

DEGUSTAÇÃO DA OBRA

MANUAL DE DIREITO ADMINISTRATIVO

volume único, 2ª edição

TEMA: **PODER DE POLÍCIA**



Alessandro Dantas Coutinho
Ronald Krüger Rodor

Manual de Direito Administrativo

Volume Único

INCLUI

- Mais de 670 tabelas, fluxos e julgamentos do STF e STJ com atualizações
- Mais de 70 organizações, listas
- Tabela de sumários e lacunas do tema atualizada para 2024
- Resumo resumidamente do tema atualizado
- Esquemas gráficos em todas as partes
- Resumo da matéria sobre jurisprudência
- Exercícios de fixação

Prefácio: Prof. Miguel Spina, do Píleo

2ª

edição

atualizada

2024

EDITORA
A PODIVA

AUTOR **ALESSANDRO DANTAS COUTINHO**

6.9. PODER DE POLÍCIA

6.9.1. Introdução

Como visto, a Administração atua sempre voltada à satisfação do interesse público, porém a gestão dos interesses da coletividade é algo muito mais complexo que a administração de uma empresa ou de uma casa, por exemplo.

Sabedor disso, o ordenamento jurídico criou uma série de competências diferenciadas para a boa gestão do interesse público. Dentre essas competências, destacam-se aqueles que legitimam o agente público a fiscalizar as atividades desenvolvidas pela iniciativa privada⁴⁵ e, em caso de ilegalidades, reprimi-las.

45. Não obstante, a própria Administração também está sujeita ao poder de polícia, como, por exemplo, o caso de uma estatal como a Petrobras, que, se poluir o meio ambiente, estará sujeita ao poder de polícia do IBAMA. Registre-se, também, caso julgado pelo STJ: “Administrativo. Poder de polícia. *Aplicação de multa pelo Procon à empresa pública federal. Possibilidade.* 1. A proteção da relação de consumo pode e deve ser feita pelo Sistema Nacional de Defesa do Consumidor – SNDC

O poder de polícia é um instrumento essencial e necessário à boa gestão dos interesses coletivos de forma que, se inexistisse, a vida em sociedade seria um verdadeiro caos. É necessário que o Estado realize permanente atividade de fiscalização sobre o uso da liberdade e propriedade de terceiros para que estes não coloquem em risco o interesse público.

Assim, podemos dizer, *o poder de polícia está diretamente ligado às atividades fiscalizatórias, seja para evitar um potencial dano à coletividade (poder de polícia preventivo), seja para reprimir uma atividade ilegal (poder de polícia repressivo).*

Por se tratar de atividades fiscalizatórias, conforme explicado, todos os órgãos e entidades que possuem atribuições legais nesse sentido exercem o poder de polícia.

6.9.2. Conceito

Podemos conceituar poder de polícia como *a competência (ou o poder) que a Administração possui de limitar, condicionar e restringir direitos e interesses de terceiros, especialmente os ligados à liberdade e propriedade, em nome do interesse público.*

6.9.3. Exemplos de poder de polícia

Como registrado, o poder de polícia está ligado às fiscalizações realizadas pela Administração Pública de atividades de terceiros, bem como à repressão de condutas ilegais por parte deles. Nesse contexto, podemos afirmar que são exemplos de manifestação do poder de polícia:

- a) *As fiscalizações realizadas pela Administração que condicionam o desempenho lícito de certas atividades privadas, como, por exemplo, fiscalização do Corpo de Bombeiros para liberar a obra, fiscalização do Município para deferir a licença para construção etc.*
- b) *Fiscalizações objetivando a constatação e repressão de ilegalidades, como, por exemplo, blitz realizada pela Polícia Militar, fiscalização do PROCON em um supermercado, fiscalização da Vigilância Sanitária em uma peixaria etc.*
- c) *Aplicação de penalidades e medidas administrativas de repressão com o objetivo de punir o infrator pela prática de atos ilegais, como, por exemplo, a apreensão de mercadorias, veículos, destruição de bens inapropriados ao consumo, embargo de obra irregular, multa etc*

Cite-se, ainda, a recente lei 13.425/2016, que estabelece diretrizes gerais sobre medidas de prevenção e combate a incêndio e a desastres em estabelecimentos, edificações e áreas de reunião de público, cujo artigo 3º, de forma muito elucidativa, enuncia que: ***cabe ao Corpo de Bombeiros Militar planejar, analisar, avaliar, vistoriar, aprovar e fiscalizar as medidas de prevenção e combate a incêndio e a desastres em estabelecimentos, edificações e áreas de reunião de público, sem prejuízo das prerrogativas municipais no controle das edificações e do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano e das atribuições dos profissionais responsáveis pelos respectivos projetos.***

– conforme dispõem os arts. 4.º e 5.º do CDC, e é de competência do Procon a fiscalização das operações, inclusive financeiras, no tocante às relações de consumo com seus clientes, por incidir o referido diploma legal. 2. Recurso especial não provido” (STJ – REsp 1103826/RN 2008/0245275-6, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. 23.06.2009, 2.ª T., DJe 06.08.2009).

