

A POLÍCIA MILITAR DO ESTADO DE SÃO PAULO, EM FACE DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE, BEM COMO DO COMÉRCIO AMBULANTE, SEM A PRÉVIA E COMPETENTE AUTORIZAÇÃO MUNICIPAL

ROBERTO BOTELHO

é Advogado;

Mestre e Doutor em Direito, pela Pontifícia

Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP;

Professor Titular em Cursos de Graduação e Pós-Graduação, nas Cadeiras de Teoria Geral do Estado,

Direito Constitucional e Direito Administrativo;

Bacharel em Ciências Jurídicas – Direito –, pelas

Faculdades Metropolitanas Unidas – FMU; e

Major na Reserva da Polícia Militar do Estado de São Paulo.

Será por intermédio deste trabalho que demonstraremos, por força do Estamento Jurídico vigente, ou seja: a Constituição da República Federativa do Brasil de 5 de outubro de 1988; a Constituição do Estado de São Paulo de 5 de outubro de 1989 e, também, as leis infraconstitucionais e os atos infralegais ou sublegais, o delineamento que tem de ser seguido e, por conseqüência, obedecido pela Administração Pública envolvida, principalmente no que se refere à atribuição e, principalmente, à ação da Polícia Militar do Estado, no exercício de atividade de Polícia Ostensiva e de preservação da Ordem Pública, que estão esculpidas nos art. 144, inc. V e § 5º, da Carta Política federal de 5 de outubro de 1988, bem como nos arts. 139 e §§ e 141 e §§, aqui, todos da Carta Política estadual de 5 de outubro de 1989, quando essa se deparar com crianças e adolescentes, que estejam no pleno exercício de atividades, que o próprio Estatuto da Criança e do Adolescente proíbe

e, ainda, no que atine ao exercício da atividade de comércio ambulante, por pessoas que não possuam o ato infralegal ou sublegal correspondente.

Deve-se destacar, desde já, que a Polícia Militar do Estado de São Paulo é órgão integrante da Administração Pública Direta do Estado e, por essa razão e motivo, deve subsumir-se aos princípios constitucionais, que estão insertos no “**caput**”, art. 37, da Carta Política federal, nos exatos e precisos termos:

“A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: ...”.¹ (grifo do autor).

Em face da previsão da forma federativa de Estado, prevista no inc. I, do § 4º, do art. 60, do mesmo Texto Constitucional federal de 5 de outubro de 1988 e levando-se em conta o princípio do paralelismo de forma, o mesmo disciplinamento fora obedecido pelo Legislador Constituinte Originário estadual; porém, com a inserção de mais alguns princípios, na forma como se constata pelo “**caput**”, do art. 111, da Constituição do Estado de São Paulo de 5 de outubro de 1989, na seguinte conformidade:

“A administração pública direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes do Estado, obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, razoabilidade, finalidade, motivação e interesse público”. (grifo do autor).

É certo que a Polícia Militar do Estado de São Paulo, por integrar o Estado, deve curvar-se, subsumir-se a esses princípios constitucionais, conforme já afirmamos alhures.

Então, será a partir daqui que nos caberá trazer à baila, o entendimento que é manifestado sobre o princípio da legalidade, inclusive quando a Fundação Prefeito Faria Lima – CEPAM – Centro de Estudos e Pesquisas de Administração Municipal, por intermédio de seu Corpo Técnico-Jurídico, assim se expressou:

¹ A nova redação do “**caput**” deste artigo é resultado na Emenda Constitucional n.º 19, de 4 de junho de 1998.

“O princípio da legalidade, já constante do texto anterior, impõe de forma peremptória que a Administração atue segundo os estritos termos da lei, não se concebendo outra forma de ação sendo aquela que, na sua totalidade, se traduza na concreção da vontade legal. Na Administração Pública só se pode fazer o que a lei determina ou autoriza”.² (grifos do autor).

Sabemos que o princípio da legalidade é o que traz e, por meio de sua força, estabelece uma relação de desigualdade marcante, entre o exercício da atividade da Administração Pública, da administrativa com a privada ou do particular, que está à disposição do administrado, contribuinte ou cidadão, tendo em vista que ele poderá fazer tudo o que a lei lhe permite, bem como o que não lhe seja defeso – proibido, enquanto que aquela – a Administração Pública envolvida, só poderá fazer o que a lei lhe autorizou e, ainda, nos seus exatos termos, se se tratar de atividade vinculada ou, em hipótese outra, obedecendo exatamente os contornos especificados na própria lei, essa, se se tratar de atividade discricionária, donde o administrador público – que é um mero gestor da coisa pública, contará com a possibilidade de escolha e opção, dentro das que indique e decida por ser a mais conveniente e oportuna; portanto, estando ele à frente de uma pura e mera questão de mérito administrativo.

E é **JOSÉ AFONSO DA SILVA**, quando trata sobre o princípio da legalidade, quem averba, de forma firme e em conclusão, que:

“... o princípio da legalidade de em Estado Democrático de Direito assenta numa ordem jurídica emanada de um poder legítimo, até porque, se não for legítimo, o Estado não será Democrático de Direito, como proclama a Constituição (art. 1º)”.

³

Tendo em vista a forma que estamos por conduzir este trabalho passaremos, então e de início, a buscar nas Cartas Magnas, federal e estadual, a sustentação lógico-jurídica, sobre tudo o que aqui articularemos, para ao final, oferecermos, então, uma conclusão.

² **Fundação Prefeito Faria Lima – Centro de Estudos e Pesquisas em Administração Pública.** *Breves anotações à Constituição de 1988.* CEPAM, São Paulo : Atlas, 1990, p. 163.

³ **SILVA**, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo.* 14ª ed., rev. e atual nos termos da Reforma Constitucional. São Paulo : Malheiros Editores, 1997, p. 405.

As Polícias Militares dos Estados brasileiros possuem, hoje, sede constitucional, conforme o estatuído pelo art. 144, inc. V e § 5º, da Constituição da República Federativa do Brasil de 5 de outubro de 1988, recebendo, ainda, a competência específica e residual, com referência aos demais órgãos que compõem o Sistema Nacional de Segurança Pública, este, previsto que está no § 7º, do mesmo artigo e que é, em realidade, uma norma programática, que, ao ser editada pela Casa Legislativa federal, virá, então e de imediato, sem sombra de dúvidas, para fixar e especificar as atividades que estarão à cargo de cada um dos Órgãos que compõe o referido Sistema, de molde a estabelecer e restabelecer, confirmando, certos e específicos comportamentos e, dessa forma, para que não haja, para que não ocorra nenhuma ou qualquer espécime de sobreposição de atividade, como tem ocorrido no Estado brasileiro, o que não é bom para as Instituições envolvidas e, quiçá, para o próprio administrado, contribuinte, cidadão, expressões que passaremos e procuramos utilizar aqui, neste trabalho, como sendo sinônimas.

Em face da competência residual que detém as Polícias Militares do Brasil, toda vez que houver a falência operativa de algum dos órgãos que pertença e integre o Sistema Nacional de Segurança Pública, essas poderão-deverão suprir aquela atividade, por intermédio de seu pessoal, bem como de seus meios próprios e que lhes estejam disponíveis, levando-se em conta o reclamo da própria Sociedade, Coletividade, Comunidade onde esteja ela presente e integrada.

Estabelece, então, a Constituição da República Federativa do Brasil de 5 de outubro de 1988:

“Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos:

...

V – polícias militares e corpos de bombeiros militares.

...

§ 5º Às polícias militares cabem a polícia ostensiva e a preservação da ordem pública; aos corpos de bombeiros

militares, além das atribuições definidas em lei, incumbe a execução de atividades de defesa civil". (grifos do autor).

