

Alvará de funcionamento - Estabelecimento
comercial - Medida cautelar incidental -
Cabimento - Ausência de dano grave e iminente
à saúde pública - Princípios da razoabilidade e
proporcionalidade - Aplicação - Impossibilidade
jurídica do pedido - Ingerência do Poder
Judiciário - Ato próprio da Administração Pública
- Ilegalidade - Cessaçãõ - Possibilidade de exame

Ementa: Agravo de instrumento. Ação ordinária. Medida cautelar incidental que suspendeu a decisão que inter-

ditou o funcionamento de estabelecimento comercial. Alvará de Licença e Funcionamento. Ausência de dano grave e iminente à saúde pública. Princípios da razoabilidade e proporcionalidade inobservados. Manutenção da decisão de primeiro grau.

- Mostra-se correta a concessão de medida cautelar incidental em ação ordinária que, em juízo de cognição sumária, não vislumbrando dano grave e iminente à saúde pública oriundo de possível irregularidade nas instalações, suspende a interdição de estabelecimento comercial imposta pela Administração Pública com respaldo em seu poder de polícia, mas que, contudo, fere os princípios constitucionais da razoabilidade e da proporcionalidade.

AGRAVO DE INSTRUMENTO CÍVEL Nº 1.0024.10.204218-1/001 - Comarca de Belo Horizonte - Agravante: Município de Belo Horizonte - Agravada: Pastelaria Marília de Dirceu Ltda.- ME - Relatora: DES.ª TERESA CRISTINA DA CUNHA PEIXOTO

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 8ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, sob a Presidência da Desembargadora Teresa Cristina da Cunha Peixoto, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 24 de fevereiro de 2011. - Teresa Cristina da Cunha Peixoto - Relatora.

Notas taquigráficas

DES.ª TERESA CRISTINA DA CUNHA PEIXOTO - Conheço do recurso, por estarem reunidos os pressupostos intrínsecos e extrínsecos de sua admissibilidade.

Trata-se de Agravo de Instrumento interposto pelo Município de Belo Horizonte contra a decisão de primeiro grau de f. 167, que, nos autos da Ação Ordinária com Pedido de Antecipação de Tutela ajuizada por Pastelaria Marília de Dirceu Ltda.-ME, deferiu medida cautelar incidental, a teor do art. 273, § 7º, do CPC, "a fim de autorizar a manutenção das atividades da requerente até o julgamento de mérito desta ação".

Sustentou o recorrente, em síntese, que

as alegações e os documentos ora trazidos demonstram a ausência de qualquer ilegalidade praticada pelo Agravante, porque, segundo o disposto no art. 227 da Lei Municipal nº 8.616/03, o exercício de atividade não residencial depende de prévio licenciamento, ou seja, para o funcionamento de um estabelecimento é necessário que se adquira o alvará de localização e funcionamento adequado às atividades realizadas (f. 26),

requerendo a concessão de efeito suspensivo e, por fim, o provimento do recurso.

O pedido de efeito suspensivo foi indeferido (f. 302/303).

Contraminuta às f. 307/319.

Informações do duto juízo singular à f. 321.

Inicialmente, no que tange ao pedido de impossibilidade jurídica do pedido suscitado pelo recorrente, ao argumento de que o requerimento formulado pela autora enseja a ingerência do Poder Judiciário em ato próprio da Administração Pública, já que requerem a expedição do Alvará de Localização e Funcionamento, registro que tal arguição deve ser levantada em primeiro grau, valendo registrar que, nesta oportunidade processual, a princípio não verifico a ausência de condição da ação, tendo em vista que ao Poder Judiciário compete fazer cessar ilegalidades e, verificando que o ato da Administração Pública de não conceder a licença é ilegal, pode e deve determinar que seja expedido o alvará. Feitas essas considerações, passo à análise das questões debatidas meritoriamente.