6.9.4. Fundamento do poder de polícia

O poder de polícia está ligado à restrição, limitação e condicionamento de interesses e direitos de terceiros em nome do interesse público. Nesse sentido, percebe-se que o fundamento que enseja todas essas restrições é justamente o objetivo de preservação e alcance do interesse coletivo, razão pela qual se pode afirmar que o fundamento do poder de polícia é a *supremacia do interesse público sobre o interesse privado*.

6.9.5. Necessidade do poder de polícia

O poder de polícia é indispensável à boa gestão dos interesses públicos. Não temos como imaginar a gestão da *res publica*, com inúmeros problemas sociais, econômicos, etc., sem que o agente possua essa prerrogativa diferenciada.

Como poderia haver o controle da segurança no trânsito, se o agente público não pudesse multar e apreender o veículo de um condutor embriagado? Como se poderia garantir a saúde pública se a ANVISA não pudesse apreender e destruir alimentos inapropriados ao consumo?

Inclusive, em caso de omissão específica do exercício do referido poder, em havendo dano, o Estado pode responder civilmente por omissão, bem como o agente que deixou de atuar, disciplinarmente.

É o caso, por exemplo, de em uma blitz o policial liberar um condutor embriagado. Por lei, o agente deveria apreender o veículo, pois, na condição que o condutor se encontra, ele leva um risco à sociedade. Todavia, o agente não apreende o veículo e libera o condutor que, logo em seguida, se envolve em um acidente. Nesse caso, além de a vítima poder processar esse condutor, também será possível o ajuizamento de ação em face do Estado por omissão (não exercício do poder de polícia, quando podia e devia ter agido).

Além disso, identificado o agente que foi omissor, ele pode responder a um PAD, a uma ação de regresso na parte cível, bem como, criminalmente, por crime de prevaricação (art. 319 do CP).

6.9.6. Competências para o exercício do poder de polícia

O Brasil adotou a forma federativa de Estado e houve, conseqüentemente, uma distribuição de competências entre a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal. Os assuntos que envolvem mais interesse nacional foram conferidos à União (art. 21 da CF), assuntos que envolvem mais interesse regional ficam sob a fiscalização estadual (art. 25 da CF) e os de relevância local ficam sob a fiscalização municipal (art. 30 da CF). Inclusive, quanto a este último, cite-se a Súmula Vinculante 38 do STF, a qual enuncia *que competente o município fixar o horário de funcionamento de estabelecimento comercial*, bem como a Súmula 419, também do STF, porém sem caráter vinculante, no sentido que *os municípios têm competência para regular o horário do comércio local, desde que não infrinjam leis estaduais ou federais válidas*.

Há ainda competências concorrentes relacionadas ao poder de polícia, o que quer dizer que todos os entes da federação podem realizar a fiscalização, é claro, com limites

e regras estabelecidas legalmente, como é o caso de atividades fiscalizatórias relacionadas ao meio ambiente (art. 23, VI e VII, da CF), ao consumo (art. 24, V, da CF) etc.

6.9.7. Tipos de poder de polícia

O poder de polícia pode se manifestar por meio de atos normativos e atos concretos.

6.9.7.1. Poder de polícia normativo

Há manifestação do *poder de polícia normativo* quando o Estado, por meio de normas gerais e abstratas, limita, condiciona e restringe direitos e interesses de terceiros. Aqui, *nessa concepção ampla de poder de polícia*, estaria inserida, além da função administrativa, a função legislativa.

Podemos citar como exemplo o Plano Diretor Urbano de uma cidade que limite a construção em certo bairro a edifícios de cinco pavimentos. Note que o proprietário, de acordo com o Código Civil, possui o direito de usar, gozar e dispor do bem, porém, esse direito é limitado por meio do PDU, que apenas autoriza a construção a, no máximo, cinco andares.

O poder de polícia normativo, justamente por ser norma geral e abstrata, não colhe um indivíduo isoladamente, mas todos que se encontram naquela situação limitada, no caso, todos que sejam proprietários de imóveis naquele bairro estão sob a limitação imposta pelo PDU.