Apenas e tão-só, pela simples leitura do Texto Constitucional, verifica-se que as Polícias Militares do Brasil foram soberbamente prestigiadas pelo Legislador Constituinte Originário federal e, agora, estão investidas da competência exclusiva de execução da polícia ostensiva e da preservação da Ordem Pública, ou seja, somente ela possui e somente ela é quem poderá executar esta atividade.

ÁLVARO LAZZARINI,⁴ sempre com conhecimento e precisão, assim se expressa, sobre a Polícia Ostensiva e preservação da Ordem Pública:

"A nova Carta institucionalizou, com dignidade constitucional, a polícia ostensiva, cuja atividade de policiamento já tinha previsão legal antecedente à Constituição de 1988. Assim, deu-lhe dimensão ampla, abrangendo todas as fases da atividade policial, onde o homem que a executa, isoladamente ou em formação de tropa, seja identificado de relance, quer pela farda, quer pelo equipamento, ou viatura". (grifo original).

E, na seqüência, dispara então, de forma sempre certa e objetiva, arrematando que:

"Para o exercício da polícia preventiva, não resta dúvida, é conditio sine qua no a ostensividade. É justamente a presença do policial fardado ou da viatura caracterizada que inibe a conduta delitiva. Essa é a forma direta de prevenção, pois existe a indireta, resultante da atividade repressiva exercida no ciclo da persecução criminal". (grifos originais).

A Polícia Ostensiva, portanto, abrange todas as atividades a serem efetivadas pelo militar do Estado⁵ que, de imediato e em sua real execução, poderá ser identificado de relance, quer pela farda, quer pelo equipamento e, também, pela própria viatura.

A preservação da Ordem Pública está afeta e reservada à atividade das Polícias Militares do Brasil e, dessa forma, havendo qualquer quebra ou um

⁴ LAZZARINI, Álvaro. *Segurança pública e o aperfeiçoamento da polícia no Brasil*. In Revista Forense, v. 316, p. 17.

⁵ O uso da designação "militar do Estado", está por força da Emenda Constitucional n.º 18, de 5 de fevereiro de 1998, que alterou o "caput", do art. 42, da Constituição da República Federativa do Brasil de 5 de outubro de 1988.

simples comprometimento dessa Ordem ou, ainda, quando algum ou qualquer um dos Órgãos estatais responsáveis, não conseguiu prevenir, caberá, então, às Polícias Militares do Brasil, imediatamente e no exercício de sua atribuição constitucional e, ainda, por intermédio de seus próprios meios, proceder ao restabelecimento da Ordem Pública que fora quebrada, retomando-a e, por consequência, retornando-se ao estado de normalidade – estado antidelitual, brotando, portanto e dessa forma, a tão propalada sensação de segurança.

É de se averbar que a Ordem Pública está composta por três aspectos, ou seja, a salubridade pública, a tranqüilidade pública e a segurança pública.

Dessa forma e por esse motivo é que estaremos tratando da segurança pública propriamente dita, haja vista ser esse o aspecto que mais nos interessa no momento e que servirá de base, para a nossa discussão.

A fim de reforçar o nosso estudo e tendo em vista que estamos, presentemente, em um Estado federal, que é composto pela união indissolúvel dos Estados-Membros, Municípios e Distrito Federal, conforme estatui o “caput”, do art. 1º, da Constituição da República Federativa do Brasil de 5 de outubro de 1988, iremos buscar, então, o inserto nos arts. 139 e §§, e 141, todos da Constituição do Estado de São Paulo de 5 de outubro de 1989:

“Art. 139. A Segurança Pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e incolumidade das pessoas e do patrimônio.

§ 1º O Estado manterá a Segurança Pública por meio de sua polícia, subordinada ao Governador do Estado.

§ 2º A polícia do Estado será integrada pela Polícia Civil, Polícia Militar e Corpo de Bombeiros.

§ 3º A Polícia Militar, integrada pelo Corpo de Bombeiros, é força auxiliar, reserva do Exército.

...

Art. 141. À Polícia Militar, órgão permanente, incumbem, além das atribuições definidas em lei, a polícia ostensiva e a preservação da ordem pública”. (grifos do autor).

Levando-se em conta os Textos Constitucionais que trouxemos à discussão, o federal e o estadual, é que podemos afirmar, com certeza e segurança, que as Polícias Militares do Brasil e, por força de interpretação jurídico-extensiva, a própria Polícia Militar do Estado de São Paulo, detém, hoje, a competência exclusiva para a execução de atividade de Polícia Ostensiva, bem como a de preservação da Ordem Pública, entendendo-se essa preservação, como sendo a real possibilidade de materialização de pronta restauração da Ordem Pública, toda vez que ela for quebrada, por qualquer tipo de ação ou omissão, seja do Estado ou mesmo do próprio cidadão, administrado ou contribuinte.

Temos aqui materializado, portanto, uma espécie de ação de repressão imediata, ou seja, aquela que entra no teatro de operações, logo após o comprometimento ou à quebra da Ordem Pública, que, por qualquer circunstância, em princípio alheia às vontades, não conseguiu ser mantida ilesa, preservada pela própria atividade de Polícia Ostensiva.

O principal objetivo é, com certeza, a conservação da Ordem indene, inalterada; presente, portanto, um estado anti-delitual, sem que haja, por via de consequência, a eclosão de qualquer espécime de crime ou de contravenção e que possa vir e até venha a modificar esta Ordem.

Assim é que, dando prosseguimento, buscaremos, também, no art. 227, §§ e incs., do Texto Constitucional federal de 5 de outubro de 1988, a disciplina que nos foi oferecida pelo Legislador Constituinte Originário federal, quando ele tratou sobre a criança e o adolescente, senão vejamos:

“Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

§ 1º O Estado promoverá programas de assistência integral à saúde da criança e do adolescente, admitida a participação de entidades não governamentais e obedecendo aos seguintes preceitos:

I – aplicação de percentual dos recursos públicos destinados à saúde na assistência materno-infantil;

II – criação de programas de prevenção e atendimento especializado para os portadores de deficiência física, sensorial ou mental, bem como de integração social do adolescente portador de deficiência, e a facilitação do acesso aos bens e serviços coletivos, com a eliminação de preconceitos e obstáculos arquitetônicos.

§ 2º A lei disporá sobre normas de construção dos logradouros e dos edifícios de uso público e de fabricação de veículos de transporte coletivo, a fim de garantir acesso adequado às pessoas portadoras de deficiência.

§ 3º O direito à proteção especial abrangerá os seguintes aspectos:

I – idade mínima de quatorze anos para admissão ao trabalho, observado o disposto no art. 7º, XXXIII; ⁶

II – garantia de direitos previdenciários e trabalhistas;

III – garantia de acesso do trabalhador adolescente à escola;

IV – garantia de pleno e formal conhecimento de atribuição de ato infracional, igualdade na relação processual e defesa técnica por profissional habilitado, segundo dispuser a legislação tutelar específica;

V – obediência aos princípios de brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, quando da aplicação de qualquer medida privativa de liberdade;

VI – estímulo do Poder Público, através de assistência jurídica, incentivos fiscais e subsídios, nos termos da lei, ao acolhimento, sob a forma de guarda, de criança ou adolescente órfão ou abandonado;

⁶ Este inc. está com a redação que lhe deu a Emenda Constitucional n.º 20, de 15 de dezembro de 1998: “Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: ... XXXIII – proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de dezoito anos e de qualquer trabalho a menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de quatorze anos;”.

VII – programas de prevenção e atendimento especializado à criança e ao adolescente dependente de entorpecente e drogas afins.

§ 4º A lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente.

§ 5º A adoção será assistida pelo Poder Público, na forma da lei, que estabelecerá casos e condições de sua efetivação por parte de estrangeiros.

