

04/06/1998

TRIBUNAL PLENO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO N. 193.749-1 SÃO PAULO

RELATOR : MIN. CARLOS VELLOSO
REDATOR PARA O ACÓRDÃO: MIN. MAURÍCIO CORRÊA
RECORRENTE: DROGARIA SÃO PAULO LTDA
ADVOGADO: LUIZ PERISSE DUARTE JUNIOR E OUTROS
RECORRIDO: DROGA SAO LUCAS LTDA - ME
ADVOGADO: EZIO MARRA E OUTROS

EMENTA: 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.

A C Ó R D ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por votação majoritária, conhecer do recurso extraordinário e dar-lhe provimento para declarar a inconstitucionalidade do art. 1º da Lei nº 10.991, de 13/06/91, do Município de São Paulo/SP.

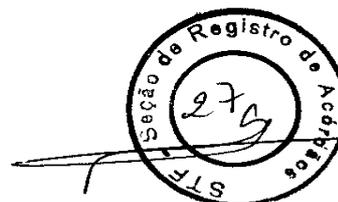
Brasília, 04 de junho de 1998.

~~CARLOS VELLOSO~~

PRESIDENTE

~~MAURÍCIO CORRÊA~~

REDATOR PARA O ACÓRDÃO



04/06/98

TRIBUNAL PLENO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO N. 193.749-1 SÃO PAULO

REDATOR PARA O ACORDÃO: MIN. MAURÍCIO CORRÊA
RECORRENTE: DROGARIA SÃO PAULO LTDA
ADVOGADOS: LUIZ PERISSE DUARTE JUNIOR E OUTROS
RECORRIDO: DROGA SAO LUCAS LTDA - ME
ADVOGADOS: EZIO MARRA E OUTROS

R E L A T Ó R I O

O Sr. Ministro CARLOS VELLOSO: - Trata-se de ação cautelar inominada, de caráter satisfativo e com pedido de liminar, ajuizada por DROGA SÃO LUCAS LIMITADA - ME contra a DROGARIA SÃO PAULO LTDA., que, contrariando a Lei Municipal nº 10.991/91, abriu uma filial, também dedicada ao ramo de comercialização de produtos farmacêuticos, a menos de 25 metros de distância da autora. Requereu a concessão de medida liminar para o fechamento do estabelecimento da ré, que foi concedida pelo Juiz (fls. 58/59).

A sentença de fls. 350/355 julgou procedente a ação, tornando definitiva a medida liminar, a fim de que a ré não mais exerça sua atividade comercial no local descrito na inicial. *mm*

911

A Segunda Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, após rejeitar as preliminares de incompetência da Vara Cível, diante do suposto interesse da Municipalidade, e de inépcia da petição inicial, porque a jurisprudência tem admitido o caráter satisfativo da medida cautelar, dispensando o ajuizamento da ação principal, manteve a procedência da medida cautelar. Assim se manifestou o voto condutor do acórdão:

"No mérito, com a devida vênia, a apelação não reúne condições de prosperar. Ocorre que o art. 5º da Lei Municipal nº 10.991/91 incluiu como suas destinatárias as farmácias e drogarias previstas na Lei Federal nº 5.991/73 e essa interpretação decorre da expressão "... a que se refere a presente lei...", inexistindo, "data venia", a exclusão das farmácias homeopáticas, como quer a apelante. Quisesse a lei municipal excluí-las, deveria fazê-lo expressamente ou então, ao invés da expressão ora destacada, teria usado "... a que se refere este Capítulo...". Conseqüentemente, torna-se irrelevante a discussão a respeito de ser ou não a apelante uma farmácia homeopática.