Revelam os autos que Pastelaria Maria de Dirceu Ltda.-ME ajuizou Ação Ordinária com Pedido de Antecipação de Tutela em face do Município de Belo Horizonte, alegando que, a despeito de estar em funcionamento desde 15.8.92, teve negada a renovação de licença, com expedição de Alvará de Localização e Funcionamento, tendo em vista parecer desfavorável emitido pela Secretaria Municipal Adjunta do Meio Ambiente. E, ainda, para

que dúvida alguma pudesse pairar acerca da regularidade e adequação de suas instalações, submeteu-se a autora a uma meticulosa inspeção e limpeza do sistema de exaustão, levado a cabo pela empresa 'Apuro Limpeza Conservação de Ambientes Ltda.' que instalou uma série de equipamentos objetivando a melhoria - se é que isto era possível - e aperfeiçoamento da estrutura física do local (f. 42),

tendo obtido também laudo do Corpo de Bombeiros do Estado de Minas Gerais, protocolizando, por isso, novo pedido de licenciamento, que lhe foi negado, ensejando a interposição de novo recurso, que se encontra em tramitação.

Sustentou que foi surpreendida, no dia 8.9.2010, com uma notificação para encerrar as atividades, em virtude de estar funcionando sem Alvará de Localização e Funcionamento, o que não pode prevalecer, já que

satisfeitos todos os requisitos e exigências solicitadas, resta manifestamente incontroverso que a autora está sofrendo violação em seu direito por ato de ilegalidade e abuso de poder por parte da Municipalidade, a quem compete a expedição da licença rogada (f. 47).

Requeru a concessão de antecipação da tutela,

a fim de manter em funcionamento o estabelecimento comercial demandante, determinando-se à ré que se abstenha de adotar quaisquer medidas constritivas ou atos sancionatórios contra si, relativamente ao Alvará de Localização e Funcionamento discutido, até o julgamento final deste feito (f. 56).

A Magistrada singular deferiu “medida cautelar incidental, a teor do art. 273, § 7º, do CPC, a fim de autorizar a manutenção das atividades da requerente até o julgamento de mérito desta ação” (f. 167), ao fundamento de que

a requerente é empresa regularmente constituída e em exercício há vários anos, de modo que a cessação de suas atividades a expõe, indubitavelmente, aos danos correspondentes. Conforme a documentação carreada aos autos, são pequenas as pendências relatadas pelo requerido e elas não se referem à segurança, à salubridade na manipulação ou conservação dos alimentos, nem em situação contrária às normas sanitárias (f. 167),

o que motivou o presente recurso.

Inicialmente, cumpre estabelecer que, apesar de guardar semelhança com a medida cautelar, a antecipação de tutela difere desta, pois os objetivos de cada um destes institutos são distintos, prestando-se a cautelar a garantir e dar segurança ao provimento final do processo, dando-se, desta forma, a efetividade do exercício do poder jurisdicional.

Veja-se a respeito o pronunciamento de Reis Friede:

Neste diapasão, deve ser registrado, de forma contundente, procurando restabelecer o parâmetro do necessário rigor técnico, que a denominada tutela antecipada, em nenhuma hipótese, se coaduna com as características e os objetivos próprios e específicos (e, em certo aspecto, limitados) da tutela cautelar, restritos, em última análise, a uma forma jurisdicional extensiva que visa assegurar a plena efetividade da tutela jurisdicional de conhecimento (antecipada ou não) (*Tutela antecipada, tutela específica e tutela cautelar*. Editora Del Rey, 4. ed., p. 38).

Com efeito, segundo a lição de Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery:

Fungibilidade. Cautelar incidental. Quando o autor fizer pedido de antecipação de tutela, mas a providência requerida tiver natureza cautelar, não se pode indeferir o pedido de tutela antecipada por ser inadequado. Neste caso, o juiz poderá adaptar o requerimento e transformá-lo de pedido de tutela antecipada em pedido de cautelar incidental. Deve, portanto, receber o pedido como se fosse cautelar. Anote-se que os requisitos para obtenção de tutela antecipada são mais rígidos do que os necessários para obtenção de tutela cautelar. Assim, só poderá ser deferida a medida cautelar se estiverem presentes os requisitos exigidos para tanto (*fumus boni iuris e periculum in mora*) (*Código de Processo Civil Comentado*. Ed. Revista dos Tribunais, 9. ed., 2006, p. 460).