§ 6º Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

§ 7º No atendimento dos direitos da criança e do adolescente levar-se-á em consideração o disposto na art. 204”.⁷

Vê-se, portanto, que o Legislador Constituinte Originário federal destacou e destinou um tratamento diferenciado à criança e ao adolescente, haja vista a maneira e forma de sua própria inserção em nosso Texto Supremo federal de 5 de outubro de 1988.

Em assim sendo, deveremos ir, sempre, à Carta Magna federal de 5 de outubro de 1988 – a nossa Constituição Cidadã –, para lá podermos localizar, então, a forma de tratamento que adotou o Legislador, quando buscou se articular sobre o assunto que se está por discorrer.

Para tanto, foi que buscamos, por mais uma vez, o preciso e precioso entendimento, não bastasse, a concisa manifestação do Corpo Técnico-Jurídico da Fundação Prefeito Faria Lima – FPFL – Centro de Estudos e Pesquisas de Administração Municipal – CEPAM, quando tratou sobre a criança e do adolescente, nestes exatos termos:

“É dever de todos proteger e preservar a estrutura social ao País. A sociedade futura dependerá das condições de vida que serão proporcionadas às crianças e adolescentes de hoje,

⁷ “Art. 204. As ações governamentais na área da assistência social serão realizadas com recursos do orçamento da seguridade social, previstos no art. 195, além de outras fontes, e organizadas com base nas seguintes diretrizes: I – descentralização político-administrativa, cabendo a coordenação e as normas gerais à esfera federal e a coordenação e execução dos respectivos programas às esferas estadual e municipal, bem como a entidades beneficentes e de assistência social; II – participação da população, por meio de organizações representativas, na formulação das políticas e no controle das ações em todos os níveis”.

porque eles serão futuramente o sustentáculo da nova ordem política, social e econômica implantada.

O aperfeiçoamento das condições de vida da criança, do adolescente, como de todo o povo, deve ser buscado permanentemente, com vistas ao desenvolvimento de toda a comunidade”.⁸

Há necessidade de trazermos, agora e explicitamente, a forma com que se tratou da criança e do adolescente, em nossa Carta Política estadual de 5 de outubro de 1989, senão vejamos:

“Art. 277. Cabe ao Poder Público, bem como à família, assegurar à criança, ao adolescente, ao idoso e aos portadores de deficiências, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e agressão.

Parágrafo único. O direito à proteção especial, conforme a lei, abrangerá, entre outros, os seguintes aspectos:

1 – garantia à criança e ao adolescente de conhecimento formal do ato infracional que lhe seja atribuído, de igualdade na relação processual, representação legal, acompanhamento psicológico e social e defesa técnica por profissionais habilitados;

2 – obrigação de empresas e instituições, que recebam do Estado recursos financeiros para a realização de programas, projetos e atividades culturais, educacionais, de lazer e outros afins, de preverem o acesso e a participação de portadores de deficiências.

⁸ Fundação Prefeito Faria Lima – Centro de Estudos e Pesquisas em Administração Pública. *Breves anotações à Constituição de 1988*. CEPAM, São Paulo : Atlas, 1990, p. 492.

Art. 278. O Poder Público promoverá programas especiais, admitindo a participação de entidades não governamentais e tendo como propósito:

...

VI – instalação e manutenção de núcleos de atendimento especial e casas destinadas ao acolhimento provisório de crianças, adolescentes, idosos, portadores de deficiências e vítimas de violência, incluindo a criação de serviços jurídicos de apoio às vítimas, integrados a atendimento psicológico e social;

VII – nos internamentos de crianças com até doze anos nos hospitais vinculados aos órgãos da administração direta ou indireta, é assegurada a permanência da mãe, também nas enfermarias, na forma da lei;

...

IX – criação e manutenção de serviços e programas de prevenção e orientação contra entorpecentes, álcool e drogas afins, bem como de encaminhamento de denúncias e atendimento especializado, referentes à criança, ao adolescente, ao adulto e ao idoso dependentes”.

A Constituição do Estado de São Paulo não fugiu, ao que tratou o Legislador Constituinte Originário federal, mas, todavia, desceu a detalhes específicos, quando se buscou tratar de criança e adolescente, principalmente no que se refere ao seu cuidado e, também, orientação.

Por último, vamos trazer à colação e tratar de comércio ambulante, enquanto atividade devidamente regulamentada e, inclusive, com referência aos produtos que estão por serem comercializados,⁹ ou seja, que esses produtos sejam de origem lícita e, portanto, que estejam sob o total controle dos órgãos alfandegários e fazendários, que possam estar envolvidos.

O Texto Supremo federal de 5 de outubro de 1988, traz no inc. XIII, do art. 5º, o seguinte direito fundamental, ***“in verbis”***:

⁹ Designando aqui, a prática de atos ou ações de comércio, de maneira habitual, com ares de continuidade, definitividade.

“... é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer;”.

De molde a reger cada assunto, aqui está, portanto, o direito de exercer qualquer tipo de atividade; porém, desde que o interessado implemente todos os requisitos que estejam previstos em lei específica. Veja que aqui está a grande diferença e distinção para que se possa exercer esta ou aquela atividade: a lei é que estabelece as condições e requisitos necessários para o seu real e efetivo exercício.

Sobre este tema é, ainda, o próprio Corpo Técnico-Jurídico da Fundação Prefeito Faria Lima – FPFL – Centro de Estudos e Pesquisas de Administração Municipal – CEPAM, que assim se manifestou:

“Nenhuma alteração ou novidade no direito de exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão (liberdade plena no tocante à escolha de trabalho lícito). O direito já era consagrado no artigo 153, § 23, do Texto Constitucional anterior, com as mesmas ressalvas no que se refere às exigências legais sobre profissões regulamentadas, como, por exemplo, a advocacia”.¹⁰

Poderemos, então, enquadrar o comércio ambulante como sendo “o exercício de qualquer trabalho” e, dessa forma, desde que o cidadão – aqui, o comerciante ambulante – esteja com o exercício de tal ou qual atividade e atendendo ao que a legislação correspondente exigiu; assim, não há que se falar em ilegalidade; porém, “**contraria simul esse non possunt**”, não restará aos agentes públicos competentes outra ação, a não ser a imposição de impedimento ao exercício daquela atividade, sob pena de não o fazendo, estar incorrendo, de forma direta, no crime de prevaricação,¹¹ tipificado que está pelo art. 319, do Código Penal brasileiro e de condescendência criminosa.¹²

¹⁰ Fundação Prefeito Faria Lima – Centro de Estudos e Pesquisas em Administração Pública. *Breves anotações à Constituição de 1988*. CEPAM, São Paulo : Atlas, 1990, p. 35.

¹¹ “Art. 319. Retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício, ou praticá-lo contra disposição expressa de lei, para satisfazer interesse ou sentimento pessoal: Pena – detenção de 3 (três) meses a 1 (um) ano, e multa”.

¹² “Art. 320. Deixar o funcionário, por indulgência, de responsabilizar subordinado que cometeu infração no exercício do cargo ou, quando lhe falte competência, não levar o fato ao conhecimento da autoridade competente: Pena – detenção, de 15 (quinze) dias a 1 (um) mês, ou multa.

Por fim, cabe-nos destacar a inteligência inserta no “*caput*”, do art. 30 e inc. I, da Constituição da República Federativa do Brasil de 5 de outubro de 1988:

“Art. 30. Compete aos Municípios:

I – legislar sobre assuntos de interesse local;”.

Em face do Texto Constitucional ora reproduzido, não nos resta qualquer espécime de dúvida de que o comércio ambulante é exercido, executado, levado a efeito no próprio Município e, então, ninguém melhor para regulamentar o seu exercício, deste trabalho – atividade específica – senão ele, ou seja: o próprio Poder Público municipal, voltado que deverá estar para os interesses da Municipalidade envolvida, como um todo e que vem ao encontro do próprio interesse público local, algo que tem de ser perseguido de maneira ininterrupta, haja vista ser essa a sua condição única de existência, em sentido lato, do próprio Estado, enquanto pessoa jurídica de Direito Público.

