

Prêmio “Oswaldo Aranha Bandeira de Mello”

PARECER SOBRE FECHAMENTO ADMINISTRATIVO DE ESTABELECIMENTO LOCALIZADO EM ÁREA DE PROTEÇÃO AMBIENTAL. REGULAR EXERCÍCIO DO PODER DE POLÍCIA DO MUNICÍPIO NOS TERMOS DA LEGISLAÇÃO DE USO E OCUPAÇÃO DO SOLO. OCORRÊNCIA, EM TESE, DE CRIME CONTRA O MEIO AMBIENTE. POSSIBILIDADE DE APREENSÃO DOS MATERIAIS SE VERIFICADA A INFRAÇÃO, NOS TERMOS DA LEI 9.605/98.

Maria Sílvia Ribeiro Pereira Barretto
Procuradora do Município

EMENTA Nº 7705

Área de Proteção Ambiental. Termo de Cooperação entre Estado e Município para sua preservação. Regular exercício do poder de polícia do Município nos termos da legislação do uso e ocupação do solo. Impossibilidade de apreensão de bens particulares por falta de previsão legal específica. Ocorrência, em tese, de crime contra o meio ambiente. Necessidade de sua apuração admitindo-se a apreensão dos materiais se verificada a infração, nos termos da Lei 9605/98.

INTERESSADO: Administração Regional de Itaquera
ASSUNTO : Fechamento administrativo de ferro velho
localizado em área de proteção ambiental.

Informação nº 2759/98 - PGM.AJC

ASSESSORIA JURÍDICO-CONSULTIVA
Senhora Procuradora Assessora Chefe

1. Consulta-nos SAR/ATAJ como proceder a respeito das restrições administrativas ao uso de imóvel impostas por lei estadual que criou a Área de Proteção Ambiental - APA da Favela do Carmo e Parque do Carmo.

No caso específico, trata-se de um desmanche de veículos instalado na APA do Carmo, área definida pela Lei Estadual nº 6409 de 5 de abril de 1989, indagando-nos SAR quanto ao procedimento a ser adotado pela Administração, no exercício do poder de polícia em face da atividade que em tese é danosa ao meio ambiente.

SOBRE O PODER DE POLÍCIA

2. O Estado Moderno, para atingir seus fins, atua em três sentidos diversos: administração, legislação e jurisdição.

Permeiam estas atuações o exercício dos poderes políticos (em consonância com as disposições constitucionais) e os poderes administrativos (que se efetivam de acordo com as exigências do serviço público e interesses da comunidade).

Dentre os poderes administrativos destaca-se o poder de polícia administrativa, que estabelece limitações incidentes sobre a liberdade e sobre a propriedade dos cidadãos, encontrando, tais limitações, seus contornos nos direitos e garantias individuais constitucionalmente estabelecidos.

3. Para o direito brasileiro, o reconhecimento do poder de polícia, como ínsito à Administração em geral, não mais representa um problema.

De pronto afastam-se as críticas oferecidas por Augustin Gordillo, para quem, esvaziado o conteúdo político do Poder de Polícia, com o advento

do Estado de Direito, não subsistem os fundamentos para sua aceitação pelo particular, porquanto representa permissivo para a restrição de direitos.

De sua concepção especial, é preciso ressaltar, como faz José Afonso da Silva em estudo inserto na Revista de Direito Administrativo, nº 132 às fls. 243, a distinção entre poder de polícia e atividade de polícia.

Permitimo-nos transcrever trecho do referido estudo:

"Porque se entende que só a lei pode impor limitações a direitos reconhecidos pela Constituição, é que a doutrina mais moderna começa a fazer relevante distinção entre poder de polícia e atividade de polícia. Aquele é manifestação do poder legislativo, único competente para impor limitações aos direitos individuais, mediante lei formal. A segunda é função da Administração Pública que se exerce mediante atos de polícia que, como ato administrativo, "subordina-se ao ordenamento jurídico que rege as demais atividades da administração, sujeitando-se inclusive ao controle de legalidade pelo Poder Judiciário."

É preciso consignar que o ordenamento jurídico vigente, no plano constitucional e legislação complementar, admite a cobrança de taxas com base no exercício do poder de polícia.

4. Celso Antonio Bandeira de Mello, em estudo desenvolvido sob o título "Apontamentos sobre o Poder de Polícia", publicado na Revista de Direito Público nº 9, págs. 55/68, ressalta a existência de um sentido amplo e um sentido restrito para a expressão, que tanto refere-se aos atos legislativos, de caráter geral, do Legislativo e Executivo, como as intervenções gerais (regulamentos) e específicas (autorizações, licenças e injunções) geradas pelo Executivo, sempre buscando prevenir e obstar o desenvolvimento de atividades particulares contrastantes com os interesses sociais.

Quanto à competência, é preciso verificar que poderá ser exclusiva (via de regra) ou concorrente, na forma determinada pela Constituição Federal.

Nas palavras de Hely Lopes Meirelles, in Direito Administrativo Brasileiro, pág. 107:

“Em princípio, tem competência para policiar a entidade que dispõe do poder de regular a matéria. Assim sendo, os assuntos de interesse nacional ficam sujeitos à regulamentação e policiamento da União; as matérias de interesse regional sujeitam-se às normas e à polícia estadual; e os assuntos de interesse local subordinam-se aos regulamentos edilícios e ao policiamento administrativo municipal.”

No mesmo sentido a lição de Celso Antonio Bandeira de Mello, no texto acima citado:

*“O Poder de Polícia tem, contudo, um sentido realmente negativo, mas em acepção diversa da examinada. É negativo no sentido de que através dele o Poder Público não pretende uma atuação do particular, pretende uma abstenção. Por meio dele não se exige nunca um **facere**, mas um **non facere**. Por isso mesmo, antes de se afirmar seu caráter negativo, no sentido que normalmente se toma - o que é falso - deve-se dizer que a utilidade pública é conseguida de modo indireto pelo Poder de Polícia, em contraposição à obtenção **direta** de tal utilidade, obtida pelos **serviços públicos**.”*

É preciso que as limitações lançadas como manifestação do poder de polícia traduzam a **supremacia** da Administração e atinjam, indistintamente, todos os cidadãos, de molde a não configurar relações específicas.

