

Mandado de segurança - Estabelecimento comercial - Interdição - Auto de infração - Ilegalidade - Delegação legislativa inconstitucional - Procedimento administrativo prévio - Ausência

Ementa: Mandado de segurança. Interdição de estabelecimento comercial. Ilegalidade do auto de infração. Delegação legislativa inconstitucional. Ausência de procedimento administrativo prévio.

- O princípio da moralidade administrativa impõe que a Administração Pública faça constar, do auto de infração administrativa por poluição sonora, os níveis de decibéis constatados na fiscalização, que alega serem superiores ao limite permitido, como forma de possibilitar ao suposto infrator o exercício da ampla defesa.

- Extrapola a competência regulamentar decreto que inova no mundo jurídico, dispondo acerca de restrição de direitos, sem que as condições para tanto estejam prescritas na lei regulamentada, configurando-se delegação disfarçada e, portanto, nula, a outorga dessa competência da lei para o regulamento.

- Todo ato administrativo cujos efeitos importem em restrição da esfera jurídica de um particular deve ser precedido de procedimento administrativo, segundo o devido processo legal, em que se assegure ao interessado o exercício do contraditório e da ampla defesa.

APELAÇÃO CÍVEL/REEXAME NECESSÁRIO Nº 1.0024.07.447973-4/002 - Comarca de Belo Horizonte - Remetente: Juiz de Direito da 5ª Vara da Fazenda Municipal da Comarca de Belo Horizonte - Apelante: Município de Belo Horizonte - Apelada: BARBH Gastronomia Ltda. - Autoridade coatora: Secretário Municipal de Administração da Regional Centro-Sul de Belo Horizonte - Relator: DES. MAURÍCIO BARROS

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 6ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM CONFIRMAR A SENTENÇA, PREJUDICADO O RECURSO VOLUNTÁRIO.

Belo Horizonte, 19 de fevereiro de 2008. - Maurício Barros - Relator.

Notas taquigráficas

DES. MAURÍCIO BARROS - Trata-se de reexame necessário e de apelação interposta pelo Município de Belo Horizonte nos autos do mandado de segurança impetrado por BARBH Gastronomia Ltda. contra ato do Secretário Municipal da Regional Centro-Sul de Belo Horizonte, da sentença que, confirmando a liminar, concedeu a ordem para determinar que a autoridade coatora se abstenha de aplicar sanções à impetrante, salvo se instaurar o competente processo administrativo, com observância dos princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa (f. 173/177).

Inconformado, o apelante aduz, em síntese, que o ato administrativo questionado se assenta no art. 317, inciso II e §§ 1º e 2º, da Lei Municipal 8.616/2003, bem como no art. 180, II, § 1º, do Decreto Municipal 11.601/2004; que a interdição se deu de imediato por se tratar de atividade poluente sonora; que não há que se falar em necessidade de prévio processo administrativo; e que não há exigência legal de que o fiscal faça constar do auto de infração o nível dos ruídos, devendo

apenas apurar se houve infração às normas legais, gozando o seu ato de presunção de legalidade, veracidade e legitimidade. Pede a reforma da sentença, com a denegação da segurança para que o apelante possa manter a interdição do estabelecimento, até que seja formulada proposta pelo representante legal da impetrante, no sentido reduzir os ruídos emitidos pelos frequentadores da casa (f. 179/184).

O apelado ofereceu contra-razões, em óbvia contrariedade (f. 186/190).

A douta Procuradoria-Geral de Justiça, às f. 199/202, opinou pela manutenção da r. sentença, em reexame necessário, prejudicado o recurso voluntário.

O reexame necessário.

Conheço da remessa oficial, já que presentes estão os respectivos pressupostos de admissibilidade.

Trata-se de mandado de segurança impetrado contra ato da autoridade apontada coatora, que, mediante os autos de fiscalização 166.052 e de infração 058.076 (f. 21), promoveu a interdição incontinênti do estabelecimento comercial da impetrante.

