

GUSTAVO BINENBOJM

**PODER DE POLÍCIA  
ORDENAÇÃO  
REGULAÇÃO**

**TRANSFORMAÇÕES POLÍTICO-JURÍDICAS,  
ECONÔMICAS E INSTITUCIONAIS  
DO DIREITO ADMINISTRATIVO ORDENADOR**

PREFÁCIO

LUÍS ROBERTO BARROSO

APRESENTAÇÃO

CARLOS ARI SUNDFELD

 **EDITORA  
Fórum**

GUSTAVO BINENBOJM

*Prefácio*

Luís Roberto Barroso

*Apresentação*

Carlos Ari Sundfeld

PODER DE POLÍCIA,  
ORDENAÇÃO, REGULAÇÃO

TRANSFORMAÇÕES POLÍTICO-JURÍDICAS,  
ECONÔMICAS E INSTITUCIONAIS  
DO DIREITO ADMINISTRATIVO ORDENADOR

## INTRODUÇÃO

*“O poder de polícia consiste na ação da autoridade para fazer cumprir o dever, que se supõe geral, de não perturbar de modo algum a boa ordem da coisa pública”.<sup>1</sup>*

### 1.1 Prólogo: poder de polícia, a operacionalização do Leviatã

No dia 24 de maio de 1972, Hely Lopes Meirelles – um dos mais importantes administrativistas brasileiros de seu tempo – proferia, na Escola Superior de Guerra, conferência intitulada “Poder de polícia e segurança nacional”.<sup>2</sup> Pronunciada no auge da ditadura militar, perante audiência qualificada, a aula magna tinha uma preocupação fundamental: demonstrar como o vetusto conceito de poder de polícia estava, a bem dizer, a serviço da doutrina da segurança nacional. Ou, em outras palavras: como a estabilidade e a continuidade do direito administrativo davam guarida, em sua dogmática, ao arbítrio institucionalizado pelo regime de exceção no País.

Relido na segunda década do século XXI, no pleno vigor de uma democracia constitucional, o texto exhibe ainda atualidade impressionante e perturbadora. Não se trata de uma peça de museu, revisitada por mera curiosidade histórica. Nele se encontram presentes – e

---

<sup>1</sup> MAYER, Otto. *Derecho administrativo alemán*: parte especial. Buenos Aires: Depalma, 1950, p. 19. t. II.

<sup>2</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. Poder de polícia e segurança nacional. *Revista dos Tribunais*, v. 61, n. 445, p. 287, 298, nov. 1972.

didaticamente expostos, com a clareza que caracteriza a obra do grande publicista – os traços identificadores, ainda hoje repetidos por parte da doutrina, da polícia administrativa. Mais do que isso: os amplos poderes discricionários reconhecidos ao Estado, como emanção implícita da soberania nacional, fazem lembrar as controvertidas *leis antiterrorismo* editadas, por exemplo, nos Estados Unidos e na França, em reação, respectivamente, aos terríveis ataques às Torres Gêmeas do *World Trade Center*, em Nova York (2001), e à redação do jornal *Charlie Hebdo*, em Paris (2015). Nada mais atual e momentoso, portanto.

O traço mais marcante dessa noção de poder de polícia é a compreensão pré-jurídica da subordinação do cidadão ao Estado e a seu poder. A superioridade do ente coletivo sobre os indivíduos é apresentada como um dado inato, “inerente a toda Administração Pública, de restringir o uso e gozo de bens ou direitos individuais, em benefício da coletividade ou do próprio Estado”.<sup>3</sup> Na linha do pensamento de Otto Mayer, o poder de polícia surge como correlato do dever dos súditos – não expresso em lei, mas pressuposto – de respeitar ou não colocar em perigo o valor supremo, jurídico por natureza, perseguido pelo Estado: a ordem pública.<sup>4</sup>

Curioso notar como a estrutura autoritária do Estado de Polícia subsiste atavicamente no Estado de Direito, por meio do reconhecimento de uma competência implícita da Administração para definir, de forma autônoma, os meios de sua atuação e, no limite, até o conteúdo da ordem pública a ser assegurada pela polícia administrativa. Pedro Machete enxerga em tal concepção um resquício do princípio monárquico, que reduz a Constituição e a separação de poderes nela consagrada ao papel de organizar uma realidade preexistente e unitária: o Estado e seu poder soberano.<sup>5</sup>

Isso é o que conduz Hely Lopes Meirelles a definir o poder de polícia como um poder administrativo. Ainda além, como um poder administrativo essencial e ontologicamente *discricionário*: “onde houver interesse relevante da comunidade ou da Nação, deve haver, correlatamente, igual poder de polícia para a proteção desse interesse

<sup>3</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. Poder de polícia e segurança nacional. *Revista dos Tribunais*, v. 61, n. 445, nov. 1972, p. 289.

<sup>4</sup> Neste sentido, v. SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo ordenador*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 11.