5. Além disto, como pontua Bandeira de Mello (Apontamentos ..., in RDP 9/55), é preciso extremar os conceitos de poder de polícia e as servidões, posto que no segundo está implícito o dever de suportar, reconhecido como inerente ao bem de propriedade do particular.

A distinção é sem dúvida relevante, para efeito de avaliar-se a ocorrência de prejuízo indenizável, somente cabível nos casos em que o Poder Público institui servidão. Válida, pois, a definição proposta por Bandeira de Mello, para quem Poder de Polícia é “atividade da Administração Pública, expressa em atos normativos ou concretos de condicionar com fundamento em sua supremacia geral e na forma da lei, a liberdade e a propriedade dos indivíduos, mediante ação ora fiscalizadora, ora preventiva, ora repressiva, impondo coercitivamente aos particulares um dever de abstenção (“non facere”) a fim de conformar-lhes os comportamentos aos interesses sociais consagrados no sistema normativo.”

Cirne Lima, citado por Bandeira de Mello no trabalho acima referido, anota como traços característicos da atividade de polícia:

- "a) provir privativamente de autoridade pública, donde se excluir de seu âmbito a reclusão compulsória de louco promovida por parente, por exemplo;*
- b) ser imposta coercitivamente pela administração pelo que nela não se alberga o direito de vizinhança, ainda quando as imposições dele decorrentes sejam asseguradas de modo coativo, mas por injunção do Judiciário, provocado como é óbvio, pelo particular interessado;*
- c) abranger genericamente as atividades e propriedades, daí escaparem de seu campo os monopólios fiscais, posto que beneficiam a uma só atividade ou patrimônio ao invés de favorecerem a atividade ou patrimônio em geral."*

A estes aspectos, acrescenta o ilustre administrativista, em seus Elementos de Direito Administrativo, à pág. 171:

"Uma vez que o Poder de Polícia se caracteriza pela imposição de abstenções aos particulares não há que confundi-lo com as manifestações da Administração que, contrariamente, impõem prestações positivas aos administrados, sujeitando-os a obrigação de dar, como nas requisições de bens, ou de fazer, como nas requisições de serviços. Em umas e outras o Poder Público impõe ao particular um dever de agir, ao passo que através da Polícia Administrativa exige-se uma inação, um non facere. Às vezes, no Poder de Polícia, há aparentemente obrigação de fazer. Por exemplo: exhibir planta para licenciamento de construção; fazer exame de habilitação para motorista; colocar equipamento para incêndio nos prédios é mera aparência de obrigação de fazer. O Poder Público não quer estes atos. Quer, sim, evitar que as atividades ou situações pretendidas pelos particulares sejam efetuadas de maneira perigosa ou nociva, o que ocorreria se realizadas fora destas condições."

6. Para Hely Lopes Meirelles, são atributos do poder de polícia a discricionariedade, a auto-executoriedade e a coercibilidade. (Direito Administrativo Brasileiro, 7ª edição atualizada, pág. 114).

Do elenco, discorda Celso Antonio Bandeira de Mello, para quem o poder de polícia não é discricionário.

Assim manifesta-se o mestre:

“Em rigor, no Estado de Direito, inexistente um poder, propriamente dito, que seja discricionário, fruível pela Administração Pública. Há, isto sim, atos em que a Administração Pública pode manifestar competência discricionária e atos a respeito dos quais a atuação administrativa é totalmente vinculada. Poder discricionário, abrangendo toda uma classe ou ramos de atuação administrativa, é coisa que não existe.

No caso específico do Poder de Polícia Administrativa é fácil demonstrá-lo. Basta considerar que enquanto as autorizações, atos típicos da Polícia Administrativa, são expedidas no uso da competência exercitável discricionariamente, as licenças, igualmente expressões típicas do Poder de Polícia, são atos vinculados consoante pacífico entendimento da doutrina. Basta a consideração de tal fato para se perceber que é inexato o afirmar-se que o Poder de Polícia é discricionário. Pode-se, com propriedade, asseverar, isto sim, que o Poder de Polícia se expressa ora através de atos no exercício de competência discricionária, ora através de atos vinculados.”

(in Elementos de Direito Administrativo, pág. 176)

O aspecto da discricionariedade foi ressaltado pelo Supremo Tribunal Federal em decisão inserta na Revista de Direito Administrativo nº 118/239, cuja ementa abaixo transcrevemos:

“O poder de polícia do estado, que envolve parcela apreciável de discricionariedade independe de texto expresso de lei formal.”

De qualquer forma o limite da atuação administrativa sempre será a lei, ainda que seu conteúdo seja meramente programático, sendo que o comportamento contrário do agente poderá, inclusive, sujeitá-lo ao controle de constitucionalidade, como demonstra José Afonso da Silva (in Aplicabilidade das Normas Constitucionais, pág. 129, 2ª edição revista e atualizada).

Registre-se ainda a sempre precisa manifestação de Caio Tácito em estudo denominado A Administração e o Controle da Legalidade, publi-

cado na Revista de Direito Administrativo nº 37/1, do qual destacamos o seguinte trecho:

“Em tese, a doutrina já firmou, há muito, a fronteira entre a liberdade de opção do administrador e a sua obrigatória subordinação à lei. A dificuldade situa-se, objetivamente, na caracterização dos elementos integrativos do ato administrativo, de modo a separar a porção vinculada e discricionária.

A iniciativa da administração depende, primariamente, de uma regra de competência que autorize o agente a proceder em nome do estado.

*Na definição clássica de Michoud (Etude sur le pouvoir discretio-
nnaire - 1914) há poder discricionário sempre que uma autoridade age livremente, sem que a norma de direito determine previamente a conduta a seguir.”*

Assim, conclui o autor, “cada autoridade dispõe de uma capacidade de agir que provém de uma norma de direito”, mas, “a regra de competência não é um cheque em branco concedido ao administrador.”