Até aqui, a nossa preocupação esteve voltada e direcionada em trazer o comportamento do Legislador Constituinte Originário, federal e estadual, quando trataram da Polícia Militar, da Criança e do Adolescente e do Comércio Ambulante, inclusive trazendo e oferecendo excertos doutrinários específicos.

Passaremos, então e a partir de agora, a tratar e oferecer comentários e contornos específicos sobre a legislação infraconstitucional, que dará guarida ao tema do trabalho, sobre o qual estamos nos debruçando.

Começaremos, portanto, pela legislação que está por reger a atividade exercida pelas Polícias Militares do Brasil.

Então, de imediato, afiançamos que é a Lei Nacional das Polícias Militares do Brasil, ou seja, o Decreto-lei federal n.º 667, de 2 de julho de 1969, com todas as alterações que foram introduzidas pelos Decretos-leis, todos federais, n.ºs 1.072/69, 1.406/75, 2.010/83 e 2.106/84, quem reorganiza as Polícias Militares e os Corpos de Bombeiros Militares dos Estados, dos Territórios e do Distrito Federal, fixando, inclusive, uma série de providenciamentos.

Em face da promulgação do Texto Supremo federal em 5 de outubro de 1988, o referido Decreto-lei e todas as suas alterações foram recepcionados pelo novo Ordenamento Jurídico vigente, de molde que é o seu art. 3º, alíneas e §§ que, no momento, está por nos interessar, senão vejamos:

“Art. 3º. Instituídas para manutenção da ordem pública e segurança interna nos Estados, nos Territórios e no Distrito Federal, compete às Polícias Militares, no âmbito de suas jurisdições:

a) executar com exclusividade, ressalvadas as missões peculiares das Forças Armadas, o policiamento ostensivo, fardado, planejado pela autoridade competente, a fim de assegurar o cumprimento da lei, a manutenção da ordem pública e o exercício dos poderes constituídos;¹³

b) atuar de maneira preventiva, como força de dissuasão, em locais ou áreas específicas, onde se presume ser possível a perturbação da ordem;

c) atuar de maneira repressiva, em caso de perturbação da ordem, precedendo o eventual emprego das Forças Armadas;

d) atender à convocação, inclusive mobilização, do governo Federal em caso de guerra externa ou para prevenir ou reprimir grave perturbação da ordem ou ameaça de sua irrupção, subordinando-se à Força Terrestre para emprego em suas atribuições específicas de polícia militar e como participante da Defesa Interna e da Defesa Territorial;¹⁴

e) além dos casos previstos na letra anterior, a Polícia Militar poderá ser convocada, em seu conjunto, a fim de assegurar à Corporação o nível necessário de adestramento e disciplina ou ainda para garantir o cumprimento das disposições deste Decreto-lei, na forma que dispuser o regulamento específico.¹⁵

§ 1º A convocação, de conformidade com a letra (e) deste artigo, será efetuada sem prejuízo da competência normal da Polícia Militar de manutenção da ordem pública e de apoio às autoridades federais nas missões de Defesa Interna, na forma que dispuser o regulamento específico.¹⁶

¹³ A redação foi introduzida pelo Decreto-lei federal n.º 1.072, de 30 de dezembro de 1969.

¹⁴ A redação foi introduzida pelo Decreto-lei federal n.º 2.010, de 12 de janeiro de 1983.

¹⁵ A redação foi introduzida pelo Decreto-lei federal n.º 2.010, de 12 de janeiro de 1983.

¹⁶ O regulamento específico está pelo Decreto federal n.º 88.540, de 20 de julho de 1983.

§ 2º No caso de convocação de acordo com o disposto na letra (a) deste artigo, a Polícia Militar ficará sob a supervisão direta do Estado-Maior do Exército, por intermédio da Inspeção-Geral das Polícias Militares, e seu Comandante será nomeado pelo Governo Federal.

§ 3º Durante a convocação a que se refere a letra (e) deste artigo, que não poderá exceder o prazo máximo de 1 (um) ano, a remuneração dos integrantes da Polícia Militar e as despesas com a sua administração continuarão a cargo do respectivo Estado-Membro.

Art. 4º As Polícias Militares, integradas nas atividades de segurança pública dos Estados e Territórios e do Distrito Federal, para fins de emprego nas ações de manutenção da Ordem Pública, ficam sujeitas à vinculação, orientação, planejamento e controle operacional do órgão responsável pela Segurança Pública, sem prejuízo da subordinação administrativa ao respectivo Governador”.¹⁷ (grifos do autor).

Após, sobreveio o Decreto federal n.º 88.777, de 30 de setembro de 1983 – (conhecido pela expressão: **R-200**), que aprovou o regulamento para as Polícias Militares e Corpos de Bombeiros Militares, sendo certo que foi alterado pelo Decreto n.º 95.073/87, também federal.

Traremos à colação, agora, do R-200, os institutos que, de forma direta nos interessam e que têm, seguramente, relação com o assunto que estamos tratando.

Começemos, então, trazendo alguns conceitos, bem como os tipos de policiamento que deverão ser levados a efeito pelas Polícias Militares do Brasil:

“Art. 1º Este Regulamento estabelece princípios e normas para aplicação do Decreto-lei n.º 667, de 02 de julho de 1969, modificado pelo Decreto-lei n.º 1406, de 24 de junho de 1975, pelo Decreto-lei n.º 2010, de 12 de janeiro de 1983, e pelo Decreto-lei n.º 2106, de 06 de fevereiro de 1984.

¹⁷ A redação foi introduzida pelo Decreto-lei federal n.º 2.010, de 12 de janeiro de 1983.

Art. 2º Para efeito do Decreto-lei n.º 667, de 02 de julho de 1969, modificado pelo Decreto-lei n.º 1406, de 24 de junho de 1975, pelo Decreto-lei n.º 2010, de 12 de janeiro de 1983, e pelo Decreto-lei n.º 2106, de 06 de fevereiro de 1984 deste Regulamento, são estabelecidos os seguintes conceitos:

...

19) Manutenção da Ordem Pública – É o exercício dinâmico do poder de polícia, no campo da segurança pública, manifestado por atuações predominantemente ostensivas, visando a prevenir, dissuadir, coibir ou reprimir eventos que violem a ordem pública.

...

21) Ordem Pública – Conjunto de regras formais, que emanam do ordenamento jurídico da Nação, tendo por escopo regular as relações sociais de todos os níveis, do interesse público, estabelecendo um clima de convivência harmoniosa e pacífica, fiscalizado pelo poder de polícia, e constituindo uma situação ou condição que conduza ao bem comum.

...

25) Perturbação da Ordem – Abrange todos os tipos de ação, inclusive as decorrentes de calamidade pública que, por sua natureza, origem, amplitude e potencial possam vir a comprometer, na esfera estadual, o exercício dos poderes constituídos, o cumprimento das leis e a manutenção da ordem pública, ameaçando a população e propriedades públicas e privadas.

As medidas preventivas e repressivas neste caso, estão incluídas nas medidas de Defesa Interna e são conduzidas pelos Governos Estaduais, contando ou não com o apoio do Governo Federal.

...

27) Policiamento Ostensivo – Ação Policial, exclusiva das Polícias Militares, em cujo emprego o homem ou a fração de

tropa engajados sejam identificados de relance, quer pela farda, quer pelo equipamento, ou viatura, objetivando a manutenção da ordem pública.

