# 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.

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

# THE EVOLUTION OF THE POLICE POWER CONCEPT WITHIN THE REGULATORY STATE: TOOL OR SYNONYM?

**Lucas dos Reis Montenegro**

**Resumo**

O conceito de Poder de Polícia teve sua abrangência reduzida. Significou, em seu auge, a totalidade da atuação estatal. A Regulação surge como forma de intervenção estatal, trabalhada, conceitualmente, sob diferentes matizes que tangenciam o conceito de Poder de Polícia. Há autores brasileiros que sustentam uma aproximação total ao conceito de Regulação, ao passo que há autores que afirmam ser o Poder de Polícia mero instrumento da Regulação. O objetivo de nosso trabalho é revisar literatura e mapear possíveis zonas de interseção conceitual entre Poder de Polícia e Regulação.

**Palavras-chave:** Estado regulador, Poder de polícia, Regulação, Evolução conceitual, Interseção conceitual

**Abstract/Resumen/Résumé**

The concept of Police Power has shrinked. In its apex, it meant the wholesome of administrative action. Regulation comes forth as a form of state intervention, being treatead under different scopes which touch the concept of Police Power. There are scholars, in Brazil, who sustain that Regulation fully encompass Police Power. On the other hand, there are scholars who think that Police Power is nothing but a tool for regulation. This paper's objetive is to review literature and track possible intersection zones between Police Power and Regulation.

**Keywords/Palabras-claves/Mots-clés:** Regulatory state, Police power, Regulation, Conceptual evolution, Conceptual intersection

## 1 Introdução

O Direito Administrativo, ao menos na tradição romano-germânica, é associado a um certo viés de autoridade, que resiste, em certa medida, às evoluções trazidas pelo constitucionalismo, mantendo-se eivado de um certo viés autoritário tão bem caracterizado pela frase de Otto Mayer (apud CORREIA, 2003, p. 47): "o direito constitucional passa, o direito administrativo fica".

O termo **polícia** remonta, etimologicamente, à própria ideia de **política**, no sentido de atividade da *polis*, da cidade-estado. Augustín Gordillo (2009, p. 208) atesta que, até o século XV, a **polícia** designava toda a atividade estatal.

Ao longo dos séculos, contudo, o conceito de polícia, ou **poder de polícia**, transmudou-se: foi tornando-se cada vez mais restrito até restar cada vez mais associado a uma ideia de limitação de direitos.

A partir da segunda revolução industrial, com o incremento da complexidade das relações sociais e econômicas, tem gênese o Estado Regulador.

Com o surgimento do Estado Regulador, que abarca, em sua missão regulatória, uma série de poderes e funções, resta a dúvida: qual é a relação entre Poder de Polícia e Regulação? Há sinonímia entre a Regulação e o Poder de Polícia? Há relação entre gênero e espécie?

O objetivo do presente trabalho é examinar de que forma a literatura trata dos conceitos elencados, expondo de que modo a pergunta acima elencada é respondida.

O tema se mostra relevante por uma série de fatores, especificamente: (i) é de interesse para o conhecimento que fenômenos distintos possuam nomenclaturas distintas, ao passo que fenômenos idênticos possuam nomes idênticos; (ii) a delimitação do espaço do poder de polícia em oposição à regulação é necessária, em razão da certa carga axiológica negativa atrelada à ideia de polícia; e (iii) institutos distintos atraem regimes jurídicos distintos.

A metodologia adotada será a revisão de literatura, buscando catalogar o posicionamento dos diferentes autores, e se estruturará da seguinte forma: na primeira seção irá tratar da evolução conceitual do Poder de Polícia; a segunda seção abordará as críticas feitas em relação a esse supostamente vetusto instituto publicista; a terceira seção abordará o conceito de regulação, bem como a exposição dos instrumentos regulatórios e fará, de fato, a comparação entre poder de polícia e regulação para, após, concluir.

## 2 Evolução do Conceito de Poder de Polícia

**Poder de Polícia** é um dos institutos centrais do direito administrativo. Analisa-se, por ora, o conceito de **Poder de Polícia** na atualidade para, após, traçarmos a sua evolução histórica.

Segundo José dos Santos Carvalho Filho (2018, p. 138), Poder de Polícia é definido como "a prerrogativa de direito público que, calcada na lei, autoriza a Administração Pública a restringir o uso e o gozo da liberdade e da propriedade em favor do interesse da coletividade".

Jean Rivero (1981, p. 478-479) ensina que poder de polícia está relacionado ao conjunto das intervenções da Administração que "tendem a impor à livre acção dos particulares a disciplina exigida pela vida em sociedade [...] tem por fim prevenir os atentados à ordem pública".

Desse conceito legal extraímos que o Poder de Polícia está relacionado a ideias de **limitação**; **disciplina**; e **regulação** de liberdades, por fundamentos relacionados ao **interesse público**, cf. se pode extrair, inclusive, do art. 78 do CTN.

Poder de Polícia está intimamente associado, ao menos atualmente, a uma atuação estatal limitadora e repressora de direitos e liberdades.[1] Nem sempre, contudo, foi assim. Analisaremos, nos próximos itens, a evolução do conceito de poder de polícia.

Quando se fala em **antiguidade**, entenda-se a antiguidade clássica, que tem por metonímia o período greco-romano. O vocábulo **polícia**, etimologicamente ligado à política, deriva da origem comum grega *politeía (πολιτεία)*, a atividade da *polis* (LEGARRE, 2006-2007).

Esmiuçando a relação etimológica entre **polícia** e **política**, Gustavo Binenbojm (2016, p. 27) esclarece que a política seria viver na polis, ao passo que a polícia dizia respeito à governança interna pelo paterfamilias.

Em síntese, a política seria o exercício das atividades da *polis* através do diálogo entre os cidadãos[2], em uma relação de homogeneidade e paridade, ao passo que a polícia era o exercício de poder, por parte do chefe de família, sobre aqueles que lhe eram sujeitos, em uma relação endógena e vertical, com fins de salvaguarda dos interesses da família.

---

[1] Conforme defende Medauar: "Em essência, poder de polícia é a atividade da Administração Pública que impõe limites a direitos e liberdades." (MEDAUAR; SCHIRATO, 2014, p. 13).

[2] Cidadãos na acepção greco-romana, cf.: GORMAN, 1992.