7. São os atributos de auto-executoriedade e coercibilidade são os que mais proximamente interessam ao objeto do presente estudo.

Trata-se aqui de definir os limites para a atuação da Administração Pública, no exercício de sua competência.

Quanto ao aspecto da auto-executoriedade são unânimes doutrina e jurisprudência estar insito ao conceito do próprio ato administrativo e, conseqüentemente, nos atos de polícia.

Para melhor clareza, julgamos relevante a transcrição de algumas manifestações dos tribunais sobre específico atributo do poder de polícia:

RDA 93/188

ATO ADMINISTRATIVO - EXECUÇÃO - PODER DE POLÍCIA.

O Ato de polícia, como ato administrativo, pode ser executado direta e imediatamente pela administração, sem recorrer a qualquer outro Poder. (Tribunal de Justiça de São Paulo, ap. cível nº 1457.094)

Ressalta esta decisão:

"A executoriedade do ato de polícia é hoje tese vitoriosa na jurisprudência e na doutrina (cf. Helu Lopes Meirelles, Direito Municipal Brasileiro, I, p. 266; Revista de Direito Administrativo, volumes 30/257, 35/293, 38/336, 40/344; RT, vols. 183, p. 823; 186, p. 325; 794, p. 225; 210, p. 161; Guimarães Menegale, Direito Administrativo, I, p. 81, Ranalletti, Le Garantigie della Giustizia nella Pubblica Amministrazione, p. 136; Borsi, L'esecutorietá degli Amministrativi, p. 51; Machado Guimarães, Comentários ao Código de Processo Civil, IV, p. 221). Resta, para quem se sentir prejudicado com a execução da medida, recorrer à justiça se assim o desejar, uma vez que, se a autoridade tiver procedido com abuso, responderá, depois, pelas conseqüências."

RDA 108/302

ATO ADMINISTRATIVO - EXECUTORIEDADE - LIMITAÇÕES ADMINISTRATIVAS AO USO DA PROPRIEDADE PRIVADA - PODER DE POLÍCIA

"Com fundamento no poder de polícia, a administração tem a faculdade de impor restrições ao uso e gozo da propriedade privada. A administração goza da prerrogativa da executoriedade de seus próprios atos." (Tribunal de Alçada de São Paulo, agravo de petição nº 158.029)

RT 623/48

PODER DE POLÍCIA - Medida provisional de interdição de prédio - Intervenção do Judiciário "a priori" - Inadmissibilidade - Auto-executoriedade dos atos da Administração, com execução direta por seus próprios meios.

"Um dos atributos do poder de polícia é a auto-executoriedade. A Administração pode e deve executar diretamente seu ato, por seus próprios meios, sem a intervenção do Judiciário. A intervenção do Judiciário só cabe a posteriori."

(Tribunal de Justiça de São Paulo, ap. 84.357)

Dos fundamentos da decisão, destacam-se os seguintes trechos:

"Os Poderes orgânicos da República são independentes e harmônicos entre si, sendo vedado a qualquer deles delegar atribuições (art. 6º da CF). E era essa delegação da atribuição de polícia administrativa municipal que, em última análise, a Municipalidade de São Paulo, ou seja, o Poder Executivo do Município de São Paulo pretendia em relação ao Poder Judiciário. E isso lhe era vedado, pelo óbvio, inclusive, porque, diante do "princípio da legalidade", o exercício do "poder de polícia administrativa" era irrenunciável, vale dizer a Municipalidade não poderia demitir-se de seu "poder de polícia" para bater às portas do Judiciário."

E mais adiante:

"Poder, para a Administração significa dever. O administrador público, bem por isso, não pode subtrair-se de cumprir seu poder, porque descumpra o seu dever. E esse poder-dever de agir é irrenunciável, pois não pode o administrador público fazer liberalidade à custa do interesse coletivo."

8. Ressalta ainda Hely Lopes Meirelles que não se deve confundir auto-executoriedade com punição sumária e sem defesa. (in *Direito ...*, 7ª edição, pág. 116).

Sem qualquer dúvida, como dissemos, o limite do poder de polícia está nos direitos e garantias individuais, ditados pela Constituição. Além disso, há que se ter em mente que o novo texto constitucional ampliou as garantias individuais, em relação ao texto anterior, incorporando previsão específica para o "due process of law" no direito administrativo (artigo 5º, inciso LV da Constituição).

É justamente neste passo que imbricam-se o exame da auto-executoriedade e da coercibilidade dos atos de polícia.

9. Do aspecto da auto-executoriedade, julgamos oportuna a lição de Ranelletti, em sua obra "*Le Guarentigie della Giustizia nella Pubblica Amministrazione*", para quem o traço distintivo entre os atos públicos e privados reside justamente no fato de que a jurisdição somente poderá intervir, relativamente aos primeiros, "a posteriori".

Permitimo-nos transcrever trecho do original, pág. 135/136:

"La ragione e la giustificazione di tale carattere degli atti amministrativi sta nel carattere pubblico dell'attività, che per mezzo di essi l'amministrazione esplica, e nella necessità che gli interesse collettivi, per i quali quegli atti sono emanati, e quindi gli scopi corrispondenti dello Stato, vengano prontamente soddisfatti. La facoltà di eseguire coattivamente e direttamente i propri provvedimenti deriva dal concetto stesso di potere pubblico, ed è ad esso essenziale. Senza di essa, gli organi del potere pubblico cesserebbero di essere tali. E d'altra parte un sistema, che assoggettasse l'amministrazione, nella sua attività pubblica, alle norme che valgono per i privati, porrebbe allo svolgimento di quell'attività tali ostacoli, da renderne affatto inefficace l'esercizio. Per conseguenza, per riconoscere all'autorità amministrativa quel potere, non è necessaria una legge, che glielo accordi. La legge può intervenire solo per regolarne e limitarne l'esercizio. E una legge sarebbe necessaria solo se si dovesse imporre agli interessati qualche cosa di più della pura esecuzione del provvedimento, come, ad. es., una pena."