Por outro lado, não há inconstitucionalidade na Lei Municipal mencionada. Ela não estabelece reserva de mercado ou afronta ao art. 170 da Constituição Federal. Simplesmente disciplina o uso do solo, distribuindo as farmácias de forma tal que atenda todas as camadas da população, evitando a concentração delas em determinado local, com evidentes prejuízos ao povo, visto como um todo. E assim agindo o Município trata de questão referente ao seu peculiar interesse, devidamente autorizado pela Carta da República. Nem existe afronta ao princípio da isonomia pois trata igualmente todas as pessoas jurídicas que se dedicam ao ramo da farmácia e drogaria." (Fl. 459).

Interpostos embargos de declaração, pela ora recorrente, foram eles rejeitados.

Daí o RE, interposto pela Drogaria São Paulo Ltda., fundado no art. 102, III, alíneas a e c, da Constituição Federal, alegando violação aos arts. 6º; 22, 24, I; 31, I e 170, incisos V e VIII, da mesma Carta. Pela alínea c, é cabível o recurso por ter sido julgado válido ato de governo local (art. 1º da Lei nº 10.991/91, do Município de São Paulo), contestado em face da Constituição Federal.

Sustenta, em síntese, a recorrente:

a) a disposição da lei municipal, que não permite a licença de localização de uma farmácia ou drogaria, a menos de 200 m de distância de outra do mesmo ramo, é inconstitucional;

b) a competência do Município, de legislar sobre matéria de seu peculiar interesse, deve respeitar as normas de natureza constitucional, tais como o princípio da liberdade do comércio, da proteção à livre iniciativa, de busca de pleno emprego e de outros mais, contrariados pelo acórdão recorrido; *mu*

c) ferido igualmente está o princípio que garante a proteção do consumidor porque, evidentemente, a limitação da concorrência reduz as alternativas de boas prestações de fornecimento e serviços no mesmo local.

Contra-razões às fls. 528/534.

Admitido o recuso, subiram os autos.

A ilustre Subprocuradora-Geral da República, Dr^a Yedda de Lourdes Pereira, oficiando nos autos, opina pelo improvimento do recurso.

É o relatório.

muuuu

23/09/97

SEGUNDA TURMA

RECURSO EXTRAORDINÁRIO N. 193.749-1 SÃO PAULO

H O M E N A G E M

O SR. MINISTRO CARLOS VELLOSO (RELATOR) - Sr. Presidente, antes de começar a leitura do voto, gostaria de fazer um registro.

Pela primeira vez, ocupa a tribuna desta Turma o Professor Athos Gusmão Carneiro, Magistrado exemplar. Trabalhamos juntos no Superior Tribunal de Justiça. Sempre tive uma grande admiração não só pela sua cultura, mas, também, pela sua ilibada conduta moral.

Ao ouvir a sua sustentação, senti-me muito feliz, porque vejo que S.Exa. deixou uma magistratura exemplar para, de forma também exemplar, exercer a advocacia.

Fica o registro em homenagem a S.Exa.

Carlos Velloso

04/06/98

TRIBUNAL PLENO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO N. 193.749-1 SÃO PAULO

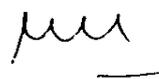
V O T O

V E N C I D O

"EMENTA: CONSTITUCIONAL. FARMÁCIAS:
LOCALIZAÇÃO. Lei 10.991, de 1991, do Município de São
Paulo, art. 1º. C.F., art. 30, I e II, art. 170, IV e V.

I - Compete ao Município legislar sobre
assuntos de interesse local e para suplementar a
legislação federal e a estadual no que couber (C.F., art.
30, I e II). Inocorrência de ofensa à Constituição, art.
170, IV e V, no fato de a lei municipal, disciplinando o
uso do solo, distribuir as farmácias de forma tal que
atenda as camadas da população, evitando a sua
concentração em determinado local e estabelecendo que a
licença de localização de novas farmácias e drogarias será
concedida somente quando o estabelecimento ficar situado a
uma distância mínima de duzentos metros da farmácia ou
drogaria mais próxima, já existente.

