totalmente as categorias tradicionais derivadas da interpretação constitucional, sem prejuízo de incorporar na sua problemática as novas técnicas, mecanismos e princípios que regem a atividade interventora.

Medauar e Schirato (2014) também engrossam as fileiras dos que defendem a manutenção da utilização da nomenclatura poder de polícia, pois permite demonstrar a realidade de um poder que está franqueado à Administração, em limitar, dentro dos ditames do Direito e, portanto, que vão além da lei formal, liberdades fundamentais em proveito do interesse coletivo.

Afirmam os doutrinadores bandeirante, que o poder de polícia é uma realidade acima de qualquer questionamento e que, portanto, "a noção de poder de polícia é a expressão teórica de **um dos modos de atuação** administrativa..." (grifo nosso). E assevera que a expressão "deve ser mantida, sobretudo no ordenamento pátrio, em que o poder de polícia é mencionado na Constituição Federal, na legislação, na doutrina e na jurisprudência" (MEDAUAR, SCHIRATO, 2014, p.17).

A essa corrente que propõe a manutenção da expressão poder de polícia, podemos adicionar o pensamento de Gustavo Binenbojm (2016). Em sua visão, o poder de polícia se distingue da polícia judiciária, dos serviços públicos, da exploração direta de atividade econômica pelo Estado, bem como das atividades de fomento. O poder de polícia (atividade ordenadora), na visão do Binenbojm tem a seguinte noção contemporânea (BINENBOJM, 2016, p. 71):

> Ordenação social e econômica que tem como objetivo conformar a liberdade e a propriedade, por meio de *prescrições* ou *induções*, impostas pelo Estado ou por entes não estatais, destinadas a promover o desfrute dos direitos

> fundamentais e o alcance de outros objetivos de interesse da coletividade, definido pela via da deliberação democrática, de acordo com as possibilidades e os limites estabelecidos na Constituição. (grifos do autor)

3.2 A Transformação do Direito Administrativo

Binenbojm (2016) afirma que o direito administrativo sofre dois tipos de mudanças, uma de ordem democrática-constitucional e outra pragmática. A primeira inicia-se com a promulgação da "Constituição democrática de 1988" (BINENBOJM, 2016, p. 36), enquanto a segunda tem como base a escola do pensamento, conhecida como pragmatismo, com destaque do juiz Oliver Wendell Holmes Jr da Suprema Corte dos Estados Unidos da América, entre os anos de 1902-1932 (BINENBOJM, 2016, p. 52).

A referida guinada constitucional supramencionada, na visão do autor, "é um processo multifário e pluridimensional" que possui uma bifurcação, com direções complementares, sendo um "a disciplina da organização e funcionamento de inúmeros dos setores da Administração Pública em normas do próprio Texto Constitucional"; e outro a "eficácia *irradiante* dos sistema democráticos e direitos fundamentais, como elementos estruturantes e fundamentos de legitimidade do Estado democrático de direito – por conseguinte, também do Estado Administrativo"(grifo do autor) (BINENBOJM, 2016).

O direito administrativo não se limita mais apenas à legalidade estrita. A normatividade constitucional passa a permear os institutos daquele direito por meio dos princípios expressos e implícitos no ordenamento jurídico. O direito administrativo passa a ser orientado por mais do que o princípio da legalidade. O parâmetro passa a ser o da juridicidade, que consiste em um bloco normativo, formado por regras e princípios constitucionais e dos sistemas internacionais e no qual, o poder de polícia está inserido.

No que concerne ao giro pragmático, Binenbojm (2016) ressalta a necessidade de correlacionar a teoria com a realidade prática. Destaca o autor que Thamy Pogrebinschi identifica três elementos fundamentais formadores desta matriz: a) o antifundamentalismo rejeita que o pensamento tenha fundamento estático, imutável abstrato e atemporal; b) o contextualismo que valoriza a experiência prática social, histórica, econômica e cultural; e c) o consequencialismo que conduz sempre a uma visão prospectiva do que pode acontecer no futuro. (BINENBOJM, 2016, p. 54-55)

Aqui nos importa o antifundamentalismo, que se opõe ao fundamento dogmático da onipotência do Estado, que deve ser combatida por "uma abordagem pragmática dos fenômenos da *desestatização* e da *desterritorialização* das funções de ordenação econômica e social,

outrora aglutinados no conceito de poder de polícia" (grifos do autor). (BINENBOJM, 2016, p. 68)

A exemplo da desterritorialização podemos mencionar o fenômeno da globalização e a proliferação de regulações transnacionais por meio de normas denominadas "soft law", emitidas por instituições desterritorializadas, como a Organização Mundial da Saúde, padrões ISO, entre outras, sejam elas públicas ou privadas (BINENBOJM, 2016, p. 68).

