



**UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ
FACULDADE DE DIREITO
GRADUAÇÃO EM DIREITO**

GABRIEL MATOS MONTEIRO VIEIRA

**O CONFRONTO ENTRE A LIVRE INICIATIVA, A LIVRE CONCORRÊNCIA E O
DIREITO À SEGURANÇA NOS CASOS DE POSTOS DE COMBUSTÍVEIS: UM
COTEJO ENTRE A JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO
DO CEARÁ E A DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

FORTALEZA

2017

GABRIEL MATOS MONTEIRO VIEIRA

O CONFRONTO ENTRE A LIVRE INICIATIVA, A LIVRE CONCORRÊNCIA E O DIREITO À SEGURANÇA NOS CASOS DE POSTOS DE COMBUSTÍVEIS: UM COTEJO ENTRE A JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO CEARÁ E A DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

Monografia apresentada ao Programa de Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará, como requisito parcial à obtenção do título de bacharel em Direito. Área de concentração: Direito Constitucional.

Orientador: Prof^ª. Dr^ª. Raquel Cavalcanti Ramos Machado.

FORTALEZA

2017

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação
Universidade Federal do Ceará
Biblioteca Universitária
Gerada automaticamente pelo módulo Catalog, mediante os dados fornecidos pelo(a) autor(a)

V715c Vieira, Gabriel.

O confronto entre a livre iniciativa, a livre concorrência e o direito à segurança nos casos de postos de combustíveis : um cotejo entre a jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará e a do Supremo Tribunal Federal / Gabriel Vieira. – 2017.

101 f. : il.

Trabalho de Conclusão de Curso (graduação) – Universidade Federal do Ceará, Faculdade de Direito, Curso de Direito, Fortaleza, 2017.

Orientação: Profa. Dra. Raquel Cavalcanti Ramos Machado.

1. Livre iniciativa. 2. Livre concorrência. 3. Direito à segurança. 4. Postos de combustíveis. 5. Município de Fortaleza. I. Título.

CDD 340

GABRIEL MATOS MONTEIRO VIEIRA

O CONFRONTO ENTRE A LIVRE INICIATIVA, A LIVRE CONCORRÊNCIA E O DIREITO À SEGURANÇA NOS CASOS DE POSTOS DE COMBUSTÍVEIS: UM COTEJO ENTRE A JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO CEARÁ E A DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

Monografia apresentada ao Programa de Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará, como requisito parcial à obtenção do título de bacharel em Direito. Área de concentração: Direito Constitucional.

Aprovada em: ___/___/_____.

BANCA EXAMINADORA

Prof.^a. Dr.^a. Raquel Cavalcanti Ramos Machado (Orientadora)
Universidade Federal do Ceará (UFC)

Prof. Dr. William Paiva Marques Júnior
Universidade Federal do Ceará (UFC)

Mestranda Vanessa de Lima Marques Santiago
Universidade Federal do Ceará (UFC)

A Deus.

Aos meus pais, Terezinha e Vieira.

Aos meus irmãos, Heldo e Juliana.

AGRADECIMENTOS

A Deus, o Grande Mestre Criador, por minha vida e tudo que nela há. Obrigado por me cobrir diariamente com suas infinitas bênçãos – muitas das quais não raro julgo não ser merecedor –, garantindo-me tudo quanto necessário para cumprir com a missão que escolhi ao vir a este mundo, e por sempre interceder ao meu favor, iluminando os caminhos que me conduziram até aqui.

Aos meus pais, por me moldarem a pessoa que hoje sou. Vocês são exemplos inigualáveis de fé, honestidade, perseverança e bondade. As vidas de vocês foram dedicadas ao trabalho árduo e incessante de oferecer aos seus filhos o que de melhor há no mundo, e não há gesto mais altruísta que este. Obrigado por jamais medirem esforços para que eu alçasse grandes voos. Com vocês, aprendi que escolhemos a família em que nascemos. E de uma coisa tenho certeza: acertei em cheio na minha escolha!

Aos meus irmãos, Heldo e Juliana, que carrego sempre comigo, não importa a distância que separa Fortaleza, Rio de Janeiro e Dublin. Sem dúvidas, um dos melhores aspectos sobre ser o caçula é o de que, além de ser o preferido dos pais – brincadeira... –, tive a oportunidade de ver vocês abrirem caminhos que eu mais tarde viria a trilhar. Quando criança, queria ser tal qual vocês quando crescesse; e, vejam só, ainda agora mantenho o mesmo desejo. Obrigado por me inspirarem a querer ser a melhor versão de mim mesmo.

A Albino Félix e Antônio Alfredo, popularmente conhecidos como Alby e Tony, respectivamente. Meus “zói” cor-de-âmbar e meus “zói” de jabuticaba, meus amores de quatro patas, meus *spirit animals*: obrigado pelo amor incondicional e pela companhia. Perturbar vocês foi um dos mecanismos que encontrei para extravasar o estresse que este trabalho me causou, então não é exagero dizer que sem vocês eu não teria conseguido.

Aos Agoranos, que há muito deixaram de ser amigos para se tornarem irmãos – doze deles, para ser mais preciso. Sinto-me abençoado por tê-los em minha vida e por poder testemunhar de perto a transformação de pessoas de bem em profissionais de futuro promissor. Obrigado pelo companheirismo e apoio incondicional ao longo desses anos. Carrego-os sempre comigo (ainda que não tenhamos cumprido a promessa de fazer aquela tatuagem de xícara de café que tanto nos representa).

Aos Pigmeus, que conferiram à Faculdade de Direito um significado para lá de especial: vocês fizeram um desajustado se sentir confortável. Não há bênção maior do que encontrar o seu povo, pessoas com quem você pode ser você mesmo. E, mesmo contra todas as probabilidades, aqui estamos nós, prestes a obter o tão sonhado diploma! Obrigado por

imprimirem cor à Salamanca cearense. E que este seja apenas o primeiro passo da colheita dos louros da vitória: foram-se os dias de cão, que venham os dias de glória!

Aos Cordeirinhos, cuja amizade foi um dos maiores presentes que este ano me reservou. Acredito que pessoas que fazem suas bochechas doerem de tanto rir são as pessoas que você deve manter por perto, e esse é justamente o caso. Cada assembleia externa com vocês é o evento do ano! Obrigado por me acompanharem nesta jornada.

À Procuradoria Geral do Município, que me acolheu por dois anos como estagiário, oportunidade extremamente gratificante e enriquecedora – e sem a qual eu jamais teria conseguido pensar no tema desta monografia! E, claro, a todos os profissionais com quem tiver a honra de trabalhar diretamente: Dr. Everton, Dra. Fernanda, Dra. Nívea, Dra. Lucíola, Vlândia, a turma do apoio... Cada um de vocês foi peça essencial para o meu aprendizado e engrandecimento enquanto profissional, bem como para a minha crença de que o setor público, ao contrário do que preconiza o senso comum, pode, sim, ser eficaz e prestador de grandes serviços à comunidade. Espero reencontrá-los em breve – e, dessa vez, não mais como estagiário!

À querida Lis, que exerce como ninguém os ofícios de psicóloga e conselheira. O processo de autoconhecimento é penoso, mas você tem o dom de tornar os nossos fardos menos pesados. Obrigado por todas as pérolas de sabedoria ofertadas nas nossas várias sessões. E que um dia eu possa ser tão competente no meu trabalho quanto você é no seu!

Por fim, mas não menos importante, à professora Raquel Machado, por tão gentilmente ter-me fornecido a orientação indispensável à elaboração deste trabalho, bem como ao professor William Marques e à Mestranda Vanessa Santiago, por terem prontamente aceitado meu convite para a composição da banca. E muito obrigado a todos por despenderem o seu tempo na análise da presente monografia, ajudando-a a ganhar vida!

*“(...) e todas as lágrimas secarão,
todas as dores acalmar-se-ão.”*

Prece de Cáritas

RESUMO

A mitigação da livre iniciativa e da livre concorrência em face do direito à segurança se revela controversa, sobretudo nos casos de postos de combustíveis. Nesta senda, o presente trabalho analisa o cotejo entre aqueles direitos levado a efeito pelo Tribunal de Justiça do Estado do Ceará (TJCE) e pelo Supremo Tribunal Federal (STF). A metodologia utilizada se baseou em pesquisa junto a doutrina, artigos científicos, legislação e jurisprudência, tanto do TJCE, quanto do STF. Inicialmente, contempla o papel da livre iniciativa e da livre concorrência como princípios constitucionais da ordem econômica, bem como investiga o conteúdo e o alcance do direito à segurança a partir das diversas interpretações permitidas pelo ordenamento jurídico pátrio. Em seguida, analisa as principais normas de direito urbanístico aplicáveis aos postos de combustíveis instalados no Município de Fortaleza, a fim de compreender as mais relevantes limitações legais aos direitos de construir e de exercer empresa dos particulares. Culmina no estudo de acórdãos do TJCE e do STF que versam sobre legislação restritiva à instalação de postos de combustíveis, oportunidade em que analisa o entendimento daqueles Tribunais sobre a constitucionalidade dos diplomas legais submetidos à sua apreciação. Conclui que a jurisprudência se orienta no sentido de considerar constitucionais as restrições legais àquele tipo de estabelecimento, em face da primazia dos direitos da coletividade à segurança, à saúde e à vida sobre os direitos dos particulares de construir e de exercer empresa, além da legitimidade dos Municípios para editar normas que regulem a atividade em questão.

Palavras-chave: Livre iniciativa. Livre concorrência. Direito à segurança. Postos de combustíveis. Município de Fortaleza.

ABSTRACT

This work analyzes the comparison made by the Court of Justice of the State of Ceará (TJCE) and the Supreme Court (STF) between free enterprise, free competition and the right to security in the case of fuel filling stations. The methodology used was based on research into the doctrine, scientific articles and, mostly, legislation and jurisprudence, both of the TJCE and of the STF. Initially, it contemplates the role of free enterprise and free competition as constitutional principles of the economic order, as well as it investigates the content and scope of the right to security from the different interpretations allowed by the national legal order. Subsequently, it analyzes the main norms of urban law applicable to fuel filling stations installed in the Municipality of Fortaleza, in order to understand the most relevant legal limitations to the rights to build and to exercise private business. It culminates in the study of judgments of the TJCE and the STF that deal with legislation stipulating restrictions on the installation of fuel filling stations, then it analyzes the understanding of those Courts on the constitutionality of the legal texts submitted to its appreciation. It concludes that the jurisprudence is oriented to consider constitutional the legal restrictions to that type of establishment, given the primacy of collective rights to security, health and life over the individuals rights to build and to enterprise, as well as the legitimacy of Municipalities to edit norms that regulate the mentioned activity.

Keywords: Free enterprise. Free competition. Right to security. Fuel filling stations. Municipality of Fortaleza.

LISTA DE FIGURAS

Figura 1 – Classificação da atividade de posto de combustível na LUOS a partir do grupo comercial e subgrupo inflamáveis (INF).....	54
---	----

LISTA DE TABELAS

Tabela 1 – Adequação da atividade de posto de combustíveis perante as zonas do Município de Fortaleza, de acordo com o Anexo 6 da LUOS.....	56
Tabela 2 – Adequação da atividade de posto de combustíveis perante as vias do sistema viário do Município de Fortaleza, de acordo com o Anexo 8 da LUOS.....	58

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

AI	Agravo de Instrumento
CC	Código Civil
CF	Constituição Federal
COPMF	Código de Obras e Posturas do Município de Fortaleza
INF	Inflamáveis
LUOS	Lei de Uso e Ocupação do Município de Fortaleza
PDPMF	Plano Diretor Participativo do Município de Fortaleza
PSV	Projeto de Súmula Vinculante
RE	Recurso Extraordinário
STF	Supremo Tribunal Federal
SV	Súmula Vinculante
TJCE	Tribunal de Justiça do Estado do Ceará

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	16
2	A EVOLUÇÃO DOS DIREITOS CONSTITUCIONAIS.....	20
2.1	A sucessão entre o Estado Liberal e o Estado Social e a influência exercida na estruturação principiológica da ordem econômica na Constituição Federal de 1988.....	20
2.2	A livre iniciativa e a livre concorrência.....	24
2.3	O direito à segurança como direito fundamental de segunda dimensão na Constituição Federal de 1988.....	30
2.4	O conteúdo e o alcance do direito à segurança a partir das suas diversas interpretações.....	33
3	AS PRINCIPAIS NORMAS DE DIREITO URBANÍSTICO APLICÁVEIS AOS POSTOS DE COMBUSTÍVEIS INSTALADOS NO MUNICÍPIO DE FORTALEZA.....	40
3.1	O meio ambiente artificial (ou urbano) como objeto de proteção constitucional e o Estatuto da Cidade (Lei Federal nº 10.257, de 10 de julho de 2001).....	41
3.2	O Plano Diretor Participativo do Município de Fortaleza (Lei Complementar nº 062, de 02 de fevereiro de 2009).....	47
3.3	A Lei de Uso e Ocupação do Solo-LUOS do Município de Fortaleza (Lei Complementar nº 236, de 11 de agosto de 2017).....	52
3.4	O Código de Obras e Posturas do Município de Fortaleza-COPMF (Lei nº 5.530, de 17 de dezembro de 1981).....	59
3.5	A Lei Municipal nº 7.988, de 20 de dezembro de 1996.....	64
4	ANÁLISE DE CASOS PRÁTICOS.....	67
4.1	Acórdãos do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará (TJCE).....	67
4.1.1	<i>Agravo de instrumento nº 0131027-50.2012.8.06.0000.....</i>	68
4.1.2	<i>Reexame necessário nº 0013364-19.2008.8.06.0001.....</i>	71
4.1.3	<i>Agravo de instrumento nº 0622362-80.2015.8.06.0000.....</i>	75
4.1.4	<i>Agravo de instrumento nº 0002562-38.2003.8.06.0000.....</i>	79
4.2	Pronunciamentos do Supremo Tribunal Federal (STF).....	82
4.2.1	<i>Recurso Extraordinário 204.187/MG.....</i>	83

4.2.2	<i>Recurso Extraordinário 199.101/SC</i>	87
4.2.3	<i>Súmula Vinculante nº 49</i>	89
5	CONSIDERAÇÕES FINAIS	95
	REFERÊNCIAS	98

1 INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 elenca, já em seu art. 1º, dentre os fundamentos da República Federativa do Brasil, a livre iniciativa. Mais à frente, ao dispor, em capítulo próprio, dos princípios gerais da ordem econômica, enquadra-a também como fundamento daquela, ao lado da valorização do trabalho humano, consoante a redação do art. 170, *caput*, CF.

Inobstante, nos incisos desse último dispositivo são também previstos outros princípios a serem observados na estruturação da ordem econômica, dos quais se destacam, a título de exemplo, a função social da propriedade, a livre concorrência, a defesa do consumidor e a defesa do meio ambiente, dentre outros. São, portanto, em essência, os limiares básicos dentro dos quais pode se dar o exercício constitucional da livre iniciativa.

Disso decorre que a livre iniciativa está longe de possuir caráter absoluto, até mesmo porque, em face de sua natureza principiológica, é possível que tenha sua aplicabilidade restringida em prevalência de outros princípios com os quais esteja em conflito, a depender do caso concreto.

Da mesma forma que o legislador constituinte conferiu especial proteção à ordem econômica, não olvidou a tutela do meio ambiente, porquanto o art. 225, *caput* – “Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações” – contém previsão sem precedentes na história constitucional brasileira. Ademais, oportuno destacar que essa tutela adquire contornos amplos, englobando, segundo a doutrina, as quatro vertentes do meio ambiente, quais sejam, natural, artificial (ou urbano), cultural e laboral.

No que toca ao meio ambiente artificial, a Constituição Federal estabelece que a política de desenvolvimento urbano, a ser executada pelo Poder Público municipal, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes (art. 182, *caput*). Nesse sentido, os Municípios – a quem a Carta Magna atribui a competência para legislar sobre assuntos de interesse local e para promover o adequado ordenamento territorial (art. 30, I e VIII, respectivamente) – editam farta legislação disciplinando os variados aspectos relativos ao uso do solo urbano.

Denota-se, a partir disso, o caráter público da atividade urbanística, que se fundamenta em normas cogentes e inafastáveis pela vontade dos particulares. Os Municípios, visando à consecução do interesse público, utilizam-se, pois, do poder de polícia inerente à

Administração Pública para restringir o direito dos particulares de exercer empresa, como é o caso das legislações que exigem, para a regular operação de empreendimento comercial, a expedição prévia de alvarás de construção e de funcionamento. Com isso, pretendem garantir que as atividades empresariais atendam a um padrão mínimo de adequabilidade, nos moldes dos princípios constitucionais orientadores da ordem econômica nacional.

E é nesse cenário que surgem dúvidas quanto aos possíveis limites da livre iniciativa: embora seja um direito garantido constitucionalmente, seu exercício não pode, como já dito, dar-se de forma absoluta e irrestrita, devendo obediência a outros direitos, como a vida, a saúde e a segurança, também assegurados no texto constitucional.

Há atividades que, por sua natureza peculiar, devem atender, além das prescrições que se aplicam indistintamente a todas as práticas comerciais, outras normas específicas, elaboradas especialmente em face das suas particularidades. A título de exemplificação, pode-se citar o caso dos postos de combustíveis, que têm sua regulamentação dada, no âmbito do Município de Fortaleza, pela Lei nº 7.988, de 20 de dezembro de 1996, que dispõe sobre licenças para construção, realocização, funcionamento e segurança daqueles estabelecimentos.

O referido diploma traz em seu conteúdo certas limitações ao direito de construir do particular que pretende explorar a atividade de comercialização de produtos derivados do petróleo, como a exigência de que os postos de combustíveis guardem determinadas metragens de distância entre si, bem como em relação a outros locais concentradores de público, a exemplo de escolas e hospitais.

Com efeito, a constitucionalidade desse tipo de exigência, a qual é reproduzida por diversos Municípios brasileiros, é bastante controvertida, sendo o assunto recorrentemente levado à apreciação do Poder Judiciário, sobretudo por três aspectos. O primeiro é o de que, embora seja certo de que a Constituição Federal delegou competência àqueles Entes Federados para promover o adequado ordenamento territorial, questiona-se se a regulamentação da atividade de postos de combustíveis estaria aí incluída ou, se ao contrário, constituir-se-ia em reserva de mercado, prática vedada pelo ordenamento jurídico pátrio.

O segundo aspecto indaga quanto ao fundamento técnico para aquele tipo de exigência. Isso porque se interroga se a imposição de determinada distância entre dois postos de combustíveis, ou entre um posto e um local de grandes aglomerações públicas, seria suficiente para mitigar os riscos que decorrem da atividade. Ademais, ainda sob esse prisma, pesa o argumento de que existem postos de abastecimento dos mais variados portes, cada um com características próprias – tais como área, quantidade de funcionários, produtos e serviços

prestados, etc. -, de modo que a prescrição de uma única área de segurança para todos os empreendimentos poderia ser, além de carecedora de fundamento técnico-científico, violadora da isonomia, o que a tornaria medida arbitrária e desprovida de maior aplicabilidade.

Por último, aquele tipo de norma parece afrontar diretamente o conteúdo da Súmula 646 do STF – erigida, desde o ano de 2015, à condição de súmula vinculante –, que dispõe ofender o princípio da livre concorrência lei municipal que impede a instalação de estabelecimentos comerciais do mesmo ramo em determinada área.

Na arena judicial, pois, trava-se o seguinte embate: de um lado, tem-se o direito do particular de explorar atividade econômica, e, do outro, o direito da coletividade à segurança. E, justamente em face do seu conteúdo principiológico, a colisão entre ambos os direitos só pode ser solucionada por meio de um juízo de ponderação.

O objetivo geral do presente trabalho consiste na análise das decisões do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará e do Supremo Tribunal Federal que tratam do sopesamento entre os princípios constitucionais da livre iniciativa e da livre concorrência e o direito da coletividade à segurança, mais precisamente, nos casos de postos de combustíveis. Já por objetivo específico, pretende-se investigar a constitucionalidade das restrições à localização de postos de combustíveis veiculadas na Lei nº 7.988/96, que disciplina a matéria no âmbito do Município de Fortaleza, traçando paralelo com o entendimento do Supremo Tribunal Federal compendiado na Súmula nº 646 (agora, Súmula Vinculante nº 49).

No primeiro capítulo, faz-se uma abordagem histórica contemplando a evolução constitucional da livre iniciativa e da livre concorrência como princípios, respectivamente, fundamental e orientador da ordem econômica, seguindo com o estudo do direito à segurança como um direito fundamental de segunda dimensão e investigando o seu conteúdo e alcance a partir das diversas interpretações permitidas pelo ordenamento jurídico pátrio.

No segundo capítulo, analisam-se as principais normas de direito urbanístico aplicáveis aos postos de combustíveis instalados no Município de Fortaleza, quais sejam: o Estatuto da Cidade (Lei Federal nº 10.257, de 10 de julho de 2001); o Plano Diretor Participativo do Município de Fortaleza (Lei Complementar nº 062, de 02 de fevereiro de 2009); a Lei de Uso e Ocupação do Solo – LUOS (Lei Complementar nº 236, de 11 de agosto de 2017); o Código de Obras e Posturas do Município de Fortaleza (Lei nº 5.530, de 17 de dezembro de 1981); e, por fim, a Lei nº 7.988/96, também do Município de Fortaleza, oportunidade em que se dá enfoque às mais relevantes limitações legais aos direitos de construir e de exercer empresa dos particulares.

No terceiro capítulo, estudam-se os acórdãos do Tribunal de Justiça do Estado do

Ceará e, em seguida, do Supremo Tribunal Federal que versam sobre legislações que estipulam restrições à instalação de postos de combustíveis. Pretende-se, com isso, analisar quais os argumentos jurídicos mais comumente suscitados pelas partes oponentes e, dentre estes, quais aqueles a que os julgadores atribuem maior valoração, análise esta que servirá de paradigma para outros casos em que os direitos em questão estejam em conflito. Ademais, procura-se investigar o posicionamento dos referidos Tribunais a respeito da constitucionalidade daqueles dispositivos legais submetidos à sua apreciação.

Por fim, apresentam-se as conclusões obtidas, culminando na avaliação se o entendimento do TJCE coaduna-se, ou não, com o do STF.

No que toca à metodologia, a pesquisa para este trabalho se baseou na leitura de doutrina, artigos científicos e, sobretudo, legislação do Município de Fortaleza e jurisprudência, tanto do TJCE, quanto do STF.

2 A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DOS DIREITOS CONSTITUCIONAIS

O presente trabalho, haja vista concentrar-se no cotejo levado a efeito pelos Tribunais pátrios entre os direitos à livre iniciativa, à livre concorrência e à segurança, deve passar pela compreensão das origens dos direitos de que se fala, oportunidade em que será feita, inicialmente, uma investigação sobre o seu desenvolvimento enquanto direitos constitucionais para, então, analisar seus respectivos significado, alcance e destinatários.

2.1. A sucessão entre o Estado Liberal e o Estado Social e a influência exercida na estruturação principiológica da ordem econômica nacional na Constituição Federal de 1988

A partir da consolidação do capitalismo como sistema de produção dominante no mundo ocidental, várias foram as teorias elaboradas para interpretar e explicar a dinâmica peculiar que orienta as relações entre os seus agentes econômicos.

Com efeito, em retroagindo três séculos na história ocidental, a doutrina do liberalismo se encontrava no seu apogeu. No contexto das Revoluções Americana e Francesa (1776 e 1789, respectivamente), o ideal liberal encontrou terreno fértil para a sua propagação: tratava-se de um período de ruptura, caracterizado por grande instabilidade social e que culminou na derrocada da aristocracia.

O liberalismo propunha uma atuação estatal mínima, restrita tão somente quanto necessário fosse. Importa anotar que não se limitava ao campo econômico, alcançando também o campo jurídico, a fim de que não fosse dado espaço para uma atuação estatal arbitrária e cerceadora daqueles direitos fundamentais tão arduamente conquistados, como ocorrido nos regimes despóticos.

Ao chegar no poder, a burguesia sentiu a necessidade de tomar medidas assecuratórias dos direitos recém-conquistados, a fim de impedir que se repetissem os abusos característicos do absolutismo vigente até então, bem como de manter os privilégios do liberalismo. Nesse sentido, as Constituições elaboradas à época prezaram pela defesa sobretudo dos direitos individuais, a exemplo da vida, da liberdade (em sentido amplo), da igualdade e da propriedade privada. Assim, aquelas Cartas Magnas eram concisas, porquanto não tinham o desígnio de disciplinar pormenorizadamente os mais variados aspectos da vida em sociedade, mas, sim, o de garantir proteção àqueles bens jurídicos mais valorosos e,

portanto, indispensáveis. Esta é a lição de Paulo Bonavides¹, senão veja:

Em verdade, porém, a brevidade das Constituições liberais derivava sem dúvida de sua inteira indiferença ao conteúdo e substância das relações sociais. (...) À Constituição cabia tão-somente estabelecer a estrutura básica do Estado, a espinha dorsal de seus poderes e respectivas competências, proclamando na relação indivíduo-Estado a essência dos direitos fundamentais relativos à capacidade civil e política dos governados, os chamados direitos da liberdade. Em suma, no Estado liberal do século XIX a Constituição disciplinava somente o poder estatal e os direitos individuais (direitos civis e direitos políticos) ao que hoje o Estado social o século XX regula uma esfera muito mais ampla: o poder estatal, a Sociedade e indivíduo.

Embora o liberalismo tenha sido uma resposta lógica e adequada ao contexto histórico em que se deu o seu surgimento, certo é que o modelo socioeconômico por ele propugnado revelou-se promissor somente na teoria. Isso porque, na prática, a autorregulação do mercado por meio da lei da oferta e da procura não ocorreu nos termos planejados, o que deu ensejo a práticas comerciais abusivas, exploração da mão-de-obra proletária e, conseqüentemente, aprofundamento das desigualdades sociais.

A situação tornou-se insustentável a tal ponto que, como forma de remediar os efeitos colaterais indesejáveis advindos das máximas liberais, os Estados resolveram aumentar o grau de ingerência em todos os níveis – econômico, político, social. Surgiu, assim, o Estado Social (*Welfare State*), mais interventivo que o seu antecessor e cuja difícil atribuição consistia na correção dos graves desequilíbrios que deste se originaram.²

Na contramão do que vigorava até o seu surgimento, o Estado Social entendia, pois, a intervenção estatal não como algo indesejado, mas, antes de tudo, como uma força coerciva necessária porquanto capaz de instituir limites adequados à autonomia volitiva dos indivíduos. Objetivava uma distribuição mais igualitária de riquezas e, em última instância, a concretização da justiça social, o que seria feito por meio de políticas públicas voltadas àquelas áreas que demandassem maior intervenção.

Como não poderia deixar de ser, as Constituições promulgadas nesse período (final do século XIX e, de forma mais expressiva, início do século XX) acompanharam o

¹ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 15.ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 229.

² “Mas, ultrapassada a concepção estritamente liberal de Estado, o capitalismo, hodiernamente, tem sido matizado por variados graus de intervencionismo estatal. (...) Há de se rememorar que a partir da Revolução Industrial, no século XIX, caracterizada pela crescente concentração de capital e pelo aguçamento das desigualdades sociais, é que esta ação interventiva se potencializou, no intuito de corrigir as disfuncionalidades naturais que a ordem evolutiva espontânea da economia fez surgir no cenário socioeconômico real do nascente capitalismo. A história é reveladora da ideia de que a presença estatal – normativa e, portanto, exegética – haverá de ser graduada em sintonia e proporção às injustiças e abusos de toda ordem identificados na realidade socioeconômica.” (PETTER, Lafayete Josué. *Constituição Econômica e Concorrência*. **Revista da Fundação Brasileira de Direito Econômico**, vol. 3, nº 1, ano 2011. Disponível em: <<https://direitoepoliticaeconomica.files.wordpress.com/2012/02/constituic3a7c3a30-econc3b4mica-e-concorrc3aancia.pdf>>. Acesso em: 25 ago. 2017).

movimento. Assim, a garantia de direitos de cunho eminentemente individual, a exemplo dos já citados direito à vida, à liberdade, à propriedade privada, não se fazia suficiente. Mais do que isso, tinha-se por necessária a garantia de acesso universal a saúde, educação, trabalho, moradia, transporte, lazer, cultura, dentre outros.³

A análise da história constitucional pátria revela uma longa sucessão entre regimes ditatoriais e democráticos, tendo cada um deles imprimido seus valores nas respectivas Cartas Políticas editadas sob sua vigência. É dizer, a depender da forma como o governo se estruturara, haveria maior intervenção estatal, justificada pelo pretexto de salvaguardar a segurança e a soberania nacionais, ou menor intervenção, permitindo o desenvolvimento dos direitos sociais.⁴

Deve-se, contudo, destacar que o objetivo do presente trabalho não perpassa por um debruçamento aprofundado sobre cada uma das Constituições já outorgadas ou promulgadas na história do país. Ao contrário, a digressão até aqui feita serve de pressuposto para a melhor compreensão da análise que será adiante feita da Constituição Brasileira de 1988, esta sim relevante para fins do nosso estudo.

A Constituição Cidadã, alcunha da Carta Magna promulgada a 05 de outubro de 1988, expoente máximo do processo de redemocratização pelo qual passava o Brasil à época, resultou numa interessante mescla das ideologias liberal e intervencionista. Por um lado, houve ali uma restrição à forte intervenção estatal que caracterizou o período ditatorial; por outro, embora o legislador constituinte tenha deixado clara a sua opção pelo capitalismo descentralizado, certo é que se preocupou em elencar situações que, em nome dos imperativos da segurança nacional e do interesse coletivo, exigiriam uma atuação mais ostensiva por parte do Estado. Como exemplo do que se fala, pode-se mencionar aquelas atividades consideradas monopólio da União Federal (art. 177, CF/88), como a pesquisa e a lavra das jazidas de petróleo e gás natural, a refinação do petróleo (nacional ou estrangeiro) e a lavra, o enriquecimento, o a industrialização e o comércio de minérios e minerais nucleares, dentre outras.

³ As Constituições do México e da Alemanha, respectivamente, de 1917 e de 1919, são consideradas pioneiras do chamado constitucionalismo social, vindo, inclusive, a exercer forte influência sobre o texto da Constituição Brasileira de 1934.

⁴ “O primeiro ponto que se destaca da análise das Constituições brasileiras é o fato delas alternarem projetos liberais e positivistas por quase toda a sua história, quando não uma conjunção de ambas. [...] Essa contradição de projetos políticos, nos quais também se podem acrescentar o debate entre um governo centralizado ou federalista, democrático ou totalitário, demonstram como as Constituições são frutos desses projetos que marcam rupturas abruptas nas relações sociais e, principalmente, nas de poder existentes no Brasil.” (SILVA, João Carlos Jarochinski. **Análise histórica das Constituições brasileiras**. Ponto-e-Vírgula: Revista de Ciências Sociais, [S.l.], n. 10, mar. 2013. Disponível em: <<https://revistas.pucsp.br/index.php/pontoevirgula/article/view/13910>>. Acesso em: 29 ago. 2017).

