TUTELA ADMINISTRATIVA E RELAÇÕES DE CONSUMO *

ALVARO LAZZARINI **

1. Introdução 2. Atuação do Estado no domínio econômico 3. Poder de Polícia e seus modos de atuação 4. Poder de Polícia e relações de consumo 5. Procedimento administrativo de polícia e relações de consumo 6. Sanções de polícia na defesa do consumidor 7. Conclusões

1. *Introdução*

O tema proposto para esta exposição diz respeito à tutela administrativa nas relações de consumo, o que, em princípio, não exige o controle prévio do Poder Judiciário dada a auto-executoriedade do ato de polícia administrativa, em que se consubstancia o previsto, em especial, nos artigos 55 a 60, que integram o Capítulo VII do Título I do Codigo de Defesa do Consumidor, ou seja, da Lei nº 8.078, de 11 de outubro de 1990, com vigência no Brasil desde 11 de março de 1991.

A filosofia do Código do Consumidor é a da inarredável proteção e defesa do consumidor, com normas declaradamente de ordem pública e de interesse social, e assim cogentes, tudo em atendimento ao comando maior imposto pelo artigo 5º, inciso XXXII, combinado com o artigo 170, inciso V, da Constituição de 1988, bem como com o artigo 48 de suas Disposições Transitórias, como previsto no artigo 1º do Código.

Em outras palavras, o Estado deve promover, na forma do Código do Consumidor, a defesa deste, o consumidor, porque, a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social.

Na defesa do consumidor, importante se apresenta o papel do Ministério Público, porque deve instituir Promotorias de Justiça de Defesa de Consumidor para a

* Exposição, em 11 de dezembro de 1992, no Curso "Direitos do Consumidor e as Promotorias de Justiça do Consumidor", organizado pela Fundação Escola Paulista do Ministério Público e Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça do Consumidor — CENACON.

** Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo e Professor de Direito Administrativo na Escola Paulista da Magistratura e na Academia de Polícia Militar do Barro Branco.

execução da Política Nacional das Relações de Consumo, como instrumento do Poder Público previsto no artigo 5º, inciso II, do Código de Defesa do Consumidor, "quer no *plano individual*, tentanto conciliar interesses, quer sobretudo no *coletivo*, mediante a instauração de utilíssimo instrumento criado pela Lei nº 7.347/84 — o inquérito civil — e a propositura de ações — civis públicas com base no mesmo diploma legal ora citado". [1]

O Ministério Público, aliás, tem por função institucional o de zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados na Constituição de 1988, promovendo as medidas necessárias à sua garantia, a teor do comando constitucional previsto no artigo 129, inciso II, da aludida Constituição da República, pelo que, inclusive pela hipótese do inciso III do referido artigo 129, "correspondem-se os objetivos do Código do Consumidor com estas atribuições constitucionais do Ministério Público".[2]

Bem por isso o Ministério Público, pelas suas Promotorias de Justiça de Defesa do Consumidor, está legitimado a promover a defesa do consumidor não só no âmbito penal (artigo 129, inciso I, da Constituição de 1988) e no civil (artigo 129, III, da mesma Carta, combinado com o artigo 92 do Código de Defesa do Consumidor), como também no âmbido administrativo, porque deve promover as medidas necessárias à garantia dos direitos assegurados na Constituição, entre os quais, como focalizado, está o da defesa do consumidor (artogo 5º, inciso XXXII).

2. *Atuação do Estado no domínio econômico*

O artigo 163 da revogada Constituição Federal de 1969, facultava à União a *intervenção do domínio econômico*, mediante lei federal, quando indispensável por motivo de segurança nacional ou para organizar setor que não possa ser desenvolvido com eficácia no regime de competição e de liberdade de iniciativa, assegurando, porém, os direitos e garantias individuais.

A atual Constituição da República diversamente cuida do *domínio econômico*, pois, no seu artigo 173, não mais prevê *intervenção* e sim *atuação no domínio econômico*, limitando-a quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei, que, também, reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário de lucros (artigo 173, § 4º), devendo a lei, ainda, sem prejuízo da responsabilidade individual dos dirigentes da pessoa jurídica, estabelecer a responsabilidade desta, sujeitando-a às punições compatíveis com sua natureza, nos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular (artigo 173, § 5º).

[1] FILOMENO, José Geraldo Brito, *et alii. Código Brasileiro de Defesa do Consumidor;* Forense Universitária, Rio de Janeiro, 1ª ed., 1991, p. 53.
[2] ARRUDA ALVIM, José Manoel de, *et alii. Código do Consumidor Comentado;* Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1ª ed., 1991, p. 25.

Em outras palavras, como vinha lembrando Hely Lopes Meirelles,[3] a Constituição de 1988 restringiu a possibilidade de interferência do Estado na ordem econômica, mas, "mantendo a orientação da Constituição anterior, a atual assegurou à iniciativa privada a preferência para exploração da atividade econômica, atribuindo ao Estado somente as funções de 'fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado' (art. 174)".

É esse mesmo publicista que, também, ensina que "Atuar é interferir na iniciativa privada. Por isso mesmo, a atuação estadual só se justifica como exceção à liberdade individual, nos casos expressamente permitidos pela Constituição e na forma que a lei estabelecer",[4] sendo que: "O modo de atuação pode variar segundo o objeto, o motivo e o interesse público a amparar",[5] tudo com medidas interventivas previstas em lei e executadas pela União ou por seus delegados legalmente autorizados.

