
LIMITES AO PODER DE POLÍCIA. A DESNECESSIDADE DE NOTIFICAÇÃO DO INTERESSADO PREVIAMENTE À FISCALIZAÇÃO

*LIMITS TO THE POLICE POWER.
THE UNNECESSARY PREVIEW NOTIFICATION BEFORE TO
INSPECTION*

*Ricardo Ramos Sampaio
Procurador Federal*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Evolução do Poder de Polícia; 2 Abrangência do Poder de Polícia; 3 Natureza da atividade fiscalizadora; 4 Conclusões; Referências.

RESUMO: O presente trabalho destina-se a demonstrar a desnecessidade de notificação do interessado previamente à fiscalização. Para tanto, abordamos a evolução do poder de polícia, sua relação com as dimensões dos direitos fundamentais e a influência desse contexto nas restrições a atuação estatal para impor aos particulares limitações. Estabelecidos esses delineamentos, nos debruçamos sobre a análise da natureza da atividade fiscalizadora como expressão do poder de polícia, os riscos de ineficácia da fiscalização com conhecimento prévio do interessado e a confidencialidade inerente à atividade que, além de importar na promoção do bem comum, é imprescindível a segurança da sociedade e do Estado.

PALAVRAS-CHAVE: Poder de Polícia. Direitos Fundamentais. Fiscalização. Notificação. Desnecessidade.

ABSTRACT: This work is intended to demonstrate the unnecessary preview notification before to inspection. To this end, we discuss the evolution of police power, its relation to the dimensions of fundamental rights and influence in this context restrictions on state action to impose limitations on individuals. Established these designs, looking into the analysis of the nature of the supervisory activity as an expression of the police power, the risks of ineffective supervision with prior knowledge of the person concerned and the confidentiality inherent in that activity, and import in promoting the common good, it is essential the safety of society and the state.

KEYWORDS: Police Power. Fundamental Rights. Inspection. Notification. Unnecessariness.

INTRODUÇÃO

Os questionamentos acerca da necessidade de notificação do interessado previamente a atividade de fiscalização repousam na ideia de infringência a direitos e garantias fundamentais erigidos, como se sabe, a categoria constitucional. A realização de fiscalização sem a prévia comunicação ao interessado é impugnada sob os auspícios de violação ao princípio da ampla defesa.

Embora o tema não tenha merecido maiores abordagens da doutrina, a possibilidade de repercussão danosa ao Estado da tese anulatória de diligências realizadas sem a prévia notificação do interessado traz a lume a necessidade de realizar um estudo com argumentos contundentes rechaçando esse posicionamento.

1 EVOLUÇÃO DO PODER DE POLÍCIA

A evolução do poder de polícia guarda profunda relação com o surgimento de direitos fundamentais. Essa noção nos remete a introdução nos ordenamentos jurídicos de direitos de primeira geração ou, na concepção de alguns doutrinadores, direitos de primeira dimensão¹.

O movimento de contenção de poderes estatais teve como marco inicial a Carta das Liberdades de 1215, assinada pelo Rei João, que limitava as prerrogativas e o poder absoluto do monarca. O documento, imposto pelos barões ingleses, cominava ao soberano a observância a procedimentos legais (*due processe of law*) como o que restou consignado na clausula 39:

Nenhum homem livre será preso, aprisionado ou privado de uma propriedade, ou tornado fora-da-lei, ou exilado, ou de maneira alguma destruído, nem agiremos contra ele ou mandaremos alguém contra ele, a não ser por julgamento legal dos seus pares, ou pela lei da terra.

Ao longo do século XVIII, duas revoluções efetivamente introduziram as liberdades civis e políticas na sociedade. O movimento de independência americano produziu a Declaração de Direitos do Bom Povo da Virgínia que, embora concentrada na preocupação de romper seu estado de colônia, trouxe em seu texto a noção de direitos inatos.

1 Alguns autores sustentam que a denominação geração de direitos não se mostra adequada por trazer a imagem de sucessão, renovação e hierarquia de direitos, confrontando com a ideia dos direitos nas suas diversas dimensões.

A revolução francesa, de outro modo, mas igualmente inspirada nos ideais iluministas, firmou a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, originando os princípios da liberdade, igualdade, propriedade e legalidade.

Destarte, o ilimitado poder estatal, na crença que o poder monárquico como representação divina na terra não se submetia as leis, deu lugar ao constitucionalismo.