É dizer, a escolha pelos valores neoliberais não se deu em termos absolutos, uma vez que lhes foram impostos certos limites.⁵ Ainda sobre isso, veja que o art. 170 da Constituição Federal estabelece, sob a forma de princípios gerais, diretrizes que devem pautar as atividades econômicas. Mais do que pilares sobre os quais se soerguem as ordens econômica e financeira pátrias, constituem-se em limites razoáveis dentro dos quais deve se dar a execução de todas aquelas atividades, dos quais destacamos, a títulos de exemplo, a propriedade privada e a livre concorrência (incisos II e IV, respectivamente).

Esses dois princípios deixam entrever, de forma explícita, a influência do ideal liberal, no esteio do que já dito anteriormente. Contudo, não se pode olvidar que aquele mesmo dispositivo constitucional (art. 170, CF/88) elenca outros princípios, a serem também observados na estruturação da ordem econômica nacional, que já apresentam, por sua vez, um viés mais intervencionista, como a função social da propriedade, a defesa do consumidor, a defesa do meio ambiente, a redução das desigualdades regionais e sociais e a busca do pleno emprego.

Esses princípios, por sua vez, coadunam-se perfeitamente com os objetivos previstos no art. 3º, da Constituição Federal, para a República Federativa, dos quais se destacam o desenvolvimento nacional, a erradicação da pobreza e da marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais.

Tudo isso reforça a ideia de que o legislador constituinte teve o zelo de, mais do que simplesmente fomentar a produção de riquezas nacionais, instituir mecanismos aptos a repartir aquelas mesmas riquezas entre o povo brasileiro.

Em outros termos, o desenvolvimento econômico, embora desejável, não deve se dar a qualquer custo, porquanto não é um fim em si mesmo. Ao contrário, deve ser conjugado com o aspecto social, que lhe é inerente. Portanto, deve-se almejar não somente à produção de riquezas, mas também à sua distribuição (tão igualmente quanto possível) e à geração de postos de emprego (uma vez que o trabalho, enquanto direito social, é um dos pilares que edificam a dignidade da pessoa humana).

Dessa forma, a Constituição Federal de 1988, frente à conturbada história constitucional brasileira, representa a epítome da conjugação dos ideais liberal e

⁵ “O constituinte de 1988 optou por um *ordenamento econômico composto*. Por isso, a ordem econômica na Carta de 1988 está impregnada de princípios e soluções contraditórias. Ora abre portas para a hegemonia de um capitalismo neoliberal, ora enfatiza o intervencionismo sistemático, aliado ao dirigismo planificador, ressaltando até elementos socializantes.” (BULOS, Uadi Lâmmego. **Curso de direito constitucional**. 9ª ed. rev. e atual. de acordo com a Emenda Constitucional n. 83/2014, e os últimos julgados do Supremo Tribunal Federal. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 1522).

intervencionista, ao contrário das Cartas Magnas que lhe antecederam, que, em geral, faziam a escolha por um único modelo quando se tratava da regulação da ordem econômica nacional.

Embora, a princípio, possam parecer duas ideologias impassíveis de coexistência no mesmo ordenamento jurídico, o que se depreende da análise do texto constitucional é, em verdade, que o legislador originário optou por uma base principiológica mista: por um lado, garante espaço para a livre atuação da iniciativa privada, assegurando, inclusive, em alguns casos⁶, tratamento diferenciado para determinadas empresas, com o fito precípuo de preservar-lhes a competitividade perante o mercado, enquanto, por outro, agiu acertadamente ao traçar limites àquela liberdade de atuação dos particulares, uma vez que existem atividades que, dada a sua própria natureza, bem como a sua relevância, seja para a economia, seja para a segurança nacional, requerem a atuação intervencionista do Estado, a cargo de quem fica, então, a regulamentação dos termos gerais em que se dará o desenvolvimento daquelas atividades ou até mesmo o monopólio do seu exercício.

Além disso, mesmo nas hipóteses em que os particulares não estão exatamente sob o controle estatal ostensivo, certamente isso não quer dizer que estejam livres para exercerem suas atividades em quaisquer termos, porquanto ainda devem obediência aos princípios constitucionais reguladores das ordens econômica e financeira nacionais. Não podem olvidar, portanto, o viés social que exsurge da busca pelo desenvolvimento econômico pátrio, o qual se interliga intimamente com a distribuição das riquezas, a geração de renda e de empregos e, em última instância, a implementação da justiça social.

Uma vez compreendido o caráter misto da Constituição Federal de 1988, onde se conjugam tanto valores liberais, quanto intervencionistas, cabe agora a explanação acerca de dois dos princípios mais basilares à ordem econômica, quais sejam, a livre iniciativa e a livre concorrência, os quais serão postos em juízo de ponderação com o direito constitucional à segurança, conforme será estudado no capítulo 4 deste trabalho.

2.2. A livre iniciativa e a livre concorrência

A livre iniciativa aparece expressamente em duas oportunidades distintas ao longo do texto constitucional: a primeira, já no art. 1º, inciso IV, constituindo-se em um dos

⁶ Art. 170, CF. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: (...) VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; (...) IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.

fundamentos da República Federativa do Brasil, ao lado da soberania, da cidadania, da dignidade da pessoa humana, dos valores sociais do trabalho e do pluralismo político; a segunda, somente mais à frente, no art. 170, *caput*, ocasião em que é alçada à condição de também fundamento da ordem econômica, juntamente com a valorização do trabalho humano.

O *topos* normativo do princípio nesta segunda hipótese – no capítulo que dispõe acerca da ordem econômica e financeira – poderia levar ao entendimento de que a livre iniciativa tem a sua abrangência restrita à mera possibilidade de o particular se lançar ao mercado para o desenvolvimento de suas atividades empresárias (produção de bens e/ou prestação de serviços), de acordo com os meios que julgue mais adequados à consecução dos objetivos desejados, sem que tenha de se submeter à ingerência estatal. Como consequência dessa liberdade de empreendimento, por assim dizer, corresponderia, contudo, o ônus de suportar, por conta própria, os riscos advindos da atividade empresária.

Entretanto, a doutrina especializada revela que a livre iniciativa, caso seja vista tão somente nos termos acima delineados, tem seu conteúdo grosseiramente esvaziado, porquanto limitada a visão originalmente pretendida pelo legislador constituinte para o princípio em voga. Não que não seja tudo quanto dito acima; não o deixa de ser. O que se quer dizer, no entanto, é que o sentido da livre iniciativa vai muito além dessa simples concepção. Como complemento ao raciocínio que ora se constrói, pertinente reproduzir a lição de André Ramos Tavares⁷:

A liberdade de iniciativa garantida constitucionalmente não se restringe à liberdade de iniciativa econômica, sendo esta apenas uma de suas dimensões. A livre-iniciativa de que fala a Constituição há de ser, realmente, entendida em seu sentido amplo, compreendendo não apenas a liberdade econômica, ou liberdade de desenvolvimento de empresa, mas englobando e assumindo todas as demais formas de organização econômicas, individuais ou coletivas, como a cooperativa (art. 5.º, XVIII, e art. 174, §§ 3.º e 4.º), e a própria liberdade contratual e comercial.

Aliás, a doutrina de Eros Grau segue em similar sentido. O autor disserta que a livre iniciativa não se resume a princípio basilar do liberalismo econômico – caso o fosse, assumiria tão somente a dimensão de garantia do livre desenvolvimento da atividade de empresa, o que não deve ser cogitado, como dito anteriormente –, de modo que não pode ser visto apenas como um dos pilares sobre os quais se edifica o capitalismo.

⁷ TAVARES, André Ramos. **Direito constitucional econômico**. 3ª. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2011. p. 235.

O autor propõe⁸, assim, o desdobramento da livre iniciativa em dois aspectos: o primeiro sendo referente à liberdade de comércio e indústria (viés público), enquanto o segundo cinge-se à liberdade de concorrência (viés predominantemente privado), a ver:

Inúmeros sentidos, de toda sorte, podem ser divisados no princípio, em sua dupla face, ou seja, enquanto liberdade de comércio e indústria e enquanto liberdade de concorrência. A este critério classificatório acoplado-se outro, que leva à distinção entre liberdade pública e liberdade privada, poderemos ter equacionado o seguinte quadro de exposição de tais sentidos:

- a) liberdade de comércio e indústria (não ingerência do Estado no domínio econômico):
 - a.1) faculdade de criar e explorar uma atividade econômica a título privado — liberdade pública;
 - a.2) não sujeição a qualquer restrição estatal senão em virtude de lei — liberdade pública;
- b) liberdade de concorrência:
 - b.1) faculdade de conquistar a clientela, desde que não através de concorrência desleal — liberdade privada;
 - b.2) proibição de formas de atuação que deferiam a concorrência — liberdade privada;
 - b.3) neutralidade do Estado diante do fenômeno concorrencial, em igualdade de condições dos concorrentes — liberdade pública.

Quando se trata daquele primeiro aspecto, a liberdade em questão (ou seja, a liberdade de comércio e indústria) assume um caráter público porquanto o que está em jogo são as relações travadas entre o Estado e os particulares, nas quais àquele primeiro são atribuídas obrigações de índole negativa (ou absenteísta).

Explica-se. Nas hipóteses de liberdade pública – constantes dos tópicos a.1, a.2 e b.3 no enxerto transcrito –, enquanto ao particular é atribuída a faculdade de explorar determinada atividade econômica, ao outro polo da relação jurídica, ou seja, ao Estado, corresponde o poder-dever de exigir tão somente aquilo que se encontra previsto em lei (princípio da legalidade), bem como o se abster de qualquer intervenção frente ao fenômeno concorrencial, a menos que este se dê mediante abuso de poderio econômico em desfavor da parte hipossuficiente da relação econômica.

Já no que refere ao segundo daqueles aspectos, é dizer, a liberdade de concorrência, adquire contornos predominantemente privados. Diz-se isso porque, das três subdivisões propostas por Eros Roberto Grau, somente uma corresponde a uma liberdade pública (que é o caso do item b.3 da transcrição, o qual, por sua vez, já foi explanado), enquanto as outras restantes são privadas.

⁸ GRAU, Eros Roberto Grau. **A ordem econômica na Constituição de 88 (Interpretação e crítica)**. 14ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2010.p. 205-206.

Essa natureza privada decorre justamente do fato de que, diferentemente do que ocorre na liberdade de comércio e indústria, a liberdade de concorrência diz respeito às relações travadas entre os próprios particulares enquanto agentes das relações econômicas. Ao contrário daquelas situações em que o interesse do Estado se encontra em jogo, aqui não há supremacia de uma vontade sobre a outra: os particulares estão, a princípio, em posição de igualdade.

Não é raro, entretanto, a teoria se distanciar da prática, o que nos leva à constatação de que existem determinados setores da economia que são quase que inteiramente dominados por uma única empresa ou por um conglomerado destas. Diante desse cenário, a competitividade, sobretudo dos pequenos e médios empresários, sofre graves prejuízos, fazendo com que a dinâmica do mercado fique a mercê de um grupo restrito que olvida os direitos mais básicos reservados à classe consumerista.

Ocorre que um quadro como o descrito não encontra sua justificativa, por óbvio, na livre iniciativa, uma vez o princípio em questão não tem caráter absoluto, admitindo restrições excepcionais. De tal modo, em sendo constatado desequilíbrio relevante e injustificado nas relações econômicas, a intervenção estatal revela-se como mecanismo indispensável à restauração da paridade entre os particulares, permitindo que a concorrência volte a se pautar sob os ditames da justiça e da lealdade.⁹ Aliás, nesse sentido se orienta a doutrina de Paula Forgioni¹⁰, senão veja:

A atuação do Estado sobre a economia, cada vez mais, não é tida como indesejável pelo sistema jurídico que, ao contrário, a institui e regulamenta. É bastante natural, entretanto, que quando nos referimos à “livre iniciativa”, tenhamos em mente o conceito tradicional de liberdade (sensibilidade e acessibilidade a alternativas de conduta e de resultado) e pensemos no agente econômico atuando no mercado, com o mínimo de “repressão” estatal. Mas – insistimos – essa visão livre iniciativa (ou da livre concorrência e mesmo da autonomia privada) não exclui outra que lhe é complementar, de que essa mesma livre iniciativa, para que continue existindo, deve

⁹ Nesse esteio, deve-se referir o interessante exemplo trazido por Michael J. Sandel em sua obra “Justiça: o que é fazer a coisa certa”. O autor relata o abrupto aumento dos preços de mercadorias e itens básicos no estado norte-americano da Flórida após a devastação provocada pela passagem do furacão Charley, fato que polarizou a opinião pública: de um lado, o governo e os moradores, sobretudo aqueles afetados pela catástrofe, consideraram injusta a prática dos comerciantes, aduzindo, em sua defesa, que “era errado que as pessoas ‘tentassem capitalizar à custa das dificuldades e da miséria dos outros’”, bem como que a Flórida teria uma lei proibitiva de preços abusivos; de outro, os adeptos do “livre mercado” contestaram com o argumento de que o aumento dos valores seria algo não apenas natural, como também desejável, porquanto teria seu lado positivo, qual fosse, o “de limitar o uso pelos consumidores, aumentando o incentivo para que empresas de locais mais afastados forneçam as mercadorias e os serviços de maior necessidade depois do furacão”. Diante disso, o autor propõe intrigantes reflexões sobre o significado de justiça, o papel da lei como mecanismo mantenedor da ordem e da paz sociais e o dever de intervenção estatal, mediante a mitigação da liberdade de compradores e vendedores, frente a hipóteses de abuso de preços, como a acima descrita. (cf. SANDEL, Michael J. **Justiça** [recurso eletrônico]. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2015).

¹⁰ FORGIONI, Paula A. **Os Fundamentos do Antitruste**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1998, p. 228-230.

ser não apenas regulamentada, mas também conduzida pela autoridade governamental. Assim, no princípio da livre iniciativa (e da livre concorrência) abriga-se, também, a atuação estatal no sentido de (i) disciplinar comportamentos que resultariam em prejuízos à concorrência e (ii) disciplinar a atuação dos agentes econômicos, de forma a implementar uma política pública. Em conclusão, quando a autoridade antitruste autoriza ou coíbe um determinado comportamento do agente econômico, está justamente atuando o princípio da livre iniciativa e da livre concorrência, tal qual modernamente concebidos.

Com efeito, decorre da argumentação até aqui exposta que a livre concorrência se encontra intrínseca à própria ideia da livre iniciativa. É dizer, aquela decorre como corolário lógico desta, de modo que uma serve de razão de ser, de fundamento para a outra. Celso Ribeiro Bastos¹¹ chega, inclusive, a dizer que “só pode existir a livre concorrência onde há a livre iniciativa. O inverso, no entanto, não é verdadeiro - pode existir livre iniciativa sem livre concorrência”. No mesmo sentido segue a doutrina de Manoel Gonçalves Ferreira Filho¹².

Dito isso, passa-se, então, à sua conceituação. A livre concorrência pode ser definida, sem qualquer pretensão de exaurimento do tema, como a conjuntura de mercado que permite aos agentes econômicos – produtores e fornecedores de bens e serviços – travarem entre si, em condições de igualdade, ressalvadas, por óbvio, as diferenças advindas não somente da atividade desenvolvida, como, sobretudo, do poder econômico da empresa, que são esperadas, no seu intento de conquistar o mercado consumidor, sem que lhes sejam impostos quaisquer óbices à competitividade senão aqueles já previstos em legislação.

Em outros termos, trata-se da ideia de que as forças do mercado podem competir livremente até que, para fazer uso de uma expressão popular, “vença o melhor”. Nesse sentido, o princípio em análise se constitui, inequivocamente, em um dos pilares estruturadores da ordem capitalista, assumindo, ainda, especial relevo no âmbito da ideologia liberal.

Uma ressalva, contudo, faz-se necessária. Embora, à semelhança do que acontece com a livre iniciativa, possa-se acreditar, de início, que a livre concorrência tem sua abrangência restrita ao campo econômico, tal assertiva não se revela consentânea com a realidade. Nesse esteio, reproduz-se a lição de Tércio Sampaio Ferraz Júnior, que, citado por Eros Grau, assim dispõe:

Neste sentido, a livre concorrência é forma de tutela do consumidor, na medida em que competitividade induz a uma distribuição de recursos a mais baixo preço. De um ponto de vista político, a livre concorrência é garantia de oportunidades iguais a todos os agentes, ou seja, é uma forma de desconcentração de poder. Por fim, de um

¹¹ BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. 20. ed. atual. - São Paulo: Saraiva, 1999. p. 345.

¹² FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 38. ed., rev. e atual. - São Paulo: Saraiva, 2012. p. 299.

ângulo social, a competitividade deve gerar extratos intermediários entre grandes e pequenos agentes econômicos, como garantia de uma sociedade mais equilibrada.¹³

Assim, embora o legislador constituinte tenha inserido a livre concorrência no rol de princípios orientadores da ordem econômica nacional (art. 170, IV, CF/88), certo é que não se pode presumir que a sua aplicação se dê tão somente nesse campo, uma vez que, como visto no enxerto acima, tem repercussão também nos âmbitos político e social. Ademais, para além daquela previsão expressa constante do art. 170, o princípio da livre concorrência também decorre da interpretação de outro dispositivo constitucional, senão veja:

Art. 173, CF/88. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

(...)

§ 4º - A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à **eliminação da concorrência** e ao aumento arbitrário dos lucros. (grifo nosso)

Três assertivas podem feitas após a leitura do texto constitucional reproduzido. A primeira é a de que, embora a livre iniciativa seja fundamento da ordem econômica, certo é que o *caput* do art. 173 traz hipóteses de mitigação do princípio, sendo permitida, em casos excepcionais, a intervenção estatal na exploração direta de atividade econômica sob o pretexto de salvaguarda dos imperativos da segurança nacional ou de relevante interesse coletivo. A segunda é a de que o parágrafo 4º daquele mesmo artigo reforça a ideia de que o legislador constituinte entendeu por bem conferir especial proteção à livre concorrência, uma vez que atribuiu à legislação infraconstitucional o dever de reprimir aquelas condutas violadoras do princípio.

A terceira e última observação é no sentido de que, embora ao contrário do que se poderia comumente imaginar, a Constituição Federal não reprime, por si só, o poder econômico. Até mesmo porque, tendo sido escolhido o capitalismo como modelo de estruturação socioeconômica nacional, é mais do que natural que alguns agentes econômicos disponham de maior volume de capital do que outros, de modo que, caso a Carta Política repudiasse tal fato, estar-se-ia diante de insuperável contradição principiológica.

Não é o que ocorre, contudo. Em verdade, o texto constitucional deixa claro que o comportamento a ser combatido é o *abuso* do poder econômico, ou seja, quando este poder é utilizado de forma imoderada, para além dos limites considerados aceitáveis dentro dos padrões das práticas mercadológicas, justamente com o fim de prejudicar ou aniquilar a

¹³ FERRAZ JÚNIOR apud GRAU, op. cit., p. 212.

competitividade que ali deve existir. Trata-se, diante desse cenário, do chamado mercado real, para utilizar a terminologia adotada por Lafayette Josué Petter, “onde impera a concorrência imperfeita ou mesmo a ausência de qualquer ambiente concorrencial”.¹⁴

Nesse sentido, o autor destaca o caráter instrumental do princípio em voga, porquanto não é um fim em si mesmo. É dizer, o intervencionismo estatal como forma de repressão do abuso do poder econômico e da tutela do ambiente concorrencial dar-se-á somente em hipóteses excepcionais, tendo em vista que, via de regra, o mercado se pautará pelos ditames da livre iniciativa dos particulares.

Destarte, quanto o poder público resolve interferir na vida econômica, deve-se ter em mente que isso é simplesmente um meio, um artifício de que dispõe o Estado para garantir a obediência aos outros princípios constitucionais que regem a ordem econômica pátria.

Uma vez compreendida a ordem econômica na Constituição Federal de 1988 como a conjugação de práticas ora liberais, ora intervencionistas, tendo sido dado enfoque especial à livre iniciativa e à livre concorrência, que são dois dos seus vários princípios orientadores, passa-se agora ao estudo da proteção conferida por aquela Carta Magna aos direitos fundamentais, sobretudo os direitos sociais, culminando, então, na explanação acerca do direito à segurança, que se constitui em objeto de estudo do presente trabalho.

2.3. O direito à segurança como direito fundamental de segunda dimensão na Constituição Federal de 1988

A Constituição Federal de 1988 é a mais ampla da história constitucional brasileira no que tange à disciplina dos direitos fundamentais, o que resta evidenciado pela própria extensão do art. 5º, que dispõe de 78 (setenta e oito) incisos.

Historicamente, a doutrina classifica os direitos fundamentais em gerações (ou dimensões)¹⁵, seguindo a divisão originalmente formulada pelo jurista tcheco, naturalizado francês, Karel Vasak, posteriormente difundida pelo italiano Norberto Bobbio. De início, a classificação previa tão somente três dimensões distintas daqueles direitos, número este que se

¹⁴ PETER, Lafayette Josué. **Op. cit.** p. 15

¹⁵ No que toca à nomenclatura da teoria, deve-se atentar para o fato de que, hodiernamente, a expressão “dimensão” é utilizada pela doutrina majoritária em detrimento do vocábulo “geração”, porquanto este último pressupõe a ideia de que os direitos fundamentais se substituem uns aos outros ao longo do decorrer do tempo, o que não é verdade, uma vez que a relação existente entre eles é de soma, de complementaridade.

estendeu para cinco na doutrina de Paulo Bonavides, responsável pela difusão da teoria no direito pátrio.¹⁶

Embora não se constitua em uma das pretensões do presente trabalho estender-se de forma aprofundada na análise das dimensões dos direitos fundamentais, cumpre-nos discorrer brevemente acerca das duas primeiras delas, relacionando-as ao que foi dito no tópico anterior sobre os princípios da livre iniciativa e da livre concorrência, para então fornecer subsídios à melhor compreensão do que será dito mais à frente a respeito do direito constitucional à segurança. Ademais, ressalte-se que, ainda que se reconheça a existência de outras dimensões para além daquelas duas, estas não serão abordadas por não apresentarem relevância ao nosso objeto de estudo.

Os direitos fundamentais de primeira dimensão correspondem à primeira parte do lema da Revolução Francesa, qual seja, a liberdade, esta representada nas figuras dos direitos civis e políticos. De acordo com Paulo Bonavides, são direitos que “têm por titular o indivíduo, são oponíveis ao Estado, traduzem-se como faculdades ou atributos da pessoa e ostentam uma subjetividade que é seu traço característico”¹⁷. São direitos que representam, sob o ponto de vista estatal, limitações à atuação dos agentes políticos, ou seja, obrigações de não fazer (viés negativo).

Em outros termos, se aos indivíduos são garantidos os direitos à vida, à propriedade, às liberdades de expressão, de crença, de associação e de reunião, dentre outros, ao Estado corresponde, em contraponto, a obrigação de não criar situações que venham a cercear, dificultar ou mesmo impossibilitar o exercício desses mesmos direitos.

Como se pode perceber, os direitos de primeira dimensão encontraram sua primeira manifestação no âmbito da doutrina do liberalismo, que pregava a atuação estatal mínima, nos moldes já elucidados no tópico inicial deste capítulo.

Já os direitos de segunda dimensão “são os direitos sociais, culturais e econômicos bem como os direitos coletivos (...), introduzidos no constitucionalismo das distintas formas de Estado social (...). Nasceram abraçados ao princípio da igualdade”¹⁸, de modo que representam, portanto, a segunda parte do lema da Revolução Francesa.

Diferentemente do que observado na dimensão anterior, os direitos de segunda dimensão impõem ao Estado uma obrigação de fazer (viés positivo), tendo em vista que este

¹⁶ FUHRMANN, Ítalo Roberto. **Revisando a teoria “dimensional” dos direitos fundamentais**. Direito & Justiça, Porto Alegre, v. 39, n. 1, p. 26-32, jan./jun. 2013. Disponível em: <<http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/fadir/article/viewFile/12746/9060>>. Acesso em 26 set. 2017.

¹⁷ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 15.ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 563-564.

¹⁸ BONAVIDES, Paulo. **Op. cit.** p. 564.

assume, no contexto do Estado do Bem-estar Social (*Welfare State*), o dever de garantir aos cidadãos o acesso universal a direitos como saúde, educação, moradia, trabalho, segurança pública, etc. Nesse esteio, o ente estatal passa a atuar de forma mais intervencionista, seja no âmbito político, seja no econômico, com o fito precípua de garantir que os indivíduos disponham não somente de igualdade formal, que é aquela prevista em lei, mas, sobretudo, de igualdade material, ou seja, para que possam desfrutar, de fato, de todo aquele extenso rol de direitos que lhes são constitucionalmente destinados. Norberto Bobbio¹⁹ sintetiza o raciocínio ora exposto:

Como todos sabem, o desenvolvimento dos direitos do homem passou por três fases: num primeiro momento, afirmaram-se os direitos de liberdade, isto é, todos aqueles direitos que tendem a limitar o poder do Estado e a reservar para o indivíduo, ou para os grupos particulares, uma esfera de liberdade em relação ao Estado; num segundo momento, foram propugnados os direitos políticos, os quais concebendo a liberdade não apenas negativamente, como não-impedimento, mas positivamente como autonomia — tiveram como consequência a participação cada vez mais ampla, generalizada e frequente dos membros de uma comunidade no poder político (ou liberdade no Estado); finalmente, foram proclama dos os direitos sociais, que expressam o amadurecimento de novas exigências — podemos mesmo dizer, de novos valores —, como os do bem-estar e da igualdade não apenas formal, e que poderíamos chamar de liberdade através ou por meio do Estado.²⁰

Feita essa breve digressão, propõe-se a análise do *caput* do art. 5º da Constituição Federal, de modo a traçar um paralelo entre o seu conteúdo e as dimensões dos direitos fundamentais que foram estudadas. Veja: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade (...)” (art. 5º, CF/88).

Com efeito, não é necessário um exercício aprofundado de hermenêutica para aferir que o dispositivo acima transcrito se destina à proteção de direitos fundamentais segundo o modelo proposto por Vasak: os direitos à vida, à liberdade e à propriedade dizem respeito à primeira dimensão, enquanto que os direitos à igualdade e à segurança representam a segunda dimensão.

Com isso pretende-se demonstrar o caráter social do direito fundamental à segurança, devendo ele ser interpretado, pois, como um direito coletivo, a ser gozado por

¹⁹ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Nova ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. — 7ª reimpressão. p. 20.

²⁰ Embora se tenha falado de duas dimensões de direitos fundamentais, no trecho reproduzido o autor faz menção a três fases. Isso porque, diferentemente de Paulo Bonavides, Bobbio desmembra os direitos civis e os direitos políticos em grupos distintos, enquanto que aquele primeiro doutrinador os reúne sob a mesma denominação, qual seja, direitos de liberdade. No demais, a doutrina de ambos os autores é convergente.

todos. Importa destacar que esse mesmo caráter é reforçado já no preâmbulo²¹, bem como no art. 6º²², da Constituição Federal.

Sendo o direito à segurança um direito de segunda dimensão, a consequência daí advinda é que, no esteio do que dito anteriormente, cumpre ao Estado agir de forma comissiva (obrigação de fazer) para garantir o exercício do direito em questão por seus destinatários. Contudo, a fim de apurar o verdadeiro sentido do direito à segurança é necessário ir além dessa concepção, devendo-se perquirir também o seu conteúdo e o seu alcance.

2.4. O conteúdo e o alcance do direito à segurança a partir das suas diversas interpretações

Embora o texto constitucional não deixe margem de dúvida quanto à inviolabilidade do direito à segurança para brasileiros e estrangeiros residentes no País, porquanto tal previsão tenha sido reiterada em diversas ocasiões²³, ainda assim um questionamento resta pendente: qual vem a ser exatamente o conteúdo desse direito?

Essa reflexão faz-se necessária porque a doutrina constitucionalista, ao se debruçar sobre direitos fundamentais mais “tradicionais” – a exemplo da vida, da liberdade, da propriedade, da saúde, etc. – não parece encontrar maiores dificuldades ao traçar seus contornos, definindo-os sem esbarrar em lacunas legislativas consideráveis que poderiam obstar a compreensão dos direitos de que se fala.

O mesmo não se pode falar, contudo, do direito à segurança, que parece ser olvidado pela doutrina; mesmo quando é trazido a lume pelos doutrinadores, a abordagem se dá, em geral, atrelada à discussão de outros direitos, como a vida e a saúde. Em outros termos, é como se o direito à segurança fosse um direito “acessório”, cujo valor somente poderia ser apreendido se conjugado com outro direito, este “principal”.

²¹ “Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o **exercício dos direitos sociais** e individuais, a liberdade, a **segurança**, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. (grifos não constantes do original)

²² Art. 6º, CF/88 - São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a **segurança**, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. (grifo não constante do original)

²³ Importa destacar ainda que, para além do texto constitucional, o direito à segurança também é previsto em documentos internacionais dos quais o Brasil é país signatário, a exemplo da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José), em vigor desde 25 de setembro de 1992, e do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos das Nações Unidas, em vigor desde em 24 de abril de 1992.

A omissão, por assim dizer, da doutrina especializada, somada ao fato de o legislador constituinte não ter precisado os limites do direito à segurança, confere extensas margens dentro das quais se pode dar a sua interpretação. Dessa forma, propõe-se uma investigação acerca do significado, bem como do alcance, daquele direito.

A consulta ao Dicionário Houaiss revela, dentre outros, os seguintes possíveis significados para a palavra “segurança”:

- 1 ação ou efeito de tornar seguro; estabilidade, firmeza, segurança
(...)
- 3 estado, qualidade ou condição de uma pessoa ou coisa que está livre de perigos, de incertezas, assegurada de danos e riscos eventuais, afastada de todo mal
- 4 estado, condição ou caráter daquilo que é firme, seguro, inabalável, ou daquele com quem se pode contar ou em quem se pode confiar inteiramente
- 5 situação em que não há nada a temer; a tranquilidade que dela resulta
(...)²⁴

Assim, objetivamente considerada a significância da palavra “segurança”, poder-se-ia dizer que o direito a ela corresponde ao direito que um indivíduo tem de gozar de um status de mínima estabilidade, o qual não sofrerá alterações senão em virtude de elementos extraordinários.

Contudo, isso não serve, por si só, para elucidar por completo o conteúdo do direito que se investiga. Isso porque outra dúvida surge: a referida situação de estabilidade, em torno da qual gira todo o conceito de segurança, diz respeito a qual âmbito do sujeito beneficiário daquele direito? Mais uma vez, a falta não de zelo, mas de precisão do legislador em especificar qual o exato alcance da norma dá margem a uma grande variedade de interpretações plausíveis.

A fim de exemplificar o que se fala, veja alguns dos significados dados ao termo “segurança” a partir da análise tanto da legislação constitucional, como da infraconstitucional. A uma, pode-se mencionar a segurança nacional, caracterizada nas figuras da integridade territorial, da soberania nacional, do regime representativo e democrático, da Federação, do Estado de Direito e dos chefes dos Poderes da União²⁵, de modo que qualquer atitude atentatória contra esses elementos será punível nos termos das legislações penal militar e conexas.