São tipos de policiamento, a cargo das Polícias Militares ressaltadas as missões peculiares das Forças Armadas, os seguintes:

- ostensivo geral, urbano e rural;***
- de trânsito;***
- florestal e de mananciais;***
- rodoviário e ferroviário, nas estradas estaduais;***
- portuário;***
- fluvial e lacustre;***
- da radiopatrulha terrestre e aérea;***
- de segurança externa dos estabelecimentos penais do Estado;***
- outros, fixados em legislação das Unidades Federativas, ouvido o Estado-Maior do Exército através da Inspeção-Geral das Polícias Militares”.***

Teremos de ir, também, à Lei estadual n.º 616, de 17 de dezembro de 1974, que dispõe sobre a organização básica da Polícia Militar do Estado de São Paulo, fixando sua competência e que, além de esclarecer o que se deve entender por policiamento ostensivo, descreve as suas modalidades, na seguinte forma:

“Art. 1º A Polícia Militar do Estado de São Paulo, considerada força auxiliar, reserva do Exército, nos termos do § 4º, do art. 13 da Constituição da República de 17 de outubro de 1969,¹⁸ organizada com base na hierarquia e na disciplina, em conformidade com as disposições da legislação federal, destina-se à manutenção da ordem pública na área do Estado.

Art. 2º Compete à Polícia Militar:

I – executar com exclusividade, ressaltadas as missões peculiares das Forças Armadas, o policiamento ostensivo

¹⁸ O § 6º, do art. 144, da Constituição da República Federativa do Brasil de 5 de outubro de 1988, estabelece que: ***“As polícias militares e corpos de bombeiros militares, forças auxiliares e reserva do Exército, subordinam-se, juntamente com as polícias civis, aos Governadores dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios”.***

fardado, planejado pelas autoridades policiais competentes, conceituadas na legislação federal pertinente, a fim de assegurar o cumprimento da lei, a manutenção da ordem pública e o exercício dos poderes constituídos;

II – atuar de maneira preventiva, como força de dissuasão, em locais ou áreas específicas, onde se presuma ser possível a perturbação da ordem;

III – atuar de maneira repressiva, em caso de perturbação da ordem, precedendo o eventual emprego das Forças Armadas;

...

Art. 3º Entende-se por policiamento ostensivo a ação policial em cujo emprego o homem ou fração de tropa engajadas sejam identificados de imediato quer pela farda, quer pelo equipamento, quer pelo armamento ou viatura.

Parágrafo único. O policiamento ostensivo será executado no território estadual nas seguintes atividades de segurança:

- 1. Ostensivo normal, urbano e rural,*
- 2. trânsito;*
- 3. ferroviário, nas estradas estaduais e municipais;*
- 4. portuário;*
- 5. fluvial e lacustre;*
- 6. rádio patrulha terrestre e aérea;*
- 7. rodoviário, nas rodovias estaduais e municipais;*
- 8. recintos fechados de frequência pública;*
- 9. repartições públicas;*
- 10. florestal e de mananciais;*
- 11. locais e recintos destinados à prática de desportos ou diversões públicas;*
- 12. segurança externa dos estabelecimentos penais do Estado”.*

Buscaremos, somente a título de exemplo e registro, no Decreto estadual n.º 29.911, de 12 de maio de 1989, que dispunha sobre a organização da Polícia Militar do Estado de São Paulo, a letra “c”, do inc. V, do art. 12:

***“23.º Batalhão de Polícia Militar Metropolitano (23.º BPM/M),
sediado na Capital”.***

Por fim e para concluir, é que fomos buscar no vigente Decreto estadual n.º 44.447, de 24 de novembro de 1999, que dispõe sobre a nova estruturação da Polícia Militar do Estado de São Paulo e dá providências correlatas e que, inclusive, revogou, expressamente, o Decreto estadual n.º 29.911, de 12 de maio de 1989, a letra “c”, do inc. V, do art. 7º, ***“in verbis”***:

***“23.º Batalhão de Polícia Militar Metropolitano (23.º BPM/M),
sediado na Capital, responsável pela polícia ostensiva e pela
preservação da ordem pública em parte da Zona Oeste da
Capital;”.***

Aqui foi fixada, então, a criação, a presença do 23.º Batalhão de Polícia Militar Metropolitano (23.º BPM/M), sediado na Capital e que tem garantido o exercício de atribuições específicas, na Zona Oeste do Município de São Paulo, especificamente, nos bairros do Itaim, Perdizes e Pinheiros.

Passaremos, agora, ao tratado pela Lei federal n.º 8.069, de 13 de julho de 1990, que dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente, para dela poder assacar, de forma direta, o que realmente nos interessa, senão vejamos:

“Art. 1º Esta Lei dispõe sobre a proteção integral à criança e ao adolescente.

Art. 2º Considera-se criança, para efeitos desta Lei, a pessoa até 12 (doze) anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre 12 (doze) e 18 (dezoito) anos de idade.

Parágrafo único. Nos casos expressos em lei, aplica-se excepcionalmente este Estatuto às pessoas entre 18 (dezoito) e 21 (vinte e um) anos de idade.

...

Art. 5º Nenhuma criança ou adolescente será objeto de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade ou opressão, punido na forma da lei qualquer atentado, por ação ou omissão, aos seus direitos fundamentais.

...

Art. 15. A criança e o adolescente têm direito à liberdade, ao respeito e à dignidade como pessoas humanas em processo de desenvolvimento e como sujeitos de direitos civis, humanos e sociais garantidos na Constituição e nas leis.

Art. 16. O direito à liberdade compreende os seguintes aspectos:

I – ir, vir e estar nos logradouros públicos e espaços comunitários, ressalvadas as restrições legais;

...

Art. 18. É dever de todos velar pela dignidade da criança e do adolescente, pondo-os a salvo de qualquer tratamento desumano, violento, aterrorizante, vexatório ou constrangedor.

...

Art. 60. É proibido qualquer trabalho a menores de 14 (quatorze) anos de idade, salvo na condição de aprendiz.

Art. 61. A proteção ao trabalho dos adolescentes é regulada por legislação especial, sem prejuízo do disposto nesta Lei.

...

Art. 86. A política de atendimento dos direitos da criança e do adolescente far-se-á através de um conjunto articulado de ações governamentais e não-governamentais, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

...

Art. 90. As entidades de atendimento são responsáveis pela manutenção das próprias unidades, assim como pelo planejamento e execução de programas de proteção e socioeducativos destinados a crianças e adolescentes, em regime de:

I – orientação e apoio sociofamiliar;

II – apoio socioeducativo em meio aberto;

III – colocação familiar;

IV – abrigo;

V – liberdade assistida;

IV – semiliberdade;

VII – internação.

Parágrafo único. As entidades governamentais e não-governamentais deverão proceder a inscrição de seus programas, especificando os regimes de atendimento, na forma definida neste artigo, junto ao Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente, o qual manterá registro das inscrições e de suas alterações, do qual fará comunicação ao Conselho Tutelar e à autoridade judiciária.

Art. 91. As entidades não-governamentais somente poderão funcionar depois de registradas no Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente, o qual comunicará o registro ao Conselho Tutelar e à autoridade judiciária da respectiva localidade.

Parágrafo único. Será negado o registro à entidade que:

- a) não ofereça instalações físicas em condições adequadas de habitabilidade, higiene, salubridade e segurança;***
- b) não apresente plano de trabalho compatível com os princípios desta Lei;***
- c) esteja irregularmente constituída;***
- d) tenha em seus quadros pessoas inidôneas.***

...

Art. 95. As entidades governamentais e não-governamentais, referidas no art. 90, serão fiscalizadas pelo Judiciário, pelo Ministério Público e pelos Conselhos Tutelares.

Art. 96. Os planos de aplicação e as prestações de contas serão apresentados ao Estado ou ao Município, conforme a origem das dotações orçamentárias.

...

Art. 103. Considera-se ato infracional a conduta descrita como crime ou contravenção penal.

Art. 104. São penalmente inimputáveis os menores de 18 (dezoito) anos, sujeitos às medidas previstas nesta Lei.