A propósito, ainda no dizer autorizado de Hely Lopes Meirelles: [6] "Aos Estados e Municípios só cabem as medidas de *polícia administrativa,* de condicionamento do uso da propriedade ao bem-estar social e de *ordenamento das atividades econômicas,* nos limites das normas federais", razão de bem presente estar o *Poder de Polícia* que é inerente a todas as entidades estatais, para a regulamentação das atividades que se realizam em seus territórios e sob sua fiscalização.

3. *Poder de Polícia e seus modos de atuação*

Estando, pois, bem presente o *Poder de Polícia,* através da denominada *polícia administrativa,* no ordenamento das atividades econômicas, mister se torna tratar desse poder instrumental da Administração Pública, quando se cuida, justamente, da tutela administrativa e relações de consumo.

O *Poder de Polícia,* que legitima a ação da polícia e a sua própria razão de ser, tenho entendido, é a capacidade derivada do Direito, de que dispõe a Administração Pública, *como poder público,* para controlar os direitos e liberdades das pessoas, naturais ou jurídicas, inspirando-se nos ideais do bem comum.[7]

Polícia, portanto, sendo uma idéia indissociável da do Estado,[8] só pode ser exercida por órgão da Administração Pública, enquanto Poder Público e não através de órgãos paraestatais, como empresas públicas, sociedades de economia mista e outras entidades que explorem atividade econômica, sujeitando-se ao regime próprio das empresas privadas, inclusive quanto às obrigações trabalhistas e tributárias, nos termos do artigo 173, § 1º, da Constituição de 1988.

[3] MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro;* Malheiros Editores, São Paulo, 1992, 17ª ed., atualizada por ANDRADE AZEVEDO, Eurico de, *et alii,* p. 545.
[4] MEIRELLES, Hely Lopes. Obra e ed. cits., p. 546.
[5] MEIRELLES, Hely Lopes. Obra e ed. cits., p. 546.
[6] MEIRELLES, Hely Lopes. Obra e ed. cits., p. 504.
[7] LAZZARINI, Alvaro, *et alii. Direito Administrativo da Ordem Pública;* 2ª ed., 1987, Forense, Rio de Janeiro, p. 27.
[8] CRETELLA JÚNIOR, José. *Conceituação do Poder de Polícia;* Revista do Advogado, Associação dos Advogados de São Paulo, nº 17, abril de 1985, p. 53.

O *Poder de Polícia* que, como focalizado, está a legitimar o ordenamento das atividades econômicas, é um *poder indelegável,* sendo exclusivo da Administração Pública, como Poder Público. Temos, assim, a premissa que não pode ser descartada em relação à pretendida tutela administrativa nas relações de consumo: O *Poder de Polícia* só pode ser exercido pela Administração Pública, enquanto *Poder Público.*

O eminente Professor José Cretella Júnior [9] explica, com maior alcance, que "O primeiro elemento, *de obrigatória presença na definição de polícia,* é o da *fonte de que provém,* o *Estado,* ficando, pois, de lado qualquer *proteção de natureza particular.* Isso porque o *exercício do poder de polícia é indelegável,* sob pena de falência virtual do Estado."

A atuação do *Poder de Polícia* será sempre de ordem administrativa, seja qual for o órgão público que o exerça, isto é, os de qualquer dos Poderes Estatais. É, pois, um pleonasmo dizer-se *polícia administrativa,* porque, mesmo a denominada *polícia judiciária* é exercida por órgão administrativo, que auxilia a Justiça Criminal na repressão criminal.[10]

Maria Sylvia Zanella di Pietro, no entanto, deixa bem certo que "A principal diferença que se costuma apontar entre as duas está no caráter *preventivo* da polícia administrativa e no *repressivo* da polícia judiciária. A primeira terá por objetivo impedir as ações anti-sociais e, a segunda, punir os infratores da lei penal", regendo-se a primeira pelo direito administrativo, incidindo sobre bens, direitos ou atividades, enquanto que a segunda, a polícia judiciária, rege-se pelo direito processual penal, incidindo sobre pessoas.[11]

Lembra, também, que a linha de diferenciação mais precisa — no que me honra com citação — está na ocorrência ou não de ilícito penal, certo que, quando atua na área do ilícito puramente administrativo (preventiva ou repressivamente), a polícia é administrativa, certo que, quando o ilícito é penal, é a polícia judiciária que age.[12]

A ilustre publicista, após esclarecer que a polícia judiciária é privativa de corporações especializadas (polícia civil e militar), ressalta que "a polícia administrativa se reparte entre diversos *órgãos de fiscalização* aos quais a lei atribua esse mister, como os que atuam nas áreas de saúde, educação, trabalho, previdência e assistência social".[13]

Cuidando-se da polícia administrativa, aliás, já o disse anteriormente, "A *competência,* via de regra, é da entidade estatal — União, Estado-Membro e Município — que dispõe do poder de regular a matéria. E, dentro da entidade — estatal, naturalmente, dependerá do que a lei estabelecer como sendo da atribuição do *órgão público* seu".[14]

Como a *polícia administrativa* reparte-se entre diversos *órgãos de fiscalização*

[9] CRETELLA JÚNIOR, José. *Comentários à Constituição de 1988.* v. II, 1ª ed., 1989, Forense Universitária, Rio de Janeiro, p. 733.