²⁴ SEGURANÇA. **Grande Dicionário Houaiss**. Disponível em <<https://houaiss.uol.com.br/pub/apps/www/v3-3/html/index.php#1>>. Acesso em 28 set. 2017.

²⁵ Nesse sentido seguem os incisos do art. 1º, da Lei nº 7.170, de 14 de dezembro de 1983, que prevê os crimes que lesam ou expõem a perigo a segurança nacional e a ordem política e social.

A duas, tem-se a segurança jurídica, conceito que passa obrigatoriamente pelas ideias de direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada (art. 5º, inciso XXXVI, CF/88)²⁶.

A três, poder-se-ia cogitar da segurança pública, no sentido preconizado pelo art. 144, *caput*, da Constituição Federal, que dispõe ser dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, devendo ser exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, sendo de atribuição dos mais variados órgãos componentes da estrutura da polícia.

A quatro, a segurança pode ser abordada sob a ótica do Direito do Trabalho, tendo em vista que a Consolidação das Leis do Trabalho (Decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943) aborda em capítulo específico a segurança e a medicina do trabalho, no qual atribui obrigações tanto aos empregadores quanto aos empregados.²⁷

A cinco, há o viés do Direito do Consumidor, porquanto o Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990) informa a segurança como um dos vários direitos básicos do consumidor, além de apresentar uma variedade de outros dispositivos que reiteram esse posicionamento.²⁸

A seis, seria possível falar ainda da segurança a partir da ótica do Direito Penal, no mesmo sentido em que se orienta o Código Penal (Decreto-lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940) ao dispor sobre os crimes contra a incolumidade pública (arts. 250 e ss.)²⁹.

Por último, poder-se-ia referir a segurança no sentido preconizado no diploma civil, nomeadamente, na disciplina dos direitos de vizinhança. A ver que o art. 1277, *caput*, do

²⁶ Em sentido similar se orienta o art. 6º, do Decreto-lei nº 4.657, de 04 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro).

²⁷ “No mesmo diapasão, o art. 7º, XXII, da Carta Magna, arrola como direito dos trabalhadores urbanos e rurais ‘a redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança’. Desse modo, o meio ambiente do trabalho sadio é direito fundamental do trabalhador, oponível contra o empregador.” (RESENDE, Ricardo. **Direito do trabalho esquematizado**. 5. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2015. p. 1296)

²⁸ Art. 4º - A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e **segurança**, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo (...). Art. 6º - São direitos básicos do consumidor: I - a proteção da vida, saúde e **segurança** contra os riscos provocados por práticas no fornecimento de produtos e serviços considerados perigosos ou nocivos; (...) Art. 8º - Os produtos e serviços colocados no mercado de consumo não acarretarão riscos à saúde ou **segurança** dos consumidores (...) Art. 10 - O fornecedor não poderá colocar no mercado de consumo produto ou serviço que sabe ou deveria saber apresentar alto grau de nocividade ou periculosidade à saúde ou **segurança**. (...) (grifos não constantes do original)

²⁹ “A incolumidade pública significa evitar o perigo ou risco coletivo, tem relação com a garantia de bem-estar e segurança de pessoas indeterminadas ou de bens diante de situações que possam causar ameaça de danos. O Código Penal trouxe a previsão dos crimes contra a incolumidade pública no intuito de evitar e punir atos que causem perigo comum ou coloquem em risco a segurança pública, a segurança dos meios de comunicação, transporte e outros serviços públicos e a saúde pública.” Disponível em: <<https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/direito-facil/incolumidade-publica>>. Acesso em: 29 set. 2017.

Código Civil, ao dispor sobre o uso anormal da propriedade, prevê que o proprietário ou o possuidor de um prédio tem o direito de fazer cessar as interferências prejudiciais à segurança, ao sossego e à saúde dos que o habitam, provocadas pela utilização de propriedade vizinha.

A respeito do assunto, Hely Lopes Meirelles esclarece não ser o direito de construir absoluto, porquanto “as relações de vizinhança e o bem-estar coletivo impõem ao proprietário certas limitações a esse direito”³⁰. Com efeito, a leitura do art. 1.299, CC (“O proprietário pode levantar em seu terreno as construções que lhe aprouver, salvo o direito dos vizinhos e os regulamentos administrativos”) permite inferir que o direito de construir é a regra, mas que há restrições a serem observadas.

Em suma, ao proprietário ou possuidor cabe o uso do imóvel da forma que lhe aprouver; contudo, a licitude dessa conduta subordina-se à inexistência de abuso ou excesso no exercício do seu direito. E, para que o exercício de que se fala se dê regularmente, a utilização da propriedade não pode ensejar danos à segurança, ao sossego e à saúde dos confinantes.

Em analisando o art. 1277, do Código Civil, Hely Lopes Meirelles leciona que a segurança ali aludida engloba “a material e a pessoal, devida ao prédio e às pessoas que o habitam ou frequentam”³¹, abrangendo indistintamente as propriedades independentemente da sua localização (zona urbana ou rural) ou do seu uso (residencial, comercial, industrial, etc.). Ademais, o autor destaca o dever de atuação do poder estatal caso constatado o uso anormal da propriedade, podendo o Município agir de ofício ou mediante representação, a fim de fazer cessar a mitigação dos direitos da vizinhança.

Infere-se, a partir do exposto, que a segurança tem ampla previsão no ordenamento jurídico pátrio, assumindo em cada diploma legal uma faceta diferente. Deve-se destacar que, ao apresentar as interpretações acima, não se pretende esgotar o significado do direito à segurança, uma vez que ele pode constar de outros dispositivos infraconstitucionais que aqui não foram investigados por fugirem ao porte e aos objetivos deste trabalho. Não se trata, pois, de um rol taxativo, porquanto se lançou luz tão somente sobre os significados mais recorrentes trazidos pela doutrina.

Com efeito, o direito à segurança, nos termos previstos no texto constitucional, inevitavelmente passa pelas ideias de bem-estar³², de incolumidade, de integridade, enfim, de

³⁰ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito de construir**. 9ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 30.

³¹ MEIRELLES, Hely Lopes. **Op. cit.** p. 37.

³² Interessante destacar que no preâmbulo da Constituição Federal a garantia de segurança vem acompanhada da de bem-estar.

proteção. Nesse sentido, seu conteúdo aproxima-se em demasia do direito à saúde³³ e, em última instância, também do direito à vida, uma vez que a ideia de segurança lhes é intrínseca. No que toca ao assunto, importante ter em mente que:

Não se resume o direito à vida, entretanto, ao mero direito à sobrevivência física. Lembrando que o Brasil tem como fundamento a dignidade da pessoa humana, resulta claro que o direito fundamental em apreço abrange o direito a uma existência digna, tanto sob o aspecto espiritual quanto material (garantia do mínimo necessário a uma existência digna, corolário do Estado Social Democrático). Portanto, o direito individual fundamental à vida possui duplo aspecto: sob o prisma biológico traduz o direito à integridade física e psíquica (desdobrando-se no direito à saúde, na vedação à pena de morte, na proibição do aborto etc.); em sentido mais amplo, significa o direito a condições materiais e espirituais mínimas necessárias a uma existência condigna à natureza humana.³⁴

O direito à vida é, por óbvio, anterior aos demais direitos, de modo que lhes serve de fundamento – ora, se não há vida, decerto não há indivíduo apto ao gozo dos demais direitos que decorrem justamente da sua existência enquanto entidade individual.³⁵ Entretanto, tão importante quanto aquele direito é o da dignidade da pessoa humana – tanto que foi erigido à condição de fundamento da República Federativa do Brasil (art. 1º, III, CF/88).

Em assim sendo, não basta que ao indivíduo seja assegurado o direito à vida; é imprescindível que o seu exercício se dê com a observância de todo aquele arcabouço jurídico que qualifica a sua existência como digna, condição esta inafastável para o seu reconhecimento enquanto pessoa humana. Compõem esse arcabouço, dentre outros, os direitos à saúde, à educação, à moradia e, claro, à segurança.

O argumento que ora se intenta estruturar é o seguinte: ao contrário do que se poderia interpretar, o direito à segurança não se trata de um “direito de segunda categoria” – até mesmo porque não assiste qualquer lógica à ideia de classificar por ordem de prioridade direitos que, dentro de um ordenamento jurídico, encontram-se no mesmo patamar –,

³³ “A saúde dos vizinhos é também resguardada pela lei civil ao autorizar que o proprietário ou morador de um prédio impeça que o uso anormal do outro ponha em risco esse bem pessoal (art. 1.277). Na verdade, não se compreenderia que o legislador protegesse a segurança e o sossego descurando da saúde, uma vez que esses três bens estão intimamente ligados e a lesão aos dois primeiros - segurança e sossego - afeta ordinariamente o terceiro - a saúde. (...) Em defesa da saúde dos proprietários, moradores ou frequentadores dos prédios urbanos ou rurais, podem ser tolhidas todas as atividades ou emissões de vizinhança que lesem ou ponham em risco o bem-estar físico ou psíquico das pessoas sujeitas aos seus efeitos.” (MEIRELLES, Hely Lopes. **Op. cit.** p. 41/42).

³⁴ PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito Constitucional descomplicado**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO: 2015. p. 121.

³⁵ “Por isso é que ela [a vida] constitui a fonte primária de todos os outros bens jurídicos. De nada adiantaria a Constituição assegurar outros direitos fundamentais, como a igualdade, a intimidade, a liberdade, o bem-estar, se não erigisse a vida humana num desses direitos. No conteúdo de seu conceito se envolvem o direito à dignidade da pessoa humana (...), o direito à privacidade (...), o direito à integridade físico-corporal, o direito à integridade moral e, especialmente, o direito à existência.” (SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 198).

tampouco de um direito de caráter meramente instrumental, cujo alcance se restringe a atuar como via para a concretização de outros direitos.

Em verdade, constitui-se em direito fundamental, tendo conteúdo e aplicabilidade próprios e não se sujeitando à predominância, por assim dizer, de outros direitos. Isso não significa, contudo, que o direito à segurança se completa em si mesmo ou que diverge por completo dos demais direitos. Ora, uma vez inserto no texto constitucional, passa a compor o ordenamento jurídico pátrio e, portanto, a interagir com todas as normas e regras ali são previstas, tornando-se parte indissociável de um sistema bem estruturado e coeso.

Aliás, levando em consideração esse aspecto, a pacificação da reflexão levantada logo nos momentos iniciais deste tópico – qual seja, a omissão do legislador constituinte em traçar, de modo mais preciso, os limites do direito à segurança, sobretudo no que tange ao seu âmbito de aplicação – parece residir justamente na consideração de que, em sendo o ordenamento jurídico completo³⁶, o fato de o texto constitucional não especificar qual das diversas possíveis significâncias para o termo “segurança” deve prevalecer confere, em verdade, maior proteção ao indivíduo.

Isso porque, conforme visto, a legislação infraconstitucional traz uma vasta gama de interpretações para o direito à segurança, justamente como resultado da sua aplicação em diferentes ramos do Direito. Diante, pois, dessa ampla variedade de “direitos à segurança”, quem se beneficia é o destinatário da norma, porquanto o seu direito não se restringe a tão somente um viés. Não olvide que a Constituição Federal recebeu a alcunha de “Constituição Cidadã” justamente por prever direitos em proporção nunca antes vista na história constitucional brasileira. Logo, interpretar o direito fundamental à segurança sob um único prisma vai totalmente de encontro a esse raciocínio.

Qualquer que seja a perspectiva adotada, o direito à segurança equivale, de um lado, à garantia do indivíduo de gozar de uma situação de bem-estar, de incolumidade e de integridade das suas compleições física e moral, e, de outro, ao dever do Estado e de terceiros de não criar riscos que ponham em xeque aquela condição de proteção.

Destarte, é possível concluir que o direito à segurança, conjugado com outros direitos fundamentais, revela-se peça indispensável para a observância dos fundamentos elencados para a República Federativa do Brasil, haja vista seu conteúdo estar intimamente interligado aos direitos à vida e à dignidade da pessoa humana.

³⁶ “Das três características nas quais se baseia a teoria do ordenamento jurídico, a da completude é a mais importante, visto que é a mais típica e representa o ponto central (...) do positivismo jurídico. (...) Afirmar que o ordenamento jurídico é completo significa, pois, negar a existência de lacunas na lei.” (BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico: Lições de filosofia do direito**. São Paulo: Ícone, 1995. p. 207-208).

Compreendidos, pois, os princípios da livre iniciativa e da livre concorrência e o direito à segurança, passa-se, então, à análise da legislação regente do ordenamento urbanístico no âmbito do Município de Fortaleza, com destaque ao procedimento licenciatório e às normas de segurança a que se submetem os estabelecimentos comerciais, nomeadamente, os postos de combustíveis. Almeja-se à compreensão de como essas exigências normativas restringem os direitos de construir e de explorar atividade econômica dos particulares empreendedores, bem como à análise da aplicabilidade dos instrumentos previstos naqueles diplomas legais para as hipóteses de descumprimento dos seus comandos.

3 AS PRINCIPAIS NORMAS DE DIREITO URBANÍSTICO APLICÁVEIS AOS POSTOS DE COMBUSTÍVEIS INSTALADOS NO MUNICÍPIO DE FORTALEZA

A compreensão de como ocorre o conflito entre, de um lado, os direitos à livre iniciativa e à livre concorrência e, do outro, o direito à segurança, nomeadamente nos casos de postos de combustíveis – que se constituem no objeto de investigação deste trabalho –, deve passar pelo estudo das normas que regem o ordenamento urbanístico no âmbito do Município de Fortaleza, sobretudo daquelas que disciplinam especificamente aquela espécie de empreendimento comercial.

Somente a partir do exame das limitações legais e administrativas impostas ao direito de construir e de explorar atividade econômica dos particulares – *in casu*, dos proprietários dos postos de combustíveis – é que se terá embasamento para apreender o confronto travado entre empresa *versus* coletividade, tópico este a ser elucidado no capítulo 4 da presente obra.

Para a construção desse raciocínio propõe-se, pois, o estudo dos diplomas legais de maior relevo para a estruturação da ordem urbanística municipal, quais sejam: o Estatuto da Cidade (Lei Federal nº 10.257, de 10 de julho de 2001); o Plano Diretor Participativo do Município de Fortaleza (Lei Complementar nº 062, de 02 de fevereiro de 2009); a Lei de Uso e Ocupação do Solo – LUOS (Lei Complementar nº 236, de 11 de agosto de 2017); o Código de Obras e Posturas do Município de Fortaleza (Lei nº 5.530, de 17 de dezembro de 1981); e, por fim, a Lei nº 7.988, de 20 de dezembro de 1996, também do Município de Fortaleza.

Conforme resta demonstrado ao longo do capítulo, a ordem proposta passa de uma norma de maior alcance, porquanto federal e mais geral, até uma de menor alcance, restrita ao âmbito municipal, aplicável somente aos postos de combustíveis. Essa sequência de análise permite, de início, uma visão ampla sobre a matéria em estudo, partindo da compreensão dos fundamentos e dos objetivos da ordem urbanística para, em seguida, ajustar progressivamente o foco sobre o objeto de estudo, momento em que serão analisadas as normas que disciplinam assuntos afetos à atividade de posto de combustível, como procedimento licenciatório, aspectos estruturais e arquitetônicos, infrações, medidas aplicáveis nas hipóteses de inobservância das prescrições legais, dentre outros.

3.1. O meio ambiente artificial (ou urbano) como objeto de proteção constitucional e o Estatuto da Cidade (Lei Federal nº 10.257, de 10 de julho de 2001)

A Carta Magna de 1988 se destaca na história constitucional brasileira como a mais inovadora em termos de proteção ao meio ambiente.³⁷ A título de exemplo, destaque-se que nos textos que lhe antecederam “nem mesmo uma vez foi empregada a expressão *meio ambiente*”³⁸. Mas não somente por isso: o avanço mais importante proporcionado pela atual Constituição certamente foi no sentido de não adotar, como se fazia até então, uma visão estritamente econômica do meio ambiente, em que se preocupava menos com a proteção e a utilização racional dos recursos naturais do que com a garantia da sua monetarização.

Embora esse pensamento não tenha sido afastado por completo³⁹, houve uma expressiva mudança de paradigma⁴⁰, de modo que o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado passou a ser assegurado a todos, nos termos do art. 225, *caput*, CF/88. Assumiu, assim, uma configuração de direito difuso, tornando-se parte indissociável da dignidade da pessoa humana.

Outro fator de mudança de expressivo relevo foi no sentido de que “a Carta Magna de 1988 buscou tutelar não só o meio ambiente natural, mas também o artificial, o cultural e o do trabalho”^{41 42}. Ou seja, a proteção conferida pelo texto constitucional abarca

³⁷ “A CF de 1988 (...) trouxe imensas novidades em relação às Cartas que a antecederam, notadamente na defesa dos direitos e garantias individuais e no reconhecimento de uma nova gama de direitos, dentre os quais se destaca o meio ambiente. As Leis Fundamentais anteriores não se dedicaram ao tema de forma abrangente e completa: as referências aos recursos ambientais eram feitas de maneira não sistemática (...), sem que se pudesse falar na existência de um contexto constitucional de proteção ao meio ambiente.” (ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito ambiental**. 12ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 59).

³⁸ MILARÉ, Édis. **Direito do ambiente: a gestão ambiental em foco. Doutrina, jurisprudência, glossário**. 5ª ed. ref., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 145.

³⁹ Nesse sentido, veja que o art. 170, CF/88, ao elencar os princípios gerais a serem observados pela ordem econômica, prevê, em seu inciso VI, a “defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação”.

⁴⁰ Deve-se ter em mente que essa mudança de paradigma resultou de um processo gradual de tomada de consciência, a nível global, acerca da crise ambiental, movimento este que ganhou maiores proporções a partir da década de 70. O maior expoente desse período foi a Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano, ocorrida em junho de 1972, na cidade de Estocolmo, na Suécia, que culminou na aprovação da Declaração de Estocolmo. Este documento internacional foi considerado um verdadeiro divisor de águas, porquanto chamou atenção para um aspecto que até então vinha sendo ignorado no ordenamento jurídico pátrio. Assim, a partir da conscientização propiciada por aquela Convenção, “a legislação sobre a matéria passou a desenvolver-se com maior consistência e celeridade”, culminando, pois, na ampla proteção que vemos no atual texto constitucional. (MILARÉ, Édis. **Op. cit.** p. 745).

⁴¹ FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de direito ambiental**. 14. ed. rev., ampl. e atual. em face da Rio+20 e do novo “Código” Florestal — São Paulo : Saraiva, 2013. p. 49.

⁴² Não custa fazer consignar que essa divisão do meio ambiente em quatro diferentes espécies visa a tão somente tornar mais didática a abordagem do assunto. Fiorillo, o doutrinador que originalmente propôs esse fracionamento do conceito destaca que o meio ambiente é um bem jurídico unitário, impassível, portanto, de ser dividido, de sorte que “a divisão do meio ambiente em aspectos que o compõem busca facilitar a identificação da atividade degradante e do bem imediatamente agredido. Não se pode perder de vista que o direito ambiental tem

não somente a ideia tradicional que se tem de meio ambiente – qual seja, o conjunto dos elementos componentes da biosfera, como a fauna, a flora, as águas, o solo e o subsolo, etc. –, mas vai além, alcançando também aqueles espaços transformados e construídos a partir de intervenção humana. É a partir dessa concepção do meio ambiente como um macrosistema, por assim dizer, integrado por elementos que, embora de naturezas diversas, estão conectados por uma complexa teia de relações, de modo que o dano causado a um daqueles elementos será transmitido adiante aos demais – assemelhando-se, portanto, à imagem do efeito dominó –, é que o espaço urbano passa a também ser objeto da tutela jurídica ambiental.

Nesse esteio, Fiorillo relembra, mui oportunamente, que o espaço urbano não deve aqui ser interpretado como antônimo de espaço rural, mas sim como o conjunto de espaços habitáveis. Dessa forma, conclui, “o meio ambiente artificial é compreendido pelo espaço urbano construído, consistente no conjunto de edificações (chamado de espaço urbano fechado), e pelos equipamentos públicos (espaço urbano aberto)”^{43, 44}.

Tomando essa definição por base, infere-se que as cidades se incluem no conceito de meio ambiente artificial, em face do que passaram a ser especialmente tuteladas com o advento da Constituição Federal de 1988. Fiorillo explica:

Com a edição da Constituição Federal de 1988 (...), a cidade (...) passa a ter natureza jurídica ambiental, ou seja, a partir de 1988 a cidade deixa de ser observada pelo plano jurídico com base nos regramentos adaptados tão somente aos bens privados ou públicos e passa a ser disciplinada em face da estrutura jurídica do bem ambiental (art. 225 da CF) de forma mediata e de forma imediata em decorrência das determinações constitucionais emanadas dos arts. 182 e 183 da Carta Magna (meio ambiente artificial).⁴⁵

Com efeito, o zelo do legislador constituinte para com o espaço urbano ultrapassou os limites do art. 225, uma vez que reservou um capítulo para tratar especificamente da política urbana. Nesse sentido, dispôs que a execução daquela política se dará pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tendo por objetivo o ordenamento do pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e a garantia do bem-estar de seus habitantes (art. 182, *caput*).

como objeto maior tutelar a vida saudável, de modo que a classificação apenas identifica o aspecto do meio ambiente em que valores maiores foram aviltados.” (FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Op. cit.** p. 49/50).

⁴³ FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Op. cit.** p. 556.

⁴⁴ Nesse mesmo sentido se orienta a doutrina de Raimundo Melo, senão veja: “O meio ambiente artificial é o espaço urbano habitável, constituído pelo conjunto de edificações feitas pelo homem, estando ligado ao conceito de cidade, embora não exclua os espaços rurais artificiais criados pelo homem. Diz respeito aos espaços fechados e equipamentos públicos, recebendo tratamento especial na nossa Constituição Federal nos arts. 5º, XXIII, 21, XX, 182 e 225 (...).” (MELO, Raimundo Simão de. **Direito Ambiental do Trabalho e Saúde do Trabalhador**. São Paulo: LTR, 2004, p. 28).

⁴⁵ FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de direito ambiental**. 14. ed. rev., ampl. e atual. em face da Rio+20 e do novo “Código” Florestal — São Paulo : Saraiva, 2013. p. 564.

A redação do dispositivo acima reflete, de forma cristalina e insofismável, a relevância da atuação dos Municípios na implantação e efetivação da política urbana. Ademais, outras passagens da Carta Política corroboram esse entendimento, como o art. 30, incisos I e VIII, que preveem a competência do ente municipal para, respectivamente, legislar sobre assuntos de interesse local e promover, no que couber, adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano.

Contudo, a presunção de que a tutela do meio ambiente artificial se restringe à alçada municipal se revela errônea. Isso porque o art. 21, XX, CF/88, dispõe que compete à União instituir diretrizes para o desenvolvimento urbano, inclusive habitação, saneamento básico e transportes urbanos. Em analisando a norma contida nesse dispositivo, Fiorillo assim disserta:

Essa competência atribuída à União tem por fim delimitar normas gerais e diretrizes que servirão como parâmetros no desenvolvimento da política urbana que Estados e Municípios deverão adotar. (...)

Isso significa dizer que à União caberá a fixação de diretrizes gerais, não estando obrigada, todavia, a executar as tarefas de limpeza pública, porque a estrutura constitucional assegura ao Município autonomia para a organização dos serviços públicos de interesse local, conforme preceitua o art. 30, V. Entretanto, em que pese a execução estar acometida ao Município, não pode a União furtar-se ao dever de traçar normas amplas e condizentes às necessidades nacionais.⁴⁶

É dizer, embora a Constituição Federal resguarde a competência municipal para legislar sobre assuntos de interesse local – e o ordenamento urbanístico certamente se enquadra nessa categoria –, ela também designa à União Federal o dever de instituir, no que refere ao desenvolvimento urbano, normas de caráter geral. Ou seja, aos demais Entes Federados cabe o cumprimento dessas diretrizes, sendo-lhes permitido legislar tão somente de forma suplementar às normas traçadas pela União. E nisso consiste precisamente o fundamento de existência do Estatuto da Cidade.

A Lei Federal nº 10.257, de 10 de julho de 2001 (ou Estatuto da Cidade), destina-se à regulamentação dos artigos 182 e 183 da Constituição Federal, estabelecendo diretrizes gerais de ordem pública e interesse social que regulam o uso da propriedade urbana em prol do bem coletivo, da segurança e do bem-estar dos cidadãos⁴⁷, bem como do equilíbrio ambiental (art. 1º, parágrafo único).

⁴⁶ FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de direito ambiental**. 14. ed. rev., ampl. e atual. em face da Rio+20 e do novo “Código” Florestal — São Paulo : Saraiva, 2013. p. 569.

⁴⁷ Veja que logo nos seus introitos o diploma legal em questão faz consignar de forma expressa o dever de que o uso da propriedade urbana preserve a segurança e o bem-estar dos cidadãos, o que nos remete à discussão

Estrutura-se em cinco capítulos, assim dispostos, em ordem: diretrizes gerais (arts. 1º a 3º); instrumentos da política urbana (arts. 4º a 38); plano diretor (arts. 39 a 42-B); gestão democrática da cidade (arts. 43 a 45); e disposições gerais (arts. 46 a 58). Para os fins do presente trabalho, contudo, são relevantes apenas o primeiro e o terceiro capítulos, de modo que deter-nos-emos sobre o seu conteúdo sem a análise daqueles outros dispositivos.

Uma vez compreendido o Estatuto da Cidade como uma norma de caráter geral⁴⁸, sendo a mais importante legislação, em âmbito nacional, a determinar os termos em que se dará o desenvolvimento da política urbana dos demais Entes Federados, revela-se indispensável o estudo das diretrizes básicas previstas nesse diploma legal, as quais se encontram enumeradas no seu art. 2º. Isso porque essas mesmas diretrizes servem de fundamento para as demais legislações a serem analisadas mais à frente, de modo que a sua compreensão passa previamente pela investigação das diretivas basilares traçadas pelo Estatuto em liça.

Dito isso, passemos à análise do art. 2º suprarreferido, a ver:

Art. 2º A política urbana tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana, mediante as seguintes diretrizes gerais:

I – garantia do direito a cidades sustentáveis, entendido como o direito à terra urbana, à moradia, ao saneamento ambiental, à infra-estrutura urbana, ao transporte e aos serviços públicos, ao trabalho e ao lazer, para as presentes e futuras gerações;

O verbo constante do *caput* do dispositivo reproduzido não deixa margem de dúvida quanto ao fim a ser atingido pelo Poder Público por meio da sua política urbana: deve *ordenar* a cidade, viabilizando o pleno desenvolvimento das suas funções sociais, de modo que ela se torne sustentável (o que ocorrerá quando os cidadãos possam desfrutar de todos aqueles direitos sociais contidos no inciso I). Tal ideia – a ordenação da urbe como objetivo

encetada já no primeiro capítulo deste estudo, nomeadamente, no que refere ao direito fundamental à segurança e o seu alcance como garantia de incolumidade e integridade. Aliás, corroborando esse entendimento, Fiorillo explica que: “A segurança e o bem-estar, como direitos materiais constitucionais sempre apontados em normas ambientais, deixam de ser observados juridicamente tão somente em decorrência de reflexos criminais ou penais, passando a ter sua verdadeira importância, que é a de garantir a incolumidade físico-psíquica dos cidadãos no que diz respeito às suas principais atividades na ordem jurídica do capitalismo, ou seja, a segurança e o bem-estar passam a orientar o uso da propriedade no que toca aos direitos fundamentais adaptados à dignidade da pessoa humana, sem desconsiderar as necessidades que decorrem dos sistemas econômicos capitalistas.” (FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de direito ambiental**. 14. ed. rev., ampl. e atual. em face da Rio+20 e do novo “Código” Florestal — São Paulo : Saraiva, 2013. p. 567/568)

⁴⁸ “[O Estatuto da Cidade] assume (...) as características de uma lei geral de direito urbanístico, talvez com certo casuismo exagerado. Assim mesmo, cumpre ele as funções supra-indicadas de uma lei geral, na medida em que institui princípios de direito urbanístico, disciplina diversas figuras e institutos do direito urbanístico, fornece um instrumental a ser utilizado na ordenação dos espaços urbanos, com observância da proteção ambiental, e a busca de solução para problemas sociais graves, como a moradia, o saneamento, que o caos urbano faz incidir, de modo contundente, sobre as camadas carentes da população.” (SILVA, José Afonso da. **Direito urbanístico brasileiro**. 6ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 67.)

maior – é corroborada em outras diretrizes gerais, a exemplo das seguintes:

Art. 2º – (...)

IV – planejamento do desenvolvimento das cidades, da distribuição espacial da população e das atividades econômicas do Município e do território sob sua área de influência, de modo a evitar e corrigir as distorções do crescimento urbano e seus efeitos negativos sobre o meio ambiente;

(...)

VI – ordenação e controle do uso do solo, de forma a evitar:

a) a utilização inadequada dos imóveis urbanos;

b) a proximidade de usos incompatíveis ou inconvenientes;

c) o parcelamento do solo, a edificação ou o uso excessivos ou inadequados em relação à infra-estrutura urbana;

(...)

f) a deterioração das áreas urbanizadas;

g) a poluição e a degradação ambiental;

h) a exposição da população a riscos de desastres.

Com efeito, a ideia de planejamento integra – inclusive, chega até a se confundir com – a própria atividade urbanística. Aliás, acerca desta, José Afonso da Silva, fazendo referência às lições de Joseff Wolff, propõe a sua divisão em cinco momentos distintos, dos quais o primeiro vem a ser exatamente o planejamento urbanístico.⁴⁹ Assim discorre o autor:

O planejamento é – como diz Joseff Wolff — o princípio de toda atividade urbanística, pois quem impulsiona e exerce essa ação de ordenação precisa ter consciência do que quer alcançar com tal influxo. Deve ter uma ideia clara do que seja desejável para o lugar ou território em questão, mas também do que razoavelmente pode lograr com os meios de que dispõe. Essa ideia é expressa normalmente de forma gráfica sobre um plano que reproduz a área atingida.⁵⁰

Por isso mesmo que o Estatuto da Cidade confere tanta importância ao planejamento como diretriz geral da política urbana. Ainda a respeito do assunto, Carlos Ari Sunfeld esclarece: “parte-se da ideia de que sem política urbana o crescimento urbano é desordenado e distorcido (...). A política urbana apresenta-se, assim, como indispensável para implantar a ordem (...)”⁵¹, garantindo, pois, a consecução dos objetivos pretendidos pela lei em apreço.

O autor ainda discorre sobre a ordem urbanística como sendo um estado de equilíbrio que não somente é possível, como também necessário. Refere que o próprio art. 2º do Estatuto da Cidade deixa entrever várias hipóteses em que cabe ao Poder Público deve balancear da forma mais adequada possível aspectos que são, por natureza, diametralmente

⁴⁹ Os demais momentos seriam, em ordem: a ordenação do solo; a ordenação urbanística de áreas de interesse especial; a ordenação urbanística da atividade edilícia; e, por fim, os instrumentos de intervenção urbanística.

⁵⁰ SILVA, José Afonso da. **Direito urbanístico brasileiro**. 6ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 32.

