PODER DE POLÍCIA — CASA DE DIVERSÕES PÚBLICAS

— O poder de polícia entra no conceito da defesa dos direitos e dos interêsses sociais do Estado.

— Cabe aos tribunais dizer dos limites do poder de polícia.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

Agravante: Emprêsa Dançante Sabará

Agravo de petição n.º 66.657 — Relator: Sr. Desembargador FERNANDES MARTINS

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de agravo de petição n.º 66.657 da comarca da Capital em que são agravantes a Emprêsa Dançante "Sabará" e agravado o Diretor da Divisão de Diversões Públicas: Acordam, em Sexta

---

COMENTÁRIO

ADMINISTRAÇÃO E PODER DE POLÍCIA

1. O poder público — observa Pierre Wigny [1] — desempenha duplo papel. Por intermédio do serviço público orgânico, direto ou delegado, assegura a satisfação de necessidades coletivas essenciais. A par dessa feição positiva de execução, realiza, ainda, a administração, por intermédio de regulamentos, ordens ou interdições, a fiscalização e o condicionamento da atividade privada, sujeitando-a aos postulados do benefício geral.

Essa disciplina dos interêsses privados, em função do bem comum, se exercita mediante o poder de polícia administrativa, cuja feição moderna e ampla tive ensejo de tracejar em breve ensaio.[2] Os direitos públicos subjetivos têm como limite à sua manifestação a possibilidade de que o Estado, por via legislativa ou administrativa, determine as condições necessárias ao seu exercício. A ação administrativa, sujeita ao contrôle de legalidade, não pode extravasar em medidas arbitrárias ou discricionárias, mas goza de poder ordenatório quanto à forma de realização da iniciativa privada.

O Tribunal de Justiça de S. Paulo, nos acórdãos que inspiram êstes comentários, focalizou, em casos específicos, a latitude dêsse conflito, ínsito ao poder de polícia, entre a autoridade do Estado e as liberdades individuais. Invocando a lição de Ranelletti, inscreve o poder de polícia no "conceito da defesa dos direitos, dos interêsses sociais e do Estado, que lhe é órgão supremo" e consagra, como sua finalidade a "promoção do bem público".

A análise dos julgados paulistas propicia oportunidade excelente à consideração objetiva do poder de polícia, à luz de critérios judiciais.

---

1 Pierre Wigny, *Droit Administratif — Principes Généraux*, Bruxelas, 1953, pág. 311.

2 Caio Tácito, *Poder de polícia e seus limites*, *in* Revista de Direito Administrativo, vol. 27, pág. 1/s. e Revista Forense, vol. 144, pág. 23/s.

Câmara Civil do Tribunal de Justiça, por votação unânime, negar provimento ao agravo.

A Emprêsa Dançante "Sabará", de propriedade da firma Lúcio & Dias, impetrou o presente mandado de segurança, para que seja mantido seu direito de funcionamento, visto achar-se fechada desde 24 de setembro do ano passado, por ordem do Diretor da Divisão de Diversões Públicas, ordem esta manifestada com a negativa de expe-

---

O fenômeno contemporâneo do fortalecimento do Poder Executivo, como episódio da tendência intervencionista do Estado, inscrita na maioria das Constituições modernas, estende a presença coercitiva da administração, pràticamente, a tôdas as formas de atividades humanas. Valoriza-se, assim, o sistema de contrapêso aos excessos de poder, mediante o contrôle dos atos administrativos pelos órgãos judiciários.

Escrevi, a propósito, em trabalho recente:

"A aplicação da lei supera, em muitos casos, o seu enderêço e se transforma em lesão de direito. Embora abeberada em razões de ordem pública, a atuação do Estado pode transbordar de seus limites e traduzir-se em formas abusivas ou inconvenientes. É necessário, assim, garantir à administração o uso do poder discricionário, eliminando qualquer espécie jurisdicional de contrôle de oportunidade, mas também proteger o indivíduo contra os riscos da pletora administrativa".[3]

A ponderação da legalidade dos atos administrativos não deve, no entanto, se converter, a seu turno, em excesso de poder judicial, substituindo-se a preferência pessoal ou doutrinária dos juízes aos critérios de estrita alçada administrativa.

2. Em acórdão proferido no agravo de petição n.º 66.657, da capital, firmou a 6.ª Câmara Civil a legitimidade da interdição de estabelecimento recreativo em virtude de perturbação do sossêgo noturno. Examinando a negativa do alvará para funcionamento, reconheceu o exercício prudente e oportuno do poder de polícia, não obstante a retratação de um dos denunciantes.