Já o poder de polícia concreto pode manifestar-se de forma preventiva e repressiva.

6.9.7.2. Poder de polícia concreto preventivo

O *poder de polícia concreto preventivo* está ligado às fiscalizações e consentimentos emanados pelo poder público que condicionam o exercício lícito de uma atividade a ser desenvolvida pelo particular.

Existem atividades lícitas e atividades ilícitas. Nas atividades lícitas, seu desempenho pode ou não depender de um consentimento ou fiscalização prévia por parte do Estado. Por exemplo, ir ao shopping e fazer compras é uma atividade lícita que não depende de consentimento do Estado. Passear pelas praças, ruas, avenidas, calçadão, é permitido independentemente de qualquer autorização.

Ocorre que há outras atividades que, por mais que sejam lícitas, dependem de um consentimento. Por exemplo, caso um empresário queira construir uma boate, tal atividade é lícita, porém depende de uma licença, que será antecedida de análise do projeto, fiscalização do local, aprovação do Corpo de Bombeiros etc.

Note que a atividade é lícita, porém seu desenvolvimento legal depende da fiscalização e do consentimento do Estado.

O mesmo se passa para que um cidadão possa dirigir veículo. A atividade de dirigir é permitida, porém, condicionada à obtenção da habilitação que depende de fiscalização e consentimento do Estado.

Veja o que dispõe os arts. 140 e 147 do Código de Trânsito Brasileiro:

“Art. 140. A habilitação para conduzir veículo automotor e elétrico será apurada por meio de exames que deverão ser realizados junto ao órgão ou entidade executivos do Estado ou do Distrito Federal, do domicílio ou residência do candidato, ou na sede estadual ou distrital do próprio órgão, devendo o condutor preencher os seguintes requisitos:

(...)

Art. 147. O candidato à habilitação deverá submeter-se a exames realizados pelo órgão executivo de trânsito, na seguinte ordem:

I – de aptidão física e mental;

(...)

III – escrito, sobre legislação de trânsito;

IV – de noções de primeiros socorros, conforme regulamentação do CONTRAN;

V – de direção veicular, realizado na via pública, em veículo da categoria para a qual estiver habilitando-se”.

Esses consentimentos e fiscalizações são expressões do poder de polícia preventivo.

6.9.7.3. Poder de polícia concreto repressivo

Além do poder de polícia preventivo, há o *poder de polícia concreto repressivo*. Aqui, o administrado já se encontra em uma situação de ilegalidade, não sendo possível a prevenção, pois a ilegalidade já foi cometida. Frente a essas circunstâncias e à lesão ao interesse público, o administrador, nos termos da lei, vai reprimir a ilicitude por meio de penalidades e medidas materiais de contenção da ilegalidade.

Isso pode ocorrer de duas formas.

No *primeiro caso* a atividade é lícita, porém condicionada a consentimento e fiscalização estatal prévia, sendo que o administrado a realiza sem a chancela do Poder Público. Nesse caso, quando a Administração tiver conhecimento desse fato, irá intervir reprimindo a ilegalidade.

É o que ocorre, por exemplo, quando o setor de fiscalização de obras de um Município encontra uma obra sendo executada sem a licença necessária que deveria ser dada pelo Município. Nesse caso, a atividade por si só é legal, porém condicionada à obtenção da referida licença. Como o administrado preferiu realizar a obra clandestinamente, sem se submeter ao poder de polícia preventivo do Município, descoberta a ilegalidade, haverá repressão por parte do Poder Público, que, dentre outras coisas, irá embargar a obra, aplicar multa etc.

No *segundo caso*, a atividade já é proibida por lei, sendo que não caberia o exercício do poder de polícia preventivo.

É o que ocorre, por exemplo, quando um condutor legalmente habilitado dirige embriagado. Note-se que a licença para dirigir foi dada corretamente, porém para que ele pudesse conduzir veículo dentro das leis de trânsito. Se ele dirige embriagado, nesse caso, o Estado flagrando essa ilegalidade irá reprimi-la de imediato, aplicando multa, apreendendo o veículo e instaurando processo administrativo com o objetivo de cassar sua carteira de habilitação etc.⁴⁶.