[10] FOLCIERI, Carlo Consonni. *Nuovissimo Digesto Italiano.* v. XIII, verbete *Polícia Judiciária,* tradução do Desembargador Geraldo Arruda, *Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo,* Lex Editora, São Paulo, v. 89, p. 34-37.

[11] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo;* Editora Atlas, São Paulo, 1ª ed., 1990, p. 89.

[12] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Obra e ed. cits., p. 90.

[13] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Obra e ed. cits., p. 90.

[14] LAZZARINI, Alvaro. *Do Poder de Polícia;* Julgados dos Tribunais de Alçada Civil de São Paulo, Lex Editora, v. 63, p. 20.

e a *competência* deles é dependente do que a lei dispuser, cumpre observar, com Caio Tácito, que "A primeira condição de legalidade é a competência do agente. Não há, em direito administrativo, competência geral ou universal: a lei preceitua, em relação a cada função pública, a forma e o momento do exercício das atribuições do cargo. *Não é competente quem quer, mas quem pode, segundo a norma de direito.* A competência é, sempre, um elemento *vinculado,* objetivamente fixado pelo legislador".[15]

O ato do órgão público fiscalizador, assim competente para o exercício do *Poder de Polícia,* na atividade de *polícia administrativa,* tem *atributos* próprios, isto é, tem os *atributos* do *discricionarismo,* da *auto-executoriedade* e o da *coercibilidade.*

A *discricionariedade* é o uso da liberdade legal de valoração das atividades policiadas, sendo que esse atributo diz, também, respeito à gradação das *sanções administrativas* aplicáveis aos infratores. Lembro, porém, que o *discricionarismo* de que falo não se confunde com *arbítrio,* com *arbitrariedade.* O Poder de Polícia há de ser exercido dentro dos *limites impostos pela lei, pela realidade e pela razoabilidade,* sob pena de resvalar para a *arbitrariedade* a autoridade que não observe a tais limites, com as conseqüências jurídicas decorrentes do seu abuso de poder, por excesso ou desvio de poder.

A *auto-executoriedade* do ato de polícia administrativa importa em ele produzir todos os seus efeitos de imediato, isto é, ser colocado em execução desde logo, independente de prévia autorização do Poder Judiciário, que só será chamado a intervir *a posteriori,* se o administrado entender que foi prejudicado. Lembro, novamente, que o Poder de Polícia objetiva conter os excessos, a atividade anti-social, razão de não ser possível condicionar os atos de polícia à prévia aprovação de qualquer outro órgão, que não o competente, ou Poder estranho à Administração Pública.

Quanto à *coercibilidade,* lembro que todo ato de polícia é *imperativo,* isto é, obrigatório ao seu destinatário, que, se resistir, ensejará, até mesmo, o emprego de força pública para o seu cumprimento. O ato de polícia administrativa, bem por isso, não é facultativo para o administrado, de vez que todo ato de polícia tem *coercibilidade estatal* para torná-lo efetivo. E, como visto, essa *coerção,* dado o atributo da *auto-executoriedade,* independe de autorização do Poder Judiciário, porque é a própria Administração Pública que decide e toma as providências cabíveis para a realização do que decidiu, removendo os eventuais obstáculos que o administrado oponha, inclusive, para isso, aplicando as medidas punitivas que a lei de regência, expressamente, indique.

De todo esse contexto, posso, portanto, dizer, com Diogo de Figueiredo Moreira Neto,[16] um dos grandes publicistas brasileiros e estudioso da temática da *ordem pública,* que "O Poder de Polícia atua de quatro modos: pela *ordem de polícia,* pelo *consentimento de polícia,* pela *fiscalização de polícia* e pela *sanção de polícia",* esclarecendo, em seguida, que "A limitação é o instrumento básico do Poder de Polícia e aqui se apresenta como *ordem de polícia,* que vem a ser um *preceito* para que *se*

[15] TÁCITO, Caio. *O Abuso de Poder Administrativo no Brasil — Conceito e Remédios;* edição do Departamento Administrativo do Serviço Público e Instituto Brasileiro de Ciências Administrativas, Rio de Janeiro, 1959, p. 27.

[16] MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo;* Forense, Rio de Janeiro, 8ª ed., 1989, p. 340 a 343.

não faça aquilo que pode prejudicar o interesse coletivo ou para que *não se deixe de fazer* alguma coisa que poderá evitar ulterior prejuízo público".

Quanto ao *consentimento de polícia,* o publicista em exame, em lição que adoto, diz ser "o ato administrativo de *anuência* para que alguém possa utilizar a propriedade particular ou exercer atividade privada, naqueles casos em que se entenda que deva ser feito um *controle prévio* da compatibilização do uso do bem ou do exercício da atividade com o interesse coletivo".

No que se refere à *fiscalização de polícia,* ainda no dizer didático de Diogo de Figueiredo Moreira Neto na lição que estou seguindo, "Ela se fará tanto para a verificação do cumprimento das *ordens de polícia* quanto para observar se não estão ocorrendo abusos nas utilizações de bens e nas atividades privadas que receberam consentimento de polícia. Sua utilidade é dupla: primeiramente, realiza a *prevenção* das infrações pela *observação* do comportamento dos administrados, relativamente às ordens e aos consentimentos de polícia; em segundo lugar, prepara a *repressão* das infrações pela constatação formal dos atos infringentes. A *fiscalização* pode ser deflagrada *ex-officio* ou provocada por quem tenha interesse no cumprimento da ordem ou em manter, prorrogar ou remover certo consentimento de polícia."