<sup>5</sup> MACHETE, Pedro. *Estado de direito democrático e administração paritária*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 190. O autor, concordando com Hans Heinrich Rupp, afirma que a teoria do direito administrativo de Otto Mayer corresponde, no essencial, a “um direito administrativo do princípio monárquico”. *Idem*, p. 193.

público. É a regra sem exceção”.<sup>6</sup> Tal definição faz supor a existência de um poder discricionário implícito para interferir nos direitos individuais dos particulares e restringi-los, o que, nesses termos, coloca em xeque as garantias mais caras ao Estado de direito.

Outra característica *identitária* do poder de polícia, que se desdobra, de certa forma, a partir da discricionariedade, é um certo caráter inespecífico ou indefinido. O recurso a cláusulas gerais, como *ordem pública*, na tradição francesa,<sup>7</sup> ou *perigo público*, na tradição alemã,<sup>8</sup> revela uma preocupação em deixar aberta à Administração um amplo espectro de situações e razões para a incidência de medidas restritivas da liberdade e da propriedade individuais.

Chama a atenção, quanto ao ponto, a prodigalidade com que são acrescentados ao já elástico conceito de “interesse superior da comunidade” valores como o “patrimônio moral e espiritual do povo, expresso na tradição, nas instituições e nas aspirações nacionais da maioria que sustenta o regime político”.<sup>9</sup> Não surpreende, assim, que Hely insira no escopo do poder de polícia também a contenção de atividades subversivas, atentatórias, efetiva ou potencialmente, à segurança nacional. Ao aludir aos “objetivos permanentes da Nação” e à defesa dos “interesses do próprio Estado”, o autor se aproxima do postulado básico do Estado de Polícia, que é o de razão de Estado.<sup>10</sup>

Prevalece aqui uma concepção organicista de Estado<sup>11</sup> que articula a dogmática do direito administrativo sobre a ideia central – captada por Umberto Allegretti – de que “o interesse público é um interesse próprio da pessoa estatal, externo e contraposto aos dos

<sup>6</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. Poder de polícia e segurança nacional. *Revista dos Tribunais*, v. 61, n. 445, p. 290-291, nov. 1972.

<sup>7</sup> MINET, Charles Édouard. *Droit de la police administrative*. Paris: Librairie Vuibert, 2007, p. 34; TCHEN, Vincent. *La notion de police administrative: de l'état de droit aux perspectives d'évolution*. Paris: La Documentation Française, 2007, p. 52 e ss.

<sup>8</sup> BRITO, Miguel Nogueira. Direito de polícia. In: OTERO, Paulo; GONÇALVES, Pedro (Coord.). *Tratado de Direito Administrativo Especial*. Coimbra: Almedina, 2013. v. I, p. 284.

<sup>9</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. Poder de polícia e segurança nacional. *Revista dos Tribunais*, v. 61, n. 445, p. 291, nov. 1972.

<sup>10</sup> Como se sabe, à *razão de Estado* interessa saber se o governo é adequado para levar o Estado ao máximo de suas forças, como um fim em si mesmo, daí decorrendo, como consequência, o bem-estar e a felicidade geral dos súditos. Sobre o surgimento do conceito de *razão de Estado* no pensamento de Nicolau Maquiavel, v. MEINECKE, Friedrich. *Machiavelism: the doctrine of raison d'état and its place in modern History*. London: Routledge and Kegan Paul, 1957.

<sup>11</sup> Sobre o ponto, v. BOBBIO, Norberto. Individualismo e organicismo. In: BOBBIO, Norberto. *Liberalismo e democracia*. Brasília: Brasiliense, 2005, p. 45: “Toda a história do pensamento político está dominada por uma grande dicotomia: organicismo (holismo) e individualismo (atomismo)”.

cidadãos”.<sup>12</sup> Nas conhecidas palavras de Hegel, “os indivíduos têm no Estado o seu mais elevado ser”,<sup>13</sup> seguindo daí a superioridade intrínseca dos interesses do todo (a coletividade) sobre os interesses das partes (os indivíduos). Esta é, com certeza – embora de forma velada ou quiçá inconsciente –, uma das matrizes filosóficas decisivas para a construção do hoje contestado princípio da supremacia do interesse público sobre os interesses particulares.<sup>14</sup>

Na conferência, Hely alude ainda à *coercibilidade* e à *autoexecutoriedade* como atributos inerentes ao poder de polícia, como uma função administrativa diretamente tributária da potestade estatal.<sup>15</sup> Tal concepção entende a ordenação social como função *própria* e *exclusiva* do Estado-nação, calcada na noção de soberania, segundo a qual sua autoridade seria incontestável nos limites do território nacional. Daí a afirmação de que os mecanismos coercitivos e impositivos – com o uso da força, se necessário – seriam características primordiais inafastáveis da polícia administrativa.