46. Apenas um adendo importante! As guardas municipais, **desde que autorizadas por lei municipal**, têm competência para fiscalizar o trânsito, lavrar auto de infração de trânsito e impor multas. Esse

Veja que o CTB, em tal hipótese, já prevê diretamente a adoção da medida repressiva:

“Art. 165. Dirigir sob a influência de álcool ou de qualquer outra substância psicoativa que determine dependência:

Medida administrativa – recolhimento do documento de habilitação e retenção do veículo, observado o disposto no § 4.º do art. 270 da Lei n.º 9.503, de 23 de setembro de 1997 – do Código de Trânsito Brasileiro”.

Note-se que a atividade, por si só, já é ilegal. É o que ocorre também quando um açougue vende carne estragada ou uma farmácia vende produto com finalidade terapêutica sem registro no Ministério da Saúde. Não há, quanto a esses fatos, a possibilidade de exercer o poder de polícia preventivo, somente o repressivo.

6.9.8. A exigibilidade do ato de polícia e a suspensão temporária da execução do poder de polícia repressivo

Em alguns casos previstos em lei, será possível a suspensão temporária da execução do poder de polícia repressivo, ofertando-se ao administrado a faculdade de, em certo prazo, regularizar sua situação.

Primeiramente, para que isso seja possível, a lei tem que autorizar prévia e expressamente. Em segundo, deve-se atentar para o fato de que a continuidade temporária da ilegalidade não pode colocar em risco o interesse público.

É o que ocorre, por exemplo, quando, em uma fiscalização do setor de posturas de um Município, antes de executar um ato punitivo, dá um prazo para que o particular regularize sua situação. Caso este faça a devida regularização, quando voltarem os agentes para nova fiscalização, não haverá mais nada a ser feito. Se, ao contrário, continuar omisso o particular, haverá o exercício definitivo do poder de polícia reprimindo aquela ilegalidade continuada.

Note-se que a intimação para que o administrado voluntariamente se regularizasse goza do *atributo da exigibilidade*, que é uma coerção indireta objetivando compelir o destinatário a se regularizar. Não procedendo dessa forma, haverá o sancionamento, inclusive com medidas de contenção material, como apreensões e embargos, as quais gozam do *atributo da autoexecutoriedade*.

6.9.9. Atributos do poder de polícia

O exercício do poder de polícia é dotado de uma série de qualidades, prerrogativas e atributos diferenciados. Isso em razão do fim cujo exercício da competência é obrigatório, que é a busca do interesse público.

Para o alcance dessa meta indisponível, devem-se agregar qualidades diferenciadas ao exercício dessas competências. A doutrina apresenta três atributos do poder de polícia. São eles: a discricionariedade, a autoexecutoriedade e a coercibilidade.

é o entendimento do STF. Vide: RE 658570/MG, rel. orig. Min. Marco Aurélio, red. p/ o acórdão Min. Roberto Barroso, julgado em 6/8/2015 (repercussão geral) **(Informativo 793)**

6.9.9.1. *Discricionariedade*

A discricionariedade está ligada à margem de liberdade que o legislador conferiu ao administrador para que este, no exercício de uma competência concreta, fazendo um juízo de critérios de conveniência e oportunidade, adote a conduta que melhor atenda ao interesse público.

Vejam os exemplos:

É o caso da Lei 6.437/1977, que configura as infrações à legislação sanitária federal e estabelece as sanções respectivas.

No art. 2.º da referida lei está prescrito que, *sem prejuízo das sanções de natureza civil ou penal cabíveis, as infrações sanitárias serão punidas, alternativa ou cumulativamente, com as penalidades de: I – advertência; II – multa; III – apreensão de produto; IV – inutilização de produto; V – interdição de produto; VI – suspensão de vendas e/ou fabricação de produto; VII – cancelamento de registro de produto; VIII – interdição parcial ou total do estabelecimento; IX – proibição de propaganda; X – cancelamento de autorização para funcionamento da empresa; XI – cancelamento do alvará de licenciamento de estabelecimento; XI-A – intervenção no estabelecimento que receba recursos públicos de qualquer esfera; XII – imposição de mensagem retificadora; XIII – suspensão de propaganda e publicidade.*

Nota-se que, frente às infrações previstas no art. 10, o fiscal terá uma margem de liberdade para aplicar a(s) penalidade(s) que melhor venha(m) a atender ao interesse público, o que fará levando em consideração, inclusive, as circunstâncias atenuantes e agravantes previstas nos arts. 7.º e 8.º da referida lei. Veja-se que aqui sua conduta quanto ao objeto é discricionária, podendo, no caso concreto, aplicar uma ou várias penalidades sancionando a mesma infração.

A pergunta é: o que significa dizer que o poder de polícia é discricionário? Ele será sempre discricionário?

