

A RESPONSABILIDADE DO MUNICÍPIO POR OMISSÃO NO EXERCÍCIO DA POLÍCIA ADMINISTRATIVA

THE RESPONSIBILITY OF THE MUNICIPALITIES BY THE OMISSION IN THE EXERCISE OF THE LOCAL ADMINISTRATIVE POLICE

Giovani da Silva Corralo¹

Bruna de Lacerda Cardoso²

RESUMO

O presente trabalho busca analisar a responsabilidade do Município por omissão no exercício da polícia administrativa. A tragédia que ocorreu na Boate Kiss, em Santa Maria - RS, avivou o debate sobre o exercício da polícia administrativa e a responsabilidade do poder público. Para tanto, estuda-se a responsabilidade do Estado por omissão no direito brasileiro, o que requer a compreensão principiológica da própria responsabilidade estatal. Em sequência, perpassam-se as licenças expedidas pelas municipalidades, manifestação da polícia administrativa. Por fim, foca-se na responsabilidade estatal pela omissão na fiscalização das licenças emitidas, dever ínsito e expresse ao exercício da polícia administrativa municipal.

PALAVRAS-CHAVES: Policia administrativa; responsabilidade do Estado; omissão do município.

ABSTRACT

This work analyses the responsibility of the municipalities by omission in the exercise of the power of administrative police. The tragedy of Kiss Night Clube, in Santa Maria – RS, reborn the discussion about the exercise of the administrative police and the responsibility of the State. Like that is done the studies of the state's responsibility by omission in the Brazilian law and the comprehension of this principle. In sequence is studied the licenses from the municipalities like the exercise of police administrative. At last is done the focus in the state responsibility by the omission in the inspection of the licenses from the municipality, a duty of the exercise of the local administrative police.

KEYWORDS: Administrative police; responsibility of the State; omission of the municipality.

¹ Mestre e Doutor em Direito pela UFPR. Professor e coordenador da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo. Professor convidado do Programa de Mestrado da Universidade Agostinho Neto – Angola. Participante do Grupo de Pesquisa Dimensões do Poder e Relações Sociais da UPF. E-mail: gcorralo@upf.br

² Acadêmica da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo e participante do Grupo de Pesquisa Dimensões do Poder e Relações Sociais da UPF. E-mail: brunalc Cardoso@live.com.

INTRODUÇÃO

Este trabalho analisa a responsabilidade do Município por omissão no exercício da polícia administrativa, instigado pela tragédia da Boate Kiss, em Santa Maria - RS, ocorrido no final do mês de janeiro de 2013. Infelizmente foi necessário uma tragédia para trazer à lume a importância de uma das atividades administrativas efetivadas pelos municípios brasileiros: a polícia administrativa.

Para tanto, estuda-se a responsabilidade do Estado no direito brasileiro – principiologicamente e doutrinariamente -, especialmente a responsabilidade por omissão, o que requer a compreensão da evolução desta responsabilidade no direito pátrio, sufragada pela teoria objetiva do risco administrativo.

Em sequência é analisado o exercício da polícia administrativa nos municípios brasileiros, política pública de capital importância a fim de consolidar um igualitário e justo Estado Democrático de Direito. A expedição de licenças constitui uma das formas de atuação da polícia administrativa local.

Por fim, é compreendida a responsabilidade do município pela omissão do exercício da polícia administrativa, especialmente nas situações em que há a expedição de licenças pela municipalidade, uma vez que o dever de vigilância é permanente e inabdicável pelas autoridades constituídas.

1. O princípio da responsabilidade do estado e a responsabilidade estatal por omissão no direito brasileiro.

O direito brasileiro, por mais que tenha adotado o sistema de direito administrativo inglês,³ sofreu forte influência do direito administrativo francês, especialmente no séc. XIX e na primeira metade do séc. XX.⁴ É o que se depreende da

³ Esta expressão não designa a existência de um direito administrativo no mundo anglo-saxão no século XIX, por óbvio. Significa, isso sim, a existência de dois modelos distintos de controle jurisdicional, o inglês, de jurisdição una, e o francês, do contencioso administrativo. Segundo Hely Lopes Meirelles: “Vigem, presentemente, dois sistemas distintos bem diferenciados: o do *contencioso administrativo*, também chamado *sistema francês* e o *sistema judiciário* ou de *jurisdição única*, conhecido por *sistema inglês*.” (**Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Atlas, 1995, p. 48).

⁴ Durante o Brasil Império, especialmente entre 1824 e 1834 e 1841 e 1889, existiu o Conselho de Estado, órgão de justiça administrativa que caracteriza o sistema de direito administrativo francês, chamado de contencioso administrativo. Entretanto, este órgão atuou consultivamente aos reclamos do Imperador, razão pela qual “não firmou tradição de atuação jurisdicional, mesmo contida”. (MEDAUAR, Odete. **O Direito Administrativo em Evolução**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, p. 61.)

análise das principais obras de direito administrativo elaboradas em solo brasileiro neste período histórico, responsável pelo surgimento desta importante área do mundo jurídico.⁵

Com fundamento na legislação e jurisprudência brasileira e à luz da doutrina e da jurisprudência do contencioso administrativo francês, a responsabilidade do Estado começa a ser delineada nestes trópicos a partir da primeira metade do séc. XIX. Num primeiro momento, com fulcro na Constituição de 1824, se aceita, somente, a responsabilidade do funcionário público, quando este agir com culpa ou dolo. O Estado, enquanto pessoa jurídica, permanece imune à responsabilização.⁶ A Constituição de 1891 não alterou o sentido da Constituição Imperial.