Como era de se esperar, todo o arcabouço teórico construído por Hely ao longo de sua exposição prepara um *grand finale*: havia um encaixe perfeito entre os fundamentos, atributos e meios de atuação do poder de polícia da Administração Pública, de um lado, e toda a ideologia, os objetivos e o instrumental jurídico-institucional do aparato repressor da ditadura militar, de outro. Nada, naquele contexto autoritário, pareceu-lhe contrário à democracia, aos direitos individuais ou ao Estado de direito: da repressão às condutas subversivas, mediante uso da força, à censura de espetáculos públicos, livros e novelas de televisão; do controle da imprensa à dispersão de “reuniões públicas, em que o calor do debate pode gerar polêmica e esta degenerar em conflito social perturbador da ordem interna”.<sup>16</sup> O velho direito administrativo,

<sup>12</sup> ALLEGRETTI, Umberto. *Publica amministrazione e ordinamento democratico. Il Foro Italiano*, p. 3/6, jul./ago. 1984. Do mesmo autor, v. A Constituição e a administração pública na Itália. *Revista de Informação Legislativa*, v. 25, n. 97, p. 53/62. Ver também, no mesmo sentido, MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 10/11.

<sup>13</sup> HEGEL, Friedrich. *Princípios da filosofia do direito*. São Paulo: Ícone, 2005, p. 217.

<sup>14</sup> V., sobre o tema, BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 83/130. Ver também a obra coletiva organizada por SARMENTO, Daniel. *Interesses públicos vs. interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

<sup>15</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. Poder de polícia e segurança nacional. *Revista dos Tribunais*, v. 61, n. 445, p. 292/293, nov. 1972.

<sup>16</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. Poder de polícia e segurança nacional. *Revista dos Tribunais*, v. 61, n. 445, p. 295/298, nov. 1972.

pela pena de seu mais influente prócer, nada tinha a objetar. Bem ao contrário, oferecia ao regime o verniz de legitimidade de sua dogmática e o conforto de sua secular tradição.

Se é verdade, como afirmou Otto Mayer, em 1924, no prefácio à terceira edição de seu clássico *Direito Administrativo alemão*,<sup>17</sup> que “o direito constitucional passa, o direito administrativo permanece”, cabe, então, a indagação: quanto de tal concepção sobre o poder de polícia, de timbre marcadamente autoritário, ainda persiste de maneira inercial em nossa literatura jurídica, na jurisprudência de nossas cortes judiciais e numa espécie de inconsciente coletivo de nossos gestores públicos? Dito de outra forma: quanto do passado não passou? Em rigor, a sobrevivência atávica de velhos institutos é uma característica que pesponta todo o quadro expositivo do direito administrativo, sendo ainda presente a sua vinculação ao mesmo instrumental teórico de um século atrás.<sup>18</sup>

Em perspectiva oposta, mas ainda descritiva, também é possível questionar: quais as transformações por que efetivamente tem passado o instituto? Ou, ainda, termos prescritivos: quais as novas conformações exigidas do poder de polícia para adequá-lo aos padrões de um mundo democrático, submetido à *rule of law*, mas também solapado pela racionalidade técnica e pelo fato da globalização?

Não se ignora, por certo, o esforço doutrinário que tem sido feito, tanto no Brasil<sup>19</sup> como em outras partes do mundo,<sup>20</sup> no sentido

<sup>17</sup> MAYER, Otto. *Deutsches Verwaltungsrecht*. Berlim: Duncker & Humblot, 1924. v. I, p. V, apud BERCOVICI, Gilberto. *O Direito constitucional passa, o direito administrativo permanece: a persistência da estrutura administrativa de 1967*. In: TELES, Edson; SAFATLE, Vladimir Pinheiro (Org.). *O que resta da ditadura: a exceção brasileira*. São Paulo: Boitempo editorial, 2010, p. 77.

<sup>18</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 102: “Ocorre que o instrumental teórico do direito administrativo se reporta ao século XIX. Assim se passa com os conceitos de Estado de Direito, princípio da legalidade, discricionariedade administrativa. A fundamentação filosófica do direito administrativo se relaciona com a disputa entre DUGUIT e HAURIU, ocorrida nos primeiros decênios do século XX. A organização do aparato administrativo se modela nas concepções napoleônicas, que traduzem uma rígida hierarquia de feição militar. (...) o conteúdo e as interpretações do direito administrativo permanecem vinculados e referidos a uma realidade sociopolítica que há muito deixou de existir. O instrumental do direito administrativo é, na sua essência, o mesmo de um século atrás.”

<sup>19</sup> No Brasil, merece destaque a obra inovadora de SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo ordenador*. São Paulo: Malheiros, 2003. Cumpre consultar também a obra coletiva coordenada por MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Vitor Rhein. *Poder de polícia na atualidade*. Belo Horizonte: Fórum, 2014. No plano das obras mais gerais, que cobrem todo o quadro expositivo do direito administrativo, destacam-se: FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 313 e ss. e JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 585 e ss.