Pelo lado da desestatização, examinaremos a delegação de atividades típicas de poder de polícia a particulares, com a concessão de funções de controle, fiscalização, que podem atuar de forma independente ou sob a forma de alguma parceria, a exemplo das Organizações da Sociedade de Interesse Público - OSCIPS[3], entidades sem fins lucrativos que em parceria com a Administração Pública, atuam nas áreas de assistência social, promoção da cultura, dentre outras atividades previstas na legislação específica. (BINENBOJM, 2016, p. 68)

3.3 A delegação a particulares de atividades típicas do poder de polícia

A delegação de atividades do poder de polícia para entes privados, denominada por Binenbojm (2016) de desestatização, decorre do aumento da complexidade das relações numa sociedade urbana e globalizada, cujos avanços tecnológicos estão cada vez mais céleres e disruptivos. Além disso, uma consequente incapacidade do Estado de controlar toda essa ordenação evolutiva.

Podemos citar como exemplo, o rápido avanço de aplicativos disponibilizados em telefones celulares, desde pedido de refeições, compras de supermercado, a transporte de pessoas por carros particulares a complexas operações bancárias (pagamentos, transferências, aplicações e etc.).

A delegação de atividades características do poder de polícia a particular é possível, pois não existe vedação constitucional, porém é limitada. Condiciona-se a delegação, em especial nos seus aspectos normativo e sancionador, pois são verdadeiros poderes de Estado, de modo que não se pode delegar ao particular o poder de legislar, caracterizado pela produção normativa abstrata, ampla e genérica. (BINENBOJM, 2016, p. 243)

A ideia que o exercício do poder de polícia não seria delegável permaneceu sólida até o final da década de 90 do século passado, quando no Brasil iniciou-se um processo de reforma do Estado com a eleição do Presidente Fernando Henrique Cardoso, sob a direção de Bresser Pereira (GUERRA, 2017, p.144)

3 Lei 9.790, de 23 de março de 1990.

Essa reforma foi processada por meio de medidas políticas, legislativas e econômicas voltadas à abertura da economia ao mercado internacional, visando a eficiência administrativa (introduzida pelo Emenda Constitucional 9º de 1995[4]) e a redução significativa do tamanho do Estado como forma de incentivo direto à economia.

Assim, houve transferência de atividades à iniciativa privada, como a privatização da Vale do Rio Doce e a consequente quebra de monopólio das empresas estatais, marcada pela flexibilização da exploração do petróleo.

Em que pese ter ocorrido a transferência de uma gama extensa de atividades, das estatais ao setor privado, a ausência de um dispositivo constitucional semelhante ao do artigo 175[5] que admite a delegação dos serviços públicos ao privado, para o poder de polícia, vem inviabilizando a revisão doutrinária dessa delegação. (BINENBOJM, 2016, p. 248)

Thiago Marrara (2015), em artigo sobre a possibilidade de delegação do poder de polícia a particulares, elenca argumentos a favor e contra à cessão.

A favor são os seguintes, resumidamente (MARRARA, 2015, p.267):

> a) necessidade de suprimir deficiências funcionais da administração, por meio de colaborações pontuais; b) presunção de que os particulares são mais eficientes e, portanto, a delegação poderia gerar economia de recursos públicos; c) flexibilidade do regime jurídico aplicado aos particulares (regime de contratação de pessoal, serviços e materiais); d) as atividades caracterizadas como meio podem ser atribuídas a particulares por representarem menor risco aos interesses públicos primários.

Em sentido contrário, ou seja, argumentos pela não delegação são, igualmente, extensos, são elas:

> a) o poder de polícia se insere no campo de atividade típicas e exclusivas do Estado, tendo em vista que envolve autoridade e poder de restrição de liberdade e de propriedade, não se igualando a outras atividades administrativas, que por não terem caráter predominantemente restritivo, se sujeitam à execução indireta (quando monopolizadas) e, em alguns casos, à livre iniciativa; b) a execução de polícia por entidades com fins lucrativos, como empresas estatais ou particulares seria contrária a interesses públicos primários em virtude do risco de manipular a ação restritiva, sobretudo sancionatória, no intuito de se aumentar o lucro; c) o regime flexível dos trabalhadores privados, não lhes garante estabilidade para atuarem de forma autônoma para aplicarem a lei imparcialmente, sem que sofram pressão do empregador; d) quebra da isonomia ou da igualdade primária, na medida em que os particulares no exercício da atividade de polícia estaria em posição de superioridade em relação ao resto da sociedade; e) falta de comprovação empírica com relação ao pressuposto que o particular seria mais eficiente; f)

4 A Emenda Constitucional nº 9 alterou a redação do parágrafo primeiro e introduziu o parágrafo segundo. Para este artigo importa apenas a nova redação do parágrafo primeiro: § 1o A União poderá contratar com empresas estatais ou privadas a realização das atividades previstas nos incisos I a IV deste artigo observadas as condições estabelecidas em lei. (grifo nosso)

5 Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

> ausência de autorização constitucional à semelhança do Art. 175 da Constituição da República.