⁵¹ SUNDFELD, Carlos Ari. O Estatuto da Cidade e suas Diretrizes Gerais. *In*: DALLARI, Adilson Abreu, FERRAZ, Sérgio (Coords.). **Estatuto da Cidade (Comentários à Lei Federal 10.257/2001)**. São Paulo: Malheiros, 2002. p 54.

opostos, conforme se extrai do enxerto a seguir:

Deve-se buscar o equilíbrio das várias funções entre si (moradia, trabalho, lazer, circulação etc.), bem como entre a realização do presente e a preservação do futuro (art. 2, a, I); entre o estatal e o não-estatal (incisos III e XVI); entre o rural e o urbano (inciso VII); entre a oferta de bens urbanos e a necessidade dos habitantes (inciso V); entre o emprego do solo e a infra-estrutura existente (inciso VI); entre os interesses do Município e os dos territórios sob sua influência (incisos IV e VIII). O crescimento não é um objetivo; o equilíbrio, sim; por isso, o crescimento deverá respeitar os limites da sustentabilidade, seja quanto aos padrões de produção e consumo, seja quanto à expansão urbana (inciso VIII).⁵²

Para além da ideia de planejamento, outro aspecto que exsurge com notoriedade da leitura do art. 2º do Estatuto da Cidade é a preocupação do legislador em garantir mecanismos que não só possibilitem, como facilitem a participação popular na realização da atividade urbanística. Afinal, se a cidade é projetada *para* os cidadãos (uma vez que a propriedade urbana deve ser utilizada em prol do bem coletivo, da segurança e do bem-estar sociais, nos termos do parágrafo único do art. 1º, como já visto), parece lógico que a sua ordenação se dê *pelos* cidadãos também.

Sundfeld nos ensina que a instituição da participação popular como diretriz geral da Lei Federal nº 10.257/2001 tem ainda outra razão de ser. A atividade urbanística é uma função pública, ou seja, de incumbência do poder estatal⁵³. Assim, sendo, caso não lhe sejam impostos limites, “sujeita-se ao risco, nada desprezível, de descambar para o totalitarismo estatal”. Dessa forma, a afirmação do princípio instrumental da gestão democrática revela-se um verdadeiro “antídoto contra o isolamento estatal no campo do urbanismo”⁵⁴, senão vejamos a partir das passagens abaixo coligidas:

Art. 2º – (...):

(...)

II – gestão democrática por meio da participação da população e de associações representativas dos vários segmentos da comunidade na formulação, execução e acompanhamento de planos, programas e projetos de desenvolvimento urbano;

III – cooperação entre os governos, a iniciativa privada e os demais setores da sociedade no processo de urbanização, em atendimento ao interesse social;

(...)

XIII – audiência do Poder Público municipal e da população interessada nos processos de implantação de empreendimentos ou atividades com efeitos potencialmente negativos sobre o meio ambiente natural ou construído, o conforto

⁵² SUNFELD, Carlos Ari. **Op. cit.** p. 54/55.

⁵³ José Afonso da Silva orienta sua doutrina no mesmo sentido, senão veja: “Sob o ponto de vista dogmático, as normas urbanísticas, por serem de direito público, são compulsórias, cogentes. E são de direito público (...), precisamente porque regulam (regram, normatizam, impõem modo de agir) uma função pública — que é a atividade urbanística do Poder Público, conformando, por outro lado, a conduta e as propriedades dos particulares a seus ditames.” (SILVA, José Afonso da. **Direito urbanístico brasileiro**. 6ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 60.)

⁵⁴ SUNFELD, Carlos Ari. **Op. cit.** p. 57/58.

ou a segurança da população;

Percebe-se, a partir disso, que o Estatuto da Cidade incentiva a participação ativa e direta da comunidade, desde a criação da política urbana até a sua execução. Inobstante, a legislação também reconhece, ainda que de forma tímida, a importância da iniciativa privada, garantindo-lhe espaço para a atuação em regime de cooperação com o poder público no processo de urbanização. Em face disso, a gestão democrática da cidade, a ser exercida mediante os mecanismos previstos em capítulo próprio do diploma em questão, deixa de ser tão somente um pressuposto de legitimidade das políticas públicas, passando a ser também pressuposto de legalidade. É o que diz a doutrina, senão veja:

O reconhecimento pelos municípios de diversos processos sociopolíticos e mecanismos jurídicos adequados que garantam a participação efetiva dos cidadãos e associações representativas no processo de formulação e implementação do planejamento urbano-ambiental e das políticas públicas — via audiências, consultas, criação de conselhos, estudos e relatórios de impactos de vizinhança e de impacto ambiental, iniciativa popular na propositura de leis urbanísticas, acesso ao poder judiciário para defesa da ordem urbanística e sobretudo pela prática do orçamento participativo — é tido como sendo essencial para democratizar os processos decisórios locais, não mais apenas como condição de legitimidade sociopolítica, mas também como condição de legalidade mesmo das leis e políticas urbanas.⁵⁵

Analisados esses dois aspectos das diretrizes gerais do Estatuto da Cidade – quais sejam, a ideia de planejamento como um dos pilares sobre os quais se erige a atividade urbanística e a imprescindibilidade da participação popular para garantir que os programas de desenvolvimento urbano observem os interesses da coletividade –, que se revelam como os mais relevantes para o presente trabalho, dados o seu alcance e seus objetivos, dá-se continuidade à análise da legislação urbanística, agora, na figura do Plano Diretor Participativo do Município de Fortaleza.

3.2. O Plano Diretor Participativo do Município de Fortaleza (Lei Complementar nº 062, de 02 de fevereiro de 2009)

Conforme exposto no tópico anterior, o Estatuto da Cidade é a norma urbanística de maior relevância em âmbito nacional, porquanto estabelece as diretrizes básicas a serem adotadas pelos Entes Federados no que toca à sua política urbana. Desse caráter de normal geral decorre, pois, a necessidade de que seu conteúdo venha a ser complementado por normas específicas, de alçada dos Municípios – uma vez que a Constituição Federal lhes

⁵⁵ CARVALHO, Celso Santos; ROSSBACH, Anaclaudia (Org.). **O Estatuto da Cidade: comentado**. São Paulo: Ministério das Cidades: Aliança das Cidades, 2010. p. 63.

atribui a competência para legislar sobre assuntos de interesse local (art. 30, I, CF/88) –, a fim de conferir aplicabilidade àqueles instrumentos previstos na legislação mais abrangente.

A respeito do assunto, Édis Milaré esclarece que aquele Estatuto não é autoaplicável, que “apenas dá ao Município a possibilidade jurídica de fazer valer o instituto da função social da propriedade. (...) a sua efetividade depende da aprovação, por lei, do Plano Diretor (...)”⁵⁶, entendimento que é reiterado por Sundfeld⁵⁷.

Nesse sentido, o Plano Diretor revela-se como instrumento básico da política de desenvolvimento e expansão urbana, previsão esta constante tanto do art. 182, § 1º, da Constituição Federal, como do art. 40, *caput*, do Estatuto da Cidade. Sua aprovação é obrigatória para os Municípios com mais de vinte mil habitantes⁵⁸ e, no que tange ao seu conteúdo, José Afonso da Silva esclarece que a referida lei:

Cuidará da fixação dos objetivos e diretrizes básicas. Estabelecerá as normas ordenadoras e disciplinadoras pertinentes ao planejamento territorial. Definirá as áreas urbanas, urbanizáveis e de expansão urbana. Disporá sobre a ordenação do solo, estabelecendo as regras fundamentais do uso do solo, incluindo o parcelamento, o zoneamento, o sistema de circulação (...).⁵⁹

Com efeito, o Plano Diretor tem por finalidade precípua garantir a aplicabilidade dos instrumentos da política urbana previstos no Estatuto da Cidade⁶⁰.

⁵⁶ MILARÉ, Édis. **Direito do ambiente: a gestão ambiental em foco. Doutrina, jurisprudência, glossário**. 5ª ed. ref., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 523.

⁵⁷ “Convém não superestimar os efeitos imediatos do Estatuto, pois ele, em larga medida, é ainda um conjunto normativo intermediário. É verdade que várias de suas normas, dispensadas de qualquer complementação legislativa, são já diretamente invocáveis pelos interessados como base do estabelecimento de relações jurídicas concretas (...). Porém, tudo o mais exigirá desdobramentos legislativos ulteriores. De um lado, será preciso que, por meio do plano diretor editado por lei (arts. 39-42), o Município formule o planejamento, tomando necessariamente as seguintes decisões, relacionadas a vários dos instrumentos urbanísticos previstos pelo Estatuto da Cidade (...).”SUNDFELD, Carlos Ari. O Estatuto da Cidade e suas Diretrizes Gerais. In: DALLARI, Adilson Abreu, FERRAZ, Sérgio (Coords.). **Estatuto da Cidade (Comentários à Lei Federal 10.257/2001)**. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 52.

⁵⁸ Para além dessa hipótese, o Estatuto da Cidade prevê outras em que o Plano Diretor é indispensável, a ver: “Art. 41. O plano diretor é obrigatório para cidades: (...) II – integrantes de regiões metropolitanas e aglomerações urbanas; III – onde o Poder Público municipal pretenda utilizar os instrumentos previstos no § 4º do art. 182 da Constituição Federal; IV – integrantes de áreas de especial interesse turístico; V – inseridas na área de influência de empreendimentos ou atividades com significativo impacto ambiental de âmbito regional ou nacional; VI - incluídas no cadastro nacional de Municípios com áreas suscetíveis à ocorrência de deslizamentos de grande impacto, inundações bruscas ou processos geológicos ou hidrológicos correlatos.”

⁵⁹ SILVA, José Afonso da. **Direito urbanístico brasileiro**. 6ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 145.

⁶⁰ A respeito do assunto, um esclarecimento faz-se pertinente. Embora seja certo de que o Plano Diretor é, por essência, um diploma legal mais delimitado e específico que o Estatuto da Cidade, isso não quer dizer que o seu conteúdo deva disciplinar de forma exaustiva as normas urbanísticas a serem aplicadas no âmbito municipal. José Afonso da Silva, em investigando a eficácia da lei instituidora do plano diretor, assim disserta: “Tais normas já podem conter em si todos os elementos para sua eficácia e aplicação imediata (...). Mas em alguns casos a lei do plano pode deixar certas disposições para atuação ulterior, mediante leis especiais - por exemplo, sobre uso do solo, edificações. Pode também estabelecer as normas fundamentais (as diretrizes), remetendo a regulamento os pormenores de sua aplicação, como é comum verificar-se no que tange as normas de zoneamento. O plano

No âmbito do Município de Fortaleza, tem-se o Plano Diretor Participativo (PDP ou PDPMF), instituído pela Lei Complementar nº 062, de 02 de fevereiro de 2009. Encontra-se dividido em cinco títulos, quais sejam: “Dos princípios da política urbana e dos objetivos do plano diretor” (arts. 3º a 4º); “Das diretrizes e ações estratégicas das políticas sensoriais” (arts. 5º a 56); “Do ordenamento territorial” (arts. 57 a 285); “Do sistema municipal integrado de planejamento urbano, gestão e participação democrática de desenvolvimento sustentável” (arts. 286 a 304); “Das disposições finais e transitórias” (arts. 305 a 327).

Já de início, chama atenção a inclusão do termo “participativo”⁶¹ na denominação da legislação, o que vem a reforçar a diretriz da gestão democrática da cidade prevista no Estatuto da Cidade. Aliás, essa mesma diretriz vem expressamente indicada como um dos princípios da política urbana no art. 3º, III, do PDPMF, ao lado das funções socioambientais da cidade (inciso I), da função social da propriedade (inciso II) e da equidade (inciso IV).

Considerando que a análise integral do Plano Diretor Participativo do Município de Fortaleza seria inviável, dada a sua extensão, ater-nos-emos aos dispositivos que guardem maior pertinência aos objetivos deste trabalho, traçando, quando possível, paralelo com o que foi apresentado quando do estudo do Estatuto da Cidade.

Aliás, a semelhança entre o conteúdo daqueles dois diplomas legais resta evidente já no artigo que dispõe sobre os objetivos do PDP (art. 4º), o qual reproduz a lógica das diretrizes gerais contidas no art. 2º, do Estatuto da Cidade, conforme já exposto acima. A fim de exemplificar o que se diz, destacam-se como alguns dos objetivos do PDP: considerar, no processo de planejamento e execução das políticas públicas, a integração social, econômica, ambiental e territorial do Município e da Região Metropolitana (inciso I); construir um sistema democrático e participativo de planejamento e gestão da cidade (inciso II); regular o uso, a ocupação e o parcelamento do solo urbano a partir da capacidade de suporte do meio físico, da infraestrutura de saneamento ambiental e das características do sistema viário

diretor pode ser apenas *geral*, ficando sua atuação dependendo de planos especiais, setoriais e plano executivo. Mas é certo que a lei do plano é eficaz nos limites de suas determinações, importando efeitos desde logo vinculantes para os órgãos públicos e para os particulares, que ficam sujeitos as suas normas. Assim, são nulos os atos municipais contrários às normas do plano.” (SILVA, José Afonso da. **Op cit.** p. 145/146.)

⁶¹ Reside aí uma diferença entre o atual Plano Diretor e o seu antecessor, cuja denominação era Plano Diretor de Desenvolvimento Urbano – Ambiental, datado de 1992 (o art. 40, § 3º, do Estatuto da Cidade, exige que a lei instituidora do plano diretor seja revista, pelo menos, a cada dez anos). Aliás, a respeito da inclusão da terminologia “participativo” no título do documento, Maria Águeda Muniz disserta: “A participação popular é apenas um mecanismo, ou seja, uma metodologia de elaboração para que sua elaboração seja democrática. (...) Participativa é a metodologia. O plano diretor trata da cidade e das suas funções e não da participação popular. E, mais importante do que a participação popular no processo de elaboração, é sua participação quando da gestão da cidade (...). E isso é o que se entende por gestão democrática.” (MUNIZ, Maria Águeda. **O Plano Diretor como Instrumento de Gestão da Cidade: o Caso da Cidade de Fortaleza/CE.** 2006. 397 p. Dissertação (Mestrado em Arquitetura e Urbanismo) – Centro de Tecnologia, Programa de Pós-Graduação em Arquitetura e Urbanismo, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, RN. 2006. p. 229.)

(inciso IV); e reduzir os riscos urbanos e ambientais (inciso XIV).

Extrai-se já a partir daquele rol de objetivos que, como não poderia deixar de ser, as ideias de planejamento e ordenamento, indissociáveis às normas de direito urbanístico, permeiam todo o Plano Diretor do Município de Fortaleza.⁶² Isso fica ainda mais evidente no Título III daquele diploma, que dispõe sobre o ordenamento territorial municipal, a ver:

Art. 57 - O ordenamento territorial do Município, consoante os objetivos gerais da política urbana, atende às seguintes diretrizes:

I - planejamento, ordenamento e controle do uso do solo e do desenvolvimento do Município, da distribuição espacial da população e das atividades sociais e econômicas, de modo a evitar:

- a) as distorções do crescimento urbano e seus efeitos negativos sobre o meio ambiente;
- b) a proximidade e conflitos entre usos e atividades incompatíveis;
- c) uso inadequado dos imóveis urbanos em relação à infraestrutura, à zona urbana, ao meio ambiente e à função social;
- (...)
- f) o uso inadequado dos espaços públicos;
- g) a poluição e a degradação ambiental;
- (...)

Com efeito, conforme leciona Hely Lopes Meirelles, não se pode olvidar que o Plano Diretor “é a lei suprema e geral que estabelece as prioridades nas realizações do governo local, conduz e ordena o crescimento da cidade, disciplina e controla as atividades urbanas em benefício do bem-estar social”⁶³. Segundo o autor, trata-se de uma norma de caráter dinâmico, que está em constante transmutação, justamente por reproduzir, em seus objetivos, os anseios e as necessidades da comunidade que regula.

É, pois, com o fito de garantir aplicabilidade àquele ideal de planejamento que o Plano Diretor Participativo do Município de Fortaleza reparte o território municipal em duas macrozonas, uma de proteção ambiental e outra de ocupação urbana (art. 58). Aquela primeira é subdividida em Zona de Preservação Ambiental (ZPA), Zona de Recuperação Ambiental (ZRA) e Zona de Interesse Ambiental (ZIA), conforme determina o art. 61; já a segunda é composta da Zona de Ocupação Preferencial 1 (ZOP 1), Zona de Ocupação Preferencial 2

⁶² Em estudando os objetivos constantes do art. 4º do PDPMF, Eduardo Machado propõe sua divisão em seis grupos, dos quais os dois primeiros giram em torno precisamente das ideias de planejamento e ordenamento. Confira: “Analisando os dezesseis objetivos do PDPFor, avalia-se que eles podem ser classificados em seis grupos diferenciados (PDPFor, Art. 4). Um primeiro grupo articula a integração social, econômica, ambiental e territorial do Município e da Região Metropolitana ao planejamento urbano e ao sistema democrático e participativo de planejamento e gestão da cidade. O segundo grupo articula quatro objetivos com impacto na estrutura urbana e na dinâmica de segregação socioespacial: a justa distribuição dos benefícios e ônus decorrentes do processo de urbanização; a regulação do uso, ocupação e parcelamento do solo urbano; a distribuição equitativa dos equipamentos sociais básicos; a redução dos riscos urbanos e ambientais. (...)” MACHADO, Eduardo Gomes. **Planejamento urbano, democracia e participação popular: o caso da revisão do plano diretor de Fortaleza (2003-2008)**. 2011. 450f. Tese (Doutorado) – Centro de Humanidades, Programa de Pós-Graduação em Sociologia, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza (CE). 2011. p. 329.

⁶³ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito de construir**. 9ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005. p. 115.

(ZOP 2), Zona de Ocupação Consolidada (ZOC), Zona de Requalificação Urbana 1 (ZRU 1), Zona de Requalificação Urbana 2 (ZRU 2), Zona de Ocupação Moderada 1 (ZOM 1), Zona de Ocupação Moderada 2 (ZOM 2), Zona de Ocupação Restrita (ZOR) e Zona da Orla (ZO), de acordo com a previsão do art. 78.

Cada uma dessas zonas, por sua vez, tem disciplina própria, dispondo de objetivos, instrumentos e parâmetros urbanísticos⁶⁴ individualizados. Ora, o território municipal não somente é extenso, como também heterogêneo em sua composição, apresentando áreas com características ambientais peculiares. Desse modo, a ocupação e o uso do solo urbano devem se dar de forma a utilizar, em prol dos interesses da coletividade, as potencialidades dessas áreas, mas sempre cuidando para preservar e conservar aquelas características ambientais que as distinguem umas das outras. Esta é, em termos sucintos, a lógica por trás das diretrizes do art. 57, do PDPMF, cujo conteúdo foi reproduzido anteriormente.

Dito isso, cabe-nos agora analisar quais os aspectos que a Lei Complementar nº 062, de 02 de fevereiro de 2009, disciplina acerca dos postos de combustíveis. Com efeito, o diploma não se estende especificamente sobre a matéria, fazendo menção àquele tipo de estabelecimento em somente uma ocasião, a ver:

Art. 22 - São ações estratégicas do monitoramento dos recursos hídricos:

(...)

IX - proteger os mananciais de nossa cidade, garantido distância mínima de 500,00m (quinhentos metros) para a construção de postos de combustíveis ou empreendimentos que visem a produzir qualquer tipo de agentes poluidores químicos próximos aos mananciais.

Trata-se de dispositivo localizado no capítulo III (“Da política do meio ambiente”), na seção “Do monitoramento dos recursos hídricos”. De fato, veicula um comando objetivo, que não deixa margem para dúvidas: a instalação de postos de combustíveis – ou de quaisquer outros empreendimentos geradores de agentes poluidores químicos – deve observar uma distância mínima de 500,00 (quinhentos metros) dos mananciais.

Aliás, a utilização do verbo “proteger” nos remete a um dos objetivos do Plano Diretor, nomeadamente, o de “reduzir os riscos urbanos e ambientais” (art. 4º, XIV), que tem por fundamento a ideia de que a política urbana deve proporcionar segurança aos habitantes

⁶⁴ Art. 188, PDPMF - O Plano Diretor de Fortaleza estabelece os seguintes parâmetros urbanísticos reguladores da ocupação do solo: I - índice de aproveitamento; II - altura máxima da edificação; III - taxa de permeabilidade; IV - recuos; V - taxa de ocupação; VI- taxa de ocupação do subsolo; VII - fração do lote. § 1º - Em cada zona serão definidos parâmetros específicos conforme os fins urbanísticos almejados. (...)

da urbe. Nesse sentido, cabe destacar que o PDPMF prevê que um dos critérios cumulativos para que a propriedade cumpra sua função socioambiental – que vem a ser, por sua vez, um dos princípios norteadores da política urbana –, é o de que ela seja “utilizada em prol do bem coletivo, da segurança e do bem-estar dos cidadãos, bem como do equilíbrio ambiental” (art. 3º, § 3º, I).

A partir do exposto, conclui-se que a restrição prevista no PDPMF quanto à construção de postos de combustíveis, qual seja, o dever de respeitar uma distância mínima de mananciais hídricos, visa ao uso adequado e ordenado do solo urbano, consideradas as suas características ambientais. Com isso, garante-se a adequabilidade do estabelecimento comercial à via em que instalado, reduzindo, conforme exigido pela legislação, os riscos advindos do exercício dessa atividade que, por sua própria natureza, é perigosa, porquanto envolve produtos inflamáveis.

3.3. A Lei de Uso e Ocupação do Solo-LUOS do Município de Fortaleza (Lei Complementar nº 236, de 11 de agosto de 2017)

A previsão da Lei de Uso e Ocupação do Solo (LUOS) consta das disposições finais e transitórias do Plano Diretor Participativo do Município de Fortaleza, mais especificamente, do art. 305, que impõe ao Poder Executivo, assegurada a participação popular, o dever de encaminhar à Câmara Municipal uma série de instrumentos normativos, sendo um deles justamente aquela Lei (inciso II).⁶⁵ Antes que se passe à análise do seu conteúdo, contudo, deve-se fazer uma breve digressão.

No âmbito do Município de Fortaleza, a última legislação dessa espécie correspondia, até recentemente, à Lei nº 7.987, de 23 de dezembro de 1996, aprovada ainda sob a vigência do Plano Diretor de Desenvolvimento Urbano (PDDU-FOR), antecessor do atual PDPMF, sobre o qual discorreu-se no tópico acima. Ocorre que, decorridos mais de vinte anos desde a aprovação daquela LUOS, sentiu-se a necessidade de atualizar as normas ali contidas a fim de adequá-las à nova realidade urbanística da capital cearense.

Depois de um longo processo de tramitação junto à Câmara Municipal, o Projeto de Lei Complementar nº 0001/2016 (PLC nº 0001/2016), que “dispõe sobre o parcelamento, o uso e a ocupação do solo do Município de Fortaleza e dá outras providências” foi aprovado

⁶⁵ O referido diploma legal, ao tratar da criação do Sistema Municipal de Desenvolvimento Urbano e Participação Democrática, voltado ao planejamento e à gestão da política urbana, também traz a previsão da Lei de Uso e Ocupação do Solo como um dos seus instrumentos de planejamento (art. 288, II, alínea “d”).

com um total de mais de 90 (noventa) emendas.⁶⁶

Considerando que o objetivo do presente trabalho não consiste em fazer um estudo comparativo das inovações trazidas pela nova Lei de Uso e Ocupação do Solo em relação à sua versão anterior, passa-se à análise daqueles dispositivos que mais interessam à disciplina dos postos de combustíveis. Deve-se destacar, porém, que, a despeito de no momento de desenvolvimento deste tópico a nova legislação ainda não ter entrado em vigência, porquanto não publicada no Diário Oficial do Município (DOM), trata-se de mera questão de tempo, haja vista já ter o prefeito sancionado a referida lei⁶⁷, sendo-lhe atribuída a numeração de Lei Complementar nº 236, de 11 de agosto de 2017.

De início, a LUOS se destina a regulamentar o parcelamento, o uso e a ocupação do solo, em conformidade com o zoneamento, os parâmetros urbanos e as disposições contidos no Plano Diretor Participativo de Fortaleza, conforme consta do seu art. 1º. Isso explica porque os dois diplomas guardam grande similaridade quanto às diretrizes gerais do ordenamento territorial do Município⁶⁸.

Outra consequência da inter-relação entre as duas normas é a de que a LUOS reproduz a divisão prevista no PDP-FOR quanto à divisão do território municipal nas Macrozonas de Proteção Ambiental e de Ocupação Urbana – cada uma delas se subdividindo em várias zonas -, havendo ainda a possibilidade de existência de Zonas Especiais dentro delas (art. 4º, *caput* e §1º).

Dito isso, passa-se à análise dos dispositivos que mais interessam à proposta do presente estudo, quais sejam, aqueles referentes ao uso e à ocupação do solo. A LUOS estabelece que os usos dos terrenos localizados no Município são agrupados por grupos e subgrupos de atividades (art. 59), existindo uma grande variedade deles: residencial, comercial, serviço, industrial, institucional, dentre outros (art. 60). No caso específico do grupo de uso comercial, comporta os seguintes subgrupos (art. 61): comércio varejista (CV); comércio atacadista e depósito (CA); e, por fim, inflamável (INF), aí se enquadrando os postos de combustíveis.

A LUOS segue dispondo que cada atividade é identificada pelo porte e pela natureza em várias classes, em função de uma série de critérios, a ver: área construída ou área

⁶⁶ “CMFor aprova em segunda discussão projeto de Lei de Uso e Ocupação do Solo”. Disponível em: <<http://wp.cmfor.ce.gov.br/cmfor/cmfor-aprova-em-segunda-discussao-projeto-de-lei-de-uso-e-ocupacao-do-solo/>>. Acesso em: 20 out. 2017.

⁶⁷ “Prefeito sanciona Lei de Uso e Ocupação do Solo”. Disponível em: <<https://www.opovo.com.br/jornal/politica/2017/08/prefeito-sanciona-lei-de-uso-e-ocupacao-do-solo.html>>. Acesso em: 20 out. 2017.

⁶⁸ Com efeito, o teor do art. 2º da nova LUOS aproxima-se em demasia do art. 57 do PDP-FOR, ainda que apresente algumas novas diretrizes não previstas neste último diploma legal.

do terreno; capacidade de acomodação de pessoas; grau de incomodidade que o uso possa ocasionar; e número de unidades residenciais (art. 63, *caput* e §1º). Assim sendo, para que uma atividade cumpra com o uso e a ocupação previstos na lei, ela precisa atender dois critérios simples: deve ser adequada em função do zoneamento e da classificação viária (art. 64, *caput*).

A ver que a LUOS traz uma longa lista de anexos – são 9 (nove) no total –, cada um deles disciplinando algum assunto específico do uso e da ocupação do solo fortalezense. Como dito anteriormente, a atividade de posto de combustível se enquadra no grupo comercial, mais especificamente, no subgrupo inflamável (INF). Também foi dito que as atividades são repartidas em diferentes classes a partir de critérios elencados na própria legislação.

Nesse sentido, a fim de identificar a que classe corresponde a atividade de posto de combustível, basta procurá-la no Anexo 5 da referida lei – que dispõe justamente sobre a classificação das atividades por grupo e subgrupo –, localizando a tabela referente ao grupo de uso comercial e seu subgrupo inflamável (INF). É o caso da Tabela 5.4, cujo trecho faz-se reproduzir a seguir:

Figura 01 – Classificação da atividade de posto de combustível na LUOS a partir do grupo comercial e subgrupo inflamáveis (INF).

ANEXO 5 - CLASSIFICAÇÃO DAS ATIVIDADES POR GRUPO E SUBGRUPO GRUPO: COMERCIAL				
TABELA 5.4 SUBGRUPO – INFLAMAVEIS - INF				
CÓDIGO	ATIVIDADE	CLASSE INF	PORTE m ² (obs.2)	Nº MÍNIMO DE VAGAS DE ESTACIONAMENTO
50.50.41	Posto de abastecimento (álcool carburante, gasolina e demais derivados do refino do petróleo). (obs.6)	4	Qualquer	1 vaga / 100 m ² A.C.C.
50.50.42	Posto de abastecimento e serviços (lavagem, troca de óleo, serviços de freio, alinhamento e balanceamento, borracharia etc.). (obs.6)	4	Acima de 1800 (obs.4)	1 vaga / 50 m ² A.C.C.
50.50.43	Posto de abastecimento com atividades agregadas (Restaurante, Loja de Conveniência, Loja de peças automotivas). (obs.6)	4	Qualquer	1 vaga / 50 m ² A.C.C.

Fonte: Lei Complementar nº 236/2017, do Município de Fortaleza (LUOS).

Com base na Tabela 5.4 da LUOS, portanto, a atividade de posto de combustível é identificada como sendo de Classe 4, classificação esta essencial para a futura análise de sua adequabilidade quanto aos critérios de zoneamento e via, o que será dissertado mais adiante. Antes disso, contudo, cabe fazer uma observação.

O diploma legal em análise prevê três “espécies” de postos de combustíveis, a depender das atividades a ele conexas: na primeira espécie, tem-se tão somente a atividade de

abastecimento, pura e simples; na segunda, além do abastecimento, também são prestados outros serviços que lhe são afetos, como lavagem, troca de óleo, etc; na terceira, por fim, há uma maior variedade de serviços, não necessariamente relacionados a fins automobilísticos, como é o caso de restaurantes e lojas de conveniência.

Embora a lei tenha destacado essas “espécies”, tal divisão não apresenta qualquer relevância quanto à classificação da atividade, uma vez que todas as hipóteses elencadas se enquadram na Classe 4, conforme se extrai da Tabela 5.4 acima reproduzida. Em assim sendo, a utilização, neste trabalho, do termo “postos de combustíveis” não faz qualquer distinção entre os serviços que ali são realizados, porquanto isso – a existência, ou não, de serviços conexos à atividade de abastecimento – não interferirá na análise de adequabilidade.

Pode-se, a partir da posse da informação de que a atividade de posto de combustíveis corresponde à Classe 4, prosseguir naquela mencionada análise de adequabilidade. Como já referido, o art. 64, *caput*, da LUOS, esclarece que a adequabilidade das atividades em todo o Município de Fortaleza se dará em função do zoneamento e da classificação viária, de modo que se passa ao estudo da disciplina conferida a esses dois critérios.

A adequação dos usos às zonas (ou seja, a conformidade das atividades ao zoneamento municipal) é matéria disciplinada no Anexo 6 da LUOS. Com efeito, a legislação reparte o território fortalezense em um número extenso de zonas – são 32 (trinta e duas) no total –, havendo ainda algumas que se dividem em subzonas ou em trechos, de acordo com a redação dos artigos 5º a 8º da Lei.

O Anexo 6 se estrutura, pois, da seguinte forma: cada uma daquelas zonas corresponde a uma tabela própria; nesta, as colunas correspondem às classes das atividades, enquanto as linhas dizem respeito aos subgrupos de uso. Além disso, existem três diferentes possibilidades de uso: adequado (A); inadequado (I); e permitido com restrições (P).