<sup>20</sup> Na Argentina, destaca-se a posição de ruptura de GORDILLO, Agustín. *Teoría general del derecho administrativo*. Madrid: Institutos de Estudios de Administración Local, 1984.

da atualização do instituto ou, em alguns casos, no de seu completo reenquadramento. Para alguns autores, as competências ordenadoras da Administração Pública aparecem dispersas e pulverizadas em distintos campos do direito administrativo; para outros, ainda devem ser estudadas e sistematizadas de maneira unificada, só que sob nova rubrica e enfoque. A empreitada, no entanto, é demasiado longa e complexa para ter-se por concluída por um único autor, ou mesmo por uma só geração de juristas. De mais a mais, o mundo muda sempre mais rápido que o direito.

Na esteira de seus predecessores nacionais e estrangeiros, este trabalho tem por objetivo diagnosticar as mutações mais significativas que atingiram o instituto do poder de polícia nas últimas décadas, situando-as no plano mais amplo das modificações por que passou – e ainda tem passado – o próprio direito administrativo. Como se exporá a seguir, o estudo procura agregar à *descrição* das mudanças em curso a sua avaliação crítica, construída à luz dos marcos teóricos escolhidos, de modo a viabilizar o oferecimento de algumas contribuições *prescritivas* à temática do poder de polícia.

Antes, porém, cumpre percorrer um breve itinerário do poder de polícia ao longo da história, de vez que conhecer o passado é mergulhar nas raízes do presente.

t. II; e o trabalho de FIORINI, Bartolome. *Poder de polícia: teoria jurídica*. Buenos Aires: Alfa, 1962. Na França, v. MINET, Charles Édouard. *Droit de la police administrative*. Paris: Librairie Vuibert, 2007; TCHEN, Vincent. *La notion de police administrative: de l'état de droit aus perspectives d'évolution*. Paris: La Documentation Française, 2007; VEDEL, Georges; DEVOLVÉ, Pierre. *Droit administratif*. Paris: PUF, 1992, p. 683 e ss.; MORAND-DEVILLER, Jacqueline. *Droit administratif*. Paris: Montchrestien, 1995, p. 506 e ss.; LAUBADÈRE, André; VENEZIA, Jean-Claude; GAUDEMET, Yves. *Manuel de droit administratif*. Paris: LGDJ, 1995, p. 255 e ss. Na Itália, v. MANFREDI, Giuseppe. La nozione di polizia amministrativa nel diritto italiano. *Ius publicum Network Review*, n. 1, 2011; ALESSI, Renato. *Principii di diritto amministrativo*. Milano: Giuffrè, 1974, p. 582 e ss.; GIANNINI, Massimo Severo. *Diritto amministrativo*. Milano: Giuffrè, 1970, p. 1190 e ss.; NAPOLITANO, Giulio. Le Funzioni. In: CASSESE, Sabino (Org.). *Instituzioni di diritto amministrativo*. Milano: Giuffrè, 2009, p. 39 e ss. Na Espanha, v. GARRIDO FALLA, Fernando. *Tratado de derecho administrativo*. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1974, v. II, p. 159 e ss.; GARCIA-TREVIJANO FOS, José Antonio. *Tratado de derecho administrativo*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1968, t. 1, p. 509 e ss.; GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de derecho administrativo*. Madrid: Civitas, 1995, v. 2, p. 107 e ss. Na Alemanha, MAURER, Hartmut. *Derecho administrativo alemán*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2012, p. 7 e ss.; SCHENKE, Wolf-Rüdiger. *Polizei-und Ordnungsrecht* (n. 1). Heidelberg: 2007, p. 1. Em Portugal, v. BRITO, Miguel Nogueira. Direito de polícia. In: OTERO, Paulo; GONÇALVES, Pedro (Coord.). *Tratado de direito administrativo especial*. Coimbra: Almedina, 2013, v. I, p. 281/456; CORREIA, José Manuel Sérulo. *Polícia*. In: *Dicionário jurídico da administração pública*. Lisboa: Edição de Autor, 1994, v. 6, p. 393 e ss.

## 1.2 A historicidade do poder de polícia: um conceito em transformação, mas que resiste ao tempo

As raízes profundas do poder de polícia se encontram nas sociedades patriarcais da antiguidade grega e romana.<sup>21</sup> Curioso observar que, etimologicamente, os vocábulos *polícia* e *política* têm origem comum. Ambos derivam do latim *politia* e do grego *politeia*, ligados ao surgimento da *polis* e associados, portanto, à constituição e à organização da cidade ou do Estado.<sup>22</sup> Nada obstante, tais termos designam dois distintos modos de ordenação social.

