

GUSTAVO BINENBOJM

PODER DE POLÍCIA,
ORDENAÇÃO, REGULAÇÃO
TRANSFORMAÇÕES POLÍTICO-JURÍDICAS,
ECONÔMICAS E INSTITUCIONAIS DO
DIREITO ADMINISTRATIVO ORDENADOR

3ª edição

Atualizado de acordo com a LINDB (Lei nº 13.655/2018),
a Lei das Agências Reguladoras (Lei nº 13.848/2019)
e a Lei da Liberdade Econômica (Lei nº 13.874/2019)

Belo Horizonte

FÓRUM

CONHECIMENTO JURÍDICO

2020

© 2016 Editora Fórum Ltda.
2017 2ª edição
2020 3ª edição

É proibida a reprodução total ou parcial desta obra, por qualquer meio eletrônico, inclusive por processos xerográficos, sem autorização expressa do Editor.

Conselho Editorial

Adilson Abreu Dallari	Floriano de Azevedo Marques Neto
Alécia Paolucci Nogueira Bicalho	Gustavo Justino de Oliveira
Alexandre Coutinho Pagliarini	Inês Virgínia Prado Soares
André Ramos Tavares	Jorge Ulisses Jacoby Fernandes
Carlos Ayres Britto	Juarez Freitas
Carlos Mário da Silva Velloso	Luciano Ferraz
Cármem Lúcia Antunes Rocha	Lúcio Delfino
Cesar Augusto Guimarães Pereira	Marcia Carla Pereira Ribeiro
Clovis Beznos	Márcio Cammarosano
Cristiana Fortini	Marcos Ehrhardt Jr
Dinorá Adelaide Musetti Grotti	Maria Sylvia Zanella Di Pietro
Diogo de Figueiredo Moreira Neto (<i>in memoriam</i>)	Ney José de Freitas
Egon Bockmann Moreira	●swaldo Othon de Pontes Saraiva Filho
Emerson Gabardo	Paulo Modesto
Fabício Motta	Romeu Felipe Bacellar Filho
Fernando Rossi	Sérgio Guerra
Flávio Henrique Unes Pereira	Walber de Moura Agra

FÓRUM

CONHECIMENTO JURÍDICO

Luis Cláudio Rodrigues Ferreira
Presidente e Editor

Coordenação editorial: Leonardo Eustáquio Siqueira Araújo
Aline Sobreira de Oliveira

Av. Afonso Pena, 2770 – 15º andar – Savassi – CEP 30130-012
Belo Horizonte – Minas Gerais – Tel.: (31) 2121.4900 / 2121.4949
www.editoraforum.com.br – editoraforum@editoraforum.com.br

Técnica. Empenho. Zelo. Esses foram alguns dos cuidados aplicados na edição desta obra. No entanto, podem ocorrer erros de impressão, digitação ou mesmo restar alguma dúvida conceitual. Caso se constate algo assim, solicitamos a gentileza de nos comunicar através do e-mail editorial@editoraforum.com.br para que possamos esclarecer, no que couber. A sua contribuição é muito importante para mantermos a excelência editorial. A Editora Fórum agradece a sua contribuição.

B612p Binenbojm, Gustavo

Poder de polícia, ordenação, regulação: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador. 3. ed. / Gustavo Binenbojm; prefácio de Luis Roberto Barroso; apresentação de Carlos Ari Sunfeld. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

408 p. E-book.
ISBN 978-65-5518-066-4

1. Direito Administrativo. I. Barroso, Luis Roberto. II. Sunfeld, Carlos Ari. III. Título.

CDD: 341.3
CDU: 342.9

Informação bibliográfica deste livro, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

BINENBOJM, Gustavo. *Poder de polícia, ordenação, regulação: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador*. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020. E-book. ISBN 978-65-5518-066-4.

SUMÁRIO

PREFÁCIO DA PRIMEIRA EDIÇÃO	
OS DESCAMINHOS DO ESTADO BRASILEIRO, O SUCESSO ACADÊMICO E A IMPERMANÊNCIA	
LUÍS ROBERTO BARROSO	11
I O autor e sua trajetória	11
II Breve reflexão sobre o tema	13
III Conclusão	14
APRESENTAÇÃO	
CARLOS ARI SUNDFELD	15
REGISTROS (3ª edição)	
GUSTAVO BINENBOJM	17
CAPÍTULO 1	
INTRODUÇÃO	19
1.1 Prólogo: poder de polícia, a operacionalização do Leviatã	19
1.2 A historicidade do poder de polícia: um conceito em transformação, mas que resiste ao tempo	25
1.3 Plano de trabalho	32
CAPÍTULO 2	
OS DOIS GIROS DO DIREITO ADMINISTRATIVO	37
2.1 O giro democrático-constitucional: direitos fundamentais e democracia como elementos estruturantes do Estado Administrativo contemporâneo.....	37
2.2 O giro pragmático: antifundacionalismo, contextualismo e consequencialismo no direito administrativo	52
2.2.1 A LINDB e a confirmação da inclinação pragmática do Direito Administrativo no Brasil	63
2.3 O encontro dos dois giros e suas repercussões sobre o poder de polícia: aspectos político-jurídicos, econômicos e institucionais	65

CAPÍTULO 3

ASPECTOS POLÍTICO-JURÍDICOS DA TRANSFORMAÇÃO:
DEMOCRATIZAÇÃO E CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO
PODER DE POLÍCIA