Vem a calhar a lição de Paulo Gustavo Gonet Branco:

Nos séculos XVII e XVIII, as teorias contratualistas vêm enfatizar a submissão da autoridade política à primazia que se atribui ao indivíduo sobre o Estado. A defesa de que certo número de direitos preexistem ao próprio Estado, por resultarem da natureza humana, desvenda característica crucial do Estado, que lhe empresta legitimação – o Estado serve aos cidadãos, é instituição concatenada para lhes garantir os direitos básicos.

[...]

Outra perspectiva histórica situa a evolução dos direitos fundamentais em três gerações. A primeira delas abrange os direitos referidos nas Revoluções americana e francesa. São os primeiros a ser positivados, daí serem ditos de primeira geração. Pretendia-se, sobretudo, fixar uma esfera de autonomia pessoal refratária às expansões do Poder. Daí esses direitos traduzirem-se em postulados de abstenção dos governantes, criando obrigações de não fazer, de não intervir sobre aspectos da vida pessoal de cada indivíduo..²

2 A ABRANGÊNCIA DO PODER DE POLÍCIA

Feito esse breve histórico sobre as limitações impostas ao Estado e o seu dever de abstenção, resta-nos perquirir, contemporaneamente, qual o grau de restrição imposto ao Estado na atividade fiscalizatória.

A necessidade de intimação, ou não, do infrator ou interessado previamente a atividade de fiscalização é tema que repercute nos órgãos da administração pública que executam políticas públicas e detém atribuições regulatórias.

O movimento de descentralização administrativa, cunhado como norte no Decreto-Lei 200/67 e seguido por outras leis, inclusive

2 BRANCO, Paulo; COELHO, Inocêncio; MENDES, Gilmar. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed. Saraiva, 2010. p.308-309.

as que instituíram as Agências Reguladoras, incumbiu a entidades da administração indireta a realização de grande parte da atividade de fiscalização a cargo do Estado.

Como exemplo, podemos destacar o arcabouço legal de alguns órgãos:

Lei nº 5.966/73 - INMETRO

Art. 3º O Instituto Nacional de Metrologia, Qualidade e Tecnologia (Inmetro), autarquia vinculada ao Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior, criado pela Lei nº 5.966, de 1973, é competente para:

III - exercer, com exclusividade, o poder de polícia administrativa na área de Metrologia Legal;

IV - exercer poder de polícia administrativa, expedindo regulamentos técnicos nas áreas de avaliação da conformidade de produtos, insumos e serviços, desde que não constituam objeto da competência de outros órgãos ou entidades da administração pública federal, abrangendo os seguintes aspectos:

- a) segurança;
- b) proteção da vida e da saúde humana, animal e vegetal;
- c) proteção do meio ambiente; e
- d) prevenção de práticas enganosas de comércio;

Lei 7735/89 - IBAMA

Art. 2º É criado o Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis – IBAMA, autarquia federal dotada de personalidade jurídica de direito público, autonomia administrativa e financeira, vinculada ao Ministério do Meio Ambiente, com a finalidade de:

I - exercer o poder de polícia ambiental;

Lei 9472/97 - ANATEL

Art. 1º Compete à União, por intermédio do órgão regulador e nos termos das políticas estabelecidas pelos Poderes Executivo e Legislativo, organizar a exploração dos serviços de telecomunicações.

Parágrafo único. A organização inclui, entre outros aspectos, o disciplinamento e a fiscalização da execução, comercialização e uso dos serviços e da implantação e funcionamento de redes de telecomunicações, bem como da utilização dos recursos de órbita e espectro de radiofrequências.

Lei 9782/99 ANVISA

Art. 8º Incumbe à Agência, respeitada a legislação em vigor, regulamentar, controlar e fiscalizar os produtos e serviços que envolvam risco à saúde pública.

O controle estatal, como se observa, permeia os mais diversos temas que circundam a sociedade, exigindo do poder público uma atuação: a) em sentido amplo: na definição de normas estipulando regras e limites e, b) em acepção concreta: na verificação de seu cumprimento, aplicando, por consequência, penalidades.

Desse modo, da própria concepção de Estado exsurge a necessidade de imposição de fronteiras as liberdades individuais em prol do bem comum. A essa possibilidade denominou-se poder de polícia.

Segundo Cáo Tácito, citado por Odete Medauar, a expressão poder de polícia no ordenamento pátrio derivou da tradução *Police Power* que “ingressou pela primeira vez na terminologia legal no julgamento da Suprema Corte norte-americana, no caso *Brown x Marland*, de 1827.”³

3 NATUREZA DA ATIVIDADE FISCALIZADORA

O poder de polícia encontrou definição positivada no Código Tributário Nacional:

Art. 78. Considera-se poder de polícia atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do

3 MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p.332.

Poder Público, à tranquilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos.