Em nossa opinião, tais lições também se aplicam ao direito brasileiro.

10. Com efeito, quanto à coercibilidade é possível colocar-se o dilema entre a violência e o recurso ao judiciário.

É que, considerando o atributo da auto-executoriedade de alguns atos administrativos, e em especial, dos atos de polícia, o problema que surge para a Administração é tornar eficaz a ordem, diante da possível renitência do particular em cumpri-la.

Para Bandeira de Mello, a Administração deve encontrar a justa medida para sua atuação e não servir-se de meios mais enérgicos que os necessários para obtenção do resultado previsto pela lei (Elementos, pág. 184).

Hely Lopes Meirelles, neste aspecto, admite a enérgica atuação da Administração, considerando inescusável a desobediência do administrado, assim manifestando-se:

"O atributo da coercibilidade do ato de polícia justifica o emprego da força física, quando houver oposição do infrator, mas não legaliza a violência desnecessária ou desproporcional à resistência, que em tal caso pode caracterizar o excesso de poder e o abuso de autoridade nulificadores do ato praticado e ensejadores das ações civis e criminais para reparação do dano e punição dos culpados."

11. Naturalmente, a administração deverá executar os atos de polícia da forma menos gravosa para o particular, evitando, por exemplo, a demolição desnecessária de uma edificação.

Mas sem qualquer dúvida, se o poder de polícia fundamenta-se no conceito de supremacia do Estado, em nome do interesse coletivo, sobre os interesses privados, não se admite o descumprimento de uma determinação pautada nos limites da lei e que respeite os direitos e garantias individuais constitucionalmente asseguradas.

12. Entendemos, com apoio em Hely Lopes Meirelles, que o poder de polícia tem como uma de suas características a discricionariedade. Não nos parece possível entender que todos os atos de polícia ocorram em consequência de expressa determinação legal. Daí porque é pertinente a distinção entre *"poder de polícia"* e *"atividade de polícia"*.

Parece-nos que, ao contrário, podem ser praticados e devem ser obedecidas todas as determinações que a lei expressamente não vede, sem que estejamos a reconhecer, em favor da Administração, competência para o comportamento arbitrário.

Trata-se, por exemplo, da avaliação da ocorrência de "imminente perigo público" para requisição da propriedade particular, nos termos do inciso XXVI do art. 5º da Constituição.

Na lição de Celso Antonio Bandeira de Mello, em *Discricionariedade e Controle Jurisdicional*, pág. 17:

"Esta relativa liberdade, ora enseja-lhe praticar ou não praticar o ato diante daquela situação (que é o que se passa quando a lei diz "pode", ao invés de "deve"), ora outorga-lhe competência para ajuizar sobre o momento adequado para fazê-lo, ora permite-lhe uma

opção quanto à forma que revestirá o ato, ora finalmente, autoriza-o a decidir sobre a providência a ser tomada, entre pelo menos duas alternativas abertas pela norma aplicanda. Esta última hipótese tem lugar quando o administrador pode deferir ou indeferir algo, praticar o ato tal ou qual.”

13. Se a Administração, excedendo-se dos limites traçados pelo sistema legal, deixa de agir discricionariamente, para agir arbitrariamente, o ordenamento assegura ao particular os meios necessários para sua defesa, que variam desde o mandado de segurança até as ações indenizatórias calcados na matriz constitucional do inciso XXXV do art. 5º da Constituição. Daí porque a atuação do Executivo deve ser prudente e contida nos limites gerais da lei.

Não parece estar criada, com tal situação, o indevido exercício da jurisdição pelo Executivo. No caso concreto, o Executivo não estará pronunciando-se sobre o direito, mas tão somente executando-o, promovendo diretamente a interdição do estabelecimento não licenciado ou a demolição da obra irregular.

O Judiciário, de outra parte, não se manifestará a respeito da oportunidade e conveniência do ato, mas quanto à sua legalidade.

Esta é a orientação do direito francês. Na frase de Gaston Jèze em *Appréciation par les gouvernants et leurs agents de l'opportunité d'agir* na *Revue de Droit Public*, 1943, "L'opportunité est un domaine réservé à l'administration active".

14. Na doutrina, Diógenes Gasparini e Celso Antonio Bandeira de Mello distinguem os atos que possuem o atributo da auto-executoriedade, daqueles que não o possuem.

Para estes doutrinadores, a auto-executoriedade deve ser atribuída pela lei ou ocorrer quando for indispensável à salvaguarda do interesse público, revelando-se a urgência na adoção daquela providência específica, diferindo, neste passo, da executoriedade.

Escrevendo sobre a ação demolitória e o poder público em estudo publicado na *Revista Justiça* nº 118, Celso Tosi e Gilberto Passos de Freitas

anotam a posição de Moacir Amaral Santos em sua obra *Ações Cominatórias no Direito Brasileiro*:

"... os atos de polícia edilícia ou sanitária, no sistema brasileiro, não são executáveis diretamente e por força da própria administração de quem provêm, mas sujeitos a controle preventivo do órgão jurisdicional."

"Assim se explica porque as administrações públicas, no exercício de seu poder de polícia edilícia ou sanitária, quando os respectivos atos imponham limitação ao uso da propriedade, deverão necessariamente recorrer ao poder jurisdicional, sempre que o obrigado não execute voluntariamente a ordem neles contida. Em resguardo à garantia do direito de propriedade, que a Constituição assegura as limitações ao seu uso, determinadas por aqueles atos, quando não obedecidas pelos destinatários destes, terão que ser declaradas pelo juiz, sem o que não poderão ser executadas, salvo os casos de urgência manifesta. Quer dizer que as administrações públicas deverão usar de ação para pedir sejam os obrigados compelidos a executar os atos de polícia edilícia ou sanitária que impliquem na necessária limitação ao uso da propriedade."