Conclui após um cruzamento entre o critério material (quanto à ação da polícia) e o subjetivo (quanto ao delegatário), que muitos argumentos não valem para todas as possibilidades de delegação. Portanto, "não logram sustentar respostas bipolares (sim ou não) acerca do debate" (MARRARA, 2015, p. 269). Propõe, com base na realidade dos fatos, que haja "uma relativização quanto à delegabilidade do poder de polícia a particulares.

Binenbojm (2016, p.262) ao comentar a decisão do Supremo Tribunal Federal – STF na ADI 1.717 que declarou a inconstitucionalidade do art. 58 da Lei 9.649/98, que estabelecia que a fiscalização de profissões regulamentadas seria exercida em caráter privado, por delegação do poder público, mediante autorização legislativa, argumenta que os fundamentos usados pela corte constitucional para proferir tal declaração não tem densidade suficiente para permitir tal conclusão.

Destaca ainda o autor, que apesar dos comandos normativos do artigo 21, XIV e 22, XVI da Constituição Federal, que estabelecem a competência fiscalizatória e legislativa, respectivamente, não se pode "concluir que a União, no exercício de sua competência, estaria proibida de delegar a entidades privadas relacionadas à inspeção do trabalho ou a fixação (ou especificação) de condições técnicas relacionadas ao exercício de profissões". Tampouco se poderia extrair a ideia de que toda e qualquer delegação seria vedada. Afirma, ainda, que mesmo que se aceitasse a fundamentação da ADI 1.717, essa se limitaria ao caso concreto, não sendo possível a aplicação a todos casos de delegação de poder de polícia. (BINENBOJM, 2016, p.262-263)

Portanto, nem mesmo ante a ausência de comando normativo constitucional específico de vedação ou permissão genérica à delegação do exercício do poder polícia, pode-se concluir genericamente pela sua negação ou admissão, sendo necessária a análise caso a caso. (BINENBOJM, 2016, p.263)

4 A delegação de Poderes de Polícia: o caso do Operador Nacional do Sistema Elétrico – ONS

4.1 Breve histórico do Setor Elétrico a partir dos anos 90 – A reforma do Estado

Há um movimento mundial de diminuição da intervenção do Estado na economia a partir da crise do Estado Provedor, nas décadas de 70 e 80, do século passado, observado inicialmente na Inglaterra, no Governo Margareth Thatcher e nos EUA durante o governo Ronald Regan.

No início da década de 90, no Brasil, esse processo se inicia no Governo Fernando Henrique Cardoso, sob a direção de Luiz Carlos Bresser Pereira (GUERRA, 2017, p.144). Essa reforma também vai alcançar o setor elétrico brasileiro.

Essas mudanças tinham três vertentes principais, quais sejam a desestatização; a desverticalização e a busca pela eficiência (LANDAU, SAMPAIO, 2006, p.1). Esse novo contexto impacta o sistema elétrico brasileiro tendo em vista que se tratava de um setor, em sua maioria, composto de grandes companhias e estatais, presentes em todos os entes federativos e verticalizadas (com a geração, transmissão e distribuição da energia) (LANDAU, SAMPAIO, 2006, p.2).

Até 1993, o mercado de energia elétrica brasileiro, também se caracterizava pelo regime tarifário pelo custo do serviço, com garantia de remuneração mínima e tarifa equalizada em todo o território nacional. Em abril daquele ano, foi promulgada a Lei 8.631, que extinguiu tanto com a remuneração garantida como com a equalização tarifária, porém manteve a metodologia da tarifa pelo custo (GANIM, 2009, p. 42).

A partir daí houve inúmeras alterações legislativas em nosso ordenamento jurídico. Em 1995, foi promulgada a Lei das Concessões dos Serviços Públicos, que dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos, conforme previsto no Art. 175 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 – CRFB/88. No decurso desse mesmo ano tivemos a promulgação da Lei 9.074/95, que estabeleceu as normas para outorga e prorrogações das concessões e permissões de serviços públicos.

A Aneel foi criada em 1996, pela Lei 9.427, de 26 de dezembro de 1996, que funciona como agência reguladora independente para o setor elétrico, ostentando natureza jurídica de autarquia de regime especial. A agência sucedeu em todo o acervo do anterior órgão do Ministério das Minas e Energia, que cuidava das atividades regulatórias do setor, o Departamento Nacional de Águas e Energia Elétrica - DNAEE[6].