A polícia era ilimitada, ao passo que a política não. Essa distinção se fará necessária posteriormente, mas, por ora, nos interessa compreender a coincidência entre a polícia e a totalidade das atividades estatais. Cretella Júnior (1985, p. 12) ensinava que "na língua jurídica antiga, [o Poder de Polícia] serviu para designar toda espécie de intervenção destinada a concretizar objetivos da sociedade política".

Tal coincidência, contudo, será mitigada com o decorrer do tempo. Durante o período **medieval**, o conceito de Poder de Polícia passa a não mais abranger a totalidade das atividades estatais. As relações internacionais, já no século XI, foram subtraídas de sua abrangência conceitual, conforme esclarece Odete Medauar (MEDAUAR; SCHIRATO, 2014, p. 15).

No mesmo sentido, Dieter Kugelmann atesta que o conceito de Polícia, na Alemanha, abarcava uma ampla gama de objetos referentes à ordem interna, excluídas questões afetas a relações internacionais.[3]

Considerada a diferenciação feita por Binenbojm (elencada no item anterior) entre **polícia** e **política** na Antiguidade, vemos que o componente retirado da noção medieval de polícia seria referente à política.

Internamente, portanto, a noção de polícia seguia como sinônimo da atividade estatal e, na mesma linha do exercício do poder pelo *paterfamilias*, absoluta.

O conceito de Poder de Polícia passa a transmudar-se, de fato, na **Idade Moderna**, que merece ser seccionada em dois períodos: antes das revoluções burguesas e após as revoluções burguesas.

Ainda na realidade anterior às revoluções burguesas, a abrangência do conceito de Poder de Polícia passa por alterações, deixando de abarcar questões como a justiça e as finanças públicas (MEDAUAR; SCHIRATO, 2014, p. 15).

---

[3] Nas palavras do Professor Kugelmann (2012, p. 23-24), traçando breve histórico do conceito de polícia: *"Begriff 'Polizei', oder älter 'Poicey', hat seinem Ursprung in dem grichischen Wort Politeia, im. Lat. Politia, das auch den Wortstamm des Begriffs Politik liefert. Er findet in der. 2. Hälfte des 15. Jahrhunderts Eingang in die Deutsche Kanzleisprache und wird mit den Reichspolizeiordnungen von 1530, 1548 und 1577 geläufig. Solche Polizeiordnungen regelten weite Bereiche der öffentlichen Sicheheit und Wohlfahrt. [...] Unter 'Policey' fielen alle Gegenstânde, die der (absolute) Herrscher regeln wollte um die nicht die Sicherheit nach aucherheit nach aucherheit nach außen betrafen."* Tradução livre: "O conceito de polícia tem sua origem na palavra grega Politeia, em latim, Politia, de onde surge o radical da palavra Política. Essa palavra surge na segunda metade do séc. XV, aparecendo na linguagem juríridica alemã e sendo veiculada nos regulamentos de polícia dos anos de 1530, 1548 e 1577. Tais regulamentos versam sobre áreas amplas relacionadas à segurança e ao bem-estar públicos. Sob 'Polícia' se encontram todos os objetos que o governante (absoluto) deseja regular e que não se enquadrem como preocupações de segurança quanto ao bem-estar externo.".

Vê-se que, ainda no período pré-revolucionário, Polícia não mais contemplava questões atinentes à justiça e as finanças públicas, mas, afora isso, seguia abrangendo o restante da atividade estatal.[4]

As **revoluções burguesas**, cujo grande exemplo é a Revolução Francesa, de 1789, marco historiográfico do fim da idade moderna e início da idade contemporânea, tiveram por objeto a limitação (ou mesmo ruptura total) do poder real.

Insurgiam-se os revolucionários contra os resquícios do feudalismo e contra o projeto absolutista, desejosos por suprimir a sociedade de privilégios e **desencantar** a sociedade através das **luzes da razão**, municiados, intelectualmente, por autores classificados como **iluministas**, como Voltaire, Montesquieu dentre outros.

A sociedade do Antigo Regime, fortemente organicista, se depara com o intento do indivíduo de se afirmar enquanto ente titular de direitos, através de um processo de submissão do exercício do poder às leis.

Immanuel Kant, em seu artigo abreviadamente conhecido como *Was ist Aufklärung?* equaciona Iluminismo (compreendido enquanto **esclarecimento**), em uma linguagem metafórica, a uma ideia de **despertar**, de cessação da minoridade (KANT, 1784).

O esclarecimento do indivíduo carece de liberdade, especificamente, de liberdade de expressão. A Europa sofre, nesses idos do século XVIII, pelas mudanças trazidas pelos movimentos revolucionários, pautados nas ideias iluministas, que clamam por abstenções da ação estatal, e o fazem através da submissão da vontade do Estado às Leis. É a gênese do Princípio da Legalidade, que repercutirá, tremendamente, sobre o conceito de Poder de Polícia. Tal Princípio consiste na limitação do atuar estatal à vontade heterônoma do legislador (BINENBOJM, 2016, p. 39).

O Estado de Direito começa a se desenhar, e o Poder de Polícia passa a sofrer novas transformações, estando agora sujeito ao império da lei. (Caio Tácito, 1985, p. 1).

O Poder de Polícia não mais abrange a totalidade da ação estatal, mas, limitado pela lei, associa-se, conforme demonstra Gordillo (2009, p. 209), a uma ideia de tutela do bem comum, especificamente através da proteção da **segurança**, **salubridade** e **moralidade pública**. Binenbojm (2016, p. 70) associa o Poder de Polícia à tríade **segurança**, **tranquilidade e salubridade**[5], ao passo que Tácito (2005, p. 192) afirma ser o Poder de

---

4 Na mesma linha KNEMEYER, 1967.

5 Kugelmann (2012, p. 24) afirma que a Lei Geral da Prússia, de 1794, já associava o Poder de Polícia a uma ideia de ordem, segurança e tranquilidade públicas.

Polícia “o implemento de dever geral de não perturbar que se superpõe como limite à liberdade individual”.

O Poder de Polícia, apesar de não mais abranger a totalidade da administração, se caracteriza, agora, como uma manifestação da tutela estatal sobre bens jurídicos relacionados a uma ideia de **ordem pública**.

A forte discussão, surgida a partir do Estado Liberal, dirá respeito aos limites a que estará sujeito o exercício do Poder de Polícia.