Entretanto, a jurisprudência andou a passos largos, ultrapassando a rigidez legislativa a fim de aceitar a responsabilidade extracontratual do Estado, com base nos preceitos de direito privado.⁷

É com o Código Civil de 1916 que a responsabilidade estatal extracontratual é regradada, fundamentalmente subjetiva, alicerçada na ideia de culpa ou dolo, como se o direito administrativo incorporasse os postulados do direito privado.⁸

A Constituição de 1934, mantendo a posição do Código Civil, foi a primeira a elencar a responsabilidade extracontratual do Estado, por atos comissivos ou omissivos ilícitos, entretanto, com a responsabilidade solidária do funcionário com o Estado, o que se manteve com a Constituição de 1937.⁹

É com a Constituição de 1946 que ocorre uma verdadeira transformação na responsabilidade estatal, pois expressa, pela primeira vez, a responsabilidade objetiva, a colocar o Brasil dentre os primeiros países a aceitá-la no seu ordenamento constitucional.

⁵ A primeira obra de Direito Administrativo no Brasil foi de Vicente Pereira do Rego, que no prólogo do seu trabalho assim se expressa: “Tomando pois, por modelo o Direito Administrativo Francês, porque é principalmente nos autores franceses, onde se pôde por ora colher os princípios gerais do nosso, e compilando a suma das nossas principais leis administrativas (...)” (REGO, Vicente Pereira do. **Compêndio ou Repetições Escritas sobre os Elementos de Direito Administrativo**. Typographia Universal: Recife, 1877).

⁶ Constituição de 1824, Art. 179, “XXIX. Os Empregados Públicos são estritamente responsáveis pelos abusos, e omissões praticadas no exercício das suas funções, e por não fazerem efetivamente responsáveis aos seus subalternos.”

⁷ SILVA, Almiro do Couto. A Responsabilidade Extracontratual do Estado no Direito Brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro: Renovar Ltda, vol. 202, 1995, p 19-41, p. 21.

⁸ Art. 15 do Código Civil de 1916: “Art. 15. As pessoas jurídicas de direito público são civicamente responsáveis por atos de seus representantes que, nessa qualidade, causem danos a terceiros, procedendo de modo contrário ao direito ou faltando a dever prescrito por lei, salvo o direito regressivo.”

⁹ Constituição de 1934: “Art. 171 - Os funcionários públicos são responsáveis solidariamente com a Fazenda nacional, estadual ou municipal, por quaisquer prejuízos decorrentes de negligência, omissão ou abuso no exercício dos seus cargos. § 1º - Na ação proposta contra a Fazenda pública, e fundada em lesão praticada por funcionário, este será sempre citado como litisconsorte. § 2º - Executada a sentença contra a Fazenda, esta promoverá execução contra o funcionário culpado.”

A culpa somente exsurge diante da ação regressiva contra o agente público responsável. Este dispositivo autonomiza o direito administrativo pátrio, não mais dependente dos preceitos do direito privado, nesta matéria, a superar o Código Civil de 1916.¹⁰

As Constituições de 1967 e 1988 mantiveram o núcleo conceitual da Constituição de 1946, com a distinção que a atual carta constitucional acresceu os prestadores de serviços públicos no rol dos entes que respondem objetivamente. Ao adotar a responsabilidade objetiva, prescinde-se da necessidade de culpa para que o Estado possa ser responsabilizado. Mais do que isto, ao se adotar a teoria do risco administrativo, parte-se da premissa que o cidadão necessita de um tratamento diferenciado diante do Estado, já que este se encontra, naturalmente, numa posição vantajosa. A atividade administrativa possui riscos que podem acarretar danos patrimoniais aos administrados.¹¹

Conforme já explicitado, se está a discorrer sobre a responsabilidade patrimonial do Estado, uma vez que a responsabilidade criminal, administrativa ou política somente pode ser imputada aos seus agentes públicos. De qualquer forma, pacificado se encontra a responsabilidade estatal na Constituição de 1988, a seguir aos preceitos delineados pela carta de 1946.¹²

Tal conformação redacional na Constituição de 1988 – também presente conteudisticamente em outras constituições pátrias, conforme já visto – conduz à consideração da responsabilidade estatal como um princípio constitucional, tal qual assevera Celso Antônio Bandeira de Mello ao discorrer sobre o “princípio da responsabilidade do Estado por atos administrativos.”¹³ Neste mesmo sentido se manifesta Juan Carlos Cassagne ao buscar o princípio em que se assenta a responsabilidade do Estado:

¹⁰ Constituição de 1946: “Art 194 - As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis pelos danos que os seus funcionários, nessa qualidade, causem a terceiros. Parágrafo único - Caber-lhes-á ação regressiva contra os funcionários causadores do dano, quando tiver havido culpa destes.”