Coerente com o sentido atual do contrôle de legalidade, não se ateve o tribunal paulista à mera análise extrínseca da validade do ato administrativo. Apreciou, em função da matéria de fato, a pertinência jurídica dos motivos, repudiando, ainda, a hipótese de inobservância do fim previsto à competência da autoridade.

Sóbria e exata em seus fundamentos, a decisão judicial prestigia a defesa da tranquilidade pública, exercitada por meio do ato negativo da administração.

3. Confirmando a sentença de primeira instância, a 5.ª Câmara Civil endossou, no julgamento do agravo de petição n.º 64.955, interessante discriminação de competência estadual e municipal em matéria de permissão de transporte coletivo. Cuidava-se do funcionamento de serviço de ônibus, cujo itinerário abrangia sòmente a área do município.

---

3 Caio Tácito, *A administração e o contrôle de legalidade*, *in* Revista de Direito Administrativo, vol. 37, págs. 1/s.

dição de alvará para o funcionamento. A autoridade havida por coatora e que está subordinada à Secretaria da Segurança Pública, não nega o ato que determinou a suspensão das atividades do estabelecimento recreativo, justificando-o com o fato de haverem Enidelce Malisia e mais quinze pessoas, por intermédio da Rádio Televisão Paulista, pedido providências, pois nas reuniões sociais, além de algazarras e gritarias, eram proferidas palavras obscenas, no término das

---

A autoridade local, fixando as obrigações do permissionário, determinou as condições de exploração do serviço especialmente quanto à tarifa, horário e percurso da linha. O órgão estadual de trânsito entendeu de modificar as condições estabelecidas, apreendendo um dos veículos que trafegava em desobediência às suas determinações. Decidiu o juiz de primeira instância, com o apoio do Tribunal, que a estipulação das condições de execução do serviço público atribuído à gestão privada pertence ao Município, cuja autonomia abrange a faculdade de organizar os seus próprios serviços (Constituição federal, art. 28, n.º II, *b* e Constituição estadual, art. 71, n.º II, *b*). A função normativa e controladora da entidade estadual de trânsito abrange o registro e inspeção dos veículos e de seus condutores, assim como as regras de segurança do tráfego, não podendo, no entanto, "eliminar a atribuição exclusiva do município quanto à concessão em si mesma, inclusive — é claro — as condições (horário, itinerário, tarifa, etc.)".

O poder de polícia do ente administrativo estadual não deve, em suma, exceder à discriminação de atribuições oriunda do sistema político-constitucional. A superposição de competência municipal e estadual não extingue o limite próprio à ação de cada pessoa de direito público interno. A eficácia dos atos do poder concedente municipal poderá ser completada, mas não elidida, pela polícia administrativa do Estado-membro.

A tese da separação da competência própria a cada unidade política é de justeza irrecusável. É necessário, contudo, em suas manifestações práticas, considerar a possível incidência comum sôbre um mesmo fato jurídico. Se, por exemplo, a segurança do trânsito recomendar a alteração do itinerário dos veículos não poderá a emprêsa de transporte permissionária de serviço municipal se eximir à medida de polícia. A validade da determinação administrativa deve ser mensurada graças ao exame de seus motivos, em razão da finalidade do ato questionado.

4. A decisão no mandado de segurança n.º 65.803 assinala que as posturas municipais de zoneamento não podem afetar, com efeito retroativo, as licenças concedidas a estabelecimentos comerciais. Os aspectos de fato terão, provàvelmente, influenciado o tribunal a construir premissas excessivas na formulação do silogismo jurídico.

A tese de que a licença de casas comerciais é ato definitivo, constituindo direito adquirido, sòmente perecível em caso de perturbação da ordem, saúde, higiene ou sossêgo públicos, representa a nulificação potencial do interêsse público.

É certo que, na hipótese, o cancelamento sumário da licença, sem que aparentemente a necessidade administrativa aconselhe o sacrifício

festas. Diante da denúncia, tais fatos foram verificados *in loco*, por agentes credenciados da polícia. A denunciante retratou-se, em declaração escrita, juntada pela agravante, mas, como proclama o digno órgão do Ministério Público a fls., êsse documento insere grave acusação, cuja verificação cabe mais em processo crime. Todavia, semelhante declaração não tem valor algum, porque a denúncia não foi levada à autoridade competente sòmente pela pessoa ques-

---

drástico do patrimônio privado, estimula o intérprete à repulsa de ordem administrativa.