Certo é que, após a entrada em vigor da Lei 10.444/2002, que acrescentou ao art. 273 do CPC o parágrafo 7º, passou-se a permitir que,

se o autor, a título de antecipação de tutela, requerer providência de natureza cautelar, poderá o juiz, quando presentes os respectivos pressupostos, deferir a medida cautelar em caráter incidental do processo ajuizado,

uma vez que, como cediço, o nosso sistema processual civil se pauta pelo princípio da instrumentalidade das formas.

Destarte, o processo não é um fim em si mesmo, sendo apenas um meio utilizado pelo direito vigente para que esse tenha curso e aplicação justa - quando este escopo não é cumprido espontaneamente pelas partes -, servindo, portanto, como um instrumento para fazer valer o direito. Assim, não se justifica a superposição das formas, cabendo sempre adaptações nos procedimentos quando não restarem desnaturados os institutos envolvidos.

No caso em análise, a Magistrada singular indeferiu o pedido de antecipação de tutela, deferindo, contudo, medida cautelar incidental, para permitir a continuidade das atividades da empresa agravada, que foi notificada, em 8.9.10,

para encerrar as atividades deste estabelecimento, por estar funcionando sem Alvará de Localização e Funcionamento, ou com o alvará vencido, conforme determina o art. 227, *caput*, e § 2º da Lei 8616/03, alterada pela Lei 9845/10, regulamentada pelo Decreto 14060/10, art. 2º, II, e art. 137 (f. 93),

o que se mostra adequado em face do pedido.

Feitas essas considerações, analiso a questão de fundo, salientando que, nesse aspecto, necessário é trazer a lume os dispositivos do Código de Posturas do Município de Belo Horizonte:

Art. 227 - O exercício de atividade não-residencial depende de prévio licenciamento.

§ 1º - A atividade a ser desenvolvida deverá estar em conformidade com os termos do documento de licenciamento, dentre eles os referentes ao uso licenciado, à área ocupada e às restrições específicas.

§ 2º - O documento de licenciamento terá validade máxima de 5 (cinco) anos.

E, ainda:

Art. 307 - O cometimento de infração implicará a aplicação das seguintes penalidades:

I - notificação;

II - multa;

III - apreensão de produto ou equipamento;

IV - embargo de obra ou serviço;

V - cassação do documento de licenciamento;

VI - interdição da atividade;

VII - demolição.

Analisando as normas transcritas, faz-se necessário enquadrar a questão fática, a fim de se apurar se há dano grave e iminente à saúde pública e ao ambiente, decorrente da verificação da possível irregularidade cometida pela recorrida, ausência de Alvará de Localização e Funcionamento, que se mostrasse capaz de autorizar de plano a interdição imediata do estabelecimento comercial, com embasamento nos arts. 227 e 307 da legislação apontada.

Pela análise do caderno processual, verifica-se que o indeferimento do Alvará de Localização e Funcionamento pela Prefeitura Municipal se embasou em parecer da Secretaria de Meio Ambiente, datado de 18 de junho de 2010, que atestou não reunir a empresa as necessárias condições ambientais, determinando que caberia ao empreendedor seguir as recomendações, verbis:

Dotar as fontes de poluição do ar de dispositivos eficientes de controle dos inconvenientes que possam advir da emissão de gases, odores ou outras substâncias nocivas ou prejudiciais à vizinhança [...]. Se for o caso, instalar sistema de pós-filtragem dos gases exauridos pelo(s) sistema(s) de exaustão, destinado à retenção de substâncias odoríferas.

Reposicionar os dutos do sistema de exaustão, de forma que a dispersão dos efluentes atmosféricos não cause incômodos.

Proceder a limpeza e manutenção periódica do sistema de controle da poluição adotado [...].