¹¹ “Tal teoria, como o nome está a indicar, baseia-se no risco que a atividade pública gera para os administrados e na possibilidade de acarretar dano a certos membros da comunidade impondo-lhes um ônus não suportado pelos demais. Para compensar essa desigualdade individual, criada pela própria Administração, todos os outros componentes da coletividade devem concorrer para a reparação do dano, através do erário, representado pela Fazenda Pública.” (MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Atlas, 1995, p. 357).

¹² Art. 37, §6º da Constituição Federal: “§6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.”

¹³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 109.

Ese principio no es outro que el restablecimiento del equilibrio a fin de mantener la igualdad ante los daños causados por el Estado. De este principio, que se relaciona tanto con la justicia legal o general como con la justicia conmutativa, deriva que toda lesión o daño provocado por la actuación extracontractual del Estado deba ser reparado, en función a la naturaleza de la actividad, el desequilibrio producido y los intereses de la comunidad.¹⁴

Os princípios jurídicos constituem-se em elementos essenciais para a compreensão e aplicação do direito pátrio, a superar a concepção positivista da hipersuficiência das regras e a evitar um “manejo mecanicista dos textos legais, desconcatenada dos propósitos valorativos e principiológicos da Constituição e da necessária imbricação que deve existir entre o texto e a realidade.”¹⁵

Desta forma, se aceita a responsabilidade extracontratual do Estado por atos comissivos lícitos ou ilícitos ou pela sua omissão.¹⁶ Diante da existência de dano a terceiro ligado por um nexo causal a uma ação ou omissão do Estado, há, *prima facie*, o dever estatal de indenizar, salvo se existir alguma das excludentes da responsabilidade do Estado: culpa da vítima, força maior, caso fortuito ou fato de terceiro. As incontáveis variáveis levam às mais divergentes decisões dos tribunais pátrios, tão distintas quanto às particularidades dos casos analisados, por óbvio.

Como o foco inicial deste estudo está na responsabilidade pela omissão estatal, configurada diante do dever legal de agir do agente público, somente pode haver a omissão decorrente do princípio da legalidade em sentido estrito que vige na administração pública,¹⁷ se uma determinada obrigação prevista no ordenamento jurídico não for concretizada por aquele que possua o dever de agir. Eis um dever oriundo das normas jurídicas que forjam o regime jurídico de direito administrativo.

Para que a omissão seja caracterizada é necessário que o ordenamento jurídico imponha uma obrigação, que deve ser efetivada pelo agente público. A sua não concretização, desde que originadora de dano, configura o nexo causal da responsabilidade estatal, somente afastável pelas excludentes da responsabilidade do Estado, acima listadas. A comprovação deste nexo causal remete a um conjunto

¹⁴ CASSAGNE, Juan Carlos. **Derecho Administrativo**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2006, p. 472.

¹⁵ CORRALO, Giovani da Silva. **O Poder Legislativo Municipal: aportes teóricos e práticos para a compreensão e o exercício da função parlamentar nas Câmaras de Vereadores**. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 55.

¹⁶ SILVA, Almiro do Couto. A Responsabilidade Extracontratual do Estado no Direito Brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro: Renovar Ltda, vol. 202, 1995, p 19-41.

¹⁷ “Segundo o princípio da legalidade, a Administração só pode fazer o que a lei permite.” (DI PIETRO, Maria Zylvia Zanella. **Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 65.)

probatório normalmente mais robusto do que diante de atos comissivos do estado, razão pela qual alguns administrativistas advogam a tese da assunção da teoria subjetiva, como é o caso de Celso Antônio Bandeira de Mello, José Cretella Junior, Oswaldo Aranha Bandeira de Mello e Maria Zylvia Zanella Di Pietro:

(...) para a responsabilidade decorrente de omissão, tem que haver o dever de agir por parte do Estado e a possibilidade de agir para evitar o dano. (...) Não há como falar em responsabilidade objetiva em caso de inércia do agente público que tinha o dever de agir e não agiu, sem que para isso houvesse uma razão aceitável.¹⁸

Entretanto, comunga-se com o posicionamento daqueles que entendem ser objetiva a responsabilidade do Estado, mesmo por omissão, como é o caso de Marçal Justen Filho, Mário Masagão e Almiro do Couto e Silva, para quem:

Há inúmeras situações em que o dano provém diretamente de uma omissão do Poder Público e, no entanto, a responsabilidade é objetiva. (...) O comportamento omissivo do Estado só dá ensejo à responsabilidade subjetiva quando for concausa do dano, juntamente com o fato de terceiro ou a forma maior.¹⁹

Em clássica obra, José Cretella Júnior assim se manifesta:

Omitindo-se, quando deveria agir, o agente público pode provocar dano, ou permitir que o dano se efetiva, em virtude de sua inércia inoperante no caminho do fato gerador que, estranho ou peculiar à administração, atua de modo eficiente, consubstanciando-se no acidente danoso. (...) ²⁰

Assim, não resta afastada a responsabilidade objetiva do Estado pela sua omissão, a bastar a comprovação do nexo causal (dever não efetivado) e do dano sofrido, o que possui força suficiente para se avançar na quantificação do dano. Este, por sua vez, observa as possibilidades trazidas pelo direito civil, a abranger, exemplificativamente, o dano material (emergente e lucro cessante), o dano moral e o dano estético.