II. - R.E. conhecido e não provido".

O Sr. Ministro CARLOS VELLOSO (Relator): - Apenas a
questão constitucional inscrita no art. 170, IV e V, da Constituição
Federal, é que foi posta à apreciação do Tribunal a quo, inclusive
em embargos de declaração (fls. 463-468, 473-474). 

A Lei 10.991, de 13.06.91, do Município de São Paulo, art. 1º, estabelece que a licença de localização de novas farmácias e drogarias será concedida somente quando o estabelecimento ficar situado a uma distância mínima de duzentos metros da farmácia ou drogaria mais próxima, já existente.

A recorrente sustenta que essa lei contraria a Constituição, art. 170, IV (livre concorrência) e V (defesa do consumidor).

Não ocorre, entretanto, a alegada ofensa à Constituição.

Ressalte-se, primeiro que tudo, que a Constituição confere competência ao Município para legislar sobre assuntos de interesse local e para suplementar a legislação federal e a estadual no que couber (C.F., art. 30, I e II). Ora, é de interesse local as questões que dizem respeito com a localização de estabelecimentos comerciais, como, no caso, em que a lei municipal disciplina a distribuição das farmácias, "evitando a concentração delas em determinado local". (Acórdão, fl. 459).

Sustenta-se, entretanto, que a lei, no caso, é ofensiva aos princípios da livre concorrência (art. 170, IV) e de defesa do consumidor (art. 170, V).

mu
2

A alegação não é procedente.

É que a legislação não estabelece, bem anotou o acórdão recorrido, reserva de mercado, mas "simplesmente disciplina o uso do solo, distribuindo as farmácias de forma tal que atenda todas as camadas da população, evitando a concentração delas em determinado local. Destarte, não há falar em ofensa ao princípio da livre concorrência (C.F., art. 170, IV) ou de defesa do consumidor (C.F., art. 170, V). A lei municipal, no ponto, simplesmente, não custa repetir, disciplina a localização de estabelecimentos comerciais.

Conheço do recurso e nego-lhe provimento.

mu mto

23/09/1997

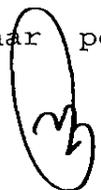
SEGUNDA TURMA

RECURSO EXTRAORDINÁRIO N. 193.749-1 SÃO PAULOV O T O

PROPOSTA DE REMESSA AO PLENO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Senhor Presidente, é inegável a importância da matéria, considerados os novos ares constitucionais, a homenagear a livre concorrência como um princípio fundamental da ordem econômica. Esse aspecto e também o fato de, pela primeira vez sob a égide da Carta de 1988, estarmos a nos defrontar com a matéria, já me levaria a propor a este Colegiado o deslocamento do recurso extraordinário para o Pleno. Há um outro pormenor. Penso que a decisão recorrida declarou válida lei local contestada em face da Constituição Federal. Portanto, o desfecho do recurso extraordinário não prescinde do exame da constitucionalidade, em si, desse ato normativo. Poderíamos, na Turma, concluindo de forma positiva, no sentido da procedência do inconformismo do recorrente, prover esse recurso?

O SENHOR MINISTRO NÉRI DA SILVEIRA (PRESIDENTE): - O Regimento Interno prevê que, quando a Turma se inclinar pelo



RE 193.749-1 SP

reconhecimento da inconstitucionalidade, afetará o julgamento do feito ao Pleno. Os recursos extraordinários são sempre baseados em alegação de ofensa à Constituição, na linha do nosso Regimento. Assim temos procedido; não estou enfrentando o mérito da proposta de V.Exa.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Nem sempre, no recurso extraordinário, ocorre o envolvimento da pecha de inconstitucionalidade quanto a um ato normativo. Tenho lembrança do dispositivo regimental no que assenta que, concluindo os Membros da Turma ser indispensável o exame da constitucionalidade, ou não, do ato normativo, para o desfecho do julgamento do extraordinário, dá-se o deslocamento para o Pleno.