	71
3.1	Delimitação conceitual e controvérsias terminológicas.....71
3.2	A estrutura do poder de polícia no Estado democrático de direito ..83
3.2.1	A disciplina normativa: uma estrutura de incentivos conformadora de comportamentos
	87
3.2.1.1	Sentido atual da preferência e da reserva de lei <i>vis-à-vis</i> do papel criativo da Administração
	88
3.2.1.2	A ordem de polícia.....
	93
3.2.1.3	A questão dos graus de vinculação à juridicidade
	94
3.2.2	Consentimento administrativo (expresso ou tácito) ou mera comunicação de atividade.....
	99
3.2.2.1	Algumas inovações da Lei da Liberdade Econômica (LLE) em relação a atos de consentimento administrativo
	104
3.2.3	Fiscalização
	107
3.2.3.1	Fiscalização preventiva e repressiva
	109
3.2.4	Sanções punitivas e premiaias
	110
3.2.4.1	Sanções punitivas e seu estatuto constitucional
	110
3.2.4.2	Autoexecutoriedade e heteroexecutoriedade
	115
3.2.4.3	Acordos integrativos e substitutivos das sanções
	117
3.2.4.4	Sanções premiaias: o reverso da moeda
	119
3.3	Poder de polícia, direitos fundamentais e democracia
	121
3.3.1	Limites impostos ao poder de polícia pelos direitos fundamentais
	123
3.3.2	O papel do poder de polícia na proteção e promoção de direitos fundamentais
	134
3.3.3	Poder de polícia, democracia e limites constitucionais: a ponderação proporcional entre objetivos coletivos e direitos fundamentais
	143
3.4	Poder de polícia, situações de emergência e o fantasma de Carl Schmitt: é possível juridicizar a excepcionalidade administrativa?
	151

CAPÍTULO 4

ASPECTOS ECONÔMICOS DA TRANSFORMAÇÃO:
A RECEPÇÃO DA LÓGICA DA REGULAÇÃO ECONÔMICA
PELO PODER DE POLÍCIA

161

4.1	O direito entre o mercado e o Estado: a dupla instrumentalidade do direito econômico e o contributo metodológico da economia ao direito.....	162
4.2	Instrumentos, fundamentos e elementos da regulação	168
4.2.1	Os instrumentos da regulação.....	171
4.2.1.1	Regulação por normas de comando e controle	172
4.2.1.2	Regulação por normas de indução.....	174
4.2.1.3	Meios alternativos de realização de objetivos regulatórios.....	177
4.2.1.4	Análise de Impacto Regulatório (AIR).....	180
4.2.2	Os fundamentos da regulação: correção das falhas de mercado e outros objetivos legítimos	187
4.2.2.1	Poder de mercado, monopólios e oligopólios.....	193
4.2.2.2	Assimetrias de informação.....	199
4.2.2.3	Externalidades e bens públicos.....	205
4.2.2.4	Outros objetivos legítimos.....	208
4.2.3	Os elementos da regulação	211
4.2.3.1	Entrada.....	212
4.2.3.2	Preço.....	219
4.2.3.3	Qualidade e quantidade.....	224
4.2.3.4	Informação	226
4.2.3.5	Regulação por banimento.....	229
4.2.3.6	Estudo do caso UBER: a dinâmica das mudanças regulatórias em tempos de disrupção.....	231
4.3	Regulação, autonomia e seus limites	247
4.3.1	Comportamentalismo econômico e regulação	249
4.3.2	Autonomia, falhas de escolha e limites ao paternalismo estatal.....	254
4.4	Regulação, democracia e direitos fundamentais	260

CAPÍTULO 5

ASPECTOS INSTITUCIONAIS DA TRANSFORMAÇÃO: DESESTATIZAÇÃO E DESTERRITORIALIZAÇÃO DO PODER DE POLÍCIA.....

5.1	Nota preliminar: do Estado de polícia à polícia sem Estado?	265
5.2	A desestatização do poder de polícia em sentido amplo: possibilidades e limites	268
5.2.1	O debate na doutrina	268
5.2.2	A jurisprudência dos Tribunais Superiores.....	273
5.2.2.1	A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça	273

5.2.2.2	A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal	277
5.2.3	A superação do dogma da indelegabilidade do poder de polícia. Disciplina constitucional e os influxos dos giros pragmático e democrático-constitucional	284
5.3	Casuística da atuação colaborativa de entes privados em atividades de polícia administrativa no Brasil	290
5.3.1	O exercício do poder de polícia por Conselhos Profissionais: autarquias ou entes públicos não estatais?	290
5.3.2	O exercício do poder de polícia por empresas estatais	295
5.3.3	O exercício do poder de polícia por concessionárias e permissionárias de serviços públicos	306
5.3.4	O exercício do poder de polícia por terceirizados	309
5.3.5	O exercício do poder de polícia por credenciados ou agentes reconhecidos	314
5.4	A desestatização de funções regulatórias: da regulação privada à autorregulação regulada	321
5.5	A desterritorialização do poder de polícia: a caminho de um direito administrativo global	334
CAPÍTULO 6		
	CONCLUSÃO.....	349
6.1	Proposições objetivas.....	349
6.2	Encerramento.....	368
	REFERÊNCIAS.....	371