¹⁸ DI PIETRO, Maria Zylvia Zanella. **Direito Administrativo**. p. 710.

¹⁹ SILVA, Almiro do Couto. A Responsabilidade Extracontratual do Estado no Direito Brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**. p. 19-41, p. 24. Continua o autor: “Na filosofia e no direito, porém, causa tanto pode ser um comportamento comissivo como omissivo. Basta que se agregue a noção de dever moral ou jurídico, para que se perceba, com facilidade, como a omissão pode constituir-se em causa de um evento. (...) Contudo, no direito, mais ainda do que na filosofia, a omissão pode ser causa de fato, dado o caráter normativo da ciência jurídica (...)”.

²⁰ CRETILLA JÚNIOR, José. **Tratado de Direito Administrativo**, vol. VIII, A Responsabilidade em Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Forense, 1970, p. 187, p. 186. Em sequência à passagem citada, continua o autor: “O serviço público deve funcionar; deve funcionar bem; deve funcionar no momento exato. Não funcionando, mau funcionamento ou funcionamento atrasado podem ser fatos geradores de dano.”

2. A polícia administrativa e as licenças expedidas pela municipalidade

Discorrer sobre a polícia administrativa requer a compreensão das atividades desenvolvidas pela administração pública, que fundamentam a sua existência. Significa abarcar os serviços públicos, o fomento, a intervenção direta e indireta e a polícia administrativa como um plexo de atividades administrativas essenciais para a vida em sociedade.²¹

Estas atividades administrativas existem em todos os níveis da federação, em âmbito do Poder Executivo, responsável maior pela funcionalidade da máquina administrativa. Em nível local são disciplinados e organizados pelos municípios, observando-se as disposições da legislação federal incidentes, quando cabível. Em qualquer circunstância, sempre restará presente a autonomia constitucional das municipalidades para organizar objetivamente e subjetivamente as atividades administrativas da sua competência.

Isso porque os municípios gozam do status constitucional de ente integrante da federação, empoderados para definir os órgãos competentes para o exercício das atividades administrativas (perspectiva subjetiva), como também a dinâmica e a funcionalidade da atuação administrativa municipal (perspectiva objetiva). O fundamental é que a competência municipal esteja presente, a possibilitar o uso e gozo da autonomia política, auto-organizatória, administrativa, financeira e legislativa dos entes locais.²²

No caso da polícia administrativa, é inegável o grande plexo de áreas e matérias sob a competência local, a citar, exemplificativamente, o trânsito, o meio ambiente, as disposições urbanísticas, o direito de construir e o funcionamento de empreendimentos industriais, comerciais e de serviços. A atuação da polícia administrativa é de fundamental importância para que os limites definidos na legislação sejam obedecidos e, desta forma, sejam garantidos importantes valores, como a salubridade, a segurança e a sustentabilidade das cidades. Pode-se conceber a polícia administrativa como:

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

²¹ DI PIETRO, Maria Zylvia Zanella. **Direito Administrativo**. p. 55-57.

²² CORRALO, Giovanni da Silva. **Município: autonomia na federação**. Curitiba: Juruá, 2006.

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.²³

É a polícia administrativa que tem a tarefa de fazer com que os cidadãos se abstenham de cometer um comportamento vedado pelo ordenamento jurídico. Isso porque se um determinado comportamento é vedado, é porque a coletividade não pode aceitá-lo como adequado, constituindo-se este poder numa: “limitação à liberdade individual, mas tem por fim assegurar esta própria liberdade e os direitos essenciais ao homem.”²⁴

Conforme leciona a tradicional doutrina de Rafael Bielsa, o fim da polícia administrativa é “regular, mediante disposiciones prohibitivas, el orden público, y asegurar el bien-estar general por la prevención y represión inmediata de los hechos que contraríen esos fines.”²⁵ Em outras palavras, busca-se a “prevenção dos perigos causadores de danos sociais”.²⁶ Aos municípios competem, no exercício da polícia administrativa das matérias da sua competência, dispor de meios adequados para fazer com que a legislação seja cumprida, o que significa evitar danos à própria coletividade.

Muito mais do que legislar sobre as matérias de interesse local, impondo comportamentos aos particulares, deve a municipalidade fazer com que estes comportamentos sejam seguidos, a ressaltar que a atividade de polícia é “multiforme, e inúmeros são os meios de que lança mão.”²⁷ Eis a importância de uma atuação preventiva, fiscalizadora e repressora. A prevenção e a fiscalização mesclam-se, pois visam efetivamente evitar o comportamento proibido, como é o caso das campanhas publicitárias institucionais e das ações de averiguação *in loco*. Quanto à atuação repressiva, esta exsurge diante da materialização de um comportamento vedado, impondo as cominações previstas no ordenamento, das quais o agente público não pode se escusar em impô-las.

