*— A fiscalização de estabelecimentos de diversões públicas cabe não só ao Município como ao Estado.*

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

Juízo de Direito *versus* Sérgio Mourão
Recurso *ex offício* n.º 182.482 — Relator: Sr. Ministro
MEDEIROS JÚNIOR

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de recurso *ex officio* n.º 182.482, da comarca de São Paulo, em que é recorrente o Juízo, sendo recorrido Sérgio Mourão: Acordam, em Sexta Câmara Civil do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, por maioria de votos, dar provimento ao recurso para cassar a segurança. Ficou vencido o Segundo Juiz. Custas pelo vencido.

Sérgio Mourão impetrou mandado de segurança contra o Diretor de Divisão de Diversões Públicas, da Secretaria da Segurança Pública, sob alegação de que, por despacho de 13-3-1969, êste indeferiu a vistoria policial que havia solicitado para o funcionamento de seu estabelecimento comercial denominado "Excelsior Drink's", situado nesta Capital à R. José Getúlio, onde explora o gênero de comércio "drink dançante" (documentos de fls.).

O motivo do indeferimento ficou consignado no despacho certificado a fls., que diz: "Fiscalização. Do total de 38 apartamentos visitados, apenas 2 usuários do edifício manifestaram-se favoràvelmente à instalação do estabelecimento de diversões públicas em epígrafe. Nesta circunstância, sem desviar o traço de conduta desta Divisão, no sentido elevado de dispensar proteção aos interêsses ligados à formação familiar, indefiro a solicitação da vistoria policial. Dê-se ciência ao Sr. requerente, São Paulo, 12/3/1969. (a) Agnello Audi."

O impetrante considera inadmissível

o fundamento invocado pela autoridade coatora.

Afirma que todos os requisitos legais para o funcionamento de seu estabelecimento foram cumpridos; os impostos foram pagos; e a zona onde êle se localiza é semi-residencial, vale dizer que é também comercial e conta com outros estabelecimentos similares.

O ato impugnado fere direito seu líquido e certo, assegurado pela Constituição Federal, no art. 150, § 23.

Demais, a autoridade coatora invadiu seara alheia, pois sòmente a Municipalidade pode determinar o funcionamento ou a cessação das atividades comerciais, cabendo ao Estado apenas o poder de polícia, sem invadir o âmbito privativo dos podêres municipais.

Em suas informações disse o impetrante que, realmente, pelo n.º XII, do art. 2.º, da Lei Orgânica dos Municípios, "é conferida competência privativa ao Município para conceder licença ou autorização para abertura e funcionamento de estabelecimentos industriais, comerciais e similares, o que não impede, entretanto, que as atividades dêsses estabelecimentos sejam reguladas por normas federais ou estaduais, como, aliás, ocorre normalmente com os bancos, fábricas de explosivos, de armas e munições e fogos de artifício, e, no que nos interessa especìficamente, estabelecimentos destinados a diversões públicas. A ação do Município incidirá ùnicamente sôbre o que disser respeito ao seu peculiar interêsse e ao bem-estar de sua população (art. 2.º, da Lei Orgânica dos Municípios, *caput*), mas não poderá sobrepor-se àquelas normas superiores, dispensando requisitos por elas exigidos.

E prossegue: "O n.º XIII, por seu lado, é de uma clareza meridiana: compete ao Município, privativamente, fazer cessar, no exercício de seu poder de polícia administrativa, as atividades sujeitas à sua fiscalização, que violarem etc. Ora, entre as atividades sujeitas à fiscalização do Município, o art. 2.º da lei citada não arrola as atinentes às diversões públicas, que, por isso, e por fôrça de leis ainda não revogadas, continuam sob a tutela do Estado. Donde se conclui que, se é o Estado quem fiscaliza tais atividades, compete-lhe, no exercício de seu poder de polícia administrativa, fazê-las cessar quando em desacôrdo com as normas que a respeito houver editado. Por aí se vê que, pelo menos quanto a êsse ângulo da questão, a intervenção da Divisão de Diversões Públicas no estabelecimento foi inquestionàvelmente legítima".

O impetrado não ficou na demonstração da legitimidade de seu ato, mas houve por bem de mencionar os motivos de fato que o levaram a proceder como fêz: "Está em jôgo a família paulistana, sofrida, descrente, esmagada, que luta desesperadamente por momentos de tranqüilidade, impedindo a instalação de *boites* em agrupamentos residenciais, evitando uma invasão perigosa, agressiva, aviltante, por estabelecimentos noturnos que, muitas vêzes, são desvirtuadas suas atividades, atentando contra a moral e os bons costumes".

Não obstante, o Juiz, acolhendo o parecer do Dr. Promotor Público e reportando-se a julgado da Primeira Câmara Civil dêste Tribunal, publicado na *R.T.*, *291*:193, houve por bem conceder a segurança por entender que a espécie dos autos é regida pelo art. 2.º, n.º XIII, da Lei Orgânica dos Municípios (Lei n.º 9.842, de 19/9/67), que diz caber privativamente ao Município "fazer cessar, no exercício de seu poder de polícia administrativa, as atividades sujeitas à sua fiscalização, que violarem as normas de saúde, sossêgo, higiene, segurança, moralidade e outras de interêsse da coletividade".

Subiu apenas o recurso de ofício.

E, nesta instância, o parecer da douta Procuradoria-Geral da Justiça foi pela confirmação.

Em que pêse o parecer, a sentença não pode subsistir.

Não há por que se reconhecer ilegalidade ou abuso de poder no ato do

impetrado contra o qual o impetrante se insurge.

Nem mesmo o preceito legal invocado da Lei Orgânica dos Municípios impedia a ação, legítima, do impetrado.

