

EXCELENTÍSSIMO SENHOR PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS

O **PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS**, no uso das atribuições que lhe são conferidas pela Constituição da República e pela Lei Complementar nº 75, de 20 de maio de 1993, artigos 6º, inciso I, e 158, e com fundamento no artigo 8º da Lei nº 8.185, de 14 de maio de 1991, com a nova redação que lhe foi dada pela Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999, vem à presença de Vossa Excelência, ajuizar, perante o Conselho Especial desse Egrégio Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, a presente

Ação Direta de Inconstitucionalidade com pedido de medida liminar contra o § 3º do art. 2º da Lei Complementar Distrital nº 294, de 27 de junho de 2000, frente aos artigos 2º, inciso IV; 19, *caput*; e 158, inciso IV e parágrafo único, todos da Lei Orgânica do Distrito Federal, promulgada em 8 de junho de 1993.

I - DO DIPLOMA LEGAL IMPUGNADO

A presente ação direta tem por escopo o reconhecimento da inconstitucionalidade do § 3º do art. 2º da Lei Complementar nº 294, de 27 de junho de 2000, porque incompatível verticalmente com os artigos 2º, inciso IV; 19, *caput*; e 158, inciso IV e parágrafo único, da Lei Orgânica do Distrito Federal.

A Lei Complementar nº 294, de 2000, “institui a outorga onerosa da alteração de uso no Distrito Federal”, como assevera sua ementa. No entanto, em absoluta dissonância do corpo legislativo em que inserido, o dispositivo aqui atacado versa sobre a edificação de postos de combustíveis. Convém registrar a íntegra do preceito legal questionado, veiculado no Diário Oficial do Distrito Federal de 28 de junho de 2000:

Art. 2º A outorga onerosa da alteração de uso constitui-se em cobrança, mediante pagamento de valor monetário, pela modificação ou extensão dos usos e dos diversos tipos de atividades que os compõem, previstos na legislação de uso e ocupação do solo para a unidade imobiliária ou quaisquer dos seus pavimentos, que venham a acarretar a valorização dessa unidade imobiliária.

§ 1º Considera-se modificação de uso a mudança de um uso ou tipo de atividade para outro diferente daqueles previstos para a unidade imobiliária nas normas de edificação, uso e gabarito vigentes.

§ 2º Considera-se extensão de uso a inclusão de um novo uso ou tipo de atividade não prevista para a unidade imobiliária, mantendo-se o uso previsto nas normas de edificação, uso e gabarito vigentes.

§ 3º **Fica expressamente vedada a edificação de postos de abastecimento, lavagem e lubrificação nos estacionamentos de supermercados, hipermercados e similares, bem como de teatros, cinemas, shopping centers, escolas e hospitais públicos.**

(Sem ênfase no original.)

II - DA INCONSTITUCIONALIDADE DO DISPOSITIVO LEGAL

A leitura dos dispositivos ora atacados evidencia patente contrariedade com os ditames da Carta Política local, promulgada em 1993. Vale registrar o teor dos preceitos insculpidos na Lei Orgânica do Distrito Federal que aqui servem como parâmetro de controle para a fiscalização abstrata da constitucionalidade do dispositivo legal impugnado:

Art. 2º O Distrito Federal integra a união indissolúvel da República Federativa do Brasil e tem como valores fundamentais:

(...)

IV - os valores sociais do trabalho e da **livre iniciativa** ;

Art. 19. A administração pública direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes do Distrito Federal, obedecerá aos princípios de **legalidade** , **impressoalidade** , **moralidade** , publicidade, **razoabilidade** , **motivação** e **interesse público** , e também ao seguinte:

(...)

Art. 158. A ordem econômica do Distrito Federal, fundada no primado da valorização do trabalho e das atividades produtivas, em cumprimento ao que estabelece a Constituição Federal, tem por fim assegurar a todos existência digna, promover o desenvolvimento econômico com justiça social e a melhoria da qualidade de vida, observados os seguintes princípios:

I - autonomia econômico-financeira;

II - propriedade privada;

III - função social da propriedade;

IV - **livre concorrência** ;

V - defesa do consumidor;

VI - proteção ao meio ambiente;

VII - redução das desigualdades econômico-sociais;

VIII - busca do pleno emprego;

IX - integração com a região do entorno do Distrito Federal.