Anotam os autores do artigo que a legislação processual civil fornece meios para que o administrador público municipal possa tornar eficazes as normas edilícias e urbanísticas, transcrevendo ementas de decisões inseridas na RT 426/98, RDA 39/238 e RDA 48/303, a corroborar seu entendimento.

15. Ora, muito embora a prudência recomende a imediata imposição do ato de polícia ao particular, como, por exemplo, quando se deseja evitar um problema social, em nossa opinião o ordenamento **não veda a atuação direta da Administração, mas incentiva-a, em benefício da coletividade**, em se tratando de banir atividades nocivas. O fato de a legislação processual conter dispositivos que fundamentem a utilização do recurso à via judicial não impede a atuação coercitiva da Administração, sempre que obedecidos os limites da lei e não se verifique a prática do desvio de poder pelo administrador.

Poder-se-ia argumentar que imposição coercitiva da determinação administrativa ao particular não deixaria lugar ao exercício do direito de

defesa, traduzindo verdadeira exacerbação do conceito de supremacia do Estado. Mas, pensamos que o atual inciso LV do artigo 5º da Constituição da República bem atende este aspecto, ao dispor:

“aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.”

Reconhecemos que não existe no Brasil contencioso administrativo organizado nos moldes daquele que há longo tempo funciona em França, situação que formalmente traduz rígida obediência, por aquele país, ao princípio da separação de poderes.

Portanto, não é da tradição do direito brasileiro a defesa em processos administrativos, excetuando-se os de natureza tributária, que possuem órgãos especializados para apreciação dos requerimentos dos contribuintes.

O preceito constitucional que é de aplicação imediata e não se destina a somente orientar o legislador ordinário deve ser tornado efetivo, para que não ocorra uma situação de punição sumária, cujo temor foi objeto da preocupação de Hely Lopes Meirelles no trecho acima transcrito que integralmente aceitamos.

Ainda, se houver lesão ao particular, este deverá recorrer ao Judiciário, para defender seus interesses e não o contrário, posto que, aí sim, caberia falar em prejuízo, mas aos interesses coletivos que clamam a urgência da atuação da polícia administrativa.

16. No âmbito do Município de São Paulo, a questão do exercício do poder de polícia interessa de perto às Administrações Regionais (órgãos de fiscalização) e aos Departamentos (órgãos que representam o Município em juízo) no que tange a interdições, obras irregulares e invasão de áreas municipais.

Em todos estes casos específicos, a atuação municipal é iniciada por intimação, seguida de outros atos, previstos em diplomas legais.

Como dissemos, este "iter" há que ser cumprido porque decorre da lei, sendo que, com fundamento no preceito constitucional acima transcrito, poderá o particular, sentindo-se prejudicado, oferecer a competente defesa perante a Administração ou judicialmente.

Na lição de Ranelletti acima transcrita, o controle do ato administrativo poderá ocorrer, mas sempre "a posteriori".

No entanto, se não atendida a ordem administrativa, impõe-se sua aplicação coercitiva, apresentando-se, neste passo, a questão da necessidade de requisição de força policial.

Nem se alegue que ao reconhecer-se o caráter discricionário dos atos de polícia, estar-se-ia inviabilizando o controle jurisdicional dos mesmos.

Como apontamos acima, a discussão, se cobrada, voltar-se-á não à oportunidade e conveniência do ato, mas sim ao aspecto de sua legalidade, para que se verifique a ocorrência do arbítrio ou desvio de poder. Este posicionamento vem sendo regularmente adotado pela jurisprudência, como anotado por Vitor Nunes Leal em seus comentários ao voto do Desembargador Seabra Fagundes no acórdão publicado na RDA 14/53.

Destacou o autor, no mesmo estudo, o fato de que inexistente ato algum da Administração que esteja totalmente isento do controle judicial: ao menos do ponto de vista da competência do agente para a prática do ato, poderá qualquer ato administrativo sofrer o exame pelo Poder Judiciário.

Nos termos do inciso XII do artigo 70 da Lei Orgânica do Município de São Paulo:

"Compete ainda ao Prefeito:

.....
XII - solicitar o auxílio da polícia do Estado, para garantia de seus atos."

Este dispositivo ajusta-se, sem qualquer dúvida, ao artigo 144 da Constituição da República, que assim dispõe:

"Artigo 144: A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos:

.....
V - polícias militares e corpo de bombeiros auxiliares."

E na Constituição do Estado ...

"Artigo 141 - À Polícia Militar, órgão permanente, incumbe, além das atribuições definidas em lei, a polícia ostensiva e a preservação da ordem pública."

Não se exige a requisição da autoridade judicial para emprego da força policial, se tratar-se de dar respaldo a uma decisão do Executivo.

Não vemos aqui interferência da Lei Orgânica na competência atribuída ao Governador do Estado, para organizar as polícias civis e militares, conforme parágrafo 7º do artigo 144 da Constituição da República.

17. Trata-se pois de determinação para garantia dos **atos** do Executivo, tratando-se de manter a ordem pública, a incolumidade de pessoas e do patrimônio. Tais atos poderão emanar de autoridades outras que não o próprio Prefeito em virtude de normas de delegação de competência. Ainda assim, serão atos do Executivo.

Por outro lado, o parágrafo 8º do mesmo dispositivo constitucional faculta aos Municípios a constituição de guardas municipais para proteção de seus bens, serviços e instalações, dispositivo este repetido pelo artigo 88 da Lei Orgânica do Município.

Assim, parece-nos que à Polícia Militar cabe, em razão do preceito constitucional, atender a todas requisições formuladas pelo Executivo, para garantia de seus atos quando manifesta a necessidade de salvaguarda da ordem pública e a incolumidade de bens e pessoas. É crucial que não pode haver recusa, se o ato é legal e não arbitrário.

São os casos de riscos de desabamentos de aterros e edificações, quando é necessária a interdição de edificação ocupada por particulares.