A miríade de conceitos presentes na doutrina nos exige o destaque a alguns, embora todos guardem elementos comuns: a titularidade do poder público, a coercibilidade e a preponderância dos direitos coletivos sobre os individuais.

Para Celso Antônio Bandeira de Mello:

[...] a atividade da Administração Pública, expressa em atos normativos ou concretos, de condicionar, com fundamento em sua supremacia geral e na forma da lei, a liberdade e a propriedade dos indivíduos, mediante ação ora fiscalizadora, ora preventiva, ora repressiva, impondo coercitivamente aos particulares um dever de abstenção ('non facere') a fim de conformá-los os comportamentos aos interesses sociais consagrados no sistema normativo.⁴

José dos Santos Carvalho Filho, por sua vez, cita o conceito clássico de Marcelo Caetano em sua obra *Princípios Fundamentais de Direito Administrativo* para, em seguida, registrar a sua concepção:

Clássico é o conceito firmado por Marcelo Caetano: É o modo de atuar da autoridade administrativa que consiste em intervir no exercício das atividades individuais suscetíveis de fazer perigar interesses gerais, tendo por objetivo evitar que produzam, ampliem ou generalizem os danos sociais que a lei procura prevenir.

De nossa parte, entendemos se possa conceituar o poder de polícia 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.⁵

Uma visão que se apresenta interessante foi trazida no conceito de Marçal Justen Filho:

O poder de polícia administrativa é a competência para disciplinar o exercício da autonomia privada para a realização de direitos

⁴ MELO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p.853

⁵ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 23 ed. rev. ampl. e atualizada até 31.12.2009. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2010. p. 83.

fundamentais e da democracia, segundo os princípios da legalidade e da proporcionalidade.⁶

Assim, conforme nos apresenta Justen Filho, o poder de polícia, que em sua origem era expressão do poder absoluto do monarca, evoluiu para a concretização de direitos fundamentais da coletividade, isto é, ampliou a sua atuação em outras atividades, à exemplo da preservação ambiental, sem, contudo, olvidar a obediência aos princípios da legalidade, razoabilidade, proporcionalidade, ampla defesa, contraditório e do devido processo legal.

Essa expansão sofreu severa crítica de Gordillo, que questiona a alocação do poder de polícia na esfera do direito administrativo:

Pero por otro lado, se advierte también que al ampliarse de esse modo, el ‘poder de policía’ há perdido las supuestas características con que em el passado se lo queria conceptualizar. No existe hoy em día uma ‘noción’ autónoma y suficiente de ‘poder de policía;’ no existe porque esa función se há distribuido ampliamente dentro de toda la actividad estatal

[...]

Adviértase muy especialmente que no afirmamos que el Estado o la administración carezcan en absoluto de facultades no pueden subsumirse em um concepto común que luego tenga vigencia jurídica autónoma y pueda a su vez fundamentar nuevas facultades y nuevas limitaciones⁷.

A ampliação do poder de polícia, no entanto, encontra justificativa no próprio alargamento das dimensões dos direitos fundamentais, como bem ressalta Branco:

Essa distinção entre gerações dos direitos fundamentais é estabelecida apenas com o propósito de situar os diferentes momentos em que esses grupos de direitos surgem como reivindicações acolhidas pela ordem jurídica. Deve-se ter presente, entretanto, que falar em sucessão de gerações não significa dizer que os direitos previstos num momento tenham sido suplantados por aqueles surgidos em instante

6 JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 4 ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 488.

7 GORDILLO, Agustín. *Tratado de Derecho Administrativo*, 2. tomo: la defensa del usuario y del administrado. 5 ed. Belho Horizonte: Del Rey e Fundacion de Derecho Administrativo, 2003. p. v-12.

seguinte. Os direitos de cada geração persistem válidos juntamente com os direitos da nova geração, ainda que o significado de cada um sofra o influxo das concepções jurídicas e sociais prevalentes nos novos momentos. Assim, um antigo direito pode ter o seu sentido adaptado às novidades constitucionais. Entende-se, pois, que tantos direitos a liberdade não guardem, hoje, o mesmo conteúdo que apresentavam antes de surgirem os direitos de segunda geração, com as suas reivindicações de justiça social, e antes que fossem acolhidos os direitos de terceira geração, como da proteção ao meio ambiente. Basta que se pense em como evoluiu a compreensão do direito de propriedade, desde a Revolução Francesa até a incorporação às preocupações constitucionais de temas sociais e de proteção do meio ambiente.⁸

O próprio Gordillo reconhece que a coação estatal pra atingir o bem comum e a ordem pública mostra-se como uma realidade no mundo jurídico.