O acêrto da solução específica não recomenda, no entanto, a aceitação da tese da imutabilidade da autorização administrativa, embora modificados, no tempo, os pressupostos de sua concessão.

Localizados em áreas reservadas a habitações residenciais, os estabelecimentos comerciais já licenciados não estão isentos de medidas administrativas futuras tendentes a promover a execução do zoneamento concebido em ato legislativo.

A licença é ato administrativo precário, suscetível de revogação mediante justo motivo. O interêsse patrimonial privado pode ser contrastado pelo interêsse público legítimo, mesmo se superveniente à instalação do estabelecimento comercial.

Não se verificando desvio de poder ou falso motivo, é lícito, em tese, à administração cancelar, em benefício do interêsse comum, a licença concedida, a fim de executar os planos técnicos de urbanismo.

A proteção ao fundo de comércio não assume colorido tão intenso a ponto de obscurecer, na escala dos valores jurídicos, os postulados de organização da ordem econômica, mediante a subordinação do uso da propriedade ao bem-estar social (arts. 145 e 147 da Constituição).

O zoneamento urbano, em função de conveniências gerais, é atribuição regular do Estado representando condição implícita do ato de licença.

Mesmo nos países em que se consagra a responsabilidade do Estado por ato legislativo, a noção não alcança os danos normais oriundos de atos administrativos lícitos.

Observa F. P. Benoit, professor na Faculdade de Direito de Rennes, a propósito do direito francês:

"On constate à l'heure actuelle, en droit positif, que lorsque la mesure, qui a causé un dommage à quelqu'un, est prise exclusivement dans l'intérêt général, c'est-à-dire, dans l'intérêt immediat de tout l'ensemble de la population, la tendence est de considérer ce dommage comme voulu en lui-même dans l'intérêt général et donc comme constituant une des charges de la vie en société qui sont insusceptibles de réparation".[4]

Renato Alessi acentua que a administração pública, a serviço de interêsses públicos gerais, pode ser levada ao sacrifício *"non soltanto de meri interessi privati, ma anche di interessi tutelati: con sacrificio,*

---

4 F. P. Benoit, *Dommages resultant de diverses activités de l'administration, in Juris classeur administratif*, vol. IV, fasc. 715, pág. 4.

tionada. Outras secundaram a denunciante e além do mais, a polícia não se louvou exclusivamente na mesma. Usando de prudência, promoveu investigações com pessoas credenciadas, tendo sido positivados os fatos denunciados.

Ora, segundo Ranelletti, o poder de polícia entra no conceito de defesa dos direitos, dos interêsses sociais e do Estado, que lhe é o órgão supremo (*in Tratado*, de Orlando, 4/279, parte 1.ª). Ensina Carlos Maximiliano que cabe aos

---

perciò, di diritti soggettivi privati, nel che si estrinseca appunto la supremazia della pubblica amministrazione".[5]

A conclusão do acórdão do Tribunal paulista pese, assim, a ressalva sôbre a licitude, em tese, da ação de polícia da administração com respeito aos alvarás de licenciamento de casa de comércio.

5. Em outro aresto, o mesmo ilustre tribunal tratou de licenças administrativas de construção. Reconheceu, sem discrepância, que é lícito ao prefeito cassar alvarás para construção, ocorrendo motivo justo. Decidiu, no entanto, por maioria de votos, que, embora cassada a licença, não pode a administração embargar as obras, a não ser por via judicial.

Louvou-se a corrente dominante em que o art. 302, n.º XI, do Código de Processo Civil determina o uso da ação cominatória para o pedido, pela União, Estado ou Município, da "suspensão ou demolição de obra que contravenha a lei, regulamento ou postura".

A decisão judicial admite, implìcitamente, a necessidade de anuência do Estado para o direito de construir e afirma a legalidade da revogação de licença já concedida. Despoja, contudo, a autoridade administrativa de meios materiais para o embargo das obras que se iniciem, ou prossigam, sem a sua licença.

Há flagrante contradição entre os têrmos lógicos do raciocínio, como evidenciaram os votos vencidos no mandado de segurança n.º 63.836, que endossam a capacidade coercitiva da administração.

O embargo administrativo de construção não autorizada, previsto no art. 122 do Código de Obras, é forma lícita de execução de ofício da ordem administrativa de paralisação das obras.