Para finalizar, é ainda Diogo de Figueiredo Moreira Neto que lembra: "Finalmente, falhando todo o mecanismo de fiscalização, e verificada a ocorrência de violação das ordens de polícia, surge a fase de aplicação da *sanção de polícia"* que, "em suma, é unilateral, externa e interventiva, visando a assegurar, pela sua aplicação, a repressão da infração e a restabelecer o atendimento do interesse público, compelindo o infrator à prática de ato corretivo, ou dissuadindo-o de persistir no cometimento do ilícito administrativo; é, assim, suasiva e compulsiva."

No tocante à *sanção de polícia,* aliás, alinho-me com o grande publicista alemão, Otto Mayer, separando a *pena de polícia* do *constrangimento de polícia,* que se caracteriza no obrigar outrem a fazer ou deixar de fazer o que era de seu desejo, subordinando-o compulsoriamente, de maneira pessoal, imediata e direta, ao interesse público. Por sua vez, a *pena de polícia,* limitada à esfera administrativa, tem sentido de castigo, ainda que por imposição pecuniária, revelando-se como intervenção punitiva do Estado sobre as atividades e as propriedades particulares dos administrados, aplicada unilateralmente e imperativamente, quer na área *externa* da Administração, aos administrados em geral, quer na área *interna,* incidindo sobre os próprios servidores públicos.[17]

4. *Poder de Polícia e relações de consumo*

Cuidando da defesa do consumidor no âmbito de atuação administrativa, José Geraldo Brito Filomeno[18] sustenta que "as *entidades de proteção ao consumidor não*

[17] LAZZARINI, Alvaro. *O Esforço Legal no Contexto do Trânsito.* Exposição em 23.09.1992, no III CICLO NACIONAL DE TRÂNSITO URBANO, organizado pelo Comando de Policiamento de Trânsito da Polícia Militar do Estado de São Paulo; trabalho ainda não publicado.

[18] FILOMENO, José Geraldo Brito. *Manual de Direitos do Consumidor;* Editora Atlas, São Paulo, 1991, p. 69 a 72.

são órgãos policiais ou de fiscalização, sendo antes verdadeiras caixas de ressonância dos reclamos dos consumidores individual, coletiva ou difusamente considerados" (grifos do autor), certo que "no aspecto *puramente administrativo,* a atividade dos órgãos ou entidades de proteção ou defesa do consumidor deve ser encarada sob três aspectos fundamentais: 1. *de orientação aos consumidores...* 2. *de encaminhamento...* 3. *de estudos e pesquisas ...*", para, logo em seguida, acrescentar outro aspecto, ou melhor, outra atividade que é a de *fiscalização.*

É então que ele esclarece que, "embora entendamos que a rigor as entidades específicas de proteção ou defesa do consumidor devem ter precipuamente aquelas outras atribuições de irradiação de conhecimento especializado, orientação, educação, encaminhamento de representações para que outros órgãos fiscalizem e adotem outras medidas dentro do âmbito de suas atribuições legais, o que se tem observado sobretudo a partir dos chamados 'planos de estabilização econômica', é que cada vez mais têm sido solicitados outros órgãos como de prefeituras municipais e Estados da federação, e particularmente os de proteção e defesa do consumidor no sentido de que elaborem convênios com a SUNAB, por exemplo, e passem a impor medidas punitivas no âmbito administrativo".

E, para o que me interessa neste estudo, linhas seguintes, José Geraldo Brito Filomeno acrescenta que "o verdadeiro cipoal de *normas* e também *órgãos* envolvendo *direta* ou *indiretamente* aspectos da defesa ou proteção do consumidor torna difícil uma sistematização de como e em que sentido são aquelas aplicadas — ou em muitos casos deveriam sê-lo — e sobretudo como atuam os referidos órgãos. Tanto assim que o código de defesa do consumidor, embora tenha conglobado no Capítulo VII, de seu Título I, as *sanções administrativas,* fê-lo de modo geral, mesmo porque não passou despercebido de seus redatores a vasta rede de órgãos incumbidos de *'tutela administrativa do consumidor'* quer no plano da União, quer dos Estados, Distrito Federal e Municípios, mormente se tendo em vista a *competência concorrente* em matéria de produção e consumo. De qualquer, modo, entretanto, finaliza Filomeno, poder-se-ia dizer que a *defesa* ou *proteção* do consumidor — parece-nos indiferente tanto um termo como outro, embora reconheçamos que o termo *'proteção'* sugira mais caráter preventivo — no que concerne ao *âmbito administrativo,* dá-se quando um determinado *órgão da administração pública* desenvolve certa atividade com vistas a amparar um interesse do consumidor e, claro, sob o amparo de uma norma que a embase sobremodo nas atribuições ligadas à *polícia administrativa,* atividade tal encarada no seu mais amplo sentido".

