



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).

Área específica

DIREITO ADMINISTRATIVO

FORMATO: 14,5 X 21,5 cm
CÓDIGO: 10001838

“Três disfunções crônicas marcam a trajetória do Estado brasileiro: o patrimonialismo, o oficialismo e o autoritarismo. O *patrimonialismo* está ligado à nossa colonização ibérica e à má separação entre o espaço público e o espaço privado. O *oficialismo* é a cultura que faz depender do Estado – isto é, de sua bênção, apoio ou financiamento – todo e qualquer projeto pessoal, político ou empresarial de grande porte. O *autoritarismo*, por sua vez, vem da dificuldade atávica de respeitar a legalidade constitucional, os limites do poder e, no que interessa ao presente estudo, dar transparência e razões à atuação da Administração. O estudo do poder de polícia e de suas transformações, empreendido com maestria pelo autor, ajudam a compreender e a enfrentar essas vicissitudes. Na sua concepção reconfigurada, o poder de polícia é instrumento importante da autonomia pública e privada, da ordenação da vida econômica e social e da maximização do bem-estar das pessoas, como demonstrou Gustavo Binenbojm.”

(Do Prefácio do Ministro Luís Roberto Barroso)

“Como Gustavo Binenbojm, entre tantos profissionais talentosos, sérios e bem formados como ele, conquistou na academia o destaque que o elevaria por concurso a Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade Estadual do Rio de Janeiro, a UERJ? São sempre múltiplas estas razões: é um fino escritor, com carisma na sala de aula, advogado consistente, esbanja caráter, equilíbrio e elegância. Mas o que o tornou conhecido foi mesmo a jornada intelectual: ele apostou com sucesso na rediscussão das grandes teorias do direito administrativo, e as abordagens que andou propondo têm influído de verdade.”

(Da Apresentação do Prof. Carlos Ari Sundfeld)

B612p Binenbojm, Gustavo

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

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

1. Direito Administrativo. I. Barroso, Luís Roberto. II. Sundfeld, 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.

Gustavo Binenbojm

Professor Titular de Direito Administrativo da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Doutor e Mestre em Direito Público pela UERJ. *Master of Laws* (LL.M.) pela Yale Law School. Membro das Comissões de Estudos Constitucionais e de Direito Econômico do Conselho Federal da OAB.

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 premiais	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 premiais: 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.....

	265	
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.....

6.1	Proposições objetivas.....	349
6.2	Encerramento.....	368

REFERÊNCIAS.....

371