Dessa forma, a fim de investigar em quais zonas do Município de Fortaleza a atividade de posto de combustíveis é adequada, basta analisar cada uma das tabelas insertas no Anexo 6 a partir do seguinte procedimento: nas linhas, deve-se procurar o subgrupo inflamáveis – identificado pela sigla INF – e, em seguida, cruzar com a informação correspondente à coluna de número 4 (que corresponde às atividades de Classe 4).

Com o fito de evitar a reprodução desnecessária do conteúdo integral do dito Anexo 6, bem como de otimizar as informações relevantes nele contidas, é possível esquematizá-lo por meio da seguinte tabela:

Tabela 1 – Adequação da atividade de posto de combustíveis perante as zonas do Município de Fortaleza, de acordo com o Anexo 6 da LUOS

TIPO DE USO	ZONA	RESTRICÇÕES DE USO
INADEQUADO	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Zona de Recuperação Ambiental (ZRA); ▪ Zona de Interesse Ambiental (ZIA) Praia do Futuro e Cocó; ▪ Zona de Interesse Ambiental (ZIA) Sabiaguaba; ▪ Zona de Orla (trechos I e II); ▪ Zona de Orla (trecho III; subzonas 1 e 2; setores 1 e 2); ▪ Zona de Orla (trecho IV); ▪ Zona de Orla (trecho VII) Praia do Futuro; ▪ Área Especial Aeroportuária (AEA 1); ▪ Área Especial Aeroportuária (AEA 2). 	-
ADEQUADO	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Zona de Orla (trecho VI) Cais do Porto; ▪ Área Especial Aeroportuária (AEA 3) 	Não há restrições de uso.
PERMITIDO COM RESTRICÇÕES	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Zona Especial de Dinamização Urbanística e Socioeconômica (ZEDUS) Centro; ▪ ZEDUS Aldeota; ▪ ZEDUS Parangaba; ▪ ZEDUS Porangabuçu; ▪ ZEDUS Messejana; ▪ ZEDUS Montese; ▪ ZEDUS Seis Bocas; ▪ ZEDUS Varjota; ▪ ZEDUS Oliveira Paiva; ▪ ZEDUS Corredor BR-116 (trechos III e IV); ▪ ZEDUS Corredor Antônio Bezerra; ▪ ZEDUS Corredor Perimetral (trechos sul e oeste); ▪ ZEDUS Bonsucesso; ▪ ZEDUS Anel Rodoviário (trechos I e II). 	Adequado apenas em Vias Coletoras, Arteriais I e Expressas.
	<ul style="list-style-type: none"> ▪ ZEDUS Vila União. 	Admitidas apenas em Vias Coletoras e Arteriais I.
	<ul style="list-style-type: none"> ▪ ZEDUS Carlito Pamplona. 	Adequado apenas em Vias Arteriais I e Expressas.
	<ul style="list-style-type: none"> ▪ ZEDUS Corredor BR-116 (trechos I e II) 	Nos casos onde não haja incidência de

		AEA's, são adequadas apenas em Vias Coletoras, Arteriais I e Expressas.
--	--	---

Fonte: elaborada pelo autor.

A interpretação da tabela permite inferir que existem zonas em que, dadas as suas características peculiares, a atividade de combustíveis é inadequada, não sendo permitida em hipótese alguma, como é o caso das Zonas de Recuperação Ambiental (ZRA) e das Zonas de Interesse Ambiental (ZIA). Contudo, o que acontece na imensa maioria das situações é que a atividade em liça é permitida, mas deve respeitar certas restrições, podendo ser realizada somente naquelas vias previstas na legislação.

Isso, por sua vez, nos remete ao segundo elemento de observância obrigatória para a adequabilidade de uma atividade, qual seja, a via. Segundo a definição dada ao termo “classe da via” no Anexo 1 da LUOS, as vias urbanas são classificadas com base nos seguintes critérios: função, caixa carroçável⁶⁹ e capacidade de fluxo de veículos.

A estruturação do sistema viário do Município de Fortaleza se dá, então, a partir de 8 (oito) espécies diferentes de vias, a ver: as vias expressas, de articulação interestadual e intermunicipal, destinadas a atender grandes volumes de tráfego de longa distância e de passagem (art. 236, I); as vias arteriais I, que fazem articulação intermunicipal e interbairros, integrando regiões da cidade, destinadas a interligar áreas com maior intensidade de tráfego e polos de atividades ao sistema de vias expressas (art. 236, II); as vias arteriais II, que interligam áreas de grande intensidade de tráfego e polos de atividades com vias arteriais I, visando a melhor distribuição do tráfego nas coletoras e locais (art. 238, I).

Há também as vias coletoras, que se destinam a coletar e distribuir o trânsito de entrada ou saída das vias expressas e vias arteriais, assim como coletar o tráfego das vias comerciais e locais e distribuí-lo nas vias arteriais e expressas (art. 238, II); as vias paisagísticas, que têm por objetivo valorizar e integrar a Macrozona de Proteção Ambiental (art. 238, III); as vias comerciais, destinadas a atender ao tráfego local e dar suporte ao comércio e serviços geral (art. 238, IV); as vias locais, destinadas a atender ao tráfego local, com baixo padrão de fluidez (art. 238, V); e, por fim, os corredores turísticos, que contêm estabelecimentos voltados ao público turista e podem ainda receber outra classificação compatível com suas características (art. 238, VI).

⁶⁹ Denominação dada à faixa da via destinada à circulação de veículos, excluídos os passeios, os canteiros centrais e o acostamento.

O Anexo 7 da LUOS se propõe a classificar cada uma das vias do sistema viário do Município de Fortaleza de acordo com as espécies acima dissertadas. Já o Anexo 8 volta-se à adequação dos usos daquelas mesmas vias.

Visando à apuração de quais as espécies de vias em que a atividade de posto de combustíveis é adequada, deve-se reproduzir lógica semelhante àquela exposta quando da análise do Anexo 6 da LUOS. Isso porque o Anexo 8 apresenta diversas tabelas, cada uma correspondendo a um determinado grupo e subgrupo de atividade. Como já se sabe que a atividade ora em apreço corresponde ao grupo comercial e subgrupo inflamáveis – identificado pela sigla INF –, cumpre analisar a tabela 8.4, que é justamente a que lhe diz respeito.

As tabelas do referido Anexo são assim estruturadas: as linhas dizem respeito às classes das atividades, enquanto as colunas fazem referência às diferentes espécies de vias⁷⁰, abordando os seus respectivos aspectos quanto ao uso, recuos e normas a serem observadas.

No que diz respeito ao uso, só há duas possibilidades: ou é adequado, ou é inadequado. Assim, para investigar as possibilidades de instalação da atividade de posto de combustíveis nas mais diferentes vias, basta procurar nas linhas aquela referente à Classe 4 e, em seguida, cruzar a informação com cada uma das colunas da tabela. Esse exercício pode ser sintetizado na forma da seguinte tabela:

Tabela 2 – Adequação da atividade de posto de combustíveis perante as vias do sistema viário do Município de Fortaleza, de acordo com o Anexo 8 da LUOS

ESPÉCIE DE VIA	TIPO DE USO
Via Expressa	Adequado
Via Arterial I	Adequado
Via Arterial II	Inadequado
Via Coletora	Adequado
Via Comercial	Inadequado
Via Local	Inadequado

Fonte: elaborada pelo autor.

Como consequência do exposto, conclui-se que a atividade de posto de combustíveis (Classe 4), para que seja adequada, deve obrigatoriamente atender aos requisitos de zoneamento e de classificação viária. É dizer, não pode ser instalada em zona ou via que não comporta atividades do grupo comercial, mais especificamente, do subgrupo inflamáveis

⁷⁰ Embora a LUOS traga a previsão de 8 (oito) diferentes espécies de vias, as tabelas do Anexo 8 tratam de somente 6 (seis) delas, nada dizendo a respeito das vias paisagísticas e dos corredores turísticos.

(INF). Caso contrário, incorrerá inevitavelmente em situação de irregularidade, demandando, pois, a atuação do Poder Público no sentido de velar pela observância das normas regentes do ordenamento urbanístico municipal, conforme será discorrido no tópico a seguir.

3.4. O Código de Obras e Posturas do Município de Fortaleza-COPMF (Lei nº 5.530, de 17 de dezembro de 1981)

O Código de Obras e Posturas do Município de Fortaleza (COPMF), assim como a LUOS⁷¹, também decorre de previsão do Plano Diretor, sendo um dos instrumentos de planejamento do Sistema Municipal de Desenvolvimento Urbano e Participação Democrática (art. 288, II, alínea “j”, PDPMF). Refere-se a posturas urbanas e a exigências aplicáveis a obras em geral (art. 2º, *caput*, COPMF), visando a assegurar condições adequadas a atividades básicas – habitação, circulação, recreação e trabalho –, bem como melhorar o meio ambiente, garantindo condições mínimas de conforto, higiene, segurança e bem-estar públicos (art. 1º, I e II).

Hely Lopes Meirelles, em investigando os mecanismos de que dispõe o Poder Público municipal para a consecução dos objetivos pretendidos pela política urbana, mediante a adequação das construções às prescrições das normas urbanísticas, assim discorre acerca do Código de Obras e Posturas:

O Código de Obras (...) deve reunir em seu texto, de modo orgânico e sistemático, todos os preceitos referentes às construções urbanas, especialmente para as edificações, nos aspectos de estrutura, função e forma, necessários a obra individualmente considerada.

(...)

No Código de Obras só cabem normas técnicas da construção, ou seja, requisitos de estrutura e composição da obra, segundo a sua natureza e destinação. Bem por isso, deve o Código diversificar as exigências para cada tipo de obra, visando a adequar a construção aos fins a que é destinada: residência, indústria, comércio, escritórios e outros usos especiais. Em última análise, o Código de Obras só deverá conter imposições estruturais da construção, visando a propiciar segurança e funcionalidade a cada obra individualmente considerada.⁷²

Com efeito, a análise do COPMF revela se tratar de legislação eminentemente técnica, voltada à disciplina pormenorizada de diversos aspectos estruturais – como altura, fachada, lotação, ventilação e iluminação das edificações – de uma grande variedade de construções. A título de exemplo, aquele diploma dispõe de capítulos específicos para

⁷¹ Outra semelhança compartilhada pelos dois diplomas legais é que existe iniciativa de reformulação do Código de Obras e Posturas, tramitando, junto à Câmara Municipal de Fortaleza, o Projeto de Lei Complementar nº 24/2016, que dispõe sobre o Código da Cidade, em substituição à ainda vigente Lei nº 5.530/81.

⁷² MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito de construir**. 9ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 209/210.

regulamentar hotéis e similares (capítulo XXIII), hospitais e congêneres (capítulo XXIV), escolas (capítulo XXVI), oficinas e indústrias (capítulo XXX) e até mesmo cemitérios (capítulo XXXIII), dentre outros.

A lógica por trás disso é que cada construção e atividade têm suas próprias peculiaridades, de modo que não se pode pretender submeter-lhes a uma padronização normativa, sob pena de colocar em risco a segurança e a saúde dos munícipes.⁷³ E como não poderia deixar de ser, tal lógica se aplica ao caso dos postos de combustíveis. Antes, porém, de analisarmos os dispositivos do Código de Obras e Posturas do Município de Fortaleza que versam especificamente sobre aquela atividade, deve-se investigar, em primeiro lugar, as normas que se aplicam indistintamente a todas as obras levadas a efeito no território fortalezense.

De início, tem-se a obrigatoriedade da obtenção de licença prévia à execução de obras. Em seu Capítulo IV, ao tratar dos projetos e das construções, o COPMF assim dispõe:

Art. 15 – Em todo o Município de Fortaleza, as obras particulares ou públicas, de construção ou reconstrução, de qualquer espécie, acréscimos, reformas, demolições, obras ou serviços nos logradouros públicos – em sua superfície, subterrâneos ou aéreos – rebaixamentos de meios-fios, sutamento em vias, aberturas de gárgulas para o escoamento de águas pluviais sob os passeios, aterros ou cortes, canalização de cursos d’água ou execução de qualquer obra nas margens de recursos hídricos, só poderão ser executados em conformidade com as disposições desta Lei e da Legislação de Parcelamento, Uso e Ocupação do Solo e com a prévia licença da Prefeitura, ressalvado o disposto no artigo 19 desta Lei.
(...)

É dizer, toda construção ou reforma que se pretenda fazer no âmbito do Município de Fortaleza – ressalvadas as hipóteses de isenção da expedição de alvará previstas no art. 19 daquela Lei – deve sofrer a incidência de controle prévio do ente estatal, que, após a análise dos projetos de construção e reforma, submetidos à apreciação do órgão municipal competente, emite sua aprovação por meio da respectiva licença prévia, “licença, essa, na linguagem administrativa, denominada alvará”⁷⁴.

Importa destacar que a exigência do alvará – arrimada no poder de polícia que é inerente à atividade administrativa e, em última instância, na prevalência do interesse público sobre o privado – não se trata de mera formalidade, cujo objetivo é retardar, dificultar ou

⁷³ “De fato, determinados empreendimentos, dotados de características específicas, em razão do porte, da natureza, da localização, da dinâmica de exploração, e assim por diante, rebelam-se ao trâmite normal de licenciamento (...). Isso não significa que a sua análise poderá ser superficial, mas apenas que se deverá adequar, por exemplo, às fases de implementação da atividade ou mesmo às suas características mais simplificadas (...).” MILARÉ, Édis. **Direito do ambiente: a gestão ambiental em foco. Doutrina, jurisprudência, glossário.** 5ª ed. ref., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 433.

⁷⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito de construir.** 9ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 100.

mesmo impedir a execução de obras. Ao contrário, trata-se de garantia de que a construção a ser realizada se conforma às regras de segurança e saúde públicas, além de afigurar-se consentânea com as diretrizes de ordenamento urbano traçadas pelo Município. Visa, portanto, à prevenção de possíveis danos à incolumidade dos munícipes e do meio ambiente nas suas várias vertentes.

Para além do alvará de construção, a Lei Municipal nº 5.530/81, ao tratar da localização e funcionamento do comércio e da indústria (Capítulo XLVII), traz outra exigência, qual seja, o alvará de funcionamento, senão veja:

Art. 699 – Os estabelecimentos comerciais, industriais, prestadores de serviços e entidades associativas só poderão instalar-se ou iniciar suas atividades com prévio Alvará de Funcionamento, expedido pela Secretaria de Planejamento Urbano e Meio Ambiente.
(...)

O fundamento do alvará de funcionamento se orienta no mesmo sentido do que já dito acerca do alvará de construção: trata-se de documento que atesta a adequabilidade de uma atividade perante as normas de ocupação do solo urbano. Logo, deve guardar fidedignidade com a situação fática do estabelecimento comercial licenciado. Disso decorre, pois, a exigência constante do art. 703, *caput*, do COPMF, de que, nos casos de mudança de endereço, alteração de área ou razão social que modifique a qualidade da atividade econômica, far-se-á nova solicitação de alvará de funcionamento, cabendo ao órgão competente verificar, antes de sua expedição, se a localização e o funcionamento satisfazem as exigências da legislação vigente.

O dito Código estabelece ainda as seguintes hipóteses de cassação do alvará de funcionamento (art. 705): quando se tratar de atividade contrária àquela requerida e especificada na competente licença; como medida preventiva, a bem da higiene, da moral, segurança, sossego e bem-estar públicos; ou quando o licenciado se negar a exibi-lo à autoridade competente. Uma vez cassado o alvará, o estabelecimento deverá ser imediatamente fechado (art. 706), o que mais uma vez reforça a ideia de que a exigência do licenciamento não se trata de mera formalidade, mas sim, de condição indispensável à operação legal e regular de qualquer atividade.

Uma observação: conforme esclarece Hely Lopes Meirelles, “o alvará de construção não implica a expedição automática de licença para o exercício de atividade comercial que é vedada pela lei de zoneamento na área.”⁷⁵ Ou seja, a mera expedição de alvará de construção não constitui “garantia” da posterior expedição do alvará de

⁷⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito de construir**. 9ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005. p. 214.

funcionamento. Até mesmo no que diz respeito ao procedimento licenciatório ambiental há indiscutível margem de discricionariedade dentro da qual a Administração Pública municipal exerce “a faculdade de juízos de valor sobre a compatibilidade do empreendimento ou atividade a planos e programas de governo, sobre suas vantagens e desvantagens para o meio considerado etc.”⁷⁶. Dessa forma, é perfeitamente possível que uma construção, ainda que observe todas as normas técnicas previstas no Código de Obras e Posturas, não venha a obter o alvará de funcionamento se a atividade que ali se pretende desenvolver não for considerada adequada pelo órgão licenciador.

Compreendido o regramento imposto, em caráter geral, pelo COPMF às construções e às atividades alvos de licenciamento, passa-se à análise dos dispositivos a que se submetem, agora em caráter específico, os postos de combustíveis.

Em seu Capítulo XXVIII, aquele Código cuida dos terminais rodoviários, dos edifícios de garagem e, por fim, dos chamados postos de serviços, destinados às atividades de abastecimento, de lavagem e lubrificação e de lavagem automática (art. 431). De acordo com a previsão do art. 432, os terrenos para a instalação de tais postos não poderão ter área inferior a 900,00m² (novecentos metros quadrados), nem testada para logradouro público inferior a 30,00m (trinta metros).

Para além desse aspecto estrutural, destacam-se duas especificações voltadas eminentemente à garantia da segurança das edificações. A uma, a determinação de que os tanques (depósitos) de inflamáveis subterrâneos tenham um afastamento mínimo de 10,00m (dez metros) em relação ao atendimento e divisas do terreno, distância essa que pode ser reduzida para 6,00m (seis metros) em se tratando de zona industrial (art. 434, inciso V).

A duas, a previsão de que os postos de serviços de abastecimentos ou de revenda de produtos derivados de petróleo e de álcool combustível deverão observar o afastamento mínimo, num raio de 200,00m (duzentos metros), de quaisquer asilos, hospitais, estabelecimentos de ensino, quartéis e templos religiosos, bem como de trevos rodoviários e viadutos (art. 436, *caput*).

Os postos de combustíveis possuem ainda outra particularidade digna de nota, nomeadamente, no que diz respeito ao seu licenciamento. Enquanto o art. 704, *caput*, do COPMF, prevê, como regra geral, que qualquer licença de funcionamento será sempre precedida de vistoria do local pelo órgão competente da Prefeitura, o seu parágrafo único acrescenta à regra um rol de atividades – dentre as quais se inserem os postos de combustíveis

⁷⁶ MILARÉ, Édis. **Direito do ambiente: a gestão ambiental em foco. Doutrina, jurisprudência, glossário.** 5ª ed. ref., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 410.

– cujo alvará de funcionamento estará condicionado à prévia inspeção e liberação de alvará de registro sanitário pela autoridade sanitária competente.

Por fim, um aspecto do Código de Obras e Posturas do Município de Fortaleza merecedor de destaque é o tratamento dispensado às infrações cometidas contra as suas prescrições. Com efeito, a nenhum particular é dado executar construção sem a observância dos regulamentos administrativos que visam ao interesse público de manutenção da ordem urbanística, conduta para a qual a legislação prevê penalidades.

Nesse sentido, é considerado infrator todo aquele que praticar ato ou induzir, auxiliar ou constranger alguém a fazê-lo em desacordo com a legislação municipal vigente (art. 726), devendo a prova da infração ser feita mediante auto respectivo, lavrado em flagrante ou não, por pessoa competente, no uso de suas atribuições legais (art. 727).

Por sua vez, quanto às penalidades, o art. 737 prevê sete espécies: multa; embargo; apreensão e perda de bens e mercadorias; interdição; suspensão; cassação de licença; e, finalmente, desfazimento, demolição ou remoção.

Com efeito, em sendo a atividade urbanística uma incumbência da Administração Pública, que a concretiza com a ajuda de normas cogentes, inafastáveis pela simples vontade dos particulares, ao Município são garantidos, com fulcro no poder de polícia – que é inerente à atividade estatal –, instrumentos legais para fazer valer as suas prescrições urbanísticas, instrumentos esses que aqui assumem a forma de penalidades. É, nesse sentido, a lição de Hely Lopes Meirelles⁷⁷:

Cabe ao Poder Público, especialmente à Administração municipal, o controle da construção, no uso regular do poder de polícia administrativa, inerente a toda entidade estatal. E assim é porque a construção (...) tem fundas implicações com a segurança, a saúde, o sossego e o conforto das pessoas e interfere no desenvolvimento da cidade, afetando o bem-estar geral da população. (...)

Como as demais atividades de interesse coletivo, a construção urbana sujeita-se ao policiamento administrativo da entidade estatal competente para sua regulamentação e controle, que é, por natureza, o Município.

Uma vez compreendidos os aspectos mais relevantes da Lei nº 5.530/81, do Município de Fortaleza – o procedimento licenciatório, com a imprescindibilidade dos alvarás de construção e de funcionamento; as normas de segurança aplicáveis especialmente aos postos de combustíveis; e as penalidades previstas para as condutas infracionais perante a ordem urbanística –, passa-se, enfim, à análise do último diploma legal relevante para os fins deste trabalho.

⁷⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito de construir**. 9ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 205.

3.5. A Lei Municipal nº 7.988, de 20 de dezembro de 1996

A Lei nº 7.988, de 20 de dezembro de 1996, do Município de Fortaleza, dispõe sobre as licenças para construção, realocização, funcionamento e segurança de postos de abastecimento, respeitadas as disposições da Lei de Uso e Ocupação do Solo em vigor, os dispositivos legais relativos à segurança, à proteção do meio ambiente, e aqueles atinentes às posturas municipais em vigor aplicáveis, bem como a determinações dos órgãos competentes federais que normatizam e fiscalizam estes estabelecimentos (art. 1º).

De acordo com a legislação, a aprovação dos projetos para construção de novos postos de abastecimento, bem como realocização dos já existentes, está condicionada à satisfação de certos requisitos (art. 5º, *caput*), como a observância de dimensões mínimas para os lotes em que sitos aqueles empreendimentos⁷⁸. Dentre os requisitos de que se fala, destaca-se sobretudo a imposição, para fins de concessão de licença de funcionamento, de que um posto de abastecimento guarde distância de 1000,00m (mil metros) em raio de outro posto já existente, ou, em se tratando de realocização, 500,00m (quinhentos metros) lineares dos postos existentes anteriormente à publicação da lei em comento (art. 5º, III).

Em outros termos, para que um novo posto de combustíveis seja construído, ele não pode estar inserido num raio de mil metros de distância de outro estabelecimento da mesma espécie; já em caso de realocização, a distância a ser observada é a metade da anterior, ou seja, quinhentos metros. Essa restrição ao direito de construir é de imensa relevância, porquanto implica mitiga os direitos dos particulares à livre iniciativa e à livre concorrência, conforme será dissertado no próximo capítulo desta obra.

A legislação traz ainda importantes medidas para o adequado armazenamento e manuseamento de combustíveis: o art. 6º prevê que os tanques de inflamáveis e combustíveis minerais a serem instalados nos postos de abastecimento deverão manter um afastamento mínimo de 10,00m (dez metros) em relação ao alinhamento das vias e aos terrenos lindeiros – ou seja, os terrenos vizinhos, limítrofes ao posto –, enquanto o art. 7º prevê que as bombas abastecedoras de veículos automotores serão instaladas com afastamento mínimo de 6,00m (seis metros) de alinhamento da via pública e das divisas do vizinho.

⁷⁸ “Art. 5º - Somente serão aprovados projetos para construção de que satisfaçam estas e outras exigências em Lei: I - as dimensões mínimas dos lotes serão: a) Em lotes de esquina, área mínima de 1800m² (um mil e oitocentos metros quadrados) e frente mínima de 45,00m (quarenta e cinco metros) para via principal e 40,00m (quarenta metros) para via secundária; b) Em lotes de meio de quadra, área mínima de 2500m² (dois mil e quinhentos metros quadrados) e frente mínima de 55,00m (cinquenta e cinco metros). (...)”

Tratam-se, com efeito, de normas que deixam entrever, de forma explícita, o desígnio do legislador em mitigar, tanto quanto possível, os riscos advindos do exercício da atividade não só para os munícipes, como também para o meio ambiente, sobretudo na sua vertente artificial. E isso fica ainda cristalino na redação do art. 8º, senão veja:

Art. 8º - Os postos de abastecimento só poderão se instalar no Município, desde que sua "área de segurança" (...) não atinja qualquer divisa de terreno que abriguem:

I - locais de aglomeração pública, tais como: supermercados, hipermercados, centrais de abastecimentos de gêneros alimentícios no atacado, lojas de departamento, shopping centers;

II - locais de aglomeração pública ou que abriguem atividades que exigem repouso mental ou espiritual, tais como estabelecimentos de saúde de qualquer porte, estabelecimento de ensino de qualquer nível, templos religiosos de qualquer natureza e cemitérios;

III - locais de grande aglomeração pública, tais como: ginásios e estádios esportivos;

IV - locais que abriguem equipamentos de serviços públicos, tais como: estações abaixadoras de energia elétrica, centrais ou estações elevatórias de abastecimento de água, estações de tratamento de esgoto, centrais telefônicas;

V - locais ou instalações de segurança à população, tais como: delegacias distritais de polícia, instalações setoriais ou central de Corpo de Bombeiros, quartéis ou Instalações militares das Forças Armadas (Exército, Marinha e Aeronáutica);

VI - locais que abriguem instalações de comércio de produtos perigosos, tais como: depósito de gás butano, depósito de explosivo, depósito de material inflamável.

Parágrafo único - A "área de segurança" de que trata este artigo, será definida a partir das divisas que constituem o terreno onde se localizará o posto de abastecimento, quaisquer que sejam as formas dos seus alinhamentos, medindo 200,00m (duzentos metros), perpendiculares ao ponto médio de cada uma delas, de modo a se obter uma área semelhante, e disposta à volta do terreno.

Em sentido similar ao artigo que o antecede, o art. 9º, I, impõe que os postos de abastecimentos guardem uma distância mínima de 300,00m (trezentos metros) das extremidades de pontes, viadutos, giradores de tráfego, trevos rodoviários e de terminais de sistema de transporte coletivo da cidade, quando localizados na respectiva via principal de acesso ou saída.

De fato, a imposição da observância de uma "área de segurança" previamente à instalação de uma atividade potencialmente poluidora, como é o caso dos postos de combustíveis⁷⁹, coaduna-se não só com a ideia de que a utilização do solo urbano deve se dar de forma ordenada e planejada, como também de que as restrições impostas pela legislação urbanística ao direito de construir visam à preservação da segurança e da saúde públicas.

Dessa forma, a exigência de que os postos de combustíveis observem um intervalo de, no mínimo, duzentos metros de outros estabelecimentos que concentrem grandes

⁷⁹ A Resolução nº 273/2000, do Conselho Nacional do Meio Ambiente-CONAMA, que estabelece diretrizes para o licenciamento ambiental de postos de combustíveis, classifica, em suas considerações iniciais, os postos de combustíveis como atividade potencialmente ou parcialmente poluidora e geradora de acidentes ambientais – porquanto podem causar contaminação de corpos d'água subterrâneos e superficiais, do solo e do ar -, além de ensejarem riscos de incêndio e explosões – por conta de vazamentos motivados pelo inadequado armazenamento ou manuseio dos combustíveis.

públicos; que abriguem equipamentos públicos; ou que se destinem ao armazenamento de produtos inflamáveis e/ou combustíveis, constitui-se em medida imprescindível para assegurar a segurança do empreendimento.

Por fim, como dispositivo merecedor de destaque, o art. 11, parágrafo único, da Lei Municipal nº 7.988/96, prevê que a Administração Municipal poderá cessar a licença para localização e funcionamento do estabelecimento quando não forem atendidas as especificações constantes da lei.

Uma vez compreendidas as principais normas de direito urbanístico aplicáveis em espécie aos postos de combustíveis instalados no Município de Fortaleza, passa-se à análise da aplicação das referidas leis na arena judicial, a partir da jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará acerca do confronto entre os direitos à livre iniciativa e à livre concorrência versus o direito à segurança.

4 ANÁLISE DE CASOS PRÁTICOS

No primeiro capítulo do presente trabalho, estudou-se a livre iniciativa e a livre concorrência como princípios estruturadores das ordens econômica e financeira nacionais, bem como o direito à segurança como um direito fundamental de segunda dimensão, em face do seu caráter eminentemente social, sendo abordados, em cada um desses direitos, os seus respectivos significado, alcance e destinatários.

Já o segundo capítulo destinou-se ao exame das principais normas de direito urbanístico aplicáveis aos postos de combustíveis no âmbito do Município de Fortaleza, passando pela ideia de que a atividade urbanística compete ao poder público e que esta, por sua vez, fundamenta-se no ordenamento do espaço urbano (meio ambiente artificial). A partir daí, discorreu-se sobre as mais relevantes normas de segurança – compreendidas como restrições ao direito de construir dos particulares – a que submetem aqueles empreendimentos, bem como o procedimento licenciatório por que passam e as penalidades cabíveis nas hipóteses de infração àqueles dispositivos legais.

Finalmente, no presente capítulo almeja-se à análise jurisprudencial com o fito de compreender qual o tratamento conferido pelos Tribunais pátrios à temática em liça. Nesse esteio, serão analisados, inicialmente, casos levados à apreciação do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará (TJCE) e, em seguida, casos julgados pelo Supremo Tribunal Federal (STF). Pretende-se, pois, formular um estudo comparativo a partir dos acórdãos examinados para, ao fim, concluir se os entendimentos magistras acerca da livre iniciativa e livre concorrência nos casos dos postos de combustíveis se coadunam.

4.1. Acórdãos do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará (TJCE)

Inicialmente, analisar-se-á como o Tribunal de Justiça do Estado do Ceará realiza o cotejo entre aqueles princípios. Para isso, foram selecionados quatro acórdãos obtidos mediante pesquisa junto ao sítio eletrônico “E-SAJ Portal de Serviços”⁸⁰, a partir de busca na área de “consultas de jurisprudência” dos seguintes termos: “livre iniciativa e posto de combustíveis e “livre concorrência e posto de combustíveis”.

Dos resultados obtidos, foram excluídos aqueles processos que versavam sobre assuntos alheios aos propósitos deste trabalho, como Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS), contratos de arrendamento, responsabilidade da

⁸⁰ Disponível em: <<http://esaj.tjce.jus.br/esaj/portal.do?servico=740000&gateway=true>>.

Administração Pública, bem como aqueles que se tratavam meramente de embargos de declaração ou que discutiam matéria penal e processual penal, de modo que restaram tão somente os processos a respeito do funcionamento de comércio de derivados de petróleo, cuja análise se faz a seguir.

4.1.1 Agravo de instrumento nº 0131027-50.2012.8.06.0000⁸¹

O agravo de instrumento em questão fora interposto contra decisão da 4ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Fortaleza/CE que indeferiu, nos autos do processo nº 0033979-88.2012.8.06.0001, liminar para obrigar o Município de Fortaleza a expedir alvará para a construção de posto de combustível.

A ver que, no âmbito administrativo, o licenciamento do agravante fora indeferido pelo órgão competente municipal sob a justificativa de que o projeto apresentado violaria a determinação do art. 5º, I, alínea “a”, da Lei nº 7.988/96, o qual, conforme visto no capítulo anterior, exige que os postos de combustíveis em lotes de esquina tenham área mínima de 1800,00m² (mil e oitocentos metros quadrados) e frente mínima de 45,00m (quarenta e cinco metros) para via principal e 40,00m (quarenta metros) para via secundária.