As emissões de sons, ruídos e vibrações em decorrência das atividades exercidas pela empresa deverão obedecer aos padrões e critérios estabelecidos pela Lei 9505/08 [...].

Apresentar novo Auto de Vistoria do Corpo de Bombeiros (AVCB), com validade renovada, certificando que a instalação possui as condições de segurança contra incêndio e pânico, previstas na legislação (f. 208).

Ocorre que a Pastelaria Marília de Dirceu, após ter sido indeferido o pedido de alvará, realizou a manutenção (instalação de filtros retentores de gordura) do sistema de exaustão (f. 67), bem como requereu, junto ao Corpo de Bombeiros Militar de Minas Gerais, formulário de segurança contra incêndio e pânico (f. 34/35).

Assim, apesar de a expedição do alvará de funcionamento significar forma de exteriorização do Poder de Polícia inerente à Administração, tendo em vista as exigências do serviço público e os interesses da coletividade, não pode a mesma, todavia, agir em desconformidade com o ordenamento jurídico constitucional, que assegura ao administrado o direito de ampla defesa em regular processo administrativo.

Com efeito, o princípio do devido processo legal, como disposto no art. 5º, incisos LIV e LV, do Texto Maior, determina que ninguém poderá ser privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal, no qual é assegurado o direito ao contraditório e à ampla defesa, com meios e recursos apropriados, seja judicialmente ou administrativamente.

In casu, a alegação de que a interdição do estabelecimento da autora, ora agravada, estaria em conformidade com o poder de polícia é, na verdade, um meio coativo que interfere radicalmente na liberdade do exercício de atividade mercantil, razão pela qual se impõe à Administração Pública agir com a devida cautela, em observância aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, de modo a não extrapolar os meios necessários à obtenção do resultado almejado, sob pena de agir de forma abusiva e arbitrária.

Sobre o princípio da razoabilidade, Celso Antônio Bandeira de Mello, em sua respeitada obra *Curso de Direito Administrativo* (19. ed., p. 97) assevera:

Com efeito, o fato de a lei conferir ao administrador certa liberdade (margem de discricção) significa que lhe deferiu o encargo de adotar, ante a diversidade de situações a serem enfrentadas, a providência mais adequada a cada qual delas. Não significa, como é evidente, que lhe haja outorgado o poder de agir ao sabor exclusivo de seu líbido, de seus humores, paixões pessoais, excentricidades ou critérios personalíssimos, e muito menos significa que liberou a Administração para manipular a regra de Direito de maneira a sacar dela efeitos não pretendidos nem assumidos pela lei aplicanda. Em outras palavras: ninguém poderia aceitar como critério exegético de uma lei que esta sufrague as providências insensatas que o administrador queira tomar; é dizer, que valize previamente condutas desarrazoadas, pois isso corresponderia a irrogar dislates à própria regra de Direito.

Em relação ao princípio da proporcionalidade, preleciona com o mesmo rigor técnico:

Este princípio enuncia a ideia - singela, aliás, conquanto frequentemente desconsiderada - de que as competências administrativas só podem ser válidas se exercidas na extensão e intensidade proporcionais ao que seja realmente demandado para cumprimento da finalidade de interesse público a que estão atreladas. Segue-se que os atos cujos conteúdos ultrapassem o necessário para alcançar o objetivo que justifica o uso da competência ficam maculados de ilegitimidade, porquanto desbordam do âmbito da competência; ou seja, superam os limites que naquele caso lhe corresponderiam.

Por tais motivos, a decisão recorrida não merece censura, pois que, como bem estabelecido pela d. Magistrada *a quo*, uma das mais brilhantes da Judicatura Mineira, a interdição do estabelecimento restou por ferir os princípios citados, por ser medida desproporcional e desarrazoada à alegada irregularidade.