Ou ainda, nos casos de uso irregular, quando o munícipe, ao descumprir a lei e os atos ordinatórios da Administração, contrária a ordem pública.

Nas hipóteses de invasão de área municipal, justifica-se a intervenção da guarda metropolitana, tratando-se de exigência de proteção ao próprio municipal, garantindo até mesmo ao particular, para repelir a posse nova, conforme dispositivo expresso do Código Civil Brasileiro.

Isto porque, no Município de São Paulo foi criada a guarda metropolitana, o que não ocorre em outros municípios brasileiros.

Sem embargo, a ação da guarda metropolitana não poderá elidir a da polícia militar, se caracterizada perturbação da ordem pública.

18. Quanto à reintegração de posse, parece-nos que se o ordenamento (Código Civil) permite ao particular o desforço imediato, por que não pode a administração, fundadamente, fazer uso do mesmo recurso para garantir a posse de seus bens, sem que, com isto, necessariamente esteja configurado o arbítrio ou desvio de poder?

Lembre-se, como ensina Diógenes Gasparini, em seu Direito Administrativo, pág. 114, que nos casos de retomada de bem público por terceiro, "a reintegração de posse só poderá efetivar-se em cumprimento de ordem judicial, salvo se se tratar de bem público de uso comum do povo ou de bem público de uso especial, conforme têm decidido nossos Tribunais (cf. DOU, 9 de março de 1983, pág. 2293)".

Ressaltamos ainda que, ocorrente a omissão, poderá o município ser condenado a indenizar os particulares prejudicados como vem se posicionando a jurisprudência, em decorrência da adoção da teoria do risco administrativo.

M. Seabra Fagundes, em sua obra O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário, 6ª edição, colaciona às fls. 152/154 algumas decisões judiciais, que, por guardarem relação com a matéria ora enfocada, permitimo-nos transcrever:

"Sem observância das medidas de precaução, consubstanciadas nas disposições legislativas municipais, a exploração de pedreiras

e conseqüente arrebentação das minas, deixa de ser ato lícito, e pelos danos conseqüentes responde por culpa própria o operário que faz explodir as ditas minas. Participa dessa responsabilidade a Fazenda Municipal, por conceder licença e renová-la para exploração da dita pedreira com infração dos dispositivos legais. O Município, o Estado, e, em geral, todas as pessoas jurídicas respondem quase ex delicto por seus agentes, prepostos ou representantes, desde que a ação ou omissão ilícita se prenda à função que lhes incumbe.” (TJDF, 30-1-1911, Emílio Guimarães, Brasil - Acórdãos, v. 10, n. 28.428)

“Responde o Estado pelo dano causado à tipografia e oficinas de um órgão de imprensa, não importando averiguar, no caso, se o ato lesivo do patrimônio particular foi praticado por funcionários ou empregados públicos no exercício de suas atribuições, porque, na falta de medidas tendentes a prevenir a alteração da ordem, a violação da propriedade, a descobrir e punir os delinqüentes, o Estado é obrigado pela culpa in vigilando a satisfazer o dano.” (STF, 29-11-1916, Revista de Direito, 45, 104)

“A polícia, não tomando providências por este ou aquele motivo relevante que fosse por omissão voluntária, deixou que se ofendesse o direito do autor e o Estado é responsável pelos prejuízos que causou ao autor a inércia do seu representante.”

Além destas, outras decisões podem ser trazidas à colação:

“Responsabilidade civil do Estado. Instalação de favela obstruindo via pública. Acesso a loteamento impedido. Omissão do Poder Público no dever de bem administrar. Indenização devida. É dever do Município manter em condições de uso as vias públicas. Se a instalação de favela impede o acesso ao loteamento, a circunstância guarda nexos de causalidade e acarreta inegável prejuízo aos proprietários, que vêem seus imóveis obstruídos e sem acesso normal, acarretando-lhes danos que devem ser reparados.” (BDM, nº II, ano 8/657 - jan/mar/86 e RT 601/90 - AC TJSP 20/06/85 - Ap. nº 62.148-SP)

“Responsabilidade civil - Ato ilícito - Incêndio - Rompimento de dutos de combustíveis - Caso de “Vila Socó”, localizada em Cubatão

- *Atividade perigosa - Empresa responsável pela manutenção - Omissão - Indenização devida.*" (RT 604/50 - fev/86 - AC TJSP, 03/10/85 - Ap. 63.981-1 - Cubatão)

"Responsabilidade civil do Estado - Omissão dolosa no emprego de recursos públicos - Perdas e danos resultantes de deslizamento de encosta de morro em virtude de precipitações pluviométricas. Obras de contenção insatisfatoriamente realizadas pela Municipalidade - Falta de recursos não comprovada - Indenização devida - Danos materiais a serem apurados em liquidação - Pensão por morte a ser calculada com base no valor do piso nacional de salário - Inclusão da verba de reparação do dano moral sofrido pelo cônjuge da vítima acrescida de despesas de funeral e sepultamento - Aplicação do art. 1553 do CC." (RT 634/151 - 154 - AC TJRJ, 09.08.88 - Ap. 1555/88-RJ)

"Bem público - Via pública - Ocupação por favelados - Impossibilidade de construção de edifícios devidamente aprovados - Responsabilidade da Municipalidade em razão de permissão do bloqueio - Desobstrução determinada - Perdas e danos devidos na hipótese de descumprimento do julgado." (RT 617/065 - AC TJSP, 12.11.1986 - Ap. 77.403-1-SP)

Sobre a questão do desvio de poder escreve Celso Antonio Bandeira de Mello na citada obra *Discricionariedade e Controle Jurisdicional*, pág. 80:

"Concorrem para identificar o desvio de poder fatores como a irrazoabilidade da medida, sua discrepância com a conduta habitual da Administração em casos iguais, a desproporcionalidade entre o conteúdo do ato e os fatos em que se embasou, a incoerência entre as premissas lógicas ou jurídicas firmadas na justificativa e a conclusão que delas foi sacada, assim como antecedentes do ato reveladores de animosidade, indisposição política ou, pelo contrário, de intuítos de favoritismo."