Entendo, com a devida vênia, que há órgãos integrantes do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor — SNDC previsto no artigo 105, combinado com o artigo 5º, ambos do Código de Defesa do Consumidor, que, efetivamente, são *órgãos policiais ou de fiscalização,* pois, ligados à Administração Pública, exercem Poder de Polícia na *Tutela Administrativa nas Relações de Consumo.*

A referida *tutela administrativa,* por exemplo, vejo presente na previsão do artigo 5º, inciso III, do Código de Defesa do Consumidor, ou seja, a de criação de delegacias de polícia especializadas no atendimento de consumidores vítimas de infrações penais de consumo. Diriam, no entanto, que essa previsão não diz respeito à *"tutela administrativa"* e sim à *"tutela penal".* Não podemos, porém, esquecer o que anteriormente foi focalizado, isto é, não existe polícia que não seja manifestação

administrativa, mesmo que voltada à apuração de infrações penais. E delegacia de polícia, mesmo que especializada, é órgão público administrativo.

Embora não prevista, expressamente, no citado artigo 5º do Código, não posso, como não podemos, descartar, também, a Polícia Militar, que exerce, na *preservação da ordem pública,* a polícia ostensiva, que é preventiva, vale dizer polícia administrativa. Ela, também, é órgão da Administração Pública e cuja presença, igualmente, é fator de dissuasão da prática não só de infrações penais, como também, bem orientada que seja, de ilícitos administrativos, podendo, pois, contribuir em muito, órgão administrativo que é, na *tutela administrativa nas relações de consumo.*

Não são órgãos policiais e de fiscalização, de fato, os órgãos de *assistência jurídica,* do *Ministério Público* e do *Poder Judiciário,* previstos no aludido artigo 5º, incisos I, II e IV, do Código de Defesa do Consumidor, menos ainda, por não serem órgãos públicos e, pois, não poderem exercer Poder de Polícia, as Associações de Defesa do Consumidor, previstas no mesmo artigo 5º, inciso V, como também no artigo 105 do mesmo Código como sendo *entidades privadas de defesa do consumidor.*

Todos os demais órgãos públicos da Administração direta ou autárquica, federais, estaduais, do Distrito Federal e dos Municípios, que integrem o Sistema Nacional de Defesa do Consumidor — SNDC, embora não sejam órgãos policiais como as referidas Polícias, Civil e Militar, na esfera de suas competências, que são vinculantes como já focalizado, têm o necessário *Poder de Polícia,* tem capacidade de *fiscalização,* em menor ou maior grau, pois, a *Política Nacional de Relações de Consumo,* também, lhes exige o princípio da coibição e repressão eficientes de todos os abusos praticados no mercado de consumo, inclusive a concorrência desleal e utilização indevida de inventos e criação industriais das marcas e nomes comerciais e signos distintivos, que possam causar prejuízos aos consumidores (artigo 4º, inciso VI, do Código de Defesa de Consumidor).

A denominada *ordem de polícia,* por exemplo, vejo presente na regra de competência administrativa prevista no artigo 55, *caput,* do Código de Defesa do Consumidor, ao prever que "A União, os Estados e o Distrito Federal, em caráter concorrente e nas suas respectivas áreas de atuação administrativa, baixarão *normas* relativas à produção, industrialização, distribuição e consumo de produtos e serviços."

Dependendo de tais normas é que se torna possível saber qual o órgão administrativo capacitado a expedir o denominado *consentimento de polícia,* naqueles casos em que deva haver um *controle prévio* da compatibilização do uso do bem ou do exercício da atividade com o interesse coletivo.

E, como regra, a esse órgão administrativo, se o contrário não dispuser a norma de regência, caberá a denominada *fiscalização,* que nada mais é do que o *policiamento administrativo,* ou seja, a verificação do cumprimento das *ordens de polícia* ou, então, a observação se não estão ocorrendo abusos nas utilizações de bens e nas atividades privadas, o que equivale dizer que, mesmo nas relações de consumo, tais órgãos administrativos exercem dupla atividade, pois, realizam a *prevenção* das infrações em geral, pela *observação* do comportamento dos envolvidos em relações de consumo, em especial do *fornecedor,* preparando, se caso, a *repressão* das infrações, de ofício ou por provocação do consumidor ou outros interessados, *repressão* essa no campo administrativo, além, é óbvio, do civil e do penal.

Lembro, a propósito, que o Código de Defesa do Consumidor, no seu artigo 55,

§ 1º, exige que "A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios *fiscalizarão* e *controlarão* a produção, industrialização, distribuição, a publicidade de produtos e serviços e o mercado de consumo, no interesse da preservação da vida, da saúde, da segurança, da informação e do bem-estar do consumidor, baixando *normas* que se fizerem necessárias". A *fiscalização de polícia* dos órgãos dessas entidades estatais tem previsão no Código de Defesa do Consumidor.

Falhando todo o mecanismo de *fiscalização,* e verificada a ocorrência de violação das *ordens de polícia,* como diz Diogo de Figueiredo Moreira Neto em lição retro-transcrita, surge a fase de aplicação da *sanção de polícia,* que será oportunamente examinada.

Entendo, portanto, certo que todo órgão administrativo envolvido no Sistema Nacional de Defesa do Consumidor — SNDC deve ter reconhecido o correspondente Poder de Polícia, exercendo típicas atividades da denominada *polícia administrativa,* embora não possam ser considerados *órgãos policiais,* estes elencados taxativamente no artigo 144 da Constituição de 1988.