Em paralelo à criação da Aneel estava em marcha o início do Projeto RE-SEB, que teve como resultado a implantação de um novo desenho institucional do setor elétrico, por meio da promulgação da Lei 9.648, de 27 de maio de 1988. Além de reestruturar a Eletrobras e suas subsidiárias, estabeleceu o Mercado Atacadista de Energia Elétrica (atualmente Câmara de Comercialização de Energia Elétrica – CCEE), criou também o Operador Nacional do Sistema Elétrico – ONS. Outras alterações ocorreram ao longo dos anos, porém, para o escopo deste artigo nos fixaremos no marco temporal da criação do ONS (GANIM, 2009, p. 43-44)[7].

6 "Art. 31. Serão transferidos para a ANEEL o acervo técnico e patrimonial, as obrigações, os direitos e receitas do Departamento Nacional de Águas e Energia Elétrica - DNAEE."

7 Ganim, Atnonio. Setor elétrico brasileiro: aspectos regulamentares, tributários e contábeis. Canal Energia: Synergia, 2009. P.43-44.

Ressaltamos que todas essas alterações continuam sendo norteadas pelas três vertentes já mencionadas, a lembrar: desestatização, desverticalização e busca da eficiência. Na próxima seção, abordaremos mais detalhadamente da natureza jurídico dessa entidade, bem como suas atribuições.

4.2 O Operador Nacional do Sistema Elétrico e a delegação do poder de polícia à particulares

A Lei 9.648, de 27 de maio de 1998, em seu Art. 13 disciplina que as atividades de coordenação, controle da operação e da transmissão de energia elétrica integrantes do Sistema Integrado Nacional – SIN, serão executadas pelo Operador Nacional do Sistema Elétrico – ONS[8].

O ONS é constituído com natureza jurídica de pessoa jurídica de direito privado, sem fins lucrativos e regulado pela Aneel e integrado por titulares de concessão, permissão ou autorização, bem como por consumidores que tenham exercido o direito de migrarem para o mercado livre e que estejam conectados à rede básica de transmissão de energia.

Ressaltamos que antes da alteração legislativa mencionada, as atividades de coordenação de operação e transmissão eram exercidas pelo Grupo Coordenador para a Operação Interligada – GCOI, criado pela Lei. 5899/71, coordenado pela Eletrobras.[9]

Adicionalmente, a Lei 9.648/98 dispõe em seu Art. 15, que após a constituição do ONS a ele seriam transferidos, de forma progressiva, as atividades e atribuições à época exercidas pelo GCOI e a parte correspondente desenvolvida pelo Comitê Coordenador do Norte/Nordeste – CCON.[10]

O parágrafo primeiro, ainda do Art. 15, autoriza a Eletrobras e suas subsidiárias a transferir ao ONS, nas condições aprovadas pelo Ministério de Minas e Energia – MME, os

---

8 Art. 13. As atividades de coordenação e controle da operação da geração e da transmissão de energia elétrica integrantes do Sistema Interligado Nacional (SIN) e as atividades de previsão de carga e planejamento da operação do Sistema Isolado (Sisol) serão executadas, mediante autorização do poder concedente, pelo Operador Nacional do Sistema Elétrico (ONS), pessoa jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, fiscalizada e regulada pela Aneel e integrada por titulares de concessão, permissão ou autorização e consumidores que tenham exercido a opção prevista nos arts. 15 e 16 da Lei no 9.074, de 7 de julho de 1995, e que sejam conectados à rede básica.(Redação dada pela Lei nº 13.360, de 2016) (grifamos).

9 Art 12. A coordenação operacional dos sistemas interligados das Regiões Sudeste e Sul será efetuada, em cada uma dessas regiões, por um Grupo Coordenador para operação Interligada, integrado por representante da ELETROBRÁS e respectivamente das empresas concessionárias mencionadas nos artigos 7º e 8º. (Revogado pela Lei nº 9.648, de 1998) (Regulamento). (grifos no original).

§ 1º A critério da ELETROBRÁS poderão integrar os referidos Grupos outras empresas participantes dos sistemas interligados.(Revogado pela Lei nº 9.648, de 1998)

§ 2º O Departamento Nacional de Águas e Energia Elétrica - DNAEE, designará representantes junto aos Grupos para participarem de seus trabalhos como observadores. (Revogado pela Lei nº 9.648, de 1998)

§ 3º Os Grupos serão organizados e dirigidos pela ELETROBRÁS.(Revogado pela Lei nº 9.648, de 1998).