Parágrafo único. **É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei .**

(Sem ênfase no original.)

O dispositivo legal ora impugnado, quando cotejado com o restante do diploma legal em que inserto, revela-se casuístico e dissociado do corpo normativo que deveria integrar. Como noticia a representação que instrui o presente ajuizamento, o vergastado dispositivo exsurge como fruto da articulação política de empresários do setor varejista de combustíveis, preocupados que estavam com o ingresso no mercado de combustíveis de um hipermercado de renome do Distrito Federal.

De qualquer sorte, uma análise detida do preceito legal, ainda que dissociada da *mens legislatoris*, evidencia franca contrariedade a uma série de princípios consagrados pela Lei Orgânica do Distrito Federal.

Com efeito, a vedação de instalação de posto de combustíveis, tal como abstratamente fixada, não parece espelhar qualquer interesse público. Ao revés, vulnera os preceitos estabelecidos na Carta Política local, na medida em que substancia limitação desarrazoada e desproporcional à livre iniciativa e à livre concorrência.

De fato, como sabido, o **princípio da legalidade**, tal como insculpido no art. 19, *caput*, da Lei Orgânica do DF, assume hodiernamente compreensão que não apenas aquela que informa o regime de direito estrito a que está cingida a atuação estatal. O princípio da legalidade, verdadeiramente, passa a reclamar do intérprete, arrebatado pelos ares da nova Hermenêutica Constitucional, exegese que vislumbra nesse princípio tanto seu **conteúdo formal** quanto seu **conteúdo material**. Este, o conteúdo material, em particular, substancia a máxima de proibição de excesso dirigida ao legislador, de sorte a informar a criação legislativa que venha a tocar direitos e garantias fundamentais: i) tanto necessário quanto proporcional ao fim que se colima com a previsão normativa; ii) que se preserve, mesmo com a conformação a ser feita por lei, o núcleo intangível dessa garantia constitucional. Com isso, o princípio da legalidade, ao menos em seu sentido material, passa a agregar o qualificativo de princípio da **reserva legal proporcional**.

Como sabido, o sentido e o alcance do princípio da proporcionalidade, consoante decantada lição doutrinária e sólido magistério da jurisprudência, passa a ser compreendido a partir de três subprincípios, ou máximas a serem colhidas do exame de constitucionalidade de qualquer limitação a direito ou garantia previsto no texto maior. O primeiro deles refere-se à **adequação** e exige que as medidas interventivas adotadas mostrem-se aptas a atingir os objetivos pretendidos. O requisito da **necessidade** ou da exigibilidade, por seu turno, significa que nenhum meio menos gravoso para o particular revelar-se-ia igualmente eficaz na consecução dos objetivos pretendidos. Já a **proporcionalidade em sentido estrito** reclama que um juízo definitivo sobre a proporcionalidade ou razoabilidade da medida há de resultar da rigorosa ponderação entre o significado da intervenção para o atingido e os objetivos perseguidos pelo legislador.

Nessa linha de idéias, quer parecer que a vedação trazida pela Lei Complementar Distrital nº 290 não responde afirmativa a um teste de sua proporcionalidade ou razoabilidade. A uma, porque a simples vedação não guarda consonância com qualquer interesse público que não a injustificável restrição ao decantado mercado de combustíveis no Distrito Federal. Falta-lhe, pois, **adequação**. A duas, porque, se o interesse veiculado na Lei era a salvaguarda da ordem urbanística ou mesmo do meio ambiente, a regulamentação da concessão do alvará de funcionamento por si só, que permite a verificação caso a caso para a restrição, em atividade típica da Administração (poder de polícia), bastaria à finalidade pretendida. Falta, pois, à vedação inconstitucional o requisito da **necessidade** ou exigibilidade. A três, uma vez que os valores postos em confronto não estão a autorizar a medida restritiva; ao revés, os valores maiores da livre iniciativa e da livre concorrência, consagrados pela Carta Política local, estão a objurgar a vedação casuística imposta com vistas à restrição do mercado de combustíveis no Distrito Federal. Destarte, tudo está a indicar a ausência da **proporcionalidade em sentido estrito** da medida legal obstativa.