Relembro aquilo que Maria Sylvia Zanella di Pietro bem sintetizou da doutrina e da jurisprudência e já foi transcrito anteriormente: "a polícia administrativa se reparte entre diversos órgãos da Administração, incluindo, além da própria polícia militar, os vários órgãos de fiscalização aos quais a lei atribua esse mister".

Pode-se, assim, afirmar que essa competência de tais órgãos administrativos "terá sempre presente a União, de um lado, e, de outro, os Estados e o Distrito Federal. O Município, conquanto possa exercer *atividade fiscalizadora* e *controladora* do mercado de consumo (parágrafo terceiro, do artigo 55), carece de competência legislativa para assunto diretamente referente a consumo, sequer concorrente. Dependerá, o enfoque correto e concreto de qualquer problema, da consideração de legislação que venha a ser editada, ou que já o tenha sido, para a qual servirá o Código do Consumidor como elemento catalisador ou aglutinador".[19]

O *Poder de Polícia,* destarte, está bem presente nas relações de consumo, pois, conforme Zelmo Denari,[20] "Ninguém ignora que, tanto na esfera federal como na estadual e municipal, inúmeros textos normativos — em grande parte expressivos do poder de polícia — regulam toda sorte de atividade do poder público, concernentes à saúde, à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à tranqüilidade pública, ao urbanismo, à edificação e parcelamento do solo urbano, à fiscalização de gêneros alimentícios, *inclusive à disciplina da produção e do mercado de consumo.* Esse microssistema normativo é que introduz no ordenamento jurídico pátrio os 'deveres administrativos', vale dizer, os *deveres dos administrados* para com as entidades públicas federais, estaduais e municipais, os quais violados, ensejam a aplicação das correspondentes sanções administrativas."

5. *Procedimento administrativo de polícia e relações de consumo*

A aplicação das sanções administrativas, porém, deve observar procedimento administrativo, que digo ser um *procedimento administrativo de polícia* ou, simples-

[19] ARRUDA ALVIM, José Manoel de, *et alii.* Obra e ed. cits., p. 126.

[20] DENARI, Zelmo, *et alii. Código Brasileiro de Defesa do Consumidor;* Forense Universitária, Rio de Janeiro, 1ª ed., 1991, p. 389-390

mente, *procedimento de polícia,* onde presente estará a *jurisdicionalização* hoje exigida, de modo insofismável, pelo artigo 5º, inciso LV, da Constituição de 1988, ou seja, aos litigantes em processo administrativo e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes, como também pelo artigo 4º da Constituição Paulista de 1989, mais detalhista, ao exigir que "Nos procedimentos administrativos, qualquer que seja o objeto, observar-se-ão, entre outros requisitos de validade, a igualdade entre os administrados e o devido processo legal, especialmente quanto à exigência da publicidade, do contraditório, da ampla defesa e do despacho ou decisão motivados."

Não há pois como fugir da amplitude da defesa, isto é, do *direito de defesa* que é o cerne de todo procedimento administrativo.

Tal exigência não passou despercebida do legislador de relações de consumo que, ao cuidar da *tutela administrativa nas relações de consumo,* foi categórico em exigir a instauração de *procedimento administrativo, assegurada a ampla defesa,* pelo menos nos artigos 58 e 59 do Código de Defesa do Consumidor.

Lembro que procedimento administrativo é a sucessão ordenada de operações que propiciam a formação de um ato final objetivado pela Administração. É o *iter* legal a ser percorrido pelos agentes públicos para a obtenção dos efeitos regulares de um ato administrativo principal, na lição consagrada de Hely Lopes Meirelles.[21] E quanto ao *direito defesa,* não é demais dizer, ele se consubstancia na faculdade de o acusado ter vista, ter conhecimento da acusação, podendo rebatê-la, produzindo prova pertinente. Em outras palavras, o fornecedor acusado de infração administrativa tem o *direito público subjetivo* de, diante da acusação, apresentar, no prazo que a lei dispuser e em querendo, defesa ampla, na qual poderá valer-se dos meios e provas pertinentes, isto é, que sejam aptas a demonstrar aquilo que venha a alegar em prol de seus direitos e interesses, inclusive, com os meios e recursos a ela inerentes.

O procedimento administrativo, nas relações de consumo de que trato, possibilita à autoridade administrativa competente, nos termos do parágrafo único do artigo 56 do Código de Defesa de Consumidor, a concessão de medida cautelar antecedente ou incidente, "desde que entenda seja hipótese de ser desencadeada ou utilizada medida cautelar, dentro do âmbito do procedimento administrativo. Não se refere o Código do Consumidor, neste passo, a processo judicial, o que, todavia, não inibe seja este o utilizado, inclusive com medidas cautelares, a esse relacionadas. A referência a 'procedimento administrativo' indica, apenas, que tais sanções poderão estar instrumentadas de executoriedade, a qual seja antecedida da respectiva medida cautelar".[22]

A *medida cautelar administrativa* de que trato, em verdade, está dotada de forte carga de *discricionarismo,* porque implica em um juízo de valor, diante de circunstâncias de momento, em que deve ser avaliada a conveniência e oportunidade de medida, medida essa que, pelo óbvio, não deverá ultrapassar os limites da sanção definitiva que a hipótese comportar.