19. Registre-se, por fim, que esta AJC por diversas vezes foi instada a pronunciar-se em relação ao exercício do poder de polícia, em tema de parcelamentos clandestinos (Ofício nº 06/97 - informação nº 089/97); en-

chentes (Memo 09/CEJUR/92); desobstrução de vias públicas (processo nº 31-005.857-93*58 - ementa nº 5999); remoção de famílias moradoras em habitações de caráter subnormal (Memo-ATL 2186/95 - ementa nº 5624); guarda municipal (jornal S. News 29.03.92 e ofício 255/GCM/96 - ementa nº 5662); desocupação de área municipal (processo nº 23-001.486-89*74).

O CASO CONCRETO

20. No caso concreto, questiona SAR se, invocando o poder de polícia do Município, poderia obstar a atividade irregular em relação ao zoneamento urbano por falta de licença de funcionamento e em desacordo com a legislação estadual sobre o meio ambiente, que define a área como APA - Área de Proteção Ambiental.

Verifica-se que a atividade fiscalizatória foi exercida pela MSP, tendo sido lavrado o auto de intimação constante de fls. 01, aplicadas as multas, consoante autos de fls. 37/39, bem como requerida a abertura do competente inquérito policial em razão da desobediência e prosseguimento da atividade irregular.

Em suma: foi exercida a fiscalização nos termos da lei municipal, no que diz com a adequação à lei de uso e ocupação do solo urbano. Cabe pontuar, como bem ressaltado pelo senhor assessor de SAR/ATAJ, que a ação fiscalizatória foi desenvolvida para uma atividade não conforme, sendo que na realidade a atividade é em tese conforme e estava instalada sem a competente licença de localização e funcionamento.

No entanto, a atividade irregular é ainda sabidamente degradadora do meio ambiente.

Assim, consulta-nos SAR quanto ao exercício da própria atividade de polícia nesta hipótese específica, em que se imbricam a afronta à legislação urbanística e à legislação ambiental.

21. Em trabalho publicado na RT 670/231 em co-autoria com a procuradora Maria Lucia Corrêa, defendemos, a partir da edição da Constituição de 88, o exercício do poder de polícia do Município em matéria ambiental, recomendando a edição de legislação específica.

22. Inequivocamente, após este trabalho que datou de 1991 a preocupação com o meio ambiente cresceu em âmbito nacional, tendo havido um esforço conjugado da sociedade civil, organizações não governamentais, Ministério Público e Legislativo, que culminou com a edição da Lei 9605 de fevereiro de 1998 que dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente.

Ainda que venha sofrendo acirradas críticas de conceituados penalistas, quanto à deficiência de técnica legislativa empregada, a lei, ao tipificar diversas condutas como crimes ambientais, tornou possível às autoridades administrativas obter um melhor direcionamento nos casos concretos.

23. Contudo, com a recente edição da Medida Provisória nº 1710 de 07.08.98, publicada em 10.08.98, que estabeleceu a incidência da lei relativamente às condutas posteriores a 30 de março do corrente, permitindo a celebração de termo de compromisso para atividades em curso anteriormente, novas dúvidas se apresentaram aos agentes administrativos, configurando-se como uma tentativa de reduzir o rigor do diploma legal.

24. A despeito deste problema, que diz com a aplicabilidade da lei no tempo, é de se ver que nos termos de seu artigo 40, parágrafo 1º, configura-se crime contra a flora:

“Artigo 40 - Causar dano direto ou indireto às Unidades de Conservação e às áreas de que trata o artigo 27 do Decreto nº 99.274 de 6 de junho de 1990, independentemente de sua localização.

Pena - reclusão, de um a cinco anos.

§ 1º - Entende-se por Unidades de Conservação as Reservas Biológicas, Reservas Ecológicas, Estações Ecológicas, Parques Nacionais, Estaduais e Municipais, Florestas Nacionais, Estaduais e Municipais, Áreas de Proteção Ambiental, Áreas de Relevante Interesse Ecológico e Reservas ou outras a serem criadas pelo Poder Público.”

Ainda, o artigo 25 do mesmo diploma capitula a possibilidade de apreensão do produto e do instrumento de infração administrativa ou de crime, da seguinte forma:

“Artigo 25 - Verificada a infração, serão apreendidos seus produtos e instrumentos, lavrando-se os respectivos autos.

.....
§ 2º - Tratando-se de produtos perecíveis ou madeiras, serão estes avaliados e doados a instituições científicas, hospitalares, penais e outras com fins beneficentes.”

25. Diante da clareza dos dispositivos legais, inquestionavelmente caberia, no caso concreto, adotar as providências cabíveis na esfera criminal, para as quais são competentes todos os órgãos integrantes do SISNAMA - Sistema Nacional do Meio Ambiente criado pela Lei Federal 6938/81.

26. À vista das razões expendidas na primeira parte desta manifestação, no campo administrativo, a atuação do Município deverá estar fundamentada na legislação urbanística e na legislação ambiental do Município.

O Termo de Cooperação Mútua constante de fls. 08 destes autos teve em conta tão somente os aspectos técnicos da implantação de um parque público no local. Não nos parece ser o instrumento suficiente para justificar a atividade de polícia da Municipalidade, no sentido do encerramento da atividade. Registre-se ainda que a atividade em tela é admitida pela legislação de uso e ocupação do solo nessa específica zona de uso, consoante informação do Sr. Assessor Jurídico, às fls. 41.

Por esta razão, sequer seria admissível que houvesse ordem de fechamento por parte desta Municipalidade.

As atividades descritas em sua cláusula 1ª, entendemos deverão ser realizadas pela Municipalidade nos limites de sua competência legal. Assim, pensamos que o exercício da atividade de polícia com fundamento na legislação urbanística constitui uma forma de cooperação do poder público municipal dentro das diretrizes do citado termo.