Como demonstra Bernardo Sordi (2017), citando Marx, não necessariamente a **grande vassoura da Revolução Francesa** foi apta a varrer todos os escombros do Antigo Regime, e seus entulhos autoritários se mostrarão presentes, sobretudo, no Poder de Polícia. Essa discussão será melhor enfrentada no capítulo seguinte.

Com base na literatura exposta até agora, podemos concluir parcialmente que o Poder de Polícia é um conceito que remonta à Antiguidade, e que passou por uma evolução. Abrangia a totalidade das atividades estatais até o século XV; foi subtraído das relações internacionais; após o foi das finanças públicas e da justiça; para, ao fim, ser equacionado a uma atuação estatal com vistas à garantia de elementos subsumíveis à ideia de **ordem pública**.

Conforme destaca Sérgio Guerra (2019, p. 9), “A marca, portanto, do período liberal, era a postura absenteísta e legalitária, sendo um mero gestor da manutenção da ordem, do direito de propriedade e do fiel cumprimento dos contratos”.

Ferdinand Lasalle, em um tom em certa medida jocoso, chamou essa configuração de Estado, do período liberal, de “Estado Guarda-Noturno” (*Nacthwächterstaat*) (LASALLE, 1862).

Com a segunda revolução industrial, contudo, o Estado foi instado a assumir um papel mais ativo, passando a intervir sobre as relações econômicas, utilizando-se do instrumental do Poder de Polícia, que sofre por uma transmudação na qual passa a incidir sobre a Economia, de modo a salvaguardar a **ordem** econômica. O Estado passa a agir, por exemplo, de modo a combater monopólios e cartéis.

## 3 Críticas doutrinárias acerca do conceito do Poder de Polícia

O presente capítulo tem por objeto colacionar os entendimentos doutrinários que criticam o conceito de Poder de Polícia, afirmando ser tal conceito eivado de um certo vício

inato de autoridade, que não seria compatível com o atual desenvolvimento do Estado de Direito, sobretudo após o marco histórico do **neoconstitucionalismo**.[6]

Conforme será demonstrado, há autores que, inclusive, defendem o abandono da nomenclatura **Poder de Polícia**. O presente artigo, contudo, não terá o condão de tomar partido de corrente que defenda tal superação ou que lhe seja contrária.

A ideia de apresentar tais críticas será, contudo, necessária para o posterior exame do Poder de Polícia dentro da realidade do Estado Regulador.

Martins e Santano (2017, p. 89) afirmam que diversos autores importantes criticam o conceito de poder de polícia, que, para eles, seria uma ideologia autoritária superada.

O Poder de Polícia estaria associado, portanto, ao Estado de Polícia (*Polizeistaat*), não compatível com a ideia de Estado de Direito.

Acerca de **Polícia**, Carlos Ari Sudnfeld (2003, p. 11) destaca que tal noção é problemática em razão do que chama "timbre autoritário".

Gustavo Binenbojm, a seu turno, consigna que, apesar dos avanços da Revolução Francesa e do Liberalismo Político, que subordinou o exercício do Poder de Polícia ao esquadro legal previamente determinado, isso "não se mostrou suficiente para conter-lhe o potencial autoritário e adequá-lo, de modo satisfatório, aos novos parâmetros instituídos pelo Estado de Direito. De fato, o Poder de Polícia conservou o seu caráter **intrinsecamente** autoritário" (BINENBOJM, 2016, p. 326). Discorda o referido autor, contudo, com a afirmação de Sundfeld pela necessidade de superação da nomenclatura Poder de Polícia.

A submissão do atuar estatal à lei, especificamente, mas não somente, em relação ao Poder de Polícia, se mostrou insuficiente para otimizar o viés garantidor das liberdades individuais em face do Estado.

Essa insuficiência se deve à ampla discricionariedade concedida aos agentes públicos, pois, em que pese terem de agir nos termos de uma delegação legal de competência, a baixa densidade conceitual e normativa de figuras ensejadoras do Poder de Polícia, como a tríade **ordem, segurança e salubridade**, se mostra insuficientemente apta a limitar o exercício do Poder de Polícia.

O exercício do Poder de Polícia estaria limitado quanto a seu objeto, porém ilimitado quanto a seus meios.

Gustavo Binenbojm (2016, p. 37) afirma, ainda, que o Direito Administrativo (e o Poder de Polícia, por consequência) teria sofrido dois giros, a saber: (i) giro democrático-

---

[6] Luis Roberto Barroso (2005) toma por marco histórico do neoconstitucionalismo, na Europa, as Constituições do pós-guerra e, no Brasil, a Constituição de 1988.

constitucional; e (ii) giro pragmático. O giro-democrático constitucional deflagra a ideia de **constitucionalização** do exercício do Poder de Polícia, ao passo que o giro pragmático confere ao Direito Administrativo novo arcabouço filosófico-teórico, de matiz antifundacional, contextualista e consequencialista.

A partir do giro pragmático do Direito Administrativo, o exercício do Poder de Polícia passa a se comunicar com outros sistemas, como, por exemplo, o sistema econômico, através da Análise Econômica do Direito, surgindo, assim, uma linha de tangência com a regulação econômica, que será melhor explicitada no capítulo a seguir.

## 4 Poder de Polícia e Estado Regulador

Compararemos, agora, o exercício do Poder de Polícia com a ideia de Regulação, a partir do contexto do Estado Regulador. Vimos, nos capítulos anteriores, que o conceito de Poder de Polícia sofreu uma série de alterações, deixando de abranger a totalidade das ações estatais, como era na Antiguidade, para passar a se relacionar a uma ideia de conformação de liberdades para garantia de questões atinentes à ordem pública.

Com a dinamização das relações sociais, após a 2ª Revolução Industrial, a ação do Estado como mero garantidor de liberdades passa a não mais ser suficiente. Surge, assim, o Estado Regulador. O presente capítulo seguirá a seguinte linha de trabalho: (i) buscará apresentar os entendimentos doutrinários que definam *regulação*; (ii) apresentará a evolução do Estado Regulador, através de uma suscinta exposição de sua gênese norte-americana e posterior transplante para a realidade continental-europeia e brasileira; e (iii) trabalhará a inserção do conceito de Polícia dentro do Estado Regulador.