Em verdade, não se pode afirmar que toda manifestação do poder de polícia é discricionária. Isso seria uma contradição com a realidade normativa. Por exemplo, quando um condutor é abordado embriagado, o agente de trânsito não tem qualquer discricionariedade quanto a que medidas devem ser tomadas.

Vejam os exemplos do art. 165 do Código de Trânsito Brasileiro sobre essa infração:

“Art. 165. Dirigir sob a influência de álcool ou de qualquer outra substância psicoativa que determine dependência:

Infração – gravíssima; Penalidade – multa (cinco vezes) e suspensão do direito de dirigir por 12 (doze) meses;

Medida Administrativa – retenção do veículo até a apresentação de condutor habilitado e recolhimento do documento de habilitação”.

Nota-se que, no caso, não há discricionariedade quanto às penalidades a serem aplicadas.

Entretanto, por que é dito que o poder de polícia tem como atributo a discricionariedade? Entendemos que essa afirmação pode ser em razão de que a maioria dos atos do poder de polícia é discricionária. Por exemplo, toda a fase preparatória é discricionária. Assim, trabalhando com a blitz, a lei não dispõe onde, quando e em que horário será feita, sendo toda essa fase preparatória decorrente do cotejo dos conceitos de conveniência e oportunidade quanto à sua execução.

Ainda, em muitas leis, há diversas situações em que a penalidade a ser aplicada poderá variar de acordo com a situação concreta, caso este em que teremos uma discricionariedade quanto à escolha da penalidade, ou seja, na fase de execução do poder de polícia.

6.9.9.2. Autoexecutoriedade

Em regra, os atos de execução patrimonial e de restrição da liberdade de terceiros são provenientes de ordens judiciais. É o processo judicial o meio comum para que tais restrições ocorram.

Assim, caso um determinado indivíduo esteja devendo a outrem e este esteja em estado de miserabilidade, em situação de carência emergencial do dinheiro, ainda assim não poderá fazer uso de meios diretos para a obtenção do crédito, não poderá tomar o dinheiro à força. Inclusive, tal conduta, se ocorrer, será tida como criminosa, podendo ser tipificada como exercício arbitrário das próprias razões (art. 350 do CP)⁴⁷.

Nesse caso, deverá o credor ingressar com ação judicial contra o devedor, pleiteando, se já possuir um título executivo, a execução do devedor com a restrição de seu patrimônio. O oficial de justiça irá penhorar seus bens, que posteriormente serão leiloados, e, com o dinheiro das arrematações, será quitado o crédito do credor.

O mesmo se passa em relação à restrição da liberdade. Com exceção da prisão em flagrante (art. 283 do CPP), as demais formas de prisão dependem de ordem escrita do Poder Judiciário.

Ocorre que, nos casos dados, o que está em jogo são interesses individuais e, nesse ponto, diferem dos interesses administrados pela Administração Pública, que é o interesse público, o interesse da coletividade.

E, nesse ponto, pode ocorrer de o interesse público estar na iminência de ser violado, colocando em risco a coletividade, não sendo possível esperar um provimento judicial acautelador.

Foi por conta dos interesses em jogo (no caso, o interesse público) que o legislador abriu uma exceção à regra de execução direta dos atos, autorizando, em alguns casos, ao próprio administrador a diretamente restringir a liberdade e a propriedade de terceiros, sem precisar ir ao Poder Judiciário.

Esse atributo de alguns atos do poder de polícia a doutrina denomina de *autoexecutoriedade*.

Apenas a título de exemplo, como poderia o agente público garantir a segurança no trânsito se não pudesse apreender de imediato um veículo dirigido por condutor embriagado? Como seria garantida a saúde pública, se o PROCON ou a ANVISA não pudessem apreender, de imediato, mercadorias inapropriadas ao consumo?

47. O uso da força, pelo próprio particular, para fazer valer seu direito (autotutela) só é admitido em situações excepcionais, justificando-se na impossibilidade de intervenção pronta do poder estatal. É uma exceção ao monopólio estatal da força, adotado em praticamente todas as sociedades civilizadas. Exemplo clássico dessa exceção é o chamado “desforço imediato”, também chamado de legítima defesa da posse, ou seja, a defesa imediata, pela força, do direito de posse, quando turbado ou violado, conforme previsto no art. 1.210 do Código Civil brasileiro.

Nota-se que não há tempo hábil para o ingresso de qualquer medida judicial. Ou se executa diretamente o ato e impede-se o dano ou espera-se o Judiciário e deixa-se o dano efetivar. Não há uma terceira saída.