27. Em nosso entendimento, a apreensão de bens particulares ausente a situação de perigo iminente a que se refere o inciso XXV do art. 5º da Constituição não é insita ao poder de polícia, devendo existir permissão para sua ocorrência.

Esta AJC pronunciou-se em parecer do Dr. Antonio Miguel Aith Neto na Informação nº 664/96 - PGM.AJC, a respeito da apreensão de bens, decorrente da reintegração de posse em área pública, tendo sido oferecidas as seguintes conclusões:

"a) a apreensão de bens - decorrente da reintegração de posse procedida nos termos do artigo 502 do Código Civil - implica o aperfeiçoamento de depósito necessário, devendo o proprietário, identificado quando da diligência, ressarcir a Municipalidade dos prejuízos e despesas verificadas com o depósito, sob pena de os bens retidos serem leiloados, visando a esse ressarcimento.

b) os bens móveis abandonados em área municipal, não havendo notícia de quem os abandonou voluntariamente, poderão ser adquiridos pela Municipalidade, nos termos do artigo 592 do Código Civil, por ocupação.

c) em face da pesada responsabilidade imposta pela lei à Municipalidade, decorrente da verificação fática das hipóteses aqui tratadas - (a) depósito necessário e (b) ocupação - cremos ser necessária a regulamentação do procedimento de apreensão e custódia de bens, através de Decreto, para que sejam fixadas com rigor as estreitas margens em que poderão atuar os agentes municipais."

Tratou-se então de situação específica, regrada pelo Código Civil: o abandono de bens e o depósito necessário destes pela Municipalidade.

Também em tema de loteamentos clandestinos, manifestação da Dra. Liliana de Almeida Ferreira da Silva Marçal no parecer constante do Ofício 06/97-SAR-ATAJ invocada às fls. 09 destes autos, entendendo que a apreensão de bens e equipamentos particulares utilizados nas obras deveria ocorrer para coibir a implantação de loteamentos clandestinos.

Não pensamos que a apreensão e perdimento de bens particulares seja a regra decorrente da atividade de polícia e da auto executoriedade do ato administrativo, fazendo-se exigível disposição legal específica para sua ocorrência, ou a solicitação da ordem judicial.

Não advogamos pela inércia da Administração, mas entendemos que a atuação da Administração deve sempre ter em conta o respeito aos direitos individuais.

28. A apreensão e o perdimento de bens no direito brasileiro são temas afetos ao direito tributário penal, mais que ao direito administrativo.

É nesse campo que encontramos legislação específica, em hipótese de contrabando de mercadorias, onde o perdimento decorre de prejuízo causado ao Erário.

No campo administrativo, a questão foi apreciada pelo STF (RDA 102/214, RE 63974) em tema de apreensão de carteira de habilitação de motorista, equiparando tal ato à aplicação de uma penalidade, que exigiria previsão legal.

No mesmo sentido, decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo, em hipótese de apreensão de veículo, condicionada sua liberação ao pagamento da multa (RDA 14/244).

E assim pensamos, entendendo que a apreensão de bens é hipótese que não se confunde com o abandono de bens particulares quando da desocupação de áreas públicas.

A apreensão é hipótese contemplada no artigo 33 da Lei 10.544/88, tendo em conta animais e mercadorias apreendidos ou abandonados em vias ou logradouros públicos.

29. Tais situações são bem diversas da hipótese apresentada por SAR, na qual os bens, consistentes em peças de veículos usados, integram o estoque do comerciante em atividade irregular.

30. Entendemos portanto que não caberia à Municipalidade no regular exercício do poder de polícia apreender os bens que fazem parte do estoque de estabelecimento comercial, ainda que a atividade seja irregular em face da legislação urbanística.

Parece-nos que esta Municipalidade, se assim procedesse, não teria como armazenar todos os bens apreendidos em razão do irregular exercício de atividades comerciais, industriais e de serviços na forma prevista na legislação de uso e ocupação do solo urbano.

Como demonstramos acima, a apreensão poderia ter lugar com fundamento legal, se decorrente da determinação no curso da apuração de crime ambiental nos termos da Lei 9605/98, ou na hipótese de perigo ou risco iminente, que não se caracteriza neste caso concreto.

31. Neste passo, portanto, alinhamo-nos à conclusão do senhor Assessor de SAR às fls. 41, entendendo que a Municipalidade não poderia exercer seu poder de polícia sem autorização legal.

Assim, havendo legislação municipal específica quanto ao uso e ocupação do solo urbano deve proceder no caso concreto nos limites desta legislação.

Inexistindo previsão legal para a apreensão de bens, para a hipótese de atividade comercial sem licença de funcionamento, não cabe falar neste tipo de providência por parte desta Municipalidade.

Se a ação administrativa foi equivocada, tendo sido fundamentada no dispositivo que prevê a desconformidade do uso (art. 102 do Decreto 11.106/74), e não a falta de licença de localização e funcionamento (art. 101 do Decreto 11.106/74), deverá ser retomada e adequada à realidade fática.

Entendemos cabível portanto:

a) oficiar à Secretaria do Estado e do Meio Ambiente para comunicar as providências adotadas pela Municipalidade de São Paulo, no regular exercício da atividade de polícia e em cumprimento ao Termo de Cooperação Mútua firmado em 3 de junho de 1991;

b) solicitar a apuração da ocorrência de delito contra o meio ambiente, em face do disposto na Lei 9605/98, mediante a expedição de ofício ao Ministério Público;

c) sugerimos ainda, comunicar à Secretaria Municipal do Verde, solicitando sejam intensificados os estudos tendentes a criar medidas protetivas e ações específicas à área da APA do Carmo e em especial promover a alteração do zoneamento na área para estabelecer os usos

compatíveis com sua preservação, encaminhando projeto de lei específico à Câmara.

À consideração superior.

São Paulo, 11/09/1998

MARIA SYLVIA RIBEIRO PEREIRA BARRETTO
Procuradora - PGM/AJC
OAB 65.989