### 4.1 O que é Regulação?

Nos Estados Unidos da América, país ao qual podemos atribuir a qualidade de **pais do modelo de regulação por agências**, há uma certa dificuldade em relação à compreensão do termo **regulação**, que se desenvolve de maneira um tanto quanto polissêmica. Barak Orbach (2012, p. 2), por exemplo, afirma que:

> *During the past century, substantial resources have been invested in the politics and scholarship of regulation. Nonetheless, the term "regulation" appears to escape a clear definition. Although regulation has been one of the most controversial topics*

> *in law and politics, it has also been one of the most misunderstood concepts in modern legal thinking.*[7]

Phillip Selznick reconhece, também, a amplitude conceitual de regulação, afirmando haver uma forte tentação (ao menos na realidade norte-americana, sobre a qual escreveu) em identificar o fenômeno da regulação com todo o reino da lei, ordenação e controle social. Afirma que isso é compreensível, em razão de a palavra **regulação**, tomada por si, ser naturalmente polissêmica, mas afirma que, dentro do contexto de políticas públicas e administração pública, regulação há de ter um sentido específico, qual seja: "*regulation refers to sustained and focusesd control exercised by a public agency over activities that are valued by a community*" (SELZNICK, 1985, p. 1).[8]

Tony Prosser (2010, p. 1), a seu turno, consigna que:

> *Particularly in political debate, the meaning of regulation has often been simplistic and taken for granted; it is treated in a deceptively simple manner as imposing a burden, as the opposite of free markets. Thus, whilst regulation may be needed, it is portrayed as a second-best choice for social organisation; in principle free markets giving us economic freedom and consumer choice should be preferred wherever possible. Regulation is thus an always regrettable means of correcting market failures. This concept of regulation is, by implication, a narrow one: regulation is part of economic management.*[9]

Identifica, portanto, ainda que em tom de crítica, a existência de um conceito mais estrito de regulação, atrelado a uma ideia de regulação econômica: a correção das falhas de mercado e sob esse viés a regulação seria debatida no ambiente político.

Afirma ainda, contudo, que no ambiente acadêmico, o conceito de regulação se tornou cada vez mais amplo:

> *In quite diferente developments from those in political debate, academic writing has developed a concept of regulation which has beome ever wider. [...] It i salso*

---

7 Tradução livre: "Durante o último século, recursos substanciais foram investidos na política e no estudo da Regulação. Ainda assim, o termo "regulação" parece se furtar a uma definição clara. Ainda que regulação tenha sido um dos tópicos mais controversos do direito e da política, ela tem sido um dos conceitos mais mal-interpretados do pensamento jurídico moderno".

8 Tradução livre: "A regulação se refere ao controle contínuo e focalizado exercido por uma agência pública sobre atividades que sejam valorizadas pela comunidade".

9 Tradução livre: "No debate político, particularmente, o significado de regulação tem sido tido como certo de uma forma simplista; ele é tratado de forma de uma forma fraudulentamente simplista como sendo a imposição de um fardo, algo oposto à liberdade de mercado. Assim, apesar de a regulação ser necessária, ela é caracterizada como um escolha menos pior para a organização social; em princípio, livres mercados que deem liberdade econômica e escolha para o consumidor seriam, sempre que possível, preferíveis. Regulação é, assim, um meio sempre desagradável para corrigir as falhas de mercado. Esse conceito de regulação é, por implicação, um conceito estreito: regulação como parte da gerência da economia".

> *apparent in na acceptance of the variety of goals of regulation, and in a dissociation of regulation from the economic sphere. Thus earlier definitions of regulation stressed its role in relation to markets; regulation was "fundamentally a politico-economic concept and, as such, can best be understood by reference to different systems of economic organization and the legal forms which mantain them". However, more recente accounts have expanded regulation to include a wide range of other types of social control, incorporating insights from sociology as well as economics* (PROSSER, 2010, p. 2).[10]

Barry Mitnick (1978, p. 1) afirma que regulação teria por elemento central a ideia de interferência. A regulação seria, desse modo: "*an interference, of some sort, in the activity subject to regulation – it is to be governed, altered, controlled, guided, regulated in some way. Interference involves a diversion from what otherwise would occur, a blocking off, restriction [...]"*.[11]

Marcos Juruena Villela Souto (1999, p. 129), citando Vital Moreira, destaca a existência de diferentes amplitudes conceituais de **regulação**: ampla (totalidade da atuação estatal); menos ampla (intervenção na economia sem atuação direta); e restrita (condicionamento normativo da atividade econômica privada).

A polissemia do termo "regulação" é atestada, ainda, por Rafael Carvalho Rezende Oliveira, que sistematiza o que chama de **noção de regulação** em três sentidos: amplo; intermediário; e restrito. Em sentido amplo, abrangeria qualquer forma de intervenção do Estado na economia, seja indireta ou diretamente; em sentido intermediário excluiria a intervenção direta e, por fim, em sentido restrito abrangeria apenas o condicionamento da atividade econômica por lei ou ato normativo (OLIVEIRA, 2015, p. 138-139).

A presença do termo **regulação**, no Brasil, conforme descreve Carlos Ari Sundfeld, passa a se fazer presente após o advento das Emendas Constitucionais n.º 8 e n.º 9, que determinaram a criação de órgãos reguladores para os setores de telecomunicação e petróleo. (SUNDFELD, 2014, p. 121).

---

[10] Tradução livre: "Em um desenrolar bem direrente daquele do debate político, a Academia tem desenvolvido um conceito de regulação que se torna cada vez mais amplo. [...] É também aparente na aceitação de diferentes metas para a regulação, e em uma desassociação da regulação em relação à esfera econômica. Assim, definições antigas de regulação enfatizavam seu papel em relação a mercados; regulação era "essencialmente um conceito político-econômico e, como tal, melhor compreendido pela referência a diferentes sistemas de organização econômicas e pelas formas legais que os sustentam". Todavia, trabalhos mais recentes têm expandido o conceito de regulação de modo a incluir um amplo espectro de outras formas de controle social, incorporando insights da sociologia e da economia".

[11] Tradução livre: "uma interferência qualquer na atividade sujeita à regulação - é ser governado, alterado, controlado, guiado, regulado de alguma forma. Interferência envolve uma divergência daquilo que iria, caso contrário, acontecer, um bloqueio, uma restrição [...]".

Para os autores acima elencados, a regulação pode se desnudar tanto sobre um viés mais restrito, relacionado à atuação estatal para sanar falhas de mercado ou em um sentido amplo, que compreende a regulação como a limitação ou conformação de condutas.