23/09/1997

SEGUNDA TURMA

RECURSO EXTRAORDINÁRIO N. 193.749-1 SÃO PAULOVOTO

(PROPOSTA DE REMESSA AO PLENO)

O SR. MINISTRO NELSON JOBIM - Sr. Presidente, o eminente Relator, no que diz respeito ao tema, fundamentou o seu voto no sentido de proteção da concorrência. Estaria o eminente Relator atribuindo competência ao Município para fazer as vezes daquilo que é disposto na Lei nº 8.884, lei de proteção de concorrência.

A matéria é importante, no entanto, com a vênia do eminente Ministro Marco Aurélio, tendo em vista a especificidade da matéria e o fato dessa lei municipal, que já se encontra revogada, desejar a manutenção do recurso para o efeito de assegurar eventuais direitos regressivos indenizatórios, não seria o caso de submetermos o recurso ao Pleno.

23/09/1997

SEGUNDA TURMA

RECURSO EXTRAORDINÁRIO N. 193.749-1 SÃO PAULO

VOTO

O SR. MINISTRO NELSON JOBIM - Sr. Presidente, peço que o Relator me corrija, pois tentarei montar o meu voto a partir de determinadas premissas a que não tive acesso direto.

Na decisão de primeiro grau, o fundamento da procedência da ação cautelar inominada teve como base o planejamento urbano. Já no segundo grau, o Tribunal caminhou para a sustentação de que a legislação municipal estava disciplinando o uso do solo. Em face dessa circunstância, estaria estabelecendo regras de zoneamento para o uso do solo, determinando, então, que as farmácias se deveriam situar em distância mínima de um raio de duzentos metros uma das outras.

O Sr. Ministro CARLOS VELLOSO (Relator): - Sr. Presidente, diz a sentença às fls. 353/354 :

"A lei 'sub examine' não fere qualquer princípio constitucional dado que não tem caráter (lê fls. 353 a 354).

O SR. MINISTRO NELSON JOBIM - O fundamento é o planejamento urbano? E no acórdão, o uso do solo?

O Sr. Ministro CARLOS VELLOSO (Relator): - Sim, transcrevo, no meu voto, o trecho fundamental:

"No mérito, com a devida vênica, a apelação (lê voto)."

Esse é o fundamento do acórdão.

O SR. MINISTRO NELSON JOBIM - Sr. Presidente, as regras de planejamento urbano e uso do solo urbano, que acabaram redundando, principalmente nas décadas de 60 e 70, nos chamados "Planos Diretores Municipais", tiveram como objetivo estabelecer uma programação do uso do solo urbano, considerando os serviços públicos que deveriam ser prestados em decorrência desse uso. A localização, a proibição de utilização de prédios de propriedade horizontal em determinadas áreas da cidade, vinculam-se, basicamente, ao serviço de infra-estrutura de água e esgoto. Uma vez estabelecida a rede de esgoto, numa determinada zona da cidade, essa é previamente planejada, tendo em vista um determinado número de pessoas. À medida que as cidades brasileiras careceram desse tipo de planejamento, tivemos um afluxo de demanda no serviço da infra-estrutura municipal urbana que acabou implodindo a possibilidade da prestação desse serviço. Essa é a razão básica do planejamento urbano.

Temos que ter presente que todas as decisões municipais sobre planejamento urbano e uso do solo urbano têm a ver, numa ligação finalística, com os serviços urbanos da competência do Município. O Município deve planejar as suas obras, tendo vista uma limitação do uso do solo urbano vinculada ao trânsito de veículos. A proibição, por exemplo, do tráfego de determinados veículos em vias urbanas municipais é vinculada ao cálculo de pavimentação sobre o peso do veículo que deve circular sobre essa área.