Por fim, lembre-se que não são todos os atos administrativos que gozam desse atributo, mas apenas aqueles cuja violação do interesse público que se pretende impedir seja iminente. Em regra, há previsão legal!

Vejam os alguns exemplos em nosso ordenamento jurídico. Citem-se, para elucidar, atos decorrentes do poder de polícia previstos no art. 56 do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/1990):

“Art. 56. As infrações das normas de defesa do consumidor ficam sujeitas, conforme o caso, às seguintes sanções administrativas, sem prejuízo das de natureza civil, penal e das definidas em normas específicas:

(...)

II – apreensão do produto;

III – inutilização do produto;

(...)

X – interdição, total ou parcial, de estabelecimento, de obra ou de atividade;”

6.9.9.3. Coercibilidade

Pode ocorrer que, na execução direta do ato (autoexecutoriedade), o destinatário deste, ou seja, o particular sobre o qual os efeitos do ato recairão, venha a opor resistência física ao cumprimento do ato.

Imaginemos, a título de exemplo, o caso de um fiscal da vigilância sanitária que pretende fechar um açougue e tem sua integridade física ameaçada pelo proprietário do estabelecimento. *Nesse caso, tendo em vista a resistência física do administrado, para que a Administração possa executar o ato, ela deverá, dentro dos limites do razoável e proporcional, fazer uso da força física.*

Nesse caso, poderá o agente contar com o apoio policial para garantir a execução do ato. Essa execução coercitiva (e física) do ato, fazendo uso da força policial, se for o caso, é autorizada pelo *atributo da coercibilidade*.

É interessante notar que podem ocorrer casos em que a atividade de polícia tenha o atributo da autoexecutoriedade e não possua o da coercibilidade. É o que ocorre, por exemplo, quando, em uma blitz, o condutor entrega o veículo sem qualquer resistência. Houve a autoexecutoriedade, pois o veículo foi apreendido, porém não foi necessário o uso da força para a consumação do ato.

6.9.10. Delegação do poder de polícia aos particulares

Cabe à Administração Pública a gestão da *res publica*, sendo que, para tanto, é necessário dispor de uma série de ferramentas diferenciadas de gestão incomuns ao direito privado. São os poderes administrativos.

Ao contrário do que ocorre no direito privado, em que a palavra “poder” significa faculdade, no direito público, tendo em vista a indisponibilidade dos fins buscados, os poderes são de exercício obrigatório, eis que a utilização destes viabiliza e potencializa o alcance das metas públicas. Por isso, no direito administrativo, se falar em “poder-dever”, ou, como quer Celso Antônio Bandeira de Mello, “dever-poder”.

O poder de polícia está ligado à possibilidade legal que a Administração possui de limitar, restringir e condicionar direitos de terceiros, especialmente os ligados à propriedade e liberdade, em prol do interesse público.

A questão aqui é saber se o exercício do poder de polícia pode ser objeto de delegação à iniciativa privada.

Como ele decorre da supremacia do interesse público sobre o privado, o poder de polícia não pode ser delegado. Ocorre que, na verdade, certos atos preparatórios do poder de polícia podem ser delegados à iniciativa privada.

Na doutrina, Celso Antônio Bandeira de Mello⁴⁸ assevera que “*existe, ainda, a possibilidade de particulares serem encarregados de praticar ato material sucessivo a ato jurídico de Polícia, isto é, de cumprimento deste, quando se trata de executar materialmente ato jurídico interferente apenas com a propriedade dos administrados; nunca, porém, quando relativo à liberdade dos administrados. Toma-se, por exemplo, a possibilidade de a Administração contratar com empresa privada a demolição ou implosão de obras efetuadas irregularmente e que estejam desocupadas, se o proprietário do imóvel recalificar em providenciá-las por seus próprios meios, não obstante devidamente intimado e legitimamente submetido a isto*”.

Vale lembrar também que o poder de polícia poderá ser apresentado com base em quatro formas de atuação⁴⁹: 1. Ordem de polícia (qualquer ato normativo); 2. Consentimento de polícia (os alvarás em geral); 3. Fiscalização de polícia (atuação preventiva); e 4. Sanção de polícia (atuação repressiva).

O consentimento e a fiscalização, por se tratarem de atos de execução, poderão ser delegados a particulares, o mesmo jamais poderá ocorrer com relação à ordem e à sanção, por se tratarem de atos pautados no poder de império.

Nesse sentido tem julgado o Superior Tribunal de Justiça:

“Administrativo. Recurso especial. Multa de trânsito. Necessidade de identificação do agente. Auto de infração.