A *política* significava viver na *polis*, isto é, estar 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. A autonomia dos membros da comunidade política importava que eles não eram governados por outra comunidade ou mesmo por algum membro interno, de forma heterônoma. Ao contrário, mediante participação nos assuntos de interesse de todos, constituíam uma forma de *autogoverno coletivo*, origem remota da democracia no mundo ocidental.<sup>23</sup>

A *polícia*, a seu turno, designava um modo distinto de governança, de natureza pré-política, aplicável à vida fora da *polis*, ou seja, à vida da casa e da família, na qual o patriarca – o *paterfamilias* – comandava seus subordinados com poderes despóticos e incontrastáveis. A função do patriarca era chefiar a família e zelar pela maximização do seu bem-estar e prosperidade. Os bens e as pessoas da casa eram recursos, instrumentos à disposição da gestão determinada pelo chefe. É nesse sentido que os gregos – como Xenofonte – se referem à economia (*oikonomikos*) como a arte (ou, mais tarde, a ciência) de bem gerir a vida da família.<sup>24</sup>

Boa parte do pensamento político grego é devotado a explorar as conexões e as distinções entre esses modos de ordenação da vida social – autonomia e heteronomia – nesses dois reinos distintos:

<sup>21</sup> V., sobre o tema, DUBBER, Markus Dirk. *The police power: patriarchy and the foundations of American government*. New York: Columbia University Press, 2005.

<sup>22</sup> MEDAUAR, Odete. Poder de polícia: origem, evolução, crítica à noção, caracterização. In: MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Vitor Rhein (Org.). *Poder de polícia na atualidade*. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 15.

<sup>23</sup> CASTORIADIS, Cornelius. The greek Polis and the creation of democracy. In: CASTORIADIS, Cornelius. *The Castoriadis reader*. Oxford: Blacwell, 1997, p. 267.

<sup>24</sup> XENOFONTE. *Econômico*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

a política (esfera pública) e a economia (esfera privada). Enquanto as regras da *política* eram, por assim dizer, democraticamente discutidas e deliberadas pelos patriarcas na esfera pública, as regras da *polícia* eram heteronomamente impostas e executadas por cada patriarca, no âmbito interno de cada família.<sup>25</sup>

De acordo com David Herlihy, estrutura semelhante a essa podia ser encontrada na Roma antiga e na Idade Média.<sup>26</sup> O *paterfamilias* romano, qual seu análogo grego, detinha amplos poderes para disciplinar tudo e todos no ambiente doméstico. Em teoria, seu poder sobre os membros com capacidade para participar de forma autônoma da vida coletiva era limitado pelas necessidades impostas pelo bem-estar da família. Na prática, todavia, tal poder era ilimitado. O arranjo da sociedade romana também reproduzia a organização dualista das cidades-estado gregas: o poder absoluto do patriarca no âmbito familiar (polícia) e o poder consentido e regulado pelo direito na seara pública (política).<sup>27</sup>

No período medieval, à parte a ordem moral e religiosa, que ficava a cargo da autoridade eclesiástica,<sup>28</sup> o modelo se perpetua e se amplia na lógica do sistema feudal. A polícia era exercida pelo Senhor Feudal não apenas sobre os membros de sua família, mas sobre todos aqueles admitidos a viver sob sua tutela no feudo. Assim, vassallos e servos encontravam-se sob a jurisdição senhorial, de base costumeira, mas também sob sua proteção para manutenção da ordem interna e contra ameaças externas. Nesse contexto, os votos de submissão e lealdade dos súditos, além de sua dependência econômica em relação ao proprietário da terra, conferiam-lhe uma autoridade largamente discricionária.<sup>29</sup> Autoridade essa que não se observava nas relações entre os Senhores Feudais, em que não havia subordinação. Prevalencia entre eles, em algumas áreas da Europa, algo como uma *protodemocracia* de

<sup>25</sup> Assim Aristóteles traça a distinção entre as duas formas de governança: “Há uma norma exercida sobre sujeitos que são livres por natureza; outra, a sujeitos que por natureza não o são. O regime da casa é a monarquia, eis que cada família está sob o jugo do patriarca; já o regime constitucional é o governo de homens livres e iguais”. ARISTÓTELES. *Política*, Livro I, p. IV.

<sup>26</sup> HERLIHY, David. *Medieval households*. Cambridge: Harvard University Press, 1985, p. 2.

<sup>27</sup> FINLEY, Moses. *The ancient economy*. Berkeley: The University of California Press, 1973, p. 18/19.

<sup>28</sup> BASAVILBASO, Benjamin Villegas. *Derecho administrativo*. Buenos Aires: Editora Argentina, 1954, t. 5, p. 14.