No caso específico, com a vênua que peço ao Ministro Carlos Velloso, não há propriamente a fixação do uso do solo urbano por parte de farmácias; há, isto sim, a disciplina do comércio de farmácias dentro do Município. Esse é o ponto que gostaria de colocar a exame da Turma. Uma coisa é a competência do Município de dispor sobre o planejamento urbano e exigir determinados tipos de obras e construções, ou determinados tipos de atividades que se vinculam aos serviços urbanos; outra, é o Município fixar zoneamentos para o exercício de atividades comerciais dentre aquelas que não causem prejuízo às zonas residenciais; é o caso, por exemplo, de não se permitir abertura de bares que possam ficar abertos até altas horas em determinadas áreas, prejudicando o ambiente residencial etc.

RECURSO EXTRAORDINÁRIO N. 193.749-1 SÃO PAULO

O Ministro Carlos Velloso fez referência à legislação sobre fundamento encontrado no acórdão de que não poderia uma farmácia, localizada num determinado espaço do Município, ter ao seu lado uma grande farmácia, porque a implodiria. Não estaríamos perante uma lesão à legislação municipal de uso do solo urbano, mas à Lei nº 8.884, que transformou o Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE - e trata sobre a prevenção e repressão de infrações contra a ordem econômica. Então, a concorrência desleal está prevista no seu art. 20, onde estabelece os níveis de infrações. Esse tipo de situação está prevista no art. 21, em que uma grande empresa de farmácia, próxima a outra, poderia quebrá-la porque estaria praticando, no mercado, preços aquém do custo, para inviabilizar a sobrevivência daquela.

"Art. 21. As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no art. 20 e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica:

.....

XVIII - vender injustificadamente mercadoria abaixo do preço de custo;"

O Sr. Ministro CARLOS VELLOSO (Relator): - Ministro Nelson Jobim, não afirmei que a drogaria maior, estabelecida ao lado da menor, estivesse vendendo mais barato, ou não. O simples fato de

uma drogaria grande, com várias portas e um mundo de medicamentos ser posta ao lado de uma farmácia pequena, é bastante para liquidar com a farmácia pequena. A questão do preço não foi posta. Parece-me constitucional a lei, porque tem-se, no caso, uma legislação concorrente entre Estado e União e, tratando-se da legislação da União, ela só pode ser por norma geral. O Estado-membro legisla tendo em vista as suas exigências e peculiaridades locais. Sobre ao Município não somente a legislação que diz respeito a interesse local, mas também aquela que suplementa as leis federais e estaduais:

"Art. 30. Compete aos Municípios:

.....

II - suplementar a legislação federal e a estadual no que couber;"

Se V. Ex^a. conjugar esses dois dispositivos, verificará que ao Município assiste estabelecer normas que digam respeito à localização de estabelecimentos comerciais.

A lei municipal, objeto da causa, é ofensiva à livre concorrência e à defesa do consumidor? São essas as questões constitucionais postas ao exame do Supremo Tribunal Federal. Então, examinando-as, entendi que a lei municipal não é ofensiva aos dois dispositivos, porque compete ao Município legislar sobre assunto de interesse local.

O, SR. MINISTRO NELSON JOBIM - Fica claro, então, que planejamento urbano e uso de solo urbano a ser disciplinado pelo Município diz respeito à prestação de serviços municipais.

O art. 182 da Constituição, que trata da política urbana, diz:

"Art. 182. A política de desenvolvimento urbano, executada pelo poder público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes."

O que se pretende com a legislação municipal é estabelecer faixas de duzentos metros de áreas comerciais da cidade para a exclusiva oferta de produtos por um vendedor só, ou seja, inviabiliza a possibilidade de termos a concorrência nesses duzentos metros.

Quando trabalhei nessas situações de política urbana em solo urbano, observei que havia sempre uma pretensão de determinados comerciantes em estabelecer áreas, porque não é propriamente reserva de mercado - daí divergi da sustentação feita na tribuna -, pois a lei municipal não chega a proibir que os habitantes da faixa dos duzentos metros sejam impedidos de comprar o produto nos outros

RECURSO EXTRAORDINÁRIO N. 193.749-1 SÃO PAULO

duzentos metros. O que há é a redução dos espaços da concorrência, para que ela chegue ao consumidor e não o consumidor vá a ela. Essa é a distinção fundamental. É necessário assegurar que o consumidor - o objetivo final de toda a teoria da concorrência é assegurar preços baixos e produtos de boa qualidade - possa receber a concorrência dos comerciantes, e não ter que fazer a busca dessa concorrência.