Parágrafo único. Para os efeitos desta Lei, deve ser considerada a idade do adolescente à data do fato.

...

Art. 106. Nenhum adolescente será privado de sua liberdade senão em flagrante delito de ato infracional ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente.

Parágrafo único. O adolescente tem direito à identificação dos responsáveis pela sua apreensão, devendo ser informado acerca de seus direitos.

...

Art. 131. O Conselho Tutelar é órgão permanente e autônomo, não jurisdicional, encarregado pela sociedade de zelar pelo cumprimento dos direitos da criança e do adolescente, definidos nesta Lei.

...

Art. 146. A autoridade a que se refere esta Lei é o Juiz da Infância e da Juventude, ou o Juiz que exerce essa função, na forma da Lei de Organização Judiciária local.

...

Art. 200. As funções do Ministério Público, previstas nesta Lei, serão exercidas nos termos da respectiva Lei Orgânica”.

Este texto infraconstitucional nos oferece um delineamento específico, no que se refere ao modo de tratamento da criança e do adolescente, quer pelo Poder Público envolvido ou por Organizações Não-Governamentais (ONG), desde que estas estejam devidamente registradas no Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente, satisfeita, ainda, a comunicação ao Conselho Tutelar, bem como à autoridade judiciária competente.

Devemos manifestar o nosso repúdio e descontentamento com a criação e uso da locução Organizações Não-Governamentais (ONG), haja vista que apenas conhecemos, em nosso Ordenamento Jurídico, organizações públicas e organizações privadas.

O fato de ter havido essa derivação, quis, seguramente o “doutrinador” oferecer bases “sólidas” às ONGs, de molde que se trata de uma

flagrante “mistura”, ou seja: nelas nós teríamos e temos a presença de recursos públicos e privados ou particulares, para o exercício de algo que ela se predispôs e que, em princípio, poderia ser levado à feito pelo próprio Poder Público competente.

Sobre o comércio ambulante, de qualquer espécime, temos de levar em conta que o Legislador Constituinte Originário federal assegurou autonomia ao Município, elevando-o à condição de Ente da Federação, para que ele possa, então, desfrutar da capacidade de auto-organização, tendo em vista poder ele, dessa forma, elaborar e aprovar, inclusive, a sua própria Lei Orgânica e, inclusive, com possibilidade de instituir e cobrar as taxas de polícia administrativa, no exercício do Poder de Polícia municipal, quando houver, por exemplo, a locação de espaço em um bem público, para uso determinado e por período certo.

A taxa à qual nos referimos, tem sua sede na atuação de polícia e, portanto, dá base a uma espécie tributária, conforme especifica o art. 78 e seu parágrafo único, da Lei federal n.º 5.172, de 25 de outubro de 1966, que dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de Direito Tributário aplicáveis à União, aos Estados e aos Municípios – Código Tributário Nacional:

“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 tranqüilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos.

Parágrafo único. Considera-se regular o exercício do poder de polícia quando desempenhado pelo órgão competente nos limites da lei aplicável, com observância do processo legal e, tratando-se de atividade que a lei tenha como discricionária, sem abuso ou desvio de poder”.

Ora, o “caput” do artigo mencionado está por nos oferecer o conceito legal de Poder de Polícia, enquanto que o seu parágrafo único estabelece o

poder-dever de imposição de sanções, respeitando-se, para tanto e em relação aos seus destinatários o **“due process of law”**.¹⁹

Em uma de suas magistrais lições, **HELLY LOPES MEIRELLES** assevera que esse policciamento incidirá sobre todas as atividades e sobre todos os estabelecimentos urbanos, desde a sua localização até a sua efetiva instalação, bem como o seu real funcionamento, nestes precisos termos:

“A polícia administrativa municipal deve estender-se a todos os locais públicos ou particulares abertos à freqüência coletiva, mediante pagamento ou gratuitamente, bem como aos veículos de transporte coletivo.

A propósito, observou Rasori que ‘os habitantes da cidade, na satisfação de suas várias e complexas necessidades de toda ordem, criam, por assim dizer, o sítio público, ou seja, os espaços onde devem transitar, freqüentar e permanecer. A calçada, a praça, o parque, o veículo, o café, o mercado, o cinema, o teatro, o restaurante, a estação, constituem, entre outros, locais de assistência e freqüência coletiva’.²⁰

Nesses lugares a Administração municipal dispõe de amplo poder de regulamentação, colimando a segurança, a higiene, o conforto, a moral, a estética, e demais condições convenientes ao bem-estar do público”.²¹ (grifos originais).

Um pouco mais adiante, sempre com pontual discernimento e precisão, **HELLY LOPES MEIRELLES** arremata, da seguinte maneira:

“Outra atividade sujeita ao controle da Prefeitura é a afixação de anúncios no perímetro urbano e seus arredores, por afetar a estética da cidade, tão preservável quanto os demais elementos de sua funcionalidade (v. cap. IX, item III). Assim também os alto-falantes em público, os vendedores ambulantes e quaisquer atividades perturbadoras do trânsito e do sossego.

¹⁹ O devido processo legal tem hoje sede constitucional, no inc. LIV, do art. 5º, da Constituição da República Federativa do Brasil de 5 de outubro de 1988.

²⁰ **RASORI**, Amílcar. In *Revista de derecho y administración municipal*. Buenos Aires, 1932, p. 1.

²¹ **MEIRELLES**, Hely Lopes. *Direito municipal brasileiro*. 6ª ed. atual. por Izabel Camargo Lopes Monteiro e Yara Darcy Police Monteiro. São Paulo : Malheiros Editores, 1993, p. 363.

coletivo merecem o policiamento administrativo municipal".²²

(grifo do autor).

Vê-se, portanto, que há uma real necessidade de regulamentação do exercício da atividade do comércio ambulante e, dessa forma, atendendo ao princípio da legalidade, insertos que estão nos "**caput**", dos arts. 37 e 111, das Constituições da República Federativa do Brasil de 5 de outubro de 1988 e do Estado de São Paulo de 5 de outubro de 1989, respectivamente.

Assim sendo e tendo em vista a previsão constitucional do princípio da legalidade, **CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO** ensina-nos que:

“O princípio da legalidade explicita a subordinação da atividade administrativa à lei²³ e surge como decorrência natural da indisponibilidade do interesse público, noção, esta, que, conforme foi visto, informa o caráter da relação de administração. No Brasil, o art. 5º, inciso II, da Constituição dispõe: ‘Ninguém será obrigada a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.’”²⁴

Com a finalidade de arrematar, quando falamos do princípio da legalidade, está a importante disciplina de **LÚCIA VALLE FIGUEIREDO**, nos exatos e específicos termos:

“Impende verificar a dimensão do ‘princípio da legalidade’ e como se deverá portar o administrador se não encontrar lei expressa a servir de embasamento e de suporte ao ato a praticar.

Nota-se, ainda, que o princípio da legalidade surge como conquista do Estado de Direito, a fim de que os administrados não sejam obrigados a se submeter ao abuso de poder. Por isso, ‘ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei’.

²² **MEIRELLES**, Hely Lopes. *Direito municipal brasileiro*. 6ª ed. atual. por Izabel Camargo Lopes Monteiro e Yara Darcy Police Monteiro. São Paulo : Malheiros Editores, 1993, p. 371.

²³ Fritz Fleiner esclareceu o sentido de Administração legal, afirmando: “Administração legal significa então: Administração posta em movimento pela lei e exercida nos limites de suas disposições”. *Principes généraux du droit administratif allemand*, 1933, p. 87.

²⁴ **MELLO**, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 11ª ed., rev., atual. e ampl., de acordo com as Emendas Constitucionais 19 e 20, de 1998. São Paulo : Malheiros Editores, 1999, p. 35.