<sup>29</sup> V. HYAMS, Paul. *King, lords and peasants in medieval England: the common law of villeinage in the twelfth and thirteenth centuries*. Oxford: Oxford University Press, 1980, p. 126 e ss.

homens livres, na qual assuntos de interesse comum eram discutidos e decididos.<sup>30</sup>

Hannah Arendt apresenta uma abordagem sugestiva da distinção entre política e economia na Antiguidade Clássica e na Idade Média, e de sua gradual erosão desde então. O percurso do conceito de economia acompanha *pari passu* o de polícia, da microesfera da família (*micro household*) para a macroesfera do Estado (*macro household*). O conceito de polícia entra no discurso político exatamente quando a ideia de economia se expande e sua gestão é transferida para o Estado.<sup>31</sup> O poder de polícia seria, assim, uma versão estendida do *patria potestas*, e o Estado, o *paterfamilias* da Nação.<sup>32</sup>

Essa translação do poder de polícia da esfera privada da família para o âmbito maior de toda a sociedade dá-se, não por acaso, de modo concomitante com a afirmação do Estado moderno centralizado e sua forma imediata de expressão institucional: o absolutismo monárquico. Nele, as tarefas do príncipe deixam de limitar-se à administração da justiça, como sucedia na Idade Média,<sup>33</sup> passando a incluir todas aquelas necessárias a promover o bem-estar e a comodidade dos súditos. O poder de polícia equivale, assim, em epítome, ao poder absoluto do príncipe.<sup>34</sup>

O Estado absoluto é chamado *Estado de Polícia* precisamente porque o poder de polícia passa nele a designar a integralidade da ação estatal, enquanto a expressão *ius polittiae* é empregada para referir-se ao direito público como um todo.<sup>35</sup> Nada obstante, as tarefas do soberano,

<sup>30</sup> DUBBER, Markus Dirk. *The police power: patriarchy and the foundations of american government*. New York: Columbia University Press, 2005, p. 9.

<sup>31</sup> ARENDT, Hannah. *The human condition*. Chicago: The University of Chicago Press, 1958, p. 26/27.

<sup>32</sup> William Blackstone, no seu festejado *Commentaries on the laws of England*, explica que o rei, como “pai de seu povo” e “paterfamilias da Nação” tinha a prerrogativa de “exercer a polícia pública sobre a economia, isto é, a regulação devida para a ordem doméstica do Reino; os indivíduos, como membros de uma família bem governada, estão obrigados a conformar seu comportamento geral às regras de propriedade, boa vizinhança e boas maneiras, além de ser decente, industrioso e inofensivo em suas respectivas áreas”. BLACKSTONE, William. *Commentaries on the laws of England*. Oxford: Printed at the Clarendon Press, 1765-1769, p. 162. Disponível em: <[http://avalon.law.yale.edu/subject\\_menus/blackstone.asp](http://avalon.law.yale.edu/subject_menus/blackstone.asp)>. Acesso em: 10 jul. 2015.

<sup>33</sup> V. GARCIA, Maria da Glória Ferreira Pinto Dias. *Da justiça administrativa em Portugal: sua origem e evolução*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 1994, p. 149/151.

<sup>34</sup> A frase emblemática é de BRITO, Miguel Nogueira. Direito de Polícia. In: OTERO, Paulo; GONÇALVES, Pedro (Coord.). *Tratado de direito administrativo especial*. Coimbra: Almedina, 2013, v. I, p. 289.

<sup>35</sup> MENDONÇA, José Vicente Santos. *Direito constitucional econômico: a intervenção do Estado na economia à luz da razão pública e do pragmatismo*. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 307.

por sua amplitude e indefinição *a priori*, não estão juridicamente formalizadas, nem podem sê-lo completamente. Na síntese de Marcello Caetano, a polícia administrativa surge, no contexto do Estado de Polícia, como uma “atividade eminentemente discricionária, subtraída à lei e regida pelas vicissitudes e circunstâncias do bem comum e da segurança pública”.<sup>36</sup>

Trata-se, pois, de um Estado de bem-estar, de cariz paternalista, mas que não assegura quaisquer direitos a seus súditos, não lhes confere vias judiciais para a proteção de direitos, nem conhece a separação entre os poderes legislativo e executivo. Seu braço operacional é o poder de polícia, cujo traço específico consiste em promover a ordem pública em nome da felicidade geral, ao mesmo tempo em que aumenta o poder do próprio Estado.<sup>37</sup>

A partir da Revolução Francesa e do Iluminismo começam a se delinear tendências de limitação da atividade de polícia. O Estado de direito e o seu corolário princípio da separação de poderes pretendem superar o brocardo latino *voluntas regis suprema lex est* (a vontade do rei é a lei suprema) pelo império da lei e primado dos direitos individuais. A submissão da Administração à *rule of law* tem por objetivo primeiro a domesticação do poder de polícia, por meio das formas jurídicas do direito administrativo.<sup>38</sup>

Mas a simples afirmação da natureza *sublegal* do poder de polícia, que a alguns pareceu a solução definitiva para seus males,<sup>39</sup> revelou-se insuficiente para conter-lhe o potencial autoritário e adequá-lo aos novos parâmetros do Estado de direito. A ninguém é permitido, em nome de idealizações, ignorar a história e, menos ainda, a realidade.