Assim, o *fumus boni juris* fica demonstrado pelo impedimento da manutenção das atividades da empresa, quando não se há de falar em risco inerente à saúde pública, tampouco às normas ambientais, na medida em que a empresa vem tomando medidas técnicas a fim de minimizar os poluentes decorrentes da sua atividade, sendo, ainda, de se frisar que a localidade em que está instalada é comercial, não me parecendo crível, no per-

tinente à poluição sonora, que seja a única responsável pelos ruídos que incomodam a vizinhança.

O *periculum in mora* também restou amplamente comprovado, uma vez que a cassação das atividades da agravada, que labora no comércio de produtos alimentícios, poderá lhe acarretar prejuízos de grande monta.

Nesse sentido, as decisões desta Corte de Justiça:

Ementa: Mandado de segurança. Posto de venda de combustíveis. Atividade exercida há quase quatro décadas. Aquiescência e fiscalização pelo poder público. Alvará de localização e funcionamento. Licença ambiental. Emissão condicionada à retificação de área do imóvel. Ação ajuizada, ainda em trâmite. Recursos administrativos pendentes de julgamento. Interdição do estabelecimento. Sanção desarrazoada. Medida drástica. Afronta ao princípio da razoabilidade e proporcionalidade. Ofensa a direito líquido e certo. Correção mandamental que se impõe. Recurso provido. A demora do trâmite processual não pode alcançar o administrado, atribuindo-lhe, em razão desse pesado fardo, vultosos prejuízos, mediante o nefasto abalo na sua imagem e competitividade mercadológica. A drástica interdição do estabelecimento representaria, em verdade, seu fechamento definitivo, não se podendo olvidar que 'os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa' configuram princípio da República Federativa do Brasil e fundamento do Estado Democrático de Direito e da ordem econômica. A interdição, consideradas as evidências e circunstâncias dos autos, revela afronta à razoabilidade, restando preterida a proporcionalidade entre as condutas administrativa e empresarial, posto que o administrado atua no mercado há quase quatro décadas, sob aquiescência e fiscalização do Poder Público, tendo adotado as providências administrativo-judiciais que lhe competiam. (Apelação Cível nº 1.0024.07.575113-1/001 - Comarca de Belo Horizonte - Apelante: Posto França Campos Ltda. - Apelado: Município Belo Horizonte - Autorid Coatora: Gerente Reg Fiscalização Urbanística Ambiental Oeste Mun Belo Horizonte, Secretário Mun Adjunto Regulação Urbana Belo Horizonte - Relator: Exmo. Sr. Des. Nepomuceno Silva.)

Ementa: Administração Municipal. Centro Universitário. Falta de Alvará de Localização e Funcionamento. Determinação de encerramento das atividades. Recurso administrativo pendente. Afronta aos princípios basilares da defesa e do contraditório, da razoabilidade e da proporcionalidade. Revela-se indevida a determinação da Administração Municipal de encerramento das atividades de Escola (Centro Universitário) de ensino médio e superior por falta de alvará de localização e funcionamento antes do julgamento de recurso administrativo em trâmite, medida drástica que vai atingir direitos de terceiros e o ensino ali ministrado, por afrontar os princípios basilares da defesa e do contraditório e, em razão das circunstâncias, ainda aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. (Apelação Cível/Reexame Necessário nº 1.0024.05.580689-7/001 - Comarca de Belo Horizonte - Remetente: Jd 2 V Faz Mun Comarca Belo Horizonte - Apelante: Município Belo Horizonte - Apelada: Fundac BH - Fundação Cultural Belo Horizonte - Autorid Coatora: Gerente Reg Fiscalização Urbanística Ambiental Oeste Mun Belo Horizonte - Relatora: Exm.ª Sr.ª Des.ª Vanessa Verdolim Hudson Andrade.)

Dessa forma, presentes os pressupostos autorizadores da medida liminar, deve ser desprovido o

agravo de instrumento, mantendo-se a decisão agravada.

Custas recursais, pela agravante, na forma da lei.

Votaram de acordo com a Relatora os DESEMBARGADORES VIEIRA DE BRITO e BITENCOURT MARCONDES.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.