Nas razões recursais, o agravante sustentou a inconstitucionalidade da norma, porquanto afrontaria os princípios da livre iniciativa, livre concorrência, isonomia, defesa do consumidor, razoabilidade e proporcionalidade. Argumentou ainda que a restrição à área do lote em que instalados os postos de combustíveis não se justificaria pelo imperativo de segurança, mas sim, pela reserva de mercado ilegalmente ensejada pelo Município de Fortaleza, que estaria usurpando competência legislativa da União Federal.

⁸¹ AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO ORDINÁRIA. CONSTRUÇÃO DE POSTO DE COMBUSTÍVEIS EM TERRENO CUJA ÁREA É INFERIOR AO LIMITE MÍNIMO FIXADO EM LEI (ART. 5º, I, DA LEI MUNICIPAL Nº 7.988/1996). PEDIDO DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA VISANDO À DETERMINAÇÃO DE EXPEDIÇÃO DE ALVARÁ PARA CONSTRUÇÃO E FUNCIONAMENTO DO ESTABELECIMENTO. AUSÊNCIA DA PLAUSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO E EXISTÊNCIA DA POSSIBILIDADE DE DANO À MUNICIPALIDADE. INDEFERIMENTO PELO JUIZ A QUO RATIFICADO. AGRAVO DE INSTRUMENTO DESPROVIDO. 1. Não se vislumbra, em cognição sumária, a alegada inconstitucionalidade do art. 5º, I, da Lei Municipal nº 7.988/1996, que estabelece uma área mínima de 1.800 m² para construção de postos de combustíveis, tendo em vista que o art. 30, VII, da CF, atribui ao Município competência para promover o adequado ordenamento territorial por meio do planejamento e controle do uso e ocupação do solo urbano e, conseqüentemente, para impor limites à construção e ao funcionamento de empreendimentos comerciais com potencial de causar dano à municipalidade, não representando eventual restrição ofensa aos princípios da livre iniciativa, da livre concorrência ou da isonomia, os quais encontram seu contrapeso constitucional no princípio da primazia do interesse público sobre o privado. 2. Agravo de Instrumento desprovido. (AI 0131027-50.2012.8.06.0000, Relator(a): Tereze Neumann Duarte Chaves, Órgão julgador: 2ª Câmara Direito Público, TJCE, Julgado em: 15/03/2017)

Nesse esteio, alegando o preenchimento dos requisitos da antecipação dos efeitos da tutela, requereu liminar determinando a concessão do alvará de construção e, uma vez edificado o empreendimento, do alvará de funcionamento, além de, no mérito, pedir pela confirmação da liminar, tornando-a definitiva.

Em suas contrarrazões, o Município de Fortaleza destacou que, segundo a Constituição Federal, cabe ao Município realizar o ordenamento urbano da cidade, mediante o planejamento e controle de uso do solo urbano, de modo que não haveria falar na inconstitucionalidade da Lei nº 7.988/96. Ainda nesse aspecto, frisou que as limitações previstas naquela lei têm fulcro no poder de polícia exercido pelo Ente Municipal a fim de assegurar a segurança, a saúde e o bem-estar da coletividade, bem como a proteção do meio ambiente, sobretudo na sua vertente artificial.

Para além disso, destacou que a concessão de licença é ato vinculado, que depende da observância obrigatória de todos os requisitos prescritos em lei; assim, em face do não atendimento, por parte do agravado, da área mínima do lote para a construção do seu empreendimento, inexistiria suporte legal para o deferimento do seu pleito.

Em decisão interlocutória, o à época desembargador relator conheceu do recurso, mas negou a concessão de tutela antecipada por entender existir risco de irreversibilidade da medida de urgência, além de não demonstrada a verossimilhança das alegações. Em seguida, o Ministério Público, mediante parecer, posicionou-se pelo conhecimento do recurso e posterior desprovimento, porquanto não mereceria reforma a decisão recorrida.

Os autos foram, então, novamente distribuídos, passando à relatoria da Desembargadora Tereze Neumann Duarte Chaves, que enfatizou estar o exame do referido agravo de instrumento adstrito à verificação do preenchimento, ou não, dos requisitos autorizadores da tutela antecipada, quais sejam, *fumus boni iuris* e *periculum in mora* (ou, respectivamente, probabilidade do direito e perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo, nos termos do art. 300, *caput*, do Código de Processo Civil de 2015).

Nesse sentido, reiterou o entendimento aventado pelo juízo *a quo* de que a medida requerida pelo agravante configurar-se-ia medida satisfativa, além de ensejar evidente risco de irreversibilidade, impossibilitando, portanto, a concessão da antecipação de tutela requerida. Quanto ao mérito da demanda, acolheu os argumentos do Município de Fortaleza e do Ministério Público, entendendo pela constitucionalidade da Lei nº 7.988/1996, conforme se extrai do enxerto abaixo:

Nessa perspectiva, não se vislumbra, em cognição sumária, a alegada inconstitucionalidade do art. 5º, I, da Lei Municipal nº 7.988/1996, que estabelece

uma área mínima de 1.800 m² para construção de postos de combustíveis, tendo em vista que o art. 30, VII, da CF, atribui ao Município competência para promover o adequado ordenamento territorial por meio do planejamento e controle do uso e ocupação do solo urbano e, conseqüentemente, para impor limites à construção e ao funcionamento de empreendimentos comerciais com potencial de causar dano à municipalidade, não representando eventual restrição ofensa aos princípios da livre iniciativa, da livre concorrência ou da isonomia, os quais encontram seu contrapeso constitucional (...) no princípio da primazia do interesse público sobre o privado.⁸²

Como desfecho, a decisão da Desembargadora Relatora foi no sentido de negar provimento ao agravo de instrumento em questão, entendimento este que foi acolhido de forma unânime pela 2ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará.⁸³ O acórdão foi, então, publicado em 22/03/2017, tendo transitado em julgado em 24/05/2017.

Quanto ao conteúdo da decisão em lume, destacam-se dois argumentos. O primeiro é o de que a medida requerida pela agravante – ou seja, a expedição de alvará de construção – não somente seria satisfativa, como importaria em grave risco de irreversibilidade.

Com efeito, considerando que o pleito recursal cingia-se justamente à reforma da decisão denegatória da antecipação dos efeitos da tutela, o eventual deferimento da liminar importaria na entrega do objeto da ação, constituindo-se, pois, em medida satisfativa do direito alegado pela recorrente. Ademais, caso isso acontecesse – ou seja, caso o Município de Fortaleza fosse obrigado a expedir, em caráter liminar, o alvará de construção –, a agravante poderia dar início à construção do seu empreendimento, o qual mais tarde se revelaria irregular, porquanto em discordância com as exigências da Lei nº 7.988/96, daí a irreversibilidade da medida⁸⁴.

⁸² AI 0131027-50.2012.8.06.0000, Relator(a): Tereze Neumann Duarte Chaves, Órgão julgador: 2ª Câmara Direito Público, TJCE, Julgado em: 15/03/2017

⁸³ Estavam presentes à sessão, além da Desembargadora Relatora, Maria Nailde Pinheiro Nogueira e Luiz Evaldo Gonçalves Leite.

⁸⁴ A respeito do tema, Humberto Theodoro Júnior disserta ser a reversibilidade uma das características inerentes à tutela provisória de urgência, que decorre, por sua vez, da previsão do art. 300, § 3º, do CPC. Nesse esteio, o autor leciona: “Ademais, é importante que a reversibilidade seja aferida dentro dos limites do processo em que a antecipação ocorre. Como é óbvio, não pode justificar a medida excepcional do art. 300 a vaga possibilidade de a parte prejudicada ser indenizada futuramente por aquele a quem se beneficiou com a medida antecipatória. Só é realmente reversível, para os fins do art. 300, § 3º, a providência que assegure ao juiz as condições de restabelecimento pleno, caso necessário, dentro do próprio processo em curso. (...) O *periculum in mora* deve ser evitado para o autor, mas não à custa de transportá-lo para o réu (*periculum in mora inversum*). Em outros termos: o autor tem direito a obter o afastamento do perigo que ameaça seu direito. Não tem, todavia, a faculdade de impor ao réu que suporte dito perigo. A tutela provisória, em suma, não se presta a deslocar ou transferir risco de uma parte para a outra.” (THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil – Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum – vol. I.** 56. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2015.p. 809). No cenário em análise, a agravante suscitou o preenchimento do requisito do *periculum in mora*; contudo, caso lhe fosse concedido o alvará pretendido e ela construísse o seu posto de combustíveis, o Município de Fortaleza é que passaria a suportar, nos termos da doutrina acima reproduzida, o risco de uma construção irregular e violadora da ordem urbanística. Ademais, caso

Por sua vez, o segundo argumento merecedor de destaque é o de que a Constituição Federal atribui ao Município competência para promover o adequado ordenamento territorial por meio do planejamento e controle do uso e ocupação do solo urbano, o que justifica a imposição de restrições diferenciadas para a instalação de empreendimentos de natureza perigosa – decorrente também da prevalência do interesse público sobre o privado – e, em última instância, fundamenta a constitucionalidade da Lei Municipal nº 7.988/96, conforme decidiu a Desembargadora Relatora.

4.1.2 Reexame necessário nº 0013364-19.2008.8.06.0001⁸⁵

In casu, tem-se o reexame necessário de sentença prolatada pelo juízo da 3ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Fortaleza/CE, que julgou procedente ação ordinária com pedido de antecipação dos efeitos da tutela em face do Município de Fortaleza. Na demanda, a autora, pessoa jurídica de direito privado, pleiteava a condenação do réu na obrigação de expedir licenciamento para a construção e o funcionamento de posto de combustíveis.

Embora tenha apresentado requerimento administrativo junto ao órgão municipal

a obra viesse a ser concluída no curso do processo, adviria a grave dificuldade na reversão – quando não a própria irreversibilidade – da medida -, o que iria de encontro aos objetivos da tutela provisória.

⁸⁵ CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO ORDINÁRIA. REEXAME NECESSÁRIO. LEI MUNICIPAL QUE ESTABELECE LIMITAÇÕES REFERENTES À CONSTRUÇÃO DE POSTOS DE ABASTECIMENTO OU DE REVENDA DE PRODUTOS DERIVADOS DE PETRÓLEO E DE ÁLCOOL COMBUSTÍVEL. DISTÂNCIA MÍNIMA ENTRE ESTABELECIMENTOS CONGÊNERES. COMPETÊNCIA LEGISLATIVA DO MUNICÍPIO. INOCORRÊNCIA DE ABUSO DE AUTONOMIA MUNICIPAL EM TAL EXIGÊNCIA. INEXISTÊNCIA DE OFENSA AOS PRINCÍPIOS DA LIVRE INICIATIVA E CONCORRÊNCIA. RESTRIÇÕES FUNDADAS NOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA SEGURANÇA E DA COLETIVIDADE. PRECEDENTES DO STF. SENTENÇA REFORMADA. REEXAME NECESSÁRIO CONHECIDO E PROVIDO. 1. A instituição, por Lei Municipal, de normas que estabelecem distância mínima entre postos de abastecimento ou de revenda de produtos derivados de petróleo e de álcool combustível e entre eles e outros estabelecimentos públicos - tais como escolas, hospitais, igrejas e outros - consubstanciam limitação geográfica absolutamente legítima, uma vez fundada no postulado da segurança da coletividade, insculpido no art. 5º, da CF/1988. 2. (...) Não sendo observadas essas limitações territoriais, o Município de Fortaleza não concederá a devida licença, desautorizando a construção do estabelecimento, consoante dicção do art. 15 do Código de Obras e Posturas. 3. Tais limitações, há que se destacar, não traduzem nenhuma ofensa aos princípios da livre iniciativa e concorrência, dispostos no art. 170, IV, da Carta da República, revelando, a bem da verdade, uma opção legislativa pela otimização, quanto à colisão abstrata dos princípios constitucionais em tablado, da segurança e da coletividade (art. 5º, caput, da CFRB) (...). 4. Impende ressaltar que apenas consideram-se ilegítimas as limitações ao direito de construir quando fundadas exclusivamente no aspecto geográfico, comprometendo, por conseguinte, o princípio da livre concorrência, tal como sucedeu com as limitações às construções de farmácias e drogarias em São Paulo, o que deu ensejo à elaboração da Súmula 646 do Supremo Tribunal Federal. 5. O próprio STF vem ressaltando a inaplicabilidade da referida súmula ao caso dos postos de gasolina, tendo em vista que o fundamento da limitação é outro, tal como se verifica nos seguintes precedentes: RE 204.187, 1ª T., Ilmar Galvão, DJ 5.2.2000; RE 199101, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, DJ 30-09-2005; RE 204.187, 2ª T., Ellen Gracie, DJ 2.4.2004). (...) 7. Reexame Necessário conhecido e provido, com a reforma da sentença, para julgar improcedente o pleito formulado na exordial. (Reexame necessário 0013364-19.2008.8.06.0001, Relator(a): Maria Nailde Pinheiro Nogueira; Órgão julgador: 2ª Câmara Cível, TJCE, Julgado em: 11/11/2015). Em sentido similar se orienta a ementa do acórdão do Agravo Regimental nº 0014977-43.2009.8.06.0000.

competente, o pleito fora indeferido sob o argumento de que o empreendimento em questão não satisfazia as exigências da Lei nº 7.988/96, nomeadamente, as do art. 5º, I e III, e do art. 8º, que dispõem, respectivamente, como já visto no capítulo anterior, que a instalação de novo posto de combustível se dará em terreno em lote de esquina com área mínima de 1800,00m² e com a observância da distância de mil metros em relação a outro estabelecimento de igual espécie – ou de quinhentos metros, em caso de realocação –, e que os postos deverão também observar uma área de segurança de duzentos metros em relação a locais concentradores de público, voltados à prestação de serviços públicos ou, ainda, destinados ao armazenamento de produtos perigosos.

A autora, então, questionou a constitucionalidade dos dispositivos acima, suscitando violação aos princípios da livre iniciativa, livre concorrência e defesa do consumidor, bem como usurpação, por parte do Município de Fortaleza, de competência para legislar sobre matéria que seria da União Federal.

Argumentou ainda que as restrições previstas na Lei nº 7.988/96 configurariam reserva de mercado por parte do Ente Municipal, que estaria a reduzir o espectro de opções mercadológicas sob o falso pretexto de garantir a segurança da coletividade, olvidando, nesse esteio, a previsão do art. 173, § 4º, da Constituição Federal, que dispõe que a “lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros”.

Seguiu aduzindo que a lei em comento violaria também a Súmula 646 do STF (“Ofende o princípio da livre concorrência lei municipal que impede a instalação de estabelecimentos comerciais do mesmo ramo em determinada área”) – cujo conteúdo será analisado mais adiante –, porquanto impunha limitação geográfica “virtualmente impossível” de ser atendida.

Finalizou a argumentação referenciando inúmeros postos que estariam em funcionamento irregular em território fortalezense, de modo que o indeferimento, por parte da Administração Pública, do pedido de alvará de construção afrontaria o princípio da isonomia.

Requeru, por fim, a antecipação dos efeitos da tutela, a fim de que o Município expedisse aquele alvará, a declaração incidental de inconstitucionalidade dos dispositivos mencionados da Lei nº 7.988/96 e, no mérito, o julgamento procedente da demanda, com a confirmação da liminar e a posterior concessão de alvará de funcionamento para o posto de combustíveis da autora. Em decisão interlocutória, o juízo *a quo* deferiu a antecipação de tutela (decisão esta que foi atacada pelo Município de Fortaleza mediante agravo de instrumento).

Em contestação, o réu formulou os seguintes argumentos: a preliminar de impossibilidade jurídica dos pedidos formulados pela autora; a antecipação de tutela submeteria a coletividade circunvizinha ao posto em questão a situação de risco; a inobservância da exigência, constante do Código de Obras e Posturas do Município de Fortaleza, de que postos de combustíveis guardem uma distância mínima de 200,00m (duzentos metros) de raio em relação a hospitais, asilos, quartéis, etc.⁸⁶; e a violação ao princípio da separação dos poderes, caso o Judiciário se imiscuisse na atribuição de ordenar o solo urbano, que é de competência da Administração Pública. Dessa forma, pediu pela reconsideração da decisão interlocutória deferitória da antecipação de tutela e, no mérito, pelo julgamento improcedente da demanda.

Na réplica, a autora reiterou os argumentos já aventados na peça exordial quanto à violação dos princípios constitucionais da atividade econômica.

Ao prolatar a sentença nos autos, o juízo da 3ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Fortaleza destacou que o mérito da questão se cingia à análise da constitucionalidade do limite de mil metros entre dois postos de combustíveis imposto pela Lei nº 7.988/96, assim fundamentando sua decisão:

No presente caso, a discriminação efetuada pelo legislador municipal, atinente ao raio de distância entre os estabelecimentos, é desmedida e não guarda pertinência lógica com o fim pretendido de proteção e segurança do cidadão, além de afigurar-se manifestamente incompatível com interesses prestigiados pela constituição, em ofensa também ao princípio da isonomia (...).

É que, ao meu ver, o dispositivo legal em apreço se enquadra no conceito de “leis casuísticas”, ou seja, aquelas às quais falta o caráter de generalidade e são formuladas ou editadas com o determinado propósito de atingir pessoas determinadas (...).

(...)

Dessa forma, o feixe de normas municipais que restringem a inserção de outros estabelecimentos do mesmo ramo, sob os mais diversos pretextos, não se prestam a garantir segurança, mas apenas servir de escudo à chamada “reserva de mercado”, na medida que institui barreiras administrativas radicadas num protecionismo travestido de normatividade.

O magistrado sentenciante entendeu que a imposição de distância entre postos de combustíveis não somente não se relacionaria à segurança da coletividade ou ao ordenamento do solo urbano, como seria, em verdade, desproporcional e desprovida de critérios técnicos razoáveis.

Inobstante, consignou que a revenda de combustíveis seria atividade econômica regulamentada em lei federal, qual seja, a Lei nº 9.478, de 06 de agosto de 1997, e que este

⁸⁶ Com efeito, trata-se de exigência prescrita no art. 436, *caput*, do Código de Obras e Posturas do Município de Fortaleza, conforme abordado no capítulo anterior.

diploma legal delegaria à ANP – Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis as tarefas de regular e fiscalizar a distribuição de derivados de petróleo e álcool. Dessa forma, o Município de Fortaleza, ao legislar sobre postos de combustíveis, estaria por invadir competência exclusiva da União Federal.

Decidiu, assim, favoravelmente ao pleito da autora, destacando o seu direito subjetivo à obtenção das licenças pleiteadas. Ademais, no exercício do controle constitucional difuso, declarou a inconstitucionalidade do art. 5º, II, da Lei 7.988/96.

O Ministério Público, contudo, emitiu parecer posicionando-se a favor da reforma da decisão da primeira instância. À ocasião, destacou que, uma vez que o empreendimento da autora não atendia os requisitos legais, ao Município de Fortaleza era lícito indeferir o alvará de construção solicitado, em face da prevalência do interesse público sobre o privado (no caso, a segurança da comunidade deveria preponderar sobre o direito de construir do particular).

Os autos foram então remetidos ao TJCE para reexame necessário. Ali, a Desembargadora Relatora formulou entendimento diverso do juízo recorrido, afirmando a constitucionalidade das restrições prescritas pela Lei nº 7.988/96, senão veja a partir do enxerto abaixo:

Tais limitações, a meu juízo, não traduzem qualquer ofensa ao princípio da livre concorrência, revelando, a bem da verdade, uma opção legislativa pela otimização, quanto à colisão abstrata dos princípios constitucionais em tablado, da segurança da coletividade (art. 5º, *caput*, da CFRB) – uma vez que as substâncias manejadas no estabelecimento podem ocasionar verdadeiras catástrofes, haja vista o perigo potencial de ocorrência de explosões – e, portanto, da prevalência do interesse público sobre o privado, consubstanciando restrição absolutamente legítima ao direito de construir, vez que não impede que o particular exerça a atividade comercial, mas tão somente condiciona o seu exercício ao atendimento de determinados requisitos em prol da segurança da coletividade, ou seja, resguarda o interesse público.

Ressaltou que as limitações, a exemplo daquelas impostas no diploma legal de que se fala, são ilegítimas tão somente quando fundamentadas exclusivamente em critério geográfico, hipótese em que violam, sim, o princípio da livre concorrência, conhecimento que foi propagado pelo Supremo Tribunal Federal em sua Súmula 646.

Ocorre que, nos casos dos postos de combustíveis, surge novo fator na equação, qual seja, os graves riscos que a atividade, caso exercida de forma irregular e arbitrária, enseja à segurança e integridade da população, sobretudo, dos consumidores do serviço, riscos estes que, segundo fez consignar a Desembargadora Relatora, podem ser mitigados mediante a observância do distanciamento previsto na legislação fortalezense.

Deu, pois, provimento ao reexame necessário, reformando a sentença *a quo* para julgar improcedente o pleito autoral. O acórdão foi publicado em 18/11/2017, tendo a autora interposto embargos de declaração, os quais, contudo, ainda não haviam sido julgados quando da elaboração do presente capítulo.

Em relação à apreciação do reexame necessário em liça, o elemento que mais se destaca é a completa mudança do entendimento formado em primeira instância. A ver que, enquanto o juízo *a quo* valeu-se de argumentos que preconizavam a continuidade da empresa, o juízo *ad quem* deu prevalência à ordem pública.

Com efeito, o magistrado da primeira instância entendeu que a imposição de distâncias mínimas para a instalação de postos de combustíveis não se coadunaria com o ordenamento do solo urbano, tampouco com a proteção da coletividade, tratando-se de reserva de mercado sob a aparência de normatividade. Segundo esse raciocínio, as restrições previstas na Lei nº 7.988/96, do Município de Fortaleza, seriam desarrazoadas e olvidariam o caráter geral que devem ter as normas legais, de modo a ensejar prejuízos a grupos determinados. Inobstante, a regulação do comércio de derivados de petróleo seria matéria de legislação exclusiva da União Federal, o que reforçaria a suposta inconstitucionalidade daquele diploma.

Contudo, como visto, tal entendimento não prosperou, porquanto o TJCE, em sede de remessa necessária, reformou a sentença, decidindo que as restrições prescritas na legislação fortalezense teriam, de fato, a finalidade de assegurar a segurança da população. Em face disso, constituem-se em restrições legítimas ao direito de construir e ao princípio da livre concorrência, haja vista não ser dado ao particular exercer sua atividade econômica de forma ilimitada, devendo, de forma inafastável, submeter-se ao interesse público, entendimento este que se mostra consentâneo com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, conforme será abordado à frente.

4.1.3 Agravo de instrumento nº 0622362-80.2015.8.06.0000⁸⁷

⁸⁷ DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO ORDINÁRIA. TUTELA ANTECIPADA. ALVARÁ DE FUNCIONAMENTO. POSTO DE COMBUSTÍVEIS. INOBSERVÂNCIA DE LEI MUNICIPAL QUE IMPÕE DISTÂNCIA MÍNIMA EM RELAÇÃO A OUTROS POSTOS. CONSTITUCIONALIDADE. EMPREENDIMENTO SOERGUIDO IRREGULARMENTE. AUSÊNCIA DE PRÉVIA CONCESSÃO DE ALVARÁ DE CONSTRUÇÃO. INEXISTÊNCIA DE PROVA INEQUÍVOCA CAPAZ DE TORNAR VEROSSÍMEIS AS ALEGAÇÕES DA AGRAVANTE. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. 1. Apesar do que outrora monocraticamente decidi em juízo superficial ou perfunctório, é dizer, antes do exercício do contraditório pela Parte agravada, ao presente recurso há de ser negado provimento, com a conseqüente manutenção da decisão de 1º Grau, que indeferiu o pleito antecipatório de tutela voltado à concessão de alvará de funcionamento do posto de combustíveis soerguido pela Agravante. 2. É que, ao contrário do que se aparentou exclusivamente a partir das razões recursais e dos documentos trazidos pela Agravante, a própria construção do

Trata-se de agravo de instrumento interposto por empresa voltada ao comércio de derivados de petróleo contra decisão prolatada pelo juízo da 3ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Fortaleza que indeferiu tutela antecipada em ação ordinária de obrigação de fazer em face do Município de Fortaleza.

A agravante, no processo de origem, visava à obtenção de alvará para o funcionamento de posto de combustíveis, o qual fora denegado na via administrativa sob o argumento de inobservância da distância mínima de mil metros em relação a outro posto, conforme determina a Lei nº 7.988/96.

Alegou, em suma, os seguintes argumentos: violação aos princípios da livre iniciativa, proporcionalidade e razoabilidade, além do direito de propriedade; a obra em questão – ou seja, o empreendimento – já estaria concluído, porém, impossibilitado de operar suas atividades em face da não expedição do devido alvará, o que estaria a causar inúmeros prejuízos financeiros à agravante; vício no ato administrativo que indeferiu o licenciamento, porquanto fizesse referência a endereço diverso daquele em que efetivamente instalado o empreendimento da agravante; a inexistência de qualquer risco à segurança da coletividade, uma vez que o posto de combustíveis em questão teria sido agraciado com documentos que comprovariam tal alegação, como Certificado de Conformidade do Corpo de Bombeiros do Estado do Ceará, Licença Ambiental e Certidão Favorável da Vigilância Sanitária.

Diante disso, requereu a reforma da decisão do magistrado de primeiro grau que indeferiu a antecipação dos efeitos da tutela, a fim de que o Município de Fortaleza fosse instado a expedir liminarmente o alvará de funcionamento.

Em decisão interlocutória, o Desembargador Relator do recurso destacou ser a concessão de alvará de funcionamento ato administrativo vinculado e que, portanto, está sujeito ao controle pelo Poder Judiciário. Seguiu aduzindo que, embora a empresa agravante tenha indiscutivelmente violado a previsão do art. 5º, III, da Lei nº 7.988/96 – que impossibilita a concessão de licença para funcionamento de postos que não guardem a

referido empreendimento foi, em verdade, irregular, porque desprovida de imprescindível alvará de construção. (...) 5. Além de tudo, à luz do contraditório também se constata que o precedente indeferimento do alvará de construção teve a mesma e exata motivação do sucessivo indeferimento do alvará de funcionamento, qual seja, o não atendimento da exigência legal contida no art. 5º, III, da Lei Municipal n.º 7.988/96, que impõe a observância de distâncias mínimas entre postos de combustíveis. (...) 7. Registre-se que não vale o argumento de que a mencionada Lei seria inconstitucional porquanto violaria o princípio da livre iniciativa. Em sentido contrário vem decidindo o Supremo Tribunal Federal (STF), em preponderância dos direitos à vida, à saúde e à segurança (RE 204.187 e RE 199101). (...) 9. Recurso conhecido e desprovido, revogando-se a decisão interlocutória de págs. 225-236. (AI 0622362-80.2015.8.06.0000, Relator(a): Emanuel Leite Albuquerque; Órgão julgador: 4ª Câmara Cível, TJCE, Julgado em: 21/10/2015)

distância mínima de mil metros em relação a outro posto já existente –, acredita tratar-se de “impropriedade ou atecnia que dificulta a efetividade daquela Lei”.

Isso porque, de forma contraditória, o *caput* daquele mesmo dispositivo fala sobre a aprovação de projetos para a construção de novos postos de abastecimento, enquanto o referido inciso III trata de licença para funcionamento. Diante, pois, dessa incongruência, o Desembargador questionou se seria legal o Município de Fortaleza indeferir alvará para empreendimento regularmente construído e com evidente expectativa de funcionamento.

Tomando por base precedente do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, o Relator consignou que, *in casu*, para além do posto de combustíveis discutido estar já edificado, exsurgiria dos autos a comprovação de inexistência de qualquer risco à população, assim fundamentando sua decisão:

Outrossim, exercendo um juízo de ponderação entre, de um lado, os princípios da legalidade e da supremacia do interesse público, e, de outro lado, os princípios da razoabilidade, da proporcionalidade, da autonomia privada, do direito de propriedade e da livre iniciativa, entendo que aos últimos há de ser atribuído grau de preponderância, porquanto soa absolutamente antijurídica a idéia de surpreender o Agravante (que já concluiu a construção do posto) com o indeferimento do alvará de funcionamento imprescindível ao livre exercício de sua atividade econômica. Sem dúvida, a conduta do Município é vedada pelo princípio do *venire contra factum proprium*, que proíbe o contraditório comportamento de, primeiro, consentir/tolerar a construção, mas, depois, indeferir o funcionamento.

Ademais, não posso olvidar que o princípio da isonomia também corrobora para o deferimento de alvará de funcionamento em benefício do Agravante, uma vez que é fato público e notório, por vezes noticiado nos meios de comunicação de massa, a existência de dezenas de postos de combustíveis localizados a menos de 1000m (mil metros) de outro preexistente, e ainda a menos de 200m (duzentos metros) de hospitais, escolas, universidades, shopping centers etc. (...)

Destarte, com fulcro sobretudo no princípio da isonomia, entendeu pela configuração dos requisitos autorizadores da antecipação dos efeitos da tutela, de modo que deferiu o pleito da agravante para, então, determinar que o Município de Fortaleza expedisse o alvará de funcionamento em debate.

Por seu turno, o Município agravado, em suas contrarrazões, formulou os seguintes argumentos: a inexistência de qualquer vício a macular o ato administrativo que indeferiu o pedido de alvará de funcionamento; a má-fé da agravante, que estaria a intentar a obtenção de licenciamento para a operação de suas atividades mesmo não tendo sido, em primeiro lugar, agraciada com alvará de construção; a questão discutida no recurso não diria respeito aos direitos de propriedade ou de exercer atividade econômica, mas sim, ao direito de construir, o qual se submete às limitações impostas pelo poder público; nos termos do art.

760, do Código de Obras e Posturas do Município de Fortaleza⁸⁸, impor-se-ia a demolição do empreendimento irregular; a livre iniciativa não deve ser preservada em detrimento do saneamento imediato das ilegalidades urbanísticas; a ilegalidade perpetrada pela agravante poderia ensejar danos ao Meio Ambiente Urbano (ou Artificial), na medida em que teria efeito multiplicador ao corroborar a propagação de outros postos de combustíveis irregulares.

Por fim, requereu a reforma da decisão interlocutória que deferiu a antecipação dos efeitos de tutela e, em caráter subsidiário, a declaração de interdição do imóvel para qualquer atividade comercial, com fulcro nos artigos 699⁸⁹ e 707⁹⁰, do Código de Obras e Posturas.

Ao lavrar parecer sobre o caso, o Ministério Público entendeu não caracterizados os requisitos autorizadores da antecipação dos efeitos da tutela, opinando, pois, pelo conhecimento do agravo de instrumento em questão e seu subsequente desprovimento.