1. Nos termos do artigo 280, § 4.º, do Código de Trânsito, o agente da autoridade de trânsito competente para lavrar o auto de infração poderá ser servidor civil, estatutário ou celetista ou, ainda, policial militar designado pela autoridade de trânsito com jurisdição sobre a via no âmbito de sua competência. O aresto consignou que toda e qualquer notificação é lavrada por autoridade administrativa.

2. Certos atos materiais que precedem atos jurídicos de polícia podem ser praticados por particulares, mediante delegação, propriamente dita, ou em decorrência de um simples con-

48. Serviço público e o poder de polícia: concessão e delegação. *Revista de Direito do Estado*, Salvador, n. 7.

49. *Curso de Direito Administrativo*: Parte Introdutória, Parte Geral e Parte Especial. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 440.

trato de prestação. Em ambos os casos (isto é, com ou sem delegação), às vezes, tal figura aparecerá sob o rótulo de 'credenciamento'.

3. *É descabido exigir-se a presença do agente para lavrar o auto de infração no local e momento em que ocorreu a infração, pois o § 2.º do CTB admite como meio para comprovar a ocorrência 'aparelho eletrônico ou por equipamento audiovisual (...) previamente regulamentado pelo CONTRAN'.*

4. *Recurso especial a que se nega provimento* (REsp 880.549/DF, Rel. Min. Eliana Calmon, j. 21.10.2008).

6.9.11. Quem exerce o poder de polícia?

Em razão da expressão “poder de polícia”, se poderia imaginar que esse poder é o decorrente apenas das atividades policiais desenvolvidas, por exemplo, pela Polícia Federal, Civil etc., enfim, os chamados órgãos de segurança pública. Não é verdade!

O poder de polícia está ligado à competência que a Administração Pública possui de, em certos casos, limitar, restringir e condicionar direitos e interesses de terceiros em nome do interesse público.

Vimos também que o poder de polícia está intimamente ligado a fiscalizações que o poder público exerce sobre a iniciativa privada.

Assim, as pessoas jurídicas e os órgãos que detêm essa competência legal de exercer fiscalização são chamados de “polícia administrativa”, conceito que até pode compreender, em alguns aspectos, atribuições dos órgãos da polícia de segurança, como no caso do registro e porte de arma de fogo, a que os particulares estão sujeitos, e que hoje são de competência da Polícia Federal (arts. 2.º, III, 5.º, § 1.º, e 6.º, § 5.º, da Lei 10.826/2003).

Essa noção também é encontrada na legislação tributária, visto que o exercício do poder de polícia configura fato gerador do tributo taxa, razão pela qual o art. 78 do Código Tributário Nacional – CTN se dá ao trabalho de definir o instituto poder de polícia como “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 Poder Público, à tranqüilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos”.

Assim, enquadra-se como exercício de polícia administrativa o exercício de várias das competências de autarquias, como Anvisa, ANS, Cade, Anatel, Ibama, Detrans etc., além de órgãos públicos vinculados à fiscalização trabalhista, de produtos controlados, de defesa do consumidor (Procon's), de posturas municipais, de defesa agropecuária etc.

Já a chamada Polícia Judiciária busca reprimir as condutas tidas como criminosas, sendo representada principalmente pela Polícia Civil e pela Polícia Federal, com atividades reguladas, no pormenor, pelas leis processuais penais⁵⁰.

50. Embora tais instituições possam ter muitas outras atribuições legais, é comum, por exemplo, que se atribua à Polícia Civil, em muitos Estados, a atribuição referente à identificação e expedição de cédulas de identidade e também medicina legal, mediante vinculação dos IML's à sua estrutura. Já a Polícia Federal detém uma série de outras atribuições para além da de polícia judiciária da

A Polícia Administrativa difere-se da chamada Polícia Judiciária por vários motivos.

A polícia administrativa atua voltada à prevenção e repressão de infrações administrativas, ao passo que a polícia judiciária atua voltada à repressão de infrações penais, embora não em caráter ostensivo.

A polícia administrativa inicia e finaliza sua atuação na própria via administrativa, aplicando as penalidades quando for o caso. Já a polícia judiciária realiza atividades preparatórias, conduzindo investigações com o objetivo de colher prova de indícios mínimos de autoria e materialidade do crime que será posteriormente enviada ao Ministério Público para, se for o caso, ajuizar a devida ação penal.

6.9.12. Prescrição do poder de polícia

Como cada ente federativo irá atuar com poder de polícia restritamente dentro de suas competências constitucionais e legais, cada um tem autonomia para decidir o prazo dentro do qual as sanções decorrentes desse poder podem ser validamente aplicadas.