Todavia, o princípio da legalidade não pode ser compreendido de maneira acanhada, de maneira pobre. E assim seria se o administrador, para prover, para praticar determinado ato administrativo, tivesse sempre que encontrar arrimo expesso em norma específica que dispusesse exatamente para aquele caso concreto”. ²⁵ (grifo original).

Resta-nos, agora, buscar e trazer à colação, tendo em vista termos apontado os ensinamentos de nossos consagrados administrativistas, alguns fundamentos sobre o exercício de comércio e, no caso específico, o próprio comércio ambulante, deixando claro que é o Município quem possui o poder-dever de disciplinar o exercício do comércio ambulante em seu território e, para tanto, é que fomos buscar na Lei n.º 556, de 25 de junho de 1850, que nada mais é do que o Código Comercial brasileiro, sendo certo que o seu Capítulo I, do Título I, da Parte Primeira, trata das qualidades necessárias para que a pessoa possa ser comerciante.

Então, logo em seu art. 1º, o Código Comercial brasileiro estabelece que:

“Art. 1º. Podem comerciar no Brasil:

1. Todas as pessoas que, na conformidade das leis deste Império, se acharem na livre administração de suas pessoas e bens, e não forem expressamente proibidas neste Código.

2. Os menores legitimamente emancipados.

3. Os filhos-famílias que tiverem mais de 18 (dezoito) anos de idade, com autorização dos pais, provada por escritura pública.

O filho maior de 21 (vinte e um) anos, que for associado ao comércio do pai, e o que com sua aprovação, provada por escrito, levantar algum estabelecimento comercial, será reputado emancipado e maior para todos os efeitos legais nas negociações mercantis.

4. As mulheres casadas maiores de 18 (dezoito) anos, com autorização de seus maridos para poderem comerciar em seu

²⁵ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de direito administrativo*. 3ª ed., rev. e atual. São Paulo : Malheiros Editores, 1998, p. 39.

próprio nome, provada por escritura pública. As que se acharem separadas da coabitação dos maridos por sentença de divórcio perpétuo, não precisam da sua autorização. ²⁶

Os menores, os filhos-famílias e as mulheres casadas devem inscrever os títulos da sua habilitação civil, antes de principiarem a comerciar, no Registro de Comércio do respectivo distrito”.

O vendedor ambulante é aquele que vende mercadorias pelas ruas, ou seja, aquele que não tem uma localização fixa e se ocupa, certamente, do exercício do comércio a varejo. ²⁷

Assim sendo, a mercadoria, portanto, é vendida em lugar indeterminado, aqui, ali, lá e acolá, no varejo, ou seja: diretamente aos particulares que estejam nela interessados.

Há, no Município de São Paulo, a Lei municipal n.º 12.318, de 16 de abril de 1997, promulgada pelo Presidente da Câmara Municipal de São Paulo, de acordo com o § 7º, do art. 42, da Lei Orgânica do Município e “que veda a comercialização de mercadorias e prestação de serviços em cruzamentos de vias do Município de São Paulo”, sendo certo que é o seu art. 1º, quem fixa um comportamento proibido, expressamente, senão vejamos:

“É vedada a comercialização de mercadorias e prestação de serviços de qualquer espécie, em cruzamentos de vias do Município de São Paulo”. (grifos do autor).

Há aqui, portanto, um comandamento proibitivo impositivo, onde o administrador público envolvido não dispõe de possibilidade alguma de escolha de outro comportamento a não ser o de subsumir-se ao texto legal e, inclusive, nos seus exatos termos, sob pena de, não observando, vir a se consumir um ato contrário à lei – aqui, por ação ou omissão – e, dessa forma, sujeitar-se-á às

²⁶ Este item está prejudicado por força do disposto pelo inc. I, do art. 5º, da Constituição da República Federativa do Brasil de 5 de outubro de 1988, que estabeleceu a igualdade de direitos e obrigações para o homem e a mulher.

²⁷ **SILVA**, De Plácido. *Vocabulário jurídico*. 4ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1996, v. IV, p. 459: **“VAREJISTA**. De varejo, entende-se o comerciante que vende a varejo, isto é, ao contrário de atacadista ou comerciante por grosso, vende em pequenas quantidades ou a retalho, em regra, ao próprio consumidor, ou seja, ao cliente que se vai utilizar da mercadoria adquirida. **VAREJO**. Embora tenha o mesmo sentido de varejamento, é empregado especialmente para indicar o comércio que se faz em pequenas porções ou a retalho, ou venda medida por vara, feita diretamente ao consumidor. Opõe-se ao por atacado ou por grosso”. (grifos originais).

responsabilizações nas esferas específicas, quais sejam: administrativa ou disciplinar, penal ou criminal, civil e, inclusive, na política.

Por força do art. 2º, da retrocitada Lei municipal, o Prefeito do Município de São Paulo editou, então, o Decreto municipal n.º 36.954, de 10 de julho de 1997.

Ora, para que se possa exercer atos de comércio, de forma efetiva, há, em realidade, uma necessidade de atendimento das exigências legais e, inclusive, a obtenção da necessária e competente autorização municipal.

O saudoso, festejado e sempre presente **HELLY LOPES MEIRELLES**, sobre a autorização, assim pontifica:

“Autorização é um ato administrativo discricionário e precário pelo qual o Poder Público torna possível ao pretendente a realização de certa atividade, serviço ou utilização de determinados bens particulares ou públicos, de seu exclusivo ou predominante interesse, que a lei condiciona à aquiescência prévia da Administração, tais como o uso especial de bem público, o porte de arma, o trânsito por determinados locais etc. Na autorização, embora o pretendente satisfaça as exigências administrativas, o Poder Público decide discricionariamente sobre a conveniência ou não do atendimento da pretensão do interessado ou da cessação do ato autorizado, diversamente do que ocorre com a licença e a admissão, em que, satisfeitas as prescrições legais, fica a Administração obrigada a licenciar ou a admitir.

Não há qualquer direito subjetivo à obtenção ou à continuidade da autorização, daí por que a Administração pode negá-la ao seu talante, como pode cassar o alvará a qualquer momento, sem indenização alguma”.²⁸ (grifos originais).

Podemos afirmar, então, que a autorização que nos interessa e que diz respeito ao assunto que estamos tratando é a municipal, ou seja: autorização municipal e que, por via de conseqüência, deverá ser levada a efeito, sempre, pelo

²⁸ **MEIRELLES**, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 24ª ed., atual. por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo : Malheiros Editores, 1999, pp. 170-171.

Poder Público municipal, desde que o administrado envolvido – aqui, o comerciante ambulante – possua as reais e factíveis condições de satisfazer todas as exigências legais e, ainda, que a própria Administração Pública municipal, vislumbre um interesse público local, no que respeita o exercício daquela atividade que estará por ser materializada; portanto, presente estará uma questão de mérito administrativo, ou seja, a conveniência e a oportunidade, no sentido de se poder autorizar o desfrute de determinada atividade pelo próprio munícipe, haja vista que sem essa, ele – o munícipe – estará, portanto, sujeito a sofrer a força da lei – **“force law”** – que será, seguramente, materializada pelos agentes públicos competentes, no exercício do Poder de Polícia, atribuição aqui que estará afeta ao próprio Município.

Por ser oportuno, trazemos a íntegra de um v. Acórdão, prolatado pelo E. Superior Tribunal de Justiça, nos seguintes e exatos termos:

**“RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA N.º 5.777-1-RJ
(95.0025629-0)**

Relator: Sr. Ministro ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO

Recorrente: EUCLIDES DE ALMEIDA E SILVA

Advogado: Dr. HORUS XIMENES DE MENEZES

T.Origem: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

Impetrado: PREFEITO DO MUNICÍPIO DE SÃO GONÇALO

Recorrido: MUNICÍPIO DE SÃO GONÇALO

Advogado: Dr. HUGO DE AGUIAR COSTA PINTO

EMENTA: Mandado de segurança. Comércio ambulante em trailer. Inexistência de direito líquido e certo.

