



Não há ilegalidade no fechamento do Shopping Frei Caneca, decide juiz

25/07/2012

Não há qualquer ilegalidade na decisão da Prefeitura de São Paulo de fechar o Shopping Frei Caneca. A conclusão é da 7ª Vara da Fazenda Pública da capital, que negou o pedido de liminar apresentado pelo estabelecimento. A prefeitura prometeu fechar o shopping nesta quinta-feira (26/7).

De acordo com o juiz Evandro Carlos de Oliveira, ficou provado nos autos que a empresa não tem licença para funcionar, fato que enseja o poder de polícia da administração municipal.

O shopping tentou impedir o seu fechamento argumentando que tinha alvará para funcionar quando fez as obras e que fez o pedido de nova licença no dia 18 de novembro de 2010 e não obteve resposta da prefeitura.

O juiz, entretanto, explicou que a Lei Municipal 13.885, de 2004, é taxativa ao dizer que nenhum imóvel pode ser ocupado ou usado sem licença. Em seu artigo 212, a lei prevê ainda que serão considerados irregulares os imóveis que passaram por obras não autorizadas.

No despacho, o juiz diz também que o shopping teve tempo suficiente para questionar na Justiça a demora da administração municipal em conceder a licença, mas não o fez.

De acordo com a decisão, é incerta a área efetivamente ocupada pelo estabelecimento. O alvará de funcionamento concedido pela prefeitura menciona 63.547 m², o certificado de conclusão da obra diz que a área é de 72.675 m² e a solicitação de licença de funcionamento fala de 67.922 m².

Diante dessas informações, o juiz negou o pedido de liminar e o shopping poderá ser fechado pela prefeitura de São Paulo.

Leia a decisão:

Processo 0032877-14.2012.8.26.0053

7ª Vara de Fazenda Pública – Foro Central – Fazenda Pública/Acidentes

Impetrante: Frei Caneca Shopping & Convention Center Ltda

Impretrado: Subprefeito da Subprefeitura Sé – Prefeitura do Município de São Paulo

Decisão ou Despacho

Vistos. Para a concessão de medidas liminares é necessária a comprovação do fundado receio de dano jurídico (*periculum in mora*) e do interesse processual na segurança da situação de fato que deverá incidir a prestação jurisdicional definitiva (*fumus boni iuris*).

Como ensina Humberto Theodoro Junior "a medida está subordinada, como qualquer outra providência cautelar, aos pressupostos gerais da tutela cautelar, que genericamente se veem no artigo 798, isto é, fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação" (Processo Cautelar, página 268, ed. Leud).



A questão se insere dentro do poder de polícia da Administração Pública. Do ponto de vista constitucional, o poder de polícia vem mencionado como fundamento de taxa, espécie tributária prevista no artigo 145, inciso II, da Constituição de 1988. Como lá o constituinte não cuidou de sinalizar seu conceito, o Código Tributário Nacional empreendeu em seu artigo 78: Considera-se poder de polícia a atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática do ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranquilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos.

Doutrinária e jurisprudencialmente estudiosos e julgadores não discrepam que o poder de polícia é poder administrativo, não político, contingente e estrutural a toda Administração Pública. Hely Lopes Meirelles conceitua poder de polícia como "a faculdade de que dispõe a Administração Pública para condicionar e restringir o uso e gozo de bens, atividades e direitos individuais, em benefício da coletividade ou do próprio Estado" (*Direito municipal brasileiro*. 16ª ed. Ed. Malheiros. f. 480). Celso Antonio Bandeira de Mello, a seu turno, conceitua o poder de polícia em sentido estrito relacionando-o "com as intervenções, quer gerais e abstratas, como os regulamentos, quer concretas e específicas (tais as autorizações, as licenças, as injunções), do Poder Executivo destinadas a alcançar o mesmo fim de prevenir e obstar ao desenvolvimento de atividades particulares contrastantes com os interesses sociais" (*Curso de direito administrativo*. 12ª ed. Ed. Malheiros. f. 666). Maria Sylvia Zanella Di Pietro define: "Pelo conceito moderno, adotado no Direito brasileiro, o poder de polícia é a atividade do Estado consistente em limitar o exercício dos direitos individuais em benefício do interesse público" (*Direito Administrativo*. 13 ed. Ed. Atlas. f. 110.).

À luz dos mestres, é do sentir do Juízo que o poder de polícia é a própria ponderação da liberdade e propriedade individuais em harmonia com a supremacia do interesse público, inclusive à vista de viabilizar a vida em sociedade, com um mínimo necessário à convivência.