O texto interpretado literalmente leva, é certo, à conclusão a que, lamentando-se, chegou o prolator da sentença.

Entretanto, se a fiscalização do estabelecimento do impetrante não é privativa do Município, igualmente privativa do Município não pode ser a atribuição de fazê-lo cessar a atividade.

A letra do texto legal invocado conflita com outros preceitos de lei de maior hierarquia, que conferem atribuição de fiscalização sanitária, fazendiária, de costumes etc., a outras entidades de direito público.

E no campo das diversões, dos espetáculos públicos e outras atividades assemelhadas, são reconhecidas as atribuições da União e do Estado para o exercício do poder de polícia.

Demais, em estabelecimentos do gênero do impetrante, o policiamento é de natureza não apenas administrativa, mas até judiciária preventiva.

Ouça-se a lição do acatado administrativista Hely Lopes Meirelles, no seu *Direito Municipal Brasileiro*, p. 257 e seg. Ao tratar das infrações relativas à polícia de costumes, remata o eminente professor: "Como infrações penais, êsses atos antijurídicos ficam sujeitos à repressão por parte da polícia judiciária, mas a sua prevenção cabe igualmente à polícia administrativa, através de medidas destinadas a impedir a formação de ambiente social para o seu cometimento. Com êsse objetivo a Administração Municipal pode proibir, por lei, ou negar licença para a instalação ou funcionamento de casas de tavolagem, de bares, de cabarés, de *boites*, de estabelecimentos de jogos, e outros mais que favoreçam a ociosidade e os vícios de tôda ordem, ou mesmo determinar o seu fechamento, se se revelarem atentatórios dos bons costumes".

Não exclui, de forma alguma, a atividade do Estado no mesmo campo. Aliás, seria um contra-senso, que não se presume no legislador, atribuir ao Estado a repressão da criminalidade e negar-lhe a possibilidade de preveni-la.

Assim, nem faltava competência ao impetrado para a prática do ato impugnado, nem faltou legitimidade a êste uma vez que se tratava de instalar em prédio residencial um bar dançante, com instrumento de música mecânico, o que por certo iria atentar contra a tranqüilidade dos moradores não só do prédio, como possìvelmente até do bairro, uma vez que o seu funcionamento seria no período noturno, das 19 às 5 h do dia imediato, como consta do documento de fls.

Isso pôsto, não se vislumbrando ilegalidade nem abuso de poder no ato impugnado, reforma-se a sentença recorrida para cassar a segurança.

São Paulo, 10 de outubro de 1969. — *Euler Bueno*, Presidente vencido, com a seguinte declaração de voto: O MM. Juiz de Direito da 2.ª Vara dos Feitos da Fazenda do Estado concedeu a segurança impetrada por Sérgio Mourão, contra ato do Diretor da Divisão de Diversões Públicas da Secretaria da Segurança, que lhe indeferiu vistoria policial e foi seguido de determinação para o fechamento do bar dançante denominado "Excelsior Drink's" pois a autoridade considerou inadequado o local — R. José Getúlio n.º 83 — junto a agrupamentos residenciais. Para assim decidir entendeu o Magistrado que o fechamento de estabelecimentos comerciais e similares, em nosso Estado, é da competência privativa do Município, ante o disposto na Lei Orgânica. Recorreu o douto prolator da sentença, de ofício, conformando-se o impetrado. A ilustrada Procuradoria da Justiça opinou pela confirmação da sentença.

As sucessivas leis orgânicas paulistas deferiram aos municípios essa competência *privativa* para licenciar e para fechar os estabelecimentos industriais, comerciais e similares, no exer-

cício da polícia administrativa (Lei n.º 1, de 1947, art. 16, § 1.º, n.º XIV; Lei n.º 9.205, de 1965, art. 2.º, número XIII; Lei n.º 9.842 de 1967, art. 2.º, n.º XIII). Não é feliz a solução, em tema de tamanho relêvo, para o qual a competência concorrente, a que aludem Levy Carneiro (*Organização dos Municípios e do Distrito Federal*, 1953, p. 65) e Caio Tácito (*Revista de Direito Administrativo*, *27*:1) seria evidentemente mais lógica e vantajosa, considerado o relevantíssimo interêsse público. Ensejar-se-ia ao Estado que interviesse moralizadoramente, sempre que ocorresse desídia ou facciosismo do Município; mas a dita competência *privativa* é a solução legal, que a meu ver compromete a validade do ato impugnado e do dispositivo regulamentar em que se apoiou o impetrado (ao que parece o Decreto estadual n.º 51.102, de 1968, art. 5.º cf. fls.).

Há inúmeras e tranqüilas manifestações da jurisprudência no sentido dessa competência legal *privativa*: *R.T.*, *367*:246, *388*:180, *391*:193, *392*:225, *397*:196 etc. Esta mesma Câmara, no agravo de petição n.º 162.999, de Santos, tomou também o mesmo partido, *nemine discrepante*.

Acresce que, no caso particular, nada se imputou ao impetrante, que viole "as normas de saúde, sossêgo, higiene, segurança, normalidade e outras de interêsse da coletividade", autorizadoras do fechamento (Lei n.º 9.842, de 1967, art. 2.º, n.º XIII. A proximidade de agrupamentos residenciais, outrossim, não está compendiada na lei como causa que justifique o fechamento. Por outro lado, a atividade do impetrante, na loja locada, independe da concordância dos moradores do prédio, que a autoridade policial consultou inòcuamente, ouvindo opiniões as mais variadas, desfavoráveis umas, favoráveis outras.

Com tais observações foi que o meu voto manteve a segurança concessiva da segurança. — *Medeiros Júnior*, Relator. — Participou do julgamento, com voto vencedor, o Desembargador Dimas de Almeida.