§ 4º Sem efeito suspensivo do trabalho dos Grupos, as divergências entre a ELETROBRÁS e as empresas concessionárias participantes dos mesmos, serão dirimidas pelo Ministro das Minas e Energia, por meio de recurso da parte interessada encaminhado ao Departamento Nacional de Águas e Energia Elétrica.(Revogado pela Lei nº 9.648, de 1998)

10 Art. 15. Constituído o Operador Nacional do Sistema Elétrico, a ele serão progressivamente transferidas as atividades e atribuições atualmente exercidas pelo Grupo Coordenador para Operação Interligada - GCOI, criado pela Lei no 5.899, de 1973, e a parte correspondente desenvolvida pelo Comitê Coordenador de Operações do Norte/Nordeste - CCON.

ativos constitutivos do Centro Nacional de Operação Nacional – CNOS, na época pertencente à Eletrobras, bem como os Centros Operacionais do Sistema – COS, que constituem os centros regionais às subsidiárias, bem como os demais ativos vinculados à coordenação da operação do sistema elétrico[11].

A lei de criação do ONS estabeleceu suas atribuições (parágrafo único do Art. 13):

> a) o planejamento e a programação da operação e o despacho centralizado da geração, com vistas a otimização dos sistemas eletroenergéticos interligados;
> b) a supervisão e coordenação dos centros de operação de sistemas elétricos;
> c) a supervisão e controle da operação dos sistemas eletroenergéticos nacionais interligados e das interligações internacionais;
> d) a contratação e administração de serviços de transmissão de energia elétrica e respectivas condições de acesso, bem como dos serviços ancilares;
> e) propor à ANEEL as ampliações das instalações da rede básica de transmissão, bem como os reforços dos sistemas existentes, a serem licitados ou autorizados;
> f) a definição de regras para a operação das instalações de transmissão da rede básica dos sistemas elétricos interligados, a serem aprovadas pela ANEEL

Posterirormente, a Lei 10.848, de 15 de março de 2004, alterou as alíneas "e" e f", que passaram a ter a seguinte redação. No caso da alínea "e" houve a substituição da Aneel pelo Poder Concedente e na alínea "f" ao invés de definir as regras ali estabelecidas passou a propô-las, mantida a necessidade de aprovação da Aneel.

Com essas alterações, segundo Tolmasquim "... a atuação do ONS passou a ser autorizada pelo Poder Concedente e regulada e fiscalizada pela Aneel"(TOLMASQUIM, 2011, p.40).

Dentre as atividades designadas ao ONS, destacamos a alínea "a" supramencionada. Ao nosso entender configura-se aqui verdadeiro exercício do Poder de Polícia delegado a ente privado. Essa entidade, no cumprimento dessa atribuição, tem o poder de acionar ou não todas as unidades geradoras de energia elétrica, que façam parte do Sistema Interligado Nacional, sejam estatais, privadas, hidroelétricas, termoelétricas, ou as renováveis. As decisões são técnicas com o objetivo de maximizar a operação ao menor custo, dando, sempre que possível, prioridade de despacho às usinas por ordem de mérito (do menor custo margina de operação em ordem crescente até que a última usina a ser despachada atenda a demanda de energia).

11§ 1o A ELETROBRÁS e suas subsidiárias são autorizadas a transferir ao Operador Nacional do Sistema Elétrico, nas condições que forem aprovadas pelo Ministro de Estado de Minas e Energia, os ativos constitutivos do Centro Nacional de Operação do Sistema - CNOS e dos Centros de Operação do Sistema - COS, bem como os demais bens vinculados à coordenação da operação do sistema elétrico

A governança corporativa do ONS é constituída por Assembleia Geral, Conselho de Administração, Diretoria colegiada e Conselho Fiscal[12].

O Conselho de Administração será integrado, entre outros, por membros representantes de cada um dos segmentos do setor de energia elétrica: geração, transmissão e distribuição[13]. A composição se dará por 17 (dezessete) conselheiros, sendo todas pessoas físicas, domiciliadas no país, sendo 5 (cinco) destes representantes indicados pelos agentes de produção, 4 (quatro) pelos agentes de transporte e 5 (cinco) pelos agentes de consumo, 1 (um) do MME, 1 (um) pelo Presidente da Empresa de Pesquisa Energética – EPE e 1 (um) representante da sociedade civil e de notório saber, indicado pelos próprios membros do Conselho de Administração[14].

Tanto a Lei 9.648/98 como o Estatuto Social do ONS estabelecem que a Diretoria será composta por um Diretor-Geral e quatro Diretores, sendo três indicados pelo MME, que inclui o Diretor-Geral, e dois membros indicados pelo Agentes. O mandato será de quatro anos, não coincidentes, com direito a apenas uma recondução.

A lei mencionada no parágrafo anterior inova com relação à estabilidade dos seus Diretores. Tolmasquim (2011) argumenta que devido ao papel fundamental que essa entidade exerce "para o bom funcionamento do sistema elétrico, foi necessário criar mecanismos de proteção a seus administradores" (TOLMASQUIM, 2011, p.40).