A despeito da indiscutível herança simbólica da Grande Revolução, são igualmente inegáveis as linhas de continuidade entre o Antigo Regime e os governos que o sucederam após a queda da Bastilha,

<sup>36</sup> CAETANO, Marcello. *Manual de direito administrativo*. Coimbra: Almedina, 1980, v. II, p. 1147.

<sup>37</sup> FOUCAULT, Michel. *Sécurité, territoire, population: cours au Collège de France (1977/1978)*. Paris: Gallimard, 2004, p. 335.

<sup>38</sup> Tal é a expressão de que se utiliza SCHMIDT-DE CALUWE para designar o intento da obra de Otto Mayer em relação ao poder de polícia. A “domesticação” significa a tentativa de legalização do poder de polícia, instituto de cariz autoritário, herdado do Estado absolutista e, ainda mais remotamente, das sociedades patriarcais. V. SCHMIDT-DE CALUWE, Reimund. *Der Verwaltungsakt in der Lehre Otto Mayer*. Tübingen: Mohr Siebeck, 1999, p. 47 e ss.; p. 256 e ss. No mesmo sentido, MACHETE, Pedro. *Estado de direito democrático e administração paritária*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 194/195.

<sup>39</sup> Veja-se, e.g., prefácio da lavra de Celso Antônio Bandeira de Mello ao livro de BEZNOS, Clóvis. *Poder de polícia*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979, p. X.

como apontado por Alexis de Tocqueville.<sup>40</sup> Não se trata, à evidência, de negar ou relativizar a importância da abolição dos privilégios, da afirmação dos direitos do homem e da transformação da democracia em um credo militante universal.<sup>41</sup> Cuida-se, tão somente, de desmistificar a ilusão de uma origem puramente *garantística* do direito administrativo,<sup>42</sup> a partir do reconhecimento de que a maior parte de suas categorias jurídicas peculiares – supremacia do interesse público, prerrogativas da Administração, discricionariedade, insindicabilidade do mérito administrativo, o próprio poder de polícia, dentre outras – surgiu associada à preservação da lógica da autoridade da Administração Pública, de forma a mantê-la alijada, o quanto possível, da esfera de controle dos demais poderes e dos cidadãos.<sup>43</sup> A tal assunto se retornará, com maior profundidade, no Capítulo 2. Por ora, basta indicar sinteticamente as razões pelas quais o direito administrativo não logrou converter o poder de polícia em uma atividade de mera aplicação da lei.

Em primeiro lugar, porque a polícia administrativa sobreviveu ao advento do Estado de direito como um *poder intrinsecamente discricionário*. A maior parte do seu conteúdo decisório quedava-se nas franjas da legalidade, imunizado ainda dos órgãos de controle por um bem consolidado conceito de *mérito administrativo*.<sup>44</sup> Embora incorporado do espaço *exterior* ao direito, onde se encontrava no Estado de Polícia, a *juridicização* do poder de polícia deu-se de maneira gradual e parcial, deixando sempre um resíduo de legitimidade a ser preenchido.

Em segundo lugar, talvez em virtude de seu amplo espectro de incidência, o poder de polícia jamais deixou de valer-se de cláusulas gerais (ordem pública, perigo iminente, supremacia do interesse público, dever de sujeição geral, domínio eminente) para justificar o seu

<sup>40</sup> TOCQUEVILLE, Alexis. *O antigo regime e a revolução*. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 64 e ss.

<sup>41</sup> V., neste sentido, REALE, Miguel. *Nova fase do direito moderno*. Saraiva, 1998, p. 74. “Foi dito, acertadamente, que, se os norte-americanos foram os primeiros a estabelecer um democracia moderna, os franceses tornaram-na um credo militante”.

<sup>42</sup> A expressão é de OTERO, Paulo. *Legalidade e administração pública: o sentido da vinculação da administração pública à juridicidade*. Coimbra: Almedina, 2004, p. 271.

<sup>43</sup> BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 9/13.

<sup>44</sup> Sobre o tema, v. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La lucha contra las inmunidades del poder en el derecho administrativo: poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos*. 3. ed. Madrid: Civitas, 1995., p. 24. O autor lembra, a certa altura, que o publicista suíço Hans Huber costumava se referir à discricionariedade como uma espécie de *cavalo de tróia* do direito administrativo, em virtude de seu efeito *disruptivo* sobre o propósito fundamental da dogmática administrativista que é subordinação da Administração Pública a parâmetros jurídicos de atuação.

exercício. Tais noções, de origem pré-constitucional, conferem grande elasticidade às competências da Administração Pública, alimentando ainda o ultrapassado dogma antiliberal de uma superioridade intrínseca do Estado sobre os cidadãos.<sup>45</sup>