O Prefeito Municipal possui a responsabilidade política e administrativa pela gestão pública, autoridade maior que é na esfera administrativa, o que inclui o exercício

²³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. p. 787.

²⁴ CAVALCANTI, Themistocles Brandão. **Curso de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos S.A., 1956, p. 133.

²⁵ BIELSA, Rafael. **Derecho Administrativo y Ciencia de la Administración**. Tomo III. Buenos Aires: J. Lajouane & Cia Ediroes, 1927, p. 87.

²⁶ CAETANO, Marcelo. **Princípios Fundamentais do Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 1977, p. 341.

²⁷ MASAGÃO, Mário. **Curso de Direito Administrativo**. Tomo II. São Paulo: Max Limonad, 1960, p. 192.

da polícia: “Tais atividades fundamental a própria existência do poder municipal, o que justifica a responsabilidade da sua execução pelo prefeito.”²⁸

Observa-se que, no bojo das atividades administrativas, a polícia não possui a mesma repercussão política que decorre dos serviços públicos, especialmente quando associados a obras públicas, altamente promovedoras dos agentes políticos. Também não possui a mesma correspondência que as ações de fomento ao desenvolvimento econômico ou social. Mesmo as políticas municipais de intervenção são menos ásperas. Entretanto, a polícia administrativa se encontra no cerne do Estado Democrático de Direito, especialmente quando se tem por base o princípio da igualdade, essencial para uma sociedade minimamente justa.

Quando a polícia administrativa não funciona, está a tratar desigualmente quem se encontra nas mesmas condições, a permitir que condutas perniciosas se efetivem. Mais do que isto, afasta o Estado do seu imperioso e insubstituível papel de fiscal do cumprimento das regras de convivência social, a ser, aleatoriamente, mais benéfico ou maléfico para alguns. Sequer a compreensão da igualdade como isonomia de oportunidades pode se efetivar.

O exercício da polícia administrativa pode ser remunerado mediante taxa, como usualmente ocorre com a expedição de licenças, expressamente previsto no Código de Tributário Brasileiro.²⁹ Em outras palavras, o particular que necessita de uma licença de localização e funcionamento de uma boate, por exemplo, arca com o custo da polícia administrativa, que significa a análise das disposições legais vigentes para que a licença seja expedida (localização adequada conforme o Plano Diretor, licença do corpo de bombeiros quanto à segurança contra incêndios, entre outros) e a fiscalização do funcionamento da atividade nos termos da licença liberada. O valor pago pelo contribuinte, por se tratar de taxa, é vinculado à atividade respectiva, logo, somente pode ser utilizado para o custeio e aprimoramento da própria polícia administrativa. Por

²⁸ CORRALO, Giovani da Silva. **Curso de Direito Municipal**. São Paulo: Atlas, 2011, p. 107.

²⁹ Art. 77 e 78 do Código Tributário Brasileiro: “Art. 77. As taxas cobradas pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal ou pelos Municípios, no âmbito de suas respectivas atribuições, têm como fato gerador o exercício regular do poder de polícia, ou a utilização, efetiva ou potencial, de serviço público específico e divisível, prestado ao contribuinte ou posto à sua disposição. Parágrafo único. A taxa não pode ter base de cálculo ou fato gerador idênticos aos que correspondam a imposto nem ser calculada em função do capital das empresas. Art. 78. Considera-se poder de polícia atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de 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.”

elementar, às municipalidades compete definir o valor adequado, que pode variar em razão da natureza e particularidades próprias, definidas na legislação municipal de regência.

Neste íterim, importa registrar o alto interesse público às atividades que requerem uma manifestação prévia da administração pública, que deve observar os estritos limites legais, já que o fundamento do exercício da polícia administrativa deve repousar na ordem jurídica, ou seja, na lei. Ao exercer um controle prévio de determinada atividade o poder público realça a sua importância:

Essas licenças, permissões ou autorizações, têm um caráter restrito; só podem interessar a um número determinado de pessoas, que representam exceções à regra geral, só toleráveis em virtude de condições peculiaríssimas, apreciáveis em cada caso concreto.³⁰

Em qualquer situação a polícia administrativa requer uma permanente atuação de vigilância sobre aquelas atividades potencialmente perigosas,³¹ porém, esta vigilância deve ser intensificada para as atividades que requerem a licença: “o efeito mais importante da concessão de licença consiste em colocar aquele que dela beneficia ou o local licenciado sob a vigilância especial da polícia.”³²

3. A responsabilidade estatal por omissão na fiscalização das licenças

A tragédia da Boate Kiss, em Santa Maria - RS, ocorrida no dia 27 de janeiro de 2013, remete a importantes reflexões sobre a polícia administrativa e a responsabilidade do município quanto ao seu exercício. Conforme já exposto, longe se encontra de ser uma política pública secundária ou de menor importância. Por mais que seja uma política de maior aspereza, muitas vezes remetadora a conflitos poder público x cidadãos, a polícia

³⁰ CAVALCANTI, Themistocles Brandão. **Curso de Direito Administrativo**. p. 135. Neste mesmo sentido Rafael Bielsa: “El permiso de policía puede considerarse como una autorización especial otorgada a determinada persona, y en cuya virtud, respecto de Ella, se deja sin efecto la prohibición establecida. Importa, de consiguiente, una excepción a la aplicación general de la regla prohibitiva, excepción que, de acuerdo a los principios generales que dominan el poder reglamentario, no puede ser arbitraria o injustamente autorizada, sino, y por el contrario, acordada por una causa legítima previamente justificada.” (BIELSA, Rafael. **Derecho Administrativo y Ciencia de la Administración**. p. 89).