Relaciona, ainda, essa proteção à necessidade da neutralidade de atuação do ONS na coordenação da operação do sistema elétrico, "a preservar a independência de particulares e agentes, bem como do próprio governo" (TOLMASQUIM, 2011, p.40). Destaca também que as decisões técnicas deixaram de ser competência do Conselho de Administração, no qual há participantes dos Agentes, e passaram a ser exclusiva da Diretoria (TOLMASQUIM, 2011, p.40-41).

Essa proteção é fruto da Lei 10.848/2004, que trouxe a impossibilidade de exoneração imotivada, após 4 (quatro) meses iniciais do mandato[15], salvo por condenação penal transitado em julgado, que permite a remoção a qualquer tempo.[16]

---

12 Art. 4º O ONS, para o cumprimento de suas atribuições e a consecução de seus objetivos, é constituído por uma Assembléia-Geral, um Conselho de Administração, uma Diretoria Colegiada e um Conselho Fiscal. Estatuto Social do ONS aprovado pela Resolução Autorizativa Aneel 328, de 12 de agosto de 2004.

13 Art. 14……..

§ 4o O Conselho de Administração do ONS será integrado, entre outros, por representantes dos agentes setoriais de cada uma das categorias de Geração, Transmissão e Distribuição.

14 Previsão no Art. 19, incisos I a VI do Estatuto Social do ONS.

15 Art. 14……

§ 2o A exoneração imotivada de dirigente do ONS somente poderá ser efetuada nos 4 (quatro) meses iniciais do mandato, findos os quais é assegurado seu pleno e integral exercício. (Incluído pela Lei nº 10.848, de 2004). (grifamos)

16 Art. 14 ……

§ 3o Constitui motivo para a exoneração de dirigente do ONS, em qualquer época, a condenação em ação penal transitada em julgado.

Em que pese o ONS não ser pessoa jurídica de direito público interno e, por isso, não possuir status de autarquia de regime especial como as demais Agências Reguladores Independentes, seus dirigentes têm estabilidade semelhante aos daquelas agências, conforme artigo 9º da Lei 9.986, de 18 de julho de 2000, transcrito *in verbis*:

> Art. 9º Os Conselheiros e os Diretores somente perderão o mandato em caso de renúncia, de condenação judicial transitada em julgado ou de processo administrativo disciplinar
>
> Parágrafo único. A lei de criação da Agência poderá prever outras condições para a perda do mandato.[17]

Dessa forma, para os dirigentes do ONS, basta o cumprimento de requisito temporal de 4 meses atuando no cargo, que seu mandato se torna estável.

Destaca-se que o regime de contratação é o da Consolidação das Leis Trabalhistas - CLT, tendo em vista a sua natureza jurídica de pessoa jurídica de direito privado.

No entanto, distinguem-se pelo fato de que as demissões, com exceção das condicionantes exigidas para a demissão por justa causa, não precisam ser motivadas, simplesmente porque seus atos são societários de natureza puramente privada e não de atos administrativos, que demandariam motivação, uma vez que o ONS não integra à Administração Pública, lato senso.

Feita essa observação, trazemos à discussão, a decisão do Supremo Tribunal Federal – STF acerca da necessidade de imposição do regime estatutário para o efetivo poder de polícia. Na ADI 2.310 impetrada pelo Partido dos Trabalhadores – PT, em 2000, questionou-se a inconstitucionalidade dos Arts. 1º e 2º, caput e parágrafo único, 12 caput e §1º, 13 caput e parágrafo único, 15, 14 caput e inciso I, 27, 30 e 33, todos da Lei 9.986/2000. Alegou-se a impossibilidade de criação de empregos públicos, regime celetista, nas agências reguladoras, tendo em vista que a função de fiscalização é inerente à atividade do Estado. Portanto, pressupõem prerrogativas não abarcadas pelo contrato de trabalho, daí o corolário da inconstitucionalidade (BINENBOJM, 2016, p.260).

O Ministro Marco Aurélio ao apreciar a medida cautelar, em decisão monocrática, defendeu a seguinte tese:

> "prescindir, no caso, da ocupação de cargos públicos, com direitos e garantias a eles inerentes, á adotar flexibilidade incompatível com a natureza dos

17 A Lei 13.848, de 25 de junho de 2019, fez modificações nesse dispositivo, porém se perder a essência da estabilidade. Esta é a nova redação:

Art. 9º O membro do Conselho Diretor ou da Diretoria Colegiada somente perderá o mandato: (Redação dada pela Lei nº 13.848, de 2019)

I - em caso de renúncia; (Incluído pela Lei nº 13.848, de 2019)

II - em caso de condenação judicial transitada em julgado ou de condenação em processo administrativo disciplinar; (Incluído pela Lei nº 13.848, de 2019)

III - por infringência de quaisquer das vedações previstas no art. 8º-B desta Lei. (Incluído pela Lei nº 13.848, de 2019)

> serviços a serem prestados, igualizando os serviços das agências a prestadores de serviços subalternos".