No ponto que trato, das *medidas cautelares administrativas,* analogicamente, pode ser considerada toda a doutrina processual civil a respeito. Lembro que a *analogia* tem seu uso permitido no Direito Administrativo.

[21] MEIRELLES, Hely Lopes. Obra e ed. cits., p. 139.
[22] ARRUDA ALVIM, José Manoel de, *et alii.* Obra e ed. cits., p. 128.

A *cautelar administrativa* que, no procedimento administrativo, seja concedida, ato de polícia que é, tem o atributo da *auto-executoriedade,* isto é, independe de autorização do Poder Judiciário. Ela produz os seus efeitos de imediato. Entendo que em hipótese alguma, com a devida vênia de entendimentos em contrário como o acima transcrito, o órgão administrativo, competente para a *medida cautelar* de que trato, deverá socorrer-se do Poder Judiciário para impô-la coativamente. Os Poderes da República são independentes e harmônicos entre si (artigo 2º da Constituição de 1988), de modo que não pode haver delegação de atividade de um para outro Poder, cabendo, isto sim, ao Poder Judiciário o controle *a posteriori* da *medida cautelar administrativa,* como de qualquer outro ato administrativo de polícia. Lembro, a propósito, que ato administrativo tem *presunção de legitimidade,* cabendo ao seu destinatário demonstrar cabalmente a sua ilegitimidade e não à Administração Pública comprovar a legitimidade de seu ato. Bem por isso não se pode presumir que do ato administrativo ocorrerá "lesão ou ameça a direito" a exigir a intervenção do Poder Judiciário a teor do artigo 5º, XXXV, da Constituição de 1988. Será, então, sempre aquele que entenda que sofreu ou sofre "lesão ou ameaça a direito" que deverá demandar a Administração Pública em juízo, provando cabalmente a alegação em relação ao seu *direito público subjetivo.*

6. *Sanções de polícia na defesa do consumidor*

Nas *relações de consumo,* a *tutela administrativa,* que só pode ser patrocinada pelos órgãos públicos dos diferentes entes estatais já enumerados, ficaria *inane* se não houvesse a previsão legal de *sanções administrativas* e serem impostas em regular *procedimento administrativo,* como retro-exposto.

A *sanção de polícia* deve ser imposta quando falhar todo o mecanismo de fiscalização e verificada a ocorrência de violação das ordens de polícia administrativa de defesa do consumidor.

Sanção de polícia do consumidor, como qualquer outra de natureza administrativa, deve ter prévia previsão legal, aplicando-se, aqui, o princípio da reserva legal do direito penal, hoje com dignidade constitucional (artigo 5º, inciso XXXIX, da Constituição de 1988), de que não haverá pena sem prévia cominação legal.

Bem por isso o Código de Defesa do Consumidor, em seu artigo 56, cuidou de cominar as sanções aplicáveis, em doze de seus incisos, como multa, apreensão do produto, cassação do registro junto ao órgão competente, proibição de fabricação do produto, suspensão temporária de atividade, revogação de concessão ou permissão de uso, cassação de licença do estabelecimento ou de atividade, interdição, total ou parcial, de estabelecimento, de obra ou de atividade, intervenção administrativa e, finalmente, imposição de contrapropaganda.

A previsão, no entanto, não é taxativa, pois, o *caput* do mesmo artigo 56 prevê que, conforme o caso, além dessas *sanções administrativas,* que podem ser aplicadas *cumulativamente* (parágrafo único do artigo 56), outras, de natureza administrativa, definidas em normas específicas, igualmente poderão ser aplicadas.

A aplicação cumulativa de sanções previstas no Código de Defesa do Consumi-

dor, artigo 56, assim, é legítima, como também é legítima a apenação nas esferas civil e criminal, dada a autonomia que o Direito reconhece para elas.

Entendo, porém, que no campo da responsabilidade administrativa é de duvidosa juridicidade apenar-se o fornecedor infrator com as penas previstas no Código de Defesa do Consumidor e, ainda, com as *definidas em normas específicas,* como previsto no final do artigo 56, *caput,* do aludido Código. Entendo que essa faculdade deve ser utilizada com certo cuidado, evitando o denominado *bis in idem,* ou seja, uma apenação, duas ou mais vezes, pela mesma conduta do fornecedor, pela mesma ou diversa autoridade. No caso, como sabido, o *bis in idem* será a repetição *(bis)* de punição sobre a mesma conduta ilícita *(in idem),* o que violenta a consciência jurídica.

De qualquer modo, saliento com Zelmo Denari[23] que o Código de Defesa do Consumidor, basicamente, distinguiu três modalidades de sanções administrativas, que concretizam a *tutela administrativa nas relações de consumo,* ou seja, "a) *sanção pecuniária* — representada pelas multas (item I) aplicadas em razão do inadimplemento dos deveres de consumo; b) *sanções objetivas* — são aquelas que envolvem bens ou serviços colocados no mercado de consumo e compreendem a apreensão (item II), inutilização (item III), cassação do registro (item IV), proibição de fabricação (item V) ou suspensão do fornecimento de produtos ou serviços (item VI); c) *sanções subjetivas* — referidas à atividade empresarial ou estatal dos fornecedores de bens ou serviços, compreendem a suspensão temporária da atividade (item VII), cassação de licença do estabelecimento ou de atividade (item IX) interdição total ou parcial de estabelecimento, obra ou atividade (item X), intervenção administrativa (item XI), inclusive a imposição de contrapropaganda (item XII)".