Em todas as suas acepções, contudo, a regulação está relacionada a uma ideia de limitação de direitos. Regular é limitar direitos, regular é conformar liberdades.

A regulação é muito associada como sinônimo de regulação econômica, mas o fenômeno regulatório não se encerra na intervenção do Estado nas atividades econômicas, mas também com fundamento em questões sociais (SUNSTEIN, 1990).

Seja em sua compreensão estritamente relacionada a motivos de falha de mercado, econômicos, seja por motivos relacionados a aspirações sociais, percebe-se uma certa zona de coincidência conceitual entre regulação e poder de polícia: a limitação de condutas em um contexto mais ou menos amplo.

## 4.2 O Estado Regulador

Trabalhar o Estado Regulador é, em certa medida, trabalhar a evolução do chamado *administrative state* norte-americano. O Estado Administrativo, tomado aqui como sinônimo de Estado Regulador, surge através de um longo processo histórico, iniciado ainda no séc. XIX, como demonstra Sérgio Guerra (2015).

A gênese do Estado Regulador é intimamente ligada à 2ª Revolução Industrial, que acarretou o aumento da complexidade das relações econômicas, sobretudo em razão da introdução de uma série de novas tecnologias, cujo uso demandou do Estado uma maior intervenção. O Estado Regulado se posiciona como ponto de equilíbrio entre subsistemas complexos (GUERRA, 2019, p. 63).

Nos EUA, o surgimento do Estado Regulador se dá em um contexto de maior intervenção do Estado na economia, distintamente do que ocorre na Europa continental e no Brasil.

Majone, nessa esteira, trabalha a transmudação de um Estado Positivo, interventor direto na Economia, provedor de uma ampla gama de serviços públicos, para o Estado Regulador (MAJONE, 2017, p. 9-10).

O papel do Estado nos países de tradição continental europeia passou de um Estado absenteísta, surgido logo após as revoluções liberais, passando a um Estado Provedor, chegando, por fim, ao Estado Regulador. Essa linha de mudanças acompanha também o exercício do Poder de Polícia que, no Estado liberal inicial estava relacionado à manutenção

da ordem pública (Estado Guarda-Noturno), passando a incidir sobre atividades econômicas à época do Estado Provedor e, por fim, deparando-se com a realidade do Estado Regulador.

Mas, afinal, como se insere o Poder de Polícia no Estado Regulador? Essa pergunta é problemática nos países de tradição continental, como o Brasil, que importaram, a partir dos anos 1970, o modelo de Estado Regulador, muito relacionado à atividade de agências reguladoras criadas para mediar setores outrora ocupados por empresas estatais.

O vácuo gerado pela saída do Estado de certas áreas da atividade econômica abriu espaço, no Brasil, para a tentativa de adoção (ainda que não totalmente bem sucedida) do modelo de agências norte-americano.

Tivemos uma evolução teórico-conceitual do Poder de Polícia, seja a partir da redução da sua abrangência terminológica, seja através da sua submissão à lei e aos direitos fundamentais, mas há um ponto solto nessa trajetória: de que forma o Estado Regulador conversa com o Poder de Polícia?

A relação entre Poder de Polícia e Regulação, enquanto fenômeno, será tratada no tópico a seguir.

## 4.3 Poder de Polícia e Regulação

Pudemos perceber, ao longo do presente trabalho, que há zonas de intersecção entre os conceitos de Regulação e de Poder de Polícia. A zona de intersecção conceitual mínima é a ideia de **limitação de condutas**. Tanto o Poder de Polícia quanto a Regulação lidam, em maior ou menor medida, com a limitação e com a conformidade de determinadas condutas.

Além de conformar condutas, tanto a Regulação quanto o Poder de Polícia o fazem com base em determinada finalidade a ser alcançada. A Regulação Econômica, por exemplo, limita e conforma condutas para sanar falhas de mercado. A Regulação Social limita e conforma condutas para atingir outros objetivos socialmente desejados, como a tutela dos direitos humanos ou o avanço da solidariedade social (BALDWIN; CAVE; LODGE, 2012).

O exercício do Poder de Polícia, a seu turno, liga-se a questões relacionadas à ordem, segurança e salubridade públicas, conforme já exposto anteriormente.

Tanto os conceitos de Poder de Polícia quanto a Regulação possuem um certo grau de incerteza, variando conforme aspectos temporais e geográficos.

A exposição feita no Capítulo 2, acerca das críticas doutrinárias ao conceito de Poder de Polícia, especialmente em relação à carga axiológica autoritária do citado conceito, se mostra útil agora.

Diante das semelhanças entre Poder de Polícia e Regulação, seria a Regulação uma versão **moderna** do velho Poder de Polícia? Ou seria, de outro giro, o Poder de Polícia apenas um dos instrumentos da Regulação, uma estratégia regulatória?

### 4.3.1 Estratégias Regulatórias e Poder de Polícia

A Regulação pode ser realizada a partir de diferentes instrumentos, diferentes **estratégias regulatórias**. Cary Coglianese (2012) afirma que as regulações podem varias: comando-e-controle; tributos; *standards* etc.

O arsenal regulatório dispõe, portanto, de medidas *soft* como a parametrização, e medidas *hard* como *command-and-control*. Todos os instrumentos têm em comum, segundo o citado autor, quatro elementos, quais sejam: (i) *Regulator* (a entidade que cria a regra e aplica as consequências; (ii) *Target* (o regulado); (iii) *Command* (a regra); e (iv) *Consequences* (as sanções pelo descumprimento da regulação).

O elemento *Command* e o elemento *Consequences* possuem a estrutura norma-sanção, delineada a partir da proposição de uma conduta desejada e da punição para o caso de seu descumprimento.

A ideia de **Ciclo de Polícia**, conforme delineada por Diogo de Figueiredo Moreira Neto (2009, p. 444), apresenta estrutura similar, especificamente em relação à Ordem de Polícia e à Sanção de Polícia, respectivamente o comando normativo que sinaliza ao particular o comportamento desejado e a sanção pelo seu descumprimento.

Afirmar que isso bastaria para identificar Poder de Polícia e Regulação seria insuficiente, haja vista o ordenamento jurídico, em geral, se estruturar a partir do binômio norma-sanção.

A identidade surge na medida em que ambos são instrumentos, em geral, administrativos, com base em lei, que possuem o intento de adequar comportamentos particulares, por razões ligadas à ordem pública, ou ao interesse público, explicitadas como questões econômicas ou não.