Após isso, os autos seguiram o trâmite regular, sendo então encaminhados ao gabinete do Desembargador Relator, que retificou o entendimento prolatado anteriormente em decisão interlocutória quanto ao deferimento do pleito da agravante. Isso porque ao longo da tramitação processual o Município de Fortaleza colacionou documentos aos autos que, ao contrário do que alegado pela recorrente, comprovaram ter sido a construção do seu posto de combustíveis irregular, sequer existindo alvará para tanto. Em face disso, conforme assentado pelo julgador, aquela primeira decisão fora “proferida a partir de uma premissa fática que, após o exercício do contraditório recursal, revelou-se falsa ou equivocada”.

No que toca à atecnia referida pelo Desembargador Relator na Lei nº 7.988/96, nomeadamente, na redação do seu art. 5º, III, frisou que a melhor interpretação a ser conferida ao dispositivo é a de que as distâncias mínimas ali exigidas servem não somente para a expedição do alvará de funcionamento, mas também para a do de construção.

Por fim, fazendo menção a julgados do Supremo Tribunal Federal, entendeu inexistir inconstitucionalidade na Lei nº 7.988/96, em face da “preponderância dos direitos à vida, à saúde e à segurança sobre os direitos à propriedade, à livre iniciativa e à livre concorrência”, sendo, pois, legítimos os limites impostos naquele diploma.

Votou pelo conhecimento do agravo do instrumento para negar-lhe provimento,

⁸⁸ “Art. 760, COPMF – A demolição total ou parcial de edificação ou dependência será imposta nos seguintes casos: I. quando a obra for executada sem a prévia aprovação do projeto e o respectivo licenciamento; (...)”

⁸⁹ Art. 699, COPMF – Os estabelecimentos comerciais, industriais, prestadores de serviços e entidades associativas só poderão instalar-se ou iniciar suas atividades com prévio Alvará de Funcionamento, expedido pela Secretaria de Planejamento Urbano e Meio Ambiente. (...)

⁹⁰ Art. 707, COPMF – Poderá ser igualmente fechado aquele estabelecimento que exercer atividades clandestinas, sem o competente Alvará de Funcionamento, e em desacordo com a Legislação de Uso e Ocupação do Solo e Código de Saúde e com as exigências da Legislação Federal e Estadual”.

mantendo a decisão do juízo da primeira instância que indeferiu a tutela antecipada e revogando, portanto, a decisão interlocutória que ordenou ao Município de Fortaleza que expedisse, em caráter liminar, alvará de funcionamento em favor da agravante.

O acórdão foi aprovado por unanimidade dos votos⁹¹, sendo publicado em 28/10/2015. O *decisum* foi atacado por embargos de declaração interpostos pela agravante, que, contudo, não obteve êxito, tendo seu recurso mais uma vez desprovido. Após o trânsito em julgado, os autos judiciais foram arquivados.

Quanto ao agravo de instrumento ora analisado, sobressaem-se argumentos distintos quando da prolação da decisão interlocutória e, em momento posterior, do acórdão. Naquela primeira decisão, a fundamentação girou em torno da consideração de que a expedição de alvará, em se tratando de ato vinculado, submete-se a apreciação judicial; da suposta atecnia da Lei nº 7.988/96 ao traçar distâncias mínimas a serem observadas pelos postos de combustíveis; e da aplicação do princípio da isonomia, de modo que o Desembargador Relator entendeu por bem deferir o pleito da agravante de antecipação dos efeitos da tutela.

Já quando da prolação do acórdão, o entendimento inicialmente firmado em decisão interlocutória foi reformulado em face de novos argumentos, a ver: a divulgação da informação de que, ao contrário do que suscitado pela agravante, seu posto de combustíveis não fora aprovado pela municipalidade mediante alvará de construção; a nova interpretação conferida ao art. 5º, da Lei nº 7.988/96, no sentido de que as restrições ali cominadas são aplicáveis indistintamente para o licenciamento de novos postos de combustíveis, seja para a expedição de alvará de construção, seja para a de alvará de funcionamento; e o acatamento da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que confere prevalência aos direitos à vida, saúde e segurança em detrimento dos direitos à livre iniciativa, livre concorrência e propriedade, de modo que a 4ª Câmara Cível do TJCE acordou em desprover o pleito recursal.

4.1.4 Agravo de instrumento nº 0002562-38.2003.8.06.0000⁹²

⁹¹ Estavam presentes à sessão, além do Desembargador Relator Emanuel Leite Albuquerque, os Desembargadores Heráclito Vieira de Sousa Neto e Vera Lúcia Correia Lima.

⁹² AGRAVO DE INSTRUMENTO. ALVARÁ DE CONSTRUÇÃO E FUNCIONAMENTO. POSTO DE ABASTECIMENTO DE COMBUSTÍVEL. LIMITE TERRITORIAL. COMPETÊNCIA DO MUNICÍPIO PARA LEGISLAR SOBRE ASSUNTOS DE INTERESSE LOCAL. OFENSA AO PRINCÍPIO DA LIVRE INICIATIVA NÃO CONFIGURADA. DECISÃO REFORMADA. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. 1 - Trata-se de agravo de instrumento interposto contra decisão que deferiu o pedido de antecipação dos efeitos da tutela para determinar a expedição de alvará de construção e funcionamento de posto de abastecimento de combustível sem observância do impedimento de instalação do estabelecimento num raio de 1.000 (mil) metros de outro posto de abastecimento e nas proximidades de área de saúde, conforme previsão da Lei de Uso e Ocupação do Solo e do Código de Obras e Posturas de Fortaleza. 2 - O Município tem competência para legislar

O presente agravo de instrumento fora interposto pelo Município de Fortaleza contra decisão do juízo da 5ª Vara da Fazenda Pública de Fortaleza que deferiu, em ação de obrigação de fazer promovida por pessoa física, a antecipação dos efeitos da tutela para determinar a expedição dos alvarás de construção e funcionamento de posto de combustíveis. Isso porque, no âmbito administrativo, o pleito da autora fora denegado sob a justificativa de que seu empreendimento não respeitava as disposições da Lei nº 7.988/96 – *in casu*, o posto se encontrava a menos de mil metros em relação a outro posto, e a menos de duzentos metros em relação a um hospital.

O ente agravante argumentou não possuir a autora da ação de origem direito à expedição daqueles alvarás, uma vez que a legislação municipal era clara quanto à vedação ao licenciamento de postos que não atendessem as limitações ali insertas, de modo que, ao indeferir o pleito administrativo, agiu em observância ao princípio da legalidade.

Ainda quanto àquelas limitações, suscitou que não importariam em ofensa aos princípios da livre iniciativa e da livre concorrência, porquanto visam ao atendimento de outros princípios também constitucionalmente previstos, nomeadamente, o da segurança e o da função social da propriedade.

Ademais, não caberia ao Poder Judiciário fazer as vezes da Administração Pública, expedindo, mediante liminar, alvarás que, em condições normais, seriam expedidos somente após o regular exercício do poder de polícia municipal, a partir da verificação da adequação da construção às normas aplicáveis à espécie. Ainda, destacou que a liminar requerida pela agravada teria caráter satisfativo, o que seria incompatível com a própria natureza da medida processual.

Dessa forma, requereu a reforma da decisão concessiva da tutela antecipada, a fim de suspender a liminar deferida pelo juízo *a quo*.

sobre assuntos de interesse local e promover adequado ordenamento territorial por meio do planejamento e controle do uso e ocupação do solo urbano, contexto em que a legislação municipal que prevê limites territoriais para construção e funcionamento de estabelecimentos cujas atividades possam causar potencial dano à população não representa ofensa ao princípio da livre concorrência, vez que este não possui caráter absoluto, devendo ser conjugado com o princípio da função social da propriedade. 3 - Evidencia-se, assim, que o Município de Fortaleza agiu em observância ao princípio da legalidade ao negar alvará de construção a empreendimento que não comprovou preencher os requisitos legais para sua instalação, não se revelando razoável impedir o exercício do poder de polícia necessário à verificação da adequação do tipo de construção à zona e às normas técnicas pertinentes. 4 - Manifesta-se, portanto, a ausência dos requisitos previstos no art. 273, do Código de Processo Civil para a concessão da medida antecipatória, a exemplo da verossimilhança das alegações e da existência de dano irreparável ou de difícil reparação a direito da autora. 5 - Recurso conhecido e provido. (AI 0002562-38.2003.8.06.0000, Relator(a): Washington Luís Bezerra de Araújo; Órgão julgador: 3ª Câmara Cível, TJCE; Data de registro: 24/09/2014). Em sentido similar se orienta a ementa do acórdão do Agravo de Instrumento nº 0003467-38.2006.8.06.0000.

Em contrarrazões, a agravada sustentou que as restrições veiculadas na Lei nº 7.988/96 violariam o princípio da livre concorrência ao limitar o número de empresas em determinada área e, indiretamente, favoreceria a formação de monopólios.

Em seguida, o Ministério Público lavrou parecer opinando pelo desprovimento do agravo de instrumento, porquanto ausentes razões fáticas e jurídicas aptas a justificar a reforma da decisão atacada.

Em seu voto, o Desembargador Relator acolheu o argumento do Município de Fortaleza acerca da não satisfação dos requisitos autorizadores da medida antecipatória.

Quanto à constitucionalidade da legislação em questão, asseverou que, nos termos do art. 30, I e VIII, da Constituição Federal, o Município dispõe de competência para legislar sobre assuntos de interesse local e promover o adequado ordenamento territorial por meio do planejamento e controle do uso e ocupação do solo urbano, sendo tal competência reiterada no art. 182, que incumbe ao Município também a execução da política de desenvolvimento urbano.

Com fulcro nesses fundamentos, entendeu que a legislação que impõe limites à instalação de estabelecimentos que possam causar danos “não representa ofensa ao princípio da livre concorrência, vez que este não possui caráter absoluto, devendo ser conjugado com o princípio da função social da propriedade”. Nesse esteio, entendeu que tais limitações visam, em última instância, à garantia da segurança e do bem-estar “da população que reside ou transita no entorno de estabelecimentos que exploram atividade de risco”, tratando-se de indiscutível hipótese de prevalência do interesse público sobre o privado.

Acrescentou que a Administração Pública municipal, ao indeferir os alvarás requeridos pela agravada, agiu em respeito às normas urbanísticas, velando, pois, pelo princípio da legalidade, de modo que não seria razoável o Poder Público se imiscuir em análise que deve decorrer inevitavelmente do exercício do poder de polícia.

Destarte, votou pelo conhecimento e provimento do agravo de instrumento interposto pelo Ente Municipal, a fim de revogar a decisão de primeira instância que, em sede de liminar, determinou a expedição dos alvarás de construção e de funcionamento. O acórdão foi aprovado de forma unânime pela Terceira Câmara Cível do TJCE e publicado em 22/09/2014.

Em relação ao presente julgado, o aspecto que o destaca em relação aos demais até então analisados é a relevância conferida ao princípio da legalidade na consideração da reforma da decisão prolatada em primeiro grau. Com efeito, uma vez assentada a constitucionalidade da Lei nº 7.988/96 – decorrente da competência municipal para legislar

sobre a matéria e do interesse público, manifestado sob os princípios da segurança e da função social da propriedade, como delineadores do princípio da livre concorrência, que não é absoluto –, revela-se lógica a conclusão da 3ª Câmara Cível do TJCE de ter sido legítima a conduta do Município de Fortaleza em indeferir o pleito de licenciamento da agravada ainda no âmbito administrativo.

Isso porque o Poder Público está adstrito ao princípio da legalidade, expressamente previsto no art. 37, *caput*, do texto constitucional, de modo que descabe ao Município a escolha entre expedir ou não alvarás em favor de particular que desrespeitou as restrições prescritas em lei. Ao ente estatal é dado apenas fazer o que a lei impõe, uma vez que o interesse público não se condiciona à livre vontade do administrador.

É dizer, em outras palavras: toda e qualquer atividade da Administração Pública deve estar estritamente vinculada à lei, não cabendo aos agentes públicos realizar atos ou atividades sem previsão legal.⁹³ Disso decorre, portanto, a conclusão de que o Município de Fortaleza, diante de posto de combustíveis que não observava as distâncias mínimas em relação a outros estabelecimentos prescritas na Lei nº 7.988/96, não poderia ter agido de outra forma senão no sentido de inferir-lhe o licenciamento, justamente em obediência ao princípio da legalidade.

4.2. Pronunciamentos do Supremo Tribunal Federal (STF)

Após a investigação do posicionamento do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, proceder-se-á a análise dos acórdãos de dois Recursos Extraordinários julgados pelo STF, nomeadamente, o RE 204.186/MG e o RE 199.101/SC. A escolha desses processos se deu por meio de pesquisa de jurisprudência junto ao sítio eletrônico daquela Suprema Corte, de forma semelhante ao procedimento ilustrado no tópico anterior quando da escolha dos acórdãos do TJCE. À ocasião, foram utilizadas as seguintes palavras-chave: “livre iniciativa e postos de combustíveis” e “livre concorrência e postos de combustíveis”, sendo aqueles dois casos, portanto, os resultados obtidos.

⁹³ “Na Administração Pública não há liberdade nem vontade pessoal. Enquanto na administração particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza. A lei para o particular significa ‘pode fazer assim’; para o administrador público significa ‘deve fazer assim’. As leis administrativas são, normalmente, de ordem pública e seus preceitos não podem ser descumpridos, nem mesmo por acordo ou vontade conjunta de seus aplicadores e destinatários, uma vez que contêm verdadeiros poderes-deveres, irrelatáveis pelos agentes públicos. (...) Tais poderes, conferidos à Administração Pública para serem utilizados em benefício da coletividade, não podem ser renunciados ou descumpridos pelo administrador sem ofensa ao bem comum, que é o supremo e único objetivo de toda ação administrativa.” (MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 39ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 91.)

Em decurso, analisar-se-á o teor da Súmula nº 646, que mais recentemente foi erigida à condição de súmula vinculante (SV nº 49).

A escolha de tais pronunciamentos por parte do STF – tanto os recursos extraordinários, quanto a referida súmula – foi motivada pela sua pertinência com a temática discutida no presente trabalho, vez que tratam das hipóteses de mitigação dos princípios econômicos em face de diretrizes básicas da atividade urbanística.

4.2.1 Recurso Extraordinário 204.186/MG⁹⁴

O Recurso Extraordinário nº 204.186/MG foi interposto por empresa (“Central Pneus Ltda.”) voltada à comercialização de petróleo e seus derivados por meio da atividade de posto de combustíveis, em face do Município de Belo Horizonte/MG.

In casu, a empresa recorrente insurgia-se contra decisão do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais que indeferiu mandado de segurança impetrado em face de decisão administrativa que lhe negou alvará de localização para funcionamento.

A referida decisão administrativa fora fundamentada no fato de que a empresa interessada não observava a distância mínima de 800 (oitocentos) metros de raio em relação a outros estabelecimentos congêneres, conforme exigido em lei do Município de Belo Horizonte.⁹⁵

A recorrente suscitou que aquele *decisum* afrontaria as disposições do art. 5º, XIII (“É livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer”), bem como o art. 170, IV (livre concorrência), da Constituição Federal.

De início, a Ministra Ellen Gracie, relatora do recurso em apreço, trouxe lume à fundamentação do acórdão recorrido, no qual o magistrado fez consignar que a exigência legal de que os postos de combustíveis guardassem distância mínima em relação a outros empreendimentos da mesma espécie decorria da necessidade de prevenir a sua concentração

⁹⁴ Postos de gasolina. Atividade de alto risco que justifica o prudente distanciamento, na mesma área geográfica, de estabelecimentos congêneres. Inexistência de inconstitucionalidade do art. 3º, letra b, da Lei 2.390, de 16.12.74, do Município de Belo Horizonte (MG). RE conhecido, mas improvido. (RE 204187, Relator(a): Min. Ellen Gracie, Segunda Turma, Supremo Tribunal Federal, Julgado em: 16/12/2003)

⁹⁵ Trata-se da Lei nº 2.390, de 16 de dezembro de 1974, que dispunha sobre a construção e o funcionamento de postos de gasolina. Além da exigência já referida, o diploma legal trazia em seu art. 3º outras condições para a aprovação das plantas de construção daqueles empreendimentos, como terreno com área mínima de 720 metros quadrados (alínea a) e distância mínima de 100 metros dos limites de escolas, quartéis, asilos, hospitais e casas de saúde (alínea c), dentre outros. A lei, contudo, não se encontra mais vigente, porquanto foi revogada pela Lei nº 9.959, de 20 de julho de 2010, conforme determina seu art. 175, inciso I.

em uma única área, necessidade esta que, por sua vez, justificar-se-ia pela garantia de segurança. Ademais, juízo *ad quem* destacou que essa limitação geográfica quanto à instalação dos postos não corresponderia a intervenção do Ente Municipal na atividade econômica, porquanto “não se tolhe a livre iniciativa privada de instalá-los, apenas se regulamenta a sua localização, por interesses presumidamente públicos”.

Em sua decisão, a Ministra Ellen Gracie frisou que, em sendo a atividade de comercialização de combustíveis geradora de riscos, o Município poderia, sim, estabelecer regramento no sentido de evitar a concentração daqueles estabelecimentos em áreas aglomeradoras de público, a exemplo de escolas, hospitais e quartéis, e que isso, ao contrário do que alegado pela empresa recorrente, não caracterizaria reserva de mercado.⁹⁶

Nesse sentido, entendeu não haver, no caso concreto, qualquer cerceamento ao exercício da livre concorrência; ao contrário, a legislação belo-horizontina impugnada prezaria pela prudência ao impor distanciamento a uma atividade de alto risco à população.

Inobstante, a recorrente também fundamentara sua argumentação no fato de aquela mesma legislação excluía das limitações nela previstas – ou seja, o dever de os postos de combustíveis respeitarem a distância mínima de oitocentos metros em relação a outros postos – as empresas em que houvesse participação ou interesse dos entes federativos⁹⁷.

⁹⁶ No que toca à reserva de mercado, a Ministra Ellen Gracie fez referência à decisão prolatada pelo Ministro Ilmar Galvão quando do julgamento do RE 235.736/MG, do qual foi relator. Tratava-se de recurso em face de acórdão prolatado pelo TJMG que não reconheceu direito adquirido da recorrente – *in casu*, empresa voltada à comercialização de combustíveis – à obtenção de alvará para a construção de posto de combustível. Isso porque, depois que a referida empresa apresentou requerimento administrativo naquele sentido, passou a vigorar nova legislação que trazia requisitos de observância obrigatória para a instalação daquele tipo de empreendimento, requisitos estes que, contudo, não eram atendidos pela recorrente, o que culminou no indeferimento de seu pleito administrativo. A Suprema Corte, então, destacou que não haveria falar em direito adquirido, mas tão somente expectativa de direito. Ademais, as exigências trazidas pela nova legislação do Município de Belo Horizonte teriam respaldo na previsão da Carta Magna de que aos Municípios compete a ordenação e ocupação do solo urbano, de modo que as restrições à instalação de postos de combustível, por terem o objetivo precípua de garantir a segurança em locais de grande afluência de pessoas, minimizando os riscos de uma atividade que é, por sua própria essência, perigosa, não somente não seria inconstitucional, como também não caracterizaria reserva de mercado. Como desfecho, o Ministro Relator não conheceu do recurso extraordinário haja vista inexistir prequestionamento, impossibilitando, portanto, a apreciação de seu mérito, senão veja o teor de sua ementa: “ADMINISTRATIVO. MUNICÍPIO DE BELO HORIZONTE. PEDIDO DE LICENÇA DE INSTALAÇÃO DE POSTO DE REVENDA DE COMBUSTÍVEIS. SUPERVENIÊNCIA DE LEI (LEI Nº 6.978/95, ART. 4º, § 1º) EXIGINDO DISTÂNCIA MÍNIMA DE DUZENTOS METROS DE ESTABELECIMENTOS COMO ESCOLAS, IGREJAS E SUPERMERCADOS. ALEGADA OFENSA AOS ARTS. 1º, IV; 5º, XIII E XXXVI; 170, IV E V; 173, § 4º, E 182 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. Incisos XXII e XXIII do artigo 5º não prequestionados. Requerimento de licença que gerou mera expectativa de direito, insuscetível -- segundo a orientação assentada na jurisprudência do STF --, de impedir a incidência das novas exigências instituídas por lei superveniente, inspiradas não no propósito de estabelecer reserva de mercado, como sustentado, mas na necessidade de ordenação física e social da ocupação do solo no perímetro urbano e de controle de seu uso em atividade geradora de risco, atribuição que se insere na legítima competência constitucional da Municipalidade. Recurso não conhecido. (RE 235736, Relator(a): Min. Ilmar Galvão, Primeira Turma, Supremo Tribunal Federal, Julgado em: 21/03/2000)”.

⁹⁷ Com efeito, o art. 8º, da Lei nº 2.390/74, do Município de Belo Horizonte, assim dispunha: “Art. 8º - Ficam excluídas das limitações previstas na presente Lei as empresas em que haja participação ou interesse dos

Contudo, tal argumentação não foi acolhida pela Ministra Relatora; à ocasião, ela destacou não ter sido feliz o legislador municipal em excluir essas empresas das restrições quanto à construção e instalação de postos de combustíveis.

Ademais, destacou que, devido à promulgação de nova legislação reguladora daquela matéria⁹⁸, a exclusão anteriormente prevista para aquelas empresas relevantes aos interesses governamentais não mais foi reproduzida, de modo que “a falha foi reparada”, nos termos da Ministra Relatora.

Diante do exposto, seu voto foi no sentido de conhecer do recurso extraordinário para, contudo, negar-lhe provimento.

Em seu voto, o Ministro Gilmar Mendes destacou que aquele tipo de demanda vinha se tornando recorrente, sobretudo, em relação a farmácias, casos em que o Supremo Tribunal vinha construindo o entendimento de não poder o legislador municipal estabelecer critérios limitando a construção daqueles estabelecimentos.⁹⁹ Contudo, reconheceu que o RE 204.187/MG apresentava a peculiaridade de tratar de postos de combustíveis, empreendimentos que demandam certas restrições, justamente por razões de segurança, de modo que acompanhou o voto da Ministra Relatora.

Destarte, o acórdão prolatado pela Segunda Turma foi, por unanimidade dos votos¹⁰⁰, no sentido de conhecer do recurso extraordinário, mas negar-lhe provimento. Cumpre, a partir do exposto, tecer alguns comentários sobre o teor do acórdão analisado.

De início, salutar a consideração feita pela Ministra Relatora ao ressaltar a constitucionalidade da lei impugnada em sede de recurso extraordinário, uma vez que, ao instituir distância mínima entre postos de combustível, o Município de Belo Horizonte estaria prezando pela segurança dos munícipes, e não fazendo reserva de mercado, conforme alegado pela recorrente.

Embora aquela ministra não tenha se debruçado em análise pormenorizada acerca do significado da segurança de que se fala, depreende-se da fundamentação do acórdão que se centra nas ideias de incolumidade, bem-estar e integridade física, as quais já foram esclarecidas no primeiro capítulo desta obra. A necessidade de mitigação de possíveis riscos à

governos federal, estadual e municipal.”

⁹⁸ No caso, fala-se da Lei nº 6.978, de 16 de novembro de 1995, que atualizou a disciplina da construção e do funcionamento de postos de abastecimento no âmbito do Município de Belo Horizonte.

⁹⁹ Invocando o Direito comparado, o Ministro fez referência a um fenômeno do Direito alemão chamado “Apothekenurteil”, cuja origem remonta à imposição do legislador da Baviera de que novas farmácias somente poderiam ser abertas mediante autorização administrativa, o que a Corte, por sua vez, considerou incompatível com a liberdade de profissão.

¹⁰⁰ Estavam presentes à sessão os seguintes Ministros: Celso de Mello (Presidente), Ellen Gracie (Relatora), Carlos Velloso, Nelson Jobim e Gilmar Mendes.

coletividade decorre do fato de que, em se tratando da comercialização de combustíveis, o seu inadequado manuseio ou acondicionamento pode resultar em vazamentos, incêndios, explosões, enfim, uma vasta gama de incidentes, daí porque guardar distância de determinados empreendimentos – como hospitais, escolas, igrejas, etc. – constitui-se em razoável medida de precaução.

Nesse esteio, não se pode olvidar que a livre iniciativa e a livre concorrência não são princípios absolutos, admitindo, pois, relativização em determinadas situações; no caso em apreço, o dever de proporcionar um mínimo de segurança na execução de uma atividade que, por sua própria natureza, é perigosa, justifica a imposição de restrições quanto à concentração de empreendimentos da mesma espécie em área com grande fluxo de pessoas.

Com efeito, embora ao particular seja constitucionalmente garantido o direito de acesso e permanência no mercado, o exercício de tal direito passa obrigatoriamente pela observância de certos limites, como a função social da propriedade e a defesa do meio ambiente (art. 170, III e VI, respectivamente). Em outros termos, é perfeitamente lícita a mitigação do direito de propriedade do particular a fim de conformá-lo às exigências do interesse público, sobretudo, no que toca à proteção do meio ambiente, qualquer que seja a sua vertente.¹⁰¹

Aliás, como bem destacado pela Ministra Ellen Gracie em seu voto, não se trata sequer de mitigação, de tolhimento da livre iniciativa; em verdade, tem-se uma regulamentação da instalação de postos de combustível justificada por motivos de ordem pública, quais sejam, o ordenamento e o adequado uso do solo urbano, máximas da atividade urbanística que, por sua vez, inserem-se na competência constitucional dos Municípios.

Ademais, no que toca ao voto prolatado pelo Ministro Gilmar Mendes, insta frisar que, a despeito da popularização desse tipo de demanda junto ao STF e, conseqüentemente, o reiterado entendimento do Tribunal quanto à impossibilidade de os Municípios estabelecerem critérios limitando a distribuição espacial de estabelecimentos comerciais, os postos de combustível, diferentemente do que ocorre com as farmácias, por exemplo, apresenta a

¹⁰¹ “O direito de propriedade na contemporaneidade assume novos parâmetros que o vinculam à concretização dos valores constitucionalmente previstos, especialmente à constituição de uma sociedade livre, justa e solidária. Os novos moldes para o exercício do direito de propriedade, de forma inevitável, interferem no exercício da atividade empresarial, tornando-se obrigatório às empresas o cumprimento da função social. Um dos elementos centrais da função social das empresas é a proteção ao meio ambiente, direito/dever fundamental expressamente previsto na Constituição. (...) Assim, a relação entre propriedade, meio ambiente e empresa implica, de forma necessária, no estabelecimento de restrições ao exercício da empresa, com o objetivo de preservar o meio ambiente.” (MATIAS, João Luis Nogueira; BELCHIOR, Germana Parente Neiva. Propriedade, meio ambiente e empresa: dos condicionamentos ao exercício da empresa em razão do direito ambiental. *In*: Marcos WACHOWICZ, Marcos; MATIAS, João Luis Nogueira (Coord.). **Propriedade e meio ambiente: da inconciliação à convergência**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2011. p. 22-52.)

peculiaridade de se tratar de atividade perigosa, no esteio do que já dito acima.

Dessa forma, embora afronte os princípios da livre iniciativa e da livre concorrência a disposição legislativa que estipula distância mínima entre farmácias, certamente não se pode pretender reproduzir a mesma lógica em se tratando de postos de combustível, haja vista no caso daqueles primeiros empreendimentos não existir o imperativo de segurança da coletividade – pelo menos não nos exatos termos em que há no caso dos postos. Acerca desse tratamento diferenciado discorrer-se-á mais à frente, em momento oportuno.

4.2.2 Recurso Extraordinário 199.101/SC¹⁰²

Trata-se de Recurso Extraordinário interposto pelo Município de Joinville em face de acórdão prolatado pelo Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina (TJSC) que entendeu pela ilegalidade de norma municipal que fixava a distância mínima de 500m (quinhentos metros) de raio para a localização de novo posto de combustível. O referido Tribunal pronunciou-se no sentido de que as restrições previstas na legislação joinvilense afrontariam os princípios da livre iniciativa e da livre concorrência, destacando que “as normas edilícias de zoneamento urbano podem estabelecer apenas a área de localização nunca a distância mínima entre estabelecimentos”.

O recorrente, então, suscitou violação ao art. 30, incisos I e VIII, da Constituição Federal, que dispõem, respectivamente, sobre a competência dos Municípios para legislar sobre assuntos de interesse local e promover, no que couber, adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano. Além disso, argumentou que, em face à manipulação de materiais inflamáveis, a atividade de postos de combustíveis exige atenção especial quanto à sua distribuição espacial ou, do contrário, pode ensejar riscos à população.

Por fim, o Município de Joinville defendeu a legalidade do diploma legal julgado inconstitucional pelo TJSC, frisando que militaria em seu favor o fato de a lei ter sido editada em prol do interesse público, o que justificaria a imposição de certas restrições à vontade dos particulares.

Ao julgar o mérito do recurso, o Ministro Relator Sepúlveda Pertence destacou a

¹⁰² Município: competência: Lei municipal que fixa distanciamento mínimo entre postos de revenda de combustíveis, por motivo de segurança: legitimidade, conforme a jurisprudência do Supremo Tribunal (v.g. RE 204.187, 2ª T., Ellen Gracie, DJ 2.4.2004; RE 204.187, 1ª T., Ilmar Galvão, DJ 5.2.2000) (RE 199101, Relator(a): Min. Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, Supremo Tribunal Federal, Julgado em: 14/06/2005.)

similaridade da matéria ali discutida com a do RE 204.107/MG e do RE 235.736/MG, os quais tiveram seus conteúdos analisados no tópico anterior. Nesse sentido, face aos precedentes da Suprema Corte, conheceu do recurso para, então, dar-lhe provimento, voto que foi acompanhado pelos ministros Cezar Peluso e Carlos Britto.

Após isso, o Ministro Marco Aurélio pediu vista dos autos. Fundamentou o requerimento com o argumento de que, tendo a Corte de origem – ou seja, o Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina – considerado inconstitucional lei do Município de Joinville, e tendo o recorrente se insurgido justamente contra esse aspecto, existiria a necessidade de deslocamento do processo para julgamento pelo Plenário, nos termos do art. 97, da Constituição Federal (“Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público”).

O Ministro Relator, contudo, entendeu ser dispensável a remessa dos autos ao Plenário, mais uma vez referenciando o fato de que o afastamento da alegação de inconstitucionalidade da legislação em discussão se deu com fulcro em precedentes¹⁰³ do próprio Supremo Tribunal Federal.

Em contrapartida, o Ministro Marco Aurélio entendeu que o TJSC, ao se pronunciar sobre as restrições prescritas na legislação do Município de Joinville quanto à instalação de postos de combustível, não atentou para os riscos à segurança da população que a concentração daquele tipo de estabelecimento poderia ensejar. *In casu*, o Tribunal recorrido simplesmente entendeu que aquele tipo de previsão legal caracterizava reserva de mercado, o que violaria os princípios constitucionais da livre iniciativa e da livre concorrência. Nesse esteio, o Ministro requereu o conhecimento e conseqüente desprovimento do recurso extraordinário.

Em resposta, o Ministro Carlos Britto chamou atenção para o fato de que o assunto discutido nos autos não seria novo para aquela Corte, porquanto seria de competência municipal a fixação de distâncias mínimas entre estabelecimentos comerciais, notadamente, postos de combustível. Assim, solicitou ao Ministro Marco Aurélio que acompanhasse o voto do Relator.

