



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARÁ
GABINETE DO DESEMBARGADOR RICARDO FERREIRA NUNES

SECRETARIA DA 4ª CÂMARA CÍVEL ISOLADA
APELAÇÃO CÍVEL 2012.3.028701-8

APELANTE : MARIA DE ARAUJO PESSOA - EPP
ADVOGADO : JOSE CAPUAL ALVES JUNIOR E OUTROS
APELADO : MUNICÍPIO DE SANTARÉM.
ADVOGADO : ALEXANDRE NASCIMENTO LOPES – PROC. JUR. MUNICÍPIO.
PROC. DE JUSTIÇA : MARIA TERCIA AVILA BASTOS DOS SANTOS
RELATOR : DES. RICARDO FERREIRA NUNES

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO ORDINÁRIA DE OBRIGAÇÃO DE FAZER COM PRECEITO COMINATÓRIO CUMULADA COM PEDIDO DE TUTELA ESPECÍFICA. POSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DE DISTÂNCIA MÍNIMA ENTRE REVENDEDORES DE COMBUSTÍVEL OU ENTRE ESTES E ESCOLAS, HOSPITAIS, ETC., EM RAZÃO DOS RISCOS INERENTES À ATIVIDADE. PROPOSTA DE SÚMULA VINCULANTE 90 DO STF (CONVERTIDA NA SÚMULA VINCULANTE 49). NÃO HÁ DIREITO ADQUIRIDO À MANUTENÇÃO DA ILEGALIDADE. COMUNICAÇÃO E REMESSA DE CÓPIA DAS PEÇAS AO MINISTÉRIO PÚBLICO – NOS TERMOS DO ART. 7º DA LEI DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA – PARA EXAME DOS SUPOSTOS INDÍCIOS DE ILEGALIDADE REFERENTES À CONCESSÃO DE LICENÇAS DE FUNCIONAMENTO VIOLADORAS DOS REQUISITOS DA LEI 17.400/2002. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO, À UNANIMIDADE.

Vistos, etc.

Acordam os Excelentíssimos Senhores Desembargadores que integram a 4ª Câmara Cível Isolada do Tribunal de Justiça do Estado do Pará, à unanimidade de votos, em conhecer da Apelação Cível, porém negar-lhe provimento, pelos fatos e fundamentos constantes do voto.

Esta sessão foi presidida pela Exma. Sra. Des. Maria de Nazaré Saavedra Guimarães.

Sala das Sessões do Tribunal de Justiça do Estado do Pará, ao décimo sexto dia do mês de maio de 2016.

RICARDO FERREIRA NUNES
Desembargador Relator

APELAÇÃO CÍVEL 2012.3.028701-8

APELANTE : MARIA DE ARAUJO PESSOA - EPP
ADVOGADO : JOSE CAPUAL ALVES JUNIOR E OUTROS
APELADO : MUNICÍPIO DE SANTARÉM.
ADVOGADO : ALEXANDRE NASCIMENTO LOPES – PROC. JUR. MUNICÍPIO.



PROC. DE JUSTIÇA : MARIA TERCIA AVILA BASTOS DOS SANTOS
RELATOR : DES. RICARDO FERREIRA NUNES

RELATÓRIO

Tratam os autos de Recurso de Apelação interposto por Maria de Araújo Pessoa – EPP em Ação Ordinária de Obrigação de Fazer com Preceito Cominatório Cumulada com Pedido de Tutela Específica, onde figurou como autora a empresária individual apelante e como réu o Município de Santarém.

Na exordial, a autora narrou que pretende desenvolver atividade de comércio varejista de combustíveis automotores, sendo que para licenciar a atividade, se viu na obrigação de requerer junto a Secretaria Municipal de Meio Ambiente – SEMMA declaração de nada a opor.

Ocorre que o referido órgão negou a expedição da declaração com fundamento no artigo 2º, II da lei municipal 17.400/2002, que dispõe que as plantas para a construção de postos revendedores de combustíveis só podem ser aprovadas se resguardarem distância mínima de 1000 metros do raio de outro estabelecimento semelhante, e a 200 metros de raio para escolas, hospitais, casas de saúde, asilos e quartéis.