A hipótese dos autos é apenas uma entre tantas inseridas dentro do controle de polícia administrativa. Cuida-se aqui de questão sobre falta de auto de licença e alvará de funcionamento. Trata-se, portanto, de situação inserida dentro da polícia das atividades urbanas em geral. Esse policiamento estende-se a todas as atividades e estabelecimentos urbanos, desde sua localização até a sua instalação e funcionamento, não para o controle do exercício profissional e do rendimento econômico, alheios à alçada municipal, mas para a verificação da segurança e da higiene do recinto, bem como da própria localização do empreendimento (escritório, consultório, banco, casa comercial, indústria etc.) em relação aos usos permitidos nas normas de zoneamento da cidade.

Afirma a empresa impetrante que, após obter licença de funcionamento, efetuou obras em seu estabelecimento. Ocorre que referida conduta contraria a Lei Orgânica do Município de São Paulo que estabelece em seu artigo 156 que a realização de obras, a instalação de atividades e a prestação de serviços por órgãos públicos municipais, estaduais ou federais e entidades particulares não poderão contrariar as diretrizes do Plano Diretor e dependerão de prévia aprovação do Município, atendidos seus interesses e conveniências. (g.n.)



Ainda que assim não fosse, o artigo 208 da Lei Municipal 13.885, de 25.8.2004 é taxativo ao apontar que nenhum imóvel poderá ser ocupado ou utilizado para instalação e funcionamento de usos não Residenciais nR, sem prévia emissão, pela Prefeitura, da licença correspondente, sem o qual será considerado em situação irregular. Em consonância, o artigo 212 do mesmo dispositivo legal considera irregular o imóvel em razão da realização de obras não autorizadas pelo Poder Público, ao assim dizer: "Os usos não residenciais - nR, os usos residenciais - R e as edificações serão também considerados em situação irregular quando os documentos, a que se referem os artigos 208 ou 209, tenham perdido suas eficácias, em função de alterações de ordem física ou de utilização, de incomodidade ou de instalação, ocorridas no imóvel, e em relação às condições anteriores, regularmente aceitas pela Prefeitura". (g.n.)

É certo que a empresa impetrante solicitou seu alvará de funcionamento em 18/11/2010; mas, não se sabe por qual razão, preferindo permanecer de forma irregular, vez que a licença anteriormente expedida perdera sua eficácia em razão das obras realizadas no imóvel (art. 212 da Lei Municipal nº 13.885/04), quedou-se inerte durante todo este lapso temporal e não ajuizou nenhuma medida judicial para solucionar eventual omissão administrativa. Frise-se, ainda, que o disposto no artigo 23 da Lei 13.558/03, com a redação que lhe deu a Lei 13.876/04, refere-se a regularização de obras concluídas até 13 de setembro de 2002 (art. 1º), o que não é o caso dos autos, e não a atividade empresarial desenvolvida no local.

Por fim, sequer há certeza sobre qual a área efetivamente ocupada pela impetrante, vez que o alvará de funcionamento inicialmente concedido faz menção a 63.547,01 m²; o certificado de conclusão de obra faz menção a 72.675,32 m² (sendo que apenas 1.195,37 m² corresponde a área objeto do auto) e a solicitação de licença de funcionamento refere-se a 67.922,48 m².

Sendo assim, em razão da alteração fática existente decorrente da realização de obras no local, a empresa impetrante não mais possui licença para exercer suas atividades e, portanto, após cognição sumária e não exauriente dos fatos, entendo que inexistente qualquer ilegalidade na conduta da autoridade administrativa, razão pela qual, ausentes os requisitos legais, indefiro a liminar.

Notifique(m)-se o(s) coator(es), supracitado (s) e no(s) endereço (s) indicado(s), do conteúdo da petição inicial, entregando-lhe (s) a segunda via apresentada pelo requerente com as cópias dos documentos, a fim de que, no prazo de dez dias, preste informações (art. 7º, I da Lei nº 12.016/09).

Após, cumpra-se o art. 7º, inciso II da Lei 12.016/09, intimando-se a Municipalidade de São Paulo, por ofício. Findo o prazo, ouça-se o representante do Ministério Público, em dez dias. Oportunamente, tornem conclusos para decisão.

Cumpra-se, na forma e sob as penas da Lei, servindo esta decisão como mandado.

Int.

São Paulo, 23 de julho de 2012.

Fonte: <https://conjur.jumps.com.br/2012-jul-25/nao-ilegalidade-fechamento-shopping-frei-caneca-decide-juiz/>