Assim, a antiga atuação do poder de polícia atrelada a salubridade, tranquilidade, moral e bons costumes, deu lugar a um plexo de ações que não se resumem a um controle de abstenções ligadas a esses temas. O poder de polícia alcançou direitos em outras dimensões.

Diante desse quadro, interessante a sistematização adotada por Carlos Ari Sundfeld⁹ elencando as competências da administração pública para o exercício do poder de polícia:

- a) impor os condicionamentos;
- b) fiscalizar;
- c) reprimir a inobservância dos condicionamentos, em especial-sancionando as infrações; e
- d) executar.

Assim, a atividade fiscalizadora, enquanto ação estatal de verificar o cumprimento ou abstenção de comportamento individual, vigiar ou inspecionar serviços ou atividades comerciais, se reveste de

⁸ BRANCO; COELHO; MENDES. op. cit, p. 310.

⁹ SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo Ordenador*. 1 ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

instrumentalidade para atender o objetivo do poder de polícia: o bem comum. A fiscalização, portanto, é expressão do poder de polícia.

Nesse sentido, como bem ressalta Sundfeld:

À competência para impor condicionamentos se agrega a de fiscalizar sua observância. Trata-se do poder, atribuído pela lei à Administração, de verificar permanentemente a regularidade do exercício dos direitos pelos administrados.

[...]

Ao poder de fiscalizar corresponde a obrigação de o administrado suportar a verificação administrativa e de colaborar com ela. Aliás, suportar a fiscalização é espécie de sujeição administrativa do direito. Opor óbices a ela traduz comportamento ilícito, como tal passível de sanção.¹⁰

O que se observa, por conseguinte, é que o ato de fiscalizar mostra-se como uma atividade de verificação dos condicionamentos impostos em uma determinada norma, não se podendo atribuir a fiscalização a natureza de punição ou repressão, ainda que adote medidas acautelatórias de proteção do bem comum.

Nessa linha encontramos o magistério de Osório, entendendo que “as medidas de polícia podem estar ligadas ao cometimento ou ao perigo de cometimento de um fato ilícito, mas tal circunstância não lhes confere um caráter punitivo, um enquadramento no conceito de sanções administrativas.”¹¹

Assim, não se extrai da natureza da fiscalização, enquanto ação regular de examinar a subsunção das atividades particulares às limitações administrativas impostas, o direito do administrado ser notificado previamente à vistoria, que seria uma expressão do princípio da ampla defesa. É apenas a intenção repressiva estatal que se mostra determinante para atribuir ao administrado esse direito. Essa afirmação é amparada claramente nas lições de Sundfeld:

Frequentes vezes, a infração administrativa, por suas características de gravidade e perigo aos interesses públicos, exige a adoção de providências imediatas, voltadas a impedir sua continuidade. Figure-

10 SUNDFELD, op. cit., p. 75-76.

11 OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito Administrativo Sancionador*. 3. ed. rer., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 96

se o comerciante suspeito de usar seu estabelecimento para o tráfico de drogas: é imperioso impedir desde logo suas atividades, evitando o prosseguimento das práticas ilícitas. Contudo, a sanção de interdição do estabelecimento depende de procedimento em que, ademais de se comprovar a infração, seja garantido o direito de defesa, com todos os seus desdobramentos, demandando prazo relativamente longo. A solução para, nessas hipóteses, evitar o perigo, não é – como supõem certos administradores – aplicar imediatamente a sanção, lançando ao punido o ônus de desconstituir o ato sancionador. Aceita-se apenas a interdição cautelar, até a conclusão do procedimento. Tal medida não é sancionadora, mas acauteladora, o que, se por um lado dispensa o procedimento para garantia do direito de defesa, por outro impede a imposição de gravames desnecessários à cessação do perigo, bem como implica em que, constatada posteriormente a falsidade da imputação, sejam cabalmente indenizados os prejuízos causados pela aplicação da medida.

A distinção entre sanção e medida cautelar administrativa tem sentido, visto ser juridicamente inaceitável a substituição de uma pela outra. No exemplo utilizado, embora ambos gerem efeitos imediatos semelhantes (o fechamento do estabelecimento), têm fins e requisitos procedimentais diversos. A finalidade do ato sancionador é subjetiva: impor consequência desfavorável ao infrator, para com isso puni-lo. Sua prática exige o procedimento com garantia de ampla defesa. A medida cautelar tem finalidade objetiva: eliminar o perigo, presente ou iminente. Daí dispensar prévio procedimento.¹²

A alegação de violação ao princípio da ampla defesa, portanto, não prospera sequer nas hipóteses de aplicação das medidas urgentes adotadas durante a fiscalização. Isto porque a eventual prática de atos administrativos urgentes de preservação da coletividade possui natureza meramente cautelar, distinguindo-se, completamente, das punições, que somente serão aplicadas com a conclusão do processo administrativo.