³¹ Para Marcelo Caetano: “A prevenção dos danos mediante a redução das atividades e áreas de perigo exige uma constante atenção dada ao que se passa em público, que denominaremos vigilância.” (CAETANO, Marcelo. **Princípios Fundamentais do Direito Administrativo**. p. 351).

³² CAETANO, Marcelo. **Princípios Fundamentais do Direito Administrativo**. p. 353. O autor complementa: “Autorizar é permitir o exercício de um direito ou atividade que em princípio é livre, mas que está condicionado a não causar prejuízo à ordem, à moralidade, à saúde pública. Licenciar é libertar uma atividade que, sendo em geral vedada, só com permissão pode ser exercida.”

administrativa deve funcionar adequadamente, em respeito ao próprio Estado Democrático de Direito.

Significa afirmar o dever de uma verdadeira e efetiva vigilância naquelas matérias da competência do município exercer a polícia administrativa. Os agentes políticos, detentores de mandato eletivo, devem centrar suas atenções para que as polícias administrativas possuam condições de cumprir com o seu papel preventivo, fiscalizador e repressivo, o que requer um constante repensar a administração pública nas perspectivas subjetiva e objetiva. Além da estrutura necessária, é preciso que funcione bem.

Aliás, não é sem razão que o princípio da eficiência se encontra esculpido no caput do art. 37 da Constituição, também compreendido para “deslegitimar atos ineficientes, ainda que legais e morais”.³³ Neste caso, a simples omissão diante de um dever expressamente previsto em lei também acarreta uma ilegalidade. Soma-se a tudo isto o controle operacional da administração pública, alvo dos controles interno e externo, expressamente previsto nos art. 70 a 75 da carta constitucional e que remete a uma busca permanente de efficientização da administração pública: não basta que funcione, tem que funcionar bem.

Ao município compete exercer a polícia administrativa em inúmeras matérias de interesse local, o que inclui a expedição de licenças para muitas delas, a exemplo das licenças de localização e funcionamento, licenças ambientais, licenças sanitárias, dentre outras.

É nas legislações municipais que estão definidas a atuação da municipalidade na emissão de licenças. Além do dever de exigir o que está estritamente previsto no ordenamento jurídico, sob pena da sua não concessão, deve o poder público fiscalizar ativamente o funcionamento dos estabelecimentos, seja quando provocado, seja de ofício. É o dever de vigilância, já exposto. Importante colação de José Cretella Júnior, nos idos da década de 70, sobre a segurança de edificações:

Quanto à segurança pública dos edifícios é preciso levar em consideração não apenas a causa do perigo, como também a iminência, extensão e consequências. (...) Além disso, medidas preventivas não devem ser esquecidas pelos órgãos dos poderes públicos encarregados de fiscalizar as edificações. Na época moderna, elevadores, escadas de emergência, aparelhos contra incêndio, sinais de alarma devem integrar a parte acessória dos edifícios, servindo para impedir a irradiação de males que atentem contra a coletividade.³⁴

³³ BENTO, Valles Leonardo. **Governança e Governabilidade na Reforma do Estado**. Barueri: Manole, 2003, p. 146.

³⁴ CRETELLA JÚNIOR, José. **Tratado de Direito Administrativo**, vol. V, Polícia Administrativa. Rio de Janeiro: Forense, 1968, p.193-194.

Não se deve olvidar a teoria objetiva da responsabilidade estatal pelo acidente administrativo, precursora da teoria do risco administrativo, que a presume. Esta teoria remete à responsabilidade do Estado quando os seus serviços não funcionam, funcionam mal ou funcionam atrasado, obviamente, desde que existente o dano e inexistente alguma das excludentes da responsabilidade estatal. É a falta do serviço.³⁵

A responsabilidade do Estado pela teoria do risco administrativo, vigente no ordenamento jurídico brasileiro, conduz à assunção, pela espacialidade estatal, dos danos oriundos dos riscos inerentes à própria atuação ou omissão do poder público, impotente para prever “todos os fatores e circunstâncias, suscetíveis de determinar os efeitos e resultados do ato, criando-se, portanto, com a prática do ato, um risco, quer dizer, a possibilidade de efeitos ou resultados imprevistos.”³⁶

A atividade da polícia administrativa, elementarmente, envolve riscos. Supera-se o ultrapassado debate sobre a existência ou não da preponderância de um poder discricionário ou vinculado no exercício da polícia administrativa, até mesmo porque as competências discricionárias convivem com as vinculações legais.³⁷ Ao agir a fim de garantir o cumprimento das prescrições legais limitadoras da liberdade e da propriedade das pessoas, deve a administração pública não somente obter uma abstenção comportamental dos cidadãos, mas também “impor aos sujeitos o dever de promover condutas ativas que satisfaçam, de modo mais adequado, os direitos fundamentais alheios e os interesses coletivos.”³⁸

É usual para o poder público, no caso de licenças de localização e funcionamento de boates ou casas do gênero, exigir, para que a licença possa ser expedida, o respectivo licenciamento pelo Corpo de Bombeiros acerca da proteção contra incêndio. É uma condição lógica.