Os atos administrativos gozam do privilégio de executoriedade, de modo a tornar idônea a proteção do interêsse público. A administração não é parte na relação jurídica, mas depositária do poder estatal. A lei processual, fixando o rito da ação cominatória para a suspensão ou demolição de obra ilegalmente realizada, apenas prescreve o veículo de acesso à intervenção judicial, não derrogando, no entanto, o processo executório administrativo, previsto em lei própria.

Seabra Fagundes, estudando o papel da ação cominatória, observa que "a especificação de alguns casos pelo Código, não exclui a coerção

---

5 Renato Alessi, *La responsabilità della pubblica amministrazione*, 2.ª edição, 1951, pág. 223/s. Assinala, ainda, o publicista italiano, que "il dano che ai privati deriva da questo sacrificio de un vero diritto, non podrà, in base alle normali regole che governano la responsabilità, della pubblica amministrazione, trocare un risarcimento."

tribunais a última palavra, para dizer o que se compreende ou não em os justos limites daquela faculdade especial a vários respeitos discricionária, o poder de polícia (*Comentários à Constituição Brasileira*, ns.º 429-A e 489, 3.ª ed.). Acrescenta o escritor patrício que os tribunais anulam o ato sòmente quando não corresponde ao fim, quando, sob a desculpa de exercer o chamado poder

---

direta, por parte da administração, para obter as mesmas prestações (execução por via administrativa)".[6]

No mesmo sentido a opinião de Luis Machado Guimarães, entendendo que, mesmo à luz do art. 302 do Código de Processo Civil, "considera-se ressalvado e em pleno vigor, portanto, o poder de executar os próprios atos, concedido à administração pública, expressa ou implìcitamente, em leis, regulamentos e posturas".[7]

O Supremo Tribunal, em acórdão no recurso extraordinário n.º 9.235, citado em um dos votos vencidos, decidiu que "o exercício, pelo poder administrativo, da ação cominatória não impede a expansão da auto-tutela". Mostrou o relator, Ministro Orosimbo Nonato que a administração pode optar entre o exame *a priori* pelo Judiciário, mediante a ação cominatória, ou pelo contrôle *a posteriori*, em virtude da execução administrativa do ato.[8]

O direito de construir está condicionado, na forma do art. 572 do Código Civil, ao direito de vizinhança e *aos regulamentos administrativos.*

Vedar o uso ilegal da propriedade, ou seja, a sua utilização contra expressos ditames dos regulamentos administrativos, é esfera própria do poder de polícia que não se resume no ato de ordenar, mas se completa com a coerção direta.

Destacou Darci Bessone, em parecer excelente, que a lei processual não se destina a regular os direitos subjetivos, senão a estabelecer as ações adequadas para a proteção dêles. Ora, em nenhum passo o direito positivo torna obrigatório o prévio acertamento judicial da ordem suspensiva ou demolitória de obras irregulares. Donde a livre escolha pelo administrador entre o caráter apriorístico ou *a posteriori* da verificação da legalidade do impedimento à construção.[9]

As observações feitas, à margem dos acórdãos comentados, não desmerecem o alto critério e a autoridade doutrinária de seus eminentes prolatores e visam a contribuir, modestamente, ao estudo do poder de polícia, que se inscreve entre os capítulos fundamentais do direito administrativo.

CAIO TÁCITO
Professor na Faculdade de
Direito do Rio de Janeiro

---

6 Seabra Fagundes, *Contrôle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*, 2.ª edição, pág. 462, nota 3.

7 Luís Machado Guimarães, *Comentários ao Código de Processo Civil*, edição Revista Forense, vol. IV, pág. 221.

8 *Revista Forense*, vol. 124, pág. 444.

9 Darci Bessone, parecer *in Revista dos Tribunais de S. Paulo*, vol. 210, páginas 49/67.

violências e claros abusos. No caso em de polícia, se perpetram desnecessárias aprêço, a autoridade agiu dentro da esfera de suas atribuições. Verificou a realidade dos fatos denunciados e, no cumprimento de seus deveres, cumpriu a lei, determinando o fechamento da associação agravante. O direito alegado na inicial e na minuta do recurso não é líquido e nem certo. Se a sociedade é freqüentada por boa gente, o que não se duvida, outros elementos existem que perturbam o sossêgo, no final das festas. Isso ficou averiguado pela agravada que, em conseqüência, determinou o fechamento do clube, negando-lhe, a seguir, alvará de licença. A sentença merece confirmação, razão pela qual, nega-se provimento ao agravo.

Custas pela agravante.

São Paulo, 19 de março de 1954. — *Fernandes Martins*, Presidente e Relator. — *João M. C. Lacerda*. — *Vicente Sabino Júnior*.