Logo, conclui-se pelo evidente arrebatamento dos postulados da **legalidade** e da **razoabilidade**, tal como consagrados no *caput* do art. 19 da Lei Orgânica do DF. Ainda, a motivação ensejadora da vedação legal denota inarredável contraste com os princípios da **moralidade** e da **impessoalidade**, não medida em que não se afigura qualquer razão plausível a justificar o tratamento discriminatório. Nessa mesma senda, restaram atingidos pelo preceito legal ora impugnado também os princípios da **motivação** e do **interesse público**, na medida em que a vedação se imiscui no exercício do poder de polícia, próprio da Administração Pública (Poder Executivo do Distrito Federal, no caso), e afasta-se do interesse público primário informado pela construção de um mercado varejista competitivo, voltado a atender de modo adequado e acessível aos interesses da coletividade.

Não bastante, então, essa patente violação aos princípios insertos no art. 19, *caput*, da Lei Orgânica, o dispositivo legal aqui atacado vulnera, ainda, outros princípios igualmente insertos na Carta Política local.

Com efeito, o inciso IV do art. 2º da Lei Orgânica consagra a **livre iniciativa** como valor fundamental ao Distrito Federal, ao tempo em que o inciso IV do art. 158 erige a **livre concorrência** a princípio reitor da ordem econômica local.

Quando se refere à livre concorrência, em sinonímia com a livre iniciativa, Paula Forgioni assevera que “aos agentes é assegurada liberdade de desenvolvimento de uma atividade econômica, e, para garantir a manutenção do sistema e das regras do jogo, colocam-se limites à atuação desses mesmos agentes, disciplinando seu comportamento no mercado. A disciplina da concorrência, então, coloca-se como correlatada à livre iniciativa” (**Os fundamentos do Antitruste**. São Paulo: RT, 1998, p. 227).

Tal compreensão não tem escapado do escólio da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, onde já se assentou que “a ordem econômica, segundo o modelo constitucional brasileiro, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por finalidade assegurar a todos existência digna, no rumo da justiça social, objetivos que deverão ser atingidos mediante a observância dos princípios enumerados nos incisos I a IX do art. 170 da Constituição. Um desses princípios, por isso mesmo, viga mestra do sistema econômico, é o da livre concorrência. Quer dizer, **tudo aquilo que possa embaraçar ou de qualquer modo impedir o livre exercício da concorrência é ofensivo à Constituição**” (Trecho do voto proferido pelo Min. Carlos Velloso no julgamento da ADI 1.094/DF, sem ênfase no original).

A valer, a medida obstativa da construção de postos de abastecimento, lavagem e lubrificação nos estacionamento de supermercados, hipermercados e similares, bem como de teatros, cinemas, *shopping centers*, escolas e hospitais públicos acaba por substanciar excessiva intromissão do Estado na iniciativa do particular.

Como bem anotado no voto do Conselheiro Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer, que despande robusta fundamentação e, por isso, acompanha a presente ação direta, “a livre concorrência constitui princípio da constituição econômica e encontra fundamento no princípio constitucional da isonomia, princípio esse dirigido tanto ao legislador quanto aos particulares e a partir do qual se desprende que deve ser assegurada a igualdade de condições de acesso ao mercado, repelindo-se qualquer

tipo de restrição que imponha a discriminação não razoável de oportunidades”. Como anota, em outro excerto, “o texto legal supra citado [exatamente o dispositivo aqui atacado] é claro, e não esconde o seu desígnio de limitar o mercado de revenda de combustíveis do Distrito Federal, restringindo os locais em que os postos podem ser instalados, vedando a possibilidade de potenciais concorrentes que visam ingressar de forma diferenciada no mercado de efetivamente vir a fazê-lo” (sem ênfase no original).