Autores brasileiros, ao tratar da intervenção do Estado na Economia através da Regulação, enxergam forte relação entre o Poder de Polícia incidente sobre as atividades econômicas e o fenômeno regulatório. Nesse sentido, por exemplo, Gustavo Binenbojm (2016, p. 75-76) destaca que haveria certa tendência em se reconhecer no poder de polícia uma espécie de ancestral da regulação.

Similarmente, Alexandre Santos de Aragão sustenta que o exercício do Poder de Polícia para assegurar a "ordem pública econômica" possui grande semelhança com a ideia de Regulação Econômica. Afirma, contudo, que a distinção entre tais institutos dependeria da atribuição conceitual dada ao Poder de Polícia. Se em sua acepção oitocentista, isto é, apenas como consistente na mera fiscalização da atividade econômica para que não cause prejuízos à coletividade, o âmbito conceitual da Regulação seria mais amplo e o Poder de Polícia, por consequência, seu instrumento.

O ponto de distinção conceitual seria, para o referido autor, o fato de o Poder de Polícia não abranger a regulação dos serviços públicos (ARAGÃO, 2002, p. 14-15).

### 4.3.2 Regulação como evolução conceitual do Poder de Polícia

Na medida em que a abrangência da atuação estatal sobre a atividade econômica aumenta, o exercício do Poder de Polícia passaria por novas mutações. Marçal Justen Filho, por exemplo, enxerga na Regulação uma evolução do Poder de Polícia (JUSTEN FILHO, 2010, p. 660-661).

Para tal autor, a Regulação é a evolução conceitual do Poder de Polícia, que passa a ser a face repressora da Regulação, que abrange, contudo, não somente estratégias de dissuasão, mas também de indução de condutas, similarmente do que sustenta Binenbojm. A diferença entre uma ou outra abordagem é sutil, mas não sem consequências.

Para os autores que criticam o viés autoritário do Poder de Polícia, seria interessante defender a sua superação em detrimento de uma ideia evolutiva de Regulação Estatal, que abrange não apenas normas sancionatórias, mas também persuasivas e indutivas.

## 4.4 Dinamismo Conceitual

A boa compreensão da inserção ou não do Poder de Polícia dentro da Regulação carece da constatação do seguinte fenômeno: tanto um quanto ou outro conceito sofreram mutações, em movimentos que de expansão e de retração conceitual.

O Poder de Polícia nasceu como sinônimo da atividade da Polis, ou seja, abrangia toda a atividade estatal. Foi tendo sua abrangência, contudo, tolhida a partir do tempo. No Estado Liberal alcançou a ideia de limitação de liberdades com fins de salvaguarda da ordem pública para após, em razão do aumento da complexidade das relações sociais e econômicas, incidir sobre a atividade econômica.

A Regulação, por outro lado, nascida no seio do *administrative state* norte-americano, desnudada, a princípio, como forma de intervenção do Estado na economia, sofreu também um movimento de expansão conceitual, passando a conformar condutas para além da realidade das falhas de mercado, seu nicho inicial.

No Brasil, com a importação do modelo de regulação por agências, a partir do cenário das desestatizações, na segunda metade dos anos 1990, a Regulação ficou muito associada a uma forma de intervenção indireta do Estado na economia. É a passagem do Estado prestador para o Estado Regulador.

O tratamento dado pela doutrina publicista brasileira à Regulação, portanto, a associa à regulação econômica. O ponto de encontro conceitual entre Poder de Polícia e Regulação, no Brasil, portanto, está contido na realidade da regulação econômica. Caso a Regulação fosse compreendida em sua dimensão conceitual máxima que é a de *restringir condutas*, certamente absorveria o conceito de Poder de Polícia.

### 4.4.1 Zonas de Interseção Conceitual

A partir da exposição realizada no subitem anterior, alguma sistematização já pode ser desenhada. Demonstraremos, agora, a existência de zonas de interseção conceitual entre Poder de Polícia e Regulação.

Tais zonas se inserem dentro de um "espaço 4d", que toma o tempo por dimensão adicional (NORTON, 2020). Em palavras menos herméticas, é dizer que os pontos de interseção variam de acordo com a acepção conceitual dada ao Poder de Polícia que varia, a seu turno, em razão de sua evolução conceitual ao longo do tempo, considerando, ainda, que o próprio conceito de Regulação possui diferentes graus de abrangência, mutantes em razão do tempo e o espaço.

Foram identificadas, nessa toada, quatro possíveis zonas de interseção conceitual: (i) poder de polícia abrangência máxima x regulação abrangência máxima; (ii) poder de polícia abrangência mínima x regulação abrangencia máxima; (iii) poder de polícia abrangência máxima x regulação abrangência mínima; e (iv) poder de polícia abrangência mínima x regulação abrangência mínima.

O conceito de Poder de Polícia, em sua abrangência máxima, como coincidente da atividade da *polis*, abrangeria, por certo, o que hoje é entendido por Regulação, em sua acepção conceitual máxima, que é **conformar condutas**. Tal zona de interseção, contudo, resta deslocada no tempo, na medida em que o conceito **amplo** de Poder de Polícia não é

contemporâneo ao desenvolvimento da Regulação, surgida, como tal, a partir da experiência norte-americana, a partir do séc. XIX, quando o Poder de Polícia já se encontrava adstrito à ideia de manutenção da ordem pública.

O Poder de Polícia, enquanto compreendido como a ideia de manutenção da ordem pública (abrangência mínima), possui interseção com a Regulação em sua máxima amplitude conceitual. Se regular, em seu sentido mais amplo, é **conformar condutas**, o Poder de Polícia, enquanto conformador de condutas, com vistas à manutenção da ordem pública, estaria abrangido por tal conceito de Regulação.

Poderá tanto ser enxergado como **instrumento** da regulação, quanto como incidência específica do fenômeno regulatório sobre condutas possivelmente danosas à ordem pública. A presente zona de interseção conceitual não enfrenta óbices temporais, na medida em que, hoje, para alguns autores, o fenômeno regulatório é enxergado de forma expandida (**conformar condutas**), ao passo que o conceito de Poder de Polícia, na atualidade, está adstrito, como dito, à manutenção da ordem pública.