Como desfecho, a Primeira Turma do STF rejeitou, por maioria de votos, a

¹⁰³ Foram nestes exatos termos o pronunciamento do Ministro Sepúlveda Pertence: “Fundei-me em precedentes do Tribunal. Por isso, o pareceu-me dispensável levar o caso ao Plenário – quando temos: em matéria de farmácia, proibição, por lei municipal, de farmácia a menos de 500m de outra, Plenário, RE 193.749; postos de gasolina, distância de 800 metros entre e outro e 200 metros de escolas, supermercados e igrejas; RE 235.736; e proximidade de igreja, supermercado, etc: RE 212.708.”

proposta de remessa do processo ao Plenário, conhecendo e, enfim, dando provimento ao recurso.¹⁰⁴

No que toca ao julgamento deste Recurso Extraordinário, além de se demonstrarem pertinentes todos os comentários já tecidos por ocasião da análise do RE 204.186/MG, sendo despicienda, pois, a sua reprodução, destaca-se o valor conferido à aplicação dos precedentes do STF, uma vez que se constituíram em núcleo basilar da fundamentação da decisão prolatada pelo Ministro Relator.

Destarte, nas duas decisões ora examinadas, o Supremo Tribunal Federal entendeu pela constitucionalidade de leis municipais que impunham distância mínima nos casos de postos de combustível. Em face da recorrência do tema, a Corte chegou a aprovar súmula – no caso, a Súmula 646 –, que posteriormente foi convertida em súmula vinculante, como será visto no tópico a seguir.

4.2.3. Súmula Vinculante nº 49

A origem da Súmula Vinculante nº 49 remete à Súmula 646 do STF, que, aprovada em 2003, já apresentava a seguinte redação:

Súmula 646, STF - “Ofende o princípio da livre concorrência lei municipal que impede a instalação de estabelecimentos comerciais do mesmo ramo em determinada área”.

No ano de 2015, o Ministro Gilmar Mendes apresentou a Proposta de Súmula Vinculante (PSV) 90, que visava a conferir efeito vinculante àquela súmula. Na condição de Presidente da Comissão de Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, manifestou-se pela admissibilidade do enunciado, porquanto espelharia entendimento pacífico da Corte.

O Ministro Dias Toffoli, contudo, não compartilhou do mesmo pensamento. Ressaltou, à ocasião, que a aplicação da Súmula 646 deveria ser ponderada a depender do caso concreto, levando-se em consideração eventuais riscos à saúde, à segurança e ao meio ambiente, não sendo recomendável, portanto, a extensão indistinta dos seus efeitos para todos os casos em que estivesse em cotejo restrição imposta por lei municipal quanto à concentração de estabelecimentos comerciais da mesma espécie em uma única área.

Em seu voto, o Ministro Ricardo Lewandowski, presidente e relator, entendeu que a PSV 90 preenchia os requisitos necessários à sua aprovação, tratando-se de entendimento já

¹⁰⁴ Estavam presentes à sessão os seguintes Ministros: Sepúlveda Pertence (Presidente e Relator), Marco Aurélio (voto vencido), Cezar Peluso e Carlos Britto. O Ministro Eros Grau não participou do julgamento.

consolidado pelo Plenário da Corte a partir dos seguintes precedentes: RE 199.517/SP¹⁰⁵ e RE 193.749/SP¹⁰⁶. Quanto à manifestação do Ministro Dias Toffoli, entendeu não lhe assistir razão, tendo assim se pronunciado:

Considero, com a devida vênia, que essa questão não representa óbice algum à edição do enunciado vinculante ora proposto.

Com efeito, veja-se que os precedentes que lastreiam a proposta de súmula vinculante ora em exame abordam tema completamente diverso, ligado especificamente à defesa do consumidor e à garantia dos princípios constitucionais da livre concorrência e da livre iniciativa econômica.

Buscou-se, nesses casos, evitar que legislações municipais criassem nichos de proteção à entrada de novos estabelecimentos de determinado ramo empresarial num dado território, em detrimento dos consumidores, da livre concorrência e da liberdade do exercício da atividade econômica.

(...)

Portanto, o assunto aqui tratado é diverso e não interfere na orientação jurisprudencial cuja evidente consolidação por esta Corte fundamenta a edição do verbete sumular ora proposto.¹⁰⁷

Nesse esteio, votou a favor da aprovação da súmula vinculante.

Em sua manifestação, a Ministra Cármen Lúcia fez consignar também ser favorável à aprovação do enunciado, contudo, formulou importante observação, no sentido de que só haveria falar em ofensa à livre concorrência nos casos em que lei municipal impusesse obstáculos à instalação de empreendimentos como farmácias, lojas de ferragens e materiais de construção, de modo que atividades ligadas a combustíveis poderiam, sim, ter sua localização restringida em face do imperativo da segurança.

¹⁰⁵ RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ARTIGO 1º DA LEI Nº 6.545/91, DO MUNICÍPIO DE CAMPINAS. LIMITAÇÃO GEOGRÁFICA À INSTALAÇÃO DE DROGARIAS. INCONSTITUCIONALIDADE. 1. A limitação geográfica à instalação de drogarias cerceia o exercício da livre concorrência, que é uma manifestação do princípio constitucional da liberdade de iniciativa econômica privada (CF/88, artigo 170, inciso IV e § único c/c o artigo 173, § 4º). 2. O desenvolvimento do poder econômico privado, fundado especialmente na concentração de empresas, é fator de limitação à própria iniciativa privada à medida que impede ou dificulta a expansão das pequenas iniciativas econômicas. 3. Inconstitucionalidade do artigo 1º da Lei nº 6.545/91, do Município de Campinas, declarada pelo Plenário desta Corte. Recurso extraordinário conhecido, porém não provido. (RE 199517, Relator(a): Min. Carlos Velloso, Relator(a) p/ Acórdão: Min. Maurício Corrêa, Tribunal Pleno, Supremo Tribunal Federal, Julgado em: 04/06/1998)

¹⁰⁶ RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. LEI Nº 10.991/91, DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO. FIXAÇÃO DE DISTÂNCIA PARA A INSTALAÇÃO DE NOVAS FARMÁCIAS OU DROGARIAS. INCONSTITUCIONALIDADE. 1. A Constituição Federal assegura o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização do Poder Público, salvo nos casos previstos em lei. 2. Observância de distância mínima da farmácia ou drogaria existente para a instalação de novo estabelecimento no perímetro. Lei Municipal nº 10.991/91. Limitação geográfica que induz à concentração capitalista, em detrimento do consumidor, e implica cerceamento do exercício do princípio constitucional da livre concorrência, que é uma manifestação da liberdade de iniciativa econômica privada. Recurso extraordinário conhecido e provido. (RE 193749, Relator(a): Min. Carlos Velloso, Relator(a) p/ Acórdão: Min. Maurício Corrêa, Tribunal Pleno, Supremo Tribunal Federal, Julgado em: 04/06/1998)

¹⁰⁷ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Proposta de Súmula Vinculante 90 Distrito Federal**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumulaVinculante/anexo/SUV_49_PSV_90.pdf> Acesso em: 06 nov. 2017.

Assim, o PSV 90 foi aprovado por unanimidade¹⁰⁸, sendo a Súmula 646, então, convertida na Súmula Vinculante 49.

Com efeito, a conversão da súmula em apreço em súmula vinculante foi salutar. Daniel Amorim Assumpção Neves, em comentando o art. 926, *caput*, do Código de Processo Civil, que dispõe acerca do dever dos tribunais de uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente, leciona que, a despeito das diversas formas de uniformização do entendimento jurisprudencial (como o incidente de resolução de demanda repetitivas e julgamento de recursos especiais e extraordinários repetitivos), existe para os tribunais o encargo de editar súmula diante de questão fático-jurídica que seja decidida de forma unânime e reiterada por seus membros julgadores.¹⁰⁹

Contudo, embora a todos os tribunais seja permitida a edição de súmulas, a Constituição Federal atribui relevância ímpar a uma espécie de súmula a ser aprovada pela maior instância do Judiciário nacional, senão veja o teor do seu art. 103-A:

Art. 103-A, CF. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

§ 1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica.

Dessa forma, a figura da súmula vinculante, instituída a partir da Emenda Constitucional nº 45/2004, surgiu como mecanismo garantidor da celeridade e da segurança jurídica: ora, quando a Suprema Corte formula entendimento sobre matéria constitucional já pacificada, que passa, então, a ter efeito vinculante junto a todos os órgãos do Judiciário e da Administração Pública, combate-se a “multiplicação de processos de conteúdos idênticos e consequente congestionamento do Poder Judiciário”¹¹⁰. Assim, não somente previne a morosidade na prestação jurisdicional, como também a profusão de decisões contraditórias acerca de um mesmo assunto.

¹⁰⁸ Estavam presentes à sessão os Ministros Ricardo Lewandowski (Presidente), Celso de Mello, Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Cármen Lúcia, Dias Toffoli, Luiz Fux, Rosa Weber, Teori Zavascki, Roberto Barroso e Edson Fachin.

¹⁰⁹ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil – Volume único**. 8. ed. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2016. p. 1347/1348.

¹¹⁰ PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito Constitucional descomplicado**. 14. ed. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO: 2015. p. 830.

Nesse esteio, considerando a recorrência do questionamento acerca da constitucionalidade de leis municipais que impõem restrições de ordem geográfica a estabelecimentos comerciais, tem-se por louvável e oportuna a atuação do Supremo Tribunal Federal no sentido de sumular, agora com efeito vinculante, o seu entendimento quanto a violação ao princípio da livre concorrência diante de legislações daquela espécie.

Em comentando o teor da Súmula Vinculante 49, Márcio André Lopes Cavalcante assim disserta:

(...) O ordenamento e o zoneamento urbanos não podem, contudo, violar direitos e garantias constitucionais, sob pena de serem ilegítimos. Logo que a CF/88 foi editada, alguns Municípios, sob o pretexto de fazerem o ordenamento do solo urbano, editaram leis proibindo que, em determinadas áreas da cidade, houvesse mais de um estabelecimento comercial do mesmo ramo empresarial. Ex: no bairro "X" só poderia haver um supermercado. O STF considerou que tais previsões são inconstitucionais por violarem a livre concorrência, que é um princípio protegido pelo art. 170, IV, da CF/88.

O Município, ao proibir que um estabelecimento comercial se instale em determinada área da cidade pelo simples fato de já existir outro ali funcionando, impede a livre concorrência entre os empresários.

Além disso, tal medida viola o princípio da isonomia e não trará qualquer benefício para o ordenamento urbano nem para a população local.¹¹¹

A partir disso, viola o princípio da livre concorrência a legislação municipal que esboça restrições à instalação de estabelecimentos em face somente do critério de coincidência entre as atividades comerciais a serem desenvolvidas em uma determinada área. Este é, em suma, o conhecimento veiculado na súmula de que se fala.

Entretanto, tomando por base os debates travados entre os ministros do STF quando da aprovação do PSV 90, conforme exposto anteriormente, não se deve presumir o conteúdo da Súmula Vinculante 49 como restrito àquele que se depreende da sua leitura inicial. Em outros termos, diz-se que a redação daquela súmula diz menos do que deveria.

Isso porque, quando desconsiderado o contexto da sua conversão em súmula vinculante – ou seja, caso ignorados os argumentos expostos pelos ministros da Suprema Corte quando da apreciação do PSV 90 –, poder-se-ia crer, de forma errônea, que a súmula refere-se de forma irrestrita a qualquer estabelecimento comercial, entendimento que não prospera.

A respeito disso, tem-se de bom alvitre a manifestação do Ministro Dias Toffoli ao destacar a cautela necessária à aplicação do teor da Súmula 646, porquanto esse exercício deveria ser levado a efeito em cada caso concreto. Em assim sendo, as restrições previstas nas

¹¹¹ CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **Súmulas do STF e STJ anotadas e organizadas por assunto**. 2. ed., rev., atual. e ampl.- Salvador: JusPodivm, 2017. p. 24/25.

legislações municipais deveriam, segundo seu raciocínio, ser confrontadas a partir dos riscos que ensejassem ou mitigassem à saúde, à segurança e ao meio ambiente, não sendo recomendável rotulá-las todas como inconstitucionais – até mesmo porque o princípio da livre concorrência admite reservas.

Embora, como relatado acima, o Ministro Ricardo Lewandovski tenha entendido que aquela manifestação não seria suficiente para sustar a conversão da Súmula 646 em súmula vinculante, a inquietação originalmente suscitada pelo Ministro Dias Toffoli foi reiterada no pronunciamento da Ministra Cármen Lúcia, que de forma muito lúcida lembrou que existem empreendimentos que, dada a sua natureza, reclamam tratamento diferenciado, sobretudo quanto à sua instalação, como é o caso dos postos de combustíveis.

Assim, a despeito de a redação da Súmula Vinculante 49 não ter consignado de forma expressa as hipóteses em que se afigura legítimo o afastamento parcial da livre concorrência, há casos em que a restrição legislativa à instalação de estabelecimentos comerciais não somente é consentânea com o ordenamento constitucional, como também desejável, porquanto mecanismo garantir da segurança, da saúde e, em última instância, da vida da coletividade.

E, embora este não seja o caso das farmácias – um dos tipos de empreendimento mais comumente levados à apreciação do Supremo Tribunal Federal e que motivaram a edição da Súmula 646 –, trata-se justamente do caso dos postos de combustíveis, os quais se configuram como empreendimentos potencialmente ou parcialmente poluidores e geradores de acidentes ambientais, nos termos da Resolução 273, de 29 de novembro de 2000, do CONAMA¹¹².

Daí exsurge, portanto, que embora a Súmula Vinculante 49 não traga a observação de que seu conteúdo não se aplica indistintamente a quaisquer estabelecimentos comerciais, os argumentos aduzidos pelos ministros do Supremo Tribunal Federal por ocasião da apreciação do Projeto de Súmula Vinculante 90 permitem inferir que são constitucionais as legislações municipais que impõem restrições – sobretudo, na forma de distâncias mínimas em relação a estabelecimentos concentradores de grandes públicos – a atividades econômicas

¹¹² Com efeito, a referida Resolução assim expõe em suas considerações iniciais: “O Conselho Nacional do Meio Ambiente-CONAMA, no uso das competências (...) e considerando que toda instalação e sistemas de armazenamento de derivados de petróleo e outros combustíveis, configuram-se como empreendimentos potencialmente ou parcialmente poluidores e geradores de acidentes ambientais; considerando que os vazamentos de derivados de petróleo e outros combustíveis podem causar contaminação de corpos d'água subterrâneos e superficiais, do solo e do ar; considerando os riscos de incêndio e explosões, decorrentes desses vazamentos, principalmente, pelo fato de que parte desses estabelecimentos localizam-se em áreas densamente povoadas; (...) resolve: (...)” Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/port/conama/res/res00/res27300.html>>. Acesso em: 13 nov. 2017.

ensejadoras de possíveis riscos à coletividade, porquanto a livre concorrência, enquanto princípio, admite sopesamento com outros valores, como o da segurança e o do adequado ordenamento do solo urbano, os quais, por se afigurarem como manifestações do interesse público, devem prevalecer.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A livre iniciativa, enquanto fundamento da ordem econômica nacional, tem seu conteúdo moldado a partir dos princípios gerais da atividade econômica, de modo que admite reservas. É dizer, o exercício de atividade econômica não pode se dar de forma irrestrita, absoluta; é necessário, antes de tudo, que vele por aqueles princípios aos quais o legislador constituinte entendeu por bem atribuir especial proteção, como a função social da propriedade, a livre concorrência, a defesa do consumidor e a defesa do meio ambiente (art. 170, III, IV, V e VI, respectivamente), dentre outros.

Com efeito, ao contrário do que acontece nas hipóteses de antinomia jurídica – em que devem ser observados os critérios de hierarquia, cronologia e especialidade a fim de solucionar qual das normas deve ser aplicada –, os princípios coexistem em um mesmo plano, de modo que inexiste, naturalmente, qualquer espécie de gradação entre eles. Assim, quando se está diante de uma colisão, o seu adequado deslinde reside inevitavelmente em um juízo de ponderação, devendo-se considerar se os benefícios advindos da preponderância de um deles sobrepujam os prejuízos decorrentes da supressão do outro.

O sopesamento de que se fala fica bastante evidente nos casos dos postos de combustíveis em conflito com a lei. Tendo em vista que a Constituição Federal atribui aos Municípios a competência para promover o adequado ordenamento territorial (art. 30, VIII), bem como executar a política de desenvolvimento urbano (art. 182, *caput*), àqueles Entes Federados cabe, então, em observância às diretrizes gerais fixadas em lei federal, qual seja, o Estatuto da Cidade (Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001), editar normas que regulem a atividade urbanística a ser executada pelo Poder Público municipal.

Nesse contexto, o Município de Fortaleza dispõe de farta legislação que dispõe sobre os mais variados aspectos do parcelamento e da ocupação do solo urbano, da qual foram analisados, no capítulo 3 do presente trabalho, os seguintes diplomas: o Plano Diretor Participativo do Município de Fortaleza (Lei Complementar nº 062, de 02 de fevereiro de 2009); a Lei de Uso e Ocupação do Solo – LUOS (Lei Complementar nº 236, de 11 de agosto de 2017); o Código de Obras e Posturas do Município de Fortaleza (Lei nº 5.530, de 17 de dezembro de 1981); e, por fim, a Lei nº 7.988, de 20 de dezembro de 1996.

A partir do estudo das referidas leis foi possível apreender dois aspectos basilares. O primeiro é no sentido de que as disposições municipais restringem e condicionam o direito de construir dos particulares, uma vez que, para a regular construção de obra ou operação de empreendimento, tem-se por imprescindível o atendimento das prescrições legais acerca da

adequabilidade prévia da atividade à zona e à via em que será localizada, bem como do licenciamento administrativo, mediante a obtenção dos alvarás de construção e de funcionamento. Tudo isso, por sua vez, encontra fundamento nos ideais de planejamento e ordenamento que são inerentes às normas urbanísticas, de modo que o particular, embora autorizado a levantar em seu terreno as construções que lhe aprouver (art. 1.299, CC), deve obediência a normas de caráter público e, portanto, inafastáveis pela vontade das partes, justamente em face da supremacia do interesse público sobre o privado.

O segundo aspecto que exsurge da legislação urbanística fortalezense é o de que, para além das restrições de caráter geral, ou seja, aquelas que se aplicam indistintamente a todas as construções, aos postos de combustíveis são ainda reservadas limitações específicas, como as imposições de área mínima para o lote em que instalado o empreendimento e de distância mínima em relação a locais de aglomeração pública, conforme visto quando da análise da Lei nº 7.988/96.

O fundamento dessas normas, além de guardar pertinência com tudo aquilo que já dito acerca do dever de atuação do poder público na promoção do adequado ordenamento territorial urbano, reside na consideração de que a atividade em questão, por ser potencial ou parcialmente poluidora do meio ambiente, demanda tratamento especial, justamente a fim de mitigar ou até mesmo, quando possível, suprimir os riscos que advém do seu exercício.

Com efeito, em se tratando de derivados do petróleo, vários são os fatores que, combinados à natureza inflamável dos produtos, podem dar ensejo a vazamentos, contaminação do solo e da água, explosões, incêndios, dentre outras calamidades, eventos que não somente causam danos ambientais, como também sociais, porquanto põem em xeque a segurança da coletividade.

Acerca do assunto, conforme explanado no capítulo 2, a Constituição Federal e a legislação infraconstitucional preveem em diversas ocasiões o direito à segurança, o qual assume contornos variados a depender da interpretação que se fizer do seu conteúdo. No que toca às normas urbanísticas, o direito de que se fala diz respeito às ideias de bem-estar, de incolumidade, de integridade, enfim, de proteção da coletividade, o que o aproxima, por sua vez, dos direitos à saúde e, em última instância, à vida.

Daí o conflito que se forma entre, de um lado, a livre iniciativa e a livre concorrência e, do outro, o direito à segurança. A partir da análise levada a cabo no capítulo 4 dos julgados tanto do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, quanto do Supremo Tribunal Federal, pode-se inferir que o conflito em liça se manifesta sobretudo nos processos judiciais em que posta em xeque a constitucionalidade de leis municipais que estipulam distância

mínima dos postos de combustíveis em relação a outros postos ou, ainda, a diversos estabelecimentos concentradores de público, como igrejas, escolas, hospitais, etc.

Apesar de a Súmula Vinculante 49 prever como ofensa ao princípio da livre concorrência lei municipal que impede a instalação de estabelecimentos comerciais do mesmo ramo em determinada área, a análise do projeto que concedeu efeitos vinculantes à Súmula 646 do STF indica que a sua redação revela menos do que deveria. Isso porque, no caso dos postos de combustíveis, deve ser levado em consideração o seu potencial lesivo à segurança da coletividade, nos termos já explanados acima. Nesse sentido, afasta-se a incidência daquela súmula perante leis municipais que preveem restrições de ordem geográfica àquela espécie de empreendimento.

Com efeito, os julgados analisados ao longo deste trabalho expõem o entendimento das instâncias recursais quanto à legitimidade e constitucionalidade dos diplomas legais que, à semelhança da Lei nº 7.988/96, do Município de Fortaleza, impõem distâncias mínimas aos postos de combustíveis em relação a outros postos e também a locais de grandes aglomerações de público.

É dizer, no cotejo entre os direitos à livre iniciativa e à livre concorrência e o direito à segurança, sagra-se vencedor o último. Embora o particular não tenha mitigado por completo os seus direitos de construir e de exercer atividade empresarial, decerto eles devem ser condicionados ao atendimento dos interesses da coletividade – os quais, no caso, manifestam-se nas figuras dos direitos à vida, à saúde e à segurança –, sem que isso possa ser interpretado como reserva de mercado.

Para além disso, a constitucionalidade daquelas restrições é justificada pelos Tribunais pátrios também com fulcro no argumento de que, conforme previsto na Carta Magna, os Municípios detém a competência para ordenar o espaço urbano de forma a desenvolver as funções sociais da cidade e garantir o bem-estar dos seus habitantes. Logo, ao editar normas sobre o licenciamento, a instalação e a operação da atividade de postos de combustíveis os Municípios não estariam a invadir competência reservada à União Federal.

Nesse sentido, as decisões prolatadas pelos desembargadores do TJCE se revelam consentâneas com o entendimento firmado pelos ministros do STF, sendo garantida nos órgãos *ad quem*, portanto, a primazia do direito da coletividade à segurança sobre os direitos dos particulares à livre iniciativa e à livre concorrência, em se tratando de postos de combustíveis.

REFERÊNCIAS

- ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito ambiental**. 12^a ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. 20. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1999.
- BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Nova ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.
- _____. **O Positivismo Jurídico: Lições de filosofia do direito**. São Paulo: Ícone, 1995.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 15.ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 29 set. 2017.
- BRASIL. Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001. **Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10257.htm>. Acesso em: 29 set. 2017.
- BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 29 set. 2017.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão proferido no Recurso Extraordinário 204.186/MG**. Central Pneus Ltda. e Município de Belo Horizonte. Relatora: Ministra Ellen Gracie. Data de publicação: 02/04/2004.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão proferido no Recurso Extraordinário 199.101/SC**. Município de Joinville e Treismil Imóveis Ltda. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Data de publicação: 30/09/2005.
- BULOS, Uadi Lâmmego. **Curso de direito constitucional**. 9^a ed. rev. e atual. de acordo com a Emenda Constitucional n. 83/2014, e os últimos julgados do Supremo Tribunal Federal. São Paulo: Saraiva, 2015.
- CARVALHO, Celso Santos; ROSSBACH, Anaclaudia (Orgs.). **O Estatuto da Cidade: comentado**. São Paulo: Ministério das Cidades: Aliança das Cidades, 2010. 120 p.
- CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **Súmulas do STF e STJ anotadas e organizadas por assunto**. 2. ed., rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2017.
- CEARÁ. Tribunal de Justiça do Estado do Ceará. **Acórdão proferido no Agravo de instrumento nº 0131027-50.2012.8.06.0000**. Vicente Filho Barroso Nogueira – ME e Município de Fortaleza. Relatora: Desembargadora Tereze Neumann Duarte Chaves. Data de publicação: 22/03/2017.

CEARÁ. Tribunal de Justiça do Estado do Ceará. **Acórdão proferido no Reexame necessário nº 0013364-19.2008.8.06.0001**. Município de Fortaleza e Garcia Lima e Participações Ltda. Relatora: Desembargadora Maria Nailde Pinheiro Nogueira. Data de publicação: 18/11/2017.

CEARÁ. Tribunal de Justiça do Estado do Ceará. **Acórdão proferido no Agravo de instrumento nº 0622362-80.2015.8.06.0000**. E & E Comércio de Derivados de Petróleo Ltda. e Município de Fortaleza. Relator: Desembargador Emanuel Leite Albuquerque. Data de publicação: 28/10/2015.

CEARÁ. Tribunal de Justiça do Estado do Ceará. **Acórdão proferido no Agravo de instrumento nº 0002562-38.2003.8.06.0000**. Clélia Campelo de Oliveira e Município de Fortaleza. Relator: Desembargador Washington Luís Bezerra de Araújo. Data de publicação: 22/09/2014.

CONSELHO NACIONAL DO MEIO AMBIENTE. Estabelece diretrizes para o licenciamento ambiental de postos de combustíveis e serviços e dispõe sobre a prevenção e controle da poluição. Resolução nº 273, de 29 de novembro de 2000. Diário Oficial da União-DOU nº 5, de 08 de janeiro de 2001, Seção 1, páginas 20-23. Disponível em: <http://www.mma.gov.br/port/conama/legislacao/CONAMA_RES_CONS_2000_273.pdf>. Acesso em: 15 nov. 2017.

DALLARI, Adilson Abreu, FERRAZ, Sérgio (Coords.). **Estatuto da Cidade (Comentários à Lei Federal 10.257/2001)**. São Paulo: Malheiros, 2002. 440 p.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 38. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de direito ambiental**. 14. ed. rev., ampl. e atual. em face da Rio+20 e do novo “Código” Florestal. São Paulo: Saraiva, 2013.

FORGIONI, Paula A. **Os Fundamentos do Antitruste**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1998.

FORTALEZA. Prefeitura Municipal de Fortaleza. Lei Complementar municipal nº 062, de 02 de fevereiro de 2009. **Institui o Plano Diretor Participativo do Município de Fortaleza e dá outras providências**. Disponível em: <http://legislacao.fortaleza.ce.gov.br/index.php/Plano_Diretor>. Acesso em: 29 set. 2017.

FORTALEZA. Prefeitura Municipal de Fortaleza. Lei Complementar municipal nº 236, de 11 de agosto de 2017. **Dispõe sobre o parcelamento, o uso e a ocupação do solo no Município de Fortaleza, e adota outras providências**. Disponível em: <https://urbanismoemeioambiente.fortaleza.ce.gov.br/images/urbanismo-e-meio-ambiente/legislacao-municipal/lei_complementar_236_2017.pdf>. Acesso em: 20 out. 2017.

FORTALEZA. Prefeitura Municipal de Fortaleza. Lei municipal nº 5.530, de 23 de dezembro de 1981. **Dispõe sobre o Código de Obras e Posturas do Município de Fortaleza e dá outras providências**. Disponível em: <<http://portal.seuma.fortaleza.ce.gov.br/fortalezaonline/portal/legislacao/Res%C3%ADduos%AD>>

[20S%C3%B3lidos/3.%20Legisla%C3%A7%C3%A3o%20Municipal/Lei%20n%C2%BA%205.530%20de%202017%20de%20dezembro%20de%20201981.pdf](#)>. Acesso em: 22 out. 2017.

FORTALEZA. Prefeitura Municipal de Fortaleza. Lei municipal nº 7.988, de 20 de dezembro de 1996. **Dispõe sobre a Licença para Construção, realocação, funcionamento e segurança de Postos de Abastecimento e dá outras providências.** Disponível em: <http://216.59.16.201:8080/sapl/sapl_documentos/norma_juridica/1037_texto_integral>. Acesso em: 25 out. 2017.

FUHRMANN, Ítalo Roberto. Revisando a teoria “dimensional” dos direitos fundamentais. **Direito & Justiça**, Porto Alegre, v. 39, n. 1, p. 26-32, jan./jun. 2013. Disponível em: <<http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/fadir/article/viewFile/12746/9060>>. Acesso em 26 set. 2017.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 88 (Interpretação e crítica)**. 14ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros. 2010.

INCOLUMIDADE PÚBLICA. **Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios.** Disponível em: <<https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/direito-facil/incolumidade-publica>>. Acesso em: 29 set. 2017.

MACHADO, Eduardo Gomes. **Planejamento urbano, democracia e participação popular: o caso da revisão do plano diretor de Fortaleza (2003-2008)**. 2011. 450f. Tese (Doutorado) – Centro de Humanidades, Programa de Pós-Graduação em Sociologia, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2011.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 39ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

_____. **Direito de construir**. 9ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

MELO, Raimundo Simão de. **Direito Ambiental do Trabalho e Saúde do Trabalhador**. São Paulo: LTR, 2004

MILARÉ, Édis. **Direito do ambiente: a gestão ambiental em foco. Doutrina, jurisprudência, glossário**. 5ª ed. ref., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

MUNIZ, Maria Águeda. **O Plano Diretor como Instrumento de Gestão da Cidade: o Caso da Cidade de Fortaleza/CE**. 2006. 397 p. Dissertação (Mestrado em Arquitetura e Urbanismo) – Centro de Tecnologia, Programa de Pós-Graduação em Arquitetura e Urbanismo, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2006.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil – Volume único**. 8. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito Constitucional descomplicado**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método: 2015.

PETTER, Lafayette Josué. Constituição Econômica e Concorrência. **Revista da Fundação**

Brasileira de Direito Econômico, v. 3, n. 1, 2011. Disponível em:
<<https://direitoepoliticaeconomica.files.wordpress.com/2012/02/constituic3a7c3a3o-econc3b4mica-e-concorrc3aancia.pdf>>. Acesso em: 25 ago. 2017.

RESENDE, Ricardo. **Direito do trabalho esquematizado**. 5. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.

SANDEL, Michael J. **Justiça** [recurso eletrônico]. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2015

SEGURANÇA. **Grande Dicionário Houaiss**. Disponível em
<<https://houaiss.uol.com.br/pub/apps/www/v3-3/html/index.php#1>>. Acesso em 28 set. 2017.

SILVA, João Carlos Jarochinski. Análise histórica das Constituições brasileiras. **Ponto-e-Vírgula : Revista de Ciências Sociais**, [S.l.], n. 10, mar. 2013. Disponível em:
<<https://revistas.pucsp.br/index.php/pontoevirgula/article/view/13910>>. Acesso em: 29 ago. 2017

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. **Direito urbanístico brasileiro**. 6ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2010.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Proposta de Súmula Vinculante 90 Distrito Federal**. Disponível em:
<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumulaVinculante/anexo/SUV_49_PSV_90.pdf> Acesso em: 06 nov. 2017.

TAVARES, André Ramos. **Direito constitucional econômico**. 3ª. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil – Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum – vol. I**. 56. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

WACHOWICZ, Marcos; MATIAS, João Luis Nogueira (Coords.). **Propriedade e meio ambiente: da inconciliação à convergência**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2011. 262p.