Sustentou a requerente que a lei é inconstitucional por afrontar princípios da ordem econômica e por isso requereu a declaração incidental de inconstitucionalidade do referido ato normativo primário.

O juízo a quo indeferiu o pedido de tutela antecipada, nos termos da decisão de fls. 97/98.

O Município de Santarém apresentou contestação às fls. 114/129, arguindo a preliminar da carência de ação, por falta de interesse de agir, e no mérito, reafirmou a legalidade do ato. Por fim, requereu a improcedência da ação.

Em manifestação à contestação, a autora rebateu os argumentos do Município de Santarém (fls. 274/278).

O Juízo de primeiro grau entendeu pela possibilidade de julgamento antecipado da lide e, neste contexto, prolatou a sentença cujos trechos mais relevantes colaciono:

"No presente caso o autor alega que a lei municipal n. 17.400/2002, ao impor uma distância mínima entre postos de combustíveis e entre estes e outros estabelecimentos, tais como escolas, hospitais, casa de saúde, asilos e quartéis, viola o disposto nos artigos 5º XXXII, 170, incisos IV e V, e 173, § 4º. De outro lado o Município sustenta que o ato de indeferimento exarado em processo administrativo, tem por objetivo disciplinar, dentro dos limites estabelecidos pelo artigo 30, inciso I, da Constituição Federal, atividade que coloca em risco a segurança da coletividade.



Destaca-se que o inciso II do artigo 2º da lei municipal n. 17.400/2002, com base na qual a licença de instalação foi negada, veda a construção de postos de combustíveis localizados a menos de 1000 metros de raio de outro estabelecimento semelhante, e a 200 metros de raio para escolas, hospitais, casa de saúde, asilos e quartéis.

O Supremo Tribunal Federal em seus julgados tem entendimento no sentido de que o município não detém legitimidade para estabelecer restrições à distância de construção de estabelecimentos comerciais congêneres, salvo por questões de segurança, sob pena de violação aos princípios da livre iniciativa e da concorrência, tendo inclusive declarado inconstitucional legislação local que procedia com tal limitação. Vejamos:

(....)

Todavia, o caso não se limita apenas a vedação de instalação de posto de combustível, em razão da exigência mínima de distanciamento de outro estabelecimento congênere. O ato de indeferimento do município, discutido nos autos, baseia-se ainda, no distanciamento mínimo de outros estabelecimentos, tais como escolas, hospitais, casa de saúde, asilos e quartéis. A legislação municipal n. 17.400/2002, no inciso II, do artigo 2º impõem um distanciamento mínimo de 200 metros para os mencionados estabelecimentos.

Observa-se nos autos que o documento de mapeamento da área, juntado pelo autor à fl. 40, demonstra que a localização do posto da pretendida construção estaria situado a menos de duzentos metros de uma escola (Colégio São Raimundo).

Nesse contexto o indeferimento, para construção e funcionamento do posto revendedor de combustível, tem respaldo em julgados, no sentido de serem viáveis normas, em que as limitações impostas tem o objetivo de garantir a segurança em locais de grande fluxo de pessoas. Vejamos as decisões do Supremo Tribunal Federal que confirmam tal assertiva: (...)

Portanto, as limitações normativas imposta s pela lei municipal n. 17400/2002, não caracteriza ofensa ao princípio da livre concorrência, uma vez que visam garantir a segurança em locais de grande fluxo de pessoas e não estabelecer reserva de mercado como alegou a parte autora.

Deste modo, entendo que a lei municipal n. 17400/2002, ao estabelecer distanciamento mínimo de outros estabelecimentos, o fez com base no interesse público e em consonância com a Constituição Federal de 1988 (artigo 30, inciso I).

Rejeito o pedido de declaração de inconstitucionalidade do artigo 2º, inciso II da lei municipal n. 17400/2002, e os termos da fundamentação JULGO IMPROCEDENTE O PEDIDO, e por conseguinte JULGO EXTINTO O PROCESSO COM RESOLUÇÃO DO MÉRITO, conforme disposto no art. 269, I, do Código de Processo Civil.

Custas pagas. Condeno o autor ao pagamento dos honorários advocatícios no montante de R\$ 1.000,00 (mil reais).

Havendo recurso voluntário, presentes os pressupostos recursais recebe-o em seu duplo efeito, certifique-se a tempestividade e intime o recorrido para contrarrazões no prazo legal e após ao e TJE/PA para julgamento. (fls. 287/290).



Irresignada, a apelante interpôs recurso em sentido análogo ao que alegou na petição inicial, ou seja:

1. A necessidade de declaração incidental da inconstitucionalidade do artigo 2º, II da Lei Municipal n.17.400/2002, por ofensa direta aos artigos 170 e 173 da Constituição e, mais especificamente, aos princípios da livre concorrência, isonomia e impessoalidade.
2. No mérito, alegou que houve desvio de finalidade do Administrador, uma vez o ato que negou a Declaração de Nada a Opor não atende ao interesse público, por beneficiar o interesse de minoria, que não cumpre os requisitos legais determinantes para o seu funcionamento (fl. 303).
3. Houve violação ao princípio da proporcionalidade uma vez que a condição que lhe foi imposta não é exigível a outros fornecedores do mesmo segmento.
4. É evidente a obrigação do Município de conceder a autorização por obediência aos ditames legais (fl. 307).

Neste contexto, requereu que a apelação fosse conhecida e provida para reformar a sentença recorrida, no sentido de compelir a Prefeitura Municipal de Santarém, juntamente com a SEMMA a conceder Licença Municipal em questão, sopesando a existência de fornecedores que estão em plena atividade e não preenchem os mesmos requisitos impostos a autora (fl. 308).

Em contrarrazões (fls. 314/ 325) o Município de Santarém refutou todas as alegações da apelação, ratificou a constitucionalidade da lei e pugnou pela manutenção da sentença.

Coube-me o feito por regular distribuição (fl. 327), quando remeti ao Ministério Público (fl. 328)

A Douta Procuradoria de Justiça apresentou parecer às fls. 330/334, onde se manifestou pelo conhecimento, mas opinou no sentido do desprovimento da apelação.

É o breve relatório. Remetam-se os autos à Secretaria da 4ª CCI, para que se cumpra o previsto nos artigos 931 c/c 934 do NCPC.

VOTO

I. FUNDAMENTAÇÃO

1. Análise de Admissibilidade:

Presentes os pressupostos de admissibilidade intrínsecos e extrínsecos da apelação, conheço-a e passo a examiná-la.

2. Prejudicial de Mérito:



Com o fito de tornar o provimento jurisdicional o mais completo possível, passarei a discutir cada ponto alegado pelo apelante em seu recurso.

2.1. Da Alegada Inconstitucionalidade do artigo 2º, II da Lei Municipal 17.400/2012.

É conditio sine qua non para o deslinde da ação analisar se o artigo 2º, II da Lei Municipal 17.400/2012 viola ou não a Constituição Federal. Uma vez que - se fosse declarada a inconstitucionalidade do ato normativo primário - o resultado inevitável da presente apelação seria o provimento e – caso constatada a constitucionalidade – o resultado seria a manutenção da sentença.

Ocorre que o pleito do apelante não encontra ressonância na jurisprudência das Cortes Superiores, inclusive do Supremo Tribunal Federal.

Inicialmente, trago à baila não estar alheio à Súmula Vinculante 49, que dispõe ser inconstitucional por violar o princípio da livre iniciativa a lei municipal que impede a instalação de estabelecimentos comerciais do mesmo ramo em determinada área.

Em análise precipitada, seria possível amoldar este entendimento ao caso concreto, contudo, é da teoria dos precedentes buscar a ratio decidendi dos julgados paradigmáticos para verificar a adequação à demanda sub judice.

Neste ponto, chama atenção que o debate de aprovação da mencionada súmula (em anexo ao presente voto) os próprios ministros ressaltaram que há casos como a distância entre postos de combustíveis, onde seria possível impor tais restrições e, neste contexto, a referida Súmula Vinculante não seria aplicada. Vide infra:

Por fim, analiso o que manifestado pelo Ministro Dias Toffoli, referente à existência de precedentes desta Corte que, por imperativos de segurança e de proteção à saúde e ao meio ambiente, entenderam legítima a imposição, pela Administração Pública, de restrições quanto à localização de determinados tipos de estabelecimentos, tais como postos de combustíveis.

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.

Veja-se, ademais, que, num dos casos lembrados pelo Ministro Dias Toffoli em sua manifestação como integrante da Comissão de Jurisprudência, o RE 204.187/MG, julgado pela Segunda Turma, a própria Relatora, Ministra Ellen Gracie, asseverou em seu voto que não se tratava de limitação geográfica à instalação de postos de gasolina, de sorte a cercear o exercício da livre concorrência, mas de prudente distanciamento, na mesma área geográfica, de atividades de alto risco à população (grifei).

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. (disponível no sítio eletrônico do STF).

Não há necessidade de colacionar a integralidade dos debates dos Ministros, uma vez que os anexarei ao presente voto, contudo, é nítida a preocupação do Supremo Tribunal Federal em excluir a questão dos postos de combustíveis da incidência de referida súmula e assentar, portanto, que os municípios podem limitar a distância dos revendedores deste produto por meio de lei.

Entendo que, exclusivamente por este argumento já seria possível afastar, de forma peremptória e diáfana a inconstitucionalidade da lei impugnada, contudo, com o único fim de tornar o provimento jurisdicional mais completo, deixo assente que o meu posicionamento pessoal é convergente com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal pelos motivos que seguem.

Sob o prisma formal, não há dúvidas de que o Município de Santarém poderia editar a lei impugnada, uma vez que o direito econômico é competente para legislar sobre tal matéria, conforme artigos 24, I c/c Art. 30, I e II, todos da Constituição Federal, além de ser matéria pacificada pelo Supremo Tribunal Federal. Vide infra:

SÚMULA VINCULANTE 38: É competente o Município para fixar o horário de funcionamento de estabelecimento comercial.

EMENTA: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONVERSÃO EM AGRAVO REGIMENTAL. CONSTITUCIONAL. COMPETÊNCIA LEGISLATIVA DO MUNICÍPIO PARA FIXAR A DISTÂNCIA ENTRE POSTOS DE REVENDA DE COMBUSTÍVEIS. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO. (RE 566836 ED, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Primeira Turma, julgado em 30/06/2009, DJe-152 DIVULG 13-08-2009 PUBLIC 14-08-2009 EMENT VOL-02369-08 PP-01686)

Sob o prisma material, também não tenho dúvidas quanto a adequação da lei municipal, uma vez que a limitação não decorre da intenção de reduzir a concorrência entre os respectivos empresários



do ramo, como parece sustentar a apelante. Trata-se, em verdade, de norma protetiva sobretudo à saúde pública e a proteção ambiental.

Sabe-se que a revenda de combustíveis é atividade de risco, por mais que o empresário seja diligente e invista nos melhores recursos de segurança ofertados no mercado. Ainda que em razão de eventos da natureza – força maior – ou fortuito externo, é possível que haja vazamentos que contaminem o lençol freático e a rede de abastecimento.

Destarte, apesar de raro, não se descarta a possibilidade de explosão em razão da mercadoria ser inflamável (a preocupação também foi ressaltada pela Ministra Carmem Lúcia nos debates de conversão da Súmula Vinculante 49).

Tais eventos na proximidade de outro posto de gasolina, ou de escolas, hospitais, etc, seriam absolutamente catastróficos, com prognósticos sombrios para a coletividade. Este é o fundamento da lei e esta observa, sobretudo, os princípios da Ordem Econômica, insculpidos na Constituição Federal, em seu artigo 170, caput, e seu inciso VI:

Art. 170. 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;

Nestes termos, julgo constitucional o artigo 2º, II da lei municipal n. 17.400/2002, afastando a prejudicial suscitada e passo ao exame do mérito.

3. Mérito:

3.1. Suposto Abuso de Poder – Desvio de Finalidade. Alegada afronta à Proporcionalidade e à Isonomia.

Sedimentada a Constitucionalidade da referida lei e constatado – de forma cristalina – que o ato administrativo que negou a Declaração de Nada a Opor obedece ao princípio da legalidade, é inevitável negar provimento à apelação, contudo, o apelante traz à baila outros argumentos - no mérito - que não merecem guarida, mas serão analisados.

Em suma, suscita que o ato incorreu no vício de abuso de poder (modalidade desvio de finalidade) e em afronta ao princípio da proporcionalidade porque o ato de indeferimento da Declaração de Nada a Opor, que aparenta estar revestido de legalidade, não atende ao interesse público, por beneficiar único (sic) e exclusivamente o interesse de uma minoria, que não cumpre os requisitos legais determinantes para o seu funcionamento. (fl. 303).



Prossegue afirmando que o ato ora impugnado, apesar de estar respaldado em lei, não atende ao interesse da coletividade, mas sim particular. Uma decisão aparentemente legal, mas cujo objetivo visa apenas o interesse de uma minoria (fl. 303).

A mesma fundamentação foi utilizada para fundamentar a suposta violação à proporcionalidade, nos seguintes termos:

Ademais, é cediço que a autorização conferida aos postos de combustíveis não gera direito adquirido ao ato jurídico da Municipalidade, tendo em vista que a concessão de licença de construção e funcionamento não retira da Administração a possibilidade de revisar as condições para melhor consecução dos serviços e garantia da segurança, saúde e bem estar dos cidadãos.

Esse entendimento nos leva a observar que as licenças concedidas aos demais fornecedores encontram-se irregulares, e, conseqüentemente, não deveriam ser renovadas, considerando que nem mesmo esses estabelecimentos estão cumprindo com a exigência legal, até então exigida somente da requerente. (fl. 305).

Em suma, apesar de reconhecer que seu pleito não recebe guarida da legislação, entende que o ato administrativo não lhe foi favorável por suposto desvio de finalidade e violação ao princípio da isonomia e da proporcionalidade, uma vez que outros comerciantes, na mesma situação receberam a referida declaração de Nada a Opor.

Ocorre que um ato aparentemente ilegal da Administração não concede direito adquirido a que a conduta seja perpetuada, com a prolação de novos atos ilegais. Neste caso, constatada a ilegalidade de um ato administrativo, é obrigação do órgão responsável por este proceder à anulação, nos termos das súmulas 473 e 346 do STF:

Súmula 473 do Supremo Tribunal Federal: A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.

Súmula 346 do Supremo Tribunal Federal: A administração pública pode declarar a nulidade dos seus próprios atos.

Assim, rejeito os pedidos de mérito da apelante, entendendo que a conduta do Município de Santarém foi escorreita, bem como a sentença do juízo de primeiro grau que a confirmou.

Contudo, diante dos indícios de ilegalidade, mormente no que



toca denúncia de que são concedidas licenças de funcionamento a postos de combustíveis que não obedecem os requisitos da lei 17.400/2002 (vide documentos de fls. 40 e 89/93), em obediência ao disposto no artigo 7º da lei 7.347/85, entendo que o Ministério Público deverá ser comunicado, inclusive com remessa de cópia das peças que instruem o presente feito para que averigue o caso.

4. Dispositivo:

Ante o exposto:

1. Conheço da presente apelação, mas nego-lhe provimento, nos termos do Parecer da Douta Procuradoria de Justiça, com o fito de manter integralmente a sentença do juízo de primeiro grau.
2. Determino a comunicação do Ministério Público, nos termos do artigo 7º da Lei de Ação Civil Pública (7.347/85), para que - se entender haver indícios de ilegalidade - instaure o respectivo procedimento investigatório.

É o voto,
Belém, 16/05/2016.

DES. RICARDO FERREIRA NUNES
Relator