A discussão se restringe ao mérito da lide, já que a autoridade impetrada deixou transcorrer em branco o prazo destinado à prestação de informações (f. 65-v.).

Compulsando os autos, verifico que o auto de fiscalização apresenta nulidade, por ter deixado de registrar os níveis de decibéis dos sons emitidos e que supostamente estariam acima do limite permitido.

A obrigação de fazer constarem do auto de fiscalização e/ou de infração os níveis de ruído decorre do princípio da moralidade, que impõe à Administração Pública uma atuação conforme os princípios éticos. Segundo lição de Celso Antônio Bandeira de Mello, esse princípio se desdobra nos princípios da lealdade e da boa-fé, segundo os quais

a Administração haverá de proceder em relação aos administrados com sinceridade e lhanza, sendo-lhe interdito qualquer comportamento astucioso, eivado de malícia, produzido de maneira a confundir, dificultar ou minimizar o exercício de direitos por parte dos cidadãos (*Curso de direito administrativo*. 22. ed. Ed. Malheiros, 2007, p. 115).

Obviamente, a omissão do dado mais importante, no auto de infração, que evidencia a realização da conduta apontada como infratora pelo suposto infrator, dificulta ou mesmo impede o exercício, por este, do seu direito à ampla defesa. Por outro lado, os atributos da presunção de legitimidade e veracidade do ato administrativo não dispensam o administrador do registro adequado dos fatos que aponta para o particular. Tais atributos não conferem à Administração os poderes por esta pretendidos. Sua conduta é vinculada, em maior ou menor grau, e se sujeita ao controle de legalidade, inclusive quanto aos atos discricionários. Os atributos em questão têm caráter meramente instrumental da ativi-

dade administrativa, para permitir à Administração Pública o exercício ordinário da sua função executiva.

Além da ilegalidade dos autos de fiscalização e de infração, outro aspecto sobressai dos fatos sob apreciação: o da previsão legal de interdição imediata da atividade poluente, conforme o art. 317, II e § 1º, da Lei Municipal 8.616/2003 (Código de Posturas Municipais), que assim dispõem:

Art. 317 - A interdição do estabelecimento ou atividade dar-se-á, sem prejuízo da aplicação da multa cabível, quando:

(...)

II - tratar-se de atividade poluente, assim definida pela legislação ambiental;

(...)

§ 1º. O regulamento definirá situações em que a interdição dar-se-á de imediato.

O regulamento a que alude o referido § 1º encontra-se no Decreto 11.601/2004, alterado pelo Decreto 11.698/2004.

À primeira vista, já se percebe uma delegação legislativa inconstitucional do § 1º do art. 317 da Lei Municipal 8.616/2003, ao transferir para o regulamento disciplina que extrapola os limites da função regulamentar. O regulamento não pode inovar no mundo jurídico, ou seja, não pode criar direitos ou deveres novos, nem tampouco restringir ou ampliar os direitos, que devem ser postos pela lei regulamentada. A propósito, ensina Celso Antônio Bandeira de Mello:

Há inovação proibida sempre que seja impossível afirmar-se que aquele específico direito, dever, obrigação, limitação ou restrição já estatuídos e identificados na lei regulamentada. Ou, reversamente: há inovação proibida quando se possa afirmar que aquele específico direito, dever, obrigação, limitação ou restrição incidentes sobre alguém não estavam já estatuídos e identificados na lei regulamentada. A identificação não necessita ser absoluta, mas deve ser suficiente para que se reconheçam as condições básicas de sua existência em vista de seus pressupostos, estabelecidos na lei e nas finalidades que ela protege.

É, pois, à lei, e não ao regulamento, que compete indicar as condições de aquisição ou restrição de direito. Ao regulamento só pode assistir, à vista das condições preestabelecidas, a especificação delas. E esta especificação tem que se conter no interior do conteúdo significativo das palavras legais enunciativas do teor do direito ou restrição e do teor das condições a serem preenchidas (obra citada, p. 339/340).