O Poder de Polícia, encarado como a atividade da *polis* (abrangência máxima), abrange, naturalmente, a Regulação enquanto associada somente à ideia de **regulação econômica** (abrangência mínima). Novamente, o fator temporal restringe essa zona de interseção.

O mais interessante ponto de interseção surge aqui. A importação do modelo regulatório, para o Brasil, é muito associada à **regulação econômica estatal**, especificamente através do modelo de regulação por meio de agências.

Defrontamos, nesse ponto, o exercício do Poder de Polícia enquanto limitação de interesses com vias de manutenção da ordem pública (em geral) e da ordem pública econômica (especificamente) – abrangêncima conceitual mínima. A regulação, entendida em sua acepção conceitual de abrangência mínima, especificamente no Brasil, como dito, coincide com a atividade de intervenção estatal, de forma indireta, na economia.

Nesse ponto, as críticas apresentadas no capítulo 2 começam a ressoar, apontando para dois possíveis cenários:

1. Enxergar o Poder de Polícia como forma de manifestação da regulação econômica, instrumento de intervenção indireta do Estado na economia; e
2. Enxergar o Poder de Polícia como um conceito vetusto, transmudado (e superado pela) na ideia de regulação econômica.

Por ser o escopo do presente trabalho meramente apresentar a evolução do conceito de Poder de Polícia e sua relação com a Regulação e com o Estado Regulador, a partir de revisão de literatura, não se mostra oportuno, de nossa parte, apresentarmos filiação por um ou outro entendimento.

A polissemia do termo "regulação" permite ao intérprete associá-la, em sua totalidade, ao conceito de Poder de Polícia, ou compreender que este é, na verdade, uma manifestação daquele. A adoção entre uma ou outra abordagem passará, talvez, pela forma como o autor enxerga o papel do Estado, a Administração, sobretudo, como enxerga a sua exteriorização mais drástica: o exercício do Poder de Polícia.

As zonas de interseção propostas estão condicionadas, como visto, por um aspecto temporal. Se elas estão condicionadas por um aspecto temporal, pode-se dizer, de outro giro, que elas foram ocasionadas por um aspecto geográfico. Explica-se: a regulação é um fenômeno, majoritariamente, norte-americano, ao passo que o exercício do Poder de Polícia tem gênese anterior, etimologicamente ligada a figuras da Antiguidade Clássica.

Com a importação, a partir da queda do Estado Positivo, da Regulação, e consequente estruturação do Estado Regulador em países outros que não os Estados Unidos, dois conceitos, com tradições e desenvolvimentos próprios, passaram a se defrontar na mesma realidade jurídica: o Poder de Polícia e a Regulação.

## 5 Conclusão

Examinamos, ao longo do trabalho, o conceito de Poder de Polícia, sua evolução, bem como o defrontamos com a Regulação e discutimos o seu papel dentro do Estado Regulador.

Para tal, traçamos, no capítulo 1, a evolução do conceito de Poder de Polícia, demonstrando, com base na literatura, que tal conceito sofreu mutações com o transcurso da história.

Abrangia, desde a Antiguidade até meados do século XV, a totalidade da atuação estatal para, após as revoluções burguesas, ficar restrito a uma ideia de limitação de liberdades com vistas à garantia da ordem pública.

Após, no capítulo 2, apresentamos críticas doutrinárias referentes ao conceito de Poder de Polícia, que giram em torno de um suposto entulho autoritário que estaria atrelado a tal conceito. Como visto, há autores que defendem a substituição do conceito de Poder de

Polícia, e há autores que entendem que, em que pese as críticas serem merecidas, não seria o caso de propor nova nomenclatura.

No capítulo 3 começamos a tratar das relações entre Poder de Polícia e Regulação. Expusemos, para tal, alguns conceitos de Regulação, demonstrando que há, sobre esse termo, um certo grau de polissemia.

Apresentamos, ainda, alguns comentários referentes a estratégias regulatórias e à evolução do Estado Regulador. Demonstramos que a Regulação é uma realidade muito consolidada nos Estados Unidos, e que adentrou os debates brasileiros sobretudo quando do período de privatizações, que foi cenário da criação do modelo, no Brasil, de regulação por agências.

Todas essas considerações serviram para demonstrar que tanto a Regulação quanto o Poder de Polícia são conceitos que possuem certo dinamismo, se manifestando de uma forma ora expandida, ora retraída.

Trouxemos autores que tanto entendem ter o Poder de Polícia se transmudado em Regulação, quanto autores que entendem ser o Poder de Polícia um instrumento dela.

Identificamos, ainda, quatro zonas de interseção conceitual, que variam, conforme proposto, de acordo como esses movimentos de expansão e retração conceitual tanto do Poder de Polícia quanto da Regulação.

Vimos que há duas zonas de interseção conceitual que ensejam maiores debates, pois contemplam diferentes dimensões (expandida ou retraída) dos conceitos de Poder de Polícia e Regulação em uma relação de contemporaneidade. A discussão a respeito da relação conceitual entre Regulação e Poder de Polícia carece, em uma primeira etapa, da identificação da respectiva zona de interseção entre tais conceitos que, como demonstramos, são diversas.

Identificado o espaço de interseção, caracterizar a relação entre Poder de Polícia e Regulação dependerá, ainda, da cosmovisão do autor.

Vimos, nessa esteira, que autores que encaram com perplexidade os supostos escombros autoritários do Poder de Polícia serão ou tendentes a propor novas categorias, na linha do Direito Ordenador, de Sundfeld, ou enxergar na Regulação a sua evolução: uma forma de intervenção do Estado mais moderna, que melhor converse com outros setores do conhecimento, como a economia.

Por outro lado, autores céticos em relação a novas nomenclaturas, mas cientes dos problemas axiológicos do Poder de Polícia, buscarão apenas ampará-lo sob a Regulação, da qual será instrumento, ao lado de outras formas de intervenção estatal, como o fomento ou participação direta do Estado na economia, como prevê Binenbojm.

Responder à pergunta “são a Regulação e o Poder de Polícia sinônimos?” não se trata, portanto, de uma tarefa simples, e a forma como os conceitos jurídicos são trabalhados não se trata de uma discussão bizantina. Tais conceitos têm a sua carga axiológica, têm o seu desenvolvimento histórico. Compreendê-los e situá-los, entendendo a sua dinâmica é fundamental para a boa compreensão da realidade do Estado Regulador.