E concluiu que "não se coaduna com os objetivos precípuos das agências reguladoras, verdadeiras autarquias, embora de caráter especial, a flexibilidade inerente aos empregos públicos" (BINENBOJM, 2016, p.260).

Por sua vez, segundo Binenbojm (2016, p.251), o Superior Tribunal de Justiça - STJ apresenta uma jurisprudência menos rígida do que a do STF. No julgamento do Recurso Especial nº 3.745, apoiando-se na definição do poder de polícia previsto no Art. 78 do Código Tributário Nacional – CTN, declarou nula a multa aplicada pela Cia de Limpeza Urbana – Comlurb, sociedade de economia mista do município do Rio de Janeiro. No voto condutor do relator, Ministro Ilmar Galvão, considerou ilegal a multa instituída por ato infralegal, Decreto municipal nº 498/76, destacando, ainda, a impossibilidade da imposição de multa por entidade de direito privado.

Já em outra oportunidade, na discussão da aplicação de multas por dispositivos eletrônicos de radar, os chamados "pardais", o STJ reconheceu como legítima a utilização de tais dispositivos como meio de fornecimento de elementos fáticos, para que de posse dessas provas o órgão competente possa lavrar o auto de infração e a imposição da respectiva penalidade depois de devidamente comprovada (REsp nº 712.312).

Pode-se perceber, nesse julgado, uma certa suavização do entendimento daquela Corte, tendo em vista que o serviço de instalação de fiscalização eletrônica é prestado por particulares, porém a efetivação da multa será realizada pelo órgão público, encarregado pela imposição das sanções (BINENBOJM, 2016, p.252).

Binenbojm (2016, p. 253) aponta mais um julgamento que direciona para a admissão do exercício da fiscalização por pessoas jurídicas de direito privado. No REsp 817.534, refere-se ao caso da Empresa de Transporte e Trânsito de Belo Horizonte – BHTRANS, sociedade de economia mista controlada pelo município de Belo Horizonte. O Ministério Público desse Estado, impetrando ação civil pública, pediu que fosse reconhecido a ilegitimidade do exercício da fiscalização e atuação de infratores do trânsito local, argumentando que BHTRANS era regida pelo direito privado.

A ação chegou ao STJ, sendo julgada pela 2ª Turma desse Tribunal, que em interpretação sistemática delimitou balizas para atuação do legítimo poder de polícia, no seguinte sentido (BINENBOJM, 2016, p.253, grifo nosso):

> "Segundo o órgão colegiado, ao destrinchar o poder de polícia em ciclos propostos por Diogo de Figueiredo Moreira Neto, **somente os atos relativos**

> **ao consentimento e à fiscalização de polícia seriam delegáveis a pessoas jurídicas de direito privado.** Os atos de ordenação e sanção, por derivarem unicamente do Estado, seriam indelegáveis a particulares".

Portanto, como ressalta Binenbojm (2016, p. 261), "o panorama atual da jurisprudência brasileira dos Tribunais brasileiros no que tange ao exercício de funções públicas de poder de polícia, STJ com temperamentos mais amenos permitindo a execução de atos fiscalizatórios e de consentimentos a particulares" e o STF com exceção "do precedente firmado na ADI nº 3.026, prevalece a impossibilidade de desestatização do poder de polícia".[18]

Circunscrevendo as atribuições do ONS dentro dos julgamentos supramencionados, ressaltamos a de planejamento, a programação da operação e o despacho centralizado da geração de energia elétrica que a Lei confere a essa pessoa jurídica de direito privado (alínea "a" do Art. 13 da |Lei 9.648/98, supracitado)

Entendemos que essa atribuição tem natureza de poder de polícia, na medida que tanto a programação, como despacho centralizados são atributos de ordenação impostos pelo o ONS aos agentes de geração de energia elétrica, desde que interligados ao Sistema Interligado Nacional – SIN, que prima facie afrontaria o entendimento do STF.

Da atribuição acima destacada, bem como nas demais atribuições previstas no Art. 13 da lei 9.648/98, não se observa nenhuma atividade de fiscalização, que se coadunaria com aquele trazido na jurisprudência do STJ, tampouco se vislumbra competência para imposição de multas.

Contundo, consideramos que as ponderações realizadas por Binenbojm, que mencionamos ao final do item 5.3 se adequam ao caso do ONS. Há, então, que se superar o dogma da indelegabilidade dos poderes de polícia a particulares.

Lembrando que a ausência de proibição ou permissão pela Constituição Federal de delegabilidade desses poderes, não tem o condão nem de negação ou nem de permissão genérica à delegação.

5 Conclusão

As noções dos institutos do Direito evoluem a reboque, ou seja, primeiro se observa a mudança na realidade socioeconômica e após, o direito a acompanha. Tais modificações sociais acontecem e assim, os institutos ganham novos contornos, para se adequarem à realidade. O poder de polícia não ficou incólume a esse processo.