I – Não há direito líquido e certo do impetrante permanecer com o seu trailer em local público proibido pelas posturas municipais.

II – Recurso ordinário desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, em que são partes as acima indicadas.

Decide a Segunda Turma do SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas

anexas, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Peçanha Martins e Ari Pargendler.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Hélio Mosimann, Brasília, 08 de fevereiro de 1996 (data do julgamento).

MINISTRO PEÇANHA MARTINS

Presidente

MINISTRO ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO

Relator”.

Fomos pesquisar e encontramos, também, que no Município de São Paulo, a retirada de ambulantes em geral, tem de ser efetivada por intermédio do SAC – Serviço de Apoio ao Cidadão e que atende e responde pelos telefones: (0XX11) 211-6263 e 211-2777, ramais 123 e 165.

Cabe-nos ressaltar que constatando-se o exercício irregular de atividade por ambulantes será lavrado, então, e pela autoridade competente um Auto de Apreensão, que, ato contínuo, dará origem a um processo administrativo, sendo certo que a pessoa terá, certamente, o prazo de 30 (trinta) dias corridos, para, caso tenha interesse, reaver o material apreendido, desde que, para tanto, satisfaça as exigências legais.

Caso contrário, ou seja, desde que não haja manifestação por parte do ambulante, com referência ao produto que fora apreendido e, por conseguinte, não tendo manifestado o interesse em retirar o material que fora regularmente apreendido e, ainda, tendo passado o prazo legal estabelecido, para reclamá-lo, esse produto será, então, declarado, portanto, de domínio público.

Há de se destacar que, em havendo apreensão de produtos perecíveis, estes não serão objeto de devolução, mais sim, destinados às Instituições Sociais, por intermédio de ato administrativo próprio, que, no caso específico, receberá o rótulo e será exteriorizado por intermédio de um memorando municipal.

Foi então e em face desta exposição, que trouxemos à colação o inserto nas Constituições da República Federativa do Brasil de 5 de outubro de 1988 e do Estado de São Paulo de 5 de outubro de 1989, bem como a legislação

infraconstitucional e, ainda, os atos infralegais ou sublegais envolvidos e, para arrematar, dando supedâneo ao que nos dispusemos, buscamos, ainda, dar um pequeno recheio doutrinário e pacífico, com referência aos assuntos que tratamos e, inclusive, com uma pitadinha de jurisprudência.

BIBLIOGRAFIA

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 5 de outubro de 1988 / obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Antonio Luiz de Toledo Pinto e Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt. 22ª ed., atual. e ampl. São Paulo : Saraiva, 1999. – (Coleção Saraiva de legislação).

Decreto estadual n.º 29.911, de 12 de maio de 1989. Dispõe sobre a organização da Polícia Militar do Estado de São Paulo, e dá providências correlatas.

Decreto estadual n.º 44.447, de 24 de novembro de 1999. Dispõe sobre a estruturação da Polícia Militar do Estado de São Paulo e dá providências correlatas.

Decreto federal n.º 88.540, de 20 de julho de 1983. Regula a convocação da Polícia Militar prevista no artigo 3º do Decreto-lei n.º 667, de 2 de julho de 1969, alterado pelo Decreto-lei n.º 2010, de 12 de janeiro de 1983.

Decreto federal n.º 88.777, de 30 de setembro de 1983. Aprova o regulamento para as Polícias Militares e Corpos de Bombeiros Militares (R-200).

Decreto municipal n.º 36.954, de 10 de julho de 1998. Regula a Lei n.º 12.318, de 16 de abril de 1997, que veda a comercialização de mercadorias e prestação de serviços de qualquer espécie em cruzamento de vias do Município de São Paulo.

Decreto-lei federal n.º 667, de 2 de julho de 1969. Reorganiza as Polícias Militares e os Corpos de Bombeiros Militares dos Estados, dos Territórios e do Distrito Federal, e dá outras providências.

Decreto-lei federal n.º 1.072, de 30 de dezembro de 1969. Dá nova redação ao artigo 3º, letra “a” do Decreto-lei federal n.º 667, de 2 de julho de 1969, e dá outras providências.

Decreto-lei federal n.º 1.406, de 24 de junho de 1975. Altera a redação do parágrafo único do artigo 26 do Decreto-lei federal n.º 667, de 2 de julho de 1969, que reorganiza as Polícias Militares e os Corpos de Bombeiros Militares dos Estados, dos Territórios e do Distrito Federal.

Decreto-lei federal n.º 2.010, de 12 de janeiro de 1983. Altera o Decreto-lei federal n.º 667, de 2 de julho de 1969, que reorganiza as Polícias Militares e os Corpos de Bombeiros Militares dos Estados, dos Territórios e do Distrito Federal, e dá outras providências.

Decreto-lei federal n.º 2.106, de 6 de fevereiro de 1984. Altera o Decreto-lei federal n.º 667, de 2 de julho de 1969, que reorganiza as Polícias Militares e os Corpos de Bombeiros Militares dos Estados, dos Territórios e do Distrito Federal.

Decreto-lei federal n.º 2.878, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal brasileiro.

Emenda Constitucional n.º 18, de 5 de fevereiro de 1998. Publicada no Diário Oficial da União, de 6 de fevereiro de 1998 e retificada em 16 de fevereiro de 1998. Dispõe sobre o regime constitucional dos militares.

Emenda Constitucional n.º 20, de 15 de dezembro de 1998. Publicada no Diário Oficial da União, de 16 de dezembro de 1998. Modifica o sistema de previdência social, estabelece normas de transição e dá outras providências.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de direito administrativo*. 3ª ed., rev. e atual. São Paulo : Malheiros Editores, 1998.

FLEINER, Fritz. *Principes généraux du droit administratif allemand*, 1933.

FUNDAÇÃO PREFEITO FARIA LIMA – CEPAM – Centro De Estudos e Pesquisas da Administração Municipal. *Breves anotações à Constituição de 1988*. São Paulo : Atlas, 1990.

LAZZARINI, Álvaro. *Segurança pública e o aperfeiçoamento da polícia no Brasil*. In Revista Forense, v. 316.

Lei estadual n.º 616, de 17 de dezembro de 1974. Dispõe sobre a organização básica da Polícia Militar do Estado de São Paulo; fixando sua competência e descreve modalidades de policiamento ostensivo.

Lei federal n.º 5.172, de 25 de outubro de 1966. Dispõe sobre o sistema tributário nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios.

Lei federal n.º 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente, e dá outras providências.

Lei municipal n.º 12.318, de 16 de abril de 1997. Veda a comercialização de mercadorias e prestação de serviços em cruzamentos de vias no Município de São Paulo.

Lei n.º 556, de 25 de junho de 1850. Código Comercial brasileiro.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 24ª ed., atual. por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo : Malheiros Editores, 1999.

----- *Direito municipal brasileiro*. 6ª ed. atual. por Izabel Camargo Lopes Monteiro e Yara Darcy Police Monteiro. São Paulo : Malheiros Editores, 1993.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 11ª ed., rev., atual. e ampl., de acordo com as Emendas Constitucionais 19 e 20, de 1998. São Paulo : Malheiros Editores, 1999.

RASORI, Amilcar. In *Revista de derecho y administración municipal*. Buenos Aires, 1932.

SÃO PAULO. Constituição do Estado de São Paulo, de 5 de outubro de 1989.

SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. 4ª ed., Rio de Janeiro : Forense, 1996.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 14ª ed., rev. e atual. nos termos da Reforma Administrativa. São Paulo : Malheiros Editores, 1997.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso em Mandado de Segurança n.º 5.777-1-RJ (95.0025629-0).