Esse balizamento foi seguido pela legislação como podemos observar do art. 174 e 175 da Lei Geral de Telecomunicações e art. 9º, inciso V e § 2º da Lei n.º 6.385/1976 sobre mercado de capitais:

Lei 9472/97.

¹² SUNDFELD, op. cit., p. 78-79

Art. 174. Toda acusação será circunstanciada, permanecendo em sigilo até sua completa apuração.

Art. 175. Nenhuma sanção será aplicada sem a oportunidade de prévia e ampla defesa. Parágrafo único. Apenas medidas cautelares urgentes poderão ser tomadas antes da defesa.

Lei 6385/76.

Art. 9º A Comissão de Valores Mobiliários, observado o disposto no § 2º do art. 15, poderá:

V - apurar, mediante processo administrativo, atos ilegais e práticas não equitativas de administradores, membros do conselho fiscal e acionistas de companhias abertas, dos intermediários e dos demais participantes do mercado;

§ 2º O processo, nos casos do inciso V deste artigo, poderá ser precedido de etapa investigativa, em que será assegurado o sigilo necessário à elucidação dos fatos ou exigido pelo interesse público, e observará o procedimento fixado pela Comissão.

Destarte, é essencial distinguir o desígnio administrativo de verificar o cumprimento das normas ou de imputar uma penalidade. Esse intento pode ser caracterizado a partir da instauração de um processo punitivo. Não há, portanto, abandono do devido processo legal, mas a postergação do contraditório e ampla defesa para o momento em que efetivamente se cogita do cometimento de infração pelo particular.

Sob outro ângulo, a comunicação prévia de uma diligência investigativa poderia resultar na dissimulação de eventuais infrações em curso, gerando ineficácia da apuração. Esse caráter de conhecimento antecedente frustraria a verificação efetiva das transgressões perpetradas, afetando, em última instância o interesse público e a finalidade do poder de polícia. Não por outro motivo, a própria Lei de Acesso à Informação caracterizou como imprescindíveis a segurança da sociedade e do Estado, e passíveis de classificação como sigilosas, as atividades de fiscalização em andamento relacionadas com a prevenção ou repressão de infrações.¹³

¹³ Lei 12527/2011. Art. 23. São consideradas imprescindíveis à segurança da sociedade ou do Estado e, portanto, passíveis de classificação as informações cuja divulgação ou acesso irrestrito possam: VIII - comprometer atividades de inteligência, bem como de investigação ou fiscalização em andamento, relacionadas com a prevenção ou repressão de infrações.

4 CONCLUSÕES

Deste modo, resta claro que o poder de polícia passou por uma evolução ao longo de séculos, inicialmente confundindo-se com o próprio poder monárquico para, em sequência, sofrer limitações estruturadas nos direitos fundamentais dos administrados.

Os fundamentos que determinaram os contornos e limites do poder de polícia contemporaneamente, princípios como o devido processo legal, ampla defesa, contraditório, legalidade, razoabilidade e proporcionalidade, igualmente serviram de alicerce para robustecer a atuação estatal com o intuito de garantir o bem estar da coletividade e direitos fundamentais observados sob outras dimensões.

Assim, o poder de polícia, como se apresenta na atualidade, alberga a atividade voltada a fiscalização do cumprimento pelos administrados das limitações impostas pelo Estado sem a exigência de prévia notificação dos interessados, deslocando a ampla defesa e contraditório para o curso do procedimento administrativo de caráter punitivo.

REFERÊNCIAS

BRANCO, Paulo; COELHO, Inocêncio; MENDES, Gilmar. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 23 ed. rev. ampl. e atualizada até 31.12.2009. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2010.

GORDILLO, Agustin. *Tratado de Derecho Administrativo*, 2. tomo: la defensa del usuario y del administrado. 5 ed. Belo Horizonte: Del Rey e Fundacion de Derecho Administrativo, 2003.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 4 ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MELO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito Administrativo Sancionador*. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

PIRES, Luís Manuel Fonseca. *Limitações Administrativas à Liberdade e à Propriedade*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo Ordenador*. 1 ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

VITTA, Heraldo Garcia. *Soberania do Estado e Poder de Polícia*. São Paulo: Malheiros, 2011.