Portanto, Sr. Presidente, com a vênia e o respeito que merece o eminente Ministro Carlos Velloso, conheço do recurso para lhe dar provimento, tendo em vista que, neste caso, a legislação municipal não tratou do solo urbano, mas de disciplinar a livre concorrência no aspecto urbano, estabelecida como princípio constitucional no art. 170, que está no fundamento do recurso:

"Art. 170
IV - livre concorrência;
V - defesa do consumidor;"

Na verdade, a livre concorrência é assegurada sem a reserva de espaços públicos, mas o exercício legítimo da livre concorrência é fiscalizado a partir das regras da Lei nº 8.884, que disciplina as infrações à ordem econômica, que são as operações que possam fazer as partes, ou seja, os comerciantes, no sentido de estabelecimento de oligopólios e cartéis.

Veja V. Exa. que o art. 20 define essa infração dizendo:

"Art. 20. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados:

.....

II - dominar mercado relevante de bens ou serviços;"

Creio que a legislação municipal extrapolou a sua área de abrangência. Não diz respeito a uso de solo urbano, nem a zoneamento, que é da competência efetiva do Município, mas às regras que pretendem disciplinar, na área urbana, o exercício de uma atividade a partir dos pressupostos da concorrência.

Essa norma fere o dispositivo constitucional da livre concorrência, e nossas preocupações em relação a um sistema de livre mercado, que seja legítimo, estão exatamente nos instrumentos de proteção da concorrência, traduzidos basicamente no Código de Defesa do Consumidor e na legislação que coíbe os abusos da ordem econômica.

Conheço do recurso e lhe dou provimento.

13/10/1997

SEGUNDA TURMA

RECURSO EXTRAORDINÁRIO N. 193.749-1 SÃO PAULO

PROPOSTA DE REMESSA AO PLENO

O SR. MINISTRO NÉRI DA SILVEIRA (PRESIDENTE) - Em face da relevância da arguição de inconstitucionalidade da lei municipal, seria oportuno, desde logo, remetermos ao Plenário o julgamento do feito.

N.éri

SEGUNDA TURMA

EXTRATO DE ATA

RECURSO EXTRAORDINÁRIO N. 193.749-1

PROCED. : SÃO PAULO

RELATOR : MIN. CARLOS VELLOSO

RECTE. : DROGARIA SÃO PAULO LTDA

ADV. : LUIZ PERISSE DUARTE JUNIOR E OUTROS

RECDO. : DROGA SAO LUCAS LTDA - ME

ADV. : EZIO MARRA E OUTROS

Decisão: Após os votos do Senhor Ministro Relator que não conhecia do recurso e do Senhor Ministro Nelson Jobim que conhecida do recurso e lhe dava provimento, o julgamento foi adiado em virtude de pedido de vista do Senhor Ministro Maurício Corrêa. 2ª Turma, 23.09.97.

Decisão: Por unanimidade, a Turma deliberou submeter ao Plenário, em face da relevância da arguição de inconstitucionalidade da lei municipal, o julgamento do feito. 2ª Turma, 13.10.97.

Presidência do Senhor Ministro Néri da Silveira. Presentes à Sessão os Senhores Ministros Carlos Velloso, Marco Aurélio, Maurício Corrêa e Nelson Jobim.

Subprocurador-Geral da República, Dr. Edinaldo de Holanda Borges.