Essas sanções, repito, estão cominadas exemplificativamente. Não é taxativa a resenha legal, como focalizado anteriormente. Só podem ser aplicadas nos moldes do procedimento administrativo de regência, como previsto para as suas diversas hipóteses nos artigos 57 a 60 do Código de Defesa do Consumidor, todos eles indicando a necessidade de observância do requisito da *ampla defesa,* certo que o artigo 59, § 3º, também, dispõe sobre *reincidência,* prevendo que, "Pendendo ação judicial na qual se discuta a imposição de penalidade administrativa, não haverá reincidência até o trânsito em julgado da sentença."

7. *Conclusões*

Do exposto, concluo que, cuidando-se de *relações de consumo,* a *tutela administrativa* que o Estado proporciona para a proteção e defesa do consumidor, implica na existência de órgãos administrativos, de natureza policial (Polícia Civil e Polícia Militar) ou não, postos à disposição do consumidor pela Administração Pública, para tornar efetiva a aplicação das normas de proteção e defesa que são de ordem pública e interesse social.

Todo esse aparelhamento administrativo, nos diversos níveis estatais, tem papel preponderante para a "Política Nacional de Relações de Consumo", como objetiva-

[23] DENARI, Zelmo, *et alii.* Obra e ed. cits., p. 393.

da no artigo 4º da Lei Federal nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, ou seja, do Código de Defesa do Consumidor. É certo que uma Delegacia de Polícia de Defesa do Consumidor (artigo 5º, inciso III, do referido Código) é órgão administrativo destinado à atividade de polícia judiciária, auxiliar do Poder Judiciário. Esse órgão, porém, é administrativo e não judiciário, devendo, pois, ser considerado como integrante do aparelhamento administrativo.

O Poder de Polícia se encontra bem presente nas atividades de todos esses órgãos administrativos, que só poderão operar nos estritos limites de sua competência legal, certo que, quando competentes para aplicar as sanções administrativas, deverão fazê-lo através de regular procedimento administrativo, onde se observará o direito à ampla defesa.

As sanções administrativas previstas no artigo 56 do Código de Defesa do Consumidor não são taxativas, pois, outras podem existir por definidas em normas legais específicas.

Com essas conclusões, espero ter examinado sistemicamente o que entendo por *Tutela Administrativa e Relações de Consumo*, dentro do limite de tempo para esta exposição.

Bibliografia

1. ARRUDA ALVIM, José Manoel de, *et alii. Código do Consumidor Comentado*; Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1ª ed., 1991.

2. CRETELLA JÚNIOR, José. *Conceituação do Poder de Polícia;* Revista do Advogado, Associação dos Advogados de São Paulo, nº 17, abril de 1985.

3. _____. *Comentários à Constituição de 1988;* v. II, 1ª ed., 1989, Forense Universitária, Rio de Janeiro.

4. DENARI, Zelmo, *et alii. Código Brasileiro de Defesa do Consumidor;* Forense Universitária, Rio de Janeiro, 1ª ed., 1991.

5. DI PIETRO, Maria Sylvia. *Direito Administrativo;* Editora Atlas, São Paulo, 1ª ed., 1990.

6. FILOMENO, José Geraldo Brito. *Manual de Direitos do Consumidor;* Editora Atlas, São Paulo, 1991.

7. FOLCIERI, Carlo Consommi. *Nuovissimo Digesto Italiano;* v. XIII, verbete *Polícia Judiciária,* tradução do Desembargador Geral Arruda, Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Lex Editora, São Paulo, v. 89, p. 34-37.

8. LAZZARINI, Alvaro, *et alii. Direito Administrativo da Ordem Pública;* 2ª ed., 1987, Forense, Rio de Janeiro.

9. LAZZARINI, Alvaro. *Do Poder de Polícia,* Julgados dos Tribunais de Alçada Civil de São Paulo, Lex Editora, São Paulo, v. 63, p. 13-23.

10. _____. *O Esforço Legal no Contexto do Trânsito.* Exposição, em 23 de setembro de 1992, no III Ciclo Nacional de Trânsito Urbano, organizado pelo Comando de Policiamento de Trânsito da Polícia Militar do Estado de São Paulo, em São Paulo. Trabalho ainda não publicado.

11. LAZZARINI, Marilena. *Consumidor Urgente;* Editora Abril, São Paulo, 1991.

12. MEIRELLES, Hely Lopes, *et alii. Direito Administrativo Brasileiro;* Malheiros Editores, São Paulo, 1992, 17ª ed. atualizada por ANDRADE AZEVEDO, Eurico de, *et alii.*

13. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo;* Forense, Rio de Janeiro, 8ª ed., 1989.

14. TÁCITO, Caio. *O Abuso do Poder Administrativo no Brasil — Conceito e Remédios;* Edição do De-

partamento Administrativo do Serviço Público e Instituto Brasileiro de Ciências Administrativas, Rio de Janeiro, 1959.

Legislação

15. Lei Federal nº 7.347, de 24 de julho de 1984. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, ao *consumidor,* a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico e dá outras providências.

16. Lei Federal nº 8.078, de 11 de outubro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências.

17. Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 5 de outubro de 1988.

18. Constituição da República Federativa do Brasil de 1969 (Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969).