Mais adiante, e conjugando as máximas informadoras do princípio da proporcionalidade, o referido Conselheiro assevera o seguinte:

(...) a completa proibição à instalação de postos de revenda de combustíveis não me parece adequada aos imperativos de segurança da população, pois ela não se afigura indispensável aos imperativos de segurança da população do DF, pois para tanto bastaria que fossem estabelecidos rígidos padrões de garantia da segurança que, caso desatendidos, gerariam a impossibilidade da concessão de autorização da instalação dos postos em estacionamentos. Assim, seria mais eficaz determinar que a autorização somente fosse efetivada caso atendidas medidas rigorosas de preservação da segurança (como distância mínima dos automóveis, padrões dos tanques, autorização do corpo de bombeiros, etc.), e garantia de adequado abastecimento (como ao do tamanho da área destinada ao posto, número de bombas, etc.). Existindo medida mais eficaz que alcançasse o imperativo da segurança, resta claro que não havia a necessidade de se infringir os princípios constitucionais da liberdade de iniciativa e da livre concorrência, tornando patente também a violação ao princípio da proporcionalidade em sentido estrito.

(Ênfases constantes no texto original.)

A restrição legal a que se refere o parágrafo único do art. 158 da Lei Orgânica do Distrito Federal, fator de limitação do exercício do direito à livre concorrência assegurado na Carta Política local, diz respeito ao Poder de Polícia exercido pelo Poder Executivo. Também por isso se evidencia a inconstitucionalidade da restrição legal, porquanto a restrição legal ora atacada não guarda qualquer relação com a atribuição fiscalizatória exercida pelo Governo do Distrito Federal, que conta com lei própria para o exame e a conseqüente concessão de alvará de funcionamento.

Assim, a restrição objurgada merece ser afastada por essa Colenda Corte de Justiça, como meio de resguardo maior dos princípios consagrados na Lei Orgânica do Distrito Federal.

III - DA NECESSIDADE DE CONCESSÃO DA MEDIDA LIMINAR

De acordo com os artigos 114 a 116 do Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, desde que presentes os requisitos, admite-se a concessão de medida liminar para a suspensão do dispositivo legal objurgado até o julgamento final da ação direta de inconstitucionalidade.

Nesse sentido, releva considerar que a aparência do bom direito se encontra devidamente demonstrada. Os fundamentos constitucionais invocados patenteiam a plausibilidade da tese sustentada.

Igualmente, impende registrar que o aspecto da urgência – *periculum in mora* – encontra-se presente à sociedade. A vedação inconstitucional, veiculada no dispositivo aqui atacado, impede dia-a-dia a livre iniciativa e o próprio mercado, na medida em que impede os atingidos pela desarrazoada vedação – pessoas que poderiam se valer de estacionamentos de supermercados, hipermercados e similares, teatros, cinemas, *shopping centers*, escolas e hospitais públicos – de ingressarem no mercado de combustíveis varejista do Distrito Federal.

Em última análise, urge que a questão receba resposta por parte do Poder Judiciário local, de sorte que se evitem maiores lesões aos postulados consagrados tanto na Constituição Federal quanto, no que aqui interessa, na Lei Orgânica do Distrito Federal.

Outrossim, alia-se à avaliação da existência do *periculum in mora* a mensuração a respeito da premência da decisão em face de **relevante interesse de ordem pública**, consoante se depreende do sentido finalístico da norma inscrita no artigo 170, § 3º do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, e no artigo 10, § 3º, da Lei nº 9.868, de 1999, aplicáveis ao caso.

Dessa forma, com o intuito de preservar a integridade da ordem jurídico-administrativa no Distrito Federal, admite-se, em **juízo de conveniência**, o deferimento cautelar, como faz ver o Ministro Celso de Mello em trecho de seu voto proferido quando do julgamento da Medida Cautelar na ADI 766-1/RS (DJU 27.5.1994), textualmente:

(...)

Mais do que em face da configuração do *periculum in mora*, considero que o deferimento da medida liminar postulada justifica-se por razões de conveniência, fundadas na necessidade de preservar a integridade da ordem jurídico-administrativa local.