18 Ibid., p.261. ADI 3.026/2006 discutiu-se se a OAB deveria realizar concurso público para admissão de pessoal. O STF decidiu que a OAB por exercer função de relevante interesse `à administração da Justiça (Art. 133 da CRFB/88) não pode ficar sob o julgo do Estado e, portanto, afastou a regra do concurso público em questão.

A polêmica quanto ao abandono ou não da expressão “poder de polícia”, nos parece secundária. Entendemos que o foco deva estar primeiramente na caracterização de atributos a esse poder, que estejam em consonância ao ordenamento contemporâneo e às relações socias do século XXI.

Não é possível aceitar comportamentos arbitrários em um contexto de Estado Democrático de Direito. Lembrando que discricionariedade não é e nem pode ser sinônimo de arbitrariedade, uma vez que cabe a Administração zelar pelo interesse primário (interesse da sociedade). A discricionariedade pode existir, desde que no espaço adequado de atuação permitido à Administração Pública, sob as balizas do ordenamento jurídico.

Como menciona Chevallier (2009), o Estado caminha para a figura da pós-modernidade, afirmando que “a ordem burocrática, fundada sobre a hierarquização, é desabilitada pela proliferação de estruturas de um novo tipo, colocadas fora do aparelho de gestão clássico e escapando ao poder da hierarquia”(CHEVALLIER, 2009), é o que o autor denomina de Estado policêntrico, que não ostenta mais relações hierárquicas, mas interdependentes. Dessa forma, substitui-se a figura da pirâmide pela rede.

Assim, nesse novo contexto socioeconômico e político, numa sociedade com relações cada vez complexas, o poder de polícia passa a atuar de forma positiva, incentivando, fomentando e regulando as relações.

Os giros que o direito administrativo sofreu, como os Giro Constitucional e Pragmático, levam a transformação de como o poder de polícia se caracteriza nessa nova ordem constitucional. Sua obediência não se limita apenas à legalidade estrita, mas à juricidade. O poder de polícia é impregnado pelos valores escritos e inscritos na Constituição da República Federativa de 1988 – CRFB/88.

Ademais, a delegação de atividades relacionadas ao poder de polícia, ainda que polêmicos na doutrina e na jurisprudência pátria, começa a dar alguns acenos de modificação. O STJ, assume uma posição mais flexível, admitindo a fiscalização por particulares, em oposição a uma postura mais conservadora do STF.

A doutrina, em reflexão trazida por Binenbojm acrescenta que a ausência de vedação ou de autorização não deve significar, de plano, uma vedação ou autorização genérica ao debate sobre a delegação. Defendendo a ideia de que cada caso deve ser avaliado cautelosamente e de acordo com suas especificidades.

Portanto, ao nosso entender as atividades de poder de polícia de ordenação do setor elétrico brasileiro, exercidas pelo Operador Nacional do Sistema Elétrico – ONS coadunam-se perfeitamente no pensamento supracitado por Gustavo Binenbojm (2016).

A priori não pode concluir como inconstitucional as atividades exercidas pelo NOS, exclusivamente por sua natureza jurídica de pessoa de direito privado.

6 Referências

BINENBOJM, Gustavo. Poder de polícia, ordenação e regulação. Belo Horizonte: Fórum, 2016

Brasil. Constituição (1988)

CHEVALLIER, Jacques. O estado pós-moderno. Tradução Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

GANIM, Atnonio. Setor elétrico brasileiro: aspectos regulamentares, tributários e contábeis. Canal Energia: Synergia, 2009.

GORDILLO, Augustín. Tratado de derecho administrativo y obras selectas. Tomo 2, La defensa del usuario y del administrado. 9ª edición, Buenos Aires, F.D.A., 2009.

GUERRA, Sergio. Separação dos poderes, executivo unitário e estado administrativo no Brasil. Revista Estudos Internacionais, p.144. (DOI: http://dx.oi.org/10.21783/rei.v3i1.151).

LANDAU, Elena e SAMPAIO, Patrícia. Introdução o setor elétrico em uma visão introdutória, In Regulação do setor elétrico, coordenadora Elena Landau. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

MARRARA, Thiago. O exercício do poder de polícia por particulares. Revista de Direito Administrativo – RDA, Rio de Janeiro, v.269, p.255-278, maio/ago. 2015.

MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Vitor Rhein. Poder de polícia na atualidade. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

SUNDFELD, Carlos Ari. Direito administrativo ordenador. 1ª. ed. 3ª. T. São Paulo: Malheiros, 2003.

TOLMASQUIM, Maurício Tiomno. Novo modelo do setor elétrico brasileiro. Rio de Janeiro: Synergia; EPE: Brasília, 2011.