A melhor exegese do dispositivo legal em comento é no sentido da delegação legislativa, tão-somente, para a definição de hipóteses de interdição imediata, obviamente decorrentes de situações emergenciais ou excepcionais, a justificar a medida, por razões de interesse público premente. Entendimento diverso configuraria a chamada "delegação disfarçada", que é nula, por inconstitucional. Recorrendo novamente à lição de Celso

Antônio Bandeira de Mello, considera-se que há delegação disfarçada sempre que a lei deixa para o Poder Executivo a configuração do direito, obrigação ou restrição:

Isto sucede quando fica deferido ao regulamento definir por si mesmo as condições ou requisitos necessários ao nascimento do direito material ou ao nascimento da obrigação, dever ou restrição. Ocorre, mais evidentemente, quando a lei faculta ao regulamento determinar obrigações, deveres, limitações ou restrições que já não estejam previamente definidos e estabelecidos na própria lei (obra citada, p. 342/343).

Nesse contexto normativo, pois, deve-se interpretar o disposto no § 1º do art. 317 da Lei Municipal nº 8.616/2003, sob pena de nulidade:

De todo modo, ostensiva ou disfarçada, genérica ou mais restrita, assentada no todo da lei ou no incidente particular de algum preceptivo dela, a delegação do poder de legislar conferida ao regulamento é sempre nula, pelo que ao Judiciário assiste - como guardião do Direito - fulminar a norma que delegou e a norma produzida por delegação (Celso Antônio Bandeira de Mello, obra citada, p. 343).

É de se ressaltar que o princípio da reserva legal tem por objeto a tutela dos direitos e liberdades, retirando sua disciplina normativa dos casuísmos possíveis no Poder Executivo.

Por outro lado, dada a restrição interpretativa do disposto no § 1º do art. 317 do Código de Posturas Municipal, cuja única exegese constitucionalmente possível é a anteriormente exposta, de interdição imediata apenas nos casos emergenciais ou excepcionais, de interesse público premente, devidamente justificado de forma objetiva, impõe-se, nos demais casos, a prévia instauração de procedimento administrativo pelo Poder Público.

E essa imposição decorre da condição do particular, hoje, de sujeito de direitos perante a Administração Pública, no lugar de objeto da prestação administrativa, consoante se entendia no Estado Liberal, quando era então chamado de administrado. A Constituição Federal de 1988, ao instituir o Estado Democrático de Direito, que é um Estado "de direito material", impôs às três funções do Estado (executiva, legislativa e jurisdicional) a incumbência de realização dos seus fins, ou seja, de tutela dos direitos fundamentais, com vistas à realização da dignidade da pessoa humana, posta pela Carta Constitucional como fundamento da República (art. 1º, III). Além disso, a Constituição reconheceu expressamente ao particular direitos perante a Administração Pública, de modo que são ambos, Administração e particular, sujeitos de direitos diretamente fundados na Constituição Federal. Essa circunstância altera radicalmente a relação entre ambos, ganhando uma feição subjetivista, no sentido da proteção do particular diante da atuação administrativa.

Daí a necessária proceduralização de todo comportamento administrativo que importe em efeitos restritivos da esfera jurídica do particular. O procedimento tem a natureza de garantia para o cidadão, além de impor uma atuação transparente do Poder Público, permitindo a realização do controle de legalidade da sua atuação. Essa é uma dimensão do preceituado no inciso LV do art. 5º da Constituição Federal, segundo o qual: "Aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral, são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes".

De modo que, também pela ausência de procedimento administrativo prévio ao ato de interdição do estabelecimento comercial da impetrante, afigura-se ilegal o citado ato, a ferir o direito líquido e certo da impetrante.

Com esses fundamentos, no reexame necessário, confirmo a sentença. Julgo, em conseqüência, prejudicado o recurso voluntário.

Custas, *ex lege*.

Votaram de acordo com o Relator os Desembargadores ANTÔNIO SÉRVULO e ERNANE FIDÉLIS.

Súmula - CONFIRMARAM A SENTENÇA, PREJUDICADO O RECURSO VOLUNTÁRIO.

...