Em terceiro lugar, a submissão do poder de polícia à legalidade, ainda quando levada a sério, não dá conta das complexas relações que se estabelecem entre direitos fundamentais, bem como do limite que sua consagração constitucional impõe ao próprio legislador. Não é à toa que o tema é tradicionalmente tratado nos Estados Unidos no âmbito do direito constitucional; de forma mais específica, no estudo dos limites do poder do Congresso para regular direitos e liberdades, em especial à luz do devido processo legal substantivo.<sup>46</sup> Assim, embora ainda se mantenha, na tradição continental, como um assunto do direito administrativo, parece evidente a necessidade da constitucionalização do poder de polícia em algum grau; ao menos para sua inserção na intrincada sistemática dos direitos fundamentais, seus limites recíprocos e sua relação dinâmica com a democracia, de onde, afinal, extrairá o seu lastro de legitimidade.<sup>47</sup>

Em quarto e último lugar, mas não menos importante, o poder de polícia tem sido submetido, nas últimas décadas, 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. Alude-se, de um lado, ao processo de economicização do poder de polícia, por meio do qual o discurso da ciência econômica (particularmente, da regulação econômica) tem penetrado e se apropriado da ação do Estado, pretendendo subjugar-lo a suas categorias, seu método de trabalho e seus fins. Embora o poder de polícia tenha sua origem remota

<sup>45</sup> V., por todos, MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Curso de direito administrativo*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 848/853 e 861. Em sua definição, o poder de polícia tem por fundamento a *supremacia geral* da Administração Pública sobre os indivíduos. O autor atribui a Otto Mayer a consolidação da noção de supremacia geral, tendo ela posteriormente se espalhado para o restante da Europa continental.

<sup>46</sup> V., por todos, o clássico FREUND, Ernst. *The police power, public policy and constitutional rights*. Chicago: Callaghan & Company, 1904.

<sup>47</sup> Neste sentido, v. VILLAGRA MAFFIODO, Salvador. *Principios de derecho administrativo*. Assunción: El Foro, 1981, p. 190/191: “Enquanto a Constituição consagra os direitos e liberdades, o direito administrativo policial os regulamenta e limita. Aquela se apresenta como teoria das liberdades e este como teoria da ordem. A oposição é mais aparente que real, porque não podem existir direitos e liberdades individuais ilimitados, que se destruiriam reciprocamente. De modo que o direito policial, corretamente entendido e executado, pode ser qualificado como defesa da liberdade”.

na disciplina da antiga noção de economia,<sup>48</sup> o fenômeno agora se inverte, com a instrumentalização das formas jurídicas às exigências da economia. Além da regulação estatal propriamente dita, desenvolvem-se formas de cooperação entre particulares, ou entre estes e o Estado, em novos arranjos institucionais que relativizam o caráter exclusivo e imprescindível da potestade estatal no campo da polícia administrativa.

Tal cenário é potencializado pelas circunstâncias geradas pela *globalização*. Com efeito, o fato da globalização tem desafiado, cada vez mais, a onipotência soberana do Estado de fazer incidir sua autoridade sobre pessoas, bens e operações comerciais ou financeiras de cunho transnacional. Assiste-se a um processo simultâneo de *desestatização* e *desterritorialização* das competências outrora associadas ao poder de polícia, com a aparição de entidades privadas ou híbridas (público-privadas) no espaço transnacional. Essas entidades, distintas das organizações formais de Estados nacionais, exercem uma espécie de regulação informal (*soft law* internacional), em oposição aos tratados e convenções (*hard law* internacional), que não nasce da soberania estatal, nem se submete a suas fronteiras, renunciando o surgimento de um direito administrativo sem Estado – um direito administrativo global.

Pois bem. Este trabalho tem por objetivo investigar essas transformações *político-jurídicas, econômicas e institucionais* do conceito tradicional de poder de polícia, situando-as no quadro mais amplo de mutações do próprio direito administrativo. Após a sua identificação, de modo descritivo, passar-se-á à análise crítica das transformações diagnosticadas, chegando-se, finalmente, a algumas proposições de aprimoramento, em termos prescritivos, num diálogo que se pretende profícuo entre passado, presente e futuro.

### 1.3 Plano de trabalho

Lançado no ano de 1993, o *Direito Administrativo Ordenador*, de Carlos Ari Sundfeld, representou a mais importante e influente contribuição do direito administrativo brasileiro ao tema do poder de polícia. Por considerar insuperável a sua carga autoritária, o autor preconiza “enviar para o museu não só a expressão, como a noção que recobre”, substituindo-a pela de *administração ordenadora*.<sup>49</sup> Muito além

<sup>48</sup> Apontando o poder de polícia como uma espécie de *ancestral* da regulação econômica, v. VENÂNCIO FILHO, Alberto. *A intervenção do Estado no domínio econômico: o direito público econômico no Brasil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 83.

<sup>49</sup> SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo ordenador*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 16.