O que se quer dizer aqui é que as sanções decorrentes do poder de polícia, em virtude da segurança jurídica, têm um prazo máximo para que sejam impostas.

Portanto, não prescreve o poder de polícia, propriamente dito, uma vez que sempre poderá ser exercido pela Administração Pública, já que imanente à sua condição de protetora do interesse coletivo. Mas prescrevem as imposições ou sanções decorrentes da atuação repressiva do poder de polícia, ou seja, aquelas decorrentes da verificação de infrações à dimensão de ordenamento da atividade particular, uma vez que não pode o particular estar eternamente sujeito à imposição de sanção por fato praticado há muito tempo.

Na esfera federal, ressalvada qualquer outra disposição especial, vigora o disposto na Lei 9.873/1999, que estabelece o prazo prescricional de cinco anos da ação punitiva da Administração Pública, direta ou indireta, no exercício do poder de polícia, objetivando apurar infração à legislação em vigor (art. 1.º).

Evidentemente, se a infração for continuada, o prazo só começa a contar da cessação da continuidade.

No caso de o fato também constituir crime, a prescrição é regida pela legislação penal (art. 1.º, § 2.º), repetindo-se, também aqui, uma tradicional regra de remissão das legislações sancionatórias administrativas, que para nós traz mais confusão do que solução.

A Lei prevê também casos de suspensão e interrupção do prazo prescricional (arts. 2.º e 3.º).

A Lei também criou regra interessante de prescrição intercorrente, prevendo a possibilidade de que o prazo flua, mesmo que haja processo administrativo em curso, se o processo estiver paralisado há mais de três anos, pendente de despacho ou julgamento (art. 1.º, § 1.º). Essa regra é revolucionária no direito administrativo brasileiro, pois cria mecanismo de impedimento a uma conduta comum, em várias repartições públicas, de

União, como expedição de passaporte e controle de imigração. A esta última também se incumbiu o papel de polícia ostensiva de segurança marítima, aeroportuária e de fronteiras (art. 144, § 1.º, III, da CF/1988).

se fazer dormir, por anos a fio, processos administrativos de interesse dos administrados sem qualquer solução.

A declaração de prescrição intercorrente, pela inação do poder público, deverá ser seguida da responsabilização do servidor que dolosa ou culposamente deixou de agir. Em adendo, quanto a esta disposição, entendemos que meras movimentações cartoriais, sem qualquer objetividade ou que não contribuam diretamente para a decisão do caso, não devem ser consideradas como causas interruptivas da prescrição.

Como havia muita controvérsia sobre a aplicação ou não da prescrição da pretensão executória de multas impostas no exercício do poder de polícia, a Lei 11.941/2009 acrescentou o art. 1.º-A à Lei 9.873/1999, para explicitar que o prazo de cinco anos para a imposição da penalidade é distinto do prazo de cinco anos para a cobrança desta, quando já constituída aquela, aproximando-se, portanto, das já tradicionais e conhecidas noções e regras do CTN sobre a matéria. Assim, o primeiro prazo seria, na verdade, decadencial, e apenas o segundo, referente à pretensão executória, seria, propriamente, prescricional.

Anteriormente a essa legislação, a doutrina e a jurisprudência, a fim de não se dar guarida à tese da imprescritibilidade, entendiam correto aplicar analogicamente as disposições do Decreto 20.910/1932, afastando-se, ademais, as regras gerais de prescritibilidade da legislação civil, uma vez que, do contrário, criar-se-ia uma situação anti-isonômica entre a Administração e o administrado⁵¹.

Por coerência, se, no âmbito estadual ou municipal, não houver regra específica ou mesmo uma norma geral de prescrição administrativa, como a Lei 9.873/1999, entendemos que deve continuar tendo aplicação aquele entendimento que, ao fim e ao cabo, também consagra o prazo prescricional quinquenal. Recentemente, o STJ confirmou a não incidência das disposições da Lei 9.783/99 no âmbito dos Estados, não podendo ser declarada, por exemplo, a prescrição intercorrente pela paralisação do processo por mais de três anos, por falta de uma regra geral aplicável a todos os entes da Federação (2ª Turma, AgRg no REsp. 1.566.304/PR, rel. Min. Herman Benjamin, j. 10/03/2016).

Em resumo gráfico, temos:

51. O tema restou pacificado pelo STJ quando do julgamento do REsp 1.105.442/RJ, 1ª Seção, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, j. 09.12.2009.