Nesse sentido, com o objetivo de possibilitar a suspensão da eficácia de diversas normas inconstitucionais, o Supremo Tribunal Federal iterativamente tem afirmado que o *periculum in mora* também consiste na **conveniência da concessão da medida cautelar**, cuja justificativa ontológica reside no caráter político que reveste o controle de constitucionalidade (RTJ 145/775 e 154/779), na medida em que age o órgão incumbido da fiscalização abstrata da constitucionalidade das leis como verdadeiro “legislador negativo”. Tal escólio vem sendo mantido, a teor do que se observa em recente decisão abaixo transcrita:

Ação direta de inconstitucionalidade. Medida liminar. Inciso X do parágrafo único do artigo 118 da Constituição do Estado do Rio de Janeiro.

– Não há dúvida de que há relevância jurídica nas questões de saber se, em face da atual Constituição, persiste a necessidade da observância pelos Estados das normas federais sobre o processo legislativo nela estabelecido, bem como se o preceito do § 7º do artigo 144 da Carta Magna Federal, o qual alude a lei ordinária, se aplica à Lei Orgânica da Polícia Civil Estadual.

– **Dada a relevância jurídica dessas questões, que envolvem o alcance do Poder Constituinte Decorrente que é atribuído aos Estados, é possível, como se entendeu em precedentes desta Corte, utilizar-se do critério da conveniência, em lugar do *periculum in mora*, para a concessão de medida liminar, ainda quando o dispositivo impugnado já esteja em vigor há anos.** Pedido de liminar deferido, para suspender, *ex nunc* e até a decisão final desta ação, a eficácia do inciso X do parágrafo único do artigo 118 da Constituição do Estado do Rio de Janeiro.

(STF, ADIMC-2314/RJ, Rel. Min. Moreira Alves, J. 25.4.2001, unânime, DJU 8.6.2001, p. 5, sem ênfase no original; no mesmo sentido, cf. ADIMC 1087/RJ, Rel. Min. Moreira Alves, J. 1º.2.1995, unânime, DJU 7.4.1995, p. 8.870)

Por esses motivos, justifica-se a suspensão liminar do que dispõe o § 3º do art. 2º da Lei Complementar Distrital nº 294 de 2000.

IV - DO PEDIDO

Diante do exposto, requer o Procurador-Geral de Justiça do Distrito Federal e Territórios:

a) O recebimento da presente ação, para que seja de imediato submetido pelo Desembargador Relator o pedido de liminar ao Egrégio Conselho Especial do TJDFT, *inaudita altera pars*, nos termos do § 3º do artigo 10, e dos §§ 1º e 2º do artigo 11, da Lei nº 9.868, de 1999, para suspender a eficácia do § 3º do art. 2º da Lei Complementar Distrital nº 294, de 2000, **com efeitos *ex nunc* e *erga omnes***, até decisão definitiva;

b) após a decisão do pedido de concessão de medida liminar pelo Egrégio Conselho Especial, que seja intimado o Presidente da Câmara Legislativa do Distrito Federal, para prestar informações acerca da lei impugnada, no prazo de 30 dias, na forma do artigo 6º da Lei nº 9.868, de 1999;

c) em seguida, que seja intimado o Procurador-Geral do Distrito Federal, para falar como curador do ato impugnado, nos termos do artigo 8º da Lei nº 9.868, de 1999, e do § 3º do artigo 103, da Constituição da República;

d) a intervenção desta Procuradoria-Geral de Justiça, para ofertar parecer sobre o pedido, na condição de *custos legis*; e

e) a procedência do pedido, confirmando-se a medida liminar eventualmente concedida, para declarar, em tese e com efeitos *ex tunc* e *erga omnes*, a inconstitucionalidade do § 3º do art. 2º da Lei Complementar Distrital nº 294, de 2000, porque contrário aos artigos 2º, inciso IV; 19, *caput*; e 158, inciso IV e parágrafo único, todos da Lei Orgânica do Distrito Federal.

Brasília/DF, 6 de outubro de 2004.

Antonio Henrique Graciano Suxberger

Promotor de Justiça Adjunto

Assessor de Controle de Constitucionalidade

ROGERIO SCHIETTI

Procurador-Geral de Justiça do Distrito Federal e Territórios

MPDFT