## Referências


ARAGÃO, Alexandre Santos de. Regulação da economia: conceito e características contemporâneas. **Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro**, v. 11, p. 3-42, 2002.

BALDWIN, Robert; CAVE, Martin; LODGE, Martin. **Understanding Regulation**: Theory, Strategy, and Practice. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2012.

BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 240, p. 1-42, abr. 2005. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43618>. Acesso em: 18 jul. 2020.

BINENBOJM, Gustavo. **Poder de polícia, ordenação e regulação**: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do Direito Administrativo Ordenador. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

BRASIL. Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172compilado.htm >. Acesso em: 19 jul. 2020.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 32. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

COGLIANESE, Cary. Regulation’s Four Core Components. **The Regulatory Review**, 17 set. 2012. Disponível em: <https://www.theregreview.org/ 2012/09/17/regulations-four-core-components/>. Acesso em: 29 jul. 2020.

CORREIA, José Manuel Sérvulo. Os grandes traços do direito administrativo no século XXI. **Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, v. 3, n. 11, p. 45-66, jan./mar. 2003.

CRETELLA JÚNIOR, José. Polícia e poder de polícia. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 162, p. 10-34, jan. 1985. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/44771/43467>. Acesso em: 18 jul. 2020.

GORDILLO, Agustín. **Tratado de derecho administrativo y obras selectas**: La defensa del usuário y del administrado. 9. ed. Buenos Aires: FDA, 2009. Tomo 2.

GORMAN, Robert F. Citizenship, Obligation, and Exile in the Greek and Roman Experience. **Public Affairs Quarterly**, v. 6, n. 1, p. 5-22, 1992. Disponível em: <www.jstor.org/stable/40435793>. Acesso em: 29 jul. 2020.

GUERRA, Sérgio. Aperfeiçoando a regulação brasileira por agências: quais lições podem ser extraídas do sesquicentenário modelo norteamericano? In: **Teoria do estado regulador**. Curitiba: Juruá, 2015. p. 13-106.

_____. **Discrcionariedade, regulação e reflexividade**: uma nova teoria sobre as escolhas administrativas. 5. ed. 1ª Tiragem. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

KANT, Immanuel. Beantwortung der Frage: Was ist Aufklärung? **Berlinische Monatsschrift**, p. 481-494, dez. 1784. Disponível em: <http://www.deutschestextarchiv.de/book/view/kant_aufklaerung_1784?p=18>. Acesso em: 16 jul. 2020.

KNEMEYER, Franz-Ludwig. Polizeibegriffe in Gesetzen Des 15. Bis 18. Jahrhunderts: Kritische Bemerkungen Zur Literatur Über Die Entwicklung Des Polizeibegriffs. **Archiv Des Öffentlichen Rechts**, v. 92, n. 2, p. 153-180, 1967. Disponível em: <www.jstor.org/stable/44304903>. Acesso em: 16 jul. 2020.

KUGELMANN, Dieter. **Polizei und Ordnungsrecht**. 2. ed. Springer, Berlin: Heidelberg, 2012.

LASALLE, Ferdinand. **Das Arbeiterprogramm - Über den besonderen Zusammenhang der gegenwärtigen Geschichtsperiode mit der Idee des Arbeiterstandes**. Berlin: Carl Nöhring, 1862.

LEGARRE, Santiago. The Historical Background of the Police Power. **University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law**, v. 9, p. 745-796, 2006-2007. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2422513>. Acesso em: 29 jul. 2020.

MAJONE, Giandomenico. Do estado positivo ao estado regulador. In: MATTOS, Paulo Todescan Lessa (Coord.). **Regulação econômica e democracia**: o debate europeu. 2. ed. São Paulo: RT, 2017. p. 5-36.

MARTINS, Ricardo Marcondes; SANTANO, Ana Claudia. Una lectura neoconstitucional de la teoria del poder de policía. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, v. 3, n. 2, p. 87-114, maio/ago. 2017.

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

MITNICK, Barry. The concept of regulation. **Bulletin of Business Research**, v. 53, p. 1-8, maio 1978.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo**: parte introdutória, parte geral e parte especial. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

NORTON, John D. **Spacetime**. Department of History and Philosophy of Science. University of Pittsburgh. Disponível em: <https://www.pitt.edu/~jdnorton/teaching/HPS_0410/chapters/spacetime/index.html>. Acesso em: 23 jul. 2020.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Novo perfil da regulação estatal**: administração pública de resultados e análise de impacto regulatório. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

ORBACH, Barak. What is Regulation? **Yale Journal on Regulation Online**, v. 30, n. 1, p. 1-10, 2012. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2143385>. Acesso em: 18 jul. 2020.

PROSSER, Tony. Two visions of regulation. **Regulation in the Age of Crisis**, University College Dublin, p. 1-6, jun. 2010.

RIVERO, Jean. **Direito administrativo**. Tradução de Rogério Erhardt Soares. Coimbra: Almeidina, 1981.

SELZNICK, Philip. Focusing Organizational Research on Regulation. In: NOLL, Roger G. (Ed.). **Regulatory Policy and the Social Sciences**. Berkeley: University of California Press, 1985. p. 1-3.

SORDI, Bernardo. Révolution, Rechtsstaat and the Rule of Law: historical reflections on the emergence and development of administrative law. In: ROSE-ACKEMAN, Susan; LINDSETH, Peter L.; EMERSON, Blake (Eds.). **Comparative Administrative Law**. Cheltenham: Edward Elgar, 2017. p. 23-37. Disponível em: <https://www.elgaronline.com/view/edcoll/9781784718657/9781784718657.00008.xml>. Acesso em: 29 jul. 2020.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. Agências reguladoras. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 216, p. 125-162, abr. 1999. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47359/45378>. Acesso em: 20 jul. 2020.

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

_____. Direito público e regulação no Brasil. In: GUERRA, Sérgio (Org.). **Regulação no Brasil**: uma visão multidisciplinar. Rio de Janeiro: FGV, 2014. p. 97-128.

SUNSTEIN, Cass. **After the rights revolution**: reconceiving the regulatory state. Cambridge: Harvard University Press, 1990.

TÁCITO, Caio. Poder de polícia e polícia do poder. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 162, p. 1-9, jan. 1985. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/44770>. Acesso em: 16 jul. 2020.

_____. Princípio de legalidade e poder de polícia. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 242, p. 191-198, out. 2005. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/42986/44601>. Acesso em: 18 jul. 2020.