No mesmo sentido, a renovação das licenças, normalmente anual, deve ser fiscalizada pelo poder público. A existência de licenças vencidas não possibilita o funcionamento do estabelecimento, o que deve ser fiscalizado pela municipalidade, a

³⁵ Segundo Ruy Cirne Lima: “A responsabilidade da pessoa administrativa funda-se, neste caso, em uma falta – não atribuível a um agente determinado, - mas à organização e funcionamento do serviço. É o que se denomina falta do serviço.” (LIMA, Ruy Cirne. **Princípios de Direito Administrativo**. Porto Alegre: Sulina, 1964, p. 201

³⁶ LIMA, Cirne Ruy. **Princípios de Direito Administrativo**. p. 198.

³⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. “Relatividade” da competência discricionária. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, ano I, n. 3, jun. 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br/revistas/17332706/dialogo-juridico-03-junho-2001-celso-antonio.pdf>>

³⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 464.

utilizar o viés coercitivo diante desta infração ao ordenamento jurídico. No mesmo sentido quando a licença do Corpo de Bombeiros estiver vencida. A mesma lógica se aplica diante do número máximo de pessoas fixado para a casa noturna, o que também pode e ser fiscalizado pelo poder público municipal, sem afastar a polícia administrativa do Corpo de Bombeiros.

Inúmeras são as situações que remetem a uma atuação da municipalidade. Sempre é bom lembrar que os poderes da administração pública devem ser compreendidos na ótica do dever-poder, assim, as prescrições legais impõem um comportamento aos agentes públicos, cuja omissão pode acarretar danos.

A existir dano cujo nexos causal se origina de uma omissão estatal e sem que estejam presentes as situações que elidam a responsabilidade do Estado, pressupõe-se o dever de indenizar. Por óbvio, as situações que podem caracterizar esta responsabilidade são tão inesgotáveis quanto à realidade vivida. Deve-se cuidar para que não se adentre naquilo que a doutrina chama de teoria do risco integral, condutor de uma responsabilidade quase ilimitada do Estado, como se fosse um segurador universal. Não há espaço doutrinário na racionalidade constitucional para se dar guarida a concepções como esta.

Como já afirmado, a responsabilidade do Estado por omissão requer um dever de agir prescrito na legislação ou decantado principiologicamente, não efetivado pelos agentes públicos. Mais do que isto, necessita acarretar danos. Boates que estejam a funcionar com o alvará vencido em que ocorram sinistros que poderiam ser evitados com a atuação da polícia administrativa podem remeter à responsabilidade patrimonial do município. Também se encontra neste campo de reflexões a superlotação destes estabelecimentos, compreendida como a superação da capacidade máxima estabelecida pela licença pública.

Claro que, ao elencar a possibilidade de responsabilidade patrimonial do poder municipal, este trabalho não afasta outras responsabilidades que possam decorrer de incidentes graves, como o incêndio já referido, a exemplo da responsabilidade dos proprietários do estabelecimento,³⁹ do Estado no exercício da sua polícia administrativa pelo Corpo de Bombeiros⁴⁰ e a responsabilidade político-administrativa do próprio Chefe

³⁹ Diante da falta de cuidado com o número máximo de pessoas permitido ou a colocação de materiais inadequados – sem a devida responsabilidade técnica – no interior de boates, a título exemplificativo.

⁴⁰ Seguindo a mesma logicidade deste trabalho, também pode responder o Estado pelo exercício da polícia administrativa pelo Corpo de Bombeiros, seja por atos comissivos ilícitos, seja por omissão. Remete-se, novamente, ao dever de vigilância, já discorrido.

do Executivo Municipal.⁴¹ Entretanto, trata-se de outros campos de reflexões, correlatas, porém, distintas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A tragédia ocorrida na Boate Kiss, no final de janeiro de 2013, evidenciou a fragilidade das políticas públicas focadas na polícia administrativa, tanto em nível municipal, quanto em nível estadual. Uma precípua, entretanto, usualmente descuidada atividade administrativa, notadamente áspera pelo seu caráter contencioso, passa a se sobressair e a ser alvo das mais diversas análises, jurídicas ou metajúridicas.

O direito administrativo brasileiro há muito se debruça nesta imprescindível atividade administrativa, essencial para a efetivação do Estado Democrático de Direito, mormente quando se tem por foco princípios constitucionais vinculantes a todos os poderes em todos os níveis, como é o caso da igualdade e da impessoalidade.

Por conseguinte, pacífico se encontra na doutrina e jurisprudência a responsabilidade do Estado com fulcro na teoria objetiva do risco administrativo, conforme se depreende do §6º do Art. 37 da Constituição Federal. Além da sua compreensão principiológica, faz com que a administração pública responda, patrimonialmente, pelos atos comissivos ou omissões dos seus agentes públicos, como também pelas ilicitudes e atos lícitos.

O exercício da polícia administrativa, focada na persecução do comportamento social requerido pelo ordenamento jurídico, decorre de uma atuação ativa e vigilante da administração pública. Requer um trabalho permanente de prevenção, fiscalização e repressão daquelas condutas que afrontam a legislação. É o caso da emissão de licenças para o funcionamento de boates e similares.

O poder público municipal é responsável pelas licenças concedidas para o funcionamento de estabelecimentos deste gênero. Aliás, para que a licença seja emitida é necessário o licenciamento prévio do Corpo de Bombeiros, responsável pela efetivação da legislação de prevenção e combate a incêndios, cujas normas repousam no ordenamento jurídico estadual e municipal.

⁴¹ Neste caso remete-se ao Decreto-Lei 201/67, uma vez que o Prefeito Municipal responde por infração político-administrativa, sancionada pelo parlamento com a cassação do mandato. É o caso do Prefeito “VIII - Omitir-se ou negligenciar na defesa de bens, rendas, direitos ou interesses do Município sujeito à administração da Prefeitura” (Art. 4º do Decreto-Lei 201/67)

O exercício de uma permanente e ativa vigilância é um imperativo da polícia administrativa. Significa um agir constante a conferir se os limites legais estão a ser observados pelos particulares. No caso da emissão de licenças, denota a conferência do cumprimento dos seus termos e condicionantes.

É neste contexto que se aporta a responsabilidade do Estado, no caso, o ente municipal, pela omissão no exercício da polícia administrativa quando do vencimento do alvará concedido pelo Corpo de Bombeiros, condicionante para que seja reputada válida a licença de localização e funcionamento. No mesmo sentido a fiscalização quanto ao número máximo de pessoas, que deve ser fixado previamente. Por óbvio, a licença de localização e funcionamento ou de operação vencida também remete à atuação da polícia administrativa e a sua responsabilidade diante de sinistros, pois estabelecimentos com alvarás vencidos não podem funcionar regularmente.

Variadas são as hipóteses de responsabilização do poder público municipal no exercício da polícia administrativa, comissivamente ou omissivamente. Entretanto, é inegável a importância desta política pública para a efetivação do Estado Democrático de Direito, o que requer um novo olhar para esta atividade administrativa, até agora relegada a um segundo plano. A responsabilização municipal quanto ao exercício da política administrativa local é uma decorrência que encontra anteparo doutrinário e jurisprudencial, a requerer uma nova postura administrativa, adequada à importância que esta política pública possui para as municipalidades.

REFERÊNCIAS

BENTO, Valles Leonardo. **Governança e Governabilidade na Reforma do Estado**. Barueri: Manole, 2003.

BIELSA, Rafael. **Derecho Administrativo y Ciencia de la Administración**. Tomo III. Buenos Aires: J. Lajouane & Cia Ediroes, 1927.

CAETANO, Marcelo. **Princípios Fundamentais do Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 1977.

CASSAGNE, Juan Carlos. **Derecho Administrativo**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2006.

CAVALCANTI, Themistocles Brandão. **Curso de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, 1956.

CORRALO, Giovani da Silva. **Município: autonomia na federação**. Curitiba: Juruá, 2006.

CORRALO, Giovani da Silva. **O Poder Legislativo Municipal: aportes teóricos e práticos para a compreensão e o exercício da função parlamentar nas Câmaras de Vereadores**. São Paulo: Malheiros, 2008.

CORRALO, Giovani da Silva. **Curso de Direito Municipal**. São Paulo: Atlas, 2011.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Tratado de Direito Administrativo**, vol. V, Polícia Administrativa. Rio de Janeiro: Forense, 1968.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Tratado de Direito Administrativo**, vol. VIII, Responsabilidade em Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Forense, 1970.

DI PIETRO, Maria Zylvia Zanella. **Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2012.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2008.

LIMA, Cirne Ruy. **Princípios de Direito Administrativo**. Porto Alegre: Sulina, 1964.

MASAGÃO, Mário. **Curso de Direito Administrativo**. Tomo II. São Paulo: Max Limonad, 1960.

MEDAUAR, Odete. **O Direito Administrativo em Evolução**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Atlas, 1995.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **“Relatividade” da competência discricionária.** Revista Diálogo Jurídico, Salvador, ano I, n. 3, jun. 2001. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br/revistas/17332706/dialogo-juridico-03-junho-2001-celso-antonio.pdf>. Acessado em: 02.03.2013.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo.** São Paulo: Malheiros, 2006.

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. **Princípios Gerais de Direito Administrativo.** Rio de Janeiro: Forense, 1969.

REGO, Vicente Pereira do. **Compêndio ou Repetições Escriptas sobre os Elementos de Direito Administrativo.** Typographia Universal: Recife, 1877.

SILVA, Almiro do Couto. **A Responsabilidade Extracontratual do Estado no Direito Brasileiro.** Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Renovar Ltda, vol. 202, 1995, p 19-41.