Carlos Alberto Cantanhede
Secretário

04/06/98

TRIBUNAL PLENO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO N. 193.749-1 SÃO PAULO

V O T O

O SENHOR MINISTRO MAURÍCIO CORRÊA - Sr. Presidente, por ocasião do julgamento deste recurso na Segunda Turma, eu já havia esboçado um pequeno voto, o qual tomo a liberdade de ler:

"A Droga São Lucas Limitada - ME ajuizou ação cautelar inominada objetivando o fechamento da Drogaria São Paulo Ltda que, contrariando a Lei Municipal nº 10.991/91, abriu filial a menos de 25 metros de distância da autora.

2. A ação foi julgada procedente no primeiro grau de jurisdição, tornando definitiva a medida liminar, para que a ré não mais exerça sua atividade comercial no local descrito na inicial.

3. Em segunda instância a sentença foi confirmada, afastando-se a alegação de afronta ao art. 170 da Constituição Federal.

4. Não resignada, a recorrente interpôs o presente recurso extraordinário sustentando que a edição da Lei Municipal nº 10.991/91 ofendeu os princípios da livre concorrência e da defesa do consumidor, consagrados nos incisos IV e V do artigo 170 da Constituição Federal.

5. Procedem as alegações. A Constituição Federal, em seu art. 170 e parágrafo único, assegura o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei. Portanto, a única restrição possível estaria centrada na hipótese da necessidade de autorização ou permissão do Poder Público para o exercício de determinado tipo de atividade econômica, regulando a liberdade de contratar e de fixar preços, exceto nos casos de intervenção direta na produção e comercialização de certos bens.

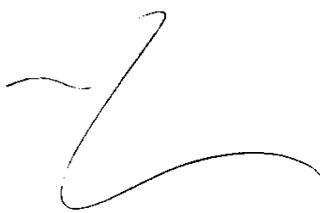
6. As decisões proferidas nas instâncias ordinárias não demonstraram que o exercício da atividade da recorrente carecia de autorização ou permissão. Limitaram-se a

fundamentar seus atos na restrição fixada pela Lei Municipal, o que, com a devida vênia do Ministro Relator, importa em violação dos princípios da livre concorrência e da liberdade de iniciativa econômica privada.

7. Preleciona JOSÉ AFONSO DA SILVA, em sua obra Curso de Direito Constitucional Positivo, 12ª edição, pág. 726, que *"a liberdade de iniciativa econômica privada, num contexto de uma Constituição preocupada com a realização da justiça social (...), não pode significar mais do que liberdade de desenvolvimento da empresa no quadro estabelecido pelo poder público, e, portanto, possibilidade de gozar das facilidades e necessidades de submeter-se às limitações postas pelo mesmo"*.

8. O referido autor acrescenta que a liberdade de iniciativa econômica privada *"é legítima, enquanto exercida no interesse da justiça social. Será ilegítima, quando exercida com objetivo de puro lucro e realização pessoal do empresário. Daí por que a iniciativa econômica pública, embora sujeita a outros tantos condicionamentos constitucionais, se torna legítima, por mais ampla que seja, quando destinada a assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social"*. E conclui:

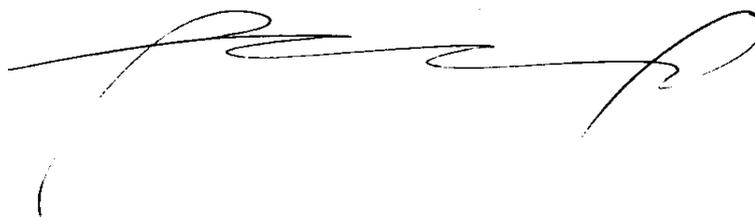
'O desenvolvimento do poder econômico privado, fundado especialmente na concentração de empresas, é fator de limitação à própria iniciativa privada, na medida em que a concentração capitalista impede ou estorva a expansão das pequenas iniciativas econômicas.'



