

PUBLICADO DOM 25/03/2005

PARECER Nº 036/2005 DA COMISSÃO DE CONSTITUIÇÃO DE JUSTIÇA SOBRE O PL 0010/02.

Trata-se de projeto de lei, de autoria do nobre Vereador Atílio Francisco, que visa dispensar da exigência dos Alvarás de localização e de funcionamento, os templos religiosos a serem edificados neste Município e também os que neste já se encontrem instalados.

Apesar da nobreza da intenção, a proposta não pode prosperar, como veremos a seguir.

Conforme define Hely Lopes Meirelles, "poder de polícia é 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. É o mecanismo de frenagem de que dispõe a Administração Pública, para conter os abusos do direito individual" (in "Direito Administrativo Brasileiro", Ed. RT, 16ª ed., pág. 110)".

A razão do poder de polícia é a necessidade de proteção do interesse social e seu fundamento está na supremacia geral que a administração pública exerce sobre todas as pessoas, bens e atividades.

A cada restrição de direito individual – expressa em norma legal - corresponde equivalente poder de polícia administrativa à Administração Pública, para torná-la efetiva e fazê-la obedecida.

Para tanto, o Poder Público edita leis e os órgãos executivos expedem regulamentos e instruções fixando as condições e requisitos para o uso da propriedade e o exercício das atividades que devam ser policiadas e, após as verificações necessárias, é outorgado o respectivo alvará de licença ou de autorização, ao qual se segue a fiscalização competente.

O alvará, portanto, é o instrumento da licença ou da autorização para a prática de ato, realização de atividade ou exercício de direito dependente de policiamento administrativo. O alvará expressa consentimento formal da Administração à pretensão do administrado, ante a verificação de que este atendeu às normas regulamentares que regem a sua atividade.

Ou seja, não é o alvará um fim em si mesmo, um documento desvinculado, uma mera formalidade burocrática, mas sim, um instrumento, um meio de atuação pelo qual os órgãos executivos fiscalizadores do Município exercem o inerente poder de polícia administrativa que lhes toca, na organização das atividades urbanas.

A atividade clássica do Poder Executivo é cumprir e/ou fazer com que se cumpram as leis e posturas (atividades fiscalizatórias). E a expedição de alvarás é um dos instrumentos para que isso se realize. Dentro desse contexto, fica claro que a expedição de alvarás é atribuição típica desse Poder, sem o que o mesmo se desnatura. Dizer ao Poder Executivo que não fiscalize é como dizer ao Legislativo que não legisle.

Assim sendo, não pode o Poder Legislativo determinar ao Poder Executivo que dispense a exigência de alvará para quem quer que seja sem ofensa direta ao Princípio da Independência e Harmonia entre os Poderes, consagrado na Constituição Federal, no art. 2º, como também na LOM, no art. 6º.

Outrossim, salientamos que a medida proposta fere frontalmente o princípio da igualdade inscrito genericamente no art. 5º, "caput" da CF/88.

Na verdade, neste ponto, estamos adentrando à delicada seara de quais desigualdades jurídicas se compatibilizam ou não com o princípio da igualdade, já que, a rigor, as leis nada mais fazem senão discriminar situações para submetê-las à

regência de tais ou quais regras – sendo esta mesma sua característica funcional. Importa saber: quando é vedado à lei estabelecer discriminações? Ou seja: quais os limites deste exercício normal, inerente à função legal de discriminação, própria da lei? A questão ganha especial relevo no processo legislativo, pois como assevera Francisco Campos, a cláusula constitucional da igualdade perante a lei tem como destinatário, precisamente, o legislador, e em consequência, a legislação; por mais discricionários que possam ser os critérios de política legislativa, encontra no princípio da igualdade a primeira e mais fundamental de suas limitações (Direito Constitucional, Ed. Freitas Bastos, 1956, vol II, p.30).

Em resposta àquela singela, porém, visceral indagação jurídica, Celso Antônio Bandeira de Mello, in seu “Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade”, 3ª ed, Ed. Malheiros, 1993, ao tratar especificamente da correlação lógica entre fator de discriminação e a desequiparação procedida, assevera que:

“o ponto nodular para exame da correção de uma regra em face do princípio isonômico reside na existência ou não de correlação lógica entre o fator erigido em critério de discriminação e a discriminação legal decidida em função dele.

...

Tem-se, pois, que é o vínculo de conexão lógica entre os elementos diferenciais colecionados e a disparidade das disciplinas estabelecidas em vista deles, o quid determinante da validade ou invalidade de uma regra perante a isonomia.”

Mais adiante, assinala o insigne jurista:

“... a discriminação não pode ser gratuita ou fortuita. Impede que exista uma adequação racional entre o tratamento diferenciado construído e a razão diferencial que lhe serviu de supedâneo. Segue-se que, se o fator diferencial não guardar conexão lógica com a disparidade de tratamentos jurídicos dispensados, a distinção estabelecida afronta o princípio da isonomia.

...

Em síntese: a lei não pode conceder tratamento específico, vantajoso ou desvantajoso, em atenção a traços e circunstâncias peculiarizadoras de uma categoria de indivíduos se não houver adequação racional entre o elemento diferencial e o regime dispensado aos que se inserem na categoria diferenciada.”

Ora, “in casu”, não há qualquer correlação lógica entre o fator de discriminação escolhido (ser templo religioso) e a desequiparação procedida (inexistência de alvará para funcionar) pelo projeto de lei, configurando apenas mero favoritismo.

O simples fato de o agente administrativo agir ao arrepio da lei, negando-se a expedir alvará quando devido, caracteriza ato coator e/ou abuso de autoridade, corrigíveis por mandado de segurança e pelo procedimento da Lei nº 4.868/96, respectivamente, não sendo situações que se prestem a embasar uma desequiparação legal, que desobrigue a categoria dos particulares lesados de uma obrigação a todos imposta. A correlação lógica entre o fator de discriminação e a desequiparação procedida deve ser intrínseca à situação que se pretende regular e não aos particulares, tomados isoladamente.

Pelo exposto, somos

PELA INCONSTITUCIONALIDADE E ILEGALIDADE

Sala da Comissão de Constituição e Justiça, em 23/3/05

Celso Jatene – Presidente

Soninha – Relatora

Aurélio Miguel

Carlos A. Bezerra Jr.

José Américo

Russomano