9. É o que sucede nestes autos. A limitação geográfica imposta à instalação de drogarias somente conduz à assertiva de concentração capitalista, assegurando, no perímetro, o lucro da farmácia já estabelecida. Dificulta o acesso do consumidor às melhores condições de preço, e resguarda o empresário alojado no local pelo cerceamento do exercício da livre concorrência, que é uma manifestação do princípio da liberdade de iniciativa econômica privada garantida pela Carta Federal quando estatui que *"a lei reprimirá o abuso de poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros"*. (art. 173, § 4º)."

Em Brasília, estaríamos numa situação realmente peculiar porque as farmácias se concentram praticamente numa rua só. Em frente ao Hospital Distrital, por exemplo, em tal número que apenas parede e meia separam esses estabelecimentos, o que facilita ao usuário.

Ante o exposto, **data venia** do Sr. Ministro-Relator, conheço do recurso e dou-lhe provimento, declarando inconstitucional a Lei n° 10.991, do Município de São Paulo.



04/06/98

TRIBUNAL PLENO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO N. 193.749-1 SÃO PAULO

V O T O

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Senhor Presidente, em jogo está, sem dúvida alguma, o planejamento, a localização, portanto, de um estabelecimento comercial. A Carta de 1988 trouxe à balha norma que homenageia a ampla liberdade no comércio. Preceitua o artigo 174:

Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, - aí, vem a parte que interessa ao desfecho da controvérsia - sendo este - o planejamento - determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.

Ora, diante deste dispositivo - e já não examino o problema da livre concorrência, do interesse público inclusive em se ter várias casas comerciais funcionando na mesma localidade, nem adentro a questão da reserva de mercado, pois creio que o objetivo da norma não foi realmente criá-la para certos estabelecimentos -, peço vênias a V. Exa. para acompanhar o Ministro Maurício Corrêa, conhecendo o recurso pela letra "c" e declarando a inconstitucionalidade da norma municipal, que impede o funcionamento de farmácias quando não observada, entre elas, uma certa distância.

É o meu voto.



PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

RECURSO EXTRAORDINÁRIO N. 193.749-1

PROCED. : SÃO PAULO

REDATOR PARA O ACORDÃO: MIN. MAURÍCIO CORRÊA

RECTE. : DROGARIA SÃO PAULO LTDA

ADV. : LUIZ PERISSE DUARTE JUNIOR E OUTROS

RECDO. : DROGA SAO LUCAS LTDA - ME

ADV. : EZIO MARRA E OUTROS

Decisão: Após os votos do Senhor Ministro Relator que não conhecia do recurso e do Senhor Ministro Nelson Jobim que conhecia do recurso e lhe dava provimento, o julgamento foi adiado em virtude de pedido de vista do Senhor Ministro Maurício Corrêa. 2ª Turma, 23.09.97.

Decisão: Por unanimidade, a Turma deliberou submeter ao Plenário, em face da relevância da arguição de inconstitucionalidade da lei municipal, o julgamento do feito. 2ª Turma, 13.10.97.

Decisão: O Tribunal, por votação majoritária, conheceu do recurso extraordinário e deu-lhe provimento para declarar a inconstitucionalidade do art. 1º da Lei nº 10.991, de 13/6/91, do Município de São Paulo, vencido o Sr. Ministro Carlos Velloso (Relator), que também conhecia do recurso mas lhe negava provimento. Redigirá o acórdão o Sr. Ministro Maurício Corrêa. Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Celso de Mello, Presidente, Sepúlveda Pertence e Nelson Jobim. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Carlos Velloso, Vice-Presidente. Plenário, 04.6.98.

Presidência do Senhor Ministro Carlos Velloso, Vice-Presidente. Presentes à sessão os Senhores Ministros Moreira Alves, Néri da Silveira, Sydney Sanches, Octavio Gallotti, Marco Aurélio, Ilmar Galvão e Maurício Corrêa.

Procurador-Geral da República, Dr. Geraldo Brindeiro